

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 31

BROJ 1
SUPPLEMENT

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 31,
Br. 1, Suppl., str. X+1-474, Rijeka, 2010.

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, Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Nenad Hlača

Uredništvo/Editorial Board: 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, (svi iz Rijeke)

Izvršni urednici/Executive Editors: Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur., Marijeta Tomulić Vehovec, mag. iur., dr. sc. Loris Belanić

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: akademik prof. emerit. Lujo Margetić (Rijeka/HR), 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. R. Eugene Harper (The Plains, OH/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I)

Lektorica/Lector: Dejana Golenko, prof.

Korektorka/Proofreader: Tanja Kruneš

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

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

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://law.pravri.uniri.hr>

Časopis izlazi triput 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, *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia, *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 31

BROJ 1
SUPPLEMENT

RIJEKA, 2010.

SADRŽAJ

***Prilozi za Savjetovanje:
„Vlasništvo – obveze – postupak“
(Poreč, 15. i 16. travnja 2010.)***

Mihajlo Dika,

O predmetu uviđaja i uviđaju u parničnom postupku 1
(izvorni znanstveni rad)

Silvija Petrić,

Odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje 23
(izvorni znanstveni rad)

Edita Čulinović Herc,

Način postupanja investicijskih društava prema klijentima
pri obavljanju investicijskih usluga i
sporovi zbog povrede tih pravila 51
(izvorni znanstveni rad)

Ivana Kunda, Romana Matanovac,

Raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu –
kolizijskopравни i materijalnopravni aspekti 85
(izvorni znanstveni rad)

Nataša Žunić Kovačević,

Primjena načela dobre vjere u poreznom postupku –
neuspjeli pokušaj uvođenja instituta obvezujuće informacije
u hrvatsko porezno pravo 133
(izvorni znanstveni rad)

Emilija Čikara,

Prijevremena otpлата kredita prema novom
Zakonu o potrošačkom kreditiranju 151
(izvorni znanstveni rad)

Aleksandra Maganić,

- Parcelacija i razvrgnuće suvlasništva poljoprivrednog zemljišta 175
(prethodno priopćenje)

Gabrijela Mihelčić,

- Komisorno ostvarenje ovlasti na namirenje založnih vjerovnika
iz vrijednosti pokretnina 203
(prethodno priopćenje)

Marko Šikić,

- Neposredno rješavanje prema novom Zakonu
o općem upravnom postupku 219
(pregledni znanstveni rad)

Iva Tuhtan Grgić,

- Povrede prava prvokupa i sankcije za njegovo nepoštivanje 231
(pregledni znanstveni rad)

Loris Belanić,

- Osiguranje od odgovornosti odvjetnika 263
(s osvrtom na neka rješenja u poredbenom pravu)
(stručni rad)

Jasna Brežanski,

- Novi Zakon o vodama 295
(stručni rad)

Inga Vezmar Barlek,

- Dvojbe iz sudske prakse o vremenskom
važanju materijalnih propisa u upravnom pravu 321
(prikaz)

Petar Simonetti,

- Vlasništvo i njegove transformacije, jamstvo i zaštita u
ustavnom poretku Republike Hrvatske 333

Marinko Učur,

- Koordinatori za zaštitu na radu kod investitora,
glavnog projektanta i poslodavca 365

Jozo Čizmić,

- O pružanju besplatne pravne pomoći 411

Dario Derđa,

Sudske odluke u upravnom sporu - pozitivno
i buduće pravno uređenje 445

Nataša Petrović Tomić,

Medijacija u osiguranju 475

TABLE OF CONTENTS

**“Ownership – Obligations – Procedure”
(Poreč, April 15 -16, 2010)
Conference Texts:**

Mihajlo Dika,

Some Thoughts About the Object of the On-Site Inspection
and the On-Site Inspection in Civil Proceedings 1

Silvija Petrić,

Liability of the Lawyer for Advice and Opinion 23

Edita Čulinović Herc,

**Investment Firms Conduct of Business Rules and
Infringement of These Rules 51**

Ivana Kunda, Romana Matanovac,

Transactions Concerning the Copyright in Computer Programs:
Substantive and Conflict of Laws Aspects 85

Nataša Žunić Kovačević,

Implementation of the Principle of Good Faith in the
Revenue Procedure – Failed Attempt to Introduce the Institute of
Obligatory Information in Croatian Tax Law 133

Emilia Čikara,

Early Credit Repayment According to the
New Consumer Credit Code 151

Aleksandra Maganić,

Parcelling and Dissolution of the
Joint Ownership of Agricultural Land 175

Gabrijela Mihelčić,

Commissory Fulfilment of Authorisation of Creditors whose
Claim is Secured by Pledge to Collect Payment from the
Value of Movable Property 203

Marko Šikić,

Direct Ruling According to the New Law on
General Administrative Procedure 219

<i>Iva Tuhtan Grgić,</i> Infringements of the Right of Pre-Emption and Sanctions for the Wrongdoers	231
<i>Loris Belanić,</i> Lawyer's Professional Liability Insurance (Paying a Special Attention to Certain Legal Solutions in the Comparative Law)	263
<i>Jasna Brežanski,</i> The New Law on Waters	295
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Issues on Temporal Validity of Material Legal Regulations in the Practice of the Administrative Court of the Republic of Croatia	321
<i>Petar Simonetti,</i> Property and its Transformation, Guaranty and Protection under the Constitutional System of the Republic of Croatia	333
<i>Marinko Učur,</i> Safety at Work Coordinators at the Investor, Main Designer and Employer	365
<i>Jozo Čizmić,</i> Some Thoughts on Providing Free Legal Aid	411
<i>Dario Đerđa,</i> Court Decisions in Administrative Disputes - de lege lata and de lege ferenda	445
<i>Nataša Petrović Tomić,</i> Mediation of Insurance Disputes	475

INHALT

**„Eigentum – Pflichten – Verfahren“
(Poreč, 15 – 16. April 2010)
Tagungsbeiträge:**

<i>Mihajlo Dika,</i> Zu Augenschein und Augenscheinsgegenstand im Zivilverfahren	1
<i>Silvija Petrić,</i> Anwaltshaftung für Beratung und Meinung	23
<i>Edita Čulinović Herc,</i> Vorgehensweise der Investitionsgesellschaften mit Kunden bei der Erbringung von Investitionsdienstleistungen und Streitigkeiten auf Grund Verletzungen der Regel	51
<i>Ivana Kunda, Romana Matanovac,</i> Verfügung über Urheberrechte an Computerprogrammen – kollisionsrechtliche und materielle Aspekte	85
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Steuerverfahren: gescheiterter Versuch das Institut ‘verbindlicher Auskünfte’ in kroatisches Steuerrecht einzuführen	133
<i>Emilia Čikara,</i> Vorzeitige Kreditabzahlung nach dem neuen Verbraucherkreditierungsgesetz	151
<i>Aleksandra Maganić,</i> Parzellierung und Auflösung des Miteigentums am landwirtschaftlichen Grundstück	175
<i>Gabrijela Mihelčić,</i> <i>Lex commissoria</i> auf Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung beweglicher Gegenstände	203
<i>Marko Šikić,</i> Unmittelbare Regelung nach dem neuen Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren	219

<i>Iva Tuhtan Grgić,</i>	
Verletzungen des Vorkaufrechts und Sanktionen für Nichtbeachtung des Vorkaufrechts	231
<i>Loris Belanić,</i>	
Haftpflichtversicherung von Anwälten (mit Übersicht über einige Regelungen in der Rechtsvergleichung)	263
<i>Jasna Brežanski,</i>	
Das neue Wassergesetz	295
<i>Inga Vezmar Barlek,</i>	
Zweifel an zeitlichem Geltungsbereich von materiellen Vorschriften in der Praxis des Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien	321
<i>Petar Simonetti,</i>	
Eigentum und Eigentumstransformationen, Institutsgarantie und Schutz des Eigentums in der Verfassungsordnung der Republik Kroatien	333
<i>Marinko Učur,</i>	
Koordinatoren für den Arbeitsschutz bei Investitoren, Hauptprojektant und Arbeitgeber	365
<i>Jozo Čizmić,</i>	
Zur Leistung kostenloser Rechtshilfe	411
<i>Dario Derđa,</i>	
Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren positive und künftige Gesetzesregelung	445
<i>Nataša Petrović Tomić,</i>	
Schlichtung im Versicherungsbereich	475

O PREDMETU UVIĐAJA I UVIĐAJU U PARNIČNOM POSTUPKU

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

UDK: 347.91/.95
Ur.: 1. ožujka 2010.
Pr.: 10. ožujka 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se nastoji sustavno, kritički i komparativno produbljeno obraditi institute uviđaja i predmeta uviđaja, institute čija je praktična važnost nesumnjiva, ali koji su u hrvatskoj doktrini parničnog procesnog prava relativno zanemareni. Najprije se istražuju probatorne funkcije uviđaja i predmeta uviđaja, pokušava se odrediti pojmove tih instituta, njihova bitna obilježja i kriterije za razgraničenje od drugih dokaznih sredstava i načina izvođenja dokazivanja. U okviru dionice o provođenju uviđaja razmatraju se pitanja kruga osoba koje mogu obaviti uviđaj, mjesta na kojemu se može obaviti uviđaj, pretpostavke za određivanje uviđaja izvan sud i odlučivanja o uviđaju. Osobito se pozornost posvećuje problemima koji su vezani uz obavljanje uviđaja na predmetima koji se nalaze kod stranaka i trećih osoba te kod državnih tijela i osoba koje obavljaju javne ovlasti, pri čemu se nastoji ukazati na novine koje su glede toga unijete Novelom Zakona o parničnom postupku iz 2003. Osobito na okolnost da je prema novom uređenju dužnost treće osobe da omogući uviđaj, zapravo postavljena i šire od dužnosti svjedoka da svjedoči u parničnom postupku. Zaključno se izražava očekivanje da će se institutima uviđaja i predmeta uviđaja postupno pridavati sve veća važnost u okviru problematike utvrđivanja činjenica, između ostaloga i zbog uvođenja novih kategorija dokaznih sredstava.

Ključne riječi: uviđaj, predmet uviđaja, dokazno sredstvo, dokazivanje.

1. Uvod

Uviđaj je kao jedna od tehnika izvođenja dokazivanja izrijekom predviđen i uređen Zakonom o parničnom postupku.¹ Riječ je o načinu izvođenja dokazivanja kojim se pribavljaju informacije o (posredno ili neposredno relevantnim) činjenicama ispitivanjem predmeta uviđaja kao jednog od tzv. stvarnih dokaznih sredstava.²

Praktična je važnost predmeta uviđaja kao dokaznog sredstva i uviđaja kao načina izvođenja dokazivanja ispitivanjem tog dokaznog sredstva bitno veća nego što se to shvaća u praksi i (domaćoj) doktrini, pa bi se u tom smislu moglo govoriti i o previđanju i zanemarivanju nekih važnih aspekta tih instituta. Naime, spoznaja da su predmetom uviđaja i tzv. osobna dokazna sredstva (svjedoci, vještaci, stranke),³ kada se koriste radi utvrđivanja relevantnih činjenica, omogućava ne samo drukčije (prošireno) razumijevanje predmeta uviđaja kao dokaznog sredstva i uviđaja kao tehnike izvođenja dokazivanja, već i pravog značenja i uloge načela neposrednosti u utvrđivanju činjeničnog stanja, osobito u ostvarivanju slobodne ocjene dokaza (8.,⁴ v. *infra ad 2.*).

Osnovna je intencija ovoga rada u skladu s izloženim da se značenje i probatorna funkcija predmeta uviđaja i uviđaja razmotre u naznačenom, donekle izmijenjenom, ključu, ali da se ponovno preispita važeće zakonsko uređenje tih instituta, koje je, ipak, posredno pretrpjelo određene izmjene Novelom 2003. Pokušat će se i redefinirati i razviti neki doktrinarni stavovi formirani o njima u domaćoj i austrijskoj teoriji.

1 Osnove instituta uviđaja postavljene su odredbama članaka 227. do 229. Zakona o parničnom postupku (SL SFRJ 4/77 – 35/91; NN 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 123/08 ispr.; ZPP). Odredbama članka 227. ZPP-a utvrđeno je kada se (zbog čega) uviđaj provodi, naznačeni su elementi definicije pojma (227/1.) te je predviđena mogućnost njegovog obavljanja uz sudjelovanje vještaka (227/2.). Odredbom članka 228. ZPP-a propisani su uvjeti za odstupanje od pravila da se uviđaj obavlja u sudu, odnosno za odstupanje od pravila o neposrednom obavljanju uviđaja, dok je odredbom članka 229. ZPP-a uređena procedura pribavljanja predmeta uviđaja u određenim slučajevima. Neke su specifičnosti toga instituta uređene i nekim drugim odredbama Zakona, o kojima više u nastavku.

2 Usp. TRIVA-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 7. izd., 2004., (GPPP) 496.

3 Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 496.

4 U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke ili alineje, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Critica 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 radu kada odnosni propis bude po prvi put citiran. Izrazom Novela uz dodatak godine označavat će se pojedini zakoni o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku. Na primjer izrazom Novela 2003. označavat će se Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003. (NN 117/03), a Novela 2008. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2008. (NN 84/08).

2. Postupno značenje i pojam uviđaja

2.1. Probatorne funkcije uviđaja

Sud koji treba riješiti spor svoj stav o spornim činjenicama⁵ koje treba utvrditi formira u pravilu na temelju informacija koje mu o njima priopćuju druge osobe kao dokazna sredstva (svjedoci, vještaci, stranke) ili do kojih dolazi na temelju sadržaja određenih isprava. U tom smislu on (u pravilu) posredno dolazi do spoznaje o tim činjenicama. Sud, međutim, može odlučiti da sam, kada je to moguće i potrebno, izravno svojim osjetilima ispita ono o čemu treba formirati svoje stajalište ili ono na temelju čega će formirati svoje stajalište, dakle odlučiti provesti uviđaj. U tom slučaju sud do svog uvjerenja o činjenicama, koje može izravno utvrditi svojim osjetilima dolazi bez posredovanja drugih dokaznih sredstava. U tom je slučaju izvor informacija o činjenicama predmet izravnog ispitivanja, pa bi se moglo reći da je i taj predmet također dokazno sredstvo (predmet uviđaja kao dokazno sredstvo). Ipak, njegova bi specifičnost kao dokaznoga sredstva bila u tome što bi on pružao izravno informaciju o svojstvima i stanju osoba i stvari koje treba utvrditi, što bi imao značenje "pravog" neposrednog dokaznog sredstva.⁶ Pritom će ono što će se moći izravno utvrditi ispitivanjem predmeta uviđaja redovito biti tzv. indiciji, posredno relevantne činjenice, na temelju kojih će tek primjenom pravila iskustva ili, mnogo rjeđe, pravnih pravila o pravnim predmnjevama biti moguće zaključiti o postojanju tzv. neposredno relevantnih činjenica, činjenica uz čije postojanje pravna norma izravno veže nastupanje pravne posljedice čije se priznanje, izravno ili posredno, traži u konkretnom postupku.

"Sud poduzima uviđaj kad je za utvrđivanje kakve činjenice ili za razjašnjenje kakve okolnosti potrebno neposredno opažanje" (227/1.). Tako određena dokazna funkcija uviđaja uvjetuje njegovu primjenu potrebom neposrednoga opažanja, iz čega bi se moglo zaključiti da se uviđaju ne treba pribjegavati ako se određene činjenice mogu utvrditi izvođenjem drugih dokaza (supsidijarnost uviđaja). Međutim, polazeći od slobodne ocjene dokaza koja suca ovlašćuje da slobodno određuje koji će se od (predloženih) dokaza izvesti, kojim redoslijedom i na koji način te kako će ocjenjivati njihovu dokaznu snagu (8.,⁷ 220/2.), sudu je (u pravilu) prepušteno da odluči hoće li i kada radi utvrđivanje nekih činjenica obaviti uviđaj, ako je on predložen.

Iz odredbe po kojoj sud poduzima uviđaj "kad je za utvrđivanje kakve činjenice ili za razjašnjenje kakve okolnosti potrebno neposredno opažanje" (227/1.), odredbe

5 Sud (u pravilu) ne utvrđuje dokazivanjem činjenice koje su stranke priznale tijekom postupka (221/1., 2.), činjenice na koje upućuju pravila o zakonskim predmnjevama (221/3.) te općepoznate činjenice (221/4.)

6 RECHBERGER-SIMOTTA, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 7. izd., 2009., (ZPR), 435., ističu da je uviđaj (gotovo) jedini činjenično neposredni dokaz.

7 Prema odredbi članka 8. ZPP-a, koje će činjenice uzeti kao dokazane odlučuje sud prema svom uvjerenju na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza zasebno, svih dokaza zajedno, a i na temelju rezultata cjelokupnog postupka.

koja razlikuje između pojmova utvrđivanja činjenica i razjašnjenja okolnosti,⁸ bilo bi moguće izvesti stav o dvije probatorne funkcije koje bi uviđaj mogao imati u postupku, o dva njegova probacijska cilja, koji bi se po svom objektu i načinu izvođenja mogli razlikovati, ali koji bi, svakako, mogli i interferirati. Kada bi se uviđaj provodio radi utvrđivanja činjenica neposrednim opažanjem predmeta uviđaja, on bi imao značenje jedne posebne metode dokazivanja *stricto sensu*, u okviru koje bi predmet uviđaja imao značenje posebnog dokaznog sredstva. Kada bi se obavljao radi razjašnjenja kakve okolnosti, njegov bi neposredni cilj mogao biti dvojak. Provodio bi se ili radi utvrđivanja činjenica otklanjanjem nejasnoća do kojih je u formiranju stava o njima došlo izvođenjem nekih drugih dokaza, odnosno na temelju onoga kako su stranke prezentirale stanje stvari. Dakle u funkciji dokaza *stricto sensu*, ili radi pribavljanja općenitijih informacija o nekim aspektima spornog odnosa, omogućavanja lakše orijentacije i razumijevanja stvari pri kasnijem izvođenju dokazivanja.⁹ Naznačene bi moguće razlike u funkcijama uviđaja upućivale, međutim, na to da Zakon zapravo termine činjenica i okolnosti ne koristi u istom smislu. Činjenice bi bile ono što treba utvrditi radi donošenja određene odluke, sve ono što ulazi u *praemissu minor* (izravno, kao neposredno relevantne činjenice, ili, posredno, kao indiciji) logičkog silogizma odluke. One bi bile pretpostavke, uvjeti uz koje bi mjerodavna pravna norma vezala nastupanje određene pravne posljedice. Izrazom okolnosti bi se, s druge strane, upućivalo i na širi kontekst stanja stvari, u okviru kojega bi bilo moguće identificirati činjenice koje bi tek trebalo utvrditi ili formirati pravilniji stav o njihovoj postojanju, uzročno-posljedičnoj vezi itd.

Uviđaj može biti neposredno i posredno izveden. Ovisno o tomu hoće li ga obaviti sud u sastavu u kojemu će donijeti odluku (raspravno vijeće, raspravni sudac pojedinac – neposredno izvedeni dokaz)¹⁰ ili predsjednik vijeća, zamoljeni sudac, odnosno sudski savjetnik (posredno izvedeni dokaz).¹¹

Značenje predmeta uviđaja kao dokaznog sredstva i uviđaja kao tehnike izvođenja dokazivanja svakako ovisi o vrsti spora koji treba riješiti. Treba, međutim, konstatirati da je ono u praksi podcijenjeno, osobito sa stajališta neposrednosti tog dokaznog sredstva i važnosti uloge suda u njegovu provođenju. To se očituje i u tendenciji da se provedba uviđaja u praksi pretežno prepušta vještacima, koji u tom smislu preuzimaju na sebe i stanovite prerogative suda. Time neposrednost kao

8 Razlikovanje tih dviju funkcija uviđaja imalo bi svog uporišta i u općem, "leksikografskom" (s procesualističkog aspekta u nedovoljno preciznom i u biti netočnom) značenju riječi činjenica kao onoga što stvarno postoji kao pokazatelj kakva stanja i riječi okolnost kao stanja u kojem se što zbiva. Usp. Rječnik hrvatskog jezika, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga, 2000., 143., 747.

9 O ovoj drugoj funkciji uviđaja usp. FASCHING, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrecht, 2. izd., 1990., (ZPR), 525., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 435.

10 Ako bi raspravno vijeće ili raspravni sudac pojedinac odlučili da se uviđaj, koji je obavilo raspravno vijeće u drugom sastavu ili drugi sudac pojedinac, ne ponavlja, već da se iskoriste rezultati provedenog uviđaja, bila bi riječ o posredno izvedenom uviđaju.

11 O neposrednosti i posrednosti u izvođenju dokazivanja usp. DIKA, O načelu neposrednosti u parničnom postupku *de lege lata* uz neke projekcije *de lege ferenda*, Zbo PF ZG, 4/2008., 899.-921.

temeljno obilježje i prednost tog dokaznog sredstva svakako gubi na značaju, što bi uostalom odgovaralo i općem trendu potiskivanja neposrednosti i usmenosti te faktičnoj reafirmaciji posrednosti i pismenosti u parničnom postupku.

2.2. Pojam

Uzimajući u obzir njegove naznačene funkcije, **uviđaj** bi bilo moguće definirati kao **parničnu radnju izvođenja dokazivanja koju obavlja sud** (sudac pojedinac, predsjednik vijeća, vijeće, zamoljeni sudac, sudski savjetnik), **redovito uz sudjelovanje stranaka, neposrednim osjetilnim ispitivanjem** (“opažanjem” – 227/1.) **predmeta uviđaja radi utvrđivanja određenih činjenica, između ostaloga radi otklanjanja mogućih nejasnoća u njihovu utvrđivanju drugim dokaznim sredstvima, odnosno drugim metodama njihova utvrđivanja, ali i radi stjecanja općenitijeg uvida u stanje stvari te radi njegova boljeg razumijevanja** (“za razjašnjenje kakve okolnosti” – 227/1.) (*arg. ex:* 227/1.; 224., 228., 290.).

U domaćoj se doktrini uviđaj definira kao parnična radnja suda (ili suca) koja se sastoji u neposrednom promatranju i istraživanju svojstava osoba ili stvari radi utvrđivanja istinitosti navoda koji su predmet dokazivanja.¹² Definiranje uviđaja kao promatranja i istraživanja upućivalo bi na apriorni stav da se ti pojmovi sadržajno ne podudaraju, odnosno da se ni djelomično ne preklapaju, iako je promatranje samo jedan od načina osjetilnog ispitivanja (istraživanja) predmeta uviđaja. Zatim, inzistiranje na tome da se uviđaj uvijek provodi promatranjem (kumulativno s istraživanjem) impliciralo bi da se uviđaj uvijek provodi i vidom, iako bi se u nekim slučajevima uviđaj provodio radi utvrđivanja nekih okolnosti korištenjem samo nekih drugih osjetila, npr. osjetila sluha, mirisa, temperature itd. Uviđaj bi se, pored toga, provodio ne samo radi istraživanja svojstava (pojedinih) osoba ili stvari, već i radi boljeg razumijevanja (“razjašnjenja”) općeg stanja nekog prostora, sredine, situacije, odnosa, načina na koji se nešto moglo dogoditi (rekonstrukcija), itd. Uviđaj bi se, konačno, mogao provesti ne samo radi provjere istinitosti navoda koji su predmet dokazivanja, dakle činjeničnih tvrdnji stranaka, već i radi provjere utemeljenosti stavova suda o činjenicama koje treba utvrditi po službenoj dužnosti.

Čini se donekle uspješnom definicija po kojoj bi uviđaj (njem. *Augenschein*) bio opažanje stanja (svojstava) osoba, stvari ili prostora koje neposredno svojim čulima (osjetilima) obavljaju raspravni sud, predsjednik vijeća ili zamoljeni sudac radi utvrđivanja određenih činjenica tijekom ili povodom nekog sudskog postupka.¹³ Izložena definicija, ipak, ne naglašava dvije naznačene funkcije uviđaja. Onu koja ima za cilj izravno utvrđivanje činjenica i onu koja bi trebalo pridonijeti stjecanju općeg dojma, orijentacije, boljeg razumijevanja stanja stvari radi identifikacije onoga što je bitno i načina na koji bi se do njega moglo doći, ali i radi pravilnijeg vrednovanja onoga što se utvrđuje (8.). Ona također ne vodi računa ni o uviđaju koji se provodi

12 TRIVA-DIKA, GPPP, 509.

13 FASCHING, ZPR, 524.; u bitnome podudarno RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 435.

radi toga da bi se provjerilo kako se nešto dogodilo, odnosno je li se moglo i kako dogoditi (rekonstrukcija).

Predmet uviđaja mogu biti osobe, stvari, prostor itd. u njihovoj osjetilnoj datosti, u njihovom statičkom i/ili dinamičnom odnosu. Osobe mogu biti predmet uviđaja radi utvrđivanja njihovih određenih svojstava (veličina, deformiranost, nagrđenost, psihičke sposobnosti, itd.) ili stanja (fizička kondicija, nepokretnost ili teška pokretljivost, slabovidnost itd.); nekretnine (zgrade, zemljište, širi prostori) radi utvrđivanja njihovog općeg izgleda, konkretnog stanja, npr. zapuštenosti, ruševnosti, zaraslosti, oštećenosti, njihovog prostornog odnosa (blizina/ udaljenost) prema drugim nekretninama; određeni prostor ili određene prostorije radi utvrđivanja njihova općeg stanja u određeno vrijeme ili tijekom određenog vremena, npr. radi registriranja razine buke, dima, mirisa, drugih imisija; pokretne stvari radi utvrđivanja njihovog općeg izgleda, određenih svojstava ili stanja (npr. uporabljivosti za određene svrhe, nedostataka, oštećenosti itd.); nekretnine, pokretne stvari i/ili osobe radi ispitivanja kakav je bio i/ili jest njihov konkretni odnos u kritično vrijeme, je li se nešto moglo i/ili se može dogoditi, npr. je li na određenom mjestu (ulici, križanju itd.) i kako moglo doći do sudara dvaju automobila ili obaranja pješaka, itd. (rekonstrukcija)¹⁴ itd.

Tijekom uviđaja sud će u pravilu biti u stanju neposrednim opažanjem utvrditi tzv. indicije, posredno relevantne činjenice, na temelju kojih će tek uz primjenu pravila iskustva ili, rjeđe, pravila o tzv. pravnim predmnjevama utvrditi tzv. neposredno relevantne činjenice. Predmet uviđaja će sasvim iznimno biti neposredno pravno relevantna činjenica koju treba utvrditi (*evidentia rei*).¹⁵

U pravilu se uviđaj (očevid) obavlja vidom, po čemu je to izvođenje dokazivanja i dobilo svoj naziv. On se, međutim, može obaviti i bilo kojim drugim osjetilima. Tako se osjetilom mirisa može ispitati opterećenost nekog prostora, stvari ili osoba mirisima, odnosno prisutnost/odsutnost određenih mirisa na određenom prostoru; osjetilom sluha jačina buke na određenom mjestu ili iz određenog izvora, vrsta i jačina zvuka koji može proizvesti neka stroj, aparat, instrument; osjetilom temperature toplina ili hladnoća; osjetilom dodira kakvoća nekog materijala, njegova suhoća, vlažnost, temperatura; osjetilom okusa svojstva nekog jela i pića;¹⁶ općim osjećajem, npr. provjera osjećaja u vožnji sjedenjem u vozilu.¹⁷

2.3. Uviđaj i izvođenje drugih dokaza

Svjedok koji je pretrpio povrede kao fizička osoba je izvor informacija kada priopćuje sudu svoje (navodno) znanje o onome što se, kako i zašto dogodilo, kakve su bile (neposredne i/ili naknadne) posljedice toga (fizički bolovi i psihičke boli strahovi,

14 Pritom bi bilo moguće simulirati više varijanti događaja, već prema tomu kako su ih prezentirale stranke.

15 Tako bi se u parnici radi predaje stvari činjenica da ona (i dalje) postoji dokazivala njom samom.

16 Usp. FASCHING, ZPR, 524., 525.

17 Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 435.

strepnje, vrijeme liječenja, izgubljene mogućnosti, itd.) (svjedok kao osobno dokazno sredstvo); kada pokazuje sudu povrede koje je pretrpio (unakaženost, deformiranost), predmet je uviđaja, koji se može provesti u kombinaciji s vještačenjem. Međutim, svjedok je kao osoba koja svjedoči o nečemu također predmet uviđaja dok svjedoči. Sud promatra i sluša svjedoka, eventualno ga i drugim osjetilima percipira dok pruža informaciju koja se od njega traži. Svjedok koji iskazuje pripoćuje sudu usmeno (ili i pismeno) svoje znanje o predmetu svjedočenja. Na toj razini komunikacije suda i svjedoka angažirana su samo dva čula suca – čulo vida i čulo sluha. Sudac konstatira ono što je čuo ispomažući se vidom u prepoznavanju onoga što je svjedok rekao – iskaz u užem smislu (“goli” iskaz kao niz izgovorenih rečenica). Svjedok, međutim, tijekom iskazivanja svjedoči o sebi kao davatelju iskaza, ali (posredno) i o predmetu svjedočenja i svojim općim držanjem pri tome - bojom glasa, načinom govorenja (zastajkivanje, zamuckivanje, “pucanje” glasa), osvrtanjem prema nazočnim osobama, traženjem podrške, odobravanja za ono što govori od nekih od njih, praćenjem njihovih reakcija. Na toj drugoj razini komunikacije svjedoka i suda, svjedok je predmet svojevrsnog uviđaja koji omogućava psihološku kontrolu njegovog iskaza, njegova odnosa prema informaciji koju pruža i stjecanje dojma o općoj sposobnosti svjedoka da registrira ono što je zapažao, da to zapamti i reproducira te o istinitosti i potpunosti, odnosno, eventualno, lažnosti te informacije. Te dvije razine komuniciranja svjedoka i suda – pribavljanje iskaza o sadržaju svjedokova (navodnog) znanja (“goli iskaz”) i obavljanje “uviđaja” svjedoka dok daje taj iskaz tvorile bi u svojoj cjelovitosti njegovo svjedočenje u širem smislu.¹⁸

Uviđaj se razlikuje od vještačenja po tome što sud pri uviđaju neposredno sam opaža predmet uviđaja i tako pribavlja određene informacije. Dok pri vještačenju predmet uviđaja ispituje vještak, koji sudu posreduje rezultate svoga opažanja i daje svoje mišljenje o njima. Uviđaj, doduše jest najneposredniji i najpouzdaniji dokaz. Njime se isključuju moguće pogreške kada sudu informacije o predmetu uviđaja posreduju druga dokazna sredstva. Sudac, međutim, često neće biti u stanju u potpunosti utvrditi i ocijeniti ono što je opažao jer će mu za to nedostajati stručnoga znanja. Zbog toga se uviđaj može (a nekad faktično i mora) obaviti i uz sudjelovanje vještaka (227/2.). U tom će slučaju uviđaj biti upotpunjen vještačenjem, zadržavajući ipak i svojstvo sudskog uviđaja. Pri zajedničkom provođenju uviđaja, sudac će moći nadzirati i usmjeravati vještaka, a vještak će sa svoje strane moći upozoriti suca na neke okolnosti koje bi on inače (zbog svoje nestručnosti) previdio ili ih ne bi registrirao i razumio onako kako ih je registrirao i razumio nakon možebitnog upozorenja i/ili objašnjenja vještaka. Odnosno na okolnosti koje će zahtijevati obavljanje daljnjih dokaznih radnji - proširenje i/ili izmjenu predmeta vještačenja, dopunu i/ili promjenu metode ispitivanja predmeta uviđaja pa i vještačenja, itd. Sudac koji je sudjelovao u uviđaju moći će uspješnije provjeriti konstatacije vještaka iz

¹⁸ “Uviđajni” se aspekt saslušanja svjedoka, koji može igrati bitnu ulogu pri ocjeni dokazne vrijednosti iskaza svjedoka, redovito formalno ne konstatira (ostaje “izvan zapisnika”). O njemu se u presudi sud obično ne izjašnjava, što ne isključuje njegovu svjesnu ili podsvjesnu ulogu. Stoga je zapravo, teško kontrolabilan, ako ne i nekontrolabilan.

njegove ekspertize o onome što se opažalo i što je opaženo. Ako se, međutim, uviđaj prepusti vještaku, gubi svojstvo sudskoga uviđaja i pretvara se u uviđaj vještaka. U oba će slučaja vještak neposredne rezultate svoga uviđaja redovito izložiti u svom nalazu. I vještak bi prigodom davanja svog nalaza i mišljenja, analogno kao svjedok, bio izvor informacija o predmetu vještačenja u užem smislu (vještak kao osobno dokazno sredstvo), a svojim općim izgledom i svojevrsni predmet uviđaja.

Ono što je rečeno o odnosu uviđaja i saslušanja svjedoka vrijedilo bi u bitnome i za odnos uviđaja i saslušanja stranaka.

Uviđaj se razlikuje od dokazivanja ispravama po tome što kod dokazivanja ispravama težište nije na njihovom osjetilnom opažanju kao predmetu, već na intelektualnoj spoznaji njihova sadržaja.¹⁹ Pri izvođenju dokazivanja ispravama sud opaža isprave i njihova svojstva pa i čita (osjetilna operacija), ali čitajući ih, saznaje za njihov sadržaj, tumači ga i spoznaje njegovo značenje (intelektualna operacija).

Tonske trake, fotografije, video zapisi, elektronske baze podataka i filmovi su sami po sebi predmeti uviđaja. Oni su, međutim, posredna (izvedena) dokazna sredstva.²⁰

U austrijskom se pravu od predmeta uviđaja, ali i od isprava, razlikuju, tzv. “**obavještajne stvari**” (njem. *Auskunftssachen*) i predmeti uviđaja (§ 318. öZPO). Takvo je razlikovanje bilo predviđeno i prema ZSPGP 29.²¹ Značenje bi obavještajnih stvari imali npr. “spomenici, granični znakovi, međašnici (“pomeđašni znakovi”), merački kočevi i slični znakovi, ili rovaši (raboši) koji su služili strankama u njihovu saobraćaju” (§ 414/1. ZSPGP 29). Obavještajne bi se stvari razlikovale od isprava po tomu što bi bile “utjelovljenja misli” bez primjene pisma, već nekog drugog medija. Od “običnih” predmeta uviđaja po tome što ovi drugi ne bi utjelovljavali misli, iako bi mogli pružiti obavijesti o bitnim činjenicama.²² Obavijesne bi stvari prema svojoj prirodi zapravo bile specifični predmeti uviđaja, iako su u austrijskom pravu podvrgnute režimu koji je propisan za isprave (§ 318. öZPO).²³ U njemačkom se i hrvatskom pravu, u nedostaku posebnih odredaba o obavještajnim stvarima, one tretiraju kao predmeti uviđaja.²⁴ U tom bi smislu značenja predmeta uviđaja, pored navedenih obavještajnih stvari, imali i magnetofonske vrpce, gramafonske ploče, filmovi, fotografije, konvencionalni znakovi.²⁵ Ipak, filmovi i fotografije mogli bi se smatrati ispravama ako bi reproducirali pismena.²⁶ U njemačkom se pravu

19 Tako za austrijsko pravo FASCHING, ZPR, 525. TRIVA-DIKA, GPPP, 509., smatraju da je i promatranje i čitanje isprava specifična vrsta uviđaja, za koji vrijedi poseban procesni režim, ne razlikujući između navedena dva aspekta izvođenja dokazivanja čitanjem isprava.

20 Za austrijsko pravo usp. FASCHING, ZPR, 488., 489., 525., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 412.-418., 435., 436.

21 Zakon o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929.

22 FASCHING, ZPR, 495., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 419.

23 FASCHING, ZPR, 495., RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 419.

24 Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 814., TRIVA-DIKA, GPPP, 511.

25 Usp. ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, ZPR, 814., TRIVA-DIKA, GPPP, 511., FASCHING, ZPR, 494.

26 FASCHING, ZPR, 494.

“elektronički dokumenti”, npr. diskete, diskovi, USB-stickovi, na temelju izričite zakonske odredbe, tretiraju kao predmeti uviđaja (§ 371/1.2. dZPO).²⁷

3. Provođenje uviđaja

3.1. Osobe koje mogu obaviti uviđaj

Zakon sadrži samo jednu odredbu koja se izravno tiče osoba koje mogu obaviti uviđaj. Prema toj odredbi, vijeće je dužno (vijeće “će”) (u sporovima u kojima sudí) ovlastiti predsjednika vijeća da obavi uviđaj ako se stvar koju treba razgledati ne može donijeti u sud ili bi njezino donošenje uzrokovalo znatne troškove, a vijeće smatra da nije nužno neposredno opažanje svih članova vijeća (228.). Iz te bi odredbe bilo moguće zaključiti da bi se uviđaj, koji je moguće obaviti u sudu, redovito obavljao pred vijećem, dakle **neposredno**. Ipak, kada bi vijeće odlučilo da uviđaj treba obaviti izvan suda, moglo bi ga samo obaviti jedino ako bi bilo nužno neposredno opažanje svih članova vijeća, o čemu bi ono samo odlučivalo (*arg. ex* 300.). U suprotnom je dužno (“vijeće će”) ovlastiti predsjednika vijeća da to sam učini.

Za povjeravanje uviđaja predsjedniku vijeća ne bi trebali postojati važni razlozi koje inače traži opće pravilo za odstupanje od načela neposrednosti pri izvođenju dokaza (*arg. ex* 224/1.). Zato bi bilo moguće zaključiti da se pri obavljanju uviđaja u predmetima u kojima sudí vijeće u većoj mjeri odstupa od načela neposrednosti nego pri izvođenju drugih dokaza (*arg. ex* 224.).

Premda to nije izrijeком predviđeno, bilo bi moguće pravilo o uvjetima uz koje bi vijeće bilo ovlašteno odlučiti da se obavljanje uviđaja povjeri predsjedniku vijeća (*argumento a maiori ad minus, a simile ex* 228., 224.) primijeniti i na povjeravanje uviđaja zamoljenom sucu.

U sporovima u kojima sudí, sudac bi pojedinac sam odlučivao o tomu hoće li se i kako obaviti (predloženi) uviđaj. On bi, naime imao ovlasti i vijeća i predsjednika vijeća.

Budući da se suđenje u prvom stupnju redovito provodi pred sućem pojedincem (41/1.), praktična je važnost izloženih općih pravila o ulozi vijeća i predsjednika vijeća u provođenju uviđaja zapravo zanemariva.

U sporovima u kojima bi postupak do donošenja odluke provodio sudski savjetnik, s obzirom na to da je on ovlašten izvoditi dokazivanje, bio bi ovlašten provesti i uviđaj (*arg. ex* 13.). Iz analognih bi razloga trebalo uzeti da bi u tim sporovima umjesto suca uviđaj mogao obaviti sudski savjetnik zamoljenog suda (*arg. ex* 13., 224.).

Ovisno o tomu tko bi provodio uviđaj – sud u sastavu u kojemu će donijeti odluku (vijeće, sudac pojedinac) ili drukčijem sastavu (predsjednik vijeća, zamoljeni sudac ili sudski savjetnik) – moglo bi se govoriti o neposrednom ili posrednom obavljanju uviđaja.

3.2. Mjesto obavljanja uviđaja

Uviđaj se u pravilu obavlja u sudu (sudnici) (*arg. ex* 228.). Takav bi zaključak, *a contrario*, proizlazio iz odredbe koja mogućnost obavljanja uviđaja izvan suda (sudske zgrade, sudnice) izrijekom predviđa u samo dva slučaja – onda kada se stvar koju treba «razgledati» ne može donijeti u sud ili kada bi njezino donošenje uzrokovalo znatne troškove (228.). O mogućnosti obavljanja uviđaja izvan suda i kada za to postoje drugi važni razlozi v. *infra ad* 3.3.

Uviđaj izvan suda na nekretninama morao bi se, po prirodi stvari, obaviti tamo gdje se one nalaze. Slično bi moglo vrijediti i za neke pokretne, ali i za bolesne ili teško pokretne osobe, itd. Neke bi se pokretne mogle dovesti pred sud, npr. automobil ili na neko drugo mjesto na kojemu bi bilo jednostavnije obaviti uviđaj.

Smještaj nekih stvari ili osoba nametat će potrebu da se uviđaj povjeri zamoljenom sudu. Iznimno, raspravno bi vijeće, predsjednik toga vijeća, sudac pojedinac i sudski savjetnik uviđaj mogli obaviti i na području bilo kojeg drugog suda u državi ako bi za to postojali opravdani razlozi (25.).

3.3. Pretpostavke za određivanje uviđaja izvan suda

Zakonom izrijekom utvrđene pretpostavke za obavljanje uviđaja izvan suda tiču se samo slučaja u kojemu bi predmet te radnje trebala biti stvar. Riječ je o dvije alternativno postavljene pretpostavke. Sud, naime, može odlučiti obaviti uviđaj izvan suda: (1) ako bi donošenje predmeta uviđaja u sud bilo nemoguće ili (2) ako bi to, doduše, bilo moguće, ali samo uz znatne troškove (*arg. ex* 228.). Nemogućnost donošenja redovito bi bila fizička (nekretnine), ali bi ona mogla biti i pravna (pravno utemeljeno protivljenje onoga kome stvar pripada, odnosno pravna nemogućnost da se ishodi dopremanje stvari). Pravni standard znatnih troškova trebalo bi shvatiti u smislu znatnih dodatnih troškova koji bi predstavljali razliku između troškova dopreme i obavljanja uviđaja u sudu, s jedne strane i troškova obavljanja uviđaja izvan suda, s druge strane. Pritom bi kvalifikativ znatni trebalo tumačiti u skladu s okolnostima slučaja i uzeti u obzir vrijednost predmeta spora, imovinske prilike stranaka, njihovu spremnost da predujme troškove dopreme stvari u sud itd.

Neovisno o odredbi koja mogućnost uviđaja izvan suda veže uz ispunjenje navedenih dviju pretpostavaka, trebalo bi uzeti da bi se uviđaj mogao obaviti izvan sudske zgrade i kada bi tomu u prilog govorili drugi važni razlozi (*arg. ex* 224/1.). Primjerice, okolnost da bi zbog protoka vremena na predmetu uviđaja mogle nastupiti promjene zbog kojih bi njegovo obavljanje kasnije izgubilo smisao. Naime, ako se izvođenje dokaza općenito iz važnih razloga može povjeriti predsjedniku vijeća ili zamoljenom sucu (224/1.), nema razloga zbog kojih to ne bi bilo moguće učiniti i kada je u pitanju uviđaj.

Osnovno bi pravilo od kojega bi trebalo polaziti prigodom donošenja odluke o tomu hoće li se uviđaj obaviti izvan suda, zapravo, bilo da bi ga tako trebalo obaviti ako bi za to postojali važni razlozi (razlozi oportuniteta, *arg. ex* 224/1.). Uviđaj

bi, međutim, uvijek trebalo obaviti izvan suda ako bi donošenje stvari u sud bilo nemoguće (ili teško moguće), odnosno ako bi se time uzrokovali znatni dodatni troškovi (razlozi legaliteta: «vijeće će»; *arg. ex 228.*).

Iako to nije izrijekom predviđeno, uviđaj bi izvan suda trebalo moći obaviti i radi «opažanja» nekih osoba (v. *supra ad 2.2.*). U tom bi slučaju pretpostavke uz ispunjenje kojih bi uviđaj radi opažanja stvari bilo moguće obaviti izvan suda trebalo primijeniti na odgovarajući način. Dakle, uviđaj bi radi «opažanja» nekih osoba bilo moguće obaviti izvan suda ako bi za to postojali važni razlozi. Međutim, uviđaj bi tako trebalo obaviti kad god njihov dolazak (dovođenje, donošenje) u sud ne bi bio moguć, a da se time ozbiljno ne ugrozi njihovo fizičko ili psihičko zdravstveno stanje, njihova sigurnost pa i život²⁸ (razlozi koji bi objektivno priječili obavljanje uviđaja u sudu i koji bi odgovarali objektivnoj nemogućnosti donošenja stvari u sud), odnosno kada bi one odbile to učiniti, a pravno ih se na to ne bi moglo prisiliti (subjektivna pravna nemogućnost).²⁹ Uviđaj bi radi opažanja tih osoba trebalo obaviti izvan suda i ako bi njihov dolazak u sud mogao uzrokovati troškove koji bi bili znatno veći od onih koji bi bili izazvani obavljanjem takva uviđaja.³⁰

3.4. Odlučivanje o obavljanju uviđaja

Sud je u pravilu ovlašten odrediti uviđaj samo ako je koja od stranaka to predložila (*arg. ex 220/2., 290/3.*).³¹ Samo ako bi posumnjao da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (3/3.), sud bi (u pravilu) bio ovlašten odrediti i obaviti uviđaj koji stranke nisu predložile (*arg. ex 7/2.*).

Prije donošenja odluke o provedbi uviđaja, koji je predložila jedna od stranaka sud bi bio dužan omogućiti protivnoj stranci da se izjasni o tome. Ako bi smatrao da bi uviđaj trebalo odrediti *ex officio*, on bi objema strankama trebao omogućiti izjašnjavanje o tomu (*arg. ex 7/3.*).

28 Npr. kada bi postojala opasnost napada na osobu koja se negdje čuva ili koja je prisilno hospitalizirana ili zatvorena.

29 Moglo bi se uzeti da bi se određenu osobu, analogno kao i svjedoka, radi njezina «opažanja» moglo prisilno dovesti u sud (*arg. ex 248/1.*). U tom bi slučaju ona onime što bi na njoj trebalo «opažati» «svjedočila». Pritom bi zbog njezina odbijanja da «svjedoči», npr. pokazivanjem nekog dijela svog tijela, neke svoje sposobnosti/nesposobnosti itd. protiv nje bilo moguće izricati novčane kazne pa i zatvoriti ju (*arg. ex 248/1., 2.*). Takva bi osoba mogla uskratiti svoj pristanak da bude «predmetom uviđaja» iz onih razloga iz kojih bi to bio ovlašten svjedok (236.-239.).

30 Tako bi, npr. troškovi organizacije dovođenja opasnog psihičkog bolesnika u sud mogli znatno premašiti troškove odlaska suca i zapisničara u psihijatrijsku ustanovu. Čak i kad bi se zanemarile druge popratne okolnosti takva dovođenja koji bi sami po sebi mogli imati značenje važnih razloga za obavljanje uviđaja izvan suda.

31 Prema odredbi članka 220. stavka 2. ZPP, sud odlučuje o tomu koje će od predloženih dokaza izvesti radi utvrđivanja odlučnih činjenica, dok prema odredbi članka 290. stavka 3. ZPP-a, predsjednik vijeća može, na prijedlog koje od stranaka, ako ocijeni da je to potrebno, obaviti uviđaj izvan suda, eventualno uz sudjelovanje vještaka.

U stadiju pripremanja glavne rasprave u sporovima u kojima sudi vijeće, na prijedlog koje od stranaka, ako ocijeni da je to potrebno, predsjednik vijeća može obaviti uviđaj izvan suda i eventualno ga provesti uz sudjelovanje vještaka (290/3.).

Odluku o tomu hoće li se i kako obaviti uviđaj na ročištu za glavnu raspravu u sporovima u kojima sudi donosi vijeće (300/1.). Ono bi odlučivalo i o povjeravanju njegova obavljanja izvan suda predsjedniku vijeća ili zamoljenom sucu (*arg. ex* 228., 290., 300.). Protiv rješenja, kojim se određuje ili odbija obavljanje uviđaja, nije dopuštena posebna žalba (*arg. ex* 300/3.). Protiv rješenja da se izvođenje uviđaja povjeri predsjedniku vijeća ili zamoljenom sucu žalba nije dopuštena (*arg. ex* 224/5.).

U sporovima u kojima sudi vijeće, u stadiju glavne rasprave predsjednik vijeća ne bi bio ovlašten sam odlučiti o uviđaju izvan ročišta za glavnu raspravu (*arg. ex* 228.; *arg. a contrario* 312.).

Sudac pojedinac ovlašten je u sporovima u kojima sudi donijeti sve odluke koje su u sporovima u kojima sudi vijeće ovlašteni donijeti vijeće i predsjednik vijeća, neovisno o stadijima postupka.

U sporovima u kojima vodi postupak, sudski bi savjetnik bio ovlašten donijeti odluku o obavljanju uviđaja i obaviti ga, pa čak i ocijeniti njegove rezultate (*arg. ex* 13.).

Uviđaj bi se mogao provesti i radi izvanparničnog i parničnog osiguranja dokaza (272., 273.).

O predumjliavanju sredstava za pokriće troškova uviđaja (153., 290/1.), v. *infra ad* 3.7.

3.5. Ročište za provođenje uviđaja izvan suda

Radi provođenja uviđaja sud određuje ročište, na koje je dužan pozvati stranke ako nisu izjavile da neće prisustvovati ročištu (*arg. ex* 224/3.). Stranke su ovlaštene iznositi činjenične i dokazne prijedloge tijekom uviđaja u vezi s njime te upozoravati suca i vještaka na određene okolnosti (*arg. ex* 225.). Njihov izostanak ne bi priječio provođenje uviđaja (*arg. ex* 224/3.). Zbog toga ne bi moglo doći do mirovanja postupka (*arg. ex* 216.). O uviđaju treba sastaviti zapisnik (*arg. ex* 123.). Ročište je javno (*arg. ex* 310.).

3.6. Uviđaj uz sudjelovanje vještaka, odnosno uviđaj vještaka

Uviđaj se može provesti i uz sudjelovanje vještaka (227/2.), odnosno provedba se uviđaja može povjeriti samo vještaku. Naime, u stadiju pripremanja glavne rasprave, ako je koja od stranaka predložila da se neke sporne činjenice utvrde vještačenjem, predsjednik je vijeća ovlašten, ako taj prijedlog prihvati (*arg. ex* 220/2.), imenovati vještake, odlučiti o zahtjevima za njihovo izuzeće i pozvati jednu ili obje stranke da polože svotu potrebnu za troškove vještaka (290/1.). Imenovane vještake sud

obavještava o predmetu uviđaja koji treba razgledati i poziva ih da do glavne rasprave pripreme svoj nalaz i mišljenje (260/1.) (290/2.). Sud bi takvu odluku mogao donijeti i tijekom stadija glavne rasprave.

Radi osiguranja kontradiktornosti, sud bi trebalo naložiti vještaku da o obavljanju uviđajnih radnji izvođenja kojih mu je povjereno obavijesti stranke, ako nije odlučio da se "ročište" za obavljanje takva uviđaja obavi uz njegovo sudjelovanje.

U austrijskoj se doktrini postavilo pitanje, tzv. uviđajnih pomoćnika (*Augenscheingehilfen*). Primjerice, pri obavljanju uviđaja ronjenjem u dubokoj vodi, teško dostupnim planinskim mjestima, opožarenim visokim zgradama. Treba se složiti sa gledištem da takvi pomoćnici koji opažaju stanje predmeta uviđaja umjesto suca, eventualno uz njegove upute i pod njegovim nadzorom, mogu imati značenje vještaka ako raspolazu posebnim stručnim znanjem, odnosno svjedoka ako ga nemaju. Korištenje takvih pomoćnika svakako dovodi u pitanje neposrednost uviđaja.³² U pogledu načina na koji bi te osobe obavljale ono što je od njih zatraženo vrijedilo bi na odgovarajući način ono što je rečeno za provedbu uviđaja uz sudjelovanje vještaka, odnosno samo vještaka.

3.7. Troškovi obavljanja uviđaja

Sud bi po općim pravilima trebao zatražiti od stranaka polaganje predujma za pokriće troškova uviđaja, neovisno o tomu hoće li se obaviti u sudu ili izvan njega (153.). Tako bi trebao postupiti i kada bi u stadiju pripremanja glavne rasprave odlučio o provođenju uviđaja, eventualno uz sudjelovanje vještaka (*arg. ex* 290.).

Iznimno, sud bi iz svojih sredstava pokrивao troškove uviđaja kada bi njegovo obavljanje odredio po službenoj dužnosti (3/3., 153/5.) ili kada bi troškove trebala predujmiti stranka potpuno oslobođena prethodnog snošenja troškova postupka (175.).

Ako bi sud obavio uviđaj (eventualno uz sudjelovanje vještaka) iako predujam za njegovo izvođenje ne bi bio položen, bio bi dužan rješenjem naložiti stranci da u roku od osam dana osobi koja ima pravo na naknadu tih troškova isplati određenu svotu radi pokrića tih troškova (*arg. ex* 153/4.). Žalba protiv toga rješenja ne bi odgađala ovrhu.

4. Pribavljanje predmeta uviđaja koji se nalaze kod stranaka ili trećih

4.1. Općenito

Predmeti uviđaja nisu uvijek jednostavno dostupni.³³ Oni se mogu nalaziti kod stranaka ili trećih osoba. Predmetom uviđaja mogu biti same stranke ili treće osobe. U takvim se slučajevima do predmeta uviđaja ne može uvijek izravno doći bez pristanka tih osoba ili bi se moglo doći samo uz primjenu odgovarajućih sredstava prisile. Upravo je stoga trebalo utvrditi proceduru njihova pribavljanja u situacijama u kojima sud do njih ne može izravno i slobodno doći. Zbog sličnosti s pribavljanjem isprava upućeno je na odgovarajuću primjenu pravila o pribavljanju isprava. Naime, ako treba razgledati stvar koja se nalazi kod jedne od stranaka, treće osobe, državnog tijela ili trgovačkog društva (“poduzeća”) ili druge pravne osobe kojoj je povjereno vršenje javnog ovlaštenja, na odgovarajući način treba primijeniti odredbe Zakona o pribavljanju isprava od tih tijela ili pravnih osoba (232.-234.) (229.)³⁴ ili treće osobe.³⁵

4.2. Pojedine situacije u kojima treba pribaviti predmete uviđaja

4.2.1. Situacija kada se predmet nalazi kod stranke koja predlaže uviđaj

Prigodom pribavljanja predmeta uviđaja trebalo bi zapravo razlikovati četiri situacije. Prva bi postojala kada bi se predmet uviđaja nalazio kod stranke koja predlaže njegovo “opažanje” ili kada bi ona sama mogla biti taj predmet, odnosno kada bi o njoj ovisio uviđaj. U tom bi slučaju stranka bila dužna donijeti predmet uviđaja na sud, odnosno omogućiti obavljanje uviđaja na mjestu na kojemu se on nalazi (*arg. ex* 229. 232/1). Bila bi dužna predujmiti i sredstva za pokriće troškova uviđaja i, eventualno, vještačenja (153/1.). Ako stranka tako ne bi postupila, snosila bi posljedice svoga postupka. Sud bi u krajnjem slučaju svoje stajalište o činjenici koju je trebalo utvrditi uviđajem formirao primjenom pravila o teretu dokazivanja (221.a).

³³ Takvima bi trebalo smatrati predmete uviđaja koji su općoj uporabi (opće dobro, 3/2. ZV), odnosno koje su u javnoj uporabi, kojima je stoga pristup uvijek slobodan.

³⁴ Odredba članka 229. ZPP-a terminološki je i sustavno pravno zastarjela. Tako se u njoj još uvijek koristi prevladani termin “poduzeće” umjesto važećeg pravnog termina “trgovačko društvo”; za pravne se osobe kao sinonim koristi izraz organizacije, termin koji je uglavnom odgovarao terminologiji, tzv. samoupravnog socijalizma (organizacija udruženog rada, društveno-politička organizacija, itd.). Ignorira se činjenica da u novom uređenju i fizičke osobe mogu imati javna ovlaštenja, npr. javni bilježnici, zbog čega pojmom subjekata koji obavljaju javna ovlaštenja treba obuhvatiti i javne bilježnike te druge fizičke osobe s takvim ovlaštenjima (*arg. ex* 230.).

³⁵ Odredba članka 229. ZPP-a utoliko je sama sa sobom neujednačena što, s jedne strane, govori o stvari koja se, između ostaloga nalazi i kod treće osobe, dok s druge, ne upućuje na odgovarajuću primjenu pravila pribavljanju isprava od tih osoba (234.). Tu bi nekonzistentnost te odredbe trebalo prevladati u smislu da bi se na pribavljanje predmeta uviđaja, koji se nalaze kod treće osobe, primjenjuju na odgovarajući način pravila o pribavljanju isprava od tih osoba.

4.2.2. Situacija kada se predmet uviđaja nalazi kod druge stranke

Druga bi situacija postojala kada bi se predmet uviđaja nalazio kod druge stranke. U toj bi situaciji trebalo na odgovarajući način primijeniti odredbe o pribavljanju isprava od te stranke (233.). Dakle, u situaciji u kojoj bi se jedna od stranaka pozivala na neki predmet uviđaja i tvrdila da se on nalazi kod druge stranke, sud bi bio dužan pozvati tu drugu stranku da donese u sud predmet uviđaja ili da na drugi način omogući pristup tom predmetu, npr. radi obavljanja uviđaja izvan suda (“trpjeti uviđaj”), ostavljajući joj za to određeni rok (*arg. ex 229.*, 233/1.). Sud bi o tomu, nakon što bi omogućio drugoj stranci da se izjasni (*arg. ex 229/233/4.*), odlučivao posebnim rješenjem protiv kojega ne bi bila dopuštena posebna žalba (*arg. ex 229.*, 233/6.). Ako bi druga stranka koju je sud pozvao da donese predmet uviđaja ili da omogući pristup tom predmetu poricala da se on kod nje nalazi ili da o njoj ovisi omogućavanje uviđaja, sud bi radi utvrđivanja te činjenice mogao izvoditi dokaze (*arg. ex 229.*, 233/4.).

Druga bi stranka, dakle, u načelu bila dužna omogućiti (donošenjem predmeta uviđaja u sud), odnosno trpjeti uviđaj (dopuštajući njegovu provedbu tamo gdje se predmet uviđaja nalazi). Ipak, ta bi stranka bila ovlaštena uskratiti predaju predmeta uviđaja, odnosno onemogućiti pristup tom predmetu iz onih razloga iz kojih svjedok može uskratiti davanje svog iskaza ili odgovor na pojedino pitanje (*arg. ex 229.* 233/3., 237., 238.). Iako to nije izrijeком predviđeno, druga bi stranka bila dužna uskratiti pristup predmetu uviđaja. Odnosno sud uviđaj ne bi smio obaviti ako bi se time povrijedila dužnost čuvanja (državne) službene ili vojne tajne, dok je nadležno tijelo ne bi oslobodilo te dužnosti (*arg. ex 229.*, 233., 236.). Druga stranka, međutim, ne bi ni iz navedenih razloga (osim kada bi bila riječ o dužnosti čuvanja /državne/ službene i vojne tajne – *arg. ex 229.*, 233/2., 236.) bila ovlaštena uskratiti podnošenje predmeta uviđaja, odnosno omogućiti mu pristup (trpjeti uviđaj): (1) ako se sama pozvala na taj predmet za dokaz svojih navoda, ili (2) ako je riječ o predmetu koji je po zakonu dužna predati ili pokazati, omogućiti mu pristup, ili (3) ako bi se predmet s obzirom na ono što bi se njegovim ispitivanjem (“opažanjem”) moglo utvrditi smatrao zajedničkim za obje stranke (*arg. ex 229.*, 233/2.) (iznimke od iznimke; slučajevi u kojima bi postojala apsolutna dužnost omogućavanja uviđaja).

Prema drugoj se stranci ne bi mogle primijeniti prisilne mjere radi toga da bi se pribavio predmet uviđaja, odnosno da bi se uviđaj omogućio. Sud bi, naime, bio ovlašten, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju ocijeniti od kakva je značenja što stranka o kojoj ovisi obavljanje uviđaja neće postupiti po rješenju suda kojim joj je naloženo da preda predmet uviđaja ili omogući uviđaj. Odnosno koja, protivno uvjerenju suda, poriče da o njoj ovisi obavljanje uviđaja (*arg. ex 229.*, 233/5.). Pritom treba, ipak, upozoriti na to da se uz opisano ponašanje druge stranke ne veže nikakva predmnjeva o manifestaciji volje, npr. o priznanju činjenica koje su za nju nepovoljne. Sud bi, da bi uopće smio izvesti neki zaključak iz takva ponašanja druge stranke, morao najprije ocijeniti može li na temelju do tada prikupljenoga procesnog materijala utvrditi (naslutiti) razloge zbog kojih je ona tako postupila. Je li ona to učinila zato da bi sačuvala neku profesionalnu ili osobnu tajnu (237.), ili da bi zaštitila neku treću

osobu (238., 239.), dakle zbog razloga koji se nje neposredno ne tiču, ili da ne bi, ispunjavajući svoju dužnost da omogući (“trpi”) uviđaj, “svjedočila” na svoju štetu (238., 239.). On bi radi toga bio ovlašten izvoditi daljnje dokaze (229., 233/4.).

Treba uzeti da bi druga stranka mogla tražiti da joj se predujme troškovi koje bi imala omogućavanjem uviđaja i time uvjetovati svoje ispunjenje naloga suda. U onim slučajevima u kojima bi stranka koja je predložila uviđaj po općim pravilima bila dužna predujmiti sredstva za izvođenje dokazivanja (153/1., 2.).

Pojam bi druge stranke u kontekstu uviđaja bio širi od pojma protivne stranke. On bi, naime: omogućavao da se pored pojma protivne stranke njime obuhvate i jedinstveni suparničari stranke koja je predložila uviđaj. Dakle osobe koje bi imale pravni položaj stranke u postupku, a koje bi se razlikovale od predlagatelja. Obične bi suparničare – zato što bi njihova pozicija u postupku bila samostalna u odnosu na poziciju predlagatelja uviđaja – trebalo tretirati kao treće. Zbog toga što bi obični suparničar uskratio omogućiti uviđaj, sud ne bi u odnosu na druge takve suparničare smio izvesti zaključak koji bi za njih bio nepovoljan.

4.2.3. Situacija kada se predmet uviđaja nalazi kod treće osobe

Treća bi situacija postojala kada se predmet uviđaja nalazi kod treće osobe koja ne obavlja javna ovlaštenja. U toj bi situaciji trebalo na odgovarajući način primijeniti odredbe o pribavljanju isprava od takvih osoba (*arg. ex 229.*, 234.). Treća bi osoba, dakle, bila beziznimno dužna, po nalogu suda, omogućiti obavljanje uviđaja, pa i donošenjem predmeta uviđaja u sud: (1) kada bi to bila po zakonu dužna učiniti te (2) kada bi bila riječ o predmetu koji bi bio «zajednički po svom sadržaju» za tu osobu i stranku koja se na ispravu poziva (234/1.). Zapravo kad bi bila riječ o predmetu koji bi bio zajednički za te osobe s obzirom na ono što bi se njegovim «opažanjem» moglo utvrditi (*arg. ex 229.* 234/1.1.). Treća bi osoba, međutim, u načelu bila dužna omogućiti uviđaj i na drugim predmetima uviđaja, ali bi kad su u pitanju ti predmeti bila ovlaštena uskratiti njihovo stavljanje na raspolaganje iz onih razloga iz kojih bi svjedok bio ovlašten uskratiti davanje svog iskaza odnosno odgovor na pojedino pitanje (*arg. ex 229.*, 234/1.2., 237., 238.).³⁶ Premda to nije izrijekom predviđeno, trebalo bi, *a fortiori*, uzeti da bi treća osoba u slučaju u kojemu je riječ o predmetu uviđaja, uviđaj na kojemu može uskratiti iz navedenih razloga - bila dužna uskratiti

36 Prema odredbi članka 237. stavka 1. ZPP-a svjedok može uskratiti svjedočenje o: 1) onome što mu je stranka povjerila kao svom punomoćniku; 2) onome o čemu se stranka ili druga osoba svjedoku kao vjerskom ispovjedniku ispovijedila; 3) činjenicama što ih je svjedok saznao kao odvjetnik, liječnik, ili u obavljanju kakva drugog poziva, ili kakve druge djelatnosti ako postoji obveza da se čuva kao tajna ono što se saznalo u obavljanju tog poziva ili djelatnosti. Dok prema odredbi članka 238. ZPP može uskratiti odgovor na pojedina pitanja ako za to postoje važni razlozi, a osobito ako bi svojim odgovorom na ta pitanja izložio teškoj sramoti, znatnoj imovinskoj šteti ili kaznenom gonjenju sebe ili svoje srodnike po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stupnja, a u pobočnoj liniji do trećeg stupnja zaključno, svoga bračnog druga ili srodnike po tazbini do drugog stupnja zaključno i onda kada je brak prestao te svog skrbnika, šticenika, posvojitelja ili posvojenika.

pristup predmetu uviđaja. Odnosno sud uviđaj ne bi smio obaviti ako bi se time povrijedila dužnost čuvanja (državne) službene ili vojne tajne, sve dok nadležno tijelo ne bi treću osobu oslobodilo te dužnosti (*arg. ex 229., 233., 236.*).

Prije Novele 2003. treća je osoba bila beziznimno dužna edirati ispravu samo u dva slučaja: (1) onda kad ju je ona bila po zakonu dužna pokazati ili podnijeti te (2) kada je bila riječ o ispravi koja je po svom sadržaju bila zajednička za tu osobu i stranku koja se pozivala na ispravu (prij. 234/1.). Zbog toga je prije Novele 2003. treća osoba, *mutatis mutandis*, bila dužna samo u ta dva slučaja omogućiti uviđaj. Novelom 2003. dužnost treće osobe edirati isprave proširena je i na sve druge isprave, ipak uz pridržavanje prava toj osobi da ediciju tih isprava uskrati iz onih razloga iz kojih svjedok može uskratiti davanje svoga iskaza, odnosno odgovor na pojedino pitanje (nov. 234/1.2., 237., 238.). Time je dužnost trećih da ediraju isprave (u načelu) izjednačena s njihovom dužnošću svjedočenja. Posljedica je toga da se novouvedeni režim predviđen za ediciju isprava koje se nalaze kod trećih osoba primjenjuje na odgovarajući način i na dužnost trećih osoba kod kojih se nalazi predmet uviđaja. Novelom 2003. je, dakle, bitno proširena dužnost treće osobe da omogući uviđaj na predmetima uviđaja obavljanje uviđaja na kojima ovisi o njoj.

Prije nego što bi donio odluku kojom bi trećoj osobi naredio da omogući uviđaj, sud bio dužan pozvati ju da se o tomu izjasni (*arg. ex 229., 334/2.*). Ako bi ona porekla svoju dužnost da omogući uviđaj, parnični bi sud odlučio o tomu je li to dužna učiniti (*arg. ex 229., 234/3.*). Sud je ovlašten izvoditi dokaze radi provjere jesu li ispunjene pretpostavke za to da naloži trećoj osobi da omogući uviđaj (*arg. ex 229., 234/4.*).

Na temelju rješenja kojim bi trećoj osobi naloženo da preda predmet uviđaja ili omogući uviđaj, ovrha bi se provodila po službenoj dužnosti po pravilima ovršnog postupka i prije pravomoćnosti toga rješenja (*arg. ex 229., 234/5.*): žalba protiv tog rješenja ne bi bila suspenzivna.

Treća bi osoba imala pravo na naknadu troškova što ih je imala u vezi s predajom predmeta uviđaja, eventualno s njegovim donošenjem u sud, ili s omogućavanjem uviđaja. Primjerice s omogućavanjem uviđaja u/na nekim nekretninama, uz odgovarajuću primjenu pravila o pravu svjedoka na naknadu troškova svjedočenja (*arg. ex 229., 234/6., 249.*). Ona bi donošenje predmeta uviđaja u sud ili omogućavanje uviđaja mogla uvjetovati i polaganjem odgovarajućeg predujma.

4.2.4. Situacija kada se predmet uviđaja nalazi kod državnog tijela ili osobe s javnim ovlastima

Četvrta bi situacija postojala kada bi se predmet uviđaja nalazio kod državnoga tijela ili koje pravne ili fizičke osobe koja ima javna ovlaštenja, odnosno kada bi o njima ovisila provedba uviđaja. U toj bi situaciji trebalo na odgovarajući način primijeniti odredbe o pribavljanju isprava od tih tijela ili osoba (*arg. ex 299., 232/3.*). To znači da bi sud, ako stranka sama ne bi mogla pribaviti predmet uviđaja ili ishoditi da se on obavi, bio dužan sam pribaviti taj predmet, odnosno ishoditi njegovu provedbu (*arg. ex 229. 232/3.*) po pravilima o pravnoj pomoći.

4.3. Postupanje suda

U pozivu za pripremno ročište sud je dužan naložiti strankama da na to ročište donesu sve predmete koje treba razgledati u sudu (286/2.). Ako je potrebno da se na pripremno ročište pribave predmeti koji se nalaze kod suda ili kod kojeg drugog državnog tijela ili pravne, odnosno fizičke osobe kojoj je povjereno vršenje javnog ovlaštenja, sud je dužan narediti, ako su to stranke predložile, da se ti predmeti pravodobno pribave (286/4.). Pritom bi sud mogao postupiti dvojako: (1) naložiti strankama da te predmete pribave, odnosno da omoguće njihovo «opažanje», ili (2) ako sama stranka ne bi mogla postići da se pribavi predmet, odnosno omogući uviđaj, sam učiniti što je potrebno da se pribavi predmet, odnosno omogući uviđaj (*arg. ex* 229., 232/3.). Tako treba postupiti i pri zakazivanju prvog ročišta za glavnu raspravu (293/4.), a treba uzeti, *mutatis mutandis*, i pri zakazivanju ročišta tijekom stadija glavne rasprave (*arg. ex* 314.).

4.4. Problem tereta dokazivanja

Izložena pravila o pribavljanju predmeta uviđaja i o njegovu provođenju ne bi utjecala na primjenu općih pravila o teretu dokazivanja. Štetne posljedice nepredlaganja ili nemogućnosti provedbe nekog uviđaja, odnosno neuspjeha da se njime neka činjenica «sigurno» utvrdi (221.a) snosila bi u načelu stranka na kojoj je teret dokazivanja, kao što je taj teret na njoj i kada se iz raznih razloga ne mogu izvesti neki drugi dokazi. Jedino bi u slučaju u kojemu bi obavljanje uviđaja ovisilo o protivnoj stranci sudu bilo prepušteno da ocijeni od kakva je značenja to što ta stranka, iako je to bila dužna učiniti i mogla učiniti, nije omogućila uviđaj (*arg. ex* 229., 233/5.). U tom bi slučaju sud, eventualno, o postojanju činjenica koje je trebalo utvrditi uviđajem mogao izvesti zaključak koji bi bio nepovoljan za protivnu stranku. Tada bi uvjetno govoreći, zbog opstruktivnog postupanja protivnika, teret dokazivanja mogao biti prebačen na njega. Hoće li do toga doći, ovisilo bi, ipak, o ocjeni suda o motivima zbog kojih se protivna stranka tako ponašala te o općem kontekstu u okviru kojega bi trebao i mogao formirati svoju ocjenu o tomu.

5. Zaključne napomene

Uviđaj je kao metoda izvođenja dokazivanja relativno zanemaren u domaćoj doktrini. O njemu nema ni posebne reprezentativne sudske prakse. To bi se moglo objasniti, između ostaloga, i okolnošću da primjena pravila koja uređuju taj institut nije izazivala osobite probleme u praksi. Jednim dijelom treba pripisati i okolnosti da značenje nekih njegovih aspekata nije bilo do kraja pravilno shvaćeno, odnosno da im se nije pridavala odgovarajuća važnost. To se u prvom redu tiče uvjeta za određivanje uviđaja, dužnosti druge stranke i trećih da ga omoguće, odnosno «trpe» te njihova prava da u određenim slučajevima traže ne samo naknadu već i predujmljivanje troškova

koje bi u vezi s time imali. Treba očekivati da bi se u okviru opće «suptilizacije» sudske prakse postupno i ta pitanja u njoj otvarala i dobila odgovarajuća rješenja. Tome će svakako pridonijeti i potreba da se u praksi i teoriji odgovori na izazove koje otvaraju, tzv. novi dokazi. Dokazi koje nameće nova elektronička revolucija koja neizbježno zahtijeva svoje pravno priznanje pa i zakonodavno uređenje.

Trebalo bi i naglasiti značajnu izmjenu do koje je (posredno) došlo Novelom 2003. i kada je u pitanju dužnost trećih osoba da omoguće uviđaj. Tom je novelom ta dužnost proširena preko slučajeva u kojima je treća osoba bila uvijek dužna omogućiti uviđaj. Po novome treća je osoba u načelu dužna omogućiti uviđaj i na predmetima uviđaja koji nisu predmeti na kojim je uviđaj uvijek dužna omogućiti. Time je ta njezina dužnost u odnosu na druge predmete izjednačena s dužnošću svjedoka da svjedoči. Pri čemu je, upravo zbog toga, njoj ipak priznato pravo da uskrati uviđaj na tim predmetima iz onih razloga iz kojih svjedok može uskratiti davanje iskaza odnosno odgovor na pojedino pitanje.

Summary

SOME THOUGHTS ABOUT THE OBJECT OF THE ON-SITE INSPECTION AND THE ON-SITE INSPECTION IN CIVIL PROCEEDINGS

The author in the article gives an effort to systematically, critically and applying a comparative method scrutinise the institute of the on-site inspection and its object. Although the practical relevance of the institutes is indisputable, Croatian doctrine of the Civil Procedure Law pays them a minor intention. The first part of the article is dedicated to approbatory functions of the on-site inspection and its object, definitions of their notions, essential characteristics and criteria to distinguish the institutes from other evidences as well possible methods of introduction of evidences. In the paragraph dedicated to the conduction of the on-site inspection the author gives a special attention to a circle of persons authorised to conduct the on-site inspection, place where the on-site inspection can be conducted, presumptions to conduct it outside of the court and deciding on the on-site inspection. He especially considers issues related to the conduction of the on-site inspection involving items which are in the possession of the parties and third persons, public bodies and persons executing public authority emphasizing the novelties introduced by the 2003 Amendments to the Civil Procedure Act. According to the new provisions, third person's duty to enables the on-site inspection is broader than duty of a witness to testify. In concluding remarks the author expresses his expectations that higher importance will be gradually attached to the institute of the on-site inspection and its object with respect to problemacy of establishment of facts, among other reasons, due to the introduction of new categories of evidences.

***Key words:** on-site inspection, object of on-site inspection, evidence, presenting evidence.*

Zusammenfassung

ZU AUGENSCH EIN UND AUGENSCH EINSGEGENSTAND IM ZIVILVERFAHREN

Der Augenschein und der Augenscheinsgegenstand als Institute von großer praktischer Bedeutung, die im Rahmen der kroatischen Doktrin des Zivilprozessrechts jedoch relativ vernachlässigt worden sind, werden in dieser Arbeit systematisch, kritisch und komparativ analysiert. Zuerst werden probatorische Funktionen von Augenschein und Augenscheinsgegenstand untersucht, um die Begriffe dieser Institute, samt ihrer Merkmale und Kriterien für Differenzierung von anderen Beweismitteln und Beweiserhebungen, festzustellen. Hinsichtlich der Durchführung von Augenschein wird Folgendes betrachtet: Welcher Personenkreis kann den Augenschein durchführen; and welchen Orten kann der Augenschein durchgeführt werden; welche sind die Voraussetzungen für Anordnung von Augenschein außer Gericht und für Entscheidung über Augenschein. Besondere Aufmerksamkeit wird der problematischen Aspekte des Augenscheins an Gegenständen, die sich bei Parteien und Drittpersonen, oder bei Staatsorganen und Personen als öffentlichen Amtsträgern befinden. Dabei wird auf diesbezügliche Neuigkeiten der Novelle zur Zivilprozessordnung aus dem Jahr 2003 hingewiesen, und insbesondere auf die Gegebenheit, dass die Neuregelung der Pflicht von Drittpersonen den Augenschein zu ermöglichen, umfangreicher als die Aussagepflicht des Zeugen im Zivilverfahren. Zum Schluss wird die Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtsinstitute des Augenscheins und Augenscheinsgegenstands im Rahmen der Tatsachenfeststellung mehr und mehr an Bedeutung gewinnen werden, was u.A., aus der Einführung neuer Kategorien der Beweismittel ergeht.

Schlüsselwörter: *Augenschein, Augenscheinsgegenstand, Beweismittel,
Beweiserhebung*

ODGOVORNOST ODVJETNIKA ZA SAVJET I MIŠLJENJE

Dr. sc. Silvija Petrić, redovita profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.965.6
Ur.: 17. siječnja 2010.
Pr.: 17. veljače 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Rad je posvećen analizi pretpostavki i opsega odgovornosti odvjetnika za štetu nastalu zbog povrede obveze pružanja savjeta, mišljenja i informacija. Riječ je o jednom segmentu općeg instituta odštetne odgovornosti odvjetnika kao pripadnika tzv. intelektualnih profesija. Osobitosti ove odgovornosti analizirane su u kontekstu utvrđivanja pravne osnove odgovornosti odvjetnika uopće, pa tako i za ovu posebnu povredu njegove dužnosti. Isto tako, analiziran je sadržaj obveza na davanje mišljenja, savjeta i informacije, odnosno moguće povrede takve obveze. No, za definiranje mogućnosti i opsega ove odgovornosti svakako je najznačajnije utvrditi sadržaj standarda dužne pažnje odvjetnika. Posebna je pozornost u radu, zbog kontroverznosti problematike, posvećena uvjetima i granicama odgovornosti odvjetnika za savjet i mišljenje u slučaju kada je šteta nastala trećim osobama, a ne stranci.

Ključne riječi: *osnova odgovornosti, dužna pažnja, odgovornost prema trećima.*

1. Uvodne napomene

Problem mogućnosti te potrebnih uvjeta za priznavanje građanskopravne odgovornosti pripadnika, tzv. pravno reguliranih profesija za pružen profesionalni savjet, stručno mišljenje ili informaciju, u suvremenim uvjetima visoke specijalizacije pojedinih profesija i sve složenijih pravnih i gospodarskih odnosa, svakim danom sve više dobiva na značaju. U našoj pravnoj literaturi ovome je pitanju do sada posvećeno relativno malo sustavnijih istraživanja, što i ne začuđuje s obzirom na kompleksnost i višeslojnost problematike. Nije, naime, riječ samo o još jednoj varijanti primjene općih pravila o odštetnoj odgovornosti na specifičnu situaciju. To stoga što definiranje pretpostavki ove odgovornosti zahtijeva s jedne strane respektiranje određenih

posebnosti profesionalnih djelatnosti, a s druge otvara čitav niz različitih pravnih problema. Primjerice, utvrđivanje osnove odgovornosti (tj. ugovor ili delikt), precizno definiranje stupnja dužne pažnje, pitanje moguće odgovornosti prema trećima, utvrđivanje kruga, odnosno opsega šteta za koje se odgovara i sl.

Odgovornost pripadnika, tzv. intelektualnih profesija¹ za štetu u suvremenom civilnom pravu shvaća se kao specifičan oblik odgovornosti, iako u pravilu ne postoje posebne zakonske odredbe koje bi na općoj razini uređivale odgovornost profesionalca za štetu. Iznimka je talijanski Građanski zakonik² koji kroz poseban odjeljak posvećuje intelektualnim profesijama,³ određujući da se pravila tog dijela zakona primjenjuju na ugovore u kojima je predmet činidbe jedne ugovorne strane intelektualno djelo.⁴ Naravno, posebni zakoni koji reguliraju pojedine profesionalne djelatnosti, te autonomni izvori prava (kao što su kodeksi profesionalne etike) sadrže neka pravila koja mogu poslužiti sudovima u rješavanju pojedinih aspekata problema odštetne odgovornosti profesionalca, posebno u utvrđivanju standarda dužne pažnje pripadnika profesije. No u pravilu je riječ o veoma općenitim odredbama koje nisu redigirane s ciljem biti osnova za ustanovljavanje odštetne odgovornosti. Uostalom, u pravilu posebni zakoni sadrže odredbu kojom upućuju na primjenu općih pravila odštetnog prava u ovoj materiji.

Stoga je definiranje ovog oblika odgovornosti i u našem, i u usporednom pravu uglavnom prepušteno sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Iako se sudska praksa, posebno u usporednom pravu, uglavnom bavila pojedinačnim problemima vezanim za različite profesije i pri tome često poštovala specifičnosti svake od njih, može se reći da je u posljednjih pedesetak godina u glavnim obrisima definirala poseban status profesionalca u odštetnom pravu. Naravno, mnoga su pitanja još uvijek otvorena i značajne razlike postoje, ne samo između pojedinih pravnih sustava, nego i sudska praksa u jednom nacionalnom sustavu nije uvijek konzistentna. Razloge ne treba tražiti samo u odsustvu ili siromaštvu posebnih legislativnih rješenja (ili u različitostima općih pravila odštetnog prava, ako je riječ o razlikama između pojedinih pravnih sustava), nego isto tako i u specifičnostima intelektualnih profesija, ako se promatraju kao jedinstveni pojam te razlikama između pojedinih vrsta profesija.

Od općeg pojma profesije kao djelatnosti kojom se netko bavi i stječe prihode, tzv. intelektualne profesije razlikuju se po nekim bitnim karakteristikama,⁵ zbog

1 Pripadnicima intelektualnih profesija tako se smatraju sve medicinske i njima srodne profesije, odvjetnici, arhitekti, ovlaštteni graditelji, javni bilježnici, revizori, voditelji računskih knjiga i sl., a u većini pravnih sustava ovaj se pojam proširuje i na pripadnike umjetničkih profesija.

2 *Codice civile, decreto 16 marzo 1942, n. 262 (I), (G.U. del 4. aprile 1942, 79 e 79 bis).*

3 Libro quinto: Del lavoro; Titolo III: Del lavoro autonomo; Capo II: Delle professioni intellettuali (čl. 2229. – čl. 2238.).

4 Art. 2230. *Codice civile.*

5 Treba upozoriti da u pravnoj znanosti ne postoji opće prihvaćeni pojam intelektualnih profesija, a isto tako ni potpuna suglasnost o tomu koje profesije spadaju u ovu kategoriju. Zapravo, većina se autora oslanja na sudske praksu koja u određenim slučajevima opća pravila odštetne odgovornosti prilagođava posebnim okolnostima kada šteta nastane u obavljanju profesionalne

kojih i pravila o odštetnoj odgovornosti pripadnika profesije moraju biti modificirana u odnosu na opća pravila. U prvom redu, riječ je o profesijama u kojima se obavljanje posla sastoji isključivo ili pretežito u intelektualnim uslugama. S tim u svezi je i sljedeća karakteristika, tj. djelatnost profesionalca kao intelektualni i u pravilu kreativni rad strogo je osobne prirode. Čak i kada se taj rad obavlja u okvirima trajne i čvrste organizacije, za pravni položaj profesionalca bitan je osobni karakter rada, a organizacija je samo moguće pomoćno sredstvo za pružanje primarno individualnih usluga. Znanje, stručnost i profesionalna sposobnost pripadnika profesije ono je što određuje prirodu njegove obveze prema stranci (i trećim osobama), tj. riječ je o tipičnim i strogim *intuitu personae* obvezama. Ovakva priroda posla, tj. intelektualni, kreativni i strogo osobni rad, uvjetuje i sljedeću karakteristiku, a to je visoki stupanj autonomije koji se profesionalcu mora osigurati u obavljanju posla. Stoga se često ovakvi poslovi obavljaju na temelju ugovora, a ne radnopravnog odnosa. Autonomija profesionalca ide od (načelne) slobode u odlučivanju prihvatiti obavljanje posla za stranku ili ne, preko slobode izbora specijalizirane oblasti konkretne profesije, slobode izbora načina i sredstava kako izvršiti nalog stranke,⁶ do samoregulative obavljanja profesionalnih djelatnosti, tj. utvrđivanja pravila struke i etičkih pravila ponašanja od strane samih pripadnika profesije. Sve ovo uvjetuje da intelektualne profesije uživaju specifičan društveni i pravni status, tj. u svim pravnim sustavima zajamčen je visoki stupanj neovisnosti navedenih profesija, kao i legalni monopol na pružanje određene vrste usluga samo licenciranim pripadnicima profesije.⁷ Time se štite ne samo pripadnici profesije, nego prvenstveno stranke, korisnici usluga, a time posredno i javni interes.

Odgovornost profesionalca za štetu koja stranci ili trećim osobama može nastati zbog savjeta, mišljenja ili informacije samo je uski segment općeg instituta profesionalne odgovornosti, no vrlo jasno reflektira gotovo sve pravne probleme koji se javljaju u ustanovljavanju ove odgovornosti i definiranju njenih granica. U ovom radu problem odgovornosti profesionalca za savjet i mišljenje analiziran je samo u kontekstu odvjetničke profesije. No, zbog zajedničkih temeljnih karakteristika pravnog statusa svih pravno reguliranih intelektualnih profesija, pravila koja su se (posebno u stranoj sudskoj praksi) razvila u rješavanju tog problema za odvjetničku profesiju, u velikoj su mjeri primjenjiva i na ostale profesije. Kako se naša pravna

djelatnosti. Više vidi: CLERK & LINDSELL on Torts, (Eighteen edition, General Editor: Anthony M. Dugdale), Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 441. (dalje: CLERK & LINDSELL); BALDASSARI, A. – BALDASSARI, S., *La responsabilita civile del professionista*, Giuffrè editore, Milano, 1993.; (dalje: BALDASSARI – BALDASSARI); International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI: Torts; Ch. 6.: P. J. ZEPOS, P. J. – CHRISTODOULOU, P., *Professional Liability*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978., (dalje: ZEPOS – CHRISTODOULOU).

⁶ Izbor načina i sredstava obavljanja profesionalne usluge vezan je samo pravilima struke i pravilima profesionalne etike, odnosno deontologije.

⁷ Tako, primjerice, za odvjetničku profesiju Zakon o odvjetništvu (Narodne novine, br. 9/94; 117/08; 50/09; 75/09) izričito predviđa načelo neovisnosti i samostalnosti ove profesije, odredbama čl. 2.

literatura a ni sudska praksa gotovo uopće nije bavila ovim pitanjem, korisno je za pronalaženje rješenja u praksi i za teorijsko objašnjavanje specifičnosti ove odgovornosti, analizirati rješenja u usporednom pravu i tako ukazati na pravce kojima bi se i kod nas moglo ili trebalo ići u određenje pretpostavki i opsega ove odgovornosti. Pri tomu će rad analizirati samo one elemente profesionalne odgovornosti odvjetnika uopće, a tim i za savjet, mišljenje ili informaciju, u kojima je nužno respektirati posebnosti ovog oblika protupravne radnje.

2. Odštetna odgovornost odvjetnika za savjet, mišljenje i informaciju

Definiranje načela i pravila profesionalne odgovornosti odvjetnika⁸ od iznimnog je značaja za funkcioniranje cjelokupnog pravnog sustava, budući da je odvjetništvo kao društvena funkcija važan segment pravosudnog sustava. Njegova se društvena zadaća ne iscrpljuje u zastupanju stranke u skladu s pravilima struke i u najboljem interesu stranke, nego su odvjetnici ujedno i suradnici suda u ostvarenju pravde. Obje zadaće odvjetništva optimalno se ostvaruju samo ako postoji visoki stupanj povjerenja javnosti u stručnost i profesionalni integritet pripadnika profesije, a jedna od pretpostavki za to jest i integrirani sustav pravila profesionalne odgovornosti.

Naša se pravna teorija, kako je već naglašeno, nije suviše bavila ovim problemom, što se može dijelom objasniti i relativno malim brojem odštetnih zahtjeva u praksi sudova, posebno u usporedbi s iskustvima, primjerice, prava SAD-a ili engleskog i njemačkog prava. Razloge za takvo stanje možemo tražiti u nedovoljno razvijenoj svijesti stranaka o pravu na naknadu štete, no sigurno i u činjenici da je od 1994. godine, tj. od donošenja novog Zakona o odvjetništvu u Republici Hrvatskoj obavezno osiguranje odvjetnika od odgovornosti za štetu koju bi mogao u obavljanju svog posla počinuti trećima.⁹ Hrvatska odvjetnička komora preuzela je rješavanje odštetnih zahtjeva stranaka i u tu svrhu osnovala radno tijelo, Komisiju za naknadu štete iz osiguranja odvjetnika. Rad Komisije otpočeo je 1997. godine.¹⁰ Komisija odlučuje o osnovanosti zahtjeva za naknadu štete i na njenu odluku nema prava žalbe, no u konačnom je odgovoru obvezna uputiti podnositelja na mogućnost utuženja njegova zahtjeva.

U hrvatskom pravu građanskopravna odgovornost odvjetnika nije regulirana posebnim pravilima koja bi vrijedila samo za odvjetnike i odvjetničke vježbenike. Zakon o odvjetništvu sadrži samo neke odredbe kojima definira određene posebne obveze odvjetnika prema strankama i trećim osobama. To znači da se građanskopravna odgovornost odvjetnika za štetu određuje prema općim pravilima građanskog prava o

8 Naravno, pojam profesionalne odgovornosti odvjetnika mnogo je širi od civilnopravne, tj. odštetne odgovornosti, budući da obuhvaća i kaznenu i stegovnu odgovornost.

9 Čl. 44. Zakona o odvjetništvu.

10 Upravni odbor Hrvatske odvjetničke komore, na sjednici održanoj 10. listopada 1998. godine, donio je Pravilnik o postupku naknade štete temeljem odgovornosti odvjetnika za štetu počinjenu trećim osobama (vidi: *Odvjetnik*, 11-12/98).

deliktnoj odgovornosti,¹¹ odnosno prema pravilima Zakona o obveznim odnosima.¹² Na to upućuje i odredba čl. 33. Zakona o odvjetništvu prema kojoj «*Za pruženu pravnu pomoć strankama odvjetnici u odvjetničkim društvima odgovaraju po općim pravilima o odgovornosti.*»¹³ ZOO, s iznimkom definiranja standarda dužne pažnje dobrog profesionalca (stručnjaka),¹⁴ ne sadrži posebna pravila o profesionalnoj odgovornosti, pa time ni o profesionalnoj odgovornosti odvjetnika. To znači da se primjenjuju opća pravila, ali specifičnosti svake profesionalne, a posebno odvjetničke djelatnosti, otvaraju niz pravnih pitanja. Stoga je i odgovornost u mnogome specifična.

2. 1. Obveza pružanja savjeta, mišljenja ili informacije

Davanje ispravnih i u skladu s pravilima struke formuliranih savjeta i mišljenja samo je jedna od profesionalnih dužnosti odvjetnika. Iako je Zakon o odvjetništvu čak stavlja na prvo mjestu u nabranjanju oblika pravne pomoći koje odvjetnici mogu pružati strankama,¹⁵ u praksi se relativno rijetko ugovora kao posebna činidba, a u pravilu se pojavljuje kao jedna od dužnosti koja čini dio šireg mandata povjerenog odvjetniku u okviru zastupanja pravnih interesa stranke. Štoviše, ponekad je teško razlučiti ovu posebnu obvezu od ostalih u kompleksnom profesionalnom zadatku kojega odvjetnik obavlja.¹⁶ Naravno, ima slučajeva kada se radi o direktnom odgovoru na zahtjev stranke za davanje pravnog savjeta ili mišljenja o nekom pravnom problemu. No, u praksi je dužnost davanja pravnih savjeta i mišljenja najčešće usko povezana s drugim aspektima mandata, odnosno pojavljuje se kao akcesorna obveza u službi urednog izvršenja glavne obveze. Dapače, ako se stvar promatra iz drugog ugla, većina poslova koje odvjetnik obavlja za stranku zahtijevaju da on o pravnom problemu ima određeno pravno mišljenje na temelju kojega poduzima (ili ne poduzima) određene radnje u ime i za račun stranke. Ako je njegovo mišljenje pogrešno, može se reći da i kada odgovara za posljedice takve (ne)aktivnosti zapravo odgovara za pogrešno pravno mišljenje. Promatrano, s tog aspekta, većina slučajeva profesionalne odgovornosti odvjetnika su slučajevi odgovornosti za pogrešno pravno

11 Odredbe Zakona o odvjetništvu, koje definiraju posebne obveze odvjetnika prema strankama i prema trećim osobama, tako predstavljaju *lex specialis* kojima se definiraju određena protupravna ponašanja odvjetnika koja mogu biti štetna radnja kao element deliktne odgovornosti, a naravno, mogu biti i osnova za stegovnu ili kaznenu odgovornost, u skladu s posebnim propisima.

12 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05; 41/08 (dalje: ZOO).

13 Iako se pravilo iz čl. 33. Zakona o odvjetništvu izričito odnosi samo na članove odvjetničkih društava, a Zakon ne sadrži odgovarajuću odredbu o odgovornosti koja bi se odnosila na sve odvjetnike bez obzira na izabrani način organizacije rada, jasno je da se isto pravilo primjenjuje na sve odvjetnike.

14 Čl. 10. st. 2.: *Sudionik u obveznom odnosu dužan je u ispunjavanju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).*

15 Vidi čl. 3. Zakona o odvjetništvu.

16 Tako vidi: HONSELL, H., *Liability of Professional Advisors under Swiss and German Law*, <http://www.honsel.at/download/FSBaerKarrer.pdf> (dalje: HONSELL), str. 6.

mišljenje, iako se kao takvi ne apostrofiraju. Postoje i situacije kada je odvjetnik, koji savjesno obavlja svoju dužnost, obavezan stranci dati pravno mišljenje ili savjet, iako ona od njega to ne traži, jer zbog nepoznavanja prava nije svjesna da joj je takav savjet potreban. Stoga se i ova obaveza odvjetnika može povrijediti i propuštanjem.

No, bez obzira radi li se o izričitoj obvezi pružanja savjeta, mišljenja ili informaciju, ili o takvoj obvezi koja je akcesorna izvršenju neke druge glavne obveze odvjetnika, u svakom slučaju na odgovornost odvjetnika za takve propuste primjenjuju se opća načela njegove profesionalne odštetne odgovornosti koja vrijede i za ostale vrste štetnih radnji koje može počinuti. To s druge strane ne znači da se kod oblika za ovakvu štetnu radnju nepojavljaju neka specifična pitanja, a i posebni problemi u nekim pravnim sustavima. Stoga je potrebno kroz analizu nekih od općih elemenata odgovornosti odvjetnika ukazati na specifičnosti odgovornosti za savjet i mišljenje.

2. 2. *Moguće pravne osnove odgovornosti*

Jedno od temeljnih pitanja koje se postavlja kod odgovornosti odvjetnika jest pitanje pravne osnove odgovornosti, tj. temelji li se odgovornost odvjetnika za štetu od nepravilnog savjeta ili pogrešnog mišljenja na ugovoru ili deliktu. U nekim je pravnim sustavima (iz razloga koji će biti objašnjeni) ovo problem od prvorazrednog značaja čije je rješavanje bitno utjecalo na razvoj čitavog instituta profesionalne odgovornosti. U praksi se postavio najčešće vezano upravo za štete nastale od pogrešnog savjeta ili mišljenja. Stoga su i načini rješavanja u mnogome definirali obrise oblika odgovornosti za taj oblik štetne radnje. Većina ovih problema u našem se pravu ne pojavljuje, no rješenja koja su razvili drugi pravni sustavi mogu biti veoma korisna kada se pokušava odrediti kako, na temelju samo općih pravila o odgovornosti, rješavati konkretne probleme koji se u praksi mogu pojaviti i kod nas.

Pitanje pravne osnove odgovornosti nije samo teorijsko-pravno već ima izrazite praktične implikacije, budući da u većini pravnih sustava postoje bitne razlike u opsegu i modalitetima odštetne odgovornosti, ovisno o njenom osnovu. I prema odredbama ZOO-a, iako se u načelu pravila deliktne odgovornosti primjenjuju analogno i na ugovornu,¹⁷ i za štetnika i za oštećenika može biti bitno na čemu je utemeljen odštetni zahtjev.¹⁸

17 Čl. 349. ZOO-a: *Ako odredbama ovoga odsjeka nije drukčije propisano, na naknadu ove štete na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovoga Zakona o naknadi izvanugovorne štete.*

18 Tako opseg naknade ovisi o osnovu odgovornosti jer se za povredu ugovorne obveze duuguje u pravilu samo predvidiva šteta, a nepredvidiva samo ako je ugovorna obaveza povrijeđena namjerno ili s grubom nepažnjom (čl. 346. ZOO-a). Kod deliktne odgovornosti u pravilu se duuguje potpuna naknada bez obzira na stupanj krivnje (čl. 1085. i čl. 1046. ZOO-a). Razlike postoje i u zastarnim rokovima, tj. potraživanje naknade štete nastale povredom ugovora zastarijeva u roku koji je predviđen za zastaru ugovorne obveze, a potraživanja iz delikata zastarijevaju u roku od tri godine od saznanja za štetu i osobu štetnika, a u svakom slučaju u roku od pet godina od nastanka

U najvećem broju slučajeva odnos stranke i odvjetnika ugovorni je odnos i zahtjev za naknadu štete može se temeljiti na povredi ugovorne obveze, ako je dio te obveze dati stranci točan savjet, mišljenje ili informaciju. No, razvoj profesionalne odštetne odgovornosti odvjetnika, posebno u usporednom pravu, pokazuje da ova odgovornost može postojati i kada ugovora nema, i to ne samo prema trećim osobama nego i u odnosu na stranku.

U hrvatskom pravu odgovornost odvjetnika za štetu može se temeljiti na povredi ugovora, ako je riječ o obvezi koja je obuhvaćena valjanim ugovorom sa strankom, ali isto tako i na deliktu ako nije riječ o ugovornoj obvezi ili je odvjetnik svojim ponašanjem nanio štetu trećoj osobi. Ako su ispunjene pretpostavke za postojanje, i ugovorne, i deliktne odgovornosti moguća je konkurencija osnova odgovornosti, što proizlazi iz općeg načela ZOO-a o zabrani uzrokovanja štete,¹⁹ kao i iz pravila da je svatko tko uzrokuje štetu dužan tu štetu naknaditi ako ne dokaže da je nastala bez njegove krivnje.²⁰ To znači da oštećenik može birati između osnova odgovornosti, ovisno o tomu koja su za njega u konkretnom slučaju povoljnija.

I u većini pravnih sustava usporednog prava pravilo je da odvjetnik odgovara na temelju ugovora, no ako nema valjanog ugovora ili u konkretnom slučaju nije došlo do povrede ugovorne obveze, priznaje se i odgovornost na temelju delikta. To stoga što se smatra da obnašanje odvjetničke djelatnosti (kao i djelatnosti ostalih intelektualnih profesija) nameće pripadnicima profesije opću obvezu brige o interesima, i stranke, i određenog kruga trećih osoba, neovisnu o postojanju, opsegu ili valjanosti ugovora. Drugim riječima, sama činjenica obavljanja profesionalnog posla stvara obvezu, koja se može smatrati općom zakonskom obvezom, da se posao obavlja u skladu s pravilima struke i s profesionalnom pažnjom.²¹

To znači da je široko prihvaćena mogućnost konkursa osnova odgovornosti, odnosno, kako se ističe u pravnoj teoriji, profesionalna odgovornost za štetu područje je koje je definirano s dva suprotna pola, s jedne strane to je ugovorna, a s druge deliktna odgovornost.²² No, u nekim se pravnim sustavima ipak jednom od dva moguća osnova odgovornosti daje prednost, dok je u nekima općeprihvaćeno da je isključivo na oštećeniku pravo da slobodno bira temelj odštetnog zahtjeva. U ovu posljednju grupu spadaju pravni sustavi romanskog kruga.²³

štete (čl. 230. ZOO-a). Zatim, ugovorom je moguće proširiti, a pod određenim pretpostavkama i ograničiti ili isključiti ugovornu odgovornost za štetu, dok je kod delikata to jedino moguće na temelju pristanka oštećenika. O razlikama između ugovorne i deliktne odgovornosti profesionalaca za štetu, vidi: JOURDAIN, *Responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999/4., str. 840. – 843.

19 Čl. 8. ZOO-a.

20 Čl. 1045. st. 1. ZOO-a.

21 Stoga se u pravnoj teoriji ističe da je riječ o nezavisnim zakonskim obvezama koje postoje «pored ugovora» kao i onda kada ugovora nema. Vidi: ZEPOS – CHRISTODOULOU, str. 4.

22 Tako: HONSELL, str. 1.

23 Za talijansko pravo tako vidi: BALDASSARI – BALDASSARI, str. 199.-201.; MONATERI, P. G., *Cumulo di responsabilita contratuale ed extracontratuale*, CEDAM, Padova, 1989.

U njemačkom i švicarskom pravu također je načelno moguća konkurencija osnova odgovornosti.²⁴ No, dok je ugovorna odgovornost uvijek nesporna, kod deliktne odgovornosti javlja se u praksi problem zbog ograničenja kruga šteta za koje se odgovara. Naime, u njemačkom pravu²⁵ ugovorna odgovornost obuhvaća sve oblike šteta, dok je kod deliktne odgovornosti, prema odredbama st. 1. čl. 823. Njemačkog građanskog zakonika,²⁶ određen krug interesa koji se štite deliktnom odgovornošću, a njime nije obuhvaćena tzv. čista ekonomska šteta (tzv. *reiner Vermögensschaden*).²⁷ Riječ je o šteti koja ne pogađa tzv. apsolutna prava (prava osobnosti, stvarna prava i njima srodna prava) nego ostale imovinske interese.²⁸ Naknada takve štete moguća je u deliktnom pravu u svakom slučaju samo ako je neposredna posljedica štete na apsolutno zaštićenim dobrima. Ako to nije slučaj, naknada čiste imovinske štete moguća je samo prema odredbama čl. 826. BGB-a, koji ne ograničava krug zaštićenih dobara, ali zahtijeva da je šteta nanesena namjerno te da je štetnik postupao protivno dobroj vjeri i običajima.²⁹ Isto stajalište prihvaćeno je i u švicarskom pravu u kojemu se odredbe opće klauzule o deliktnoj odgovornosti, sadržane u čl. 41. Zakona o obveznim odnosima,³⁰ tumače na način da se deliktna odgovornost za čistu imovinsku štetu ograničava samo na slučajeve kada je šteta nanesena namjerno ili protivno dobrim običajima. Potpuna naknada moguća je samo kod ugovorne odgovornosti.³¹

Ovakvo rješenje prihvaćeno je u njemačkom i švicarskom pravu prvenstveno zbog straha od ogromnog broja odštetnih zahtjeva koji bi mogli uslijediti kada bi se

24 Više o pravnim osnovama odgovornosti za štetu u njemačkom pravu vidi: KLARIĆ, P., *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 26.-50.

25 Njemačko pravo ugovornu i deliktnu odgovornost shvaća u biti kao suštini jedinstveni institut. Više vidi: VON CAEMMERER, E., *Wandlungen des Deliktsrechts*, Hundret Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift (1860-1960), 1960.

26 *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. 8. 1896 (RGBl. S. 195); *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, Bundesgesetzblatt 2002 I 42., (dalje: BGB).

Čl. 823. BGB-a: (1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

27 U usporednoj pravnoj literaturi za označavanje ovog oblika štete upotrebljavaju se i termini «*pure economic loss*», «*mere pecuniary property*», «*total of pecuniary assets or fortune*».

28 Više o pojmu čiste ekonomske štete u njemačkom pravu, vidi: DARI-MATTIACCI, G. - SCHÄFER, H. B.; *The Core of Pure Economic Loss*; German Working Papers in Law and Economics, Volume 2005, Paper 10; University of Hamburg, Germany; dostupno na: <http://www.bepress.com/gwp>

29 Čl. 826.: *Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.*

30 Codice civile svizzero; (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911, BS 2 199. (dalje: OR). Čl. 41. OR: 1. *Chiunque e tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza.*

2. *Parimente chiunque e tenuto a riparare il danno che cagiona intenzionalmente ad altri con atti contrari ai buoni costumi.*

31 Više vidi: HONSELL, str. 2.

odgovaralo za čistu imovinsku štetu i u slučaju nepažnje štetnika. Naime, smatralo se da u društvenim odnosima vrlo različita ponašanja mogu imati utjecaja na imovinsku sferu drugoga na način da dovedu do tzv. čiste imovinske štete. Posebno se to odnosi upravo na socijalne kontakte u kojima davanje savjeta, mišljenja ili informacije od strane jednoga može negativno utjecati na imovinsku sferu drugoga. Ako je uslijed nepažnje jedne strane savjet loš, mišljenje pogrešno ili informacija netočna, bez ovog isključenja odgovaralo bi se za štete koje mogu, posebno u gospodarskim odnosima, biti vrlo velikih razmjera. Osim toga, krug mogućih oštećenika bio bi praktički neograničen. Takvo rješenje njemačko i švicarsko pravo očito smatraju neprihvatljivim jer bi moglo dovesti do paralize društvenih odnosa, pa često i do otvaranja vrata ozbiljnim zlouporabama.³² No, ako je takva šteta posljedica namjernog ponašanja ili ponašanja protivnog moralu i dobrim običajima, onda je odgovornost prema stavu njemačkog i švicarskog zakonodavca, opravdana.

Ali, s druge strane, postoje situacije kada pravičnost zahtijeva da se odgovara i za ovakve štete, iako su nanesene samo s blažim oblikom krivnje, tj. nepažnjom. To se, iako ne isključivo, ali u praksi vrlo često, odnosi upravo na situacije profesionalne odgovornosti za savjet ili mišljenje. Kako je u okviru ugovorne odgovornosti moguće naknađivati i ovakve štete, a njemačko pravo ugovornu i deliktnu odgovornost shvaća kao dvije strane istog instituta, sudska praksa je jedno od mogućih rješenja problema pokušala naći u proširenju ugovorne odgovornosti i na ovakve situacije.

Tako se u sudskoj praksi i pravnoj znanosti razvija ideja da je svatko tko u prometu, shvaćenom u najširem smislu riječi, djelovanjem ili propustom stvara rizik od štete za drugoga dužan poduzeti sve mjere da se drugi zaštiti od moguće štete. Ako ne udovolji toj obvezi dužan je naknaditi štetu. To znači da se «sudionicima u prometu» nameću obveze koje su potpuno neovisne o postojanju ugovornog odnosa ili o sadržaju ugovora, kao i od zakonskih obveza iz st. 2. čl. 823. BGB-a koji predviđa odgovornost za štetu u slučaju povrede, tzv. protektivnih pravnih normi.³³ Ovaj je koncept u njemačkom pravu poznat pod nazivom *Verkehrssicherungspflichten* ili *Verkehrspflichten* ili «obveze sigurnosti u prometu»³⁴. Kako je riječ o institutu kojega je stvorila sudska praksa, a nije reguliran zakonom, on se i dalje razvija i kroz praktično definiranje pretpostavki za njegovu primjenu. Prvenstveno je to definiranje kruga odnosa koji se mogu smatrati «odnosima u prometu», a po svojoj kvaliteti

32 Više vidi: MARKESINIS, B., *The German Law of Obligations, Vol. II: The Law of Torts: A comparative Introduction*, Clarendon Press, Oxford, 1997, str. 42. sq. (dalje: MARKESINIS).

33 Čl. 823: (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Radi se o tzv. *Schutzgesetze*, tj. svim pravnim normama od ustavnih do individualnih normi kao što su odredbe upravnih rješenja, koje za cilj imaju posebnu zaštitu određene kategorije pravnih subjekata od određenih šteta.

34 Više vidi: VON BAR, C., *Verkehrspflichten*, Köln-Berlin, 1980.

omogućavaju nametanje ovakvih obveza,³⁵ a s tim u svezi i preciziranje zahtjeva da je štetnik mogao predvidjeti da će iz njegovog ponašanja drugome nastati šteta, te definiranje vrste i sadržaja obveza koje mu se nameću.³⁶

Na ovaj se način prevladava ograničenje deliktne odgovornosti za čistu ekonomsku štetu jer je po ovom konceptu riječ o povredi postojećih pozitivnih obveza,³⁷ a ne opće negativne obveze *neminem laedere* kao osnove za deliktnu odgovornost. Zapravo se po učinku izjednačavaju sa «protektivnim pravnim normama» čija povreda daje pravo na potpunu naknadu štete. Po sadržaju odgovaraju obvezama pažnje prema interesima druge strane u ugovornom odnosu. Odnosno kriteriji koji vrijede za ocjenu dužne pažnje prilikom izvršenja ugovornih obveza primjenjuju se i u procjeni je li povrijeđena neka obveza koja čini dio *Verkehrspflichten*. To stoga što se i kod povrede ugovora i kod nepoštivanja *Verkehrspflichten* radi o povredi obveze na određeno ponašanje.

Ovaj se koncept u njemačkom pravu široko koristi, no posebno je jasno njegovo djelovanje u oblasti profesionalne odgovornosti. To stoga što posebna priroda profesionalnih djelatnosti, (a time i odvjetničke) nameće pripadnicima profesije posebne obveze pozornosti prema interesima stranaka, ali i trećih osoba. Naime, posebni pravni status intelektualnih profesija, legalni monopol kojega uživaju, te jamstvo države da se radi o kompetentnim i stručnim osobama, stvaraju s druge strane pozitivne obveze zaštite interesa svih onih koji imaju pravo pouzdati se u stručnost i profesionalnu pozornost pripadnika profesije. Kod odvjetničke djelatnosti ističe se da sama činjenica obavljanja te djelatnosti stvara kod osoba koje s njom dolaze u dodir, odnos povjerenja u stručnost i kompetentnost pripadnika profesije. Time se opravdava i nametanje posebnih obveza koje se po sadržaju i djelovanju izjednačavaju s ugovornim obvezama i onda kada ugovora nema ili takve obveze nisu dio sadržaja ugovorene prestacije.³⁸ To se odnosi na sve aspekte djelovanja odvjetnika, ali poseban značaj ima upravo kod odgovornosti za savjet i mišljenje, bez obzira je li se radilo o pogrešnom savjetu ili mišljenju ili je u skladu konceptom *Verkehrspflichten* postojala obveza da se savjet ili mišljenje daje, a ta obveza nije izvršena.

Kada je riječ o štetama, koje su iz ponašanja odvjetnika nastale trećim osobama, a ne stranci s kojom je odvjetnik u ugovornom odnosu, ograničenja iz čl. 823. BGB-a prevladavaju se i pomoću instituta ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema

35 Dakle, zahtijeva se određeni odnos između štetnika i oštećenika iako nema ugovora.

36 Više vidi: PALANDT, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch*; bearbeitet von Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Helmut Heinrichs, Hans Putzo, Heinz Thomas, Gerd Brudermüller, Wolfgang Edenhofer, Andreas Heldrich, Hartwig Sprau, Walter Weidenkaff, 61. neubearbeitete Auflage; Verlag C.H. Beck, München, 2002., (dalje: PALANDT), str. 1091.-1105.

37 Iako je riječ o obvezama pažnje prema interesima drugoga, u njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj teoriji naglašava se da ovaj koncept ne znači definiranje ili pooštavanje kriterija dužne pažnje kao elementa odgovornosti, već da je uvijek riječ o posebnim, direktno na zakonu (pravu) utemeljenim obvezama.

38 Tako vidi: MARKESINIS, str. 305. sq.

trećima,³⁹ te instituta *Dritteschadensliquidation*.⁴⁰ I ovdje je riječ o konstrukcijama sudske prakse koje se ne ograničavaju samo na odvjetničku, odnosno profesionalnu odgovornost, ali za ovo područje imaju posebno značenje.

Pod konceptom *Dritteschadensliquidation* podrazumijeva se odgovornost dužnika za neispunjenje ili neuredno ispunjenje obveze iz ugovora, iako je šteta nastala trećoj osobi, a ne vjerovniku, ali pod uvjetom da je između njega i treće osobe postojao poseban odnos koji opravdava ovakvo proširenje odgovornosti. No, kako je ovakvo rezoniranje teorijski pravno dosta sporno jer zapravo inzistira na fikciji ugovornog odnosa koji u stvarnosti ne postoji,⁴¹ posljednjih godina sudska se praksa češće oslanja na mnogo sofisticiraniju inačicu iste temeljne ideje, a to je ugovor sa zaštitnim djelovanjem prema trećima. I ona omogućava naknadu štete, koja je trećoj osobi nastala zbog povrede dužnikove ugovorne obveze, i to prema pravilima ugovorne odgovornosti. No, zahtijeva da se iz izričitih odredbi ugovora ili iz njegovog smisla može nesumnjivo zaključiti da je cilj (ili jedan od ciljeva) ugovora bila upravo zaštita određenog interesa treće osobe, tj. da je vjerovnik iz ugovora imao namjeru štititi trećega. Pored toga mora biti ispunjen i uvjet predvidivosti, tj. da je dužnik mogao predvidjeti da će povreda ugovora dovesti do štete, i to za točno određenu treću osobu.⁴²

Koncept ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima posebno je značajan za profesionalnu odgovornost odvjetnika zbog savjeta ili mišljenja. Grubo rečeno, mogu se razlikovati dvije grupe slučajeva. U jednoj je riječ o propustu odvjetnika pružiti dugovani savjet ili mišljenje stranci, pa zbog toga nastane šteta trećim osobama. U pravnoj literaturi navodi se kao ilustrativan primjer odluka njemačkog Saveznog suda u kojemu je odvjetnik odgovarao za čistu ekonomsku štetu djeci stranke koju je zastupao, a šteta je nastupila stoga što je propustio savjetovati svoju stranku da u dokument o razvodu braka uvrsti odredbu iz sporazuma o raspodjeli imovine koji je prethodno sklopio sa svojom suprugom, a prema kojoj je supruga bila obvezna nakon okončanja postupka razvoda braka prenijeti vlasništvo na nekretnini na djecu. Nakon okončanja postupka razvoda supruga je odbila prenijeti vlasništvo na djecu. Sud je zauzeo stav da je cilj ugovora o zastupanju stranke u postupku razvoda braka bio, između ostaloga, da se zaštite imovinski interesi djece. Propustom odvjetnika to nije bilo moguće, stoga im odgovara za povredu ugovorne obveze, iako nisu stranke u

39 *Die Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte.*

40 Kako s trećim nema ugovornog odnosa moguća je samo deliktna odgovornost, a odredbe čl. 823. BGB-a ne daju mogućnost naknade čiste ekonomske štete. Stoga je sudska praksa izlaz našla u ovim pravnim konstrukcijama koje proširuju djelovanje ugovora i na treće osobe. Više vidi: SONNENSCHNEIDER, *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – und immer neuen Fragen*, Juristische Arbeitsblätter, 1979, str. 225. sq.

41 Tako vidi: HONSELL, str. 4.

42 U sudskoj praksi, koja se odnosi na odvjetničku profesionalnu odgovornost, to su veoma često slučajevi krivnje odvjetnika za nevaljanost oporuke, te se kao oštećenici javljaju osobe koje su trebale biti nasljednici da nije bilo propusta odvjetnika. Više vidi: ZEPOS – CHRISTODOULOU, str. 53. sq.

ugovoru. U obrazloženju presude sud je naglasio da se ovakvo proširenje djelovanja ugovora prema trećim osobama mora tumačiti usko, posebno s obzirom na činjenicu da je ugovorni odnos stranka – odvjetnik u pravilu strogo osoban odnos utemeljen na međusobnom povjerenju, te da svako negativno djelovanje koje povreda ugovora od strane odvjetnika može imati na imovinske interese trećih ne vodi prema odgovornosti odvjetnika. No, ako je iz ugovora nesumnjivo da ima za cilj zaštitu trećih, te ako je odvjetniku u vrijeme zaključenja ugovora poznat identitet trećih osoba, onda je ovakva odgovornost moguća.⁴³

U drugoj su grupi slučajevi u kojima se prihvaća odgovornost odvjetnika (i ostalih pripadnika intelektualnih profesija) koji daje pogrešan savjet, informaciju ili mišljenje stranci s kojom je u ugovornom odnosu, a zna ili bi uz dužnu pažnju morao znati da bi se tim savjetom ili mišljenjem mogla poslužiti i treća osoba. Šteta zbog pogrešnog savjeta, mišljenja ili informacije u praksi je veoma često tzv. čista imovinska šteta, što znači da se ovakve štete u njemačkom i švicarskom pravu ne bi mogle reparirati po općim pravilima deliktne odgovornosti,⁴⁴ odnosno izvan koncepta ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima, ili pak, ranije spomenutog koncepta *Verkehrspflichten*. Uvjeti, koji moraju biti ispunjeni, isti su kao i u prvoj grupi slučajeva. U prvom redu, iz ugovora mora izričito ili prešutno proizlaziti da je cilj zaštita trećih osoba, odnosno vjerovnik iz ugovora (stranka) mora imati neki interes da štiti određenu treću osobu. Ove činjenice moraju biti poznate dužniku (odvjetniku) u trenutku zaključenja ugovora.

No, treba napomenuti da se u novijoj praksi, posebice vezano uz slučajeve informacija u bankarskoj i financijskoj sferi poslovanja, ovi uvjeti uvelike relaksiraju, tj. više se ne inzistira na tomu da je štetnik znao ili morao znati identitet treće osobe, niti da između vjerovnika iz ugovora i treće osobe mora postojati odnos koji opravdava ovakvo proširenje odgovornosti. Dovoljno je da objektivno definirani interesi dopuštaju zaključak da je ugovorom stipulirana, makar i prešutno, obveza pažnje prema interesima trećega.⁴⁵ Hoće li se ovakvi stavovi šire primjenjivati u sudskoj praksi i na odgovornost odvjetnika za netočan savjet i mišljenje, teško je reći. U prilog takvog stajališta govorila bi priroda funkcije odvjetnika kao nezavisnog agenta u službi pravde, što stvara široko povjerenje javnosti u točnost njegovih savjeta, mišljenja i informacija.

I u pravu Velike Britanije načelno se priznaje konkurencija osnova odštetne odgovornosti intelektualnih profesija, no smatra se da prednost treba dati deliktnoj odgovornosti.⁴⁶ To stoga što se profesionalna odgovornost razvila iz posebnog

43 Više vidi: MARKESINIS, str. 293.-295.

44 Osim, naravno, ako se dokaže namjera štetnika, što je u praksi veoma teško.

45 Više vidi: MARKESINIS, str. 54.

46 Ako se gleda općenito, tj. za sve intelektualne profesije, onda vrijedi obrnuto pravilo, tj. smatra se da je deliktna odgovornost ona kojoj treba dati prednost. Tako vidi: ZEPOS – CHRISTODOULOU, str. 4.

delikta *negligence*.⁴⁷ No, što se tiče odgovornosti odvjetnika, englesko pravo prednost daje ugovornoj odgovornosti, a tek iznimno se primjenjuje deliktna. Razlog je vjerojatno u činjenici što je u engleskom pravu dugo bila živa tradicija imuniteta od deliktne odgovornosti⁴⁸ za tzv. *barristere*.⁴⁹ *Solicitor* nije uživao takav imunitet, pa se vjerojatno upravo zbog toga inzistira da odgovornost profesije, koja obuhvaća i *barristere* i *solicitore* bude prvenstveno ugovorna. No, imunitet *barristera* posljednjih godina značajno slabi i sužava se na radnje pred sudom, dok se u položaju odgovornosti za savjet i mišljenje gotovo izjednačava s položajem ostalih pripadnika profesije.

U pravu Sjedinjenih Američkih Država odvjetnici za *legal malpractice* u svim saveznom državama odgovaraju po pravilima deliktne odgovornosti, a u pravilu je moguća i ugovorna odgovornost. No, očigledno je da američko pravo prednost daje deliktnoj odgovornosti. Pri tomu je tužbu moguće zasnovati na nekom od oblika delikata kao što je tzv. *common law negligence*, *statutory fraud* ili *common-law fraud*. U mnogim državama oštećenik se može pozvati i na povredu ugovora kao osnovu odgovornosti, a isto tako i na povredu, tzv. fiducijarnih obveza.⁵⁰

Što se tiče odgovornosti za netočan savjet ili mišljenje i u zemljama *common law* sustava može se pratiti sličan razvoj instituta kao i u njemačkom ili švicarskom pravu. Stoga što je i *common law* sustav, jednako kao njemačko pravo, nesklon širokom priznavanju prava na naknadu tzv. čiste ekonomske štete. U ovakvim se slučajevima najčešće radi upravo o tom obliku štete. No, razlozi pravičnosti zahtijevaju priznavanje ovakve štete u nekim slučajevima.

U engleskom pravu razvoj odgovornosti počinje poznatim slučajem *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.* iz 1964. godine.⁵¹ Sud je u tom predmetu zauzeo stav da postoji odgovornost osobe koje je dala pogrešan savjet ili informaciju (povredom dužne pažnje) drugoj osobi koja je pretrpjela čistu ekonomsku štetu uslijed oslanjanja na taj savjet. U ovom slučaju, i u bogatoj praksi koja ga je slijedila, engleski su sudovi razradili uvjete za ovakvu odgovornost i tako stvorili institut

47 *Negligence* kao vrsta delikta znači nanošenje štete povredom na pravu zasnovane dužnosti štetnika da vodi računa o interesima određenog oštećenika, ako je nastanak štete za štetnika bio predvidiv. Uvjeti za primjenu odgovornosti na temelju delikta *negligence* su: obveza štetnika da vodi računa o interesima oštećenika (*duty of care*); postojanje bliske veze između štetnika i oštećenika koja je osnova za nametanje ovakve obveze pažnje (tzv. «*neighbour principle*» ili *proximity*), predvidivost štete na strani štetnika ako povrijedi obvezu dužne pažnje. Više o deliktu *negligence* u engleskom pravu, vidi: CLERK & LINDSEL, *On Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2000., (dalje: CLERK & LINDSEL), str. 273.- 440.

48 Tzv. «*immunity of the bar*».

49 Imunitet, koji je kao institut nastao u sudskoj praksi, opravdavao se razlozima zaštite javnog interesa, odnosno nesmetanog odvijanja pravosudne djelatnosti koju bi ugrožavala mogućnost da *barrister* odštetno odgovara za radnje ili propuste u zastupanju stranke pred sudom.

50 Više vidi: GOLDWASSER, D. L., *Protecting law firms against liability exposures*, (dostupno na: <http://www.abanet.org/litigation/committee/professional/pl-protecting.pdf>); ZEPOS – CHRISTODOULOU, str. 44.-45.

51 (1964.) A. C. 456.

odgovornosti za čistu ekonomsku štetu uzrokovanu netočnim savjetom, mišljenjem ili informacijom.⁵² U prvom redu zahtijeva se da postoji «poseban odnos» između štetnika i oštećenika koji opravdava povjerenje oštećenika da će druga strana pokazati dužnu pažnju, te da je štetnik znao ili morao znati da se oštećenik oslanja na takvo njegovo ponašanje. Takav poseban odnos ne mora biti samo odnos iz ugovora, već može biti i fiducijarni odnos ili odnos koji je «ekvivalentan ugovoru», tj. onaj u kojemu se može pretpostaviti preuzimanje odgovornosti kao iz ugovora, iako ugovora nema.

U kasnijoj sudskoj praksi formuliran je tzv. trostruki test koji omogućava odgovor na pitanje je li u konkretnom slučaju odnos štetnika i oštećenika takav da opravdava nametanje odgovornosti. Tako se zahtijeva «bliskost» (*proximity; neighbourhood*) ne samo u odnosu između stranaka,⁵³ nego i između ponašanja štetnika i štete.⁵⁴ Drugi dio testa je «predvidivost» (*foreseeability*), tj. da je štetnik u vrijeme poduzimanja radnje (nepažljivo) mogao predvidjeti nastanak štete za određenog oštećenika. Treći dio testa je «pravednost, pravda i razumnost» (*fairnes, justice, reasonableness*) koji omogućava da se u svakom konkretnom slučaju odmjere, i interesi stranaka, i javni (opći) interes. U ovim slučajevima najčešće pitanje je može li se interes oštećenika zaštititi i nekim drugim pravnim sredstvima umjesto odgovornošću, društveni značaj interesa koji se štiti, te hoće li koherentnost pravnog sustava biti povrijeđena priznavanjem odgovornosti.⁵⁵

Značajan faktor u utvrđivanju odgovornosti jest i pitanje je li oštećenik mogao «razumno vjerovati da će štetnik pokazati odgovarajuću pažnju prema njegovim interesima» i stoga se mogao razumno osloniti na ispravnost njegovog djelovanja. Ovaj se uvjet apostrofira posebno u slučajevima odgovornosti odvjetnika i ističe se da čak i kada nije moguće utvrditi je li se konkretni oštećenik zaista oslanjao na ispravnost odvjetnikovog djelovanja, zbog posebne prirode odvjetničke funkcije, društvo u cjelini se oslanja na odvjetnike da će ispravno postupati u obavljanju profesionalnog posla.

U slučajevima netočno savjeta ili informacije posebno se inzistira na tomu u koju svrhu je savjet/informacija dan. Ako je svrha točno određena i ograničena (ugovorom ili na neki drugi način) to u pravilu ograničava i odgovornost samo na situacije obuhvaćene svrhom savjeta.⁵⁶

Sličan se razvoj može pratiti i u pravu Sjedinjenih Američkih Država gdje sudska praksa čak pokazuje mnogo veću spremnost priznati odgovornost za netočan

52 No, treba naglasiti da se načela, razvijena na temelju slučaja *Hedley Byrne* i prakse koje je uslijedila ne primjenjuju samo na štete zbog pogrešnog savjeta ili informacije, nego je primjena pravila proširena na sve situacije kada je nepažnjom jedne osoba nastala čista ekonomska šteta za drugu osobu.

53 Koji ne mora biti odnos iz ugovora ili druga pravna veza, ali moraju postojati «okolnosti koje ukazuju na bliski faktični odnos između stranaka».

54 Što se svodi na utvrđivanje kauzalnog nekusa.

55 Više vidi: CLERK & LINDSEL, str. 338.-346.

56 Takav je stav zauzet u poznatom slučaju *Caparo v. Dickman* ((1970) 2 A. C. 605). Više vidi: MARKESINIS, str. 291. sq.

savjet ili mišljenje. Kao uvjet odgovornosti najčešće zahtijeva samo postojanje bliskog odnosa između štetnika i oštećenika te predvidivost štete na strani onoga tko daje netočan savjet. Široko se priznaje i odgovornost prema trećim osobama koje su se oslonile na netočan savjet, pod uvjetom da pripadaju ograničenoj grupi osoba za koju je štetnik morao predvidjeti da će se tako ponašati.⁵⁷

2. 3. Standard dužne pažnje odvjetnika

Profesionalna odgovornost uopće, pa tako i odgovornost odvjetnika, bez obzira temelji li se na ugovoru ili na deliktu, i u našem, i u usporednom pravu uvijek je subjektivna odgovornost. U ovoj sferi nema nikakvog pravno-političkog opravdanja za uvođenje objektivne odgovornosti. Odvjetnik može odgovarati za štetu samo ako je skrivljeno povrijedio neko od pravila struke ili profesionalne etike. Štoviše, ugovorna obveza koju preuzima prema stranci u pravilu je tzv. obveza sredstva, a ne obveza rezultata. To je specifičnost ugovorne obveze svih pripadnika intelektualnih profesija. Odnosno, odvjetnik se obvezuje da će upotrijebiti profesionalna znanja i vještine te da će postupati s potrebnom pažnjom da bi postigao određeni cilj za stranku, ali se u pravilu ne obvezuje na postizanje rezultata.⁵⁸ Drugim riječima, rizik neispunjenja cilja je na vjerovniku (stranci), ako je odvjetnik postupao u svemu kako treba. Iz toga proizlazi da samo nepostizanje cilja nije dovoljno za odgovornost (kao kod obveza rezultata) već je na strani vjerovnika (stranke) teret dokaza da cilj nije postignut zato što je povrijeđena obveza postupanja u skladu s pravilima struke i s dužnom pažnjom.

Prema tomu, definiranje krivnje odvjetnika, odnosno standarda dužne pažnje bitno određuje njegovu odgovornost, i ugovornu i izvanugovornu. Analiza usporednog prava pokazuje da su rješenja na općoj razini veoma slična rješenju iz čl. 10. st. 2. ZOO-a. Naime, u svim pravima standard dužne pažnje sastoji se iz dva neraskidivo povezana i međusobno uvjetovana elementa. S jedne strane je objektivizirani zahtjev poznavanja i poštivanja pravila struke, a s druge zahtjev pažnje u užem smislu riječi, prema rješenju našeg prava, tzv. «povećane pažnje».

No, u tumačenju ovih zahtjeva pravni se sustavi dijelom razlikuju. Tako se, primjerice, u engleskoj sudskoj praksi standard dužne pažnje u najvećoj mjeri određuje prema objektivnom konceptu «razumnosti», tj. odvjetnik je dužan pokazati pažnju koju bi pokazao «razuman prosječno brižljiv i adekvatno stručno osposobljen

⁵⁷ Više vidi: MARKESINIS, str. 288. sq.

⁵⁸ Bitna karakteristika obveza sredstva, koja ih razdvaja od obveza rezultata je u tome što kod njih ispunjenje određenog cilja ne zavisi isključivo od ponašanja dužnika nego i od izvanjskih okolnosti na koje dužnik ne može utjecati. No, treba napomenuti da nije svaka obveza profesionalca (odvjetnika) obveza sredstva, iz ugovora i prirode činidbe koju se obvezao izvršiti može proizlaziti da je preuzeo obvezu ispunjenja određenog cilja. Više o obvezi sredstva, vidi: GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, tomo II, Cedam, Padova, 1990., str. 63. sq.; RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1982., str. 653. sq.; BALDASSARI – BALDASSARI, 135.-161.; CLERK & LINDSEL, str. 442.

pripadnik struke».⁵⁹ No, treba napomenuti da, iako je pojam objektiviziran, tj. uspoređuje ponašanje štetnika s ponašanjem zamišljenog, prosječno razumnog pripadnika struke,⁶⁰ vrlo razrađeni kriteriji po kojima se određuje pojam «razumnog», dopuštaju da se dugovani standard pažnje prilagođava okolnostima svakog konkretnog slučaja.⁶¹ Kriterij razumnosti odlučan je i u utvrđivanju nivoa poznavanja pravila struke. Tako se ne zahtijeva da odvjetnik «poznaje čitavo pravo», već je dostatno da ima onaj nivo sposobnosti i znanja koji se može očekivati od «kompetentnog i razumno iskusnog odvjetnika».⁶² Isto tako, nije odgovoran za po grešku u prosudbi ako je riječ o pitanju koje nije u pravnoj praksi do kraja riješeno. Pridržavanje ustaljene prakse u pravilu znači da nema povrede dužne pažnje, no u nekim presudama ipak je odvjetnik proglašen odgovornim i u takvoj situaciji, ako je bilo očigledno da time preuzima rizik po interese stranke.⁶³

U pravu Sjedinjenih Američkih Država⁶⁴ postoji veoma bogata, ali i raznolika sudska praksa vezana za *legal malpractice*.⁶⁵ Veliki dio te prakse usvaja kriterij pažnje koju u sličnim okolnostima pokazuje prosječni odvjetnik u sredini u kojoj je šteta nastala, a često je dovoljno za oslobođenje od odgovornosti da je odvjetnik pokazao pažnju «najmanje pažljivog prosječnog pripadnika struke» u svojoj sredini.⁶⁶

U njemačkoj sudskoj praksi standard dužne pažnje odvjetnika određuje se veoma strogo. U pravnoj teoriji to se objašnjava konceptualnim normativnim odvajanjem protupravnosti, (tj. povrede ugovorne obveze ili povrede zaštićenog dobra drugoga) i krivnje. Stoga što je protupravnost definirana apsolutno objektivno i standard dužne pažnje je apstraktan, normativan i objektivan, pa teži biti standard apstraktnog, ali najboljeg pripadnika odvjetničke struke.⁶⁷ No, posljednjih desetak

59 Tako vidi: HARPWOOD, V., *Principles of Tort Law*, 3rd ed., Cavendish Publishing Limited, London - Sydney, 1998., str. 107.

60 Što znači da se ne uzimaju u obzir osobna svojstva konkretnog odvjetnika, kao što je neiskustvo, indisponiranost, makar i iz opravdanih razloga i sl.

61 Više o kriterijima «razumnosti» vidi: CLERK & LINDSEL, str. 391.- 397.

62 Vidi: CLERK & LINDSEL, str. 489.; ZEPOS - CHRISTODOULOU, str. 106.

63 Više: CLERK & LINDSEL, str. 489.-491.

64 Više o problemima vezanim uz odgovornost odvjetnika za štetu u pravu Sjedinjenih Američkih Država, vidi: GOLDWASSER, D. L., *Protecting Law Firms Against Liability Exposures*, (dostupno na: <http://www.abanet.org/litigation/committee/professional/pl-protecting.pdf>).

65 Osim u sudskoj praksi, pravila ponašanja odvjetnika utvrđena su i autonomnim pravilima koje je usvojila *American Bar Association (ABA) - American Bar Association Model Rules of Professional Conduct*. Savezne države su svoje kodekse ponašanja usaglasile s ovim tekstom, ali postoje i značajne razlike između pojedinih država. No, riječ je o pravilima koja imaju karakter etičkog kodeksa i u pravilu ih sudovi ne priznaju kao relevantan izvor prava pri utvrđivanju postojanja odštetne odgovornosti. Više vidi: GILLERS, S. - SIMON, R. D., *Regulations of Lawyers, Statutes and Standards*, 1992., Boston; BEESON, P. G., *Recent trends in the interplay between professional conduct proceedings and legal malpractice actions*, (dostupno na: <http://www.abanet.org/litigation/committee/professional/pl-protecting.pdf>).

66 Više vidi: MARKESINIS, str. 305. sq.; ZEPOS - CHRISTODOULOU, str. 50.

67 Tako vidi: ZEPOS - CHRISTODOULOU, str. 51.

godina, i pravna teorija, i sudska praksa prihvaća stajalište da se protupravnost ne može određivati isključivo po posljedici, (tj. povredi pravom zaštićenog dobra), nego temeljni kriterij mora biti ponašanje štetnika. Ako ponašanje štetnika nije u skladu s postavljenim zakonskim standardom brige o zaštićenim interesima drugoga onda postoji protupravnost. Ovakav pristup dopušta šire pozivanje na kriterije općeg interesa, posebno na kriterij društvenog značaja određene aktivnosti, u definiranju protupravnosti.⁶⁸ No, bez obzira koji se pristup prihvaća, rezultati u sudskoj praksi su uglavnom isti. Naime, krivnja se određuje apstraktno, na temelju općih pravila odštetne odgovornosti BGB-a (što znači da se zahtijeva pažnja dobrog stručnjaka), ali isto tako i na temelju posebnih pravila njemačkog Zakona o odvjetništvu *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO).⁶⁹ Konkretno odredbe čl. 43. koji određuje da odvjetnik svoju profesionalnu obvezu mora obavljati savjesno, te da u vršenju takvih poslova, i kada postupa izvan preuzetih obveza, mora biti dostojan poštovanja i povjerenja koje se pridaje odvjetničkoj profesiji.⁷⁰

Kako je već objašnjeno, njemačko pravo prednost daje ugovornoj odgovornosti i stoga se i kod deliktne odgovornosti zapravo primjenjuje standard pažnje koji vrijedi za ugovore.⁷¹ Smatra se da zbog posebne prirode odvjetničke profesije ovaj ugovor⁷² rađa obvezu na pružanje usluge visoke kvalitete, odnosno da je odvjetnik dužan postupati kao najpažljiviji pripadnik branše,⁷³ i uz to pokazati znanje i stručnost najboljeg odvjetnika. Od njega se zahtijeva da poznaje «čitavo pravo», te odgovara za pogrešno pravno mišljenje, čak i onda kada je takvo mišljenje

68 Više vidi: MARKESINIS, str. 68.-74.

69 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) Vom 1. August 1959 (BGBl. I S. 565) (BGBl. III 303-8) zuletzt geändert durch Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte vom 9. März 2000 (BGBl. I S. 182, 190).

Čl. 43.-59. BRAO određuje standard pažnje koju odvjetnik mora pokazati u profesionalnoj djelatnosti.

70 Čl. 43.: *Allgemeine Berufspflicht: Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Er hat sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen.*

Odredbe čl. 43. postavljaju opće pravilo kojim definiraju dužnu pažnju odvjetnika, ali čitav treći odjeljak zakona (čl. 43.-59.) posvećen je reguliranju prava i obveza odvjetnika prilikom pružanja pravne pomoći.

71 To se u njemačkom pravu ne događa samo zbog ograničenja deliktne odgovornosti koja su u praksi dovela do proširivanja djelovanja pravila za ugovornu odgovornost i na situacije kada ugovora nema. Naime, kod odvjetničke djelatnosti takav se stav brani i pozivanjem na činjenicu da odvjetnik izvršavajući određene profesionalne poslove stvara kod javnosti općenito, a time i kod oštećenog, odnos povjerenja u ispravnost i kompetentnost njegovog djelovanja što opravdava da se na njega primjene pravila koja vrijede za odgovornost zbog povrede ugovora. To proizlazi i iz navedene odredbe čl. 43. BRAO koja zahtijeva od odvjetnika da i kada postupa van preuzetih obveza, mora biti dostojan poštovanja i povjerenja koje se pridaje odvjetničkoj profesiji.

72 Ugovor o odvjetničkim uslugama smatra se ugovorom o nalogu, a iznimno ugovorom o djelu. Tako vidi: HONSELL, str. 4.

73 O tome više vidi: KRÄMER, A., *Zum Qualitätsverständnis anwaltlicher Rechtsberatung*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, Heft 36., str. 2354.

zastupano u dijelu sudske prakse.⁷⁴ Ne može se osloboditi odgovornosti za pogrešno pravno mišljenje ni pozivanjem na priznate autoritete u pravnoj doktrini. Isto tako, obvezan je stalno pratiti sudsku praksu najviših sudova.⁷⁵ Osobna ograničenja, kao što je neiskustvo i sl., ne uzimaju se u obzir, ali ako osobna svojstva konkretnog odvjetnika ukazuju da mora imati neka posebna znanja,⁷⁶ te okolnosti utječu na ocjenu njegovog ponašanja.⁷⁷

2. 4. Povreda obveze davanja savjeta, mišljenja i informacije

Iskustva iz usporednog prava mogu biti korisna u određivanju sadržaja standarda dužne pažnje odvjetnika za svaki rad, pa tako i za davanje savjeta, mišljenja ili informacije i u našem pravu. Zakonske norme, naime ne nude nikakva detaljna rješenja, što znači da je na sudskoj praksi da standard pažnje dobrog stručnjaka iz čl. 10. st. 2. ZOO-a popuni sadržajem. Takvo je korištenje stranih iskustava moguće jer je temeljna ideja zajednička, traži se poštivanje (što znači i poznavanje) pravila struke i povećana pažnja u odnosu na pažnju dobrog domaćina ili dobrog gospodarstvenika. No, ova je odredba samo opći zahtjev koji trži konkretizaciju u praksi.

Ni Zakon o odvjetništvu ne pruža detaljnije definiranje dužne pažnje odvjetnika jer čl. 7. samo predviđa da su *«odvjetnici dužni pružati pravnu pomoć savjesno, sukladno Ustavu Republike Hrvatske, zakonima, statutu i drugim općim aktima Komore, te Kodeksu odvjetničke etike»*. Iako u praksi relativno malo slučajeva zahtijeva za naknadu štete protiv odvjetnika dolazi pred sud zbog instituta obaveznog osiguranja od odgovornosti, to ne umanjuje značaj ovog pitanja i držimo da stavovi iz usporednog prava mogu biti vrlo korisni. Nekakav srednji put između krajnosti, kao što su stavovi njemačkog s jedne i prevladavajući stavovi američkog prava s druge strane, vjerojatno bi najviše bio u skladu s duhom i smislom odštetne odgovornosti u hrvatskom pravu. To znači da bi ponašanje odvjetnika trebalo uspoređivati s ponašanjem iznimno pažljivog, a u isto vrijeme i dobro obrazovanog i visoko kompetentnog pripadnika odvjetničke profesije. Takvi, relativno visoko postavljeni kriteriji u skladu su s društvenom funkcijom odvjetništva i povjerenjem koje u ispravnost njihovog rada s pravom mogu imati svi koji dođu u kontakt s njihovim profesionalnim uslugama.

Ova generalna obveza na poznavanje pravila struke i povećanu pažnju prema interesima oštećenika konkretizira se u praksi⁷⁸ na način da predstavlja osnovu

74 Primjer presude u kojoj je ustanovljena odgovornost odvjetnika za pogrešno pravno mišljenje zbog kojega je stranka preuzela obvezu radi koje joj je nastala šteta, vidi: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997., Heft 44., str. 2946. – 2948.

75 Više vidi: HONSELL, str. 7.

76 Npr. specijalizacija za neku oblast, viši položaj u odvjetničkoj firmi i sl.

77 Tako vidi: CLERK & LINDSEL, str. 491.

78 Treba napomenuti da neke posebne obveze odvjetniku izravno nameće Zakon o odvjetništvu (npr. obveza čuvanja odvjetničke tajne, načelna obveza pružanja pravne pomoći svakoj stranci koja mu se obrati, obveza čuvanja i povrata spisa, i sl.) i Kodeks odvjetničke etike. No, sve

za definiranje različitih posebnih obveza odvjetnika prema stranci i prema trećim osobama, pa tako i obveze pružanja točnog savjeta, mišljenja ili informacije.

Moguće je razlikovati dvije situacije vezane uz ovu obvezu. S jedne strane radi se o slučajevima u kojima je odvjetnik angažiran sa specifičnim nalogom pružati pravni savjet ili mišljenje. Druga je kada se obveza savjetovanja i informiranja javlja kao akcesorna obveza u službi neke druge glavne obveze. Iako su opća načela jednaka za oba slučaja, u drugoj se situaciji naglasak stavlja na dužnost odvjetnika da savjetuje i informira stranku iako ona to ne mora tražiti. Tako će odgovarati, ne samo za netočan savjet ili mišljenje, nego i za propuštanje savjetovanja stranke kada je to bilo potrebno. To stoga što se stranka i obraća odvjetniku zato što ima povjerenje u njegovo poznavanje prava i očekuje sveobuhvatnu zaštitu svojih interesa, odnosno očekuje da će biti zaštićena od rizika nepoznavanja prava. Štoviše, odvjetnik je dužan savjetovati stranku čak i kada je ona upućena u pravo, a savjet mora, i kada ne postoji takav izričiti nalog stranke, biti sveobuhvatan, odnosno toliko iscrpan koliko zahtijevaju okolnosti slučaja.⁷⁹

Obveza davanja točnih savjeta i pravnih mišljenja najuže je povezana s obvezom poznavanja prava, odnosno obvezom posjedovanja stručnih znanja potrebnih za formuliranje savjeta ili mišljenja. To znači da odvjetnik mora poznavati ne samo relevantne propise, nego i sudsku praksu, osobito viših sudova,⁸⁰ te običajno pravo. Sudska praksa u nekim zemljama smatra da mora pratiti i stručnu literaturu.⁸¹

Ako daje savjet ili mišljenje u svezi s pravnim problemom koji je kontroverzan, budući da ne postoji općeprihvaćeno rješenje, bilo u zakonu bilo u sudskoj praksi, u usporednom pravu se smatra da ne odgovara za štetu ako savjet koji je dao ne bude prihvaćen pred sudom ili drugim tijelom.⁸² No, to samo pod uvjetom da je postupao s odgovarajućom pažnjom, tj. da je poduzeo sva objektivno dostupna istraživanja spornog pitanja. Isto tako, dužan je obavijestiti stranku o tomu da se radi o kontroverznom pravnom problemu i o mogućim rizicima vezanim uz postupanje u skladu sa savjetom koji je dao.

Dužnost informiranja stranke o svim aspektima posla, koji za nju obavlja, ne postoji samo u navedenoj situaciji, nego predstavlja opću obvezu odvjetnika. Tako je stranku obavezan u svakom slučaju informirati o tijeku posla koji za nju obavlja, zatim o posljedicama za koje smatra da će proizaći iz njegovih postupaka, a isto je tako dužan

se one isto tako mogu smatrati konkretizacijama opće obveze na savjesno i stručno obavljanje odvjetničke djelatnosti.

79 Tako vidi: PALANDT: *Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare*, 55., neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1996., str 336.

80 O odgovornosti odvjetnika u francuskom pravu radi nepoznavanja sudske prakse kasacionog suda vidi: *Responsabilite delictuelle: Revue trimestrielle du droit civil*, 1986., str. 759.

81 Tako za njemačku sudsku praksu, vidi: PALANDT, str 337.

82 Tako za englesko pravo vidi: CLERK & LINDSEL, str. 489.-490. U pravu Sjedinjenih Američkih Država također se prihvaća, tzv. «*judgement immunity*» odvjetnika. Više vidi: MINTO, R. W., *Multidisciplinary Practice: Malpractice Minefield or a Walk in the Park*, A newsletter from The ABA Standing Committee on Lawyers' Professional liability, 2003, Volume 3, Number 2.

usmjeriti njenu pozornost na probleme i rizike vezane uz pojedine aspekte posla.⁸³

Informacije (kao i savjete) dužan je dati na način da ih konkretna stranka razumije, ali ako ispravno obaviještena ili savjetovana stranka ne želi postupati u skladu sa savjetom ili informacijom, odvjetnik ne odgovara za posljedice takvog postupka.

Kada za stranku sastavlja pravne akte dužan ju je informirati o svim posljedicama primjene takvog akta i posebno je upozoriti na klauzule koje mogu za stranku biti nepovoljne ili zahtijevaju daljnju aktivnost stranke ili odvjetnika, bez obzira što može biti riječ o klauzulama koje su razumljive i laiku. Isto tako, dužan je stranci razjasniti pravne učinke presude ili drugog akta koji je obvezuje.⁸⁴

Što se tiče područja koje mora obuhvatiti savjet ili informacija, u pravilu je odvjetnik dužan savjetovati stranku samo u onom opsegu koji je potreban za ispunjenje konkretnog naloga. No, u nekim slučajevima odvjetnik će udovoljiti svojoj obvezi prema stranci samo ako savjet proširi i na šire područje, pod uvjetom da je ono u tako bliskoj vezi s nalogom da to zahtijeva zaštita interesa stranke, te da se stranka opravdano oslanja na takvo ponašanje odvjetnika.⁸⁵ Odlučujući kriterij, dakle mora biti opseg pažnje koju odvjetnik mora pokazati prema interesima stranke.

Što se tiče nepravniht pitanja (kao što je primjerice, ekonomska opravdanost transakcije koju obavlja za stranku), načelno odvjetnik, u odsustvu izričitog naloga, ne mora savjetovati stranku niti je upozoravati na izvanpravne posljedice njenih odluka.⁸⁶ No, u engleskoj je sudskoj praksi zauzeto gledište da odvjetnik, koji zna da je njegova stranka neiskusna i da se na njega oslanja ne samo kod pravnog savjeta, može dugovati i ovakve savjete, odnosno, ako nije u stanju dati savjet dužan je uputiti stranku da takav savjet pribavi od stručne osobe. Isto tako, smatra se da širina naloga koji je preuzeo može upućivati i na to da stranka od njega opravdano očekuje i savjetovanje o nepravniht pitanjima.⁸⁷

Dužnost informiranja i savjetovanja stranke traje za čitavo vrijeme odnosa odvjetnik stranka, tj. odvjetnik je obvezan stranku obavještavati o svim promjenama u svezi posla, te mogućim posljedicama i rizicima tih promjena. Ako razvoj situacije ukaže na to da je njegov raniji savjet ili mišljenje bilo pogrešno, dužan je revidirati savjet.

Naravno, postoji i obveza stranke da odvjetnika iscrpno i istinito informira o svim aspektima posla koji mu povjerava, a ako tako ne postupi može biti riječi o podijeljenoj odgovornosti ili o isključenju odgovornosti odvjetnika.⁸⁸

83 Sve to kako bi omogućio stranci donijeti ispravnu odluku o (ne)poduzimanju određenih radnji.

84 Više o ovim obvezama, vidi: BALDASSARI – BALDASSARI, str. 574. sq.; CLERK & LINDSEL, str. 494. – 495.; HONSELL, str. 7.

85 U engleskoj sudskoj praksi tako se navodi da je odvjetnik dužan poslovno neiskusnu stranku upozoriti i na porezne obveze koje su povezane sa transakcijom koju za nju obavlja. Vidi: CLERK & LINDSEL, str. 495.

86 Npr. ako je ugovorena cijena previsoka ili preniska pa je stranka oštećena.

87 Vidi: CLERK & LINDSEL, str. 495.

88 Tako vidi: GOLDWASSER, str. 7.

2.5. *Odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje prema trećim osobama*

Dok je odgovornost odvjetnika prema stranci u pravilu nesporna, budući da je sa strankom u ugovornom ili njemu sličnom fiducijarnom odnosu, odgovornost prema trećim osobama ne tretira se jednako u svim pravima. Njegova dužnost pažnje prema interesima trećih osoba svakako nije jednaka onoj koju mora pokazivati prema interesima stranke, no u većini pravnih sustava postoji mogućnost da odgovara za štetu i trećima. Takav je razvoj velikim dijelom posljedica promjena u shvaćanju društvene uloge odvjetničke djelatnosti, budući da se više ne inzistira samo na njegovoj ulozi zastupnika stranke, nego ga se sve više promatra kao nezavisnog sudionika u procesu ostvarenja pravde.

Tako odvjetnik može pod određenim uvjetima odgovarati za nepravilan savjet ili mišljenje koje je dao stranci, ali je šteta nastupila pored stranke i trećoj osobi ili samo trećoj osobi. Upravo ovakvi slučajevi bili su često, kako je već napomenuto u poglavlju o osnovama odgovornosti, «okidač» razvoja deliktne odgovornosti odvjetnika prema trećima.

U engleskom pravu⁸⁹ tako je moguća odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje prema trećima, i to prema pravilima o odgovornosti za delikt *negligence*. To znači da moraju biti ispunjeni uvjeti za nastanak ovog delikta, tj. šteta koja je nastupila trećoj osobi mora biti za odvjetnika predvidiva (*foereseability*), mora postojati bliska veza između postupanja odvjetnika i treće osobe (*proximity*), te mora u konkretnim okolnostima biti pravedno i razumno da za štetu koju je pretrpjela treća osoba odgovara odvjetnik (*public policy reasons*).

Uvjet postojanja «bliske veze» između odvjetnika i trećega omogućava isključenje odgovornosti prema trećima kojima odvjetnik ne duguje pažnju, kao što su primjerice protivnici stranke koju zastupa, druga strana u ugovoru kojega sastavlja, nasljednici stranke koju savjetuje u pravnim poslovima i sl. No, prema stajalištu engleskih sudova bliska veza postoji u prvom redu u slučajevima u kojima je cilj naloga koji je dobio od stranke bio da se na određeni način zaštite interesi trećih osoba. Primjerice, ako je zbog pogrešnog savjeta odvjetnika oporuka stranke ništava pa se kao oštećenici javljaju osobe koje su trebale naslijediti po oporuci, ili ako testatora nije upozorio na potrebu ispunjenja dodatnih uvjeta da bi legat bio valjan, pa se kao oštećenik javlja legatar, i sl.⁹⁰ Stoga se odgovornost prema trećima u ovakvim situacijama objašnjava time što je odvjetnik zapravo povrijedio profesionalnu obvezu prema stranci, odnosno nije ju ispunio kako zahtijevaju pravila struke i dužna

89 Starija engleska sudska praksa nije priznavala mogućnost odgovornosti prema trećima, osim u slučajevima kada je odvjetnikov posao preuzet u izričitom interesu određene treće osobe, te u slučajevima kada se radilo o grubom kršenju pravnih normi i težim oblicima krivnje, u pravilu o zloj namjeri. Smatralo se da je obveza dužne pažnje i lojalnosti prema stranci nespojiva s bilo kakvom dužnošću pažnje prema trećima. Osim toga, engleska sudska praksa inzistirala je na strogom poštivanju doktrine *privity of the contract*, što znači da se učinci ugovora sa strankom nisu mogli proširivati na treće. Više vidi: ZEPOS-CHRISTODOULOU, str. 53. – 54.

90 Više vidi: CLERK & LINDSEL, str. 486.- 488.

pažnja. A kako šteta u ovakvim slučajevima nije nastala za stranku, da nema deliktne odgovornosti prema trećima, ovakva povreda ne bi mogla biti sankcionirana.⁹¹

Drugu grupu čine slučajevi šteta koje su treći pretrpjeli zbog toga što su se oslonili na pravni savjet, koristili pravno mišljenje ili informaciju odvjetnika koji je bio namijenjen stranci. I ovdje odgovornost odvjetnika ovisi prvenstveno o postojanju «bliske veze» odvjetnika s oštećenikom. Ta veza nesumnjivo postoji ako je odvjetniku bilo poznato da će se treća osoba osloniti na njegov savjet, mišljenje ili informaciju, bez konzultiranja drugog profesionalnog savjetnika.⁹²

U pravu Sjedinjenih Američkih Država široko je prihvaćena odgovornost odvjetnika prema trećima. Kada je riječ o trećima koji su trebali biti beneficijari iz posla koji je predmet naloga stranke odvjetniku, ovakva je odgovornost ustanovljena u poznatom slučaju *Biakanja v. Irving*,⁹³ u kojemu je krivnjom odvjetnika oporuka njegove stranke proglašena ništetnom. No, u američkom pravu se, šire nego u engleskom, prihvaća i odgovornost prema trećima za savjet, informaciju ili mišljenje koje je bilo namijenjeno stranci, budući da se uvjet postojanja «bliske veze» shvaća mnogo slobodnije. Tako se smatra da se kao oštećenici mogu pojaviti sve osobe koje pripadaju širem krugu osoba za koje je odvjetnik mogao predvidjeti da bi na njih njegova stranka mogla utjecati time što će im prenijeti njegovo mišljenje ili savjet.⁹⁴

Isto tako, u američkoj praksi relativno su česti tužbeni zahtjevi za *legal malpractice* koji se temelje na deliktu *common law fraud* (common law prijevara). Kako se u mnogim saveznm državama po ovoj osnovi priznaje tužbeni zahtjev utemeljen na tzv. «zavjeri da se počini prijevara», odvjetničke su firme izložene odštetnim zahtjevima protivnika svojih stranaka, ako su svoje stranke (nesavjesno) savjetovale u svezi s pravnim postupcima prema njihovim protivnicima.⁹⁵

U njemačkom i švicarskom pravu, kako je već dijelom objašnjeno u poglavlju o osnovama odgovornosti, široko se priznaje deliktna odgovornost odvjetnika prema trećim osobama. Kako je šteta za trećega, posebno kod pogrešnog savjeta ili mišljenja, često tzv. čista ekonomska šteta koja se u ovim pravima u pravilu ne reparira kroz deliktnu odgovornost, sudska je praksa stvorila posebne doktrine koje omogućavaju proširenje ugovorne odgovornosti odvjetnika (i ostalih profesionalaca) prema trećima. Tako se u starijoj praksi odgovornost prema trećima često temelji na proširenom tumačenju instituta ugovora u korist trećega,⁹⁶ a novija se praksa oslanja na konstrukcije kao što su *Verkehrssicherungspflichten* ili *Verkehrspflichten*, *Dritteschadensliquidation* i *Die Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte*.

Koncept *Verkehrspflichten* omogućava odgovornost prema svima s kojima postoji faktični odnos koji opravdava nametanje obveza zaštite, neovisne o postojanju

91 Više vidi: MARKESINIS, str. 298. – 301.

92 Tako vidi: CLERK & LINDSEL, str. 487.

93 Presuda Vrhovnog suda Kalifornije iz 1958. godine “*Biakanja v. Irving*” (California Supreme Court - 2d 647, 320 P.2d 16 (1958)).

94 Više vidi: MARKESINIS, str. 288. sq.

95 Vidi: GOLDWASSER, str. 7.

96 Čl. 328.-335. BGB-a.

ugovora ili o zakonskim obvezama zaštite, pod uvjetom da je štetnik svojim djelovanjem ili propustom stvorio opasnost od štete.⁹⁷ Pomoću Dritteschadensliquidation ustanovljava se ugovorna odgovornost dužnika za neispunjenje ili neuredno ispunjenje obveze iz ugovora, iako je šteta nastala trećoj osobi, a ne vjerovniku, ako je između vjerovnika i trećega postojao poseban odnos koji opravdava proširenje odgovornosti. Savršeniji oblik iste ideje jest i koncept Die Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte ili ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima. On isto tako omogućava naknadu štete koja je trećemu nastala zbog povrede ugovorne obveze, i to prema pravilima ugovorne odgovornosti. No, zahtijeva se da je povrijeđeni ugovor izričito ili prešutno imao za cilj zaštititi interese određene treće osobe, da je dužnik bio dužan predvidjeti da povreda može dovesti do štete, te da je znao ili morao znati identitet treće osobe.

Ovaj institut ima široku primjenu upravo u slučajevima u kojima je odvjetnik (ili drugi profesionalac) na temelju ugovora davao savjete ili mišljenja stranci, a znao je ili morao znati da bi se tim mišljenjima ili savjetima mogla poslužiti ili se na njih osloniti i treća osoba.⁹⁸ U njemačkom pravu postoji izričita odredba da onaj tko daje savjet ili mišljenje u pravilu ne odgovara, osim ako su ispunjene pretpostavke za deliktnu ili ugovornu odgovornost,⁹⁹ a švicarsko pravo, iako izričite odredbe nema, prihvaća isto tumačenje. Kako se treći ne može pozvati na ugovor, ako je šteta od pogrešnog savjeta ili mišljenja, tzv. čista ekonomska šteta, naknadu ne može ostvariti ni prema pravilima o deliktu, budući da ona ne spada u krug interesa zaštićenih odredbama čl. 823. st. 1. njemačkog BGB-a i čl. 41. švicarskog OR-a.¹⁰⁰ Stoga se u sudskoj praksi odgovornost temelji na konceptu ugovora sa zaštitnim efektima prema trećima.

No, pri tomu se strogo inzistira na postojanju navedenih uvjeta, kako se ne bi potpuno izgubila granica između ugovorne i deliktne odgovornosti i kako se ne bi otvorila vrata praktički ogromnom broju odštetnih zahtjeva. Osobita se pozornost posvećuje uvjetu postojanja veze između trećega i odvjetnika. Ona je nesumnjiva u slučaju kada je ugovor sa strankom imao za izričiti cilj (ili jedan od ciljeva) zaštititi interese određene treće osobe. Tada je odgovornost odvjetnika za pogrešan savjet/informaciju ili za propust davanja savjeta/informacije čvrsto utemeljena.¹⁰¹

No, situacija nije tako čista u slučajevima kada je veza između djelovanja odvjetnika i treće osobe uspostavljena preko suogovaratelja odvjetnika, koji je savjet ili informaciju prosljedio trećoj osobi i ona je na tom savjetu/informaciji

97 Više vidi: VON BAR, C., *Verkehrspflichten*, Köln-Berlin, 1980.

98 Vidi: MARKESINIS, str. 282. sq.

99 Čl. 676. BGB.

100 Osim ako se dokaže postojanje najtežeg oblika krivnje, tj. namjere ili povrede savjesnosti i dobrih običaja, u skladu s pravilima čl. 826. BGB-a. Isto pravilo sadrži za švicarsko pravo čl. 41. st. 2. OR-a.

101 Tada je uvijek ispunjen i uvjet predvidivosti jer odvjetnik mora znati da će povredom dužnosti savjetovanja ili informiranja svoje stranke povrijediti točno određenu osobu.

utemeljila svoju odluku koja je dovela do štete. U takvim slučajevima u njemačkoj sudskoj praksi i doktrini govori se o «ugovoru o pružanju informacija sa zaštitnim djelovanjem prema trećima» ili o «ugovoru o pružanju informacija onome koga se tiču». Ova inačica ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima koristila se češće za priznavanje odgovornosti u drugim oblastima profesionalne djelatnosti,¹⁰² nego kod odgovornosti odvjetnika. Zamišljena je kao osnova za priznavanje odgovornosti nastale trećemu od pogrešne informacije u slučaju kada je iz ugovora sa strankom jasno da je informacija namijenjena trećoj osobi ili kada onaj tko pruža informaciju zna da ona može biti prosljeđena trećim osobama. U prvoj situaciji, tj. kada je informacija namijenjena trećoj osobi, sudska praksa priznaje odgovornost odvjetnika.¹⁰³ U drugoj situaciji odgovornost je potencijalno mnogo šira jer uvjet predvidivosti ne zahtijeva poznavanje točnog identiteta mogućih oštećenika, već je dovoljno da oštećenik pripada grupi za koju je odvjetnik morao pretpostaviti da bi se mogla poslužiti informacijom. Iako se većina odluka koje se temelje na ovim pravilima odnosi na pripadnike drugih profesija, sam koncept ne isključuje ni mogućnost da odvjetnik po njemu odgovara trećima za štetu od pogrešne informacije. To tim više što se u njemačkom pravu odvjetnička služba shvaća kao profesionalna, visoko stručna i kompetentna djelatnost koja po svojoj prirodi stvara povjerenje javnosti u ispravnost i točnost djelovanja svakog pripadnika struke.

U hrvatskom pravu nema posebnih odredbi o odgovornosti odvjetnika prema trećim osobama, što znači da se primjenjuju opća pravila deliktne odgovornosti. Ni sudska praksa ni pravna literatura nisu se do sada šire bavile ovim problemom, pa iskustva drugih sustava mogu i ovdje biti korisna. U utvrđivanju granica odgovornosti odvjetnika prema trećima za savjet i mišljenje (kao i za ostale oblike štetnih radnji) to može biti posebno korisno jer rješenja, primjerice, njemačkog i engleskog prava, čini se, na pravi način uspostavljaju ravnotežu između dva oprečna zahtjeva koja treba poštovati kada se rješava ovaj problem. S jedne strane to je načelo nezavisnosti i samostalnosti odvjetničke profesije koje zahtijeva određeni stupanj slobode i imuniteta od odgovornosti prema trećima.¹⁰⁴ Na istoj je strani i dužnost lojalnosti odvjetnika isključivo prema stranci i njenim interesima.¹⁰⁵ No, s druge strane je načelo zabrane uzrokovanja štete koje zahtijeva da se što veći broj šteta učini reparabilnima, ako

102 Npr. ovlašteni računovođe ili ovlašteni porezni savjetnici, banke, ovlašteni procjenitelji vrijednosti nekretnina i sl.

103 Na temelju koncepta ugovora o pružanju informacija sa zaštitnim djelovanjem prema trećima tako je ustanovljena odgovornost odvjetnika za štetu prouzročenu suugovaratelju njegove stranke nastalu stoga što je potvrdio solventnost svoje stranke, iako je znao da to ne odgovara istini, a suugovaratelj se oslonio na njegovu informaciju i propustio ugovoriti dodatna sredstva osiguranja svog potraživanja. Vidi: ZEPOS - CHRISTODOULOU, str. 56.

104 Ono zahtijeva da odvjetnik ne odgovara, primjerice, za štetu koju su nasljednici njegove stranke pretrpjeli zato što je uslijed savjeta odvjetnika došlo do umanjenja imovine ostavitelja za njegova života.

105 Slijedom toga odvjetnik ne može odgovarati, primjerice, suugovaratelju svoje stranke zato što je ugovor u čijem je zaključivanju sudjelovao zbog njegovih pogrešnih savjeta ekonomski nepovoljan za drugu stranku.

su ispunjeni opći uvjeti deliktne odgovornosti. Iskustva drugih prava pokazuju neke putove koje bi u rješavanju tog sukoba trebalo slijediti. Tako bi, držimo, bilo sasvim u skladu s načelima hrvatskog odštetnog prava priznati odgovornost prema trećemu ako je odvjetnik lošim savjetom povrijedio interese trećega koji je bio izričito ili prešutno određen kao beneficijar naloga stranke. Isto tako, trebala bi biti moguća i odgovornost odvjetnika za savjet ili informaciju danu stranci, ako je znao ili morao znati da je ona namijenjena trećoj osobi ili da će se treća osoba na nju osloniti u donošenju određenih odluka.

3. Zaključne napomene

Na kraju treba napomenuti da su neka pitanja vezana uz odgovornost odvjetnika za savjet, mišljenje i informaciju, zbog ograničenog prostora, ostala u ovom radu neobrađena ili su samo usput dotaknuta. Tako pozornost nije posvećena pravilima o mogućnosti isključenja ili ograničenja odštetne odgovornosti te pravilima o odgovornosti odvjetnika za radnje drugoga.¹⁰⁶ Usputno se referira na vrste i opseg šteta koje se naknađuju, i nije obrađeno pitanje podijeljene odgovornosti između odvjetnika i oštećenika, itd. No, u svim ovim aspektima instituta profesionalne odgovornosti odvjetnika za štetu nema značajnijih specifičnosti vezanih upravo uz ovu vrstu štetne radnje kojoj je rad posvećen.

Analiza elementa ove odgovornosti, i to pretežito prihvaćenih u sudskoj praksi u usporednom pravu, pokazuje da opća načela odgovornosti odvjetnika kao pripadnika intelektualnih profesija bitno određuju njen opseg i pretpostavke. Priroda odvjetničke djelatnosti, kao djelatnosti od šireg društvenog interesa, koja nameće pripadniku profesije visoke standarde stručnosti i pažnje, nesumnjivo govori u prilog priznavanja odgovornosti za savjet i mišljenje. Onaj tko zbog svog posebnog društvenog i pravnog statusa opravdano stvara povjerenje javnosti u kompetentnost i stručnost svog djelovanja mora odgovarati u slučaju da ne udovolji tim kriterijima i time nanese štetu drugome. Konačno, usluge pružanja pravnih savjeta i mišljenja, pogotovo ako se razumiju u širem smislu riječi, predstavljaju vrlo značajan, a za stranku često i najvažniji dio odvjetnikovih obveza. No, s druge strane, opet zbog posebnosti odvjetničke funkcije, ova odgovornost ne može biti neograničena jer bi suviše široko otvaranje vrata svim mogućim odštetnim zahtjevima po ovom osnovu moglo ugroziti ne samo interese branše, načelo autonomije profesije, nego i društvenu funkciju odvjetništva kao nezavisnog suradnika suda u procesu ostvarenja pravde. Čini se, a to potvrđuje i analiza usporednog prava, da je za našu sudsku praksu u ovoj oblasti najvažnije precizno utvrditi stupanj pažnje koji se od odvjetnika očekuje u svezi s obvezom davanja savjeta, mišljenja i informacija. Naravno, na teorijskoj razini je lako ustvrditi da se mora raditi o povećanoj pažnji i poznavanju pravila struke, no sud mora taj pravni standard kao okvir bez sadržaja u svakom slučaju

106 Tj. odvjetničkih vježbenika i supstituta.

«popuniti», vodeći pri tomu računa o svim specifičnostima konkretne situacije i o svim involviranim interesima. Jedino je tako, isključivo po kriteriju povrede pravom zaštićenog interesa, moguće utvrditi protupravnost odvjetnikovog ponašanja i krug osoba koje imaju pravo na zaštitu.

Summary

LIABILITY OF THE LAWYER FOR ADVICE AND OPINION

The article contains an analysis of conditions for and limits of lawyer's liability for damage arisen from the breach of obligation to give advice, opinion and information. The subject under discussion is a segment of a general legal institute of lawyer's damage liability taking into account that lawyers are members of so-called intellectual professions. The specifics of the liability in question have been analysed in the context of determining the legal basis for lawyer's liability in general, and therefore, for this special breach of his obligation. Moreover, the content of obligation to give opinions, advices and information, that is, of a possible breach of such obligation, has been analysed in details. However, defining elements of the standard of lawyer's due diligence is, without any doubt, the most important to determine possibilities and limits of such liability. Having in mind a controversial quality of the problemacy in question, a special attention has been given to conditions for and limits of liability of the lawyer for advice and opinion in case of damage caused to third parties, but not to the direct party.

Key words: *basis for liability, due diligence, liability to third parties.*

Zusammenfassung

ANWALTSHAFTUNG FÜR BERATUNG UND MEINUNG

Die vorliegende Arbeit analysiert die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung eines Anwalts für Schaden auf Grund seiner Pflichtverletzung, Rat, Meinung und Auskunft zu geben. Dabei handelt es sich um einen Teil des allgemeinen Rechtsinstituts der Delikthaftung von Anwälten, die zur so genannten intellektuellen Professionen gehören. Besonderheiten derartiger Haftung werden im Kontext der Feststellung rechtlicher Grundlage für Anwaltshaftung generell analysiert, wie auch im Kontext dieser bestimmten Pflichtverletzung. Darüber hinaus wird auch der Inhalt der Pflicht Rat, Meinung und Auskunft zu erteilen, bzw. mögliche Pflichtverletzung analysiert. Für die Definierung der Möglichkeit und des Umfangs dieser Haftung ist der Inhalt der Sorgfaltspflicht des Anwalts festzustellen. Als besonders wichtig sind in dieser Arbeit die in gewisser Hinsicht kontroverse Umstände und Grenzen der Anwaltshaftung für Rat und Meinung hervorgehoben, und dies in denjenigen Fällen wenn Drittpersonen, und nicht die Partei selbst, den Schaden erlitten haben.

Schlüsselwörter: *Grundlage der Haftung, Sorgfaltspflicht, Haftung gegenüber Drittpersonen.*

NAČIN POSTUPANJA INVESTICIJSKIH DRUŠTAVA PREMA KLIJENTIMA PRI OBAVLJANJU INVESTICIJSKIH USLUGA I SPOROVI ZBOG POVREDE TIH PRAVILA

Dr. sc. Edita Čulinović Herc, izvanredni profesor,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.714
Ur.: 31. prosinca 2009.
Pr.: 29. siječnja 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Godine 2009., 1. siječnja stupio je na snagu novi Zakon o tržištu kapitala kojim je u hrvatsko pravo preuzeta europska pravna stečevina u oblasti tržišta kapitala. Posebice su se izmijenili organizacijski zahtjevi kao i drugi zahtjevi poslovanja koje pred investicijska društava (ranije društava za poslovanje s vrijednosnim papirima) postavlja europska Direktiva o tržištima financijskih instrumenata iz 2004. godine. Pravni okvir unutar kojeg djeluju danas investicijska društva postao je vrlo složen, stoga se nameće pitanje hoće li zahtjevniji regulatorni okvir utjecati na broj sporova koji izbijaju iz, među investicijskih društava i njihovih klijenata. U prvom dijelu rada stoga se razrađuje tko sve u RH pruža investicijske usluge prema Zakonu o tržištu kapitala. Također se objašnjava nova tipologija klijenata prema kojima investicijska društva primjenjuju različite standarde postupanja, koji opet variraju i ovisno o tomu koja se usluga pruža. U drugom dijelu rada se ispituje na koji način investicijska društva u svojim općim uvjetima poslovanja predviđaju rješavanje sporova sa svojim klijentima, uključujući i rješavanje pritužbi. Ispituje se koji sudovi su stvarno nadležni za rješavanje sporova u parničnom postupku između klijenata i investicijskih društava. Propituju se argumenti u prilog tezi da se svi sporovi u parničnom postupku između investicijskih društava i njihovih klijenata delegiraju de lege ferenda u stvarnu nadležnost trgovačkih sudova. Pretraživanjem dostupnih baza podataka sudske prakse uočava se nepostojanje građanskopravnih sporova između investicijskih društava i njihovih klijenata, za razliku od vrlo zastupljenih upravnih sporova do kojih dolazi najčešće pokretanjem upravnog spora od strane investicijskog društva nakon provedenog postupka nadzora HANFE u kojem je izrečena neka od nadzornih mjera. Analiziraju se tipične povrede do kojih dolazi u postupanju investicijskih društava i njihovih klijenata. Iznose se zaključci i prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: Zakon o tržištu kapitala, investicijska društva, način postupanja prema klijentima.

1. Uvod – nova tržišna infrastruktura

Na tržištu kapitala, osim ulagatelja na strani ponude, i izdavatelja financijskih instrumenata na strani potražnje, postoje i brojni financijski posrednici. Svi oni ispunjavaju na tržištu kapitala određenu funkciju. Investicijski fondovi prikupljaju slobodna novčana sredstva koja zatim ulažu u određene financijske instrumente nastojeći maksimirati prinose fonda, burze. Drugi oblici organiziranog trgovanja imaju zadatak povezati ponudu i potražnju i omogućiti da se financijskim instrumentima trguje po unaprijed poznatim cijenama. Investicijska društva pružaju usluge prilikom ulaganja u financijske instrumente. Brojne studije potvrđuju da jakost sektora financijskih posrednika upućuje na dugoročni gospodarski rast.¹ Prema nekim autorima cilj dobro uređenog tržišta kapitala nije samo zaštita ulagatelja, već i stabilnost financijskih posrednika.² U ranije važećem, Zakonu o tržištu vrijednosnih papira (u nastavku: ZTVP)³ takva društva su se nazivala društvima za poslovanje s vrijednosnim papirima, dok se sada nazivaju investicijskim društvima.⁴ Novo uređenje investicijskih društava i njihovih obveza prema klijentima posljedica je usklađivanja hrvatskog prava s europskim zakonodavstvom, ponajprije recepcijom krovne direktive za tržište kapitala, a to je Direktiva o tržištima financijskih instrumenata (u daljnjem tekstu: MiFID - *Markets in Financial Instruments Directive*)⁵.

2. Postupan razvoj europskog prava i utjecaj na hrvatsko pravo

Europsko pravo, kojim se uređuje način pružanja investicijskih usluga i organizacijski zahtjevi za investicijska društva, prošlo je dugačak razvojni put. Osnove zaštite klijenata u odnosu na investicijska društva postavila je Direktiva o

1 LEVINE, R. Law, *Finance and Economic Growth* Journal of Financial Intermediation, 8 (1999), str. 8.

2 Vidi CESARINI, F. *Economics of Securities Markets regulation: Some Current Issues*, u: FERRARRINI, G. (ur.) *European Securities Market – The Investment Services Directive and Beyond 1998*, str. 65 i dalje.

3 NN 84/02 138/06 Prikaz rješenja zaštite klijenata brokerskih društava prema odredbama ranijeg ZTVP-a vidi rad ČULINOVIĆ HERC, E. *Zaštita ulagatelja u ugovorima s brokerskim društvima – nova europska smjernica o tržištima financijskih instrumenata i hrvatsko pravo*, Zbornik radova Pravog fakulteta u Splitu, br. 3-4, (2004), str. 261-294.

4 Skrećemo pozornost da termin investicijska društva nije sretno odabran u ZTK s obzirom na to da u inozemnim pravnim sustavima taj pojam doslovno preveden označava investicijske fondove koji su utjelovljeni u kompanije (investment companies). MiFID se u izvorniku koristi izvornikom investment firms.

5 Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, OJ L 145, 30.4.2004, str. 1–44 Nedavno izmijenjena novom direktivom: Directive 2006/31/EC of the European Parliament and of the Council of 5 April 2006 amending directive 2004/39/EC on markets in financial instruments, as regards certain deadlines (Text with EEA relevance) OJ L 114, 27.4.2006, str. 60–63.

uslugama pri ulaganju u vrijednosne papire iz 1993. (Investment Services Directive – u daljnjem tekstu: ISD).⁶ Ona je uredila nekoliko važnih pitanja: licenciranje, tj. odobrenje koje dobiva investicijsko društvo te postavila osnove za donošenje pravila postupanja s klijentima pri pružanju usluga, tzv. *conduct of business rules*.⁷ Kako je licencu odnosno odobrenje za rad investicijskim društvima davalo nacionalno tijelo «*home country control*» to je dovelo do negativne selekcije - *race to the bottom*. Nacionalni zakonodavci namjerno su slabili kriterije kontrole investicijskih društava kako bi ih što više privukli pod svoj regulatorni kišobran. Ona društva, koja su se nalazila u blažem regulatornom režimu, bila su u prednosti pred ostalima.⁸

Ipak glavni cilj ISD-a, a to je izrada pravila postupanja investicijskih društava prema njihovim klijentima (*Conduct of Business Rules*) nije zaživio i do prave harmonizacije nije uopće niti došlo. Regulatorni model, koji je primijenjen pri donošenju ISD iz 1993. godine bio je utemeljen na međusobnom priznavanju (*mutual recognition*) i nadzoru domicilne države (*home country control*), a uz to je bio kompromis između težnje za harmonizacijom i regulatornog natjecanja.⁹ Ovi su problemi vrlo brzo došli do izražaja u sudskoj praksi Europskog suda. *Landmark* presuda iz tih vremena svakako je rješidba Europskog suda *Re Alpine Investment*¹⁰.

Prekretnicu je donio Akcijski plan za financijske usluge (*Financial Services Action Plan - FSAP*) iz 1999. godine kojim je započeo, tzv. *Lamfalussy process*

6 Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field OJ L 197, 6.8.1993, str. 58.

7 Vidi ILMONEN, K. *Structural Implications of Upgrading the Investment Services Directive*, International and Comparative Corporate Law Quarterly, Vol. 4 2002, str. 144.

8 *Loc. cit.*

9 MOLONEY, N. *EC Securities Regulation*, 2nd ed. Oxford University Press 2008. str. 355.

10 *C-384/93 Alpine Investments BV v. Minister van Financien* (1995) ECR I-1141. U tom je predmetu nizozemsko ministarstvo financija zabranilo nizozemskom brokerskom društvu, specijaliziranom za futures transakcije da nudi svoje usluge telefonski fizičkim osobama bez njihova prethodnog odobrenja («cold calling»). Kasnije na temelju zakonske ovlasti, nizozemsko ministarstvo je 1991. godine zabranilo svim nizozemskim brokerskim društvima nuditi svoje usluge telefonom, pozivajući se zaštitu ulagatelja i zaštitu ugleda nizozemskih brokerskih društava. Zabrana se odnosila i na usluge koje se pružaju i u drugim zemljama članicama koje su «odaslane» iz Nizozemske. Tužitelj je pokrenuo spor pred nadležnim sudom tvrdeći da je takva zabrana u suprotnosti s načelom slobode pružanja usluga. Nizozemsko ministarstvo je u odgovoru na tužbu istaknulo da «cold calling» podrazumijeva takvu situaciju u kojoj osobe, kojima se upućuju ponude telefonom, nisu u stanju kvalitetno informirati se o rizicima koji su povezani s tom transakcijom, niti mogu usporediti kvalitetu i cijenu usluge ponuditelja s ponudom njegovih konkurenata. Nizozemski je sud zastao s postupkom i uputio zahtjev Europskom sudu za odlučivanje o prethodnom pitanju. Europski sud je tu mjeru ocijenio mjerom koja predstavlja ograničenje slobode pružanja usluga u smislu čl. 59. Ugovora o EZ, ali je isto tako smatrao da država članica može pod izlikom «općeg dobra» donijeti takve zabrane. Na taj način je zapravo Europski sud smatrao mjeru razmjernom i opravdanom.

označen prvim izvješćem Odbora Vijeća mudrih.¹¹ Ocijenjeno je da je tržište kapitala vrlo labavo integrirano¹², iako je s uvođenjem eura integracija ušla u novu fazu. U svom konačnom izvješću Vijeće mudrih je predložilo novu zakonodavnu tehniku reguliranja materije, "pristup na četiri nivoa". Prvi nivo obuhvaćao je izradu općih regulatornih načela (*framework principles*), iza kojeg slijedi nivo u kojem Komisija uz pomoć tog istog odbora usvaja mjere implementacije tehničkog karaktera. Nakon toga slijedi nivo koordinacije i izvršenja. U sektoru vrijednosnih papira četiri su direktive donijete primjenom Lamfalussy tehnike: Direktiva o transparentnosti 109/2004/EZ,¹³ Direktiva o prospektu 71/2003/EZ,¹⁴ Direktiva o zlouporabama na tržištu 6/2003/EZ¹⁵ i već spomenuta Direktiva o tržištima financijskih instrumenata - MiFID.

MiFID je usvojena u travnju 2004. godine.¹⁶ Njome se osim licenci investicijskih društava uređuju i nova mjesta trgovanja.¹⁷ MiFID je okvirna direktiva prvog stupnja (Level 1), koja je trebala biti implementirana u pravo zemalja članica do 30. travnja 2007. godine. Uz nju postoji intenzivna zakonodavna aktivnost drugog stupnja koju u postupku komitologije provodi Komisija europskih nacionalnih regulatora tržišta vrijednosnih papira – CESR.¹⁸ Najvažnije promjene vezane su za izradu novog kodeksa postupanja brokerskih društava prema ulagateljima s obzirom na to da

11 U izvorniku *Wise Men Committee*, Vidi Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of the European Securities Market dostupan na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf O tijeku zakonodavne aktivnosti u europskom pravu te posebno o rokovima njihove realizacije vidi kod: O'KEEFFE / CAREY, *Financial Services and Internal Market*, u: FERRARINI / HOPT / WYMEERSCH (eds.) *Capital Markets in the Age of the Euro*, Kluwer, 2002, str. 9-13. Detaljni prikaz Lamfalussyjeve zakonodavne tehnike vidi kod: ANDERSSON, J. *The Regulatory Technique of Securities Law – A Few Remarks*, *European Business Law Review*, 13 (4) 2002, str. 313-322.

12 WYMEERSCH, E. *Regulating European Markets: The Harmonization of Securities Regulation in the Europe in the New Trading Environment*, u: FERRAN / GOODHART (eds.) *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford, 2001, str. 190.

13 Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, 31.12. 2004, OJ L 390, str. 38.

14 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC (Text with EEA relevance) OJ L 345, 31.12.2003, str. 64–89.

15 Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) OJ L 96/16 od 12.4.2003. str. 16 i dalje.

16 Directive 2002/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 93/22/EEC/04/546

17 Multilateralna trgovinska platforma, sistematski internalizator i sl.

18 *Committee of European Securities Regulators*, www.cesr-eu.org Vidi na istoj mrežnoj stranici Level 2 i Level 3 mjere koje su vezane za MiFID.

ista direktiva iziskuje donošenje pravila o izbjegavanju sukoba interesa, tzv. *best execution* pravilo u izvršavanju transakcije, te posebice izvještavanje prije i nakon izvršavanja transakcije, kako za burze, tako i za brokerska društva. Najvažnija novost direktive je omogućavanje bankama, brokerskim društvima i burzama pružati svoje usluge unutar EU, temeljem licence koju im daju domicilna regulatorna tijela (*home country authorization*), ali ovaj puta bez sustava međusobnog priznavanja. Država u kojoj se pruža usluga (inozemnog) investicijskog društva (*host member state*), ipak zadržava određeni, iako vrlo mali stupanj kontrole, koji se najviše odnosi na zaštitu ulagatelja.¹⁹ Uspostavljaju se pravila o tomu koji se podaci trebaju objavljivati o transakcijama s dionicama prije i poslije trgovanja (*pre-transparency, post-transparency rules*), s mogućnošću da države članice primjenu tih pravila prošire i na druge financijske instrumente. Na taj način je nova direktiva sama razradila pravila postupanja koja brokerska društva trebaju primjenjivati prilikom pružanja usluga ulagateljima. Oni se diversificiraju na male i profesionalne ulagatelje²⁰ pri čemu postoji mogućnost prelaska iz jedne kategorije u drugu. Osim prema profilu klijenta postupanje investicijskog društva prema njima uvjetovano je i vrstom usluge koja se klijentu pruža pri čemu stroži zahtjevi postoje u savjetodavnim uslugama. Osim opće obveze poštenog i profesionalnog postupanja u najboljem interesu klijenta prilikom pružanja usluga, ali i pri promidžbi društva, brokersko društvo mora prije sklapanja ugovora informirati svoje klijente o samom društvu, o uslugama koje društvo pruža, o vrijednosnim papirima i strategiji ulaganja u vrijednosne papire koje društvo predlaže, o modalitetu izvršenja transakcija, o troškovima i proviziji koje društvo zaračunava. Kada društvo klijenta savjetuje o ulaganju u vrijednosne papire ili upravlja njegovim portfeljem, ono treba utvrditi nalogodavčev stupanj znanja i iskustva o ulaganju, upoznati se s njegovom financijskom situacijom te utvrditi njegove ciljeve ulaganja kako bi preporučilo one oblike ulaganja koji će biti prilagođeni potrebama klijenta. Postrožena je obveza vođenja dokumenata koji prate transakciju. Tako ovlašteno društvo mora voditi posebne datoteke o klijentima te izrađivati posebna izvješća za klijente. Mnogi propisi detaljnije uređuju postupanje brokerskih društava na drugom nivou (L2) pri čemu direktiva obvezuje zakonodavca «drugog niova» da pri donošenju tih propisa vodi računa o prirodi financijskog instrumenta, (ne)profesionalnosti samog klijenta te prirodi usluga koje društvo pruža klijentu. Vrlo bitan propis nalazi se u čl.21. MiFID-a, a bavi se načinom izvršavanja naloga – ovlašteno društvo ih treba izvršiti pod uvjetima koji su za klijenta najpogodniji (*best possible results*) pri čemu

19 Primjerice, ako investicijsko društvo koje pruža uslugu prekogranično učini opetovane povrede zakona a da pritom ne reagira nadzorno tijelo koje je nadležno za njegovu superviziju (*home state control*), tada to može učiniti nadzorno tijelo u državi članici u kojoj se pruža usluga. Vidi čl. 62. st. 1. MiFID. Podrobnije o problemima podijeljena supervizije vidi kod: LANNOO, K. / CASEY J.P. *EU Financial Regulation and Supervision Beyond 2005*, CEPS, 2005, str. 29. Vidi isto: TISON, M. *Financial Market Integration in the Post FSAP Era. In the Search of Overall Conceptual Consistency in the Regulatory Framework*, u: FERRARINI, G. / WYMEERSCH, E. (eds.) *Investor Protection in Europe: Corporate law Making, the MiFID and Beyond*, 2006, str. 443., 452-454.

20 Vidi Annex II MiFID-a.

se uzimaju u obzir cijena troškovi, brzina opseg i vrsta transakcije. Države članice moraju od ovlaštenih društava zahtijevati uspostavu tzv. *order execution policy* – politiku izvršavanja naloga. Predviđena je mogućnost izvršavanja naloga i izvan uređenog tržišta, ali se o tomu mora posebno informirati klijenta i dobiti njegov izričit pristanak. Propisima drugog nivoa riješit će se pitanje vrednovanja (ponderiranja) različitih kriterija koji će se uzimati u obzir pri procjeni je li neko društvo provelo nalog na najpogodniji način. Što se tiče brzine izvršavanja transakcija od brokerskih društava traži se da naloge izvršavaju promptno i ekspeditivno (*prompt, fair and expeditious*).

3. Novo uređenje investicijskih društava i njihovih usluga

Investicijska društva su pravne osobe čija je redovita djelatnost pružanje jedne ili više investicijskih usluga i/ili obavljanje jedne ili više investicijskih aktivnosti na profesionalnoj osnovi (čl. 3. st.1. t. 5. ZTK). Prema čl. 5. ZTK-a investicijske usluge i aktivnosti dijele se na *osnovne*²¹ i *pomoćne usluge*²². Njihov se broj u ZTK-u znatno povećao, u odnosu na ranije važeći ZTVP, kao rezultat implementacije MiFID-a,²³ odnosno Direktive o tržištima financijskih instrumenata, koja uređuje europski pravni okvir poslovanja investicijskih društava kao i način postupanja prema njihovim klijentima. Naravno, znakovita izmjena se sastoji i u tomu što se investicijske usluge odnose na financijske instrumente, što je širi pojam od vrijednosnog papira. Ti su financijski instrumenti inače navedeni u *Annex I, Section C* MiFID-a, odnosno u

21 Pod *osnovnim* uslugama podrazumijevaju se: 1. zaprimanje i prijenos naloga u svezi s jednim ili više financijskih instrumenata, 2. izvršavanje naloga za račun klijenata, 3. trgovanje za vlastiti račun, 4. upravljanje portfeljem, 5. investicijsko savjetovanje, 6. usluge provedbe ponude, odnosno prodaje financijskih instrumenata uz obvezu otkupa, 7. usluge provedbe ponude, odnosno prodaje financijskih instrumenata bez obveze otkupa, 8. upravljanje multilateralnom trgovinskom platformom. Vidi čl. 5. ZTK

22 Pod *pomoćnim* uslugama podrazumijevaju se: 1. pohrana i administriranje financijskih instrumenata za račun klijenata, uključujući i poslove skrbništva i s tim povezane usluge, na primjer upravljanje novčanim sredstvima, odnosno instrumentima osiguranja, 2. davanje kredita ili zajma ulagatelju kako bi mu se omogućilo zaključenje transakcije s jednim ili više financijskih instrumenata, ako je u transakciju uključeno društvo koje odobrava zajam ili kredit, 3. savjetovanje o strukturi kapitala, poslovnim strategijama i srodnim pitanjima, kao i savjetovanje i usluge vezane uz spajanja i stjecanja udjela u društvima, 4. usluge deviznog poslovanja ako su vezane uz pružanje investicijskih usluga, 5. investicijsko istraživanje i financijska analiza, kao i ostale preporuke koje se odnose na transakcije s financijskim instrumentima, 6. usluge vezane uz usluge provedbe ponude, odnosno prodaje financijskih instrumenata uz obvezu otkupa, 7. investicijske usluge i aktivnosti te pomoćne usluge iz ovog članka koje se odnose na temeljnu imovinu izvedenica iz članka 3. stavka 1. točke 2. podtočke d. alineje 2., 3., 4. i 7. ZTK kada su te investicijske usluge i aktivnosti nadovezane na investicijske ili pomoćne usluge. Vidi čl. 5. ZTK.

23 Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EC, OJ L 145 od 30.4.2004.

čl. 3. st. 2. ZTK-a. Osim vrijednosnih papira u tu se skupinu ubrajaju instrumenti tržišta novca, udjeli u investicijskim fondovima (koje ZTK doslovno naziva jedinice u subjektima za zajednička ulaganja) te izvedenice.²⁴

Članak 6. ZTK uređuje *tko može pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti*. Osim investicijskih društava registriranih u Republici Hrvatskoj to mogu i strana investicijska društva iz države članice EU i to podružnicama ili neposredno, koristeći slobodu pružanja usluga, dok strana investicijska društva iz trećih zemalja mogu to isto podružnicom, ali uz dozvolu HANFE.

U skladu s konceptom univerzalnog bankarstva, osim investicijskih društava investicijske usluge i aktivnosti mogu u RH obavljati *i kreditne institucije*, koje su dobile odobrenje HNB-a.²⁵ Strane kreditne institucije mogu obavljati investicijske usluge po istim kriterijima koji vrijede za investicijska društva, već s obzirom na to imaju li sjedište u državi članici EU ili u nekoj trećoj državi. U Republici Hrvatskoj investicijsku uslugu upravljanja multilateralnom trgovinskom platformom mogu obavljati i tržišni operater (burza) i investicijsko društvo uz odobrenje HANFE. Multilateralna trgovinska platforma (MTP) je multilateralni sustav koji spaja ponudu i potražnju za financijskim instrumentima koju iskazuju treće osobe. To spajanje ponude i potražnje treba se odvijati prema jednoznačnim pravilima.²⁶ Po stupnju transparentnosti MTP dolazi odmah nakon burze.

Prema čl. 7. ZTK *neke investicijske usluge* mogu pružati i društva koja upravljaju otvorenim investicijskim fondovima javnom ponudom. *To su usluge upravljanja portfeljem i investicijskog savjetovanja*. Kada društva za upravljanje otvorenim fondovima javnom ponudom pružaju te usluge na njih se na odgovarajući način primjenjuju neke odredbe ZTK, iako je način pružanja njihovih usluga prvenstveno uređen Zakonom o investicijskim fondovima²⁷ (u daljem tekstu ZIF). Tako primjerice ta društva moraju udovoljavati istim kapitalnim i organizacijskim zahtjevima kao i investicijska društva. Za njih također vrijede pravila o razvrstavanju klijenata i pravila postupanja.²⁸ Zakon zahtijeva da ta društva analogno primjenjuju standarde koji vrijede za izvršavanje naloga, što je prema mišljenju autorice nepotrebna analogija jer ta društva ionako ne pružaju uslugu izvršavanja naloga već samo uslugu

24 Vidi HERBST, J. *Revision of the Investment Services Directive*, 11 Journal of Financial Regulation and Compliance, 2003, str. 211, 214.

25 To je zbog toga što MiFID prihvaća, tzv. funkcionalno određenje osobe koja pruža investicijske usluge pa nije bitno pruža li investicijsku uslugu investicijsko društvo, kreditna institucija ili financijski konglomerat. O tome vidi kod: FERRARINI, G. *Towards a European Law of Investment Services and Institutions* 21 C.M.L.R (1994), str. 1283, 1284. U kontinentalnoj Europi to podrazumijeva apsolutnu dominaciju bankovnog sektora.

26 Multilateralna trgovinska platforma se razlikuje od sistematskog internalizatora. To je bilateralni sustav koji spaja ponudu i potražnju, unutar samog investicijskog društva. Odredbe ZTK, koje se odnose na sistematskog internalizatora, međutim, stupaju na snagu danom ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju. Investicijsko društvo koje namjerava steći status sistematskog internalizatora dužno je o tomu prethodno obavijestiti Agenciju, dakle, nije potrebno odobrenje kao kod uređenog tržišta ili MTP-a.

27 NN, 150/05.

28 Vidi čl. 7. st. 2. t. 4. ZTK.

investicijskog savjetovanja i upravljanja portfeljem. Međutim, bitna implikacija ulaska društva za upravljanje fondovima u sferu investicijskih usluga koja izvorno pripada brokerskim, odnosno investicijskim društvima sastoji se u *potrebi uspostave sustava zaštite ulagatelja*. Naime, društva, koja pružaju investicijske usluge, moraju biti članovima Fonda za zaštitu ulagatelja koji, ako investicijsko društvo padne pod stečaj ili je u nemogućnosti ispuniti svoju obvezu prema klijentima, preuzima na sebe obvezu isplate, tzv. zaštićenih tražbina.

Podružnice stranih društava za upravljanje investicijskim fondovima također moraju biti članovima Fonda za zaštitu ulagatelja, ako u državi u kojoj imaju sjedište ne sudjeluju u sustavu zaštite ulagatelja ili taj sustav nije na razini onoga kojeg poznaje ZTK. Također, na društva za upravljanje investicijskim fondovima primjenjuju se odredbe onog dijela zakona koji uređuje nadzor HANFE nad pružanjem investicijskih usluga. Ako društva za upravljanje otvorenim fondovima javnom ponudom pružaju svoje usluge matičnim društvima, ovisnim društvima ili ovisnim društvima svog matičnog društva tada se na njih ne primjenjuju odredbe ZTK o pružanju investicijskih usluga.²⁹

Položaj kreditnih institucija koje pružaju investicijske usluge također se usklađuje s položajem investicijskih društava.³⁰ Zakon određuje da se na kreditne institucije također primjenjuju odredbe u vezi sa zaštitom ulagatelja,³¹ Međutim, čl. 225. st. 2. ZTK propisuje da su iz primjene cijelog poglavlja koje uređuje sustav zaštite ulagatelja *izuzimaju* sredstva klijenata kreditnih institucija, odnosno *one tražbine koje su osigurane zakonom koji uređuje osiguranje depozita u kreditnim institucijama*. To ne znači da su kreditne institucije izvan sustava zaštite ulagatelja. Osiguranje bankovnih depozita je usporedan institut čija primjena ne isključuje sustav

29 Čl. 9. st. 1. t. 2. ZTK.

30 Čl. 8. st. 1. t. 1. ZTK. I za njih vrijedi odredba da kada one pružaju svoje usluge matičnim društvima, ovisnim društvima ili ovisnim društvima svog matičnog društva da se tada na njih ne primjenjuju odredbe ZTK o pružanju investicijskih usluga.

31 Čl. 8. st. 1. t. 2. ZTK.

zaštite ulagatelja, već je njegova regulatorna dopuna.³² Odredbe o organizacijskim zahtjevima i načinu postupanja s klijentima također se analogno primjenjuju na kreditne institucije. Nadzor nad poslovanjem kreditne institucije, koja obavlja investicijske usluge, obavlja HANFA samostalno ili u suradnji s HNB-om.³³

ZTK sadrži nemali broj izuzetaka kada su u pitanju subjekti koji pružaju investicijske usluge ili obavljaju investicijske aktivnosti, a na koje se ne primjenjuje

32 Sektor osiguranja depozita i odnosa s bankama osigurava depozite građana u kreditnim institucijama - bankama, štednim bankama, stambenim štedionicama te podružnicama stranih kreditnih institucija prema odredbama Zakona o Državnoj agenciji za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka (NN br. 44/94, 79/98, 19/99, 35/00, 60/04), **Zakona o osiguranju depozita** (NN br. 177/04) te **Zakona o izmenama i dopunama Zakona o osiguranju depozita** (NN br. 119/08). Zakonodavstvo RH u potpunosti je usklađeno s odredbama Direktive 94/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 30. svibnja 1994. o programima osiguranja depozita. Cilj sustava osiguranja depozita je zaštita depozita građana u slučaju njihove nedostupnosti odnosno otvaranja stečajnog postupka kreditne institucije. **Agencija osigurava depozite građana u svakoj kreditnoj instituciji do uključivo visine od 400.000,00 kn u 100%-nom iznosu, neovisno o broju bankovnih računa, visini sredstava po njima, valuti i mjestu gdje se ti bankovni računi vode. Nakon 1. siječnja 2010. godine, proširuje se opseg osiguranja na način da će Agencija osiguravati osim depozita građana i depozite dijela pravnih osoba u svakoj banci, štednoj banci i stambenoj štedionici do uključivo visine od 400.000,00 kn u 100%-nom iznosu, neovisno o broju bankovnih računa, visini sredstava po njima, valuti i mjestu gdje se ti bankovni računi vode.** U slučaju potrebe, Vlada Republike Hrvatske može propisati i viši iznos osiguranog depozita. <http://dab.hr/osiguranje.html>

33 247. st. 5. ZTK.

regulatorni okvir ZTK.³⁴ Od svih navedenih izuzetaka pozornost zaslužuje izuzimanje društava za osiguranje, odnosno reosiguranje. Naime društva za osiguranje vrlo često posežu za kombiniranim financijskim proizvodima, gdje se životno osiguranje kombinira s preuzimanjem investicijskog rizika.³⁵ Polica životnog osiguranja se vezuje primjerice za prinos nekog investicijskog fonda kojeg bira osiguranik. Najčešće se radi o fondu, kojim upravlja društvo za upravljanje koje se s društvom za osiguranje nalazi unutar iste financijske grupe. Stoga se opravdano postavlja pitanje jesu li osiguranici koji preuzimaju dodatni rizik u dovoljnoj mjeri upućeni u to. S obzirom na to da društva za osiguranje pri sklapanju ugovora sa svojim klijentima ne moraju primjenjivati standarde postupanja koji vrijede za male ulagatelje, koje primjenjuju investicijska društva, nameće se zaključak da osiguranici koji su ulagatelji nisu u dovoljnoj mjeri zaštićeni. Čl. 9. st. 4. ZTK izriječno isključuje primjenu regulatornog režima ZTK na tržište novca, što je u potpunosti opravdano budući da se radi o segmentu financijskog tržišta na kojem sudjeluju samo profesionalni ulagatelji.

34 Vidi čl. 9. ZTK: 1. društva za osiguranje i reosiguranje, 2. osobe koje investicijske usluge pružaju isključivo svojim matičnim društvima, svojim ovisnim društvima ili drugim ovisnim društvima svoga matičnog društva, 3. osobe koje investicijske usluge pružaju povremeno u sklopu obavljanja svoje redovite djelatnosti ili posla, ako su ispunjeni sljedeći uvjeti: obavljanje te djelatnosti ili posla uređeno je pravilima propisanim zakonom, drugim propisom ili etičkim kodeksom, i ta pravila ne zabranjuju pružanje te investicijske usluge, 4. osobe koje, osim trgovanja za vlastiti račun, ne pružaju niti jednu investicijsku uslugu, niti obavljaju ni jednu investicijsku aktivnost, osim kada djeluju u svojstvu održavatelja tržišta ili na organiziran, učestao i sustavan način trguju za svoj račun izvan uređenog tržišta ili MTP-a i pritom koriste sustav dostupan trećim osobama, kako bi se sklupali poslovi s istima, 5. osobe koje pružaju investicijske usluge koje se sastoje isključivo od upravljanja programima sudjelovanja zaposlenika u ulaganju, 6. osobe koje pružaju investicijske usluge koje se sastoje isključivo od upravljanja programima sudjelovanja zaposlenika u ulaganju i pružanja investicijskih usluga isključivo za vlastita matična društva ili za druga ovisna društva vlastitih matičnih društava, 7. članice Europskog sustava središnjih banaka i druga državna tijela koja rade slične poslove te druge osobe javnog prava odgovorne za upravljanje javnim dugom ili koje posreduju pri upravljanju javnim dugom, 8. subjekti za zajednička ulaganja i mirovinski fondovi te njihove skrbničke institucije i društva za upravljanje, 9. osobe koje s financijskim instrumentima trguju za vlastiti račun ili pružaju za klijente iz svoje redovite djelatnosti investicijske usluge u odnosu na izvedenice na robu ili ugovore o izvedenicama iz članka 3. stavka 1. točke 2. podtočke d. alineje 7. ZTK ako su ispunjeni sljedeći uvjeti: pružanje tih usluga, s obzirom na sveukupnost njegovih poslova, predstavlja pomoćnu djelatnost njihovim redovitim djelatnostima, a redovita djelatnost tih osoba, obzirom na grupu u koju su uključene, nije pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti po ZTK-u ili zakonu koji uređuje osnivanje i poslovanje kreditnih institucija, 10. osobe koje daju investicijske savjete u sklopu obavljanja drugih poslova iz redovite djelatnosti ili posla, a na koje se ne primjenjuju odredbe ZTK o pružanju investicijskih usluga i obavljanju investicijskih aktivnosti te ako se za takve savjete ne naplaćuje posebna naknada, 11. osobe, čija se redovita djelatnost sastoji od trgovanja za vlastiti račun s robom i /ili izvedenicama na robu, osim ako su uključene u grupu čije je osnovno poslovanje pružanje drugih investicijskih usluga u skladu s ovim Zakonom ili bankovnih usluga u skladu sa zakonom koji uređuje osnivanje i poslovanje kreditnih institucija, 12. osobe koje imaju status lokalnog društva u skladu s ovim Zakonom.

35 ČURKOVIĆ, M. *Ugovor o investicijskom osiguranju života*, Zbornik 47. susreta pravnika, Opatija 2009, str. 243 – 262.

4. Klijenti investicijskih društava i njihovo razvrstavanje

Klijenti investicijskih društava mogu, naravno, biti *sve pravne i fizičke osobe*. Međutim prema čl. 60. ZTK investicijsko društvo je dužno svoje klijente, s obzirom na njihovo znanje, iskustvo, financijsku situaciju i ulagačke ciljeve, razvrstavati na male i profesionalne ulagatelje. To znači da investicijsko društvo prema njima postupa s različitom brižljivošću. Standard postupanja investicijskog društva precizno je uređen zakonom.

Članak 61. ZTK uređuje koji se klijenti smatraju profesionalnim ulagateljima. To su oni koji posjeduju dovoljno iskustva, znanja i stručnosti za samostalno donošenje odluka o ulaganjima i pravilnoj procjeni s time povezanih rizika. Pojmom profesionalnog ulagatelja obuhvaćeni su različiti subjekti. Postoje dvije osnovne kategorije profesionalnih ulagatelja. Oni koji su to *per se* i oni koji priznavanje tog svojstva mogu zahtijevati od nadzornog tijela, tj. HANFE. Osnovna značajka svojstva profesionalnog ulagatelja sastoji se u načinu njihova tretiranja od strane investicijskog društva. *Ti se subjekti smatraju profesionalnima za sve investicijske usluge i aktivnosti, kako glavne, tako i pomoćne te u odnosu na sve financijske instrumente.*

U *prvoj skupini* nalaze se subjekti koji za djelovanje na financijskom tržištu podliježu obvezi odobrenja ili/i nadzora nadležnog regulatornog tijela poput investicijskih društava, kreditnih institucija, društva za osiguranje, investicijskih i mirovinskih fondova kao i njihovih društava za upravljanje, mirovinskih osiguravajućih društava. U skladu s MiFID-om, ZTK tu ubraja i trgovce robom i izvedenicama na robu, te lokalna društva³⁶. Tom su kategorijom obuhvaćeni i ostali institucionalni ulagatelji koji podliježu obvezi odobrenja ili nadzora za djelovanje na financijskom tržištu (primjerice leasing ili faktoring društva).

Važno je naglasiti da se *svi pripadnici ove skupine profesionalnih ulagatelja smatraju ujedno kvalificiranim ulagateljima*. Osim njih, kvalificiranim ulagateljima se smatraju i profesionalni ulagatelji iz *treće skupine*. Značajka svojstva kvalificiranog ulagatelja sastoji se u tomu što investicijska društva mogu prema njima pružati usluge ne pridržavajući se pravila poslovnog ponašanja prilikom pružanja investicijskih usluga klijentima (čl. 54-71. ZTK). Ipak na zahtjev kvalificiranih ulagatelja, investicijsko društvo mora prema njima primjenivati pravila poslovnog ponašanja prilikom pružanja investicijskih usluga klijentima te na određen način postupati s nalogom klijenta (čl. 82-84. ZTK) i pridržavati se obveze najpovoljnijeg izvršenja naloga (čl. 85- 91. ZTK).

Na prvi pogled nije jasno zbog čega se zakonodavac opredijelio da kvalificirane ulagatelje tretira kao zasebnu kategoriju profesionalnih ulagatelja kada se njihov režim ni po čemu ne razlikuje od profesionalnih ulagatelja općenito! I oni, kao i ostali profesionalni ulagatelji, mogu zatražiti da ih društvo tretira kao male ulagatelje, tako se to čini kao nepotrebna potpodjela. Međutim, status kvalificiranog ulagatelja relevantan je samo za neke investicijske usluge. Ako investicijsko društvo pruža

36 U izvorniku MiFID-a pojavljuje se izraz *locals*, što je u nas prevedeno kao lokalna društva.

takvom ulagatelju uslugu: zaprimanja i prijenosa naloga u svezi s jednim ili više financijskih instrumenata, izvršavanja naloga za račun klijenata ili trgovanja za vlastiti račun, tada ne postoji obveza primjene načina postupanja prema klijentima (tzv. obveza najboljeg izvršenja te način postupanja s nalogima klijenata).³⁷ Međutim, ako pruža uslugu investicijskog savjetovanja tada investicijsko društvo mora za potrebe te usluge opet razvrstati tog klijenta na malog ili profesionalnog. Samo ako se ta druga usluga pruža kao pomoćna usluga „a da je izravno povezana s navedenom transakcijom“, tada takav klijent ostaje i dalje kao kvalificirani ulagatelj (light touch regime).³⁸

Drugom skupinom obuhvaćene su pravne osobe koje, u odnosu na prethodnu poslovnu godinu, zadovoljavaju najmanje dva od tri navedena uvjeta. Prvi je kriterij iznos ukupne aktive od najmanje 150.000.000 kn, drugi iznos neto prihoda koji mora biti najmanje 300.000.000 kuna, te treći iznos kapitala od najmanje 15.000.000 kn.

U trećoj se skupini nalaze nacionalne i regionalne vlade, javna tijela za upravljanje javnim dugom, središnje banke, međunarodne i nadnacionalne institucije kao što su Svjetska banka, Međunarodni monetarni fond, Europska središnja banka, Europska investicijska banka i slične međunarodne organizacije. Ovi se subjekti smatraju također kvalificiranim ulagateljima.

U četvrtoj se skupni nalaze ostali institucionalni ulagatelji čija je glavna aktivnost investiranje u financijske instrumente, a koji ne podliježu obvezi odobrenja ili nadzora za djelovanje na financijskom tržištu od strane nadležnog tijela, uključujući i subjekte osnovane u svrhu sekuritizacije imovine.³⁹

Specifičnost je uređenja da *profesionalni ulagatelj može zatražiti viši nivo zaštite koja pripada malim ulagateljima*, pri čemu mu je investicijsko društvo dužno omogućiti takav tretman, (tzv. *moving between categories*). Pri tom, ako je neki subjekt od ranije klijent investicijskog društva, a udovoljava uvjetima profesionalnog ulagatelja, investicijsko društvo ga je dužno obavijestiti da će se, na temelju podataka dostupnih o njemu, prema njemu postupati kao prema profesionalnom ulagatelju.

37 Vidi komentar MiFID uređenja: *Implementing MiFID's Client Categorisation requirements*, Cit: „For example, in our view it would be possible for an investment firm to agree with an ECP that, in respect of such business with that ECP, only the obligations under Article 21 (best execution) would be ‘switched off’, with the effect that the firm would comply with (and the ECP would have the benefit of the protections in) Articles 19 and 22(1). This would offer investment firms considerable flexibility in dealing with eligible counterparties. As ECPs are to be treated as clients under MiFID where they fall within the definition of a client (i.e. where they receive an investment or ancillary service), so the other MiFID obligations attaching to clients would continue to apply – for example, those concerning record keeping, client assets and conflicts of interest.“ August 2006, http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/mifid_classification.pdf.

38 http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/mifid_classification.pdf.

39 Radi se o transakcijama kod kojih se tražbine banaka iz, primjerice, hipotekarnih kredita utjelovljuju u vrijednosni papir koji onda služi kao podloga banci za dobijanje novog kredita. O refinanciranju hipotekarnih kredita s aspekta njemačkog prava u nas vidi: JOSIPOVIĆ, T. *Njemački model refinanciranja hipotekarnih kredita izdavanjem vrijednosnih papira s pokrićem u hipotekarnim tražbinama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Spomenica prof. Barbić, Posebni broj 2006, str. 281-314.

Također ga mora obavijestiti o mogućnosti da zahtijeva veći stupanj zaštite. Ako klijent, koji se smatra profesionalnim ulagateljem, sklopi s investicijskim društvom ugovor na temelju kojeg neće biti tretiran kao profesionalni ulagatelj u smislu pravila poslovnog ponašanja, investicijsko društvo mu je dužno pružiti onu razinu zaštite koju pruža malim ulagateljima. Taj ugovor treba biti u pisanom obliku i u njemu je potrebno naznačiti odnosi li se tretman malog ulagatelja samo na jednu ili više usluga ili transakcija. Naše pravo ne poznaje mogućnost da profesionalni ulagatelji budu tretirani kao kvalificirani ulagatelji, iako to MiFID poznaje. To je opcija u implementaciji smjernice koju mogu iskoristiti države članice.

S druge strane, pojedini mali klijenti investicijskih društava mogu *na vlastiti zahtjev biti tretirani kao profesionalni ulagatelji*. Ta mogućnost postoji samo za neke klijente koji ispunjavaju kriterije propisane čl. 63. ZTK-a. Osim što moraju postaviti vlastiti zahtjev da bi bili tretirani kao profesionalni ulagatelji, investicijsko društvo mora izvršiti dodatnu procjenu o tomu, ali temeljem određenih kriterija. Investicijsko društvo *ne može za klijenta pretpostaviti* da isti posjeduje stručno znanje i iskustvo, već za to trebaju biti ispunjena *najmanje dva od tri ponuđena kriterija*. *Prvi kriterij* je da je klijent na tržištu kapitala koje je mjerodavno za odnosno investicijsko društvo, (dakle hrvatsko tržište kapitala) izvršio prosječno 10 transakcija značajne vrijednosti, unutar svakog tromjesečja, unatrag godine dana. *Drugi kriterij* je da veličina klijentovog portfelja financijskih instrumenata⁴⁰ prelazi 4.000.000 kn, a *treći* da je radio ili radi u financijskom sektoru najmanje godinu dana na poslovima koji zahtijevaju znanje o planiranim transakcijama ili uslugama.

Naprijed navedeni klijenti mogu se *odreći višeg stupnja zaštite* samo u određenom postupku. Oni moraju pismeno zatražiti da ih se tretira kao profesionalne ulagatelje. Mogu zahtijevati to općenito ili u odnosu na neku posebnu investicijsku uslugu, transakciju, vrstu transakcije ili proizvod. Zatim, investicijsko društvo dužno ih je pismeno upozoriti koju razinu zaštite mogu izgubiti, nakon čega oni moraju u posebnom dokumentu odvojenom od ugovora, pismeno potvrditi da su svjesni posljedica gubitka razine zaštite. S druge strane, investicijsko društvo je dužno prije odluke o prihvatanju zahtjeva za odricanje od više razine zaštite koja proizlazi iz pravila poslovnog ponašanja poduzeti sve razumne korake kako bi utvrdilo udovoljava li klijent dvama od tri naprijed navedenih zahtjeva.

Svi ostali ulagatelji smatraju se malim ulagateljima i prema njima se primjenjuje stroži zaštitni režim. Najčešće se misli na fizičke osobe. Prije nego što takvim osobama pruže investicijsku uslugu, investicijska društva su obvezna sklopiti s njima *ugovor u pisanom obliku i na trajnom mediju*. Malim ulagateljima pripada najviša razina zaštite prije i poslije ulaganja te primaju najveći broj informacija od investicijskog društva tijekom cijelog investicijskog procesa. Prije ulaganja, nakon što investicijsko društvo klijenta klasificira kao malog ulagatelja, ono ujedno traži od njega određene informacije ovisno o usluzi koja je predmet ugovora. Nakon što klijent primi informacije, donosi informiranu odluku o određenom ulaganju. Tijekom

40 Portfelj financijskih instrumenata iz stavka 3. točke 2. podrazumijeva i novčana sredstava i financijske instrumente.

ulaganja investicijsko društvo provodi nalog na način da se za klijenta postigne najpovoljniji ishod. Pritom mora potvrditi provedbu naloga i dostaviti izvješća o provedenim uslugama. Izvješćivanje malih klijenata je najobimnije te obuhvaća informacije o financijskim instrumentima, podatke o cijenama i izdacima, podatke u svezi s izvršavanjem naloga i sl.

5. Uvjeti poslovanja i različiti opseg zaštite klijenata

Kao rezultat implementacije MiFID-a, uvodi se čitav niz novih pravila poslovanja investicijskih društava, kojima se povisuju standardi za pružanje usluga. MiFID postavlja tri načela kojih su se investicijska društva dužna pridržavati u svom poslovanju.⁴¹ Prvo je načelo poštenog, pravednog i profesionalnog postupanja, u najboljem interesu klijenta s obzirom na činjenicu da su investicijska društva u nadređenom položaju. Drugo načelo zahtijeva od investicijskog društva pružiti klijentu sve potrebne informacije, na razumljiv i nezavaravajući način kako bi klijenti mogli donijeti odluku utemeljenu na informacijama koje su točne nepristrane i istinite. Treće načelo traži da se prilikom pružanja usluga uzmu u obzir okolnosti koje su posebne za svakog klijenta budući da svaki klijent ima svoje potrebe i investicijski profil koji mora biti usklađen s ulaganjem. Osim što su načela MiFID-a inkorporirana u ZTK, njima se bavi i *Pravilnik o obvezama ponašanja investicijskih društava prilikom pružanja usluga klijentima*.⁴² Upravo zbog toga da bi se učinkovito moglo implementirati načelo postupanja u najboljem interesu klijenta, oni se razvrstavaju u različite kategorije. Količina pruženih informacija, upotreba trajnog medija pri pružanju informacija, dužnost izvješćivanja klijenata samo su neka od operativnih pravila koja su u funkciji postupanja u najboljem interesu klijenta.⁴³ Hrvatsko tržište kapitala do sada nije poznavalo takvu razinu zaštite. Da bi investicijska društva uskladila svoje djelovanje s novim regulatornim okvirom, morat će funkcionirati na višem organizacijskom nivou, koji pretpostavlja izmjenu postojeće poslovne politike. U toj novoj poslovnoj politici investicijskih društava osnovne obveze prilikom poslovanja, odnosno pružanja usluga klijentima bit će njihovo razvrstavanje, procjenjivanje prikladnosti usluga i najpovoljnije izvršavanje naloga.⁴⁴

41 *Novo tržište kapitala*, Hanfa, 2008., str. 22.

42 *Pravilnik o obvezama ponašanja investicijskih društava prilikom pružanja usluga klijentima*, NN, br. 5/09; dostupno i na <http://www.hanfa.hr/uploads/1-09-7.pdf>

43 *Loc. cit.*

44 RADOVANIĆ, D. / HREŠIĆ, M. *Uz novi Zakon o tržištu kapitala*, Financije i pravo, Zagreb, 2008., 12., str. 14. Vidi i ostale radove o ZTK: MIJATOVIĆ, N. *Osnovne odrednice Zakona o tržištu kapitala*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2009., 12. TOH, K. *Pravila poslovnog ponašanja prilikom pružanja investicijskih usluga*, Računovodstvo i financije, Zagreb, 2009, 1., str. 191.

5.1. Opća pravila poslovnog ponašanja prilikom pružanja usluga

Krovno načelo prilikom pružanja usluga klijentima investicijskih društava je sprječavanje sukoba interesa. Ističe se da je identifikacija, prevencija upravljanje i razotkrivanje sukoba interesa u investicijskom društvu jedna od najvećih promjena koje uvodi MiFID.⁴⁵ Sukob interesa može postojati između investicijskog društva (odnosno osoba koje vode poslovanje investicijskog društva, zaposlenika, vezanih zastupnika i drugih izravno ili neizravno povezanih osoba) i klijenata, ali i između interesa klijenata investicijskog društva međusobno.⁴⁶

Razlog uvođenja pravila i mjera za sprječavanje sukoba interesa leži u samoj prirodi poslovanja investicijskih društava. Pružanjem i obavljanjem većeg broja investicijskih usluga i aktivnosti te pomoćnih usluga povećava se mogućnost sukoba interesa između različitih aktivnosti investicijskog društva i interesa klijenata. Kada se primjenom određenih postupaka unutar investicijskog društva ne može izbjeći sukob interesa (pravila o izbjegavanju sukoba interesa), tada je ono obvezno klijentima na jasan način objasniti prirodu i izvore sukoba, i to prije pružanja usluga. Stoga je investicijsko društvo dužno provoditi učinkovite organizacijske i administrativne mjere i postupke s ciljem sprječavanja sukoba interesa.⁴⁷

Mjere i postupci prvenstveno se odnose na nemogućnost razmjene podataka između relevantnih osoba koje su uključene u poslovne aktivnosti koje uključuju sukob interesa. Komentatori MiFID-a upozoravaju na snažnu interakciju ovih pravila s mjerodavnim materijalnim pravom koje uređuje dotičnu uslugu, što nije obuhvaćeno MiFID-om.⁴⁸ Primjerice, nastoji se onemogućiti razmjena podataka između dva brokera zaposlenih u investicijskom društvu koji upravljaju portfeljem dvaju klijenata između kojih postoji sukob interesa. Te je osobe potrebno odvojeno

45 FERRARINI, G. *Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive*, 1 European Review of Contract Law, 2005, str. 19. Autor ističe da je stari ISD režim to tretirao kao pitanje načina poslovanja, dok MiFID to tretira kao pitanje organizacije. Vidi još: KRUITHOF, M. *Conflicts of Interest in Institutional Asset Management: Is the EU regulatory Approach Adequate?* Gent Financial Law Institute, WP no 2005/7. dostupno na: <http://www.law.ugent.be/fli/WP> i WYMEERSCH, E. *Conflict of Interest – Especially in Asset Management*, Gent Financial Law Institute, WP no 2006/14. dostupno na: <http://www.law.ugent.be/fli/WP>

46 Čl. 53. ZTK.

47 To je sve propisano Pravilnikom o organizacijskim zahtjevima za pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti i pomoćnih usluga (u daljnjem tekstu: Pravilnik o organizacijskim zahtjevima), NN 5/09. Radi se o vrlo raznorodnim mjerama koje se popularno nazivaju kineskim zidom. MiFID ne zabranjuje sukob interesa, on samo nameće način na koji ga se identificira i kako se njime upravlja. Kineski zid kontrolira tijek informacija, ne sprječava nastanak sukoba interesa. Vidi ENRIQUES, L. *Conflict of Interest in Investment Services: The price and Uncertain Impact of MiFID Regulatory Framework*, u FERRARINI, G. / WYMEERSCH, E. *Investor Protection in Europe, Corporate law Making , the MiFID and Beyond* (2006), str. 321, 331-334.

48 Vidi MÜLBERT, P. *The Eclipse of Contract law in the Investment Firm – Client Relationship: The Impact of MiFID on the law of Contract from a German Perspective*, u: FERRARINI, G. / WYMEERSCH, E. *Investor Protection in Europe, Corporate law Making , the MiFID and Beyond* (2006), str. 299.

nadzirati unutar investicijskog društva, kao i ukloniti svaku njihovu neposrednu povezanost (radno mjesto na odvojenim lokacijama - katovima) i sl. Srž mjera, kojima se prevenira sukob interesa, odnosno kojima se njime upravlja obuhvaćaju dakle fizičko odjeljivanje osoba, odvojeni nadzor od strane zaposlenika koji imaju funkciju *compliance officera*, disciplinatorne mjere i sl.⁴⁹ Po potrebi investicijsko društvo može uvesti i dodatne mjere. Ako niti one nisu prikladne, investicijsko društvo dužno je objelodaniti klijentu okolnost da se nalazi u sukobu interesa i to prije pružanja usluge i na trajnom mediju.⁵⁰ Postoji i obveza čuvanja podataka o sukobu interesa.⁵¹

*Druga bitna obveza je obveza čuvanja poslovne tajne.*⁵² Članovi uprave i nadzornog odbora ili upravnog odbora investicijskog društva, brokeri, investicijski savjetnici, ostali zaposlenici investicijskog društva i vezani zastupnici dužni su čuvati podatke o klijentima, o stanju i prometu na računima klijenata, uslugama koje pružaju klijentima, kao i druge podatke i činjenice za koje saznaju u svezi s pružanjem investicijskih usluga i obavljanjem investicijskih aktivnosti i kada je primjereno, pomoćnih usluga. Ovi se podaci smatraju poslovnom tajnom, a navedene osobe ne smiju ih koristiti, odavati trećima, niti omogućavati trećima njihovo korištenje. U slučaju kada podatke zahtijevaju Agencija, burza, pravosudna i upravna tijela ili kada njihovo objavljivanje odobri klijent, tada oni nisu poslovna tajna i mogu se objaviti.

Treća skupina obveza pojavljuje se u svezi s davanjem informacija klijentima. One moraju biti jasne i nedvojbene i u odnosu na sadržaj, i na način na koji su predstavljene. Ponekad se traži da budu dane na trajnom mediju. U pravilu bi trebale biti na papiru, ali ako je klijent dao investicijskom društvu valjanu adresu svoje elektroničke pošte i ako je odabrao takav način dostave podataka tada se takav trajni medij smatra dostatnim.⁵³ Informacije koje se daju u *svrhu promidžbe* moraju biti predstavljene na način da je nedvojbeno njihova priroda i namjena. *Ugovor s malim ulagateljima* mora biti u pisanom obliku. Investicijsko društvo prilikom pružanja usluga mora pružiti *opće informacije o sebi, kao i o uslugama koje ono pruža*. To obuhvaća i davanje informacija *o rizicima* koji su povezani s ulaganjima u pojedine financijske instrumente. Takve informacije uključuju na primjer, osim opisa rizika

49 Naročita pozornost se posvećuje utjecaju koji način može način nagrađivanja generirati sukob interesa (*remuneration structures*). Kako bi se uklonili poticaji koji bi mogli dovesti do sukoba interesa, potrebno je ukloniti bilo kakvu izravnu vezu između nagrađivanja određenih osoba angažiranih za izvršenje jedne investicijske usluge od nagrađivanja drugih osoba angažiranih za drugu investicijsku uslugu, ako pri obavljanju tih usluga postoji mogućnost nastanka sukoba interesa. Vidi BAHAR, R. / THÉVENOZ, L. *Conflict of Interest: Disclosure Incentives and the Market*, u BAHAR, R. / THÉVENOZ, L. (ur.) *Conflict of Interests: Corporate Governance & Financial Markets*, Kluwer law International, 2007, str. 8-10. Također se uspostavljaju mjere koje imaju zadatak da onemoguće ili ograniče bilo koju osobu u pokušaju vršenja neprimjerenog utjecaja (*inappropriate influence*) na osobu koja obavlja investicijsku uslugu unutar društva. O tome vidi MOLONEY, N. *EC Securities Regulation*, 2nd ed. Oxford University Press 2008. str. 514.

50 Čl.29. Pravilnika o organizacijskim zahtjevima

51 Čl.30. Pravilnika o organizacijskim zahtjevima

52 Općenito o poslovnoj tajni MILADIN, P. *Kritika zakonskog uređenja instituta poslovne tajne*, ZPFZ, br. 3/2000., str. 335-358.

53 Čl. 56. st. 3. ZTK.

koji je povezan s ulaganjem, i naznaku mogućnosti fluktuiranja cijena / vrijednosti financijskog instrumenta. Količina informacija ovisit će o vrsti instrumenta, njegovoj kompleksnosti i rizicima. Isto vrijedi za strategije ulaganja, određene transakcije se mogu poduzimati s ciljem zaštite portfelja od gubitka njegove vrijednosti uslijed nepovoljnih kretanja na tržištu. Ista strategija ulaganja može imati spekulativni cilj, cilj visoke zarade, ali i visokog potencijalnog (*hedging, short sales*). Ako se radi o uslugama izvršenja naloga uobičajeno je navesti mjesta na kojem se oni izvršavaju (burza ili MTP). Sve se ove informacije mogu dati u *standardiziranom obliku*. Moraju se navesti i *informacije o troškovima* (izravni troškovi, neizravni troškovi, provizija). Kada nije moguće izraziti točan iznos troškova potrebno je na jasan način pružiti dovoljno informacija o konačnom mogućem iznosu za klijenta.

5.2. Posebna pravila poslovnog ponašanja prilikom pružanja (pojedinih) usluga

Posebna pravila poslovnog ponašanja variraju ovisno o tomu pruža li društvo uslugu koja u sebi sadrže savjetodavnu komponentu ili ne. Tako su ZTK-om razrađene obveze kojih se društvo treba pridržavati kada pruža uslugu investicijskog savjetovanja ili upravljanja portfeljem (čl. 68. ZTK), uslugu zaprimanja i prijenosa naloga i/ili izvršavanja naloga u ime klijenta (čl. 71. ZTK) te prilikom pružanja ostalih usluga (čl. 69. ZTK).

5.2.1. Zaprimanje i prijenos i/ ili izvršavanje naloga u ime klijenta

Nalog može biti kupovni ili prodajni. Ako se odnosi na kupnju ili prodaju jednostavnog financijskog instrumenta,⁵⁴ tada investicijsko društvo nije dužno prije sklapanja ugovora obaviti *test prikladnosti*.⁵⁵ Pored toga, inicijativa za pružanje usluge mora doći od klijenta koji mora biti jasno upozoren da investicijsko društvo ne provodi test prikladnosti. Uz to ne smije postojati sukob interesa.⁵⁶ Dok se prema ZTVP-u smatralo da je nalog prihvaćen njegovim upisom u knjigu naloga, dakle društvo je moralo upisati nalog prije nego što bi se smatrao prihvaćenim, prema ZTK, ako investicijsko društvo ne odbije izvršenje naloga, smatra se da je prihvatilo nalog protekom roka za slanje obavijesti o odbijanju naloga klijenta.⁵⁷ Zakon također uvodi pojam limitiranog naloga.⁵⁸ Limitirani nalog označava nalog za kupnju ili prodaju

54 Čl. 71. st. 1. t. 1. ZTK jednostavnim financijskim instrumentima smatra: dionice uvrštene za trgovanje na uređenom tržištu ili na istovjetnom tržištu treće države, instrumente novčanog tržišta, obveznice ili druge oblike sekuritiziranog duga, osim onih obveznica ili drugih oblika sekuritiziranog duga u koje su ugrađene izvedenice, udjele u otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom ili ostale jednostavne financijske instrumente.

55 Vidi pod točkom 4.2. rada.

56 Čl. 71. st. 1. t. 2. i 3. ZTK.

57 O tome MADIR, J. *Pravne novele na hrvatskom tržištu kapitala*, Informator, Zagreb, 2009., br. 5757, str. 6.

58 Čl. 83. ZTK.

određene količine financijskih instrumenata po cijeni navedenoj u nalogu ili po cijeni koja je za klijenta povoljnija. Ovdje je klijentima presudna cijena koju postižu na tržištu, pa ako se nalog prema prevladavajućim uvjetima na tržištu, ne može odmah izvršiti, investicijsko društvo je dužno poduzeti mjere koje omogućavaju najbrže moguće izvršenje takvog naloga, osim ako klijent nije dao izričito drukčiju uputu.

Pri izvršavanju naloga, investicijska društva trebaju poduzeti sve razumne korake za postizanje najpovoljnijeg ishoda za svoje klijente prema načelu *best execution* koje proizlazi iz MiFID-a. ZTK poznaje nova mjesta trgovanja. Tako će, osim na burzi, biti moguće trgovati i multilateralnom platformom i sistemskim internalizatorom.⁵⁹ Investicijska će društva tako trgujući na više mjesta tražiti mjesto najboljeg izvršenja naloga za klijente. Pri tom će morati uzeti u obzir sljedeće elemente relevantne za izvršenje naloga: *cijenu, troškove, brzinu, vjerojatnost izvršenja, vjerojatnost namire, veličinu i vrstu naloga* te sve druge okolnosti relevantne za izvršenje naloga.⁶⁰

Najvažniji faktori predstavljeni su cijenom i ukupnim troškovima transakcije koji obuhvaćaju cijenu financijskog instrumenta i sve troškove izravno povezane s izvršenjem naloga. Troškovi uključuju proviziju mjesta trgovanja, proviziju poravnanja i namire transakcije i sve ostale naknade koje se plaćaju trećim osobama uključenim u izvršenje naloga. Kako bi se postiglo najpovoljnije izvršavanje naloga klijenata, investicijsko društvo je dužno donijeti i primjenjivati politiku izvršavanja naloga, koju je obvezno prema Pravilniku o obvezama investicijskog društva u svezi s izvršavanjem naloga klijenata, jednom godišnje revidirati.⁶¹ Politika izvršavanja naloga mora, za svaku pojedinu vrstu financijskog instrumenta, uključivati podatke o različitim mjestima na kojima investicijsko društvo izvršava naloge klijenata i elemente koji utječu na izbor mjesta izvršenja. Također, investicijsko društvo mora od klijenta ishoditi prethodnu suglasnost na politiku izvršavanja te im pružiti informacije na koji se način za njih postiže najpovoljniji ishod, i to prije izvršenja naloga.

Najpovoljnije izvršavanje naloga je pravni standard koji se može vrlo različito tumačiti. Postoje kriteriji, koji se moraju uzeti u obzir, ali njihov relativan značaj nije unaprijed određen. Prilikom izvršavanja naloga malog ulagatelja, postizanje najpovoljnijeg ishoda utvrđuje se u odnosu na ukupne troškova transakcije, no ostaje otvoreno pitanje utvrđivanja relativne važnosti faktora troškova u odnosu na npr. brzinu i vjerojatnost izvršenja, veličinu i vrstu naloga koji su također relevantne okolnosti pri izvršenju. Što se tiče politike izvršavanja naloga, koju mora izraditi i godišnje revidirati svako investicijsko društvo, na tržištu ne postoje standardizirani oblici te politike. Može se očekivati da će društva koristiti međusobno različitu terminologiju i oblike politike, te je upitno do koje će mjere ulagatelji moći usporediti politike izvršavanja naloga različitih društava, a to predstavlja bit odabira neke ponude.⁶²

59 MADIR, J. op. cit., str. 6.

60 Čl. 86. ZTK.

61 Vidi čl. 5. Pravilnik o obvezama investicijskog društva u svezi izvršavanja naloga klijenata, NN br. 05/09.

62 MADIR, J., op. cit., str. 7.

5. 2. 2. Investicijsko savjetovanje i upravljanje portfeljem

Investicijsko savjetovanje i upravljanje portfeljem vrijednosnih papira predstavljaju usluge koje su povezane sa savjetovanjem klijenata u odabiru ili izvršenju određenih usluga ili aktivnosti. Pri pružanju tih usluga investicijsko društvo mora prikupiti podatke o znanju i iskustvu klijenta ili potencijalnog klijenta na području investicija, koji su dostatni da bi društvo moglo preporučiti za njih primjerene investicijske usluge i financijske instrumente. Podaci o znanju i iskustvu klijenta prikupljaju se *Testom primjerenosti (suitability test)*. To se još naziva testom poznavanja svog klijenta - *know your customer test*.

Test primjerenosti se sastoji od nekoliko grupa pitanja. *Prva grupa* se odnosi na znanje i iskustvo klijenata. Ispituje se koje vrste usluga i financijske instrumente klijent poznaje, u kojoj je mjeri sklapao prijašnje transakcije i kakva je bila njihova narav, te koji stupanj obrazovanja ima, odnosno koja mu je profesija. *Druga grupa* pitanja se odnosi na financijsku situaciju. Pitanja su to o izvoru i visini stalnih primanja, imovini, nekretninama i drugim financijskim obvezama. *Treća grupa* pitanja se odnosi na investicijske ciljeve. Ispituje se vremensko razdoblje ulaganja, koliko je spreman klijent riskirati, želi li ulagati radi zarade ili očuvanja kapitala. Ukoliko društvo nije došlo, ili ne može doći do potrebitih informacija, kako bi utvrdilo primjerenost nekog oblika ulaganja, tada ne može niti dati preporuku.

Klijent investicijskog društva mora moći donijeti utemeljenu odluku o ulaganju i prilikom pružanja usluge *upravljanja portfeljem vrijednosnih papira*. Prema čl. 9. Pravilnika o obvezama poslovnog ponašanja investicijskog društva prilikom pružanja usluga klijentima,⁶³ investicijsko društvo, koje pruža uslugu upravljanja portfeljem, dužno je utvrditi odgovarajući način vrednovanja i usporedbe, u smislu značajne referentne veličine, utemeljen na ulagačkim ciljevima klijenta i vrstama financijskih instrumenata, koji čine portfelj klijenta, što će klijentu, kojem se pruža usluga, omogućiti procjenu prinosa i učinkovitosti investicijskog društva.

Kada investicijsko društvo malom ili potencijalnom malom ulagatelju nudi uslugu upravljanja portfeljem, dužno mu je osim ovih podataka pružiti i podatke o *načinu i učestalosti vrednovanja* financijskih instrumenata u portfelju klijenta, o *svakom prijenosu upravljanja* nad svim ili dijelom financijskih instrumenata ili novčanih sredstava iz portfelja klijenta, *svakoj referentnoj veličini* s kojom će se prinos portfelja klijenta uspoređivati, o *vrstama financijskih instrumenata* koji mogu biti uključeni u portfelj klijenta i vrste transakcija koje se mogu s njima izvršiti, uključujući sva ograničenja, o *ciljevima upravljanja portfeljem*, stupnju rizika koji proizlazi iz diskrecijske odluke o upravljanju portfeljem, te o svim ograničenjima u svezi s navedenim diskrecijskim odlukama.

4.2.3. Ostale investicijske usluge

U slučajevima, kada investicijska društva pružaju usluge, koje nisu vezane uz savjetovanje, npr. prilikom kupnja ili prodaja financijskih instrumenata dužna su

primijeniti zaštitu klijenata u vidu *Testa prikladnosti* (*appropriateness test*).

Test prikladnosti je usmjeren na zaštitu onih koji možda ne razumiju ili nisu svjesni implikacija i stupnja rizika koji je povezan s transakcijom, osobito kada su financijski instrumenti kompleksni ili kada klijent nije preuzeo inicijativu za poduzimanje transakcije. Kompleksni instrumenti predstavljaju izvedenice, kao što su opcije (*options*), budućnosnice (*futures*), zamjene (*swaps*). U okviru Testa prikladnosti klijenta postavljaju se pitanja o investicijskom znanju i iskustvu, pri čemu ako društvo ocijeni da klijent raspolaže potrebnim znanjem i iskustvom kako bi mogao shvatiti sve rizike koji su povezani s ulaganjem tada će ono provesti transakciju. Ako društvo, međutim, zaključi da klijent nema potrebno znanje i iskustvo ili nije dao dovoljno informacija da bi ono to moglo zaključiti, tada će dobiti upozorenje u okviru kojeg se smatra kako transakcija nije za klijenta prikladna ili da pružene informacije nisu dovoljne kako bi društvo moglo utvrditi takvu prikladnost. Ukoliko međutim, ustraje pri svojoj odluci da se takva transakcija provede, tada mora preuzeti rizik. Kao što je ranije napomenuto, test prikladnosti se ne primjenjuje u slučaju transakcija u kojima se ne pružaju savjeti.

6. Kakav utjecaj imaju nova pravila postupanja investicijskih društava prema klijentima na nastanak sporova ?

Standardi postupanja uvedeni ZTK-om postavljaju pred investicijska društva visoke organizacijske i poslovne zahtjeve. Osim što moraju razvrstavati klijente, investicijska društva različito postupaju prema istoj kategoriji ulagatelja ovisno o tomu koju im uslugu pružaju. Ionako složenu situaciju dodatno otežava činjenica da razvrstavanje klijenata nije fiksno, odnosno da postoji mogućnost da se klijenti kreću iz jedne kategorije u drugu temeljem svog zahtjeva (*opting up and opting down*). Osim što je prije pružanja neke investicijske usluge najčešće potrebno provesti test primjerenosti, odnosno prikladnosti, iako je već provedeno razvrstavanje, pri samoj provedbi transakcije treba voditi računa o kriteriju najboljeg izvršenja (*best execution basis*). Taj pravni standard ima svoje zakonom propisane elemente (mjesto, vrijeme, cijena itd) koje je potrebno naznačiti politici izvršavanja naloga. To je dokument investicijskog društva koju je ono dužno donijeti za svaku vrstu financijskog instrumenta. Kako pondere pojedinih elemenata, koji ulaze u procjenu najboljeg izvršenja određuje samo društvo, klijent investicijskog društva često neće biti u mogućnosti usporediti ponude dvaju investicijskih društava, jer se njihove politike izvršavanja naloga mogu razlikovati. Također, treba uzeti u obzir je li procjena da je nalog izvršen po kriteriju najpovoljnijih uvjeta za klijenta dodatno otežana time što je napušteno načelo koncentracije koje je zahtijevalo da se svi nalozi izlože na trgovinskom sustavu burze. Sada u novom regulatornom okruženju nalozi se mogu izvršavati na burzi, MTP-u, sistematskim internalizatorom te održavateljem tržišta.⁶⁴ Sve to klijentu otežava evaluaciju je li društvo doista postupilo u njegovom najboljem

interesu, već se mora vjerovati postupku kojeg mu je zakonodavac propisao. Izlaz se nalazi jedino u davanju limitiranog naloga, kod koji se izvršava na burzi ili MTP-u.

Standardi postupanja brokerskog društva značajno pooštreni i samom sklapanju ugovora prethodi intenzivna razmjena informacija između investicijskog društva i njegovog klijenta. Na prvi pogled ona (pretjerano) štiti ulagatelja od preuzimanja investicijskog rizika koji za njega nije primjeren. Međutim, tim odredbama se po mišljenju autorice bolje štiti investicijsko društvo, jer ono primjenjujući odgovarajuće postupke i metode prije, tijekom (i nakon) procesa investiranja smanjuje svoju odgovornost za ispunjenje, zahtijevajući od klijenta suglasnost na svaku važniju odluku. Tomu i služi izrada politike izvršenja naloga na koju klijent daje svoju suglasnost. Za razliku od prethodnog uređenja, koje je propisivalo da se nalozi izvršavaju redosljedom kojim su zaprimljeni, te da nalog mora biti upisan u knjigu naloga da bi se smatrao zaprimljenim, novi zakon tu nije prema mišljenju autorice u dovoljnoj mjeri precizan (kada je zaprimljen u sjedištu investicijskog društva ili podružnice koja izvršava naloge)⁶⁵. Ipak, ako investicijsko društvo ovlasti vezanog zastupnika, ono je u cijelosti odgovorno za njegovo postupanje, tj. za sve radnje i postupke kada on djeluje u ime investicijskog društva.

S obzirom na to da ZTK ima zahvaljujući MiFID-u obilježja pretjeranog normativizma, povrede do kojih može doći u investicijskom procesu, po mišljenju autorice, manje će biti vezane uz način obavljanja investicijskih usluga, jer je on u pojedinostima propisan, već u većoj mjeri u propustu investicijskog društva da spriječi, odnosno razotkrije sukob interesa. Glede mogućnosti odavanja poslovne tajne, poštivanje poslovne etike u financijskim krugovima je uvjet egzistencije onih koji pružaju investicijske usluge, stoga se takva anomalija može očekivati znatno rjeđe. Iako je investicijsko društvo dužno provesti određene mjere i postupke, koje imaju zadatak spriječiti pojavu sukoba interesa, moguće je da bez obzira na to, da se neke okolnosti previde, te da nezadovoljni klijenti kasnije tužbom zahtijevaju naknadu štete koja im je nastala od strane investicijskog društva zbog povrede pravila o izbjegavanju i sprječavanju sukoba interesa. Također s obzirom na to da je ultimativna mjera razotkrivanje sukoba interesa, moguće je da društvo propusti razotkriti sukob interesa. Treba nadalje uzeti u obzir, da zbog učestalosti razmjene informacija između klijenta i investicijskog društva pritom dođe do nekakvog propusta.

Osobiti stupanj brižljivosti se zahtijeva i prilikom uzimanja podataka od klijenta. Investicijsko društvo u pravilu te podatke može smatrati vjerodostojnima, ali nije isključeno da mu se nevjerodostojnost podataka pripiše u krivnju „ako mu je na temelju svih okolnosti trebalo biti poznato da su podaci zastarjeli netočni ili nepotpuni“.⁶⁶ Ako je klijent dao nevjerodostojne podatke iz kojih društvo nije moglo iščitati da se, primjerice, nalazi u sukobu interesa, to ga ne oslobađa odgovornosti ako mu je trebalo biti poznato da je klijent dao zastarjele ili netočne podatke.

65 Čl. 79. st. 4. ZTK.

66 Podaci koje dobiva društvo od klijenata prilikom obavljanja savjetodavnih i svih ostalih investicijskih usluga (čl. 70. u svezi s čl. 68. i 69. ZTK)

7. Klauzule o rješavanju sporova između investicijskih društava i njihovih klijenata u općim uvjetima poslovanja i drugim internim aktima

S ciljem utvrđivanja na koji način investicijska društva pristupaju rješavanju mogućih sporova s klijentima izvršen je uvid u desetak općih uvjeta poslovanja investicijskih društava. Većina odredbi općih uvjeta poslovanja predviđa da će ugovorne strane pokušati eventualne sporove riješiti sporazumno, a u protivnom, ugovaraju nadležnost stvarno nadležnog suda u sjedištu investicijskog društva.

Pored toga, investicijska društva su u svojim općim uvjetima poslovanja uvrstila odredbe kojima se želi izbjeći parničenje. To je, primjerice, odredba o pravu klijenta na podnošenje pritužbi investicijskom društvu na rad društva ili zaposlenika. Ta obveza za investicijska društva proizlazi iz čl. 11. Pravilnika o organizacijskim zahtjevima za pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti i pomoćnih usluga⁶⁷. Osim što su neke odredbe načinu rješavanja pritužbi klijenata inkorporirane u njihovim općim uvjetima poslovanja, sva investicijska društva moraju imati i Pravilnik o postupanju po pritužbama klijenata.⁶⁸ Takve je pritužbe moguće podnositi i Internetom, na dostupnim obrascima. Time se postiglo da ulagatelj unaprijed zna kako će se postupati po njegovoj pritužbi, no i dalje ostaje otvoreno pitanje hoće li investicijsko društvo sankcionirati nastalu povredu i hoće li klijent time biti zadovoljan.

Također, investicijska društva često nose odredbu u opće uvjete poslovanja o pokušaju mirnog rješavanja sporova prije no što se stranka odluči na pravosudnu zaštitu. No, ne predviđa se mirenje kao postupak koji će se voditi pred nekim miriteljem ili institucijom, niti prava i obveze stranaka u mirenju. Isto tako, (bezuspješna) provedba mirenja nije uvjet za pokretanje parnice. Nedostatak ovih elemenata upućuje na zaključak da je mirenje fakultativno i neformalno, te je ono, pretpostavljamo, samo ukras klauzule o rješavanju sporova.

Opći uvjeti poslovanja niti jednog od investicijskih društava ne predviđaju mogućnost rješavanja sporova pred arbitražom, iako bi po mišljenju autorice, ona bila daleko najprikkladniji medij za rješavanje sporova zbog svoje stručnosti i relativne brzine.

67 NN br. 5/2009.

68 Vidi primjerice takav pravilnik investicijskog društva Credos. https://www.credos.hr/trgovanje/hr/doc/pritužba_pravilnik.pdf.

8. Stvarna nadležnost za rješavanje sporova prema odredbama Zakona o parničnom postupku

Iako opći uvjeti poslovanja rješavaju pitanje mjesne nadležnosti ugovarajući pritom mjesnu nadležnost stvarno nadležnog suda u sjedištu investicijskog društva, time nije riješen problem stvarne nadležnosti. Kao stvarno nadležni sudovi u rješavanju sporova između ulagatelja i investicijskih društava mogu se, ovisno o okolnostima pojaviti općinski i trgovački sudovi.

Ako je klijent investicijskog društva pravna osoba, spor će se rješavati pred trgovačkim sudom, jer je prema čl. 34.b. st. 1. ZPP-a, trgovački sud nadležan u sporovima *između pravnih osoba, u sporovima između pravnih osoba i obrtnika, uključujući i trgovce pojedince; u sporovima između obrtnika uključujući i sporove između trgovaca pojedinaca, ako se radi o sporu u vezi s njihovom djelatnošću.* Trgovački sud neće biti u tim sporovima stvarno nadležan jedino ako je isključivo nadležan općinski sud ili neki drugi sud.

Ako je ulagatelj fizička osoba, stvarno će nadležan biti općinski sud. Mogućnost uspostave nadležnosti trgovačkog suda u situaciji kada se kao stranka pojavljuje fizička osoba dolaziti će razmjerno rijetko, najčešće u onim slučajevima kada je moguće zasnovati nadležnost po kriteriju atrakcije stvarne nadležnosti (stečaj investicijskog društva, svojstvo materijalnog suparničara i sl.) Dakle u sporovima između klijenata fizičkih osoba i investicijskih društva stvarno će biti nadležan općinski sud⁶⁹.

Smatramo da bi se *de lege ferenda* ovi sporovi trebali, poput sporova iz intelektualnog vlasništva i sličnih, staviti u nadležnost trgovačkih sudova. Iako su općinski sudovi, kao sudovi supsidijarne stvarne nadležnosti, imaju zadaću ostvariti zaštitu slabije strane za razliku od trgovačkih sudova koji sude u sporu između dvaju profesionalaca (trgovaca), postavlja se pitanje jesu li općinski sudovi doista u stanju ostvariti tu zaštitnu funkciju s obzirom na okolnost da se radi o sporovima iz vrlo složenih odnosa koji podrazumijevaju poznavanje više nego igdje specijalističkih znanja o funkcioniranju tržišta kapitala, te o mogućnostima da klijenti disponiraju s opsegom zaštite koja im pripada prema zakonu. Suci trgovačkih sudova, kao suci specijaliziranih sudova, smatramo imaju više znanja o tim transakcijama. Čini se neprimjerenim da o sporu između fizičke osobe koja ima svojstvo kvalificiranog ulagatelja i investicijskog društva raspravlja općinski sud, jer je to fizička osoba, koja se zbog ispunjavanja sasvim specifičnih uvjeta, odrekla prava na zaštitu koja pripada malim ulagateljima. Takve bi fizičke osobe trebalo smatrati profesionalcima, i bilo bi logično da o njihovim tužbenim zahtjevima prema investicijskim društvima raspravlja trgovački sud.

Stoga se čini logičnim i zaključiti da bi valjalo razmisliti da se ovi sporovi *de lege ferenda* stave u nadležnost trgovačkih sudova, upravo iz razloga što podvojena nadležnost sudova ne ide niti u prilog pravne sigurnosti, niti u prilog stvaranja ujednačene sudske prakse.

69 Čl. 34. ZPP-a.

9. Ima li u praksi sporova između investicijskih društava i njihovih klijenata?

U nastavku namjeravamo ispitati je li u dosadašnjoj praksi bilo sporova između investicijskih društava i njihovih klijenata. U tom je smislu izvršeno pretraživanje objavljenih sentenci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kao i sentenci Visokog trgovačkog suda u Zagrebu. Na dan 31. 12. 2009. nije bilo niti jednog spora u bazi podataka Supra koji bi se odnosio na Zakon o tržištu vrijednosnih papira osim dva kaznena predmeta.⁷⁰ Oba kaznena predmeta odnosila su se na zahtjev za zaštitu zakonitosti koji bi postavljen zbog zastare kaznenog progona. S druge strane, s obzirom na to da je ZTK stupio na snagu 1.01.2009. sporovi zbog povrede obveza investicijskih društava nisu mogli dobiti svoj pravosudni epilog. Znakovito je da nije pronađen niti jedan građanskopravni spor između oštećenih klijenata i investicijskih društava. Zabilježeni su, dakle isključivo kazneni predmeti, pokrenuti na temelju kaznene prijave koju je podnijela HANFA, te sporovi pred Upravnim sudom pokrenuti protiv rješenja HANFE kojim su investicijskom društvu izrečene nadzorne mjere. Stoga je isto investicijsko društvo pokrenulo upravni spor, s obzirom na to da rješenje HANFE ima značaj upravnog akta protiv kojeg nema drugostupanjskog pravnog lijeka u obliku žalbe. Za potrebe ovog rada analizirane su objavljene odluke Upravnog suda, kao i neka rješenja HANFE u provedenim postupcima nadzora iz kojih su vidljivi tipični propusti što ih investicijska društva čine u odnosu na svoje klijente.

U obzir su uzeti upravo naprijed navedeni predmeti jer su oni bili komentirani u godišnjim izvješćima HANFE, odnosno njezine pravne prednice Komisije za vrijednosne papire u rubrici „Prikaz određenih predmeta nadzora“. Također, s obzirom na to da je na web stranicama HANFE odnedavno dostupna i sudska praksa, koja se razvija povodom pokrenutih upravnih sporova, kojima investicijska društva nastoje osporiti za njih nepovoljna rješenja HANFE donijeta pri provedbi postupaka nadzora, korištene su i te odluke. Pri tom su uzeti u obzir samo predmeti u kojima (između ostalih povreda) investicijsko društvo prema svojem klijentu u izvršavanju usluge postupa protivno svojim zakonskim i ugovornim obvezama. U prvom od tih predmeta osim povrede postupanja investicijskog društva prema klijentu dogodila se i osebujna manipulacija tržištem vrijednosnih papira, stoga je analizi tog predmeta dano više prostora u radu. S obzirom na fenomenologiju počinjene tržišne manipulacije i njezino preplitanje s povredama investicijskog društva prema klijentima iznesene su u radu, prema stajalištu autorice, zanimljive pojedinosti, koje u široj ulagateljskoj javnosti mogu osvijestiti potrebu da kao klijenti investicijskih društava pomno prate način na koji se izvršava ugovor o obavljanju određene investicijske usluge.

10. Tipične povrede investicijskih društava u postupanju prema klijentima

HANFA u svojim godišnjim izvješćima iskazuje značajan broj prekršajnih postupaka koje je pokrenula protiv investicijskih društava, kao i kaznenih prijava. Od lakših povreda tu je nevođenje knjiga naloga na propisan način, neizvršavanje naloga prema prioritetu iz knjige naloga, tj. preferiranje klijenata koji su investicijskom društvu na upravljanje povjerali svoj portfelj u odnosu na one klijente koji su investicijskom društvu dali individualni nalog za kupnju ili prodaju određenog vrijednosnog papira (financijskog instrumenta)⁷¹. U tim su slučajevima investicijsko društvo i njegovi zaposlenici povrijedili ujedno i načelo prema kojem ih se obvezuje da u zaprimanju i izvršavanju naloga postupaju s pažnjom dobrog stručnjaka te u svemu paze na interese nalagodavca⁷². Nadalje do povrede u odnosu na klijente dolazi i onda kada investicijska društva odnosno njihovi zaposlenici koriste povlaštene informacije koje se odnose na vrijednosne papire ili na izdavatelje istih za koje su saznali u obavljanju svoje djelatnosti, kao i poslovne tajne svojih nalagodavaca i to u svoju korist ili u korist trećih⁷³. Na taj način svojim nalogodavcima nanose štetu, s tom razlikom što se u nekim predmetima tome pridružuje i manipulacija tržištem, odnosno zlouporaba povlaštenih informacija, koje su same po sebi zabranjene.

HANFA (odnosno prije Komisija za vrijednosne papire) u svojim je godišnjim izvještajima 2005-2008. podnijela preko 150 zahtjeva za pokretanje prekršajnih postupaka pred Upravnim sudom, te preko 30 kaznenih prijava protiv investicijskih društava⁷⁴.

Dakle, tragove o mogućim povredama investicijskih društava u postupanju prilikom izvršavanja poslova s vrijednosnim papirima temeljem naloga klijenata ne nalazimo u pritužbama ni u sporovima koje su protiv njih pokretali oštećeni ulagatelji, već isključivo temeljem aktivnosti koje u okviru nadzora provodi HANFA. Zabilježen je i slučaj u kojemu je oštećeni nalagodavatelj izričito izjavio da se ne smatra oštećenim te da neće pokretati parnicu za naknadu štete, iako je HANFA obustavila spornu transakciju investicijskog društva upravo iz razloga što je pronašla da je njome nalagodavatelj značajno oštećen⁷⁵. To nas upućuje na zaključak da klijenti investicijskih društava i sama društva mogu zajednički djelovati (makar i na štetu nalagodavca – klijenta) ako time ostvaruju poželjni manipulativni cilj. Druga je mogućnost da klijenti niti sami nisu svjesni učinjenih povreda kojima im se nanosi šteta.

71 Čl. 66. ZTVP-a.

72 Čl. 59. st. 1. ZTVP-a.

73 Čl. 59. st. 2. ZTVP-a.

74 Godišnji izvještaji Hanfe dostupni su na: www.hanfa.hr

75 Godišnji izvještaj Hanfe za 2007. godinu.

10.1. Predmet UP/I-041-02/06-01/110 od 21. prosinca 2006.

U ovom predmetu⁷⁶ HANFA je dana 26. listopada 2006. godine temeljem provedenog nadzora donijela rješenje kojim je naložila Središnjoj depozitarnoj agenciji d.d. da obustavi sve radnje prijenosa vlasništva s računa prenositelja na račun stjecatelja, a na temelju transakcija sklopljenih na Zagrebačkoj burzi istog dana koje su imale za predmet dionice izdavatelja. Istog dana temeljem odredbi Pravilnika o obustavi trgovanja dionicama na burzama u RH,⁷⁷ Zagrebačka burza d.d. obustavila je trgovinu dionicama izdavatelja, zbog pada cijene od 43% na vrijeme do 60 dana.

Temeljem ovlasti iz čl. 15. Zakona o HANFI, ista je započela postupak nadzora nad trgovanjem dionica tog izdavatelja Uvidom u podatke o trgovini, brokerskoj kući koja je obavila transakciju te načinu obavljanja transakcije, HANFA je smatrala da je potrebno ispitati okolnosti provođenja transakcije. Razlozi koji su naveli HANFU da ispita provedbu transakcije bili su: iznos transakcije (39 milijuna kn), udio u temeljnom kapitalu izdavatelja (više od 20% temeljnog kapitala), pad cijene dionica (43 %) te činjenica da su sve transakcije (i na strani kupnje i na strani prodaje) izvršili brokeri istog brokerskog društva. Pri tom je HANFA je utvrdila postojanje sumnje da su vrijednosni papiri izdavatelja stečeni na nezakonit način. Sumnja se odnosila na način zadavanja naloga za prodaju dionica, odnosno u činjenici da je cjelokupan postupak izlaganja naloga, višestruke promjene naloga te zaprimanja naloga za kupnju dionica trajao samo nekoliko minuta, a uzrokovao je pad cijene dionica izdavatelja od čak 43 %. Kako se nalog odnosio na veliku količinu (paket) dionica, a zadani uvjet prodaje bio je "odmah ili nikad", nalagodavci-kupci (objedinjenim zajedničkim nalogom istog brokerskog društva koje je izložilo nalog), uspjeli su kupiti cijeli ponuđeni paket dionica po cijeni od oko 300 kn po dionici, umjesto po višoj tržišnoj cijeni.

Nalagodavac – prodavatelj je u provedenom postupku, podneskom zamolio HANFU da mu se omogući «naplata» predmetnih dionica te je izjavio da se **ne smatra oštećenim** postupcima brokerskog društva (iako je dionica prodana daleko ispod burzovne cijene!). HANFA je smatrala da između nalagodavca prodavatelja i kupaca (među kojima su bili direktor brokerskog društva i njegovi zaposlenici) postoji usklađeno djelovanje s manipulativnim ciljem. Iz prikupljene dokumentacije te iskaza osoba koje su provele transakciju, HANFA je izvela zaključak da je ovlašteno društvo unaprijed pripremlilo naloge za kupnju dionica izdavatelja za one klijente čije portfelje vodi, te osobne naloge zaposlenika jer su zaposlenici brokerskog društva nekoliko dana unaprijed znali da će biti dan nalog za prodaju tog vrijednosnog papira od iste brokerske kuće, po cijeni koja je bila ista na strani kupnje i prodaje. Prema mišljenju HANFE radilo se o transakciji kojom se manipulira cijenama na tržištu,

⁷⁶ UP/I-041-02/06-01/110 od 21. prosinca 2006. kojim je izvan snage stavljeno ranije rješenje Hanfe Predmet je pravomoćno okončan odlukom Upravnog suda Us 1179/2007-7 od 7. listopada 2008. vidi <http://www.hanfa.hr/dl.php?id=11&cl=spub>.

⁷⁷ Pravilnik o obustavi trgovanja dionicama na burzama u Republici Hrvatskoj NN, br. 114/06, 55/07.

čime se povredi obveze vođenja računa o interesima nalagodavatelja pridružila i manipulacija cijenama na tržištu kao djelo opisano u čl. 108. st. 1. t. 2. ZTVP-a.

Što je navelo HANFU na zaključak da se radi o manipulatornoj transakciji? Osim što su se ovlaštene osobe brokerskog društva nekoliko dana prije obavljanja transakcije raspitivale u HANFI u svezi s vlastitim dvojabama oko zakonitosti provođenja transakcije, način provođenja iste dao je još veću potvrdu. Naime brokersko društvo je formalno zaprimilo nalog faksimilom te ga zavelo u Knjigu naloga 26. listopada 2006. godine u 8:50 minuta (na dan provođenja predmetnih transakcija). Pri otvaranju burze u **10:00** nalog je izložen na burzovni trgovinski sustav za prodaju cijelog paketa dionica uz zadani uvjet «odmah ili nikad»⁷⁸ po cijeni od 400 kn. Za izvršenje zadane transakcije trebalo je imati na raspolaganju otprilike 52.000.000,00 kn. S obzirom na činjenicu da u tom trenutku nije bilo takve potražnje nalog nije izvršen. Brokersko društvo je u razmaku od samo nekoliko minuta izložilo nalog po cijeni od 400 kn po dionici, zatim je smanjilo cijenu na 350 kn, te zatim na 300 kn da bi poslije toga povećalo cijenu na 320 kn, te smanjilo na 300 kn i u **10:05** zatvorilo transakciju. Iako u svom iskazu direktor i brokeri sukladno izjavljuju da je nekoliko minuta dovoljan «signal» ostalim investitorima da se uključe odnosno pripreme za kupnju, HANFA je zaključila da je način izlaganja naloga, vrijednost paketa dionica te zadani uvjet («odmah ili nikad») bio odabran upravo s namjerom da se nalog ne izvrši, odnosno da drugi sudionici na tržištu ne stignu unijeti vlastite naloge na kupnju.

Prema iskazima djelatnika brokerskog društva u **10:04** tog dana započeli su intenzivni kontakti s klijentima te zaposlenicima društva. S obzirom na sniženu cijenu, bilo je potrebno izdvojiti oko 39.000.000 kn za navedeni paket. Prvo je, prema navodima djelatnika donesena odluka da se dionice izdavatelja kupe za klijente kojima brokersko društvo vodi portfelj. Zatim je, navodno, u periodu od minimalno 61 sekunde, a maksimalno 119 sekundi, društvo (odnosno 2 brokera) zaprimilo osobne naloge za kupnju od 7 fizičkih osoba zaposlenika u ovlaštenom društvu, 24 naloga za pravne osobe povezane s brokerskim društvom te 24 telefonska naloga od klijenata. Iz toga proizlazi da je u periodu od samo jedne do dvije minute 24 klijenata zvalo, dobilo na vezu 2 brokera, koji su zatim užurbano prenosili naloge ostalim zaposlenicima koji su naloge unosili u Knjigu naloga. Uz to su uneseni i nalozi osobno nazočnih zaposlenika društva. Nakon što je skupni nalog (portfolio klijenti, osobno prisutni zaposlenici, telefonski primljeni nalozi) drugi put izložen, isti se po cijeni i količini podudara sa nalogom na prodaju te je izvršen. Dakle nalog je izvršen od stane iste brokerske kuće.

HANFA je nerealnom ocijenila mogućnost da je u 10 sekundi (119 sekundi za 24 poziva prema 2 brokera) moguće da broker fizički obavi sljedeće radnje: primi poziv; predstavi se te identificira nalagodavca; opiše situaciju na tržištu; primi instrukciju za kupnju dionica; prenese navedenu uputu osobi koja ju uz to treba unijeti u kompjutorski sustav u Knjigu dionica, i sve to u najviše 10 sekundi tijekom dvije

78 Tzv. *fill or kill* nalog.

minute. HANFA je zaključila da se radi o fiktivnom «zaprimanju» naloga telefonskim pozivima jer da je brokerskom društvu bio cilj da za svoje portfolio klijente; za sebe osobno te za druge klijente kupe navedene dionice po cijeni od 300 kn, dakle 43% manjoj od zadnje zabilježene trgovinske cijene.

Kupci predmetnih dionica nisu se odazvali pozivu na davanje iskaza u postupku nadzora. HANFA je našla da okolnost što nalogodavci nisu bili, prema navodima brokerskog društva, upoznati s rješenjem HANFE, inkriminirajuća za samo brokersko društvo, koje sukladno čl. 59. st. 1. ZTVP-a mora *pri obavljanju poslova s vrijednosnim papirima u svemu paziti na interese nalogodavaca i postupati pažnjom dobrog stručnjaka*. Također je čl. 66. st. 3. ZTVP-a (obveze ovlaštenog društva u izvršavanju naloga) propisano da je ovlašteno društvo dužno *bez odgode izvijestiti nalogodavca o svakom poslu sklopljenom prema njegovom nalogu i kada to nalogodavac posebno ne zahtijeva*. HANFA je smatrala da je bila dužnost brokerske kuće da bez odgode obavijesti klijente da je Agencija privremeno zaustavila transakciju. Stoga je HANFA zaključila da je navedena transakcija provedena smišljeno, manipuliranjem uvjeta naloga te cijenom dionica, jer je brokersko društvo znalo da će iste dionice kupiti (dati nalog za kupnju) baš zaposlenici brokerskog društva te klijenti s povlaštenim tretmanom, odnosno da će biti kupljene za portfolio klijente. HANFA je smatrala da je motiv ovakvom postupku bila želja da navedeni uži krug klijenata stekne dionice povoljnije (jeftinije). S obzirom na to da se cijena dionice izdavatelja isti dan «vratila» na 500 kn, uzimajući u obzir nepredvidivost tržišta i mogućnost promjene cijena dionica, *isti krug osoba profitirao je za kumulativno otprilike 26.000.000,00 kn, što znači da je nalogodavcima- prodavateljima nanesena šteta u istom iznosu*.

10.2. Predmet UP/I-450-08/05-02/152 od 26. rujna 2005. godine

Značajan je slučaj u kojemu je Komisija za vrijednosne papire poništila sporne transakcije brokerskog društva⁷⁹, iz razloga što je pronašla da je brokersko društvo zajedno s nalogodavateljima sudjelovalo u nizu transakcija s dionicama jednog izdavatelja, a koje su služile da se stvori neistinita slika o cijeni dionice. Točnije, brokersko društvo je djelovalo sa nalogodavateljima sa ciljem da se cijena dotičnih dionica smanji. To se radilo na način da su se transakcije obavljale u zadnjim trenucima rada burze, po nižoj cijeni od cijene kojom se trgovalo tijekom dana dotičnom dionicom. Namjera je bila da tako realizirana transakcija predstavlja zadnju transakciju, a time i zaključnu cijenu trgovanja na taj dan. Na taj se način htjelo potaknuti druge ulagatelje na prodaju tog vrijednosnog papira. To se radilo u više navrata tijekom tri mjeseca. Nakon obavljanja transakcija, nalogodavatelj, koji je do tada prodavao dionice na prije opisani način, kupio je dotične dionice u sveukupno većoj količini no što je do tada imao, a po nižoj cijeni koju je ostvario u suradnji s brokerskim društvom. Komisija je pronašla da su odnosno brokersko

⁷⁹ Rješenje Komisije za vrijednosne papire Republike Hrvatske od 26.09.2005., Klasa: UP/I-450-08/05-02/152, Ur.broj: 567-03/05-1.

društvo i njegov broker postupili protivno odredbi čl. 59. st. 1. ZTVP-a tako što su propustivši postupiti pažnjom dobrog stručnjaka, izvršili na Zagrebačkoj burzi d.d. transakciju prodaje 44.430 dionica izdavatelja s računa vrijednosnih papira A. d.o.o. koji u tom trenutku na svom računu vrijednosnih papira nije imao dovoljnu količina predmetnih dionica, odnosno nedostajalo je 39.339 dionica izdavatelja u protuvrijednosti od cca. 6.500.000,00 kn. Stoga su navedeno brokersko društvo i njegov broker izvršili na Zagrebačkoj burzi d.d. transakciju kupnje 115.842 dionica izdavatelja za A. d.o.o., iako isti kao nalogodavatelj nije doznačio potrebna novčana sredstva u visini od 17.839.668,00 kn. Dakle, brokersko društvo je prodavalo dionice s računa nalogodavatelja s kojime je surađivalo (vjerojatno portfeljaš), iako u tom trenutku tih dionica još nije bilo na njegovim računima. Također, brokersko društvo je kupovalo dionice po nalogu nalogodavatelja s kojime je surađivalo, iako on na svojim računima nije imao dovoljno sredstva za kupnju dionica. Komisija za vrijednosne papire opisane povrede je podvela pod čl. 108. st. 1. i st. 2. ZTVP-a, a koji je regulirao zabranu manipuliranjem tržišta vrijednosnih papira.

10.3. Predmet UP/I-041-02/05-01/85 od 23. prosinca 2005. godine

Komisija za vrijednosne papire RH oduzela je brokerskom društvu dozvolu za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima⁸⁰ kao i određenim brokerima. budući da je pronašla da je društvo povrijedilo obvezu iz čl. 59. st. 1 ZTVP-a, prema kojoj je obvezno pri obavljanju poslova s vrijednosnim papirima u svemu paziti na interese nalogodavca i postupati pažnjom dobrog stručnjaka. Brokersko društvo je počinilo tu povredu na način što je u više navrata realiziralo naloge za prodaju dionica više dioničkih društava na jednoj burzi po cijeni koja je bila niža od ponude za kupnju dionice u isto vrijeme na drugoj burzi. Time su jasno prekršili svoju obvezu da paze na interese nalogodavatelja. Nadalje, brokersko društvo je počinilo i povredu iz čl. 61. st. 4. ZTVP-a, jer nalogodavateljima nije dao točne informacije o ponudi, potražnji, prometu i kretanju cijena vrijednosnih papira. Zabilježena je i povreda čl. 66. st. 7. ZTVP-a gdje je brokersko društvo izvan tržišta naloga spojilo kupnju i prodaju dionica, a na temelju ugovora o kupoprodaji. Također, odgovorne osobe nisu u knjigu naloga upisivale izmjene naloga, te nisu u skladu s čl. 66. st. 6. ZTVP-a, odmah izložili nalog na burzu.

10.4. Ostali predmeti / povrede

Zabilježeni su predmeti u kojima su novčano kažnjeni brokersko društvo i njegovi direktori iz razloga što u knjigu naloga nisu upisivali izmjene naloga, te nakon promjene cijene i količine nisu otvorili novi nalog. Također, nisu u skladu s

⁸⁰ Rješenje Komisije za vrijednosne papire RH od 23.12.2005., Klasa: UP/I-041-02/05-01/85, Urbroj: 567-04/05-06.

čl. 66. st. 6. ZTVP-a, odmah izložili nalog na burzu.⁸¹ Zabilježena je i povreda čl. 66. st. 7. ZTVP-a gdje je brokersko društvo izvan tržišta naloga spojilo kupnju i prodaju dionica, a na temelju ugovora o kupoprodaji⁸². Također, Prekršajni sud je novčano kaznio i brokersko društvo te njegove odgovorne osobe koje su povrijedile čl. 66. st. 2. ZTVP-a da nisu poštivali redosljed prioriteta izvršenja iz knjige naloga, jer su prvo izvršili nalog s višom cijenom dionica, a na redu je bio nalog s nižom cijenom dionica⁸³. Nadalje, prekršajni postupak je proveden i protiv brokerskog društva koje nije postupalo u skladu s čl. 64. st. 4. ZTVP-a⁸⁴. Naime, brokersko društvo je koristilo sredstva položena na posebnim računima, tj. sredstva nalagodavatelja za vlastite interese, što je protivno ZTVP-u koji predviđa da se ta sredstva mogu koristiti isključivo u korist i na nalog nalagodavatelja.

11. Zaključak

Način izvršavanja usluga investicijskih društava prema klijentima postao je složeniji s donošenjem ZTK. Postroženi opći organizacijski te poslovni zahtjevi, nužnost provedbe tzv. razvrstavanja klijenata, kao i testa primjerenosti i prikladnosti prilikom izvršavanja određenih usluga, čine investicijski proces nizom unaprijed određenih obrazaca postupanja. S obzirom na opseg informacija, koje društvo upućuje klijentu, prije tijekom i nakon obavljene usluge, investicijski proces u konačnici i poskupljuje. Kako profesionalni klijenti mogu zatražiti da ih se tretira kao male klijente i obrnuto, kategorizacija klijenata (a time i način postupanja) postaje za investicijsko društvo pokretna meta (*moving target*). Kao izraz napuštanja načela prema kojima se svi nalozi izvršavaju na jednom mjestu - burzi, odnosno uređenom tržištu (napuštanje tzv. *concentration rule*) osnažuje se načelo da sve naloge treba izvršavati po kriteriju najboljeg izvršenja. Kako se nalozi mogu izvršavati i na drugim mjestima trgovanja (multilateralna trgovinska platforma, sistematski internalizator) postaje teško pratiti gdje je i pod kojim uvjetima taj nalog mogao biti bolje izvršen, te se zona diskrecije investicijskog društva povećava. Povećanu dozu diskrecije u odabiru mjesta trgovanja trebala bi ispraviti politika izvršavanja naloga – interni akt investicijskog društva kojeg svako društvo treba izraditi prema ZTK-a i u kojem društvo treba istaknuti kojim se kriterijima rukovodi pri izvršavanju naloga (brzina, cijena i sl.). Kako je svako investicijsko društvo slobodno u određivanju kojem će faktoru u politici izvršavanja naloga dati primat, klijenti investicijski društava često neće biti u mogućnosti usporediti politike izvršavanja naloga dvaju društava, već će se prilikom odabira rukovoditi time koji su faktori za njih najvažniji, te će izabrati ono društvo čija politika izvršavanja naloga odgovara njihovim prioritetima. Pri tom će cijena biti vjerojatno odlučujući faktor. S obzirom na to da klijent unaprijed pristaje

81 II/G-548/06; Gž-5334/2006; III/G-2691/06; Gž-4044/07; Gž-4873/07; XXXI-G-224/08.

82 G-4-217/05; Gž 4873/07.

83 XIV-G-1600-305; Gž-4044/07.

84 XIV-G-10696-203; Gž-1571/08.

na politiku izvršavanja naloga, smatramo da postoji vrlo mala mogućnost da klijent naknadno ospori transakciju u smislu da nije provedena po kriteriju najboljeg izvršenja, pod pretpostavkom da se investicijsko društvo držalo one politike izvršavanja naloga na koju je klijent pristao. Želi li klijent smanjiti zonu diskrecije investicijskog društva dat će limitirani nalog. Stoga će sporovi investicijskih društava i njihovih klijenata u svjetlu novih pravila postupanja manje biti zastupljeni zbog povrede načela najboljeg izvršenja, jer je cijeli proces u većoj mjeri normiziran.

Češće će, smatramo, dolaziti do propusta investicijskog društva da spriječi, odnosno razotkrije sukob interesa. Pojavni oblici povreda izloženi u drugom dijelu rada, ukazuju na sklonost investicijskih društava da u dosluhu s određenim klijentima, koje preferiraju, naštetie interesima drugih klijenata. Neka investicijska društva su tzv. nalogodavce potfeljaše preferirala u odnosu na obične (*one time*) nalogodavce. Druga su, u sporazumu s nalogodavcima namjerno izložila takve prodajne naloge na tržište kako bi se koristeći posebnim uvjetima njihova izvršenja (*fill or kill*), za svoje zaposlenike i preferirane nalogodavce polučila korist pojavivši se i kao posrednik na strani prodaje i kupnje. Prodajom velikog paketa dionica po cijeni 43% manjoj od tržišne, sigurno je za nalogodavce na strani prodaje nastupila šteta, koja se sastoji u razlici između tržišne cijene i cijene po kojoj je transakcija provedena. Takav skup okolnosti sigurno bi dao povoda i tužbi za naknadu štete, iako je u ovom konkretnom slučaju nalogodavac tvrdio da mu nije nanesena šteta. Kao što smo vidjeli iz analize opisanih predmeta nadzora, dosluh s klijentima upućuje i na postojanje manipulacije tržištem. Ono što je znakovito je to da pretraživanjem baza podataka sudske prakse nije pronađen niti jedan parnični predmet, u kojem bi klijenti zbog nastalih povreda zahtijevali od investicijskog društva naknadu štete. To nas upućuje na zaključak da ulagatelji, odnosno nalogodavci, ili nisu u stanju percipirati povredu, ili djeluju u dosluhu s investicijskim društvom. Upravni sporovi, koji su pokrenuti nakon što je HANFA u odnosu na investicijska društva prekršitelje provela određene nadzorne mjere, upućuju nas na zaključak da HANFA djelotvorno ispravlja tržišne malformacije.

Imajući u vidu da će s povećanjem standarda postupanja investicijskih društava polako, ali sigurno rasti i stupanj investicijske kulture, nije isključeno da će se ulagatelji više početi koristiti svojim pravima. U tom smislu imajući u vidu podijeljenu nadležnost općinskih i trgovačkih sudova u ovim predmetima ovisno o svojstvu stranaka u sporu (pravna / fizička osoba) plediramo da se ovi sporovi po predmetnom kriteriju stave *de lege ferenda* u stvarnu nadležnosti trgovačkih sudova, iz razloga specijalizacije tih sudova. Također je moguće u ovakvim sporovima više koristiti arbitražu, iako je analizom općih uvjeta poslovanja utvrđeno da se njima ugovara mjesna nadležnost stvarno nadležnog suda.

Summary

**INVESTMENT FIRMS CONDUCT OF BUSINESS RULES AND
INFRINGEMENT OF THESE RULES**

The Law on Capital Market came into effect on 1 January 2009 implementing the European legal acquis in the field of capital market in Croatian law. Significant amendments altered organisational requirements and other business requirements of investment firms (prior securities companies) applying the legal solutions from 2004 Markets in Financial Instruments Directive. Legal framework governing the investment firms' performances has become extremely complex. Consequently, it seems reasonable to speculate whether the more demanding framework could influence the number of disputes emerging between investment firms and their clients. Therefore, in the first part of the article the author analyses provisions on authorised persons to provide investment services in the Republic of Croatia. In addition, explanatory comments are made on a new client categorisation according to which investment firms apply different standards of conduct depending also on provided services. In the second part of the article author scrutinises investment firms' methods to resolve disputes with their clients, including also the customer complaint management, under the general terms of business. Further analysis is given in an attempt to define courts with jurisdiction *ratione materiae* covering legal disputes between clients and firms carrying on investment business. The author emphasizes arguments that support *de lege ferenda* delegation of all such disputes to commercial courts giving them jurisdiction *ratione materiae* in civil proceedings. Research on accessible databases of court decisions has revealed an absence of civil litigations involving investment firms and their clients in contrast to numerous administrative disputes in which an investment firm starts the administrative procedure once the Croatian Financial Services Supervisory Agency has completed its supervision and ordered a measure of supervision. The author scrutinises typical infringements of conduct of business rules. In her final remarks the author presents conclusions and prepositions *de lege ferenda*.

Key words: *Law on Capital Market, investment firms, conduct of business rules.*

Zusammenfassung

VORGEHENSWEISE DER INVESTITIONSGESELLSCHAFTEN MIT KUNDEN BEI DER ERBRINGUNG VON INVESTITIONSDIENSTLEISTUNGEN UND STREITIGKEITEN AUF GRUND VERLETZUNGEN DER REGEL

Mit dem Inkrafttreten des neuen Kapitalmarktgesetzes am 1. Januar 2010, ist Gemeinschaftlicher Besitzstand im Bereich des Kapitalmarktes in das kroatische Recht übernommen worden. Durch die neue europäische Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente aus 2004, haben sich organisatorische Ansprüche wie auch andere Geschäftsbedingungen für Investitionsgesellschaften (früher: Wertpapierdienstleistungsunternehmen) geändert. Der rechtliche Rahmen für Investitionsgesellschaften ist daher anspruchsvoller geworden, weshalb die folgende Frage gestellt werden könnte: Wird Letzteres zu mehr Streitigkeiten zwischen Investitionsgesellschaften und deren Kunden führen? Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit wird betrachtet, wer in der Republik Kroatien Investitionsdienstleistungen nach dem Kapitalmarktgesetz erbringen kann. Ferner wird auch die neuste Kundeneinstufung für die Anwendung verschiedener Behandlungsmaßstäbe – die auch von der Art der Dienstleistung selbst abhängig sind – ausgearbeitet. Im zweiten Teil wird näher geprüft, welche Lösungen in den Allgemeingeschäftsbedingungen der Investitionsgesellschaften für Streitigkeiten mit Kunden vorgesehen seien. In Verbindung dazu wird auch geprüft, welche Gerichte sachliche Zuständigkeit haben, über Streitigkeiten im Zivilverfahren zwischen Investitionsgesellschaften und deren Kunden, wie auch über Widersprüche zu entscheiden. In dieser Hinsicht werden auch Argumente die dafür sprechen, dass alle Streitigkeiten im Zivilverfahren zwischen Investitionsgesellschaften und deren Kunden *de lege ferende* zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte gehören, in Erwägung gezogen. Durchgeführte Analyse zugänglicher Rechtsprechungsdatenbanken weist auf Nichtvorhandensein zivilrechtlicher Streitigkeiten zwischen Investitionsgesellschaften und deren Kunden, im Gegensatz zu einer großen Zahl von Verwaltungsstreitverfahren. Nachdem die Kroatische Behörde für Finanzdienstleistungsaufsicht ein Aufsichtsverfahren durchgeführt hat und eine Aufsichtsmaßnahme angeordnet wurde, leiten Investitionsgesellschaften meistens Verwaltungsstreitverfahren ein. Typische Verletzungen im Handeln von Investitionsgesellschaften und deren Kunden werden untersucht, und auf Grund dessen, Schlussfolgerungen und Vorschläge *de lege ferenda* vorgelegt.

Schlüsselwörter: Kapitalmarktgesetz, Investitionsgesellschaften,
Vorgehensweise mit Kunden.

RASPOLAGANJE AUTORSKIM PRAVOM NA RAČUNALNOM PROGRAMU – MATERIJALNOPRAVNI I KOLIZIJSKOPRAVNI ASPEKTI

Dr. sc. Ivana Kunda, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Romana Matanovac Vučković, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.78::004.42
Ur.: 27. prosinca 2009.
Pr.: 12. ožujka 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Računalni program vrsta je autorskih djela koja je donijela određene posebnosti u poimanju stupnja originalnosti kao pretpostavke za stjecanje autorskopravne zaštite. Temeljem usklađivanja autorskopравnih zakonodavstva država članica Europske unije kontinentalnoeuropski koncept originalnosti značajno se približio anglosaksonskom konceptu originalnosti koji ne zahtjeva nužno kreativnost u stvaranju intelektualne tvorevine. Propisi europskog prava, ali i hrvatskog prava koje je s njim usklađeno, sadrže tek neka od pravila o imovinskopравnim raspolaganjima računalskim programima, dok se u preostalom dijelu primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju obvezni odnosi, razlikujući pravila koja se odnose na građanske, trgovačke i potrošačke ugovore. Konglomerat različitih pravila koja se odnose na imovinskopравna raspolaganja računalskim programom kao autorskim djelom često nije lako razdvojiti, no to je razdvajanje od odlučujuće važnosti, kako za pravilnu primjenu materijalnog prava, tako i za primjenu kolizijskih pravila kada je riječ o ugovorima s međunarodnim obilježjem.

Kolizijskopравni pristup pitanjima raspolaganja autorskim pravom tijekom povijesti doživio je različite stadije, a danas se primarno upućuje na primjenu prava koje su ugovorne strane izdabrale, što je slučaj, ne samo u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu, nego i u usporednim pravima uključujući i pravo EU. U nedostatku stranačkog izbora poveznica se uobičajeno, kao i kod drugih ugovornih odnosa, nadahnjuje doktrinom karakteristične činidbe, pri čemu postoje prijepori oko toga koja je činidba karakteristična. Kod određivanja mjerodavnog prava valja uočiti i problem razgraničenja dvovrsnih aspekata ugovora o raspolaganju autorskim pravom: čisti ugovorni aspekti te oni aspekti koji se odnose na samo pravo jer su ovi potonji izuzeti iz primjene ugovornog

statuta uslijed djelovanja načela teritorijalnosti prava intelektualnog vlasništva. Također, posebna pozornost kod određivanja mjerodavnog prava za ugovore o raspolaganju autorskim pravom treba biti usmjerena na pravila koja se odnose na zaštitu potrošača.

Ključne riječi: *autorsko pravo, računalni program, ugovor, međunarodno privatno pravo*

1. Uvodne napomene

Pravo intelektualnog vlasništva neprestano se suočava s izazovima koje pred njega postavlja suvremeni razvoj različitih tehnologija te sve snažnija trgovinska razmjena na svjetskoj razini, kao i masovna proizvodnja i ponuda na tržištu. Pojavom računalnih programa otvorila su se, pored pitanja oblika prava intelektualnog vlasništva kojima treba pružiti zaštitu i pitanja koja proizlaze iz okolnosti da je računalni program komercijalno dobro od izuzetnog praktičnog značaja u današnje vrijeme ovisnosti svih segmenata društveno-gospodarskog života o informatičkoj tehnologiji stoga i predmet pravnog prometa.

Iako je hrvatska pravna književnost uspijevala pratiti korak s razvojem u usporednoj pravnoj književnosti,¹ kao i hrvatsko pozitivno pravo,² u posljednjem desetljeću nastupile su mnoge izmjene u hrvatskom pravu kao odraz razvoja na svjetskoj, a posebice europskoj razini. Stoga se u ovom radu pozornost posvećuje pitanjima materijalnopravnog uređenja autorskog programa kao predmeta pravnog prometa. Budući da razvoj informatičke tehnologije i intenziviranje trgovinske razmjene i masovne ponude računalnih programa ne postavlja nove zadaće samo pred materijalno pravo, već i kolizijsko pravo ovdje se obrađuje i problematika mjerodavnog prava za prekogranične ugovore o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu, koja nije bila sustavno izučavana u hrvatskoj pravnoj

1 U ranijoj hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti Zoran PARAC, *Imovinskopravna zaštita i prijenos kompjutorskog softwarea*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1990.; ID., *Autorskopravna zaštita kompjuterskih programa*, u: Ivan HENNEBERG (ur.), *Nove tehnologije i autorsko pravo*, Autorska agencija za SR Hrvatsku, Zagreb, 1989., str. 21.-32.; ID., *Autorskopravna zaštita kompjuterskih programa nakon izmjene Zakona o autorskom pravu*, dio I., *Privreda i pravo*, vol. 29, br. 9-10, 1990., str. 645.-661. i dio II., *Privreda i pravo*, vol. 29, br. 11-12, 1990., str. 793.-807.

2 Zaštita računalnih programa bila je izrijekom propisana čl. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o autorskom pravu, SL SFRJ 21/90. (kojime je izmijenjen Zakon o autorskom pravu, SL SFRJ 19/78. i 24/86.). Valja napomenuti da izostanak izričitog spomena računalnih programa u zakonu ne bi bio prepreka da se računalni programi štite kao autorska djela. Tako i Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 86. i dalje.

znanosti.³

2. Materijalnopravni aspekti

Ovaj dio rada posvećen je materijalnopravnim pitanjima u vezi s računalnim programom kao predmetom zaštite autorskim pravom. Nakon kraćeg povijesnog pregleda razvoja autorskopravne zaštite računalnih programa na nacionalnoj, regionalnoj i međunarodnoj razini, pruža se uvid u temeljna pitanja predmeta zaštite i pretpostavki zaštite. Naime, iako se prema njemu postupa prema općim načelima autorskoga prava, računalni program u mnogočemu se razlikuje od ostalih vrsta autorskih djela. Stoga je nužno ukazati na te posebnosti. Središnji dio rasprave vodi se u odnosu na ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu gdje se ukazuje na razlike u poimanju autorskog prava zbog njihova utjecaja na mogućnosti, načine i ograničenja u raspolaganju. Također se pruža uvid u hijerarhijski odnos pravila kojima se uređuju spomenuti ugovori te neki tipični ugovori koji se učestalo pojavljuju u odnosu prema računalnim programima kao autorskim djelima.

2.1. Povijesni pregled razvoja autorskopravne zaštite računalnih programa

Iako danas činjenica da se računalni program štiti pravom intelektualnog vlasništva nije nimalo iznenađujuća, to nije oduvijek bilo tako. Tijekom kasnih 70-ih i ranih 80-ih godina prošlog stoljeća vodila se žustra rasprava o tomu treba li, i ako da, kojim pravima intelektualnog vlasništva zaštititi računalni program. Takva rasprava ispočetka se vodila poglavito u SAD što je sasvim razumljivo s obzirom na to da je to država koja je prednjačila u razvoju računalne tehnologije.⁴ Temeljna pitanja bivaju razriješena 1980. godine kada su izmjenama propisa o autorskom pravu SAD u taj propis unijete definicija računalnog programa i odredba kojom je utvrđen sadržaj prava na računalnom programu.⁵

Taj primjer slijedile su i druge države koje su također 80-ih godina prošlog stoljeća u svojim zakonodavstvima propisale pravnu zaštitu računalnih programa kao

3 Uglavnom su se ovih pitanja hrvatski autori doticali usputno ili su pak svoju pažnju usmjeravali na ugovorno raspolaganje pravima industrijskog vlasništva. Vidjeti primjerice Albert VERONA, *Licencni ugovori u jugoslavenskom, inozemnom i međunarodnom pravu*, Informator, Zagreb, 1981., str. 119.; M. ŽUPAN, op. cit., str. 235.-244.; Damir KLASIČEK/Branislav MALAGURSKI, *Mogućnost ugovaranja teritorijalnih ograničenja u ugovorima o prijenosu tehnologije*, *Pravni vjesnik PFO*, vol. 19, br. 1-2, 2003., str. 383.-394.; Branislav MALAGURSKI, *Međunarodno pravo i teritorijalna ograničenja kod prijenosa tehnologije*, *Pravni vjesnik PFO*, vol. 19, br. 3-4, 2003., str. 41.-56.; Mirela ŽUPAN, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006., str. 235.-244.

4 Vidjeti *Final Report of the USA Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, U.S. Government Printing Office, 1978.

5 *Copyright Act*, Pub. L No. 96-517, 94 Stat. 3028, 1980. Radilo se od odredbama u čl. 101. i 117.

autorskih djela ili se takva zaštita razvila kroz sudsku praksu.⁶ Ispočetka, međutim, opseg te zaštite nije bio sasvim jasno određen. U to vrijeme sudovi u Francuskoj i Njemačkoj zahtijevali su visok stupanj originalnosti (izvornosti) računalnog programa da bi u konkretnom slučaju donijeli odluku o tomu da konkretan program uživa autorskopravnu zaštitu.⁷ U autorskopравnim zakonodavstvima koja pripadaju kontinentalnoeuropskom pravnom krugu originalnost (njem. *Originalität*, franc. *originalité*, tal. *carrattere creativo*) se povezuje s kreativnošću. Dakle, da bi neka intelektualna tvorevina mogla biti autorsko djelo, mora biti odraz zadovoljavajuće razine autorovog kreativnog stvaralaštva, tj. mora imati zadovoljavajući stupanj kreativnosti (njem. *Gestaltungshöhe*). Budući da računalni programi u pravilu nemaju istu razinu originalnosti kao druge vrste autorskih djela, prema presudama njemačkog Saveznog vrhovnog suda prije usklađivanja s europskim ujednačenim pravilima, brojni računalni programi ostajali su bez autorskopравne zaštite.⁸ Neki autori navode da se i u Francuskoj u to vrijeme glede računalnih programa zahtijevalo snažno prisustvo autorove osobnosti u djelu,⁹ dok drugi smatraju kako se francuska sudska praksa već sredinom 80-ih godina prošlog stoljeća usmjerila prema objektivnoj koncepciji originalnosti.¹⁰ Naime, prema objektivnoj koncepciji originalnosti pretpostavka originalnosti izvodi se iz postojanja mogućnosti izbora za programera, što predstavlja sniženi kriterij autorskopравne zaštite u usporedbi sa subjektivnom koncepcijom originalnosti prema kojoj se originalnost utvrđuje u odnosu na autora i izvodi iz njegove osobnosti.¹¹

Za razliku od većine država pripadnica kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, u državama pripadnicama anglosaksonskog pravnog kruga zahtjev kreativnosti u autorskom pravu izražen je u manjoj mjeri. Tu se originalnost (engl. *originality*) povezuje s autorovim vještinama (znanjem) te radom (trudom) uložanima u stvaranje djela. U nekim slučajevima djelo može biti originalno i onda kada je uloženo samo znatan rad, a ne i autorova vještina.¹² Slijedom toga, i originalnost računalnog programa mjeri se prema autorovim vještinama i uloženom radu, odnosno trudu, čak

6 Nelka FIKEYS KRMIĆ, Licencni ugovori za računalni *software*, *Zbornik HDAP*, 2009., vol. 10, str. 123.

7 Daniel GERVAIS, *The TRIPS Agreement – Drafting History and Analysis*, London, 2003., str. 133.

8 Vidjeti odluke: BGH, 9.3.1985., *Inkasso-Programm*, *GRUR* 1985., str. 1041, *CR* 1985, str. 22, *BGHZ* 94., str. 279. i BGH, 4.10.1991., *Betriebssystem*, *CR* 1991., str. 80. Citirano prema Manfred BROJ/Michael LEHMANN, Die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen nach dem neuen europäischen und deutschen Urheberrecht, *GRUR*, vol. 41, 1992., str. 419.

9 D. GERVAIS, op. cit., str. 133.

10 Edouard TREPOZ, *La protection internationale du logiciel: du droit compare au droit international privé*, doktorska disertacija, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 2001., str. 32-35. Ovaj autor posebice navodi dvije odluke: *Cour de cassation*, 7.3.1986., *Babolat c. Pachot*, *D.* 1986., str. 405 i *Cour de cassation*, 16.4.1991., *Isermatic c. Gerber Scientific Products*, *D.* 1992., somm. str. 13.

11 Ibid., str. 28. i dalje.

12 Kevin GARNETT/Gillian DAVIES/Gwilym HARTBOTTLE, *Copinger and Skone James on Copyright*, Vol. 1, 15. izd., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2005., str. 119.

i onda kada u potpunosti nedostaje element kreativnosti.¹³ Primjenom tih kriterija, britanski pisci tvrde da se do danas pred njihovim sudovima nije pojavio nijedan slučaj u kojem bi ikojem računalnom programu bila zanijkana autorskoppravna zaštita, tj. zaštita *copyrightom* zbog nedostatka originalnosti.¹⁴

Opisane razlike između kontinentalnoeuropskog i anglosaksonskog shvaćanja originalnosti kao pretpostavke za autorskoppravnu zaštitu, utjecale su i na odredbe Direktive Vijeća 91/250/EEZ od 14. svibnja 1991. o pravnoj zaštiti računalnih programa¹⁵ koja je zamijenjena sadržajno istovjetnom Direktivom 2009/24/EZ Europskog Parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o pravnoj zaštiti računalnih programa (pročišćeni tekst)¹⁶ (dalje: Direktiva o računalnim programima). Njome je provedeno usklađivanje pravnog uređenja računalnih programa kao autorskih djela u Europskoj uniji, tada Europskoj ekonomskoj zajednici. Naime, u uvodnom dijelu Direktive o računalnim programima izrijekom je propisano da kvalitativni i estetski kriteriji ne smiju utjecati na ocjenu je li neki računalni program individualna intelektualna tvorevina, tj. je li podoban za autorskoppravnu zaštitu. Time je Zajednica izrazila svoju spremnost osigurati zaštitu računalnim programima u skladu s tada već šire međunarodno prihvaćenim i svima prihvatljivim standardima. Glavnina država članica Europske unije, koje su pripadnice kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, morale su nakon preuzimanja Direktive u svoja nacionalna zakonodavstva svoja tumačenja originalnosti, kao pretpostavke za autorskoppravnu zaštitu, prilagoditi i ublažiti u odnosu prema računalnim programima te napustiti starija stroga stajališta.¹⁷

Slijedeći navedeni razvoj u nacionalnim i regionalnim zakonodavstvima te sudskoj praksi, pristupilo se i ujednačavanju određenih pravila i na međunarodnoj razini. Prvi međunarodni instrument u kojem je računalni program svrstan među

13 Vodeći slučaj u engleskoj sudskoj praksi u tom smislu je *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd.* (1916) 2 Ch. 601, citirano prema D. GERVAIS, op. cit., str. 134.

14 K. GARNETT/G. DAVIES/G. HARTBOTTLE, op. cit., str. 122.

15 OJ L 122 17.5.1991., str. 42, izmijenjena i dopunjena Direktivom 93/98/EEZ, OJ L 290 24.11.1993., str. 9.

16 OJ L 111 5.5.2009., str. 16.

17 To u odnosu na njemačko, francusko i talijansko pravo ističu M. BROY/M. LEHMANN, op. cit., str. 419. Ovi autori koriste pojam „jednostavna individualnost“ (njem. *einfache Individualität*) te ističu da se kreativno djelovanje autora računalnog programa (programera) sastoji u prikupljanju (problemskoj analizi), raspoređivanju (strukturiranju) i uređivanju (stvaranju sistemskog nacrt) materijala (podataka i naloga). Vidjeti više u ibid, str. 420-423. Vidjeti i Michael M. WALTER, u: Silke von LEWINSKI/Michael M. WALTER/Walter BLOCHER/Thomas DREIER/Felix DAUM/Walter DILLENZ, *Europäisches Urheberrecht Kommentar*, Springer, Wien/New York, 2001., str. 121-125; Ulrich LOEWENHEIM, u: Gerhard SCHRICKER (ur.), *Urheberrecht Kommentar*, München, 2006., str. 1343. Nasuprot tome, Treppoz ističe kako su francusko i talijansko poimanje originalnosti već bili na tragu odvajanja od pretpostavke osobne povezanosti između računalnog programa i programera, time što su bili usmjereni prema objektivnoj procjeni koja se temelji na usporedbi s ostalim analognim predmetima zaštite. E. TREPPOZ, op. cit., str. 36-37, gdje navodi talijansku odluku: **Pretore Pisa, 11.4.1984**, *Unicomp S. r. l. c. Italcomputers*, *Riv. Dir. Ind.*, 1985, II, str. 73. i Corte di cassazione 6.2.1987, *Imp. D. Pompa c. Parte civile SIEA*, *Riv. Dir. Ind.*, 1987, II, str. 304.

književna autorska djela jest Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva iz 1994. godine, poznatiji po skraćenom nazivu Sporazum TRIPs.¹⁸ Takav status računalnog programa potvrđen je i u Ugovoru o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo iz 1996. godine.¹⁹ Ovim međunarodnim pravnim instrumentima osigurao se ujednačeni pristup u pravnoj zaštiti računalnih programa na globalnoj i europskoj razini, kao autorskih književnih (jezičnih) djela.²⁰

2.2. Računalni program kao predmet autorskopravne zaštite

Slijedom prethodno navedenih mogućih pristupa u usporednom pravu i pravnoj stečevini Europske unije postavlja se jedno od najvažnijih pitanja zaštite računalnih programa autorskim pravom u Hrvatskoj, a to je mjerilo originalnosti.²¹ Prethodno analizi tog pitanja, valja u okviru ove teme pojasniti što se podrazumijeva pod pravnim pojmom „računalni program“ te u kojem odnosu taj pojam stoji s učestalo spominjanim pojmom iz engleskog jezika *software*.

2.2.1. Pojmovi računalnog programa i *softwarea*

Sam pojam „računalni program“ (engl. *computer program*) u pravilu se ne definira popisom, kako u međunarodnim ugovorima, tako ni u Direktivi o računalnim programima, pa ni u nacionalnim zakonima, uključujući hrvatski Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima (dalje: ZAPSP).²² Razlog tomu pronalazi se u činjenici da bi bilo kakva definicija računalnog programa razvojem informatičkih tehnologija vrlo lako brzo mogla zastarjeti. Općenito se može na podlozi Direktive o računalnim

18 Ovaj Sporazum je Dodatak 1C Ugovoru o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije. Sporazum TRIPs nije objavljen u Narodnim novinama, a njegov tekst na engleskom i hrvatskom jeziku dostupan je u: Igor GLIHA *Autorsko pravo – pravni propisi*, Zagreb, 2000., str. 377.-453. Prema čl. 10. st. 1. Sporazuma TRIPs, računalni programi, u izvornom ili objektom kodu, štite se kao književna djela prema Pariškom aktu Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1971. Tekst Bernske konvencije na francuskom i hrvatskom jeziku vidjeti u *ibid*, str. 187.-257. Tekst Bernske konvencije na engleskom jeziku vidjeti na <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html> (posljednji posjet 1.10.2009.).

19 Zakon o potvrđivanju ovog Ugovora Hrvatski Sabor donio je 26.4.2000., a objavljen je u NN MU 6/00. U Republici Hrvatskoj stupio na snagu 6. ožujka 2002. Engleski tekst vidjeti na <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html> (posljednji posjet 1.10.2009.). Prema čl. 4. Ugovora o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, računalni programi štite se kao književna djela u smislu čl. 2. Bernske konvencije, bez obzira na način ili oblik njihova izražaja. Prema usuglašenoj izjavi uz čl. 4. Ugovora o autorskom pravu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo, opseg zaštite računalnog programa prema odredbi iz toga članka odnosi se na izražaj računalnog programa, a ne na ideje, postupke, metode rada ili matematičke koncepte kao takve. Također, opseg zaštite jednako je vrijedan odredbama iz čl. 10. Sporazuma TRIPs.

20 Isto M. M. WALTER, *op. cit.*, str. 120. i 121.

21 O ostalim mjerilima zaštite vidi Z. PARAĆ, *Imovinskopravna zaštita*, *op. cit.*, str. 94. i dalje.

22 NN 167/03 i 79/07.

programima i pripreme dokumentacije nastale u vezi s njom, računalni program u tehničkom smislu definirati kao niz zapovijedi (naredbi, uputa) koje služe da se računalu naloži izvršavanje određenih funkcija ili zadata, bez obzira na oblik u kojem se to čini, jezik ili notaciju. Moguća je i definicija računalnog programa kao slijeda zapovijedi koje se neposredno ili posredno primjenjuju u nekom računalnom sustavu da bi se ostvarila neka funkcija ili postigao neki cilj, neovisno o samom načinu izražavanja.²³ Kada se govori o pravnoj definiciji računalnog programa, odredbe čl. 1. st 1. i 2. Direktive o računalnim programima navode da je njome zaštićen računalni program bez obzira na njegov izričaj, dakle u bilo kojem obliku te da taj pravni pojam računalnog programa obuhvaća i pripremni dizajnerski materijal.²⁴ Također se u preambuli Direktive navodi da „za svrhe ove Direktive, pojam „računalni program“ uključuje, programe u svakom obliku, uključujući i one koji su ugrađeni u hardver; [...] ovaj pojam također uključuje pripremni dizajnerski rad koji dovodi do razvitka računalnog programa pod uvjetom da je priroda pripremnog rada takva da računalni program može iz njega nastati u kasnijem stadiju“.²⁵ Vidljivo je da se u ovoj definiciji računalnog programa kao pravnog pojma pojavljuje, ne samo računalni program u tehničkom smislu, već i pripremni dizajnerski rad (materijal).

U tom smislu bitno je i razlikovati pojam „računalni program“ od pojma „software“ u tehničkom i pravnom smislu. *Software*, koji se u hrvatskom stručnom jeziku prevodi kao „programski dio računala“ ili „programska potpora“,²⁶ je širi tehnički pojam od pojma računalnog programa. *Software* se sastoji od jednog ili više računalnih programa, pripremnog dizajnerskog materijala (opisa programa) i dodatne

23 Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Zbirka propisa u području intelektualnog vlasništva – uvodna studija*, Narodne novine/DZIV, Zagreb, 2008., str. 12.; M. M. WALTER, op. cit., str. 127. Definiciju računalnog programa nudi i Z. PARAĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 7. i 8.; Dragan ZLATOVIĆ, *Pravo intelektualnog vlasništva u suvremenom digitalnom okružju*, *Propisi.hr*, br. 3, 2009., str. 31. Vidjeti i čl. 1. *WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software iz 1977. godine*; Mihály FISCOR, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 465.-468. U hrvatskom pravu u čl. 98. st. 33. Kaznenog zakona, NN 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07 i 152/08, određuje se pojam „računalni program“ kao skup računalnih podataka koji su u stanju prouzročiti da računalni sustav izvrši određenu funkciju.

24 To je propisano u čl. 1. st. 1. i 2. Direktive o računalnim programima, čl. 107. ZAPSP te u čl. 69.a njemačkog *Urheberrechtsgesetz (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* od 9.9.1965., BGBl. I S. 1273 posljednji puta mijenjan i dopunjavane 10.9.2003, BGBl. I S. 1774, ber. BGBl. 2004 I S. 312). U stručnoj književnosti mogu se naći sljedeća određenja računalnog programa. Vinkoslav GALEŠEV/Lidija KRALJ/Ines KNIEWALD/ Gordana SOKOL, *Informatika 7*, SysPrint, Zagreb, 2005. str. 9. i 269.: „Program je skup naredbi i uputa pomoću kojih se upravlja radom računala.“ te „Program je skup naredbi nanizanih strogo utvrđenim redoslijedom, čijim se izvršenjem obavlja željeni posao.“

25 Pripremni dizajnerski materijal obuhvaća različite načine na koje se izrađuje plan programiranja verbalnim, grafičkim i drugim prikaznim metodama i pomagalicama, od kojih je jedna od osnovnih dijagram toka, odnosno blok dijagram.

26 Darko GRUNDLER/Lidija BLAGOJEVIĆ, *Informatika*, Školska knjiga, Zagreb, 2005., str. 92.: „Programskim dijelom računala ili programskom potporom (engl. *software*) zove se skup svih programa koji se mogu izvršavati na računalu.“

tj. popratne (korisničke) dokumentacije.²⁷ Tehnički naziv *software* koristi se jer su svi njegovi sastavni dijelovi pohranjeni na magnetskom ili drugom mediju, iako je moguće, dakako, spomenutu dokumentaciju imati i u tiskanom obliku.

Usprkos navedenim tehničkim razlikama, u pravnoj književnosti i praksi često se izrazi računalni program i *software* koriste kao istoznačnice. Neki francuski autori polaze od određenja pojma u francuskom zakonu o intelektualnom vlasništvu gdje stoji da je autorskim pravom zaštićen *software* (franc. *logiciel*), koji obuhvaća pripremni idejni materijal.²⁸ Budući da je računalni program (franc. *programme d'ordinateur*) srce *softwarea* i da mu se u pravnoj definiciji iz Direktive, pa tako i implementacijskih zakona država članica, dodaje i pripremni dizajnerski materijal, ovi autori zaključuju kako je razlikovanje između računalnog programa i *softwarea* lišeno praktične važnosti.²⁹ To, međutim, odstupa od francuskog teksta Direktive o računalnim programima gdje se ova dva pojma jasno razlikuju i zaštita se pruža računalnom programu (franc. *programme d'ordinateur*), a ne *softwareu*. Naime, slijedom analize pravnog pojma računalnog programa i *softwarea* može se ustvrditi da pravni pojam računalnog programa obuhvaća tehnički pojam računalnog programa i tehnički pojam pripremnog dizajnerskog materijala, dok pojam *softwarea* k tomu podrazumijeva još i popratnu korisničku dokumentaciju. Stoga se ovdje i dalje ustraje na razlici između ova dva pojma kao pravna pojma (a ne na razlikovanju u strogo tehničkom smislu). Zbog toga se za tumačenje pojma računalnog programa u hrvatskom pravu smatra poželjnim ne odstupati od sadržaja i svrhe Direktive.³⁰

27 Opis programa sačinjavaju knjiga zadataka i projekt programske logike, pri čemu je knjiga zadataka opis očekivanih svojstava učinaka funkcija postupaka i dr. budućeg računalnog programa verbalnim, grafičkim i drugim prikaznim metodama i pomagalicama, i sastavlja se prethodno izradi nacrtu programske logike i izradi programa. Opis programa, kako je ovdje određen, odgovara pojmu pripremnog dizajnerskog materijala (rada) iz Direktive o računalnim programima. Parać dalje navodi da popratne korisničke materijale čine, primjerice priručnik za korištenje programa, priručnik za opsluživanje programa i priručnik za servisiranje programa. Vidjeti Z. PARĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 7., 10. i dalje; N. FIKEYS KRMIĆ, *Licencni ugovori*, op. cit., str. 124. Marković pak ističe da s gospodarskog i praktičnog stajališta *software* čini jednu uporabnu cjelinu. No, sa stajališta autorskoga prava jedino računalni program i pripremni dizajnerski materijal predstavljaju posebnu vrstu autorskoga djela, dok su opis programa i prateća tehnička dokumentacija zasebna stručna književna djela ili tehnički planovi. Slobodan M. MARKOVIĆ, *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 136. Tako i D. ZLATOVIĆ, *Pravo intelektualnog vlasništva*, op. cit., str. 31.

28 U izvorniku: „les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire“ kako propisuje čl. L112-2-13 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*, pročišćeni tekst od 1.12.2009. dostupan na <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20091221>> (posljednji posjet 10.12.2009.).

29 E. TREPPOZ, op. cit., str. 7. i 8.; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions*, Litec, Paris, 1997., str. 69., bilj. 1.

30 To uostalom sugerira i sam tekst Direktive jer se u njezinoj preambuli pojavljuje i pojam *software* i to u kontekstu koji ga jasno razlikuje od pojma računalnog programa.

2.2.2. *Pretpostavka originalnosti*

U okviru rasprave o kriteriju originalnosti koji predviđa hrvatsko pravo za svrhe priznanja autorskopravne zaštite računalnog programa, valja prvenstveno uočiti da u čl. 107. ZAPSP stoji: „Računalni program zaštićen je kao jezično djelo po ovom Zakonu ako je izvoran u smislu da predstavlja vlastitu intelektualnu tvorevinu svog autora.“ U čl. 5 st. 1. ZAPSP je pak propisano: „Autorsko djelo je originalna intelektualna tvorevina iz književnoga, znanstvenog i umjetničkog područja koja ima individualni karakter, bez obzira na način i oblik izražavanja, vrstu, vrijednost ili namjenu ako ovim Zakonom nije drukčije određeno.“ Usporede li se izričaji ovih dvaju odredbi uočavaju se određene različitosti, a nameće se i pitanje je li ZAPSP u čl. 107. upravo drukčije odredio pretpostavke zaštite negoli čl. 5. st. 1. Naime, prema čl. 107. ZAPSP, računalni program da bi bio originalan mora biti vlastita intelektualna tvorevina, a prema čl. 5. st. 1. ZAPSP, autorsko djelo je originalna intelektualna tvorevina koja ima individualni karakter.³¹ Budući da opseg ovog rada ne dopušta dublju analizu stupnja originalnosti zahtijevanog za računalne programe, za potrebe daljnje rasprave dostatno je ustvrditi da je originalnost kao pretpostavka autorskopravne zaštite računalnog programa u ZAPSP istog sadržaja koji je propisan i u čl. 1. st. 3. Direktive o računalnim programima jer je ZAPSP u potpunosti usklađen s pravnom stečevinom Europske unije.³² Navedenom odredbom utvrđeno je da se procjena uživa li računalni program autorskopravnu zaštitu provodi samo na temelju kriterija vlastite intelektualne tvorevine svog autora i nijednog dodatnog kriterija. Dakle, Hrvatska se u tumačenju pretpostavki za autorskopravnu zaštitu računalnih programa priklonila shvaćanju koje je proklamirano u uvodnom dijelu Direktive o računalnim programima pa su kriteriji za određivanje uživa li neki računalni program autorskopravnu zaštitu prilagođeni u smislu zahtjeva za nižim

31 Nije, međutim, poznato da bi se igdje u hrvatskoj pravnoj književnosti i sudskoj praksi ukazivalo na različito tumačenje izričaja tih dviju odredbi. Tako je i VTS RH u svojoj odluci od 26.4.2005., dostupno na <<http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/ZBIRKA10.pdf>> (posljednji posjet 1.10.2009.), str. 52. i 53. povezoao opću definiciju autorskoga djela iz čl. 5. ZAPSP i posebnu odredbu iz čl. 107. ZAPSP utvrdivši: „Računalni program spada u jezična autorska djela (čl. 5. ZAPSP) i uživa pravnu zaštitu ako je izvoran u tom smislu da predstavlja vlastitu intelektualnu tvorevinu svoga autora.“

32 Vidjeti više R. MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Zbirka propisa*, op. cit., str. 10.-28; Romana MATANOVAC/Igor GLIHA, *Novela Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima iz 2007. godine*, u: Romana MATANOVAC (ur.), *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 115.-148.; Romana MATANOVAC, *Novela Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima iz 2007. godine – rezultat druge faze usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije u području prava intelektualnog vlasništva*, *Novi informator*, 2007., br. 5600, str. 1.-3.

stupnjem originalnosti.³³

Na ovom mjestu valja također istaknuti da se računalni program može štiti i na druge načine, a ne samo autorskim pravom. No, kao takav on nije podoban za patentnu zaštitu.³⁴ Patentom se mogu štiti samo, tzv. računalno primijenjeni izumi.³⁵ Nadalje, računalni program moguće je štiti i poslovnom tajnom, pravilima o zaštiti poštenog tržišnog natjecanja te na druge načine. Ti se oblici pravne zaštite računalnog programa međusobno ne isključuju te jedan na drugog međusobno ne utječu.³⁶ Ovaj rad bavi se isključivo računalnim programom kao autorskim djelom koje se štiti autorskim pravom.

2.3. Ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu

Pravila o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu na temelju ugovora mogu se podijeliti na dvije različite skupine pravila: onu koja se odnosi na autorsko pravo i onu koja se odnosi na građansko, točnije obvezno pravo. No, ova

33 Prema dostupnoj hrvatskoj sudskoj praksi još iz razdoblja, koje je prethodilo stupanju na snagu ZAPSP, nije bilo upitno da računalni program kao takav uživa pravnu zaštitu. VTS RH, Pž-1364/95 od 1.4.1997., *Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda RH*, 1994.-2004., broj 9, 2004., str. 117.-118. Isto je slučaj i nakon stupanja na snagu ZAPSP. Vidjeti odluke: VTS RH od 26.4.2006. te VTS RH od 26.4.2005. u: *Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova*, br. 10, <<http://www.vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/ZBIRKA10.pdf>> (posljednji posjet 12.12.2009.), str. 52., 53., 80. i 81. Pretragom odluka VTS RH objavljenima na mrežnim stranicama utvrđeno je da među njima nema odluka u kojima bi nekom računalnom programu bila zaniijekana autorskoppravna zaštita. Vidjeti i stav hrvatske pravne misli u Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 99.-110.

34 Vidjeti čl. 52. st. 2. t. c. i 52. st. 3. Europske patentne konvencije iz 1973. koja je na snazi u svim državama članicama Europske unije te u Hrvatskoj. Europska patentna konvencija (EPK), iz 1973. godine, izmijenjena i dopunjena Aktom kojim se mijenja čl. 63. EPK od 17.12.1991. godine i odlukama Upravnog vijeća Europske patentne organizacije od 21.12.1978. godine, 13.12.1994. godine, 20.10.1995. godine, 5.12.1996. godine, 10.12.1998. godine i 27.10.2005. godine, NN MU 8/07. Revidirani tekst EPK stupio je na snagu 13.12.2007. godine, a u odnosu na Republiku Hrvatsku 1.1.2008. godine.

35 Iako računalni program kao takav u državama članicama Europske unije, u Hrvatskoj te u drugim državama koje su potpisnice Europske patentne konvencije ne može biti patentiran, moguće je patentirati praktičnu primjenu određenog računalnog programa ako je ta primjena rješenje nekog tehničkog problema koje je novo u odnosu na stanje tehnike. Riječ je o, tzv. računalno primijenjenim izumima (engl. *computer-related inventions*, *computer-implemented inventions*). Vidjeti više Gerald PATERSON, *The European Patent System*, London, 2001., str. 412. Vidjeti i Zoran PARAC, *Patentna zaštita kompjutorskog programa u europskim i prekomorskim pravnim sustavima*, *Privreda i pravo*, vol. 30, br. 9-10, 1991., str. 570.-587. Prvi vodeći slučajevi patentiranja računalnih programa pred Europskom patentnom organizacijom bili su: *VICOM* (T 208/84, OJ 1987, 14) i *X-ray apparatus* (T 26/86, OJ 1988, 19). Citirano prema Margarete SINGER/Dieter STAUDER, *European Patent Convention, Vol. 1*, Cologne, 2003., str. 73. i 74. I danas pitanje patentibilnosti računalno implementiranih izuma izaziva brojne prijepore u pravnoj praksi i znanosti. Vidjeti primjerice <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/B89D95BB305AAA8DC12574EC002C7CF6/\\$File/G3-08_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/B89D95BB305AAA8DC12574EC002C7CF6/$File/G3-08_en.pdf)> (posljednji posjet 10.12.2009.).

36 Vidjeti primjerice čl. 113. ZAPSP.

podjela može se provoditi i dalje: unutar pravila o autorskom te unutar pravila o građanskom, odnosno obveznom pravu. Ta pitanja primjene i odnosa različitih pravila o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu predmet su analize u nastavku. Kao uvod tomu ovaj dio rada izučava problematiku konceptualnih razlika u poimanju autorskog prava koje utječu na načine raspolaganja.

2.3.1. Utjecaj razlika u poimanju autorskog prava na pravnu prirodu raspolaganja

U državama članicama kontinentalnoeuropskog pravnog kruga zastupljena su u uređenju autorskoga prava dva temeljna načela koja se razlikuju s obzirom na poimanje cjelovitosti autorskog prava: monizam i dualizam.³⁷ Prema monističkom načelu, koje je uglavnom zastupljeno u zakonodavstvima srednjoeuropske podskupine kontinentalnoeuropskog pravnog kruga,³⁸ autorsko pravo je jedinstveno subjektivno pravo. Kao takvo ono je neprenosivo osim nasljeđivanjem i kod razvrgnuća nasljedničke zajednice.³⁹ Nositelj autorskog prava može *inter vivos* raspolagati imovinskom komponentom svoga autorskoga prava samo konstitutivnim derivativnim stjecanjem, što znači da za drugoga može osnovati isključivo ili neisključivo, vremenski i prostorno ograničeno ili neograničeno pravo iskorištavanja autorskog djela (njem. *Nutzungsrecht einräumen*). Iako se raspolaganje autorskim pravom na način da se za drugoga osniva pravo iskorištavanja autorskoga djela na određeni način, na određeno vrijeme te na određenom području u hrvatskom (i njemačkom) pravu često u praksi, pa čak i u stručnoj pravnoj književnosti,⁴⁰ naziva pa i pravno kvalificira kao licencija, taj izraz nije u skladu sa zakonskim izričajem, kako u njemačkom, tako ni u hrvatskom autorskom pravu. Zapravo, riječ je o osnivanju za drugoga prava iskorištavanja računalnog programa iz čl. 44. ZAPSP (njem. *Software-Nutzungsrechte*) kao isključivog ili neisključivog, vremenski i teritorijalno

37 Vidjeti Ivan HENNEBERG, Utjecaj teorija o pravnoj naravi autorskog prava na zakonodavstva o autorskom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsko zakonodavstvo, *Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo*, vol. 5., 2004., str. 1.-9. Klasičnu dogmatsku raspravu o tim pitanjima vidjeti primjerice u Stig STRÖMHOLM, *Le droit morale de l'auteur : en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale, Étude de droit comparé I i II*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1966.

38 Tu primjerice pripadaju autorskopravni poreci Austrije, Hrvatske, Mađarske, Njemačke te Slovenije. Igor GLIHA, *Raspologanje autorskim pravom (i srodnim pravima)*, *Zbornik HDAP*, vol. 5., 2004., str. 97.

39 To propisuje čl. 42. st. 1. ZAPSP. Vidjeti više Romana MATANOVAC, *Nasljeđivanje autorskog prava*, *Zbornik PFZ*, vol. 54, br. 3-4, 2004., str. 607.-650.

40 U hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti N. FIKEYS KRMIĆ, *Licencni ugovori*, op. cit.; D. ZLATOVIĆ, *Licenciranje softwarea*, op. cit. O tumačenjima u skladu s pravom koje je bilo na snazi prije dva desetljeća gdje se tvrdi da su, u pravilu, ugovori o raspolaganju *softwareom* po svojoj pravnoj prirodi ugovori o licenciji, vidjeti u Z. PARAC, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 164. i dalje, 199. i dalje i 243.

ograničenog ili neograničenog prava.⁴¹

S druge strane, romanska podskupina kontinentalnoeuropskog pravnog kruga⁴² u autorskom pravu vidi dvije samostalne i međusobno neovisne (iako tijesno isprepletene) komponente koje imaju različiti sadržaj i različito trajanje te potpadaju pod različita pravila: imovinskopravnu i moralnopravnu komponentu.⁴³ Imovinskopravnom komponentom moguće je raspolagati translativnim derivativnim stjecanjem, tj. moguće ju je prenositi (franc. *cession, transmission*).⁴⁴ Zapravo, riječ je o prijenosu pojedinačnih ovlaštenja koja pripadaju u sadržaj imovinskopravne komponente, iako se mogu prenijeti i sva ovlaštenja koja pripadaju u taj sadržaj, ali ne za sva buduća djela⁴⁵ te uz ograničenja za buduće načine iskorištavanja.⁴⁶ Slijedom toga, prijenos može biti potpun (franc. *cession totale*) i djelomičan (franc. *cession partielle*), s obzirom na to koja se pojedinačna prava prenose i uz koja ograničenja.⁴⁷ Prijenosom se može steći isključivo ili neisključivo pravo.⁴⁸

U anglosaksonskim autorskopравnim sustavima *copyright* (u doslovnom prijevodu, pravo umnožavanja)⁴⁹ se poima prvenstveno kao imovinsko pravo, a ne kao autorsko pravo (njem. *Urheberrecht*, franc. *droit d'auteur*) sastavljeno od

41 Tako i Helmut HABERSTUMPF, *Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int.*, br. 10, 1992., str. str. 717. Lehman to obrazlaže riječima: „Dabei entstehen bei den Nutzungsberechtigten originäre Tochterrechte, die nicht abgetreten, sondern gekoren worden sind.“ Također upućuje na to da takvo pravnodogmatsko obrazloženje ustupanja prava iskorištavanja na računalnom programu (njem. *Nutzungsrechtseinräumung*) potvrđuje i sudska praksa njemačkog Saveznog vrhovnog suda u predmetu *Holzhandelsprogramm*, BGH CR 1994., str. 275., 276. M. LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht*, op. cit., str. 545. U hrvatskoj pravnoj književnosti to se još naziva i „osnivanjem prava iskorištavanja koje opterećuje autorsko pravo“. Vidjeti I. GLIHA, *Raspodaganje autorskim pravom*, op. cit., str. 99.-101. I u francuskoj pravnoj književnosti zastupa se stajalište da je prikladnije koristiti izraz ustupanje prava iskorištavanja negoli licencija kada su u pitanju raspolaganja s autorskim pravom. André LUCAS/Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2. izd., Litec, Paris, 2001., para. 482, bilj31. ; Jacques RAYNARD, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, u: Dieter STAUDER/Albert CHAVANNE/Yves JEANCLLOS/Jacques AZEMA (ur.), *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, Paris, 1997., str. 553.

42 Tu su predstavnice poglavito Francuska i Italija te u novije vrijeme Španjolska i Belgija.

43 Slično u odnosu na Francusku S. von LEWINSKI, op. cit., str. 687.

44 Vidjeti čl. L-131-3 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*.

45 Vidjeti čl. L-131-1 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*.

46 Vidjeti čl. L-131-6 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*. Vidjeti i S. von LEWINSKI, op. cit., str. 688. i 697.-698.

47 Vidjeti čl. L-131-1 i L-131-7 francuskog *Code de la propriété intellectuelle*. Vidjeti i S. von LEWINSKI, op. cit., str. 690.-691.

48 S. von LEWINSKI, op. cit., str. 689.-690.

49 Izvorno je *copyright* značio pravo drugoga isključiti iz izrade fizičkih primjeraka djela ili distribucije takvih kopija. Poznati *Statute of Anne*, iz 1709. godine, predviđao je samo mogućnost prigovora od strane autora protiv tiskanja, prodaje i uvoza primjeraka djela. Hugh LADDIE/Peter PRESCOTT/Mary VITORIA/Adrian SPECK/Lindsay LANE, *The Modern Law of Copyright and Design*, Vol. 1, 3. izd., Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 2000., str. 56. i 660.

imovinskoppravne i osobnopravne komponente. Doduše, u pravu Ujedinjenog Kraljevstva propisana su autorova moralna prava, ali ona nisu dio *copyrighta* koji je i zakonom definiran kao imovinsko pravo.⁵⁰ *Copyrightom* se može slobodno raspolagati, ugovorom i na druge načine. Prijenosom (engl. *assignment*) svih ili pojedinih ovlaštenja koja čine sadržaj *copyrighta* stjecatelj stupa u pravni položaj otuđivatelja u odnosu prema autorskom djelu, na način i pod uvjetima određenima u ugovoru.⁵¹ To ujedno znači da prijenos može biti sadržajno i vremenski ograničen ili potpun.⁵² S druge strane, licencijom (engl. *licence*) se smatra takvo raspolaganje *copyrightom* u kojem se na stjecatelja licencije ne prenose nikakva prava, već se u odnosu prema njemu čini zakonitim nešto što inače ne bi bilo zakonito. Budući da ima licenciju (u doslovnom prijevodu s engleskog, dopuštenje), on smije činiti nešto što mu bez licencije ne bi bilo dopušteno. Stjecatelj licencije ne stječe imovinska prava u odnosu prema autorskom djelu koje je predmet licencije, pa ni onda kada je licencija isključiva.⁵³

Različitost autorskopravnih sustava dovodi do različitih rješenja kada je riječ o raspolaganju autorskim pravom, što se na jednak način odnosi i na raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu. Ovisno o tomu je li riječ o autorskom pravu ili *copyrightu* te je li riječ o monističkom ili dualističkom načelu, ista gospodarska svrha – omogućiti drugome iskorištavanje računalnog programa kao autorskog djela – postiže se na pravno različite načine. Te razlike nisu značajne samo u pravnodogmatskom, već i u praktičnom smislu, a dolaze do izražaja i kada je riječ o utvrđivanju mjerodavnog prava za ugovore o raspolaganju autorskim pravom s međunarodnim obilježjem. O tomu više riječi u narednom poglavlju.

2.3.2. Posebne i opće odredbe u ZAPSP

Slijedom harmonizacije posredstvom Direktive o računalnim programima, u nacionalnim autorskopravnim zakonodavstvima država članica Europske unije

50 Čl. 1. st. 1. *Copyright, Designs and Patents Act* Ujedinjenog Kraljevstva. Tako i William R. CORNISH/ Lionel BENTLY, u: Paul Edward GELLER/Melville B. NIMMER, *International Copyright Law and Practice*, San Francisco, 2000., str. UK-10. i 11.

51 Vidjeti više K. GARNETT/G. DAVIES/G. HARTBOTTLE, op. cit., str. 248.-269.

52 William B. CORNISH/David LLEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5. izd., London, 2003., str. 474.

53 K. GARNETT/G. DAVIES/G. HARTBOTTLE, op. cit., str. 298.-325. Vidjeti Z. PARAĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 164. bilj. 443. i 444. Ipak, W.B. CORNISH/D. LLEWELYN, op. cit., str. 475., bilj. 30., ističu da licencija ipak nije tek obično dopuštenje (engl. *bare permission*), već da ima neka od obilježja imovinskopravnog raspolaganja.

propisane su posebne odredbe o računalnom programu kao autorskom djelu,⁵⁴ od kojih se neke odnose se i na ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu. Tako su i u čl. 107.-113. ZAPSP sadržane posebne odredbe o računalnim programima kojima su u hrvatsko pravo preuzete odredbe iz Direktive o računalnim programima. Njima se uređuju pitanja predmeta zaštite kako je već prethodno bilo pojašnjeno,⁵⁵ ovlaštenje na imovinskoj komponenti prava na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu,⁵⁶ isključiva ovlaštenja nositelja autorskog prava na računalnom programu i iznimke od tih isključivih ovlaštenja uključujući dekompliranje,⁵⁷ posebne odredbe o radnjama povrede⁵⁸ te daljnja primjena propisa o čemu je također već bilo riječi.⁵⁹ Riječ je tek o nekim pojedinačnim pitanjima za koje se smatralo da ih je potrebno ujednačiti na području cijele Zajednice, a ne o iscrpnom uređenju ove materije.

Tako je odredbom čl. 110. st. 1. ZAPSP, preuzetom iz čl. 5. st. 1. Direktive o računalnim programima, propisan jedan prirodni sastojak ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Prema toj odredbi, zakonitom stjecatelju računalnog programa nije potrebno dopuštenje nositelja autorskog prava za reproduciranje računalnog programa ako je ono potrebno za učitavanje, prikazivanje, izvođenje, prenošenje ili pohranu računalnog programa. Također, ovlašteni stjecatelj računalnog programa može bez dopuštenja nositelja prava prevesti, prilagoditi, obraditi ili na drugi način izmijeniti računalni program te umnožiti time dobiven rezultat. Sve opisane radnje zakoniti stjecatelj može poduzeti samo ako su one neophodne za korištenje računalnog programa u skladu s njegovom namjeravanom svrhom, kao i za uklanjanje pogrešaka, te ako drukčije nije ugovoreno.⁶⁰

S druge strane, u ZAPSP, kao i u Direktivi o računalnim programima propisana su i neka prisilna pravila. Prema odredbi čl. 110. st. 2. ZAPSP, koja odgovara odredbi čl. 5. st. 2. Direktive o računalnim programima, ugovorom se ne smije ovlaštenom korisniku zabraniti izrada sigurnosnog primjerka računalnog programa ako je to potrebno za njegovo korištenje. Nadalje, prema odredbi čl. 110. st. 3. ZAPSP, u kojoj se ogleda odredba čl. 5. st. 3. Direktive o računalnim programima, osoba koja je

54 Posebne odredbe o računalnim programima propisane su u čl. 69.a-69.g *Urheberrechtsgesetz*, čl. 50.A-50.C *Copyright, Designs and Patents Act* Ujedinjenog Kraljevstva iz 1988. godine, pročišćeni tekst koji obuhvaća izmjene i dopune do 3.5.2007. godine dostupan na <<http://www.ipo.gov.uk/cdpact1988.pdf>> (posljednji posjet 20.12.2009.). U francuskom *Code de la propriété intellectuelle* nisu na jednome mjestu propisana posebna pravila o računalnim programima, već su ta pravila razasuta na raznim mjestima u tome propisu: čl. L-122-5, L-113-9, L-121-7, L-122-2, L-122-6, L-122-6, L-122-6-1, L-122-6-2, L-131-4, L-132-34, L-332-4 i L-335-3.

55 Vidjeti supra 2.2.

56 Čl. 108. ZAPSP.

57 Čl. 109.-111. ZAPSP.

58 Čl. 112. ZAPSP.

59 Vidjeti supra 2.2.2.

60 Ova dispozitivna odredba u njemačkoj pravnoj književnosti opisuje se i kao odredba u kojoj se „obrnulo“ pravilo o teleološkom tumačenju ugovora. Više M.M. WALTER, op. cit., str. 191.

ovlaštena koristiti računalni program može bez odobrenja nositelja autorskog prava prilikom učitavanja, prikazivanja, izvođenja, prenošenja ili pohranjivanja računalnog programa promatrati, proučavati te ispitivati rad tog programa radi utvrđivanja ideja i načela na kojima se zasnivaju njegovi elementi. I ovdje je riječ o prisilnom pravilu u korist zakonitog korisnika.⁶¹ Naposljetku, prema odredbi čl. 111. ZAPSP, koja odgovara odredbi čl. 6. Direktive o računalnim programima, dopušteno je bez odobrenja nositelja autorskog prava reproducirati i prevoditi (dekompilirati) izvorni kod računalnog programa radi postizanja interoperabilnosti s drugim programima. To je pravilo kao prisilno propisano u korist svake osobe koja je ovlaštena koristiti program ili druge osobe koja u njezino ime koristi program.

Navedene odredbe izuzetak su od načela *in dubio pro auctore*⁶² koje se primjenjuje u tumačenju autorskopравnih ugovora propisanom i u čl. 44. st. 5. ZAPSP. Ovo načelo uobičajeno se povezuje s pravilom o teleološkom tumačenju autorskopравnih ugovora koje podrazumijeva uzimanje u obzir svrhe ugovora (njem. *Zweckübertragungslehre*)⁶³ te s pravilom da autorsko pravo teži u najvećoj mogućoj mjeri ostati kod autora. Međutim, citirane odredbe Direktive o računalnim programima potvrđuju stajališta izraženog u njemačkoj pravnoj književnosti da se iz pravila o teleološkom tumačenju autorskopравnih ugovora te iz pravila da autorsko pravo teži u najvećoj mogućoj mjeri ostati kod autora, ne može izvući zaključak da u tumačenju autorskopравnih ugovora uvijek kao opće pravilo vrijedi načelo *in dubio pro auctore*.⁶⁴ Upravo u autorskopравnim ugovorima, predmet kojima je pravo na računalnom programu, u sumnji se smatra da je zakoniti korisnik stekao i više prava od onoga što u ugovoru izričito piše. Tako i pravilo *in dubio pro auctore* iz čl. 44. st. 5. ZAPSP valja tumačiti s ograničenjima koje predviđaju odredbe iz čl. 110. i 111. ZAPSP u kojima su preuzete odredbe iz čl. 5. i 6. Direktive o računalnim programima.

U raspolaganju računalnim programom prisilno djeluje i načelo o iscrpljenju prava distribucije (njem. *Erschöpfungsgrundsatz*) koje se prema Direktivi o računalnim programima, te time i zakonodavstvima država članicama Europske unije, odnosi na cijeli Europski gospodarski prostor. Suprotno tomu, prema hrvatskom ZAPSP,⁶⁵ sve do pristupanja u Europsku uniju načelo iscrpljenja vrijedi samo za nacionalno područje Republike Hrvatske. Ništetna je svaka ugovorna odredba, koja bi bila suprotna načelu nacionalnog (do pristupanja u Europsku uniju), odnosno unijskog iscrpljenja (nakon pristupanja Europskoj uniji).

Iz navedenog je uočljivo da ove odredbe, koje se neposredno ili posredno odnose na ugovorno raspolaganje, nisu pružile odgovore na sva pitanja u svezi s pravom

61 Tako i H. HABERSTUMPF, op. cit., str. 719.

62 O tom načelu vidjeti primjerice Slobodan M. MARKOVIĆ, *Copyright Contracts Law – Creativity on the Market*, Zbornik HDAP, vol. 6, 2005., str. 71.

63 O pravilu o tumačenju ugovora u skladu s njegovom svrhom vidjeti primjerice I. GLIHA, *Raspolaganje autorskim pravom*, op. cit., str. 100.

64 Gerhard SCHRICKER u: Gerhard SCHRICKER (ed.), *Urheberrecht Kommentar*, 3. izd., Verlag C.H. Beck, München, 2006., str. 602.

65 Vidjeti čl. 20. i čl. 109. st. 3. ZAPSP.

na računalnom programu, pa tako i raspolaganjem njime. U tom preostalom dijelu primjenjuju se opće odredbe o autorskom pravu, kao i opće odredbe o raspolaganju autorskim pravom.⁶⁶ U ZAPSP, odredbe o ugovornim raspolaganjima nalaze se u Poglavlju 4., gdje se nalaze osnovne, opće i posebne odredbe.⁶⁷

2.3.3. Podredna primjena propisa o obveznim odnosima

Na sva pitanja o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu, koja nisu uređena u propisima o autorskom pravu, primjenjuju se propisi s područja građanskog, odnosno obveznog prava.⁶⁸ Budući da kod ugovornog raspolaganja autorskim pravom, s obzirom na različita svojstva ugovornih strana, može biti riječ o građanskim, trgovačkim ili potrošačkim ugovorima, potrebno je primijeniti i odgovarajuća pravila. Odnos tih pravila poglavito se rješava primjenom načela *lex specialis derogat legi generali*, bez obzira na to nalaze li se u istom ili u različitim propisima.

Ugovori o raspolaganju autorskim pravom nisu u propisima kojima se uređuje građansko pravo posebno propisani kao imenovani ugovori. U nekim zakonodavstvima, kao što je njemačko, unutar istih pravila, koja se primjenjuju na jednu vrstu ugovornih strana, može se postaviti i pitanje odnosa općih odredbi o ugovorima i posebnih odredbi o pojedinim imenovanim ugovorima. Njemačka pravna teorija i sudska praksa sklone su analognoj primjeni pojedinih imenovanih ugovora na ugovore o raspolaganju autorskim pravom. Tako se ugovor o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa poistovjećuje s ugovorom o najmu ili zakupu. Stoga se odredbe iz čl. 535. i dalje te čl. 581. st. 2. njemačkog *BGB mutatis mutandis*

66 Tako npr. za njemačko pravo U. LOEWENHEIM, u: G. SCHRICKER, op. cit., str. 1345. Analognu primjenu pravila kojima se uređuju autorskopравни ugovori dovodi u pitanje u Z. PARAĆ, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 199.

67 Na ovom mjestu upućuje se na književnost koja se time podrobnije bavila, I. HENNEBERG, op. cit., str. 163. i dalje.; Igor GLIHA, *Raspodaganje autorskim pravom*, op. cit.

68 Čl. 55. ZAPSP propisuje podrednu primjenu zakona kojima se uređuju obvezni odnosi. Za raspravu tih pitanja u njemačkom pravu vidjeti Michael LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung*, u: Friedrich-Karl BEIER/ Horst-Peter GÖTTING/Michael LEHMANN/ Rainer MOUFANG (ur.), *Urhebervertragsrecht – Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1995., str. 543-571, posebice str. 548. Lehmann ističe da se u njemačkom pravu na pitanja zakašnjenja, druga pitanja vezana uz ispunjenje dužnih činidaba, kao i povredu ugovornih klauzula koje nemaju veze s autorskim pravom primjenjuju *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB* i *Handelsgesetzbuch – HGB* (riječ je o odredbama građanskog i trgovačkog obveznog prava). Isto načelo vrijedi i u francuskom pravu, te se u pitanjima koja nisu uređena u *Code de la propriété intellectuelle* primjenjuje *Code civil* i *Code de commerce*. S. von LEWINSKI, op. cit., str. 687.

primjenjuju i na ugovor o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa.⁶⁹

Načelo kakvo postoji u njemačkom pravu o analognoj primjeni pravila o nekim imenovanim ugovorima ne primjenjuje se, međutim, u hrvatskom obveznom pravu. Neki, ipak smatraju da ugovor o licenci iz čl. 699.-724. Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO)⁷⁰ valja primijeniti i na ugovorno raspodaganje pravom na računalnom programu.⁷¹ Ovakav zaključak pojedinih hrvatskih autora mogao bi biti posljedica preuzimanja pravne terminologije iz pravnih sustava engleskog govornog područja što u ovom slučaju ne smatramo ispravnim s obzirom na to da se u terminološkoj razlici koja postoji u zakonskim tekstovima ogleda i puno dublja konceptualna razlika između različitih poimanja autorskog prava.⁷² U ovom radu zastupa se mišljenje da u slučaju raspodaganja autorskim pravom na računalnom programu može biti riječ tek o primjeni općih odredbi obveznoga prava, dakle, općeg dijela ZOO te dijela o općim odredbama o ugovornim odnosima, eventualno i odredbi Zakona o zaštiti potrošača (dalje: ZPP)⁷³ ako je riječ o potrošačkom ugovoru. Naime, kod ugovora o licenci iz čl. 699.-724. ZOO riječ je o raspodaganju pravima industrijskog vlasništva, među koja ne pripadaju autorsko i srodna mu prava. Računalni program ili *software* mogli bi biti predmet ugovora o licenci iz čl. 699.-724. ZOO samo u slučaju da su predmetom zaštite nekim pravom industrijskog vlasništva, a ne i u okviru autorskopravne zaštite. Kada bi riječ bila primjerice o računalno primijenjenom izumu koji je zaštićen patentom, ali i o takvom nezaštićenom izumu ili znanju i iskustvu, tada bi se mogle primijeniti odredbe o ugovoru o licenci iz čl. 699.-704. ZOO. Međutim, kada se računalnim programom raspolaže kao autorskim djelom, tada nema mjesta primjeni odredbi iz čl. 699.-724. ZOO o imenovanom ugovoru o licenci, već se u onim pitanjima, koja nisu uređena u ZAPSP, primjenjuju odredbe iz općeg dijela ZOO te dijela koji sadrži opće odredbe o ugovornim odnosima.⁷⁴ Kao što se odredbe o ugovoru o licenci iz čl. 699.-724. ZOO ne primjenjuju na ugovorno raspodaganje autorskim pravom na računalnom programu, tako se ne primjenjuju ni na takvo raspodaganje

69 Tako Michael LEHMAN, u: Ulrich LOEWENHEIM, (ur.) *Handbuch des Urheberrechts*, München, 2003., str. 1633, s pozivom na presudu njemačkog Saveznog vrhovnog suda: *Programmsperre*, BGH NJW 1981., str. 2684, OLG Frankfurt NJW-RR 1997., str. 494. Lehman upućuje i na analognu primjenu odredbi o ugovoru o kupnji iz čl. 433. i dalje njemačkog BGB ako je riječ o „definitivnom prijenosu“ (njem. *definitive Überlassung*) računalnog programa. S obzirom na to da se kod raspodaganja autorskim pravom u njemačkom pravu primjenjuje specifičan pravnodogmatski okvir, ovo valja shvatiti na način kako je pojašnjeno supra 2.3.1.

70 NN 35/05. i 41/08.

71 Da se ugovor o licenci iz čl.699-724. ZOO primjenjuje i na licenciju računalnog programa tvrdi N. FIKEYS KRMIĆ, *Licencni ugovori*, op. cit., str. 124. i 125., iako iz teksta nije sasvim jasno misli li autorica na računalno primijenjene izume kao predmete patentne zaštite ili na računalni program kao autorsko djelo. Isto Dragan ZLATOVIĆ, *Licenciranje softwarea*, *Informator*, br. 5748, 8.4.2009., str. 5. i 6.; ID., *Pravo intelektualnog*, op. cit., str. 120.-123., s tim da ovaj autor *software* tumači kao autorsko djelo.

72 Vidjeti supra 2.3.1.

73 NN 79/07, 125/07-ispr., 79/09 i 89/09-ispr.

74 Spominje se također mogućnost nadopune trgovačkih ugovora trgovačkim običajima i praksom. Z. PARAĆ, *Imovinsko-pravna zaštita*, op. cit., str. 163., bilj. 441.

autorskim pravom na ikojoj drugoj vrsti autorskih djela. Upravo zbog konceptualnih razlika između osnivanja prava iskorištavanja autorskog djela i licenciranja prava iskorištavanja patenta, industrijskog dizajna ili drugog prava industrijskog vlasništva, na prvospomenuta ugovorna raspolaganja ne mogu se primijeniti odredbe čl. 699.-724. ZOO, već se one odnose isključivo na licencije prava industrijskog vlasništva.

Odredbe o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke činidbe u ZOO propisane su kod ugovora o kupoprodaji, ali se *mutatis mutandis* primjenjuju na sve ugovore. Tako je i kod ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Ako je riječ o potrošačkom ugovoru, na ta se pitanja primjenjuje i ZZP.⁷⁵ Vezano uz odgovornost za pravne nedostatke valja istaknuti da hrvatskim zakonom nije predviđena mogućnost stjecanja ikakvih prava iskorištavanja računalnog programa u dobroj vjeri, kao što to postoji kod stjecanja stvarnih prava na nekretninama. Pravo iskorištavanja računalnog programa na temelju ugovora može se steći samo, ako je zatvoren niz ugovornih stjecanja od autora ili osobe koja je ovlaštena raspolagati autorskim pravom na računalnom programu, prema korisniku.⁷⁶

Ugovori o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu u pravilu su adhezijski ugovori jer prevladavaju oni ugovori o raspolaganju namijenjenom masovnom tržištu.⁷⁷ U takvim ugovorima se od samog početka pravnog prometa računalnim programom, odnosno *softwareom* u općim uvjetima poslovanja nalazila odredba koja je previdala da kupac proizvoda (*softwarea*) trenutkom otvaranja njegova prozirnog plastičnog omota (odnosno prvim korištenjem materijala na nosaču podataka zatvorenom u tom omotu) pristaje na sve uvjete poslovanja proizvođača. Stoga se uvriježio engleski naziv *shrinkwrap licence*,⁷⁸ a potom i francuski naziv *licence sous plastique*.

Budući da se sklapaju pristupanjem unaprijed sastavljenom tekstu ugovora koji je na odgovarajući način učinjen poznatim drugoj ugovornoj strani, u hrvatskom pravu takvi se ugovori svrstavaju među formularne ugovore. Formularni ugovori uključuju sve vrste i oblike ugovora kod kojih jedna ugovorna strana unaprijed sastavlja sadržaj ugovora ili dio sadržaja ugovora, a druga strana bez mogućnosti pregovora o pojedinim odredbama može unaprijed priređen sadržaj ugovora ili dio sadržaja ugovora u cijelosti prihvatiti ili u cijelosti odbiti. Tu pripadaju opći uvjeti

75 Isti je slučaj i u njemačkom pravu te se odredbe iz čl. 434.-440. BGB o materijalnim i pravnim nedostacima činidbe primjenjuju i na autorsko-pravne ugovore o raspolaganju pravom na računalnom programu. Pozivajući se upravo na njemačku sudsku praksu, tako i Z. PARAC, *Imovinsko-pravna zaštita*, op. cit., str. 199.

76 Tako za njemačko pravo vidjeti M. LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht*, op. cit., str. 548.; za francusko pravo vidjeti S. von LEWINSKI, op. cit., str. 691.; za srpsko pravo vidjeti S. M. MARKOVIĆ, *Autorsko pravo*, op. cit., str. 258. i 259. Suprotno, vidjeti Kristina DELFIN KANCELJAK, Utjecaj novih tehnologija na pravni status fonograma, *Zbornik HDAP*, vol. 10, 2009., str. 114. i 115.

77 Vidjeti infra 2.3.4.1.

78 Mark A. LEMLEY, Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 68, 1995., str. 1241. O tome, a posebice o problematici sklapanja ugovora i njegovog oblika vidjeti u Z. PARAC, *Imovinsko-pravna zaštita*, op. cit., str. 235.-240.

ugovora, opći uvjeti poslovanja, adhezijski, standardni i ostali tipski ugovori.⁷⁹ Pravila o formularnim ugovorima sadržana su u čl. 295. i 296. ZOO pod nazivom Opći uvjeti ugovora. Prema sadržaju tih odredbi valja zaključiti da se odnose na sve vrste formularnih ugovora, uključujući opće uvjete ugovora, opće uvjete poslovanja, adhezijske ugovore, standardne ugovore i druge tipske ugovore.⁸⁰ Ako je riječ o potrošačkom ugovoru, tada se na ova pitanja primjenjuje ZZZP. Prema tome, odredbe ZZZP valja uzeti u obzir i kod raspolaganja autorskim pravom na računalnim programima u potrošačkim ugovorima. Taj zaključak opravdava i razvoj ove vrste propisa u usporednom pravu i ujednačenom pravu Europske unije. U Njemačkoj je od 1977. godine na snazi bio *AGBG*,⁸¹ propis koji je nastao kao rezultat iskustava iz desetljećima građane i provjerene njemačke sudske prakse i koji je Zakonom o modernizaciji obveznog prava preuzet u čl. 305.-310. *BGB*.⁸² U velikoj su mjeri rješenja iz *AGBG* te iz propisa Ujedinjenog Kraljevstva pod nazivom *The Unfair Contract Terms Act* iz 1977. utjecala na uređenje zaštite potrošača u pravu Europske

79 Vizner razlikuje adhezijske ugovore ili ugovore po pristupu koji se moraju prihvatiti točno onako kako su ponuđeni, predloženi i formularne ugovore koji imaju unaprijed utvrđen samo glavni sadržaj ugovora ostavljajući prazna mjesta za naknadne posebne pogodbe o određenim bitnim elementima tog ugovora. Vidjeti više Boris VIZNER, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., str. 579.

80 U hrvatskoj pravnoj književnosti se u vrijeme važenja Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine (Službeni list 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 i 57/89 te NN 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 91/96 i 112/99) isticalo da su odredbe iz čl. 142 st. 1. toga Zakona o definiranju pojma općih uvjeta poslovanja nespretne te da je u građanskim propisima u državama članicama Europske unije uobičajeno da se općim uvjetima poslovanja označavaju unaprijed sastavljene ugovorne odredbe koje se odnose na sklapanje većeg broja istovrsnih ugovora, o kojima se ugovorne strane nisu neposredno pogodile. Jedna ugovorna strana (korisnik općih uvjeta poslovanja) ih postavlja pred drugu stranu u trenutku sklapanja ugovora. Stoga se preporučilo široko tumačenje čl. 142. toga Zakona te primjena tih odredbi ne samo na opće uvjete poslovanja u užem smislu riječi već i na adhezijske, tipske i ostale formularne ugovore, kao i na ogleadne ugovore pod kojima se misli na nacрте ugovora sačinjene od raznih strukovnih udruženja te na jednostrano određene tarife, pravilnike i sl. Petar MILADIN, *Ugovaranje klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete i klauzula o ugovornoj kazni (pld-klauzule) u okviru općih uvjeta poslovanja i među trgovcima*, *Zbornik PFZ*, br. 6, 2002., str. 1290., 1291. i 1296.-1301. I Slakoper je isticao da se u odredbama iz čl. 142.-144. ZOO iz 1978. uređuju sve vrste ugovora koje su se u doktrini učvrstile pod pojmom formularnog prava: opći uvjeti poslovanja, tipski ugovori i adhezijski ugovori. Zvonimir SLAKOPER, *Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, *Zbornik PFR*, br. 1, 2001., str. 194. Nema razloga da se takav stav ne primijeni i u odnosu prema usporedivim odredbama u čl. 295. i 296. ZOO koje su danas na snazi.

81 *Gezetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* od 9.12.1976, BGBl. 3317.

82 Karl LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997., str. 783.

unije.⁸³

Nadalje u odnosu na formularne ugovore, u pravnoj književnosti ističe se da pri njihovom sklapanju posebno valja povesti računa o dvjema temeljnim načelima obveznog prava: načelu slobode uređivanja obveznih odnosa i načelu ravnopravnosti ugovornih strana, i u pravnom, i u faktičnom smislu.⁸⁴ Izgleda da je načelo ravnopravnosti ugovornih strana te potrebu za zaštitom slabije ugovorne strane imao na umu i europski zakonodavac kada je donosio Direktivu o računalnim programima. Kao što je već prethodno objašnjeno, u njezinim čl. 5. i 6. (koji su preuzeti u hrvatskom pravu u čl. 110. i 11. ZAPSP) propisana su određena dispozitivna, ali i prisilna pravila o tzv. minimalnim pravima (njem. *Mindestrechte der Nutzer*) ovlaštenog korisnika računalnog programa.⁸⁵ Time se odstupilo od načela *in dubio pro auctore* koje se u pravilu primjenjuje u tumačenju autorskopравnih ugovora.⁸⁶

Iz navedenog može se zaključiti da se na autorskopравne ugovore o raspolaganju računalnim programom primjenjuju različita pravila, kako ona koja su uređena u posebnim propisima o autorskom pravu, tako i ona koja su uređena u propisima o obveznom pravu koji se odnose na građanske, trgovačke i potrošačke ugovore. Taj konglomerat različitih pravila često nije lako razdvojiti. No to razdvajanje od odlučujuće je važnosti za pravilnu primjenu, i materijalnog prava, i kolizijskih pravila kada je riječ o ugovorima s međunarodnim obilježjem. Kao što je kasnije pojašnjeno, ne samo da se različita pitanja podvrgavaju različitim kolizijskim odredbama koje određuju mjerodavno pravo, već se i cjeloviti ugovori mogu naći u posebnom kolizijskopравnom režimu koji je predviđen međunarodnim privatnim pravom.

2.3.4. Karakteristični načini raspolaganja računalnim programom

U novijoj hrvatskoj pravnoj književnosti pitanjima raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu uglavnom se prilazi sa stajališta koja nisu svojstvena autorskopравnim sustavima kontinentalnoeuropskog pravnog kruga srednjoeuropske podskupine kojoj propada i Hrvatska, a često ostaju nejasni i kriteriji njihova

83 Silvija PETRIĆ, O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske unije, *Zbornik PFS*, br. 1-2, 2002., str. 72. i 73. O raspolaganju autorskim pravom u formularnim ugovorima u Ujedinjenom Kraljevstvu vidjeti William R. CORNISH, Großbritannien, u: Friedrich-Karl BEIER/Horst-Peter GÖTTING/Michael LEHMANN/Reiner MOUFANG (ur.), *Urhebervertragsrecht*, C.H. Beck, München, 1995., str. 661.-662. Von Lewinski ističe da u francuskom *Code civil* ne postoje odredbe u kojima bi se uredili opći uvjeti poslovanja na način kao što su uređeni u njemačkom pravu, no ako je riječ o potrošačkom ugovoru tu bi trebalo konzultirati odredbe francuskog *Code de la consommation*. Silke von LEWINSKI, Frankreich, u: Friedrich-Karl BEIER/Horst-Peter GÖTTING/Michael LEHMANN/Reiner MOUFANG (ur.), *Urhebervertragsrecht*, C.H. Beck, München, 1995., str. 699.

84 Vidjeti Z. SLAKOPER, op. cit., str. 182. i 183. Vidjeti i S. PETRIĆ, O nepravičnim klauzulama općih uvjeta, op. cit., str. 59.-62.; ID. Tumačenje općih uvjeta ugovora i njihov odnos s posebno ugovorenim klauzulama u hrvatskom i europskom pravu, *Hrvatska pravna revija*, br. 12, 2001., str. 27-30., posebice str. 30.; B. VIZNER, op. cit., str. 580.

85 Tako ih naziva M. LEHMAN, *Das Urhebervertragsrecht*, op. cit., str. 553.

86 Vidjeti supra 2.3.2.

grupiranja po vrsti.⁸⁷ Također, u sistematizaciji ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu češće se koriste tehnološki i komercijalni, negoli pravni čimbenici razlikovanja. Stoga katkad terminologija koja je u upotrebi nije dosljedna. Čini se da je to ponajviše posljedica pristupa tipologiji ugovornog raspolaganju *softwareom* koji uvažava okvire zadane stranim pravom ili praksom, a ne i hrvatsko pozitivnopravno uređenje. Stoga se ovdje pokušava ukazati na određena pravnodogmatska načela u ugovornom raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu koja nerijetko imaju izuzetnu praktičnu važnost, pa i u okviru određivanja mjerodavnog prava kada je riječ o ugovorima s međunarodnim obilježjem o čemu više riječi u nastavku.⁸⁸ Prvenstveno se ovdje ukazuje na zajedničku nit sviju ugovora koji se odnose na raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu. Spomenutu zajedničku nit čini osnivanje prava iskorištavanja računalnih programa, koji se u nekim stranim pravnim sustavima označava ugovorom o licencijom.⁸⁹ Sukladno čl. 44. st. 2. ZAPSP, ono može biti isključivo i neisključivo te ograničeno ili neograničeno u vremenu, prostoru i sadržaju. Osnivanje prava iskorištavanja računalnog programa, zapravo se iznimno u praksi pojavljuje kao samostalan ugovor, već je redovito sadržano u okviru nekog drugog oblika raspolaganja primjerkom *softwarea*.⁹⁰ Nažalost, opseg ovog rada ne dopušta sveobuhvatnu razradu tipologije predmetnih ugovora pa je prednost ovdje dana dvoma tipičnim oblicima ugovora u okviru koji se raspolaže i autorskim pravom na računalnom programu.

2.3.4.1. Ugovor o prodaji primjerka standardnog *softwarea*

Možda do današnjeg vremena najučestaliji oblik raspolaganja jest ugovor o prodaji materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog

87 Tako primjerice Fikeys Krmić spominje podjelu na vlasnički ili zaštićeni (*proprietary/copyright software*), *software* otvorena izvornog koda (*open source/copyleft*), slobodni ili *free software*, *freeware software*, *shareware software*, *adware software*, *careware software*, *postcardware* i *beerware software* te *crippleware software*. Vidjeti N. FIKEYS KRMIĆ, Licencni ugovori, op. cit., str. 128.-132.; ID., Različite vrste *software* licenci, *Zbornik HDAP*, vol. 7, Zagreb, 2006., str. 117.-124. S druge strane, Zlatović spominje licencije za *software* koje dijeli s obzirom na: vrstu zaštite (vlasnički tj. zaštićeni *software*, *software* otvorenog izvornog koda te slobodni *software*), način distribucije (*on-line* i *off-line software*) te način izrade (gotovi i posebno krojeni *software*). D. ZLATOVIĆ, op. cit., str. 123.

88 Vidjeti supra 3.

89 Vidjeti supra 2.3.1.

90 Za razliku od individualnog *softwarea* koji se izrađuje za potrebe određene osobe da bi zadovoljio njezine posebne zahtjeve, standardni *software* izrađuje se za masovno tržišno iskorištavanje i posjeduje svojstva potrebna prosječnom korisniku. Ovaj kriterij kao bitan ističe Parać u svojoj tipologiji govora o raspolaganju *softwareom*. Z. PARAC, *Imovinskoppravna zaštita*, op. cit., str. 157. i 161.

softwarea.⁹¹ Na temelju takvog ugovora kupac stječe pravo vlasništva na materijalnom nosaču podataka. Istodobno ili s manjim vremenskim odmakom,⁹² kupac stječe i pravo iskorištavanja računalnog programa, koje je redovito ugovoreno kao neisključivo i vremenski neograničeno, tj. trajno⁹³ i definitivno s isključenjem prava opoziva i obveze vraćanja. Sadržaj tog prava iskorištavanja sastoji se u onim radnjama koje obuhvaćaju uobičajeno korištenje *softwarea* u skladu s njegovom namjenom.⁹⁴ U pravilu je stjecatelj ograničen na iskorištavanje programa samo na svom računalu. Dakako, moguće je ugovoriti i iskorištavanje programa na određenom broju drugih računala, primjerice u određenom cijelom trgovačkom društvu ili drugoj pravnoj osobi u čiju korist se pravo osniva, što je uglavnom razlogom za viši iznos ugovorene naknade. Ovo pravo iskorištavanja stjecatelj može dalje prenositi na treće osobe zajedno s kupljenim primjerkom nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak *softwarea*, ali pritom mora sebi onemogućiti daljnje korištenje računalnog programa (deinstalirati ga).⁹⁵ Potonje vrijedi i za slučaj da se radi o vremenski ograničenom pravu iskorištavanja računalnog programa gdje se ugovara obveza stjecatelja da po isteku ugovora uništi podatke na svom računalu (deinstalacijom),⁹⁶ ili rjeđe i vraćanjem materijalnog nosača podataka s primjerkom *softwarea*.

Na temelju svega što je do sada rečeno, na dio ovog ugovora, koji se odnosi na raspolaganje autorskim pravom na računalnom programu, primjenjuju se posebna pravila iz ZAPSP o računalnim programima. Kao što je prethodno opisano, kupac materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog *softwarea*, kao zakoniti stjecatelj prava iskorištavanja računalnog programa koji je njegov dio, ima i *ex lege* sva ona prava koja su navedena u čl. 110. st. 2. i 3. te čl. 111. ZAPSP koja se ugovorom i ne mogu isključiti. Dalje se na ovaj aspekt ugovora primjenjuju i opća pravila ZAPSP o raspolaganju autorskim pravom koja nisu u suprotnosti s ovim posebnim odredbama. Vezano uz osnivanje prava iskorištavanja na računalnom programu, za ona pitanja, koja nisu uređena u ZAPSP, primjenjuje se opći dio ZOO

91 Ugovor o prodaji standardnog *softwarea* zajedno s ugovorom o distribuciji standardnog *softwarea* Parać smješta u jednu kategoriju ugovora koju naziva ugovor o prijenosu standardnog *softwarea*. Također, u okviru ugovora o prijenosu standardnog *softwarea*, Parać razlikuje ugovore o prijenosu masovnog standardnog *softwarea* i specijalnog standardnog *softwarea*. Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 185. i dalje i 194. i dalje.

92 Vidjeti o *shrinkwrap licence* supra 2.3.3.

93 Naravno, pravo iskorištavanja može trajati samo onoliko koliko traje i autorsko pravo. Parać, međutim navodi da je u ugovoru koji naziva ugovor o prijenosu masovnog standardnog *softwarea* preneseno pravo iskorištavanja vremenski ograničeno jer korisniku pripada samo dok traje ugovor, ali smatra i to da se u slučaju kada postoji vremenski trajno i sadržajno neograničeno ustupanje prava pravna priroda takvog ugovora odgovara ugovoru o prodaji, odnosno kupnji. Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 197. i dalje.

94 Vidjeti poglavito čl. 109. st. 1. t. 1. ZAPSP. Glede prava na izmjenu računalnog programa (vidjeti čl. 109. st. 1. t. 2. ZAPSP)

95 Tako u pogledu sigurnosnog primjerka Z. PARAC, *Imovinskopravna zaštita*, op. cit., str. 142. i 143.

96 Često su u program već ugrađene tehničke mjere koje uzrokuju prestanak rada računalnog programa po isteku ugovora.

te opće odredbe o ugovornim odnosima. Već je ranije obrazloženo da se u tom slučaju ne primjenjuju odredbe ZOO u kojima se uređuje ugovor o licenci. ⁹⁷ Drugo, vezano uz kupnju materijalnog nosača podataka, dakle na ugovor o kupoprodaji materijalne stvari, primjenjuju se odredbe ZOO u kojima se uređuje kupoprodajni ugovor, te potom i opći dio ZOO kao i opći dio o ugovornim odnosima za pitanja koja kod ugovora o kupoprodaji nisu propisana. Treće, popratna dokumentacija koja također čine *software* može biti samostalno autorsko djelo. No, autorskim pravom na tom jezičnom djelu u ovom slučaju ni na koji način se ne raspolaže. Kupac *softwarea* kupnjom materijalnog primjerka tog djela ne stječe u odnosu prema njemu nikakvo autorsko pravo, već samo pravo vlasništva medija na kojem je pohranjeno. ⁹⁸ Vezano uz sve navedeno, ako je riječ o potrošačkim ugovorima, u obveznom pravnom dijelu primijenio bi se prvenstveno ZZP jer njegove odredbe imaju prednost pred odredbama ZOO. I naposljetku, ako bi uslijed iskorištavanja koje prelazi okvire ugovorom prenijetog prava nastala šteta, primijenila bi se pravila ZOO o izvanugovornoj odgovornosti za štetu. ⁹⁹

2.3.4.2. Ugovor o distribuciji primjeraka standardnog *softwarea*

Ugovor o distribuciji primjeraka standardnog *softwarea* u pravilu sklapaju subjekti trgovačkog prava: proizvođač *softwarea* i distributer pa bi se, prema hrvatskom pravu, ovaj ugovor kvalificirao kao trgovački ugovor. U takvom ugovoru proizvođač *softwarea* za distributera osniva najčešće isključivo pravo iskorištavanja koje po svojem sadržaju distributera ovlašćuje na distribuciju računalnog programa i pripadajućeg materijala koji zajedno čine *software*, na određenom području i za određeno vrijeme. ¹⁰⁰ Tim se ugovorom ujedno proizvođač *softwarea* obvezuje distributeru dati na korištenje, tzv. glavni primjerak (engl. *master copy*) računalnog programa i pripadajućeg materijala podoban za daljnje umnožavanje. ¹⁰¹ Proizvođač *softwarea* za distributera osniva pravo iskorištavanja koje ga ovlašćuje na izradu primjeraka *softwarea* iz predanog glavnog primjerka, prodaju tih izrađenih primjeraka trećim osobama te osnivanje u vlastito ime za treće osobe neisključivog prenosivog, te vremenski i prostorno neograničenog prava iskorištavanja predmetnog računalnog programa na uobičajeni način. Kako distributer, tako i treća osoba, tj.

⁹⁷ Vidjeti supra 2.3.3.

⁹⁸ Samostalnost i neovisnost autorskog prava u odnosu na pravo vlasništva propisano je odredbom čl. 77. st. 1. ZAPSP.

⁹⁹ Učestalo je u današnje vrijeme i raspolaganje računalnim programom, odnosno *softwareom* bez korištenja prijenosnog materijalnog nosača podataka, što informatička tehnologija omogućava jednostavnim preuzimanjem podataka s jednog na drugo računalo. U tom slučaju sve navedeno glede primjene pravnih pravila i propisa također vrijedi i za takav ugovor, izuzev što nema potrebe za primjenom pravila o prodaji stvari jer materijalni proizvod nije niti predmet ugovora pa stjecatelj prava iskorištavanja ne stječe niti pravo vlasništva na takvom materijalnom proizvodu.

¹⁰⁰ Vidjeti posebice čl. 109. st. 1. t. 3. ZAPSP.

¹⁰¹ Ukoliko se radi o glavnom primjerku pohranjenom na prijenosnom materijalnom nosaču podataka, tada proizvođač *softwarea* zadržava pravo vlasništva na njemu.

kupac materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog *softwarea*, kao zakoniti stjecatelj računalnog programa, koji je njegov dio, imaju *ex lege* sva ona prava koja su navedena u čl. 110. st. 2. i 3. te čl. 111. ZAPSP te se ona ugovorom ne mogu isključiti.

Na dio ovog ugovora koji se odnosi na raspolaganje autorskim pravom na računalom programu primjenjuju se primarno posebna pravila iz ZAPSP o računalnim programima, a potom i opća pravila ZAPSP o raspolaganju autorskim pravom koja nisu s njima u suprotnosti.¹⁰² Vezano uz osnivanje prava iskorištavanja na računalom programu, za ona pitanja koja nisu uređena u ZAPSP primjenjuje se opći dio ZOO te opće odredbe o ugovornim odnosima. Već je ranije obrazloženo da se u ovom slučaju ne primjenjuju odredbe ZOO kojima se uređuje ugovor o licenciji.¹⁰³ Opći dio ZOO i opće odredbe o ugovornim odnosima primjenjuju se i na aspekte ugovora koji se odnose na distribuciju budući da ZOO ne uređuje posebno ugovore o distribuciji. Budući da distributer ne stječe pravo vlasništva na glavnom primjerku, nema mjesta primjeni pravila o kupoprodaji, već se pitanja o korištenju glavnog primjerka kao stvari, koja su obveznopravne naravi rješavaju prema općem dijelu ZOO, kao i općem dijelu o ugovornim odnosima. S druge strane, distributer s trećom osobom sklapa ugovor o prodaji materijalnog nosača podataka na kojem je pohranjen primjerak standardnog *softwarea* kakav je prethodno opisan.¹⁰⁴

3. Kolizijskopravni aspekti

U okviru kolizijskopравnih pitanja vezanih uz ugovorno raspolaganje autorskim pravom na računalom programu prvo se pojašnjava razvoj tih pravila poglavito poveznica kroz povijest. Slijedi potom osvrt na konvencijska pravila iz područja prava intelektualnog vlasništva s obzirom na to da se neprestano vodi rasprava o njihovoj pravnoj prirodi. Središnji dio poglavlja na temelju kolizijskopравne analize hrvatskih propisa postavlja strukturu uređenja pitanja određivanja mjerodavnog prava za ugovore koji su predmet izučavanja u ovom radu. U okviru toga osobita pozornost posvećena je primarnoj poveznici autonomije volje ugovornih strana, te podrednoj poveznici koja se zasniva na doktrini karakteristične činidbe te njezinoj korekciji u obliku klauzule izuzeća. Značajnim se drži i osvrt na doseg mjerodavnog prava koji zbog načela teritorijalnosti pred tijelo primjene postavlja dodatne poteškoće u razgraničavanju ugovornih od ostalih aspekata raspolaganja autorskim pravom. Mjerodavno pravo također ustupa pred određenim propisima prisilne naravi, a može biti ograničeno i djelovanjem javnog poretka, kao i u slučajevima kada se radi o potrošačkim ugovorima.

102 U okviru ranijeg zakonodavstva, Parać navodi da bi se na ova pitanja trebala primijeniti pravila o izdavačkom ugovoru. Z. PARAĆ, op. cit., str. 187.

103 Vidjeti supra 2.3.3.

104 Vidjeti supra 2.3.4.1.

3.1. Povijesni pregled razvoja kolizijskih pravila za raspolaganje autorskim pravima na računalnom programu

Promatrano kroz povijesni presjek moguće je uočiti različite stadije razvoja kolizijskopravnog pristupa pravima intelektualnog vlasništva. Konzervativni pristup primjene prava države suda (*lex fori*) kao izraz načela državne suverenosti, danas je gotovo u cijelosti napušten, da bi se za pojedina pitanja iz područja prava intelektualnog vlasništva primjenjivala pravo države porijekla djela (*lex originis*), pravo države zaštite (*lex loci protectionis*), pravo države mjesta gdje se „stvar“ nalazi (*lex rei sitae*), pravo države gdje je nastala šteta (*lex loci delicti commisi*), pravo mjerodavno za ugovorne odnose (*lex contractus*) i drugo. *Locus protectionis* danas je možda najvažnija poveznica u području sjecišta prava intelektualnog vlasništva i međunarodnog privatnog prava.¹⁰⁵ U ranijoj pravnoj teoriji ova poveznica podupirala se načelom unutarnje pravne koherentnosti (njem. *Gesetzharmonie*) koje je Wengler opisao kao načelo prema kojem zakonodavac i sudstvo u državi, koja ima svoj vlastiti kolizijskopравни sustav, trebaju, ako je to moguće, osigurati da kolizijska pravila jamče konzistentnost svih odluka koje su donesene u toj državi, bilo da je u njima primijenjeno domaće pravo kao pravo države suda ili neko strano pravo.¹⁰⁶ Ova se poveznica tradicionalno opravdava načelom teritorijalnosti prava intelektualnog vlasništva prema kojem ta prava imaju učinke samo na teritoriju one države za koju su priznata.¹⁰⁷ Imajući to u vidu, smatralo se da bi prava intelektualnog vlasništva trebala uvijek biti podvrgnuta istom pravu, pravu države zaštite, koje je u slučaju registriranih prava pravo države registracije (*lex registrationis*). Shodno tomu, Nußbaum i Wolff su u prvoj polovici prošlog stoljeća zaključili da bi pravu države zaštite trebali biti podvrgnuti, ne samo sporovi o valjanosti i registraciji prava, već i sporovi o povredama i sporovi iz ugovora kojima je predmet pravo intelektualnog

105 Vidjeti primjerice recital 26. Uredbe (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Rim II), OJ L 199, 31.7.2007., str. 40.

106 Wilhelm WENGLER, *The General principles of private international law*, *Recueil des cours*, vol. 104, 1961.-III, str. 399. Vidi i, Bernard AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit* (sur la «crise» de conflits de lois), *Recueil des cours*, vol. 186, 1984.-III, str. 354. i dalje.

107 Eugen ULMER, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Kluwer, Deventer, 1978., str. 9.; Albert VERONA, *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 21. Vidjeti i upute u Ivana KUNDA, *Međunarodna nadležnost u postupcima povodom povrede prava intelektualnog vlasništva u Europskoj uniji: priprema za izravnu primjenu *acquisa**, u: Romana MATANOVAC (ur.), *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, DZIV/Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 273., bilj. 8.

vlasništva.¹⁰⁸

Tijekom proteklih više od pola stoljeća pravna teorija, a praksa još i ranije,¹⁰⁹ odmiču se od krutog tumačenja načela teritorijalnosti pa se danas smatra da postoje pitanja koja mogu biti izvan područja primjene *lex loci protectionis*, primjerice ugovorni aspekti raspodaganja autorskim pravom. Tako je već sredinom prošlog stoljeća hrvatski autor Eisner pisao da nije protivno načelu teritorijalnosti priznavanje ugovora, koji se odnose na autorsko pravo ili patent koji su priznati prema pravu strane države jer se time ne utječe na postojanje i valjanost samog prava. Sukladno tomu, nastavlja Eisner, za ugovorne odnose može biti mjerodavno pravo strane države koja nije država u kojoj je odnosno pravo intelektualnog vlasništva zaštićeno.¹¹⁰ Ipak, pojava računalnog programa bila je i teoriji i praksi svojevrsna novost. Ne iznenađuje stoga što tijekom 80-ih i prve polovice 90-ih godina prošlog stoljeća, kada u svijetu tek započinje zakonsko uređivanje autorskog prava u odnosu na računalne programe,¹¹¹ izostaje izučavanje pitanja mjerodavnog prava u odnosu na te predmete zaštite. Takvo stanje slijedi i praksa sudova u europskim državama za koju je svojstveno da učestalo zanemaruje međunarodno obilježje i primjenjuje pravo države suda.¹¹² U današnje vrijeme, međutim, sve je snažnija potreba za rješavanjem međunarodnog sukoba zakona jer, usprkos tomu što postoje i naponi k međunarodnom i regionalnom ujednačavanju materijalnog prava, prava pojedinih država mogu se značajno razlikovati,¹¹³ dok subjekti na tržištu očekuju pravnu sigurnost u svojim prekograničnim pravnim poslovima.

108 Arthur NUSSBAUM, *Deutsche internationales Privatrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts*, Mohr, Tübingen, 1932., str. 337.-338. Vidjeti i Martin WOLFF, *Private International Law*, University Press, Oxford, 1945., str. 494. i dalje i 558. Suprotan stav vidjeti u Berndt GODENHIELM, *Fagen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete des Patentrechts*, *GRUR Int.*, vol. 6, br. 4, 1957., str. 152.; Rudolf NIRK, *Zum Anwendungsbereich des Territorialitätsprinzips und der lex rei (sita) im internationalen Patent- und Lizenzrecht*, u: R. GLANZMANN/H. FALLER (ur.), *Ehrengabe für Bruno Heusinger*, C.H. Beck, München, 1968., str. 233.

109 Vidjeti praksu navedenu u Bertold EISNER, *Međunarodno privatno pravo. Knjiga II.*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1956., str. 208., bilj. 8.

110 B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga II.*, op. cit., str. 208.

111 Vidjeti supra 2.1.

112 U odnosu na tadašnju talijansku i francusku sudsku praksu vidjeti, L.-G. UBERTAZZI, *La protezione del software nei rapporti italo-tedeschi, Il diritto d'autore*, 1991., str. 347.; E. TREPPOZ, *La protection internationale du logiciel: du droit compare au droit international prive, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, Paris, 2001.*, str. 14. **Primjere primjene prava države suda na paralelne postupke** vidjeti u odlukama: *Computer Associates International, Inc. V. Altai, Inc.*, 775 F. Supp 544 (EDNY 1991), 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992) te *Société Computer Associates International, Inc. et APP c/ Société Faster et Société Altai*, *Tribunal de commerce de Bobigny, 20.01.1995.*, *RIDA*, br. 166, 1995., str. 325., *Cour d'appel de Paris, 23.10.1998.*, *Expertises*, 1999., str. 31.

113 Vidi supra 2.3.

3.2. Međunarodne konvencije ili domaći propis kao formalni pravni izvor kolizijskih pravila

U području autorskog prava postoji više međunarodnih konvencija kojima se uređuju određena pitanja, među kojima Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1886. godine (dalje: Bernska konvencija),¹¹⁴ na koju se poziva i Sporazum TRIPs, zauzima posebno važno mjesto. Bernska konvencija počiva na nekoliko temeljnih načela, uključujući načelo nacionalnog tretmana, načelo automatske zaštite i načelo neovisnosti zaštite.¹¹⁵ Neki autori tvrde da je pitanje mjerodavnog prava za određena pitanja zaštite pravom intelektualnog vlasništva riješeno odredbom o nacionalnom tretmanu sadržanom u čl. 5. te Konvencije.¹¹⁶ Nasuprot tomu, druga skupina autora smatra da je bit nacionalnog tretmana u nediskriminaciji jer se njime, svim autorima koji su obuhvaćeni poljem primjene odnosnog međunarodnog ugovora, jamči postupanje s njihovim autorskim djelima u državi zaštite jednako onome koje država iskazuje svojim državljanima, te da se tu ne

114 U tekstu nakon revizije Pariškim aktom iz 1971. godine, u primjeni u RH od 8.10.1991., tekst nije objavljen u NN. Odluka o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je RH stranka na temelju notifikacija o sukcesiji, objavljena u NN MU 12/93. i 3/99.

115 WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO, Geneva, 1978., str. 32.-34. Vidi i, KATZENBERGER, Paul, *General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions*, VCH, Winheim/New York/Basel/Cambridge/Tokyo, 1989. Pored navedena tri, važno je i načelo minimalnih prava. Vidjeti više Ivana KUNDA, *Pravo mjerodavno za povrede prava intelektualnog vlasništva*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008., str. 218.-226.

116 Vidjeti primjerice Friedrich-Karl BEIER, *Hundert Jahre pariser Verbandstübereinkunft, ihre Role in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, *GRUR Int*, br. 6/7, 1983., str. 343.; Alain BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 3. izd., LARCIER, Bruxelles, 2005., str. 337.; Curtis A. BRADLEY, *Extraterritorial Application of U.S. Intellectual Property Law: Principal Paper: Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism*, *Va. J. Int'l L.*, vol. 37, 1997. str. 547.; Ivan HENNEBERG, *Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela od 1886. i njezini kasniji akti do 1971.*, *Prinosi*, vol. 16, br. 19.; 1983., str. 50.; Krešimir SAJKO, *Međunarodno privatno pravo*, 4. izm. i dop. izd., Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 279.; Alois TROLLER, *Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Verl. für Recht und Gesellschaft, Basel, 1952., str. 8.; E. ULMER, *op. cit.*, str. 10.

krije i kolizijsko pravilo.¹¹⁷ Iz razloga koje ne možemo ovdje podrobije raspraviti, pristali bismo uz potonje tumačenje.¹¹⁸ S obzirom na to da međunarodne konvencije koje obvezuju Republiku Hrvatsku ne sadrže kolizijske odredbe koje bi rješavale pitanje mjerodavnog prava, odgovore na ova pitanja valja potražiti u domaćim zakonima.

Jednako tako, ZAPSP, kao ni drugi hrvatski zakoni o pravima intelektualnog vlasništva, ne sadrži kolizijska pravila. Jedino što uređuje, a odnosi se na međunarodno obilježje, jest kao i Bernska konvencija, pravo stranaca (njem. *Fremdenrecht*, franc. *condition des étrangères*). Tako primjerice, ZAPSP u Glavi VII. pod nazivom Područje primjene zakona određuje da su, jednako kao i autori i nositelji srodnih prava koji su hrvatski državljani ili imaju svoje sjedište u Hrvatskoj, zaštićene prema ZAPSP, i strane fizičke ili pravne osobe u okviru obveza što ih je Hrvatska prihvatila na temelju međunarodnih ugovora ili stvarne uzajamnosti.¹¹⁹ U svim drugim slučajevima stranac ne uživa u Hrvatskoj veću zaštitu nego što je ima u državi čiji je državljanin ili u kojoj ima svoje sjedište, ako autori i nositelji srodnih prava koji su hrvatski državljani ili imaju svoje sjedište u Hrvatskoj u državi stranca uživaju manju zaštitu nego što joj je priznata prema ZAPSP.¹²⁰ Dakle, pitanje mjerodavnog prava za raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu valja potražiti u propisu, koji predstavlja *sedes materiae* hrvatskog međunarodnog privatnog prava – Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ).¹²¹

117 Paul GOLDSTEIN, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2001., str. 72. Vidjeti i Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur : Essai d'une analyse conflictuelle*, doktorska disertacija, Sveučilište Paris I, 1996.; Graeme B. DINWOODIE, *Conflicts and International Copyright Litigation: The Role of International Norms*, u: Jurgen BASEDOW/Joseph DREXL/Annette KUR/Axel METZGER (ur.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005., str. 200.; François DESSEMONTET, *Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace*, *J. Int'l Arb.*, vol. 18, br. 5, 2001., str. 489.; Maria MARTIN-PRAT/Jane GINSBURG/Shira PERLMUTTER/Graeme DINWOODIE, *Commentary and Panel Discussion on Choice of Law*, u: HANSEN, Hugh C. (ur.), *International Intellectual Property Law and Policy*, vol. 7, Juris Publishing, Inc., Huntington (NY), 2002., str. 99-101.; Roberto MASTROIANNI, *Diritto Internazionale e Diritto d'Autore*, Giuffrè, Milano, 1997., str. 390.-397.; Haimo SCHACK, *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalen Privatrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1979., str. 33. i dalje; Christopher WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998., str. 13.

118 Vidjeti više I. KUNDA, op. cit., str. 226.-245. O tome u novijoj hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti i Igor GLIHA/Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Pravni položaj stranaca kao nositelja autorskog i srodnih mu prava*, *Zbornik HDAP*, vol. 10, 2009., str. 69.-86.

119 Čl. 194. st. 1. i 2. ZAPSP.

120 Čl. 194. st. 4. ZAPSP. Vidjeti i čl. 196.-201. ZAPSP.

121 Sl. I. SFRJ 43/82, 72/82 i NN 53/91. U slučaju da bi za ugovor o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu bila nadležna arbitraža čije je mjesto na području Hrvatske, pitanje mjerodavnog prava za bit spora prosuđuje se prema Zakonu o arbitraži, NN 88/01.

3.3. Pravo mjerodavno za raspodjela autorskim pravom na računalnom programu

Na ugovorne odnose primjenjuju se poglavito odredbe čl. 7., 8., 14., 17. te 19.-23. ZRSZ. One su kao i glavina kolizijskih pravila nadahnute pronalazjenjem prava one države koje je najuže povezano s pravnim odnosom za koji se utvrđuje mjerodavno pravo.¹²²

3.3.1. Izbor mjerodavnog prava

Odredba čl. 19. ZRSZ propisuje mjerodavnost prava koje su ugovorne strane izabrale (*lex autonomiae*), ako u ZRSZ ili nekom međunarodnom ugovoru nije drukčije uređeno.¹²³ S obzirom na to da je izričaj ove odredbe zbog svoje jednostavnosti ujedno i neograničavajući,¹²⁴ u teoriji se ona tumači tako da ostavlja široki prostor ugovornim stranama u izboru mjerodavnog prava. Pritom je moguće usporednopravno uočiti da i u stranim pravima autonomija volje ima prvenstvenu ulogu kod određivanja mjerodavnog prava za ugovore, uključujući i ugovore o raspodjeli autorskim pravom na računalnom programu. Primjerice, Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose (dalje: Uredba Rim I)¹²⁵ utvrđuje da je volja ugovornih strana o primjeni mjerodavnog prava jedno od temeljnih načela kolizijskopravnog sustava za ugovorne odnose što je i izraženo u njezinom čl. 3.¹²⁶

¹²² O osnovnom načelu upućivanja na mjerodavno pravo vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 13.; Damir KLASIČEK, **Temeljna načela međunarodnog privatnog ugovornog prava**, *Pravni vjesnik PFO*, br. 1-2., 2001., str. 203.-221.

¹²³ Ova poveznica gotovo je bez izuzetka zastupljena i u zakonima o međunarodnom privatnom pravu stranih država, primjerice čl. 27. njemačkog *Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB)*, BGBl 1994 I-2494, posljednja izmjena 3.4.2009. 2009 I-700.; čl. 110. st. 3. u svezi s čl. 122. st. 2. švicarskog *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, RS 291/1987; čl. 57. talijanskog Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (*LDIP*), Suppl. ord. GU Serie gen. 128/1995; čl. 21. makedonskog *Zakon za međunarodno privatno pravo (ZMPP)*, Sl. v. 87/07; čl. 19. slovenskog *Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)*, Ur.l. 56/1999 i 45/2008.

¹²⁴ Klasiček prigovara ovakvom „nedovoljno preciznom“ načinu propisivanja autonomije volje stranaka jer ostavlja određena pitanja nerazriješenima. Damir KLASIČEK, *Autonomija u međunarodnom privatnom pravu – novije tendencije*, *Zbornik PFZ*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 695. Vidjeti općenito o problemima tumačenja autonomije volje stranaka, Petar BOSNIĆ, *Osnovna pitanja autonomije stranaka u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Splitu, Split, 1973.

¹²⁵ OJ L 117 4.7.2008. str. 6., L 177, 4.7.2008, str. 6. *corrigendum*. Uredba Rim I stupila je na snagu 23.7.2008., godine i primjenjuje se na ugovore sklopljene nakon 17.12. 2009. i na postupke pokrenute nakon 17.9.2009. godine čime je zamijenila Rimsku konvenciju o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose iz 1980. godine, OJ C 334, 30.12.2005., str. 1.

¹²⁶ O autonomiji volje stranaka u Uredbi Rim I vidjeti više u Stefan LEIBLE, *Choice of the Applicable Law*, in: Eleanor CASHIN RITAINE/Andrea BONOMI (ur.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, 2008., str. 61. i dalje; Peter MANKOWSKI, *Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge*, *Internationales Handelsrecht*, 2008., str. 134. i dalje.

Na samom početku rasprave o kolizijskopravnoj autonomiji volje nužno je spomenuti pitanja dopustivosti izbora i granica izbora mjerodavnog prava. Ova pitanja podvrgnuta su pravu države suda (*lex fori*). Stoga se može reći da je odredba čl. 19. ZRSZ ograničila taj izbor samo na ona pitanja koja potpadaju u polje primjene ZRSZ, a to su statusni, obiteljski i imovinski, odnosno stvarnopravni odnosi s međunarodnim obilježjem.¹²⁷ To svakako obuhvaća i ugovore o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Iako hrvatsko pravo ne propisuje uvjet koneksiteta kao moguće ograničenje izbora mjerodavnog prava pa je mogu izabrati i pravo koje nema nikakvih dodirnih točaka s pravnim ugovorom, u određenim slučajevima postoje specifična ograničenja izabranom pravu. Kao što je prethodno bilo objašnjeno, ugovor kojim se osniva pravo iskorištavanja računalnog programa u korist određene osobe može po svojoj prirodi biti potrošački ugovor. U tom slučaju čl. 4. ZZP propisuje da se izborom mjerodavnog prava potrošač koji ima boravište u Hrvatskoj ne može lišiti zaštite koju uživa prema prisilnim pravilima ZZP.¹²⁸ O daljnjim pitanjima ograničenja kod raspolaganja autorskim pravom kasnije se detaljnije raspravlja s obzirom na to da su ostala ograničenja vezana općenito za mjerodavnost prava neke države, a ne samo na temelju stranačkog izbora mjerodavnog prava.¹²⁹

Stranački izbor mjerodavnog prava može biti izričit tako što će ugovorne strane izrijekom uglaviti odredbu poput ove: za sva pitanja iz ovog ugovora i odnosa koji iz njega proizlaze mjerodavno je pravo države X. Stranački izbor može biti i prešutan,¹³⁰ ali kako odredba čl. 19. ZRSZ ne pojašnjava što se podrazumijeva pod prešutnim izborom potrebno ju je tumačiti sukladno s drugim kolizijskim odredbama hrvatskih zakona. Pa tako, Pomorski zakonik (dalje: PZ)¹³¹ propisuje da je prešutni izbor onaj gdje se „namjera [ugovornih strana] o primjeni određenog prava može utvrditi iz okolnosti slučaja“,¹³² dok Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu (dalje: ZOSOZP)¹³³ propisuje da je to izbor kod kojeg se „namjera [ugovornih strana] o primjeni određenog prava može nedvosmisleno utvrditi iz okolnosti slučaja“.¹³⁴ Postavlja se pitanje koje su to okolnosti slučaja koje mogu biti temelj za utvrđivanje da su ugovorne strane imale namjeru izabrati mjerodavno pravo, kada to nisu učinile

127 Čl. 1. st. 1. ZRSZ.

128 U ZZP su u hrvatsko pravo preuzete odredbe iz *acquis communautaire* koje se odnose na zaštitu potrošača u privatnopravnim odnosim, s time da se, prema čl. 3. t. 1. ZZP, potrošačem smatra svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao na tržištu, u svrhe koje nisu namijenjene njegovom zanimanju niti njegovoj poslovnoj aktivnosti ili poduzetničkoj djelatnosti. Vidjeti o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih uglavaka u A. POŠČIĆ, *Nepoštena klauzula u potrošačkim ugovorima*, *Zbornik PFS*, vol. 34, br. 2, 2005., str. 165.-190.

129 Vidjeti infra 3.3.4. i 3.3.5.

130 Tako i K. SAJKO, op. cit., str. 144. s pozivom na odredbe materijalnog ugovornog prava iz ZOO.

131 NN 181/04, 76/07 i 146/08.

132 Vidjeti čl. 975. i 978. PZ. U sudskoj praksi postoji primjer prešutnog izbora mjerodavnog prava temeljem ranijeg Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi: VS RH Rev-73/83, 27.10.1983., Krešimir SAJKO/Hrvoje SIKIRIĆ/Vilim BOUČEK/Davor BABIĆ/Nina TEPEŠ, *Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava*, Informator, Zagreb, 2001., str. 185. i 186.

133 NN 132/98, 63/08 i 134/09.

134 Vidjeti čl. 178. st. 1. ZOSOZP.

izrije kom. Iz činjenice da se utvrđuje namjera ugovornih strana nedvojbeno slijedi da su to subjektivne okolnosti, dakle one okolnosti koje svojim postupanjima određuju same ugovorne strane, te da se takve okolnosti prosuđuju *in casu*. Uobičajeno se tu spominju sljedeće okolnosti: izbor nadležnog suda, jezik na kojem je ugovor sastavljen, valuta plaćanja, pozivanje na neke odredbe određenog nacionalnog zakona, pozivanje na neke autonomne izvore prava koji su tipični za određeni pravni poredak i slično.¹³⁵ Pri utvrđivanju namjere ugovornih strana da izaberu određeno pravo kao mjerodavno valja svakako voditi računa o tomu da navedene okolnosti nisu dostatne ukoliko se pojave samostalno, već je potrebna njihova kumulacija.¹³⁶ Naime, izraz za „nedvosmisleno utvrđenje“ uvjetovan je potrebom postojanja pravne sigurnosti u ugovornim odnosima kako bi se izbjegle konstrukcije prešutne volje koja nije utvrdiva s dostatnom sigurnošću čime bi se ugovorne strane izvrnule primjeni prava kojeg nisu mogle predvidjeti kao mjerodavnog za njihov ugovor pa u skladu s njime nisu mogle niti postupati u ispunjavanju tog ugovora.

Pored navedenog, volja ugovornih strana iz čl. 19. ZRSZ može mjerodavnim određivati pravo neke države u odnosu na cijeli ugovor ili samo na neki njegov dio, kao što izrije kom predviđaju i detaljnije odredbe posebnih hrvatskih zakona koji sadrže kolizijska pravila za ugovorne odnose, kao i Uredba Rim I.¹³⁷ Ipak takvo cijepanje statuta (*depeçage*) nije moguće na uštrb koherentnosti primjene materijalnog prava. Tako najeklatantniji primjer nedopuštenog cijepanja statuta predstavlja ugovorno utanačenje kojime ugovorne strane predviđaju primjenu prava države X za ugovorna prava nositelja autorskog prava na računalnom programu, a pravo države Y za ugovorne obveze stjecatelja prava iskorištavanja na tom računalnom programu.

Iako to nije izričito propisano u odredbi čl. 19., iz biti autonomije volje proizlazi i da ugovorne strane mogu mjerodavno pravo naknadno sporazumno mijenjati određujući mjerodavnim pravo države različite od one čije je pravo bilo prvotno izabrano, stavljajući izvan snage raniji izbor mjerodavnog prava bez naknadnog izbora ili pak nadomještajući raniji nedostatak izbora kasnijim sporazumom o izboru mjerodavnog prava. U svim tim slučajevima izbor ima retroaktivni učinak, osim

135 Tako i Petar BOSNIĆ, *Hrvatsko međunarodno privatno pravo: obrazloženje i komentar zakona, Knjiga I.*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 1999., str. 107. Vidjeti i francuski slučaj naveden u Muriel JESSELLIN-GALL, *Les contrats d'exploration du droit de propriété littéraire et artistique*, GLN Joly, Paris, 1995., str. 373., gdje se za ugovor za iskorištavanje prava u SAD i Kanadi, jer je pisan francuskim jezikom i sadrži odredbe koje u cijelosti odgovaraju francuskom pravu, smatra da postoji prešutna volja stranaka.

136 Primjerice, u recitalu 12. Uredbe Rim I navodi se da je prorogacija međunarodne nadležnosti suda određene države jedan od čimbenika za utvrđenje da je prešutni izbor mjerodavnog prava dovoljno jasno pokazan. Time je ostupljeno od načela *qui elegit iudicem elegit ius* koje je bilo utjelovljeno u odredbi u čl. 3. Prijedloga Uredbe Rim I prema kojem je izbor nadležnog suda automatski značio i prešutni izbor mjerodavnog prava. Vidjeti *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, Brussels, 15.12.2005., COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf> (posljednji posjet 10.12.2009.).

137 Vidjeti supra bilj. 131. i 133. te čl. 3. st. 1. *in fine* Uredbe Rim I. Takav stav zastupa se i u hrvatskom pravu. Vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 148.

ako su ugovorne strane drukčije odredile,¹³⁸ pa se primjenjuje na cjelokupni pravni odnos od njegova začetka do prestanka. Pritom, Uredba Rim I propisuje određena ograničenja retroaktivnosti prema kojima naknadne promjene mjerodavnog prava temeljem stranačkog raspolaganja ne utječu na valjanost ugovora u pogledu oblika i na prava trećih osoba.¹³⁹ Ova ograničenja opravdavaju se načelom pravne sigurnosti.

3.3.2. Pravo mjerodavno u nedostatku izbora

Ne izaberu li ugovorne strane izrijeком mjerodavno pravo ili se njihova namjera o tomu ne može s dostatnom sigurnošću utvrditi iz okolnosti slučaja, primjenjuje se objektivna poveznica podrednog kolizijskog pravila. Ono je u ZRSZ propisano tehnikom postavljanja presumpcija koje upućuju na mjerodavno pravo za pojedinačne ugovore, njih devetnaest, te opću dvadesetu predmnjevu koje se mogu oboriti ako postoje posebne okolnosti koje ukazuju na to da je ugovor u užoj vezi s nekim drugim pravom. U nastavku se tumači kategorija vezivanja radi odabira kolizijskog pravila kojeg valja primijeniti, izučava kolizijskopravno upućivanje temeljeno na doktrini karakteristične činidbe te ispituje djelovanje klauzule izuzeća.

3.3.2.1. Tumačenje kategorije vezivanja

Dvije su odredbe u čl. 20. ZRSZ koje se izravno odnose na pravo intelektualnog vlasništva.¹⁴⁰ Odredba čl. 20. t. 14. ZRSZ navodi da se kao mjerodavno primjenjuje „za ugovor o autorskom pravu – pravo mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište autora.“ Odredba u čl. 20. t. 18. ZRSZ glasi: „za ugovor o prijenosu tehnologije (licencije i dr.) – pravo mjesta gdje se u vrijeme sklapanja ugovora nalazilo sjedište primatelja tehnologije“.¹⁴¹ Prvenstveno je nužno razgraničiti polja primjene *rationae materiae* ovih dviju odredbi polazeći pritom od tumačenja pojmova koji čine njihove kategorije vezivanja: ugovor o autorskom pravu i ugovor o prijenosu tehnologije.

Izraz „ugovor o autorskom pravu“ nije moguće naći u hrvatskim autorskopравnim propisima. U pravnoj pak teoriji i praksi ustalili su se određeni izrazi kao što je „autorski ugovori“, dok bi ispravnije bilo tu skupinu ugovora nazvati „autorskopравni ugovori“. Prema Hennebergu, autorskopравni ugovori su ugovori kojima autor ili drugi nositelj autorskog prava prenosi na drugu osobu svoje pravo iskorištavanja autorskog djela ili neka od tih prava u određenom trajanju.¹⁴² Slijedom ovog određenja autorskopравnih ugovora može se zaključiti da sadržaj tog pojma odgovara pojmu „ugovor o autorskom pravu“. Rezultat jezičnog tumačenja potonjeg pojma jest

138 Vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 145.

139 Čl. 3. st. 2. Uredbe Rim I.

140 Suprotno tomu, Bosnić tvrdi da postoji šutnja ZRSZ za ugovor o patentu i drugim pravima industrijskog vlasništva. BOSNIĆ, *Hrvatsko međunarodno privatno pravo*, op. cit., str. 113.

141 O ugovorima o prijenosu tehnologije u okviru europskog kolizijskog prava vidjeti supra bilj. 3.

142 I. HENNEBERG, op. cit., str. 163. i 164.

njegov obuhvat koji uključuje sve ugovore kojima se na bilo koji način raspolaze autorskim pravom.¹⁴³ Prema tomu, kategorija vezivanja „ugovor o autorskom pravu“ u upotrebi u ZRSZ čini se dostatno širokom da može obuhvatiti svaki ugovor kojime se raspolaze autorskim pravom,¹⁴⁴ uključujući i onaj koji je predmet ovog rada – ugovor o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu. Također nužnim čini se napomenuti da je i svaki drugi ugovor sklopljen s istom gospodarskom svrhom (primjerice, ugovor o prijenosu *copyrighta*),¹⁴⁵ bez obzira što možda ima drukčija obilježja i pravnu prirodu jer je sklopljen prema nekom stranom pravu, također moguće podvesti pod odredbu čl. 20. t. 14. ZRSZ kako bi se utvrdilo kojem je pravu podvrnut u slučaju da ugovorne strane nisu izabrale mjerodavno pravo.¹⁴⁶ Slijedom navedenog, nije nužno detaljnije se baviti pitanjem tumačenja kategorije vezivanja „transfer tehnologije“, već se drži dovoljnim napomenuti da se ona odnosi na razne oblike raspolaganja pravima industrijskog vlasništva (poput prijenosa i licencija) između pojedinih pravnih subjekata.¹⁴⁷

3.3.2.2. Uputa temeljem poveznice

Daljnja analiza odredbe čl. 20. t. 14. ZRSZ odnosi se na poveznicu „mjesto prebivališta odnosno sjedišta autora.“¹⁴⁸ Hrvatska teorija smatra da ova poveznica utjelovljuje u usporednom pravu široko prihvaćenu doktrinu karakteristične činidbe.¹⁴⁹ Prema doktrini karakteristične činidbe počiva na shvaćanju da određena činidba u ugovoru ispunjava gospodarsko-društvenu ulogu u nekoj državi, stoga se utvrđuje „funkcionalnom analizom“ pravnog odnosa o kojem je riječ. To je najčešće činidba

143 O „raspolaganju autorskim pravom“ govori Gliha u raspravi o pravnoj prirodi ugovora iz područja autorskog prava u okviru monističke koncepcije. I. GLIHA, *Autorsko pravo*, op. cit., str. 11. i 12.

144 Smatramo da bi se ova odredba trebala tumačiti i na način da se pod nju podvode i svi ugovori koji se odnose na raspolaganja autorskom srodnim pravima, prvenstveno zbog potrebe da se odredbama čl. 20. t. 14. i 18. ZRSZ cjelovito uredi ugovorna raspolaganja pravima intelektualnog vlasništva.

145 Vidjeti supra 2.3.1., posljednji odlomak.

146 O kvalifikacija kategorije vezivanja u prvom stupnju prema *lex fori* vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 174.

147 Vidjeti supra bilj 3.

148 Takvo rješenje usvaja i čl. 110. st. 3. u svezi s čl. 122. st. 1. švicarskog *LDIP* za sve ugovore o pravu intelektualnog vlasništva jer se određuje mjerodavnost prava države uobičajenog boravišta prenositelja prava, odnosno davatelja licencije.

149 Ovakvo tumačenje odgovara i stajalištu u hrvatskoj pravnoj književnosti, a što je moguće zaključiti *argumentum a contrario* jer se smatra, kako navodi Župan, da označavanje primatelja tehnologije kao osobe kojom se upućuje na mjerodavno pravo za ugovore o prijenosu tehnologije dolazi do odstupanja od doktrine karakteristične činidbe. M. ŽUPAN, op. cit., str. 186.

koja nije plaćanje, već primjerice predaja robe ili pružanje usluga.¹⁵⁰

Na primjeru ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu uočava se da na strani autora postoji obveza osnivanja prava iskorištavanja tog programa za stjecatelja, dok je na strani stjecatelja prisutna obveza plaćanja određene naknade, a nerijetko i obveza iskorištavanja računalnog programa.¹⁵¹ Slijedom funkcionalne analize ovih temeljnih protučinidaba moguće je doći do zaključka da je karakteristična činidba ona autora. S jedne strane, autor je u stvaranje djela uložio određeni intelektualni napor, vrijeme, a nerijetko i materijalna sredstva. S druge strane, stjecatelj nema mogućnost zakonitog korištenja toga djela bez dopuštenja autora.¹⁵² Dakle, svrha prijenosa imovinskog autorskog prava ili osnivanja za drugoga prava iskorištavanja nekog autorskog djela jest zadovoljenje potrebe za korištenjem računalnih programa pa bi karakteristična u društveno-gospodarskom smislu bila činidba autora. Nasuprot tomu, poglavito njemačka pravna teorija smatra da okolnosti da se radi o isključivom raspolaganju ili da se ugovara obveza iskorištavanja predstavljaju prevagu u korist stjecatelja kao ugovorne strane koja obavlja karakterističnu činidbu.¹⁵³ Navodi se, između ostalog, da je karakteristična činidba ona stjecatelja jer on preuzima poduzetnički i pravni rizik ulažući sredstva u komercijalizaciju predmeta zaštite.¹⁵⁴ Kritike ovom pristupu upućuju se poglavito zbog toga što se u prvom slučaju obveza stjecatelja ne mijenja u svojoj biti,¹⁵⁵ dok je u drugom slučaju samo djelo nužno da bi se iskorištavalo i ono autoru omogućava

150 Adolf F. SCHNITZER, *Handbuch des Internationales Privatrecht, II*, 4. izd., Basel, 1958., str. 52. i 53.; Benedetta UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè editore, Milano, 2008., str. 69. i 70.; Mario GIULIANO/Paul LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJ 31.10.1980, C 282, str. 1, str. 20.

151 Vidjeti supra 2.3.4.

152 U tom smislu François DESSEMONTET, *Les contrats de licence en droit international privé*, u: *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985., str. 450.; Yuko NISHITANI, *Contracts concerning intellectual property Rights*, u: Franco FERRARI/Stefan LEIBLE (ur.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München, 2009., str. 68.

153 Vidjeti primjerice E. ULMER, op. cit., str. 48.-51.; P. MANKOWSKI, op. cit., str. 138.; Axel METZGER, *Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the Current ALI Draft*, u: Jürgen BASEDOW/Joseph DREXL/Annette KUR/Axel METZGER (ur.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005., str. 63., 69. i dalje; Jacques RAYNARD *Droit d'auteur et conflits de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, LITEC, Paris, 1990., str. 564. i dalje. Dodatni razlozi koji se navode u prilog tome da je karakteristična činidba na strani stjecatelja jesu okolnosti da on u iskorištavanje predmeta zaštite ulaže materijalna sredstva i ljudske resurse. Giovanna MODIANO, *Le contact de licence de brevet*, Droz, Genève, 1979., str. 138.-141.

154 Tako u okviru nakladničkog ugovora M. JOSSELIN-GALL, op. cit., str. 377. i 378.

155 Mireille M. VAN EECHOU, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternatives to the Lex Protectionis*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003., str. 199.-201.; Y. NISHITANI, loc. cit.

stjecanje naknade iskorištavanjem.¹⁵⁶ Daljnje kritike polaze od toga što je obveza iskorištavanja, kao čimbenik presudan za određivanje mjerodavnog prava, utvrdiva samo prema materijalnom pravu pa to vodi cirkularnosti samog kolizijskopavnog postupka.¹⁵⁷

Opisani rezultat funkcionalne analize mogao bi se primijeniti i unutar Uredbe Rim I, koja odabirom svoje kolizijskopravne strukture uvelike nalikuje na ZRSZ. Uredba rješava pitanje podrednog ugovornog statuta na način da je prvo izdvojen popis od osam vrsta ugovora za koje su propisane posebne poveznice (čl. 4. st. 1.), koji međutim ne sadrži posebnu odredbu koja bi uređivala ugovore o raspolaganju pravima intelektualnog vlasništva.¹⁵⁸ Stoga se primjenjuje opća odredba koja upućuje na pravo države gdje se nalazi uobičajeno boravište osobe koja obavlja karakterističnu činidbu.¹⁵⁹ To znači da je tijelo primjene dužno utvrditi koja ugovorna strana obavlja karakterističnu činidbu. To je dužno činiti i kada je riječ o ugovorima o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu prema prethodno provedenoj funkcionalnoj analizi.

Povrh navedenog, Uredba Rim I u okviru popisa u čl. 4. st. 1. predviđa posebne odredbe za ugovor o distribuciji i ugovor o franshisi kojima se štite slabije ugovorne strane na način da se primjenjuje pravo distributera, odnosno primatelja franshise.¹⁶⁰ U okviru ovih dvaju vrsta ugovora nerijetko dolazi i do raspolaganja pravima intelektualnog vlasništva, poglavito žigom, znanjem i iskustvom, moguće patentnom, industrijskim dizajnom, a također i autorskim pravom uključujući onime na računalnom programu (zapravo *softwareom*). Moguće je zamisliti situaciju u kojoj francuski proizvođač automobila s hrvatskim distributerom zaključuje ugovor o distribuciji svojih vozila u kojem se, između ostalog, ugovara i osnivanje prava iskorištavanja računalnog programa koji je, imajući u vidu današnju tehnologiju koja se ugrađuje u automobile, nužan za servisiranje vozila. Postavlja se u okviru Uredbe Rim I pitanje je li takav ugovor: a) kao cjelina podvrgnut pravu na koje se upućuje temeljem odredbe za ugovore o distribuciji ili b) se cijepa pa je dio o osnivanju prava na računalnom programu podvrgnut pravu na koje se upućuje temeljem odredbe za taj ugovor, a to je opća odredba o karakterističnoj činidbi, dok je preostali dio ugovora podvrgnut pravu mjerodavnom za ugovor o distribuciji. U teoriji se predlaže prvo rješenje uz obrazloženje da je prijenos ili licencija prava intelektualnog vlasništva (pa i osnivanje prava iskorištavanja autorskog djela) samo sporedni sadržaj ovih ugovora, te da su poveznice opravdane jer štite slabiju ugovornu stranu i stoga što distributer

156 James J. FAWCETT/Paul L.C. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1998., str. 574.

157 Y. NISHITANI, loc. cit.

158 Takva odredba bila je uključena u čl. 4. st. 1. t. f) Prijedloga Uredbe Rim I i predviđala je da je mjerodavno pravo uobičajenog boravišta osoba koja prenosi na drugoga neko isključivo pravo.

159 Čl. 4. st. 2. Uredbe Rim I. Na doktrini karakteristične činidbe temelje se i ugovorne kolizijske odredbe zakona stranih država, primjerice čl. 28. njemačkog *EGBGB*; čl. 57. talijanskog *LDIP*; čl. 22. makedonskog *ZMPP*; čl. 20. slovenskog *ZMZPP*.

160 Čl. 4. st. 1. t. e) i f) Uredbe Rim I. Vidjeti Prijedlog Uredbe Rim I, op. cit., str. 5.

i primatelj franchise obavljaju značajne gospodarske aktivnosti razvijajući tržište i osiguravajući klijente.¹⁶¹ Slična je situacija i s ugovorom o pružanju usluga kada je riječ o osnivanju za drugu osobu prava iskorištavanja računalnog programa.¹⁶²

Ova pitanja dovode i do pitanja kvalifikacije ugovora o distribuciji, ugovora o franshisi i ugovora o pružanju usluga u okviru čl. 20. ZRSZ. Sukladno pojašnjenjima uz Uredbu Rim I, moguće je izvesti zaključak da se na ugovor o pružanju usluga koji u sebi sadrži i sporednu obvezu o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa primjenjuje odredba čl. 20. t. 2. ZRSZ koja se odnosi na „ugovor o djelu, odnosno ugovor o gradnji“ i propisuje mjerodavnost prava mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište poslenika (poduzimača). Kako će taj poslenik u pravilu biti i osoba koja za drugoga osniva pravo iskorištavanja računalnog programa, u tim slučajevima ne bi trebalo biti razlika u primjeni mjerodavnog prava u odnosu spram odredbe čl. 20. t. 14. ZRSZ.

Kod ugovora o distribuciji i franshisi stanje je drukčije jer ti ugovori nisu u popisu čl. 20. ZRSZ. Stoga se na njih primjenjuje opća odredba čl. 20 t. 20. ZRSZ koja glasi: „za ostale ugovore – pravo mjesta gdje se u vrijeme primitka ponude nalazilo prebivalište odnosno sjedište ponuditelja.“ Toj odredbi upućivane su opravdane teorijske kritike jer se uputa na pravo prebivališta odnosno sjedišta ponuditelja ne mora poklapati s pravom koje je u najužoj vezi s ugovorom. Povrh toga, u praktičnom smislu može biti izuzetno teško utvrditi tko je zapravo ponuditelj, a ako je to i moguće učestalo je to ishod puke slučajnosti.¹⁶³ Tome se ovdje dodaje i zamjerka cirkularnosti kolizijskopravnog upućivanja jer se poveznicom označava okolnost koja ovisi o materijalnom pravu (da bi se odredio ponuditelj potrebno je odrediti i je li određena komunikacija među stranama udovoljila uvjetu za ponudu) što pretpostavlja materijalnopravno zadiranje u bit spora prije određivanja mjerodavnog prava. Neki od ovih prigovora možda su bili i nadahnuće tijelu primjene kada se za ugovore, koji nisu u popisu, odlučilo zaobići uputu na prebivalište odnosno sjedište ponuditelja i

161 Y. NISHITANI, op. cit., str. 62.; Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, *Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights*, *Yearbook PIL*, 2008., str. 207.

162 Među tim ugovorima je i ugovor o pružanju usluga pod koji se, sukladno najnovijoj odluci Europskog suda pravde u okviru utvrđivanja međunarodne nadležnosti (ESP C-533/07 *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v Gisela Weller-Lindhorst*, vidjeti o tome Moritz BRINKMANN, *Der Vertragsgerichtsstand bei Klagen aus Lizenzverträgen unter der EuGVVO*, *IPRax*, br. 6, 2009., str. 487.-492.), ne može podvesti ugovor o osnivanju prava iskorištavanja računalnog programa. Iako ovu odluku valja uzeti u obzir u tumačenju odredbi Uredbe Rim I radi postizanja cilja koherentnosti pojedinih propisa međunarodnog privatnog prava Zajednice, u teoriji se ističe kako ponekad postoje ugovori o pružanju usluga u kojima se kao jedna od komponenata nalazi i raspolaganje nekim pravom intelektualnog vlasništva pa onda oni potpadaju pod posebnu odredbu za ugovore o pružanju usluga iz čl. 4. st. 1. t. b) Uredbe Rim I. Y. NISHITANI, op. cit., str. 62.-65.

163 Davor BABIĆ, *Određivanje mjerodavnog prava za ugovore u praksi Stalnog izabranog sudišta pri HGK*, *Hrvatska pravna revija*, br. 12, 2000., str. 159.; M. ŽUPAN, op. cit., str. 186.

primijeniti pravo određeno temeljem doktrine karakteristične činidbe.¹⁶⁴

Radi potpunosti pregleda navodi se da se mjerodavno pravo u konačnici određuje tako što se upućuje na neku od osobnih veza osobe koja obavlja karakterističnu činidbu: u slučaju ZRSZ to su prebivalište za fizičke osobe i sjedište za pravne osobe, a nikako i na mjesto gdje se obavlja karakteristična činidba.¹⁶⁵ Također, značajan je i dio odredbe koji rješava vremenski sukob zakona tako što određuje da će se upućivati temeljem mjesta prebivališta, odnosno boravišta u trenutku primitka ponude.¹⁶⁶

3.3.2.3. *Klauzula izuzeća*

Preostaje osvrnuti se i na posljednji dio odredbe čl. 20. ZRSZ kojom se propisuje „ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo“. U hrvatskoj pravnoj teoriji postoje različita mišljenja o tome kakva je priroda ove odredbe. S jedne strane, smatra se da se radi o upućivanju na pravo najbliže veze,¹⁶⁷ dok se prethodno izučavane odredbe koje počivaju uglavnom na karakterističnoj činidbi, primjenjuju samo alternativno. Prema tom stajalištu, redosljed radnji koje tijelo primjene provodi kada određuje mjerodavno pravo po čl. 20. je takav da se odredbe iz popisa od t. 1. do 20. primjenjuju samo nakon što se prethodno utvrdilo da posebne okolnosti ne vežu ugovor za neko drugo pravo.¹⁶⁸ Smatra se to u skladu s jezičnim i teleološkim tumačenjem odredbe.¹⁶⁹

Čini nam se, ipak da su izričaj i svrha odredbe takvi da opravdavaju drukčije gledište te da bi naprijed citirani dio odredbe čl. 20. ZRSZ trebalo smatrati klauzulom izuzeća (izbjegavajućom klauzulom).¹⁷⁰ Naime, ne čini se moguće provjeriti postoje li posebne okolnosti slučaja koje upućuju na drugo pravo ako prije toga nije utvrđeno koje je to „prvo pravo“. „Prvo pravo“ je upravo ono pravo na koje upućuje neka od odredbi s popisa u čl. 20. ZRSZ. Dakle, tek nakon utvrđenja koje je pravo „prvo“

164 TS Rijeka P-1176/2000 6.5.2003. citirano prema M. ŽUPAN, op. cit., str. 193.; SIS HGK IS-P-12/93 13.4.1993. te SIS HGK IS-P-5/93 24.5.1994. citirano prema K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str. 146.

165 Ovo se posebno napominje jer je SIS HGK u odluci IS-P-12/93 od 13.4.1993., supra bilj. 164., u nemogućnosti da podvede ugovor pod neku odredbu s popisa pogrešno primijenio doktrinu karakteristične činidbe jer je naveo da je „kao mjerodavno odredio hrvatsko pravo budući da je karakterističnu činidbu – proizvodnju robe i njenu isporuku te isporuku materijala i predaju opreme – trebalo izvršiti u Hrvatskoj.“ Postupajući na ovaj način arbitražno vijeće SIS HGK zapravo je primijenilo poveznicu mjesta ispunjenja ugovorne obveze (*lex loci solutionis*).

166 Zanimljivo je primijetiti da je za izuzetno ugovore o prijenosu tehnologije taj trenutak određen kao vrijeme sklapanja ugovora.

167 O rasprostranjenosti poveznice najbliže veze u hrvatskom pravu vidjeti M. ŽUPAN, op. cit., str. 25. i 26.

168 Petar ŠARČEVIĆ, *The New Yugoslav Private International Law Act*, *AJCL*, vol. 33, 1985., str. 293.

169 M. ŽUPAN, op. cit., str. 188.

170 O klauzuli izuzeća općenito vidjeti K. SAJKO, op. cit., str. 156.-160.; M. ŽUPAN, op. cit., str. 27. i dalje. Klauzula izuzeća postoji i u usporednom pravu, primjerice čl. 28. st. 5. njemačkog *EGBGB*, čl. 57. talijanskog *LDIP*, čl. 20. slovenskog *ZMPP* i svakako najpoznatija opća klauzula izuzeća u čl. 15. švicarskog *LDIP*, ali i novija u čl. 3. makedonskog *ZMPP*.

mjerodavno po predmnevi neke odredbe s popisa, moguće je tu predmnevu iskušati provjerom upućuju li posebne okolnosti na neko „drugo pravo“, te ako je odgovor potvrđan i oboriti ju u korist primjene tog „drugog prava“. S teleološkog aspekta promatrano, nije jasno koja bi bila svrha odredbi s popisa čl. 20. ZRSZ kada bi se mjerodavno pravo utvrđivalo primjenom poveznice najbliže veze.¹⁷¹ Izričaj uvodne rečenice čl. 20. ukazuje upravo na to da je njezin dio koji glasi: „ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo“ u funkciji klauzule izuzeća, da se redovita uputa kolizijskog pravila na određeno mjerodavno pravo korigira u slučaju da to pravo nije ujedno i pravo s kojim je predmetni odnos u najbližoj vezi.¹⁷² Primijenjeno na ugovore o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu, to znači da će tijelo primjene, ako nema izbora mjerodavnog prava, prvenstveno utvrditi koje je to pravo na koje upućuje odredba čl. 20. t. 14. ZRSZ te potom ispitujući sve odlučujuće okolnosti slučaja procijeniti ukazuju li one na primjenu nekog drugog prava.

Izučavanjem hrvatske prakse u primjeni čl. 20. ZRSZ dolazi se do zaključka da postoje određene teškoće s primjenom klauzule izuzeća. Naime, u kolizijskom dijelu obrazloženja nekih odluka razvidno je da se tijelo, koje je donijelo odluku, zadržava samo na jednostavnom utvrđenju da nema posebnih okolnosti slučaja koje upućuju na drugo pravo kao mjerodavno.¹⁷³ To se samo po sebi ne može smatrati dostatnim obrazloženjem jer ne sadrži razloge takvoj tvrdnji, odnosno analizu lokalizacije odlučujućih okolnosti u pojedinim državama da bi se utvrdilo postoji li značajna prevaga u korist drugog prava. Takve okolnosti mogu biti sve okolnosti slučaja koje su različite od poveznice iz odredbe s popisa kojom se utvrđuje „prvo“ mjerodavno pravo.¹⁷⁴ Primjerice, kod ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu te posebne okolnosti mogu biti sve osim prebivališta/sjedišta autora. Dakle pravo države na čiji se teritorij odnosi raspolaganje (što bi moglo biti ujedno i mjesto izvršenja ugovora), mjesto sklapanja ugovora, državljanstvo i uobičajeno boravište autora, državljanstvo, prebivalište i uobičajeno boravište, odnosno sjedište druge ugovorne strane, jezik na kojem je ugovor sastavljen, valuta plaćanja novčane obveze iz ugovora i drugo. Radi se o vrlo osjetljivom zadatku za tijelo primjene jer klauzula izuzeća predstavlja otklon od prava prebivališta odnosno sjedišta osobe koja obavlja karakterističnu činidbu (ovdje, autora) za koje zakonodavac predmnijeva da je najuže vezano za predmetni ugovor i

171 Zanimljivo je da Župan navodi da je najbliža veza iz prvog dijela odredbe čl. 20. ZRSZ tako skromno formulirana da je suci ne prepoznaju. M. ŽUPAN, op. cit., str. 194.

172 Tako djeluju i druge slične kolizijske odredbe za ugovorne odnose. Vidjeti primjerice Richard PLENDER/Michael WILDERSPIN, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2. izd., Sweet & Maxwell, London, 2001., str. 119. i dalje.

173 SIS HGK IS-P-15/96 15.9.1997.; SIS HGK IS-P-16/97 15.12.1998., navedeno prema K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str. 147. i 148. Vidjeti i praksu u M. ŽUPAN, op. cit., str. 192. i dalje.

174 Ovo se posebno ističe jer je u odluci SIS HGK IS-P-16/93 2.6.1994., navedeno prema K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str. 146. i 147., arbitražno vijeće držeći da postoje posebne okolnosti slučaja primijenilo ono pravo koje bi ionako bilo primijenjeno temeljem odredbe iz popisa, točnije odredbe čl. 20. t. 17. ZRSZ.

kao takva treba biti korištena samo u iznimnim slučajevima.

3.3.3. Doseg mjerodavnog prava

Općenito se za ugovorne odnose navodi da je doseg ugovornog statuta takav da se primjenjuje na pitanja, kao što su tumačenje ugovora i njegovih odredbi,¹⁷⁵ prava i obveze strana iz tog ugovora i njihovo ispunjenje, posljedice neispunjenja i zahtjevi koji stoje na raspolaganju ugovornoj strani koja potražuje nešto temeljem tog ugovora (zahtjev za ispunjenje ugovora, zahtjev za naknadu štete i drugo) u mjeri u kojoj su mogući prema postupovnom pravu države suda, posljedice ništetnosti ugovora, način prestanka obveza iz ugovora, uključujući zastaru i prekluziju, teret dokaza u mjeri u kojoj je propisan materijalnopравnim pravilima, a onda i materijalna valjanost ugovora (osim sposobnosti ugovornih strana) i formalna valjanost ugovora u kombinaciji s pravima nekih drugih država.¹⁷⁶ ZRSZ izrijekom propisuje takva pravila za zastaru potraživanja, formalnu valjanost (alternativno s pravom mjesta poduzimanja pravne radnje zbog načela *favor validitatis*),¹⁷⁷ određivanje trenutka od kada stjecateljja odnosno preuzimatelj pokretne stvari ima pravo na proizvode i plodove stvari te trenutka od kojeg snosi rizik u vezi s tom stvari, dok se iz dosega izuzima način predaje stvari i mjere koje se trebaju poduzeti ako preuzimanje stvari bude odbijeno.¹⁷⁸

Imajući u vidu navedena opća pravila, valja istaknuti da je problem razgraničenja dosega ugovornog statuta u području prava intelektualnog vlasništva dodatno otežan zbog načela teritorijalnosti tih prava koje uvjetuje da se određena suštinska pitanja vezana uz neko subjektivno pravo intelektualnog vlasništva ne mogu podvrgnuti ni

175 Vidjeti o primjeni načela *in dubio pro auctore* kod tumačenja ugovora o raspolaganju autorskim pravom na računalnom programu supra 2.3.2. i 2.3.3.

176 Vidjeti čl. 10.-12. i 18. Uredbe Rim I.

177 Alternativne poveznice prava mjerodavnog za pravnu radnju (*lex causae*) i mjesta gdje je pravna radnja poduzeta (*lex loci actus*) uobičajene su za oblik pravnog posla. Vidjeti čl. 11. Uredbe Rim I, čl. 11. njemačkog *EGBGB*, čl. 124. švicarskog *LDIP*, čl. 57. talijanskog *LDIP*; čl. 7. slovenskog *ZMPP* čl. 7. makedonskog *ZMPP*.

178 Čl. 7., 8., 22. i 23. ZRSZ. Glede oblika pravnog posla slične odredbe postoje i u čl. 11. njemačkog *EGBGB*, čl. 124. švicarskog *LDIP*, čl. 57. talijanskog *LDIP*; čl. 7. slovenskog *ZMPP* i čl. 7. makedonskog *ZMPP*.

pod koje drugo pravo osim pravo države zaštite.¹⁷⁹ U literaturi se nerijetko ukazuje na problem koji nastaje prilikom pokušaja razgraničenja dvovrsnih aspekata ugovora o raspolaganju pravom intelektualnog vlasništva, pa tako i prava iskorištavanja računalnog programa zaštićenog kao autorsko djelo.¹⁸⁰ Ti aspekti su: ugovorni te oni koji se odnose na samo pravo (ili kako se još nazivaju „stvarnopravni“).¹⁸¹

Tipična pitanja koja se odnose na samo pravo i izuzeta su iz primjene ugovornog statuta su: izvorno ovlaštenje na autorsko pravo i pitanje udovoljava li djelo autorskopravnoj zaštiti, potom trajanje prava, sadržaj isključivih ovlaštenja nositelja tog prava i ograničenja isključivih prava.¹⁸² Pored toga, postoje i druga pitanja koja se ne podvrgavaju ugovornom statutu (pitanje djelomične ili potpune prenosivosti prava, odnosno ovlaštenja koja čine njegov sadržaj, za sadašnja ili buduća djela, za ograničeni ili neograničeni teritorij, kao i pitanja formalne valjanosti pravnog posla kojime se odnosno pravo prenosi i učinaka prijenosa prema trećim osobama),¹⁸³ što se teorijskopravno može promatrati kroz usko određenje dosega ugovornog statuta ili djelovanje međunarodno prisilnih pravila. O potonjem više riječi u narednom poglavlju.

179 Vidjeti supra 3., uvodni tekst. Tu postoji poglavito u odnosu na autorsko pravo stajalište da u prilog primjeni prava države porijekla djela (*lex originis*) kada se odlučuje o tomu udovoljava li djelo pretpostavkama za autorskopravnu zaštitu i tko je njegov izvorni nositelj. Vidjeti Cour d'appel Paris, 14.3.1991., *JCP éd. G* 1992.-II, str. 21780.; Cour d'appel Paris, 9.2.1995., *RIDA* br. 166, 1995., str. 310.; *Sté Paneck c. Sté IBM Corp*, Tribunal de grande instance Paris, 16.5.1997., *RDPI* vol. 77, 1997., str. 46 (primijenjeno je englesko pravo za utvrđivanje originalnosti djela); *Itar-Tass News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F. 3d 82 (2d Cir. 1998); *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 25 F. Supp.2d 421 (SDNY 1998); 36 F. Supp.2d 191 (S.D.N.Y. 1999). Vidjeti i zanimljivu odluku u predmetu *Bodley Head, Ltd v. Flagon*, 1 WLR. 680, 688 (1972) gdje je primijenjeno švicarsko pravo, (a ne rusko ili pravo Ujedinjenog Kraljevstva) na spor koji se odnosio na knjigu Soljenitzina iz kolovoza 1914. Navedeno prema, François DESSEMONTET, *Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace*, dostupno na <<http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Conflict%20of%20Laws%20in%20Cyberspace.pdf>> (posljednji posjet 12.12.2009.), str. 14. i 15., bilj. 25.

180 André LUCAS/Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2. izd., Litec, Paris, 2001., str. 769.; J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, str. 325. i dalje.

181 Vidjeti primjerice Mireille M.M. VAN EECHOUD, *op. cit.*, str. 193. i dalje; E. ULMER, *op. cit.*, str. 44.-46.

182 Za razliku od europskih država gdje se čl. 9. st. 1. Direktive o računalnim programima propisuje da je svako raspolaganje pravima kojima se ograničavaju isključiva ovlaštenja nositelja autorskog prava na računalnom programu ništetna, sudska praksa u SAD uglavnom je na stajalištu da su pitanja ograničenja isključivih ovlaštenja dispozitivna pravila i da je njima moguće ugovorno raspolagati. E. TREPPOZ, *op. cit.*, str. 196.-200.

183 Tako primjerice E. ULMER, *op. cit.*, str. 46. i dalje; E. TREPPOZ, *op. cit.*, str. 349. i dalje.

3.3.4. Javni poredak i međunarodno prisilna pravila

Nije moguće u okviru ovog rada iscrpno obraditi sva opća pitanja međunarodnog privatnog prava,¹⁸⁴ pa je zato pozornost usmjerena na ona koja su za ovu temu najznačajnija, a to su utjecaj javnog poretka na mjerodavno pravo te međunarodno prisilnih propisa.

Pravo strane države koje je određeno temeljem stranačke autonomije ili podredne objektivne poveznice, odnosno klauzule izuzeća može po svojim učincima biti nespojivo s temeljnim vrijednostima koja se štite u domaćem pravnom poretku. U takvom slučaju moguće je, koristeći se institutom javnog poretka, otkloniti primjenu stranog mjerodavnog prava i primijeniti domaće pravo.¹⁸⁵ Radi se o, tzv. međunarodnom javnom poretku (a ne domaćem) jer obuhvaća samo ona načela koja su od tolike važnosti da imaju djelovanje i u slučajevima s međunarodnim obilježjem na način da uklanjaju primjenu mjerodavnog prava radi vlastite zaštite. Glede sadržaja tih pravila bitno je imati na umu relativnost javnog poretka. Stoga je sud dužan definirati javni poredak sukladno onom poimanju koje postoji u njegovoj državi u vrijeme donošenja odluke.¹⁸⁶ Nadalje, da bi se odredba mogla primijeniti potrebna je protivnost učinka primjene stranog pravila javnom poretku, a ne protivnost pravila *per se*.¹⁸⁷ Također se zahtijeva postojanje veze s pravim poretkom države suda koja mora biti dostatno jaka da opravdava djelovanje javnog poretka (njem. *Inlandsbeziehung*).¹⁸⁸ Prilikom donošenja odluke sud po službenoj dužnosti pazi na poštivanje javnog poretka.¹⁸⁹

Kako bi djelovala odredba o javnom poretku može se prikazati na jednostavnom primjeru ugovora sklopljenog na engleskom jeziku u državi X kojime se raspolaže autorskim pravom na računalnom programu gdje ugovorne strane nisu izabrale mjerodavno pravo, s time da autor ima prebivalište u državi X, a stjecatelj ima prebivalište u Hrvatskoj. Predmetni računalni program omogućava korisniku probijanje zaštite elektronske pošte lozinkom (što nije nezakonito prema pravu države X). Ako bi se spor vodio pred hrvatskim sudom protiv autora na ispunjenje ugovora,

184 Ovdje se još dodatno napominje da su upućivanje dalje i uzvraćanje na polazno pravo (*renvoi*) isključeni kada su u pitanju ugovorni odnosi, pa se uvijek primjenjuje materijalno pravo države na koje upućuju kolizijska pravila. Vidjeti P. ŠARČEVIĆ, *The New Yugoslav Private International Law*, op. cit., str. 287.; B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1953., str. 73.; Natko KATIČIĆ, *Međunarodno privatno pravo – bilješke s predavanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1979., str. 35.

185 ČL. 4. ZRSZ. Vidjeti B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 88.; K. SAJKO, op. cit., str. 254. U usporednom pravu također se normira javni poredak: čl. 21. Uredbe Rim I, čl. 6. njemačkog *EGBGB*, čl. 17. švicarskog *LDIP*, čl. 57. (a i 16.) talijanskog *LDIP*; čl. 5. slovenskog *ZMPP* čl. 5. makedonskog *ZMPP*.

186 B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 80. O relativnosti javnog poretka u hrvatskoj pravnoj književnosti vidjeti BOSNIĆ, P., *Hrvatsko međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 47.

187 B. EISNER, *Međunarodno privatno pravo, Knjiga I.*, op. cit., str. 77.; K. SAJKO, op. cit., 2005., str. 259.

188 Ibid., str. 256.-259.

189 Ibid., str. 264.

prema ZRSZ bi se trebalo primijeniti pravo države X. Hrvatski sud bi u ovom slučaju imao razloga otkloniti primjenu prava države X zbog protivnosti javnom poretku budući da je u Hrvatskoj Ustavom zajamčeno ljudsko pravo na slobodu i tajnost dopisivanja.¹⁹⁰

Od nešto većeg praktičnog značaja u autorskom ugovoru pravo su međunarodno prisilna pravila (pravila neposredne primjene, engl. *overriding mandatory rules*, *internationally mandatory rules*, njem. *Eingriffsnormen*, franc. *loi de police*, *règles d'application immédiate*).¹⁹¹ Tu se radi o izravnoj primjeni materijalnih pravila koja su međunarodno prisilne prirode na neko sporno pitanje, a da se pritom uopće ne ulazi u kolizijskopravno upućivanje. Hrvatsko pravo ne poznaje određenje međunarodno prisilnih pravila pa za tu svrhu može se koristiti određenje iz čl. 9. st. 1. Uredbe Rim I prema kojoj su to pravila čije se poštivanje smatra u tolikoj mjeri ključnim od strane neke države za očuvanje njezinog političkog, društvenog ili gospodarskog ustrojstva da su primjenjiva na bilo koju situaciju koja potpada pod njezin domašaj, bez obzira na pravo inače mjerodavno za ugovor. Iako u usporednom pravu postoje odredbe koje izrijeком omogućavaju primjenu ili uzimanje u obzir međunarodno prisilnih pravila,¹⁹² takve odredbe nisu nužne da bi pravila neposredne primjene bila primijenjena upravo zbog njihove prisilnosti.¹⁹³ Najčešće se govori o primjeni međunarodno prisilnih pravila države suda, ali i onih pravila koja su dio mjerodavnog prava, ili pak prava neke treće države s kojom pravni odnos ima određenu usku vezu.¹⁹⁴

Pitanje identifikacije ovih pravila izuzetno je osjetljivo, poglavito zato što zakonodavac uobičajeno ne propisuje takvo svojstvo ovih nadprisilnih pravila, već ga treba dokučiti tumačenjem svake pojedine odredbe. Ovdje se navodi samo nekoliko primjera iz hrvatskog prava. Svakako najvažnija pravila koja se smatraju međunarodno prisilnima su ona o sadržaju te neprenosivosti *inter vivos* moralnih prava autora.¹⁹⁵ To je više puta potvrdio francuski sud, pa tako i u predmetu po tužbi zbog povrede moralnih prava koju su podnijeli nasljednici filmskog redatelja, a koji prema mjerodavnom pravu SAD nisu imali aktivnu legitimaciju jer je po pravu SAD nositelj svih prava na tom filmu bio američki filmski studio. Sud je na sporno

190 Čl. 36. Ustava Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01 i 55/01 (dalje: Ustav RH).

191 Vidjeti više i vidjeti upute u Ivana KUNDA, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka Law Faculty, Rijeka, 2007.; ID., *Međunarodno prisilna pravila: određenje pojma u europskom ugovornom međunarodnom privatnom pravu*, u: Maja KOSTIĆ-MANDIĆ (ur.), *V. konferencija međunarodnog privatnog prava: Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora, 18.-20. listopada 2007., Bečići, Crna Gora*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2008., str. 254.-282.

192 Vidjeti primjerice čl. 9. st. 2. i 3. Uredbe Rim I, čl. 34. njemačkog *EGBGB*, čl. 18. švicarskog *LDIP*, čl. 57. (a i 17.) talijanskog *LDIP* i čl. 14. makedonskog *ZMPP*.

193 P. ŠARČEVIĆ, op. cit., str. 131.

194 Opseg ovog rada ne dopušta detaljniju analizu ovog pitanja pa se upućuje na supra bilj. 191.

195 Čl. 14.-17. i 42. ZRSZ.

pitanje primijenio francuska pravila navevši da osoba koja je autor djela, samim njegovim stvaranjem, stječe moralno pravo propisano u njegovu korist te da je to međunarodno prisilno pravilo koje se primjenjuje bez obzira na inače mjerodavno pravo.¹⁹⁶ Ovakav pristup može se opravdati time što se odredbama o moralnim pravima štite za zajednicu ključni elementi društvenog ustrojstva države: jedinstvena osobna veza između autora i njegovog djela, a u okviru šire funkcije autorskih prava čije priznavanje može biti vrlo učinkovito sredstvo ostvarivanja ciljeva kulturne i inovacijske politike jedne države.

Kada bi se izučavala posebna pravila, koja se primjenjuju na računalne programe, tada bi se moglo reći da su u hrvatskom pravu određena pravila o iznimkama od isključivih ovlaštenja (izrada sigurnosnog primjerka i promatranje, proučavanje i ispitivanje rada programa)¹⁹⁷ te pravila o dekompiliranju međunarodno prisilne naravi i da se njihova primjena uvijek zahtijeva po samom zakonu ako se spor vodi pred hrvatskim sudom. Iako to za navedene dvije vrste isključenja donekle proizlazi iz odredbe koja navodi da je svaki ugovorni uglavak protivan tim odredbama ništetan,¹⁹⁸ potrebno je i dodatno propitati svrhu ovih odredbi. U vezi s izuzetkom, koji se odnosi na izradu sigurnosnog primjerka, valja istaknuti da je ta radnja tehnički nužna za redovito korištenje programa te da bi zabrana izrade sigurnosnog primjerka bila bi suprotna svrsi samog ugovora. U odnosu na proučavanje i ispitivanje rada programa u okviru dopuštenih radnji iskorištavanja s ciljem utvrđivanja ideja i načela na kojima počiva može se smatrati bitnim elementima u ravnoteži interesa koji se štite u autorskom pravu: pored autorovih, zaštitu treba osigurati i interesima javnosti na pristup idejama i znanju koji omogućavaju daljnji tehnološki napredak. Iako, za razliku od Direktive o računalnim programima koja ništetnim označava i ugovorne uglavke koji onemogućavaju dekompiliranje u propisanim okolnostima, ZAPSP ne predviđa nikakvu sankciju za ugovorno raspolaganje suprotno odredbama čl. 111. ZAPSP. Navedene radnje dekompiliranja izuzete iz isključivih ovlaštenja autora presudne su za interoperabilnost dvaju računalnih programa. Svrha tog izuzeća je održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja među proizvođačima računalnih programa.¹⁹⁹ Budući da su znanstveni i tehnološki napredak, kao i tržišno natjecanje bitni elementi hrvatskog društvenog i gospodarskog ustrojstva,²⁰⁰ ova se pravila mogu smatrati međunarodno prisilnim pravilima.

Za razliku od toga, odredbe koje se odnose na zaštitu potrošača iz ZZP zakonodavac nije označio kao međunarodno prisilna pravila, koja se primjenjuju bez

196 *Cour de cassation*, Ch. civ. 1er, *Huston c. La Cinq S.A.*, 28.5.1991., *RCDIP*, 1991., str. 752. Više vidjeti Jane C. GINSBURG/Pierre SIRINELLI, *Authors and Exploitations in International Private Law: The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy*, *Colum.-VLA J.L. & Arts*, vol. 15, 1991., str. 135.-160.

197 Čl. 110. st. 2. i 3. ZAPSP.

198 Čl. 110. st. 4. ZAPSP.

199 Tako E. TREPOZZ, op. cit., str. 356. ograničavajući se samo na odredbu o dekompiliranju kao međunarodno prisilnom pravilu.

200 Vidjeti čl. 68. i 49. Ustava RH. I same zakonske odredbe kojima se uređuju pitanja tržišnog natjecanja mogu predstavljati međunarodno prisilna pravila.

obzira na inače mjerodavno pravo, već samo kao pravila koja se primjenjuju bez obzira na pravo koje je mjerodavno zbog izbora ugovornih strana i to samo pod uvjetom da se radi o potrošaču koji ima boravište u Hrvatskoj i da bi se izborom mjerodavnog prava lišio zaštite koju uživa prema prisilnim pravilima ZZP.²⁰¹ Ipak, neka od ovih pravila iz ZZP mogla bi doseći i kvalitetu međunarodno prisilnih pravila kada bi se moglo pokazati da ona ne smjeraju samo zaštititi potrošača kao slabije ugovorne strane, već da su ključna za zaštitu gospodarske, društvene ili političke organizacije hrvatske države.

3.3.5. *Potrošački ugovori*

Kao što je prethodno bilo spomenuto, brojni ugovori koji se odnose na raspolaganja autorskim pravom na računalnom programu su potrošački ugovori pa im je zaštita pružena na materijalnoj razini. U hrvatskom pravu, međutim, nije uspostavljen kolizijskopравни sustav zaštite potrošača kakav primjerice postoji u Europskoj uniji. Sve ugovore, bili one građanskopravni, trgovački ili potrošački, ZRSZ uređuje na jednak način. Postoji u okviru ZZP, spomenuti mehanizam zaštite od izbora stranog mjerodavnog prava koje bi potrošača s uobičajenim boravištem u Hrvatskoj stavilo u lošiji položaj od onog koji ima prema hrvatskom pravu. To ipak ne rješava položaj onih potrošača čije je uobičajeno boravište izvan Hrvatske, kao niti okolnosti u kojima ne postoji izbor mjerodavnog prava.

Usporedbe radi ovdje se samo kratko navode rješenja iz čl. 6. Uredbe Rim I. Radi zaštite interesa potrošača i na kolizijskopravnoj razini uspostavljena su pravila koja se primjenjuju samo na ugovore koji proizlaze iz trgovačke ili profesionalne djelatnosti koju druga ugovorna strana provodi u državi uobičajenog boravišta potrošača ili bilo kojim sredstvima usmjerava prema toj državi.²⁰² Takav ugovor može biti podvrgnut izabranom mjerodavnom pravu, ali u mjeri u kojoj taj izbor ne lišava potrošača zaštite koju mu pružaju prisilna pravila onog prava koje bi bilo mjerodavno da nema stranačkog izbora. Pravo koje se primjenjuje na prethodno opisane potrošačke ugovore, u slučaju da ugovorne strane nisu iskoristile mogućnost izbora mjerodavnog prava, pravo je države uobičajenog boravišta potrošača. Postavlja se pitanje je li potrebno i u hrvatsko pravo *de lege ferenda*, uvesti na razini kolizijskih pravila zaštitu interesa potrošača kao slabije ugovorne strane,²⁰³ posebice s obzirom na to da će pravila iz Uredbe Rim I biti primjenjiva neposredno i u Hrvatskoj danom ulaska u Europsku uniju.

201 Vidjeti supra 3.3.1.

202 Izuzeci od primjene ovog članka postoje za određene vrste ugovora. Vidjeti čl. 6. st. 4. Uredbe Rim I.

203 Takav prijedlog, doduše, već zastario zbog naknadnih izmjena europskog prava iz kojeg je preuzet, vidjeti u K. SAJKO/H. SIKIRIĆ/V. BOUČEK/D. BABIĆ/N. TEPEŠ, *Izvori*, op. cit., str.

4. Zaključak

Računalni programi predstavljaju tehnološki standard u današnjem svijetu, no rastuća potreba za njihovim razvojem i usavršavanjem povezana je sa znatnim ljudskim, tehničkim i financijskim ulaganjima koji stoga opravdavaju zaštitu pravom intelektualnog vlasništva. Zaštita računalnog programa kao autorskog djela donosi određene posebnosti kada je u pitanju raspodaganje, koje ponajviše slijede iz različitog poimanja autorskog prava od jednog do drugog pravnog poretka. Hrvatsko autorsko pravo počiva na učenju o monističkoj prirodi autorskog prava smatrajući subjektivno autorsko pravo jedinstvenim i neprenosivim, osim izuzetno. Raspodaganje je moguće samo u odnosu na imovinsku komponentu autorskog prava, pa tako i za autorsko pravo na računalnom programu. Propisani oblik takvog raspodaganja je osnivanje prava iskorištavanja računalnog programa u korist stjecatelja. U praksi se vrlo rijetko nalazi slučaj takvog izoliranog raspodaganja. Kada su u pitanju složeniji oblici ugovora tada se to osnivanje prava iskorištavanja na računalnom programu javlja kao ključni segment uz dodatno raspodaganje – ugovor o prodaji primjerka *softwarea* ili ugovor o distribuciji *softwarea*.

Opisana situacija pretpostavlja pažljivu analizu svih aspekata takvih ugovora kako bi se jasno razgraničila autorskopravna pitanja i pitanja prodaje, distribucije i slično. Dalje se postavlja i pitanje koja pravila nadopunjuju nepotpuno uređenje osnivanja prava iskorištavanja računalnog programa u okviru posebnih autorskopравниh propisa. Iz analize pravne prirode ovog ugovora proizlazi da se prvenstveno primjenjuju posebna pravila o računalnim programima u ZAPSP, a potom opća pravila o ugovorima o raspodaganju autorskim pravom, također u ZAPSP. U dijelu koji je ostao neuređen ovim posebnim propisom primjenjuju se opća pravila obveznog prava i opća pravila koja se primjenjuje na ugovorne odnose iz ZOO (ne i pravila koja se odnose na ugovore o licencijama), pri čemu valja obratiti pozornost na okolnost je li riječ o trgovačkom ugovoru ili ne. Ako se pak radi o potrošačkom ugovoru, valja primijeniti odredbe iz ZZP koje imaju prednost pred konkurentnim odredbama iz ZOO.

Zbog svoje prirode računalni program učestalo je predmet prekograničnog pravnog prometa. To otvara pitanje mjerodavnog prava za takve ugovore. U hrvatskom pravu ta pitanja riješena su u ZRSZ budući da međunarodne konvencije ne sadrže takva kolizijska pravila. U skladu s ugovornom prirodom samog pravnog odnosa koji nastaje raspodaganjem autorskim pravom na računalnom programu, prvenstveno mjerodavno pravo jest ono koje su ugovorne strane izabrale, izrijeком ili prešutno. U nedostatku stranačkog izbora, mjerodavno pravo za ovu vrstu ugovora je pravo prebivališta, odnosno sjedišta autora, što se prema tradicionalnoj koncepciji smatra sukladnom doktrini karakteristične činidbe, dok se danas o tome vode duboke teorijske rasprave. ZRSZ omogućava tijelu primjene ispraviti moguću pogrešku do koje dovodi primjena poveznice prebivališta, odnosno sjedišta autora, tako što će se primijeniti neko drugo pravo na koje ukazuju posebne okolnosti odnosnog slučaja. Naposljetku, valja podcrtati i to da su materijalna pravila kojima se uređuje autorsko pravo, pa tako i ono na računalnim programima, daleko od toga da bi bila lišena vrijednosnih

temelja i u njih zakonodavac ugrađuje određena načela kojima se postižu različite društveno-gospodarske svrhe. Kada su te svrhe od ključne važnosti za određenu državnu zajednicu, tada pravo koje je inače mjerodavno mora ustupiti mjesto, ili domaćem pravu u cjelini, ili pojedinim domaćim pravilima pa se prema tomu radi o djelovanju mehanizma javnog poretka ili međunarodno prisilnih pravila.

Summary

TRANSACTIONS CONCERNING THE COPYRIGHT IN COMPUTER PROGRAMS: SUBSTANTIVE AND CONFLICT OF LAWS ASPECTS

Computer program is a sort of copyrighted works which brought certain specific features in conceptualising the level of originality needed for meriting copyright protection. Based on the harmonisation of copyright laws in the EU Member States, the concept of originality in civil law has significantly approached to the concept of originality in common law which does not require creativity in creating intellectual product. EU law instruments and Croatian laws harmonised with it, contain only some rules on transactions concerning the computer programs, whereas the general obligation laws are pertinent in the remaining part, distinguishing between rules on civil, commercial and consumer contracts. Conglomerate of different rules regulating transactions involving copyrighted computer programs are not separated without difficulty, but such separation is of crucial importance for correct application of substantive laws as well as conflict rules in case of cross-border contracts.

Conflict of laws approach to the issue of copyright transactions has undergone transformations in the past, while today the primary connection is made by the parties' choice of applicable law, both in Croatian private international law, and in comparative law including the EU law. In the absence of the parties' choice, the connecting factor is, as is the case with contracts in general, inspired by the doctrine of the characteristic performance, where the question as to the which performance is characteristic remains highly debated. In determining the applicable law, one has to be mindful of the delineation between two sorts of issues related to a copyright contract: purely contractual issues and those which concern the right as such, the latter being excluded from the application of the *lex contractus* due to territoriality principle. Likewise, special attention has to be paid to the consumer-protective rules in determining the applicable law for consumer copyright contracts.

Key words: *copyright (author's right), computer program, contract, private international law (conflict of laws).*

Riassunto

**DISPOSIZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE SU PROGRAMMA
INFORMATICO – LINEAMENTI/ASPETTI DI DIRITTO
SOSTANZIALE E DI CONFLITTO DI LEGGI**

Il programma informatico rappresenta un genere di opera dell'ingegno, la quale ha introdotto determinate peculiarità circa il modo di concepire il grado di originalità alla stregua di presupposto volto all'ottenimento della protezione del diritto d'autore. Quale conseguenza dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea in materia di diritto d'autore, il concetto di originalità noto nell'Europa continentale s'è avvicinato in maniera significativa al concetto anglosassone di originalità, il quale ultimo non richiede necessariamente la presenza della creatività nel compimento dell'opera intellettuale. Le disposizioni del diritto europeo, come pure del diritto croato che è conforme al primo, contengono soltanto alcune regole riguardanti la disposizione patrimoniale dei programmi informatici; mentre, nella restante parte si applicano le disposizioni della legge che regola i rapporti obbligatori, differenziando le regole che si riferiscono rispettivamente ai contratti civili, commerciali e dei consumatori. Spesso è difficile discernere il conglomerato di differenti regole che si riferiscono alle disposizioni patrimoniali del programma informatico, quale diritto d'autore; ciò nondimeno, tale distinzione è di importanza decisiva ai fini di una corretta applicazione sia del diritto sostanziale, che delle norme sul conflitto di leggi, allorquando si tratti di contratti internazionali.

L'approccio internazionalprivatistico relativo alla disposizione del diritto d'autore ha scorto l'avvicinarsi nel corso della storia di diversi stadi; oggi è rivolto principalmente all'applicazione del diritto prescelto dalle parti, e ciò non rappresenta soltanto la tendenza del diritto internazionale privato croato, ma così è anche nel diritto comparato e nel diritto comunitario. In mancanza di una scelta precisa della parte, solitamente il collegamento viene ricercato, similmente a quanto accade negli altri rapporti contrattuali, nella dottrina che sostiene la prestazione caratteristica, pur non essendo affatto pacifico che cosa s'intenda con il concetto medesimo di prestazione caratteristica. Nell'individuare il diritto applicabile è opportuno scorgere anche il problema della distinzione dei due diversi aspetti del contratto di disposizione del diritto d'autore: gli aspetti puramente contrattuali e gli aspetti che si riferiscono al diritto come tale, giacché sono esclusi dall'applicazione della *lex contractus* in ragione del principio di territorialità del diritto di proprietà intellettuale. Nell'individuazione del diritto applicabile ai contratti di disposizione del diritto d'autore, va dedicata, altresì, particolare attenzione alle regole che si riferiscono alla tutela del consumatore.

Parole chiave: *diritto d'autore, programma informatico, contratto,
diritto internazionale privato*

PRIMJENA NAČELA DOBRE VJERE U POREZNO POSTUPKU – NEUSPJELI POKUŠAJ UVOĐENJA INSTITUTA OBVEZUJUĆE INFORMACIJE U HRVATSKO POREZNO PRAVO

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.2::35.077.3(497.5)
Ur.:23. prosinca 2009.
Pr.: 19. siječnja 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U hrvatsko je porezno pravo načelo postupanja u dobroj vjeri prvi put uvedeno 2001. godine. Tadašnji zakonski okvir uvedenog instituta - dobre vjere u poreznom postupku nije sadržavao odredbe koje bi preciznije određivale sadržaj pojma ili kriterije za ocjenu takvog postupanja. Supsidijarni su izvor prava jednako bili skromni. Donošenje novog Općeg poreznog zakona 2008. godine je dalo naslutiti da se mijenja pristup uređenju instituta s namjerom potpunijeg i jasnijeg uređenja već postojećeg porezno pravnog instituta – postupanja u dobroj vjeri. Zakon propisuje donošenje provedbenih propisa o načinu primjene propisanog načela što je glavni razlog opravdanih očekivanja struke - o uvođenju instituta obvezujuće informacije u oporezivanju. Institut obvezujuće informacije možemo smatrati potvrdom primjene načela postupanja u dobroj vjeri. Na žalost, analizom podzakonskog propisa donesenog s ciljem provedbe načela postupanja u dobroj vjeri ne dolazi do očekivanog zaključka. Kako se radi o institutu prisutnom u poreznim zakonodavstvima i praksi iznimno velikog broja zemalja ukazuje se na neophodno osuvremenjivanje hrvatskog poreznog postupka.

Ključne riječi: *hrvatsko porezno postupovno pravo, načelo postupanja u dobroj vjeri, obvezujuća informacija.*

1. Uvodno razmatranje

Pravna je sigurnost jedan od ključnih elemenata svakog dobrog poreznog sustava. Ono što je ponekad teško ostvariti jeste upravo primijeniti dobro strukturirani porezni sustav u praksi, odnosno realizirati ga. Jedan je od zahtjeva, koji se postavlja pred kreatora pravnih sustava, svakako i zahtjev koji traži da se pravna pravila ne smiju mijenjati (pre)često. Takav je zahtjev u području poreznoga prava posebno naglašen. Poznato je porezno pravilo prema kojemu su „stari porezi dobri porezi“. No, promjene su u društvenom životu, a posebice u porezno relevantnom gospodarskom ponašanju građana i poreznih obveznika prisutne i događaju se gotovo svakodnevno. Stoga je teško tako dinamične i promjenljive pojave ekonomske aktivnosti podvesti pod neka tradicionalna ili neosuvremenjena porezna pravila. Tumačenje i primjena vrlo detaljnih i često subspecijalnih pravila poreznoga prava je nezahvalna zadaća. To je zadatak, poglavito, porezne administracije koja ima primijeniti porezne propise. Jedan od pogodnih instrumenata, koji bi trebao pridonijeti konzistentnosti u primjeni poreznih propisa, ali i pravnoj sigurnosti poreznih obveznika nalazimo u postupku primjene načela postupanja u dobroj vjeri. U primjeni je tog načela kreiran jedan „instrumentarij“ gdje pod tim pojmom podrazumijevamo prvenstveno institut obvezujuće informacije - koja može biti pojedinačna, ili individualna te opća, ili javna obvezujuća informacija (mišljenje). Uobičajeno je koristiti pojam obvezujuće informacije u smislu pojedinačne ili individualne obvezujuće informacije, pa ćemo se i mi u radu prikloniti navedenom. U svrhu razlikovanja navedenih instituta javnu ili opću obvezujuću informaciju ćemo označiti kao mišljenje.

U tom smislu, uvodno bi mogli pokušati odrediti institut obvezujuće informacije kao tumačenje odredbi poreznih zakona od strane poreznih tijela pri čemu je tumačenje obvezno za porezno tijelo, pod pretpostavkom da se činjenice i okolnosti, na kojima se temelji dana informacija, nisu promijenile. Pri tomu je povod donošenju obvezujuće informacije formalni zahtjev poreznog obveznika, koji mora imati za predmet pitanje primjene poreznih pravila na planiranu, buduću oporezivu transakciju ili aktivnost.

Kako institut obvezujuće informacije predstavlja jedan od temelja u demokratizaciji poreznog postupanja, u nastavku ćemo pokušati odgovoriti na pitanje je li taj institut uveden u hrvatsko porezno pravo.

U tu svrhu analiziramo hrvatsko porezno pozitivno zakonodavstvo te prikazujemo odabrana komparativna zakonodavstva koja imaju pozitivna iskustva u primjeni predmetnog instituta.

2. Pravni okvir primjene načela postupanja u dobroj vjeri i uvođenja instituta obvezujuće informacije

U Republici Hrvatskoj načelo postupanja u dobroj vjeri kao načelo poreznog postupovnog prava uređuje Opći porezni zakon u poglavlju II pod naslovom „Načela oporezivanja.“¹ U navedenom se poglavlju tako uređuju osnovna načela kao pravila koja se odnose na porezno-pravni odnos. To nisu pravila koja bi bila upućena našem zakonodavcu kao kreatoru poreznog sustava, već se radi o pravilima koja se odnose kako sudionike porezno-pravnog odnosa, poglavito na porezno tijelo i porezne obveznike. U poglavlju su posebno istaknuti naslovi: Primjena poreznih propisa,² Postupak poreznih tijela, Pravo na očitovanje, Obveza čuvanja porezne tajne, Obveza postupanja u dobroj vjeri, Gospodarski pristup te Prividni pravni poslovi.

U istom se poglavlju zakona pod naslovom Postupak poreznih tijela uređuju načelo zakonitosti, načelo oficijoznosti,³ načelo pomoći strankama u postupku, načelo obavještavanja (informiranja) poreznih obveznika te načelo službenog jezika.

U svakom je pravnom području načelo zakonitosti posebno naglašeno kao načelo od iznimnog značaja. U ovome se kontekstu načelo zakonitosti uređuje kao postupovno načelo. Naime, materijalnopravno gledano, ovo načelo u poreznom pravu znači da nema poreza bez zakona, jer jedino propisom tog ranga porez i njegovi bitni elementi mogu biti uređeni. U procesnom se smislu načelo zakonitosti odnosi na postupak utvrđivanja prava i obveza iz porezno-pravnog odnosa.⁴

U istom se dijelu OPZ-a utvrđuje načelo pomoći strankama u postupku kao obveza poreznog tijela na upoznavanje poreznih obveznika i drugih sudionika u porezno-pravnom postupku s njihovim pravima i obvezama u postupku.⁵

Radi se o obvezi poreznog tijela, prema kojoj ono u postupku, koji se vodi pred tim tijelom, treba upozoriti poreznog obveznika, kako na prava, tako i na obveze koje za njega u tom postupku proizlaze ili mogu proizaći.

Pored navedenoga, uređena je obveza poreznih tijela na izgradnju sustava informiranja poreznih obveznika koji treba poslužiti upoznavanju poreznih obveznika sa svim relevantnim propisima iz područja poreznog prava. Naime, Zakon govori o obvezi poreznog tijela uspostaviti sustav informiranja s ciljem jedinstvenog i lakšeg

1 Opći porezni zakon, NN, br. 147/08., na snazi i u primjeni od 01. siječnja 2009., izuzev odredbi iz glave VIII. i IX. koje stupaju na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji, (dalje u tekstu: OPZ).

2 Odredbom se pod naslovom Primjena poreznih propisa uređuje načelo zabrane retroaktivne primjene poreznih propisa. Utvrđeno je da se u postupku oporezivanja imaju primijeniti propisi koji su bili na snazi u vrijeme nastanka činjenica bitnih za oporezivanje, tj. činjenica na kojima se temelji oporezivanje. Vidi, OPZ, čl. 5.

3 Načelom je oficijoznosti određeno da je porezno tijelo dužno utvrđivati sve činjenice bitne za donošenje zakonite i pravilne odluke, pri čemu se to odnosi, naravno, i na one činjenice koje idu u prilog poreznog obveznika. Vrstu i opseg postupovnih radnji, koje će se pri tome provoditi određuje porezno tijelo. Vidi, čl. 6. st. 2.

4 Vidi, OPZ, čl. 6. st. 1.

5 OPZ, čl. 6. st. 3. Navedena obveza poreznog tijela upotpunjena je obvezom poticanja poreznih obveznika na podnošenje poreznih prijava.

pristupa informacijama. Pri tomu, zakonski tekst ukazuje da će se navedeni cilj ostvariti objavljivanjem poreznih propisa na internetskim stranicama poreznog tijela: „*Porezno tijelo dužno je uspostaviti sustav informiranja koji će poreznim obveznicima omogućavati jedinstven, suvremen i što lakši pristup informacijama, objavljujući na svojim internetskim stranicama porezne propise i njihove izmjene i dopune.*“

Zakonskom odredbom je pravo na informiranost poreznih obveznika regulirano na način da se radi o pravu biti upoznat s poreznim propisima koji su na snazi.

Predmetom analize ovoga rada je dio načela OPZ-a sadržanog u istom poglavlju, samo u čl. 9. gdje se pod naslovom Obveza postupanja u dobroj vjeri uređuje istoimeno načelo. Propisujući obvezu sudionika porezno-pravnog odnosa na postupanje u dobroj vjeri utvrđuje se da je postupanje u dobroj vjeri savjesno i pošteno postupanje u skladu sa zakonom.

Zakonom nije detaljnije određen sadržaj pojma „dobra vjera“ niti su dati kriteriji za ocjenu takvog postupanja, čime se propustila prilika urediti detaljnije institut postupanja u dobroj vjeri na nivou zakonske norme. Ipak, se način postupanja u dobroj vjeri prepušta razradi kroz podzakonski akt – Pravilnik.⁶

2.1. Podzakonske odredbe o primjeni načela postupanja u dobroj vjeri

Predviđeni pravilnik donesen kao *Pravilnik o postupanju u dobroj vjeri sudionika porezno-pravnog odnosa, gospodarskoj cjelini te obrascima prijave činjenica za koje postoji obveza prijavljivanja i izjave o izvorima stjecanja imovine*⁷ u svojoj glavi II propisuje i uređuje postupanje u dobroj vjeri sudionika porezno-pravnog odnosa.⁸

U prvoj se odredbi u tom poglavlju propisuje pravo poreznog obveznika biti unaprijed obaviješten o svojim pravima i obvezama u postupcima koji se vode pred poreznim tijelom. Za porezne obveznike se u tu svrhu predviđa mogućnost postavljanja pismenih upita ispostavama i područnim uredima Porezne uprave.⁹

Navedena odredba izaziva neke nedoumice. Naime, treba usporediti navedenu odredbu Pravilnika s odredbom OPZ-a, kojom se u kontekstu načela o postupku poreznih tijela, prethodno navedenoga, u čl. 6. st. 3. utvrđuje obveza poreznih tijela upozoriti sudionike porezno-pravnog postupka na njihova prava i obveze u postupku. Pravilnikom se propisuje obveza koja postoji za porezna tijela temeljem slova OPZ-a. Drugim riječima, Pravilnikom nije regulirano (nikakvo) novo pravo poreznih obveznika niti je primjena načela dobre vjere detaljnije razrađena jer to pravo porezni

6 OPZ, čl. 9. st. 1., 2. i 3.

7 Pravilnik o postupanju u dobroj vjeri sudionika porezno-pravnog odnosa, gospodarskoj cjelini te obrascima prijave činjenica za koje postoji obveza prijavljivanja i izjave o izvorima stjecanja imovine, NN, br. 59/09, na snazi i u primjeni od 22. svibnja 2009., (dalje u tekstu: Pravilnik).

8 O pravilnicima kao aktima u hrvatskom poreznom postupku, vidi, Lončarić-Horvat, Olivera, Pravilnici kao opće normativni akti u hrvatskom poreznom postupku, Pravo i porezi, br. 9, 2009., str. 3-6.

9 Vidi Pravilnik, čl. 2. st. 1.

obveznici imaju temeljem OPZ-a. Ono što je nepreciznom odredbom Pravilnika trebalo urediti je obveza poreznih tijela na donošenje obvezujućih informacija ili mišljenja.

Institut obvezujuće informacije ili obvezujućeg mišljenja trebao je uistinu biti uveden u hrvatsko porezno pravo upravo navedenim Pravilnikom. Naime, naši su porezno-pravni stručnjaci u više prilika ukazivali na potrebu uvođenja navedenoga instituta.¹⁰

Za početak, postavljamo pitanje, je li ovom odredbom u hrvatski porezni sustav uveden institut pojedinačne (individualne) obvezujuće informacije ili mišljenja.¹¹ S obzirom na kontekst, očekuje se pozitivan ili potvrđan odgovor. No, tumačenjem navedene odredbe odgovor ide u drugom smjeru. Prvi dio predmetne zakonske odredbe govori o pravu poreznog obveznika postavljati pisane upite radi pribavljanja prethodne obavijesti o pravima i obvezama: „*Porezni obveznik ima pravo unaprijed biti obaviješten o svojim pravima i obvezama (...)*“. Ono što stvara nedoumicu jeste nastavak zakonske odredbe „..... u postupcima koji se vode pred poreznim tijelom“.

Naime, bitni je element obvezujuće informacije upravo činjenica da se ona odnosi na transakcije ili aktivnosti koje su namjeravane ili planirane. Drugim riječima njome se utvrđuju prava i obveze koje će porezni obveznik imati u budućem poreznom postupku. Štoviše, u praksi primjene instituta obvezujuće informacije jedan od najčešćih razloga zbog čega se odbija zahtjev za donošenje obvezujuće informacije je upravo činjenica da se o predmetu zahtjeva za obvezujuću informaciju, već vodi postupak pred poreznim tijelom (gotovo da nije bitno je li riječ o postupku utvrđivanja činjenica bitnih za oporezivanje, npr. poreznim nadzorom, ili je riječ o dijelu postupka u kojem se utvrđuje visina porezne obveze, ili o postupku u povodu pravnih lijekova). Drugim riječima, obvezujuća se informacija nikada ne odnosi na već započete postupke pred poreznim tijelom.

Ukoliko bi uslijed navedene analize drugog dijela ove zakonske odredbe rekli da je odgovor na uvodno pitanje negativan, postavlja se pitanje - kakvo je to pravo poreznog obveznika biti unaprijed obaviješten o svojim pravima i obvezama u postupcima koji se vode pred poreznim tijelom. To je pravo sadržano u citiranoj zakonskoj odredbi - OPZ-a, u čl. 6. st. 3.

Dakle, uspoređujući citiranje odredbe OPZ-a i Pravilnika jasno je da se odnose na ista prava i obveze poreznog tijela i poreznih obveznika.

Budući da odredba OPZ-a ne predviđa daljnju razradu kroz podzakonski akt, to je jasno da je intencija ove zakonske odredbe, unutar načela o postupanju poreznih tijela - pomoći sudionicima porezno-pravnog odnosa, koji imaju status stranke, u već

¹⁰ Lončarić, Horvat, Olivera, Prilog europeizaciji hrvatskog poreznog postupovnog prava, Hrvatska pred vratima EU - fiskalni aspekti, Zbornik radova znanstvenog skupa, HAZU, Zagreb, 2005., str. 233-244.

¹¹ U kontekstu se primjene načela postupanja u dobroj vjeri u stručnoj literaturi apostrofira razlika između javnih ili općih mišljenja ili informacija te pojedinačnih obvezujućih informacija ili mišljenja. U hrvatskom jeziku se uobičajilo koristiti termin obvezujuća informacija u smislu mišljenja koje se donosi glede pojedinačno ili individualno postavljenog zahtjeva jednog poreznog obveznika.

započetom postupku. Stoga se predmetna odredba Pravilnika zbog istaknutog drugog dijela čl. 2. st. 1. može činiti suvišnom.¹²

Jasno je, međutim, da se ta odredba Pravilnika ne odnosi na pravo poreznog obveznika biti prethodno obaviješten o pravima i obvezama u postupku koji se već vodi. On to pravo već ima temeljem zakonskih odredbi (i bez podnošenja pisanog upita predviđenog Pravilnikom). Pravilnikom je trebalo urediti pravo poreznog obveznika biti prethodno obaviješten o pravima i obvezama u postupcima koji će tek nastati povodom planiranih, budućih i namjeravanih transakcija ili aktivnosti.

Preostaje ipak za utvrditi, glede st. 1. čl. 2. Pravilnika da se radilo o pokušaju uvođenja instituta obvezujuće informacije, no na žalost, bezuspješnom.

Ukoliko bismo drugi dio citirane i istaknute odredbe Pravilnika izmijenili na način da glasi „... u postupcima koji će se voditi pred poreznim tijelom u pogledu budućih namjeravanih transakcija i/ili djelatnosti poreznog obveznika“ mogli bi reći kako se radi o institutu obvezujuće informacije. Iako bi tako uređen institut bio nepotpun zbog nedostatka preciznijeg uređenja cijelog instituta na način kako je to uobičajeno u komparativnim poreznim sustavima,¹³ pravni okvir postoji u normi općeg zakona u odnosu na specijalni - OPZ, a to je Zakon o općem upravnom postupku.¹⁴

Naime, ovdje bi bilo svakako mjesta za primjenu odredbe novoga Zakona o općem upravnom postupku, koji uređujući institut jamstva stjecanja prava, upravo sugerira ovu mogućnost.¹⁵ Općim odredbama koje mogu poslužiti kao temelj za uređenje obvezujuće informacije, uređena je mogućnost da se kroz posebne zakone predvidi jamstvo javnopravnog tijela stranci stjecanja određenog prava. Na općoj razini samo se utvrđuje da jamstvo ne smije biti protivno javnom interesu ili interesu trećih osoba. Istim je zakonom uređeno da se o jamstvu odlučuje rješenjem, koje obvezuje javnopravno tijelo, osim ako su se pravna osnova i činjenično stanje bitno izmijenili.¹⁶

Mišljenja smo da se radi o iznimno dobrom općem pravnom okviru kojeg je trebalo primijeniti već i pri donošenju Općeg poreznog zakona krajem 2008. godine, a u smislu uvođenja instituta obvezujuće informacije. Institut obvezujuće informacije i je poseban oblik općeg instituta jamstva stjecanja prava. Zakon o općem upravnom

12 Ukoliko bi prihvatili značenje, koje proizlazi doslovnim tumačenjem predmetne odredbe, možemo postaviti pitanje koja je svrha ili cilj tog prava, odnosno što porezni obveznik postiže ostvarenjem tog prava. Ako bi porezni obveznik i dobio odgovor na prethodni upit o svojim pravima i obvezama, on ne može ništa promijeniti nabolje u svojem poreznom materijalnom i procesnom položaju.

13 Trebalo bi tada nastavno i dopuniti navedeni propis odredbama o obveznom sadržaju pisanog upita ili zahtjeva za donošenje obvezujuće informacije, načinu postupanja poreznog tijela u povodu postavljenog upita ili zahtjeva za donošenje obvezujuće informacije i sl.

14 Opširnije o novijim zakonskim rješenjima upravnog postupka vidi, Đerđa, Dario, *Nova rješenja Zakona o općem upravnom postupku iz 2009. godine, Aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse – 2009.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., str. 48-80.

15 Vidi, Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09., čl. 103.

16 Opći porezni zakon je posebni zakon u odnosu na Zakon o općem upravnom postupku te je čl. 4. OPZ-a određena supsidijarna primjena ZOUP-a.

postupku i ostavlja uređenje ovoga općeg instituta za posebne upravne postupke što je bez sumnje porezni postupak. Novi zakonski okvir općeg upravnog postupka nameće potrebu određenih izmjena i dopuna u poreznom postupku kao posebnom upravnom postupku.¹⁷ Izmjene i dopune nužno je iskoristiti za stvarno poboljšanje i uvođenje novih instituta, jer je pogrešno zakonske novele svoditi na terminološke i leksičke prilagodbe.¹⁸

Pravilnikom se u istom članku, čl. 2., st. 2., u svrhu olakšavanja ostvarenja prava i obveza poreznih obveznika predviđa obveza poreznog tijela objavljivati na web-stranicama porezne propise i obavijesti od utjecaja na obračunavanje, utvrđivanje i naplatu poreza.¹⁹

Predmetna odredba glasi: „Kako bi porezni obveznici što lakše ostvarivali svoja prava i obveze, Porezna uprava na svojim će web-stranicama objavljivati porezne propise i druge obavijesti koje su od utjecaja na obračunavanje, utvrđivanje i naplatu poreza“. Iako može biti samo redakcijska pogreška mišljenja smo kako se radi o sadržajnoj i bitnoj pogrešci.

Prethodnom analizom st. 1. istog članka Pravilnika ukazali smo na činjenicu da je zakonskim odredbama, gdje se uređuju načela poreznog postupka, utvrđena obveza poreznog tijela koja je dio načela o postupku poreznih tijela, na uspostavljanje sustava informiranja koji će poreznim obveznicima omogućavati jedinstven, suvremen i što lakši pristup informacijama, objavljujući na svojim internetskim stranicama porezne propise i njihove izmjene i dopune.²⁰

Jasno je, da je samim zakonom utvrđena obveza poreznog tijela objavljivati sve porezne propise, njihove izmjene i dopune.

I ovdje ne vidimo *ratio* uređenja zakonom propisanog načela informiranja poreznih obveznika kroz Pravilnik koji razrađuje primjenu načela postupanja u dobroj vjeri. Ta je zakonska obveza precizno uređena i ona Pravilnikom nije ništa detaljnije razrađena niti je omogućena njezina ispravna primjena.

Telološkom metodom tumačenja poreznih propisa, doduše, namijenjenom tijelima koja primjenjuju propise, i u ovom dijelu raščlambe spornog Pravilnika ukazujemo na to da je u odredbi Pravilnika koja glasi „Kako bi porezni obveznici što lakše ostvarivali svoja prava i obveze, Porezna uprava na svojim će web-stranicama objavljivati porezne propise i druge obavijesti koje su od utjecaja na obračunavanje, utvrđivanje i naplatu poreza“ suvišno i nepotrebno navođenje „...porezne propise...“. Štoviše, taj dio ne samo da nije potreban, već mijenja smisao i svrhu konkretne odredbe.

Izbacimo li navedeni dio možemo slobodno ustvrditi da je ovom odredbom

17 Vidi, Ljubanović, Boris, Posebnosti poreznog i carinskog upravnog postupka naspram novog općeg upravnog prava, Aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse – 2009., Inženjerski biro, Zagreb, 2009., str. 181-188.

18 Opširnije vidi o tome, Medvedović, Dragan, Pravno uređeni postupci - pretpostavka moderne uprave, Modernizacija hrvatske uprave, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., posebno str. 389-390., i dr.

19 Vidi, Pravilnik, čl. 2. st. 2.

20 Vidi, OPZ, čl. 6. st. 4.

detaljnije regulirano načelo postupanja u dobroj vjeri te da je omogućena njegova provedba u praksi i to kroz institut općih (obvezujućih) informacija i obavijesti. Može se reći da se predloženom izmjenom odredbe Pravilnika uvodi obveza poreznog tijela na davanje općih (obveznih) informacija i obavijesti – u hrvatskoj poreznoj praksi za to je čest naziv mišljenja. Takve se obavijesti upućuju svim poreznim obveznicima, one se ne odnose na konkretne slučajeve i pojedine ili individualne porezne obveznike, već se radi o svojevrsnim javnim obavijestima ili javnim obvezujućim informacijama (eng. *Public advance ruling system*). Moglo bi se reći da je ova obveza po svom obuhvatu šira, upućuje se svim poreznim obveznicima i treba pridonijeti informiranosti poreznih obveznika o sustavu oporezivanja te načinu primjene pojedinih odredbi s ciljem stvaranja povjerenja među sudionicama porezno-pravnog odnosa te ostvarenja načela postupanja u dobroj vjeri. Takve se, tzv. javne obvezujuće informacije u pravilu donose nakon što se zaprimi veći broj pojedinačnih zahtjeva za obvezujućim informacijama individualnih poreznih obveznika. Objavljivanjem javne obvezujuće informacije prestaje razlog za donošenje pojedinačnih obvezujućih informacije budući da se u tom slučaju može uzeti da nema osnove za postavljanje zahtjeva za donošenjem pojedinačne (individualne) obvezujuće informacije.

Mišljenja smo da se predmetnom odredbom Pravilnika nije trebalo propisivati obvezu objave propisa na internetskim stranicama. Ovom odredbom Pravilnika trebalo je u hrvatskom poreznom postupovnom pravu urediti institut općeg (javnog) mišljenja ili opće (javne) obvezujuće informacije. Naime, radi se o obvezi poreznog tijela objavljivati obavijesti koje su od utjecaja na obračunavanje, utvrđivanje i naplatu poreza. Porezne obveznike treba obavijestiti o stajalištu, praksi i pristupu poreznih tijela u primjeni brojnih i različitih instituta poreznoga prava. Nisu rijetki slučajevi da u poreznom pravu porezno tijelo, koje primjenjuje porezne propise, tumačeći određenu normu rješava prisutnu nepreciznost, nepotpunost ili nejasnoću u određenom poreznom propisu. Kako bi otklonilo eventualne nedoumice ili pitanja porezno će tijelo objaviti svoje stajalište ili mišljenje na način da to stajalište učini dostupnim svim poreznim obveznicima, npr. objavom na internetskim stranicama, u raznim publikacijama koje se mogu dobiti u uredima poreznih tijela i sl. No, obveza poreznog tijela informirati porezne obveznike ne smije se izjednačiti s obvezom poreznih tijela objavljivati porezne propise. Pravo je poreznog obveznika biti informiran o svim relevantnim informacijama kojima porezna tijela raspolažu ili ih sami donose, a odnose se na primjenu propisa. Primjerice, kakav je stav porezno tijelo zauzelo u većem broju porezno sličnih slučajeva. Ovako shvaćena odredba Pravilnika značila bi da hrvatsko porezno pravo poznaje institut javne (opće) obvezujuće informacije ili mišljenja (engl. *Public rulings*). Naša praksa bez sumnje poznaje mišljenja, koja se objavljuju na internetskim stranicama porezne uprave, pa smatramo da se radi o propustu zakonodavca da to preciznije uredi.

Što je javna informacija ili javno mišljenje u poreznom pravu (engl. *Public ruling*)?

Opća (javna) informacija ili mišljenje je u pisanom obliku iskazano stajalište porezne vlasti o načinu primjene određenih poreznih propisa ili tretmanu određenih

činjenica relevantnih sa stajališta oporezivanja. U pravilu je porezno tijelo obvezno upoznati sve porezne obveznike sa stajalištem. Obveza informiranja poreznih obveznika ostvaruje se najčešće objavljivanjem javnih ili općih mišljenja. Ta su mišljenja upućena svim poreznim obveznicima, odnosno namijenjena su neodređenom broju osoba, s ciljem njihova informiranja o tumačenju i primjeni poreznih propisa. Takva mišljenja ili informacije imaju za svrhu ili cilj pridonijeti pravnoj sigurnosti poreznih obveznika. To se najčešće čini objavljivanjem i distribuiranjem raznih „poreznih“ vodiča, objavom mišljenja na internetskim stranicama i sl. No, opće obavijesti ili mišljenja nemaju snagu pravne norme. Radi se o mišljenjima na koja se porezni obveznici ne mogu pozivati u konkretnom porezno-pravnom odnosu. Navedene, opće odluke ili mišljenja odnose se na sve porezne obveznike. Porezni obveznici koji udovoljavaju elementima tzv. opće (javne) odluke ili mišljenja mogu osnovano očekivati da će uživati porezni tretman predviđen mišljenjem, pri čemu nisu obvezni na poduzimanje kakvih dodatnih radnji. Nerijetko se inicijativa za donošenje javnog ili općeg mišljenja ili informacije nalazi u većem broju upita poreznih obveznika za pojašnjenjem poreznog tretmana istovjetnih ili istovrsnih situacija. To je posebno slučaj kada se procijeni da je donošenje mišljenja od takvog značaja koji se rasprostire na širi krug poreznih obveznika ili je, pak, i u javnom interesu. Tako je, npr. u Italiji gdje, ako se javlja veći broj zahtjeva poreznih obveznika za donošenjem pojedinačne obvezujuće informacije u istovrsnim situacijama, porezna vlast donosi opću uputu ili javnu uputu s kojom se obveznici upoznaju u uredima poreznog tijela i obavijestima na web stanicama porezne uprave. Naime, zbog adresata, kojima se upućuju, najčešće su donositelji općih ili javnih uputa – mišljenja viša tijela porezne vlasti (npr. Središnji ured u Hrvatskoj). No, pitanje je pravne naravi iznimno bitno. Naime, javna mišljenja ili opće upute u mnogim se pravnim sustavima smatraju odlukama tehničke naravi koje su usmjerene gotovo prvenstveno zaposlenima u poreznim tijelima kako postupati u pojedinim istovrsnim slučajevima. Pri tomu se o istome informiraju porezni obveznici, a radi ostvarenja pravne sigurnosti. Opća ili javna mišljenja nisu neposredni izvor prava za pojedinog poreznog obveznika, odnosno on se ne može pozivati na ta mišljenja u konkretnom porezno-pravnom odnosu. Drugim riječima, javne ili opće obvezujuće informacije ili mišljenja nisu obvezujuća za porezno tijelo spram pojedinog individualno određenog poreznog obveznika.

Razlika se može svesti na nekoliko bitnih elemenata. Adresat je obvezujuće informacije odluke konkretni pojedinačni porezni obveznik, dok su kod javne obvezujuće informacije ili mišljenja to svi porezni obveznici, posredno i djelatnici poreznih tijela. Po naravi su javne obvezujuće informacije interna instrukcija ili savjet, uputa poreznim tijelima s posrednim vanjskim učincima u odnosu na porezne obveznike (upoznavanje poreznih obveznika sa stajalištem). Kod obvezujuće se informacije radi o odluci usmjerenoj poglavito na van, tj. u odnosu na subjekte koji nisu dio porezne, tj. javne vlasti. Po obliku je prethodna odluka upravni akt, dok su mišljenja najčešće prisutna u obliku raznih „cirkularnih pisama“, općih mišljenja i

izjava o stajalištu porezne vlasti i sl.

Prema području primjene ili djelovanja razlika je u tomu što se prethodna odluka odnosi uvijek na konkretnu specifičnu transakciju ili činjenice bitne za oporezivanje, dok su opće upute usmjerene na sve istovrsne transakcije ili kategorije činjenica bitnih za oporezivanje, bez vezivanja za konkretni slučaj. U pravilu je obvezujuća informacija uvijek obvezujuća za porezno tijelo, ponekad i za porezne obveznike, dok je mišljenje obvezujuće samo kao interno pravilo za djelatnike poreznih tijela, ali ne u konkretnom poreznom slučaju. Dok je opće pravilo da se mišljenja objavljuju i tako čine dostupnima svim poreznim obveznicima, obvezujuća se mišljenja mogu objavljivati, ali to nije pravilo.

Analiza odredbi Pravilnika ukazuje na prisutne nedostatke u hrvatskom poreznom pozitivnom zakonodavstvu. Ono što iznenađuje jeste činjenica kako se ne radi o institutu koji je nepoznat u hrvatskom pravnom sustavu. Naime, u području primjene carinskih propisa, ovaj je institut uređen na zadovoljavajući način. Stoga čudi „nespretnost“ naših tvoraca Pravilnika. Naime, čl. 11. i 12. Carinskog zakona i čl. 8. Uredbe za provedbu Carinskog zakona²¹ propisuju obvezu carinskih vlasti na izdavanje obavijesti te obvezujućih informacija. Tako u čl. 11. propisuje da svaka zainteresirana osoba može od Carinske uprave zatražiti izdavanje obavijesti o primjeni carinskih propisa. Takav se zahtjev može odbiti ako se ne odnosi na stvarno namjeravani izvoz i uvoz.

Čl. 12. određuje da na osnovi pisanog zahtjeva zainteresirane osobe Carinska uprava daje: a) obvezujuće mišljenje o tarifnome raspoređivanju robe u carinsku tarifu te b) obvezujuće mišljenje o podrijetlu robe.

Pri tomu je zakonom propisano da obvezujuće mišljenje ima snagu rješenja donesenog u upravnome postupku.

Obvezujuća mišljenja o tarifnom raspoređivanju robe i podrijetlu robe obvezuju Carinsku upravu prema osobi kojoj je dano mišljenje samo glede tarifnog raspoređivanja robe u Carinsku tarifu, odnosno glede podrijetla robe.

Obvezujuće mišljenje o tarifnome raspoređivanju robe obvezuje Carinsku upravu prema osobi kojoj je dano mišljenje za robu za koju se carinski postupak provodi nakon datuma izdavanja mišljenja. Obvezujuće mišljenje o podrijetlu robe obvezuje Carinsku upravu prema osobi, kojoj je dano mišljenje, za onu robu za koju je postupak utvrđivanja podrijetla robe propisan ovim Zakonom proveden nakon datuma izdavanja mišljenja. Propisano je da osoba, kojoj je dano mišljenje, mora dokazati: a) u slučaju obvezujućeg mišljenja o tarifnome raspoređivanju robe u carinsku tarifu da roba koju deklarira u svim elementima odgovara robi koja je opisana u mišljenju te b) u slučaju obvezujućeg mišljenja o podrijetlu robe, da roba i okolnosti na osnovi kojih se određuje podrijetlo robe, u svim elementima odgovara robi i okolnostima koje su opisane u mišljenju.

Obvezujuće će se mišljenje poništiti sukladno ako se zasniva na neistinitim ili

²¹ Carinski zakon, NN, br. 78/99., 64/99., 117/99., 73/00., 92/01., 47/03., 140/05., 138/06., 60/08. i 45/09 (dalje u tekstu: CZ) te Uredba za provedbu Carinskog zakona, NN, br. 161/03.

nepotpunim navodima podnositelja zahtjeva. Propisano je vremensko ograničenje važenja obvezujućeg mišljenja - jedna godina od dana donošenja uz određene iznimke.

Navedeno uređenje instituta obvezujuće informacija pokazuje se gotovo dostatnim i za područje poreznoga prava. Doduše, uz navedena vlastita iskustva smatramo korisnim ukazati i na iskustva i praksu drugih zemalja. Institut obvezujuće informacije prisutan je u zemljama širom svijeta. Ono što potvrđuje potrebu uvođenja i uređenja predmetnog instituta u hrvatskom poreznom pravu činjenica je da gotovo da nema zemlje u Europskoj uniji koja nema manje-više detaljno reguliran navedeni institut koji predstavlja realizaciju postupanja u dobroj vjeri.

3. Kratki prikaz primjene instituta obvezujuće informacije u komparativnim poreznim sustavima

Naši uvaženi stručnjaci iz područja poreznoga prava ukazali su već u nekoliko navrata na potrebu europeizacije hrvatskoga prava, a posebice postupovnog poreznog prava.²² Tako Lončarić-Horvat u radu, koji upravo ima za temu europeizaciju hrvatskog poreznog prava, prikazuje način primjene instituta obvezujuće informacije u njemačkom i austrijskom poreznom pravu. Stoga, imajući na umu da su to doista primjeri zemalja s vrlo razvijenom praksom u primjeni instituta obvezujuće informacije,²³ prikazujemo još jednu zemlju s tradicijom u primjeni istoga instituta, ali i zemlje koje su tek učinile u tome prve korake. Porezni sustav Nizozemske primjer je sustava s dugom praksom obvezujućih informacija.

Ono što je zanimljivo spomenuti da se činjenica dugotrajne prisutnosti ovoga instituta u poreznom pravu Nizozemske smatra razlogom koji pridonosi općeprihvaćenom stajalištu po kojemu se radi o zemlji koja je izuzetno pogodna i privlačna za inozemna ulaganja.²⁴ U Nizozemskoj se praksa obvezujućih informacija razvija već u prvim godinama nakon Drugog svjetskog rata.²⁵

U Nizozemskoj se smatra, iako treba istaknuti da se radi o sada već i općem pravnom stajalištu, da obvezujuća informacija nije javnopravni ugovor.²⁶ Takvo se stajalište svakako može braniti budući da se, za razliku od javnopravnog ugovora, u ovom slučaju ne traži suglasnost samog poreznog obveznika da bi obvezujuća informacija imala predviđeni pravni učinak. Uloga se poreznog obveznika, zapravo, iscrpljuje ili svodi samo na podnošenje zahtjeva za donošenje obvezujuće informacije, a konačni cilj i rezultat nije i ne mora biti, niti u interesu obveznika, niti poreznog tijela. Cilj je uz ostvarenje zakonitosti, svakako ostvarenje načela postupanja u dobroj vjeri i pridonosenje pravnoj sigurnosti. Naravno, porezni obveznik ne mora

22 Lončarić-Horvat, Prilog europeizaciji hrvatskog poreznog postupovnog prava, op. cit.

23 Vidi, Lončarić, Horvat, op. cit.

24 Romano, Carlo, *Advance Tax Rulings and Principles of Law - Towards a European a Tax Ruling System*, IBFD, 2002., str. 21.

25 Romano, *Advance Tax Rulings and Principles of Law*, str. 49.

26 Prema, Romano, *Advance Tax Rulings and Principles of Law*, str. 122

postupiti u skladu s obvezujućim mišljenjem. Prevladavajuće je mišljenje danas da je obvezujuća informacija jednostrani upravni akt.²⁷

Doduše, pojedini porezni sustavi predviđaju da je obvezujuća informacija obvezujući akt i u odnosu na poreznog obveznika pa se radi o jednostranom upravnom aktu s dvostranim učinkom. Navedene iznimke samo potvrđuju prevladavajuća stajališta i prakse koje uzimaju obvezujuću informaciju u poreznim stvarima za jednostrani upravno-porezni akt (njem. *Verwaltungsakt*, engl. *administrative act*).

Smatra se da samim odlučivanjem i donošenjem odluke, porezna vlast ne ulazi u nikakav oblik ugovornog odnosa s poreznim obveznikom. Tim više, kako je ranije navedeno, jer je obvezujuće mišljenje uvijek valjano bez pristanka poreznog obveznika.

Doduše, u Nizozemskoj je i danas prisutna rasprava na akademskom nivou o naravi prethodne odluke tj. obvezujuće informacije. Odnosno o tomu radi li se o sporazumu između poreznog obveznika i poreznih vlasti koji bi potpadao u područje civilnog - ugovornog prava ili je riječ o aktu javne, upravne vlasti koji je onda dio upravnog, javnog prava. Naime, izmjenama nizozemskog poreznog zakonodavstva iz 2001. godine utvrđeno je da se radi o pisanom sporazumu između obveznika i javne vlasti koji je obvezujući i za samog poreznog obveznika.²⁸

Kategoriziramo li obvezujuću informaciju kao upravni porezni akt onda svakako treba zaključiti da su u obvezujućoj informaciji ostvarena sva obilježja upravnog akta neophodna za takvu kvalifikaciju.²⁹

Praksa primjene obvezujućih informacija poslužila je za razlikovanje sustava obvezujućih informacija na otvorene i zatvorene sustave. Otvoreni sustav obvezujućih informacija je takav gdje se zahtjev za donošenje informacije može postaviti u pogledu svih poreza i primjene svih poreznih propisa. U tom slučaju nisu predviđeni konkretno slučajevi ili pitanja glede kojih se može postaviti zahtjev za donošenjem obvezujuće informacije. Takav je nizozemski sustav gdje postoji generalna klauzula o općoj obvezi porezne administracije donositi obvezujuće informacije temeljem pisanih upita ili zahtjeva poreznih obveznika. Postoje sustavi, koji se smatraju otvorenim, no imaju klauzulu, s tzv. negativnom enumeracijom gdje se navode slučajevi u kojima se ne može tražiti donošenje obvezujuće informacije. Zatvoreni sustavi sadrže taksativan popis pitanja u odnosu na koja se može postavljati zahtjev za donošenjem obvezujuće informacije te se zahtjev treba isključivo odnositi na propisom određena „kvalificirana pitanja ili područja“.

U otvorenim je sustavima najčešće aktivno legitimirana ili ovlaštena osoba na podnošenje zahtjeva za donošenje prethodne odluke najčešće određena kao svaka fizička ili pravna osoba bez obzira na državljanstvo ili rezidentnost, ali koja ima stvarni interes. U protivnom, ukoliko postoje ograničenja glede aktivne legitimacije neki autori smatraju da se radi o zatvorenom sustavu obvezujućih informacija.

27 Romano, op. cit.

28 Romano, *Advance Tax Rulings and Principles of Law*, str. 124.

29 Vidi, opširnije o upravnom aktu, Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 357-396.

Estonija i Slovenija mogu poslužiti kao primjeri zemalja koje su tek nedavno uvele u svoj pravni sustav institut obvezujuće informacije.

Institutom obvezujuće informacije želi se osigurati poreznim obveznicima veći stupanj pravne sigurnosti, izvjesnosti i povjerenja, osobito potrebne osobama koje imaju intenciju poduzimati velike poslovne pothvate i transakcije koje nose sa sobom, same po sebi, veći porezni rizik.

Institut obvezujuće informacije uveden je u Estoniji 2007. godine, izmjenama Zakona o oporezivanju i stavljanjem u nadležnost poreznim tijelima donošenje obvezujućih informacija počev od siječnja 2008. godine. Prethodna su mišljenja obvezujuća za poreznu (i carinsku) upravu, ali ne i za poreznog obveznika.

Predviđeno je nekoliko pretpostavki koje moraju biti ispunjene kako bi se dobilo prethodno mišljenje. Zahtjev za donošenje obvezujuće informacije mora se odnositi na buduću transakciju za koju porezni obveznik ima namjeru stvarnog poduzimanja (drugim riječima, obvezujuća se informacija ne donosi za hipotetičke transakcije). Druga se pretpostavka odnosi na obvezu poreznog obveznika opisati vlastito shvaćanje ili razumijevanje poreznih posljedica natjeravane transakcije, gdje se porezne vlasti mogu i ne moraju složiti s predloženom i iznesenom analizom. Posljednja se pretpostavka odnosi na formu i sadržaj zahtjeva za prethodno mišljenje, gdje se traži pisani oblik zahtjeva te svi posebni zakonom propisani podaci.³⁰ Predviđeno je da u roku od 60 dana porezna vlast treba donijeti obvezujuću informaciju. Ona vrijedi samo u odnosu na poreznog obveznika, koji je inicirao donošenje informacije, pri čemu je vremenski ograničen obvezujući učinak. Informacija postaje nevažeća ukoliko se relevantne odredbe u poreznom pravu bitno izmjene. Predviđeno je da se neće donositi obvezujuće informacije gdje se može utvrditi da je cilj namjeravane transakcije izbjegavanje plaćanja poreza.³¹

U Republici Sloveniji je Zakonom o poreznom postupku iz 2007. godine u pravni sustav uveden institut obvezujuće informacije.³² Institut je uređen člankom 14. toga Zakona te u drugom dijelu Pravilnika o primjeni Zakona o poreznom

30 Nije rijetka praksa da porezne vlasti daju obrazac, formular za podnošenje zahtjeva - s propisanim elementima (podacima) koje mora sadržavati zahtjev. Takvo je postupanje praktično, pojednostavnjuje i ubrzava proces te je u interesu poreznih vlasti i poreznih obveznika.

Praksa objavljivanja formulara ili obrasca u sličnim slučajevima u hrvatskom pravu je poznata, ali u drugoj grani javnih davanja - carinskom pravu gdje je već duže vrijeme prisutan navedeni institut, koji se prema pravnim pravilima realizira u praksi. Naime, radi se o postupku razvrstavanja robe po Carinskoj tarifi kao posebnom carinskom postupku. Pri tomu svaka zainteresirana osoba može, sukladno članku 10. stavku 1. Carinskog zakona, zahtijevati obavijest o primjeni carinskih propisa, pa i ispostavljanje obvezujuće informacije o tarifnom razvrstavanju robe u Carinsku tarifu. Opširnije, vidi CZ.

31 Vanasaun, Ivo, *Advance Ruling Process Available from 2008*, preuzeto sa http://www.deloitte.com/view/en_EE/ee/services/tax-legal/article/73193f95c3efd110VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm (15. studeni 2009.)

32 Zakon o davčnem postupku – ZDavP-2, Uradni list RS, št. 117/06. s izmjenama.

postupku.³³

Propisano je da Središnji ured³⁴ donosi na zahtjev poreznoga obveznika pisanu informaciju o poreznom tretmanu obveznikovih budućih i namjeravanih transakcija, odnosno poslovnih događaja i djelatnosti. Obvezujuća informacija ima obvezujući učinak samo u odnosu na porezno tijelo. Svrha je instituta obvezujuće informacije omogućiti poreznom obvezniku unaprijed raspolagati podacima o poreznom tretmanu budućih, planiranih - namjeravanih, aktivnosti. Na podacima sadržanim u obvezujućoj informaciji porezni bi obveznik mogao, uz ostalo, temeljiti svoju odluku o stvarnom poduzimanju planirane i namjeravane aktivnosti.

Dosadašnja relativno kratka slovenska praksa primjene ovoga instituta pokazuje, temeljem do sada podnesenih zahtjeva ili molbi za donošenje obvezujuće informacije, da širi krug poreznih obveznika nije upoznat sa samom svrhom ili ciljem ovoga instituta. U praksi se često postavljaju zahtjevi za donošenje obvezujuće informacije u situacijama gdje je aktivnost ili transakcija glede koje se porezni obveznik obraća poreznom tijelu, u tijeku, odnosno, da se ne radi o budućim transakcijama, ili se traže informacije o oporezivanju koje su opće naravi. Također, porezni obveznici često nisu upoznati s procesno-formalnim elementima podnošenja zahtjeva, pa se porezna administracija bavi nepotpunim zahtjevima.

Stvarno nadležno tijelo za izdavanje obvezujuće informacije je slovenski Središnji porezni ured, u Ljubljani. Zakonom je propisan obvezan sadržaj zahtjeva za izdavanje obvezujuće informacije. Tako se kao obvezan sadržaj predviđa: detaljan opis namjeravane aktivnosti; Izjava poreznog obveznika, prema njegovim saznanjima, glede pitanja – je li o predmetu zahtjeva: ili već ranije postavljen zahtjev, ili je u tom predmetu postupak oporezivanja već započet, ili je u tijeku postupak poreznog nadzora, ili odlučivanja u povodu pravnih lijekova, ili sudski postupak; Isprave/ dokumentacija koja predstavlja osnovu ili se na nju poziva porezni; ime i prezime/ naziv osobe za komunikaciju sa poreznim tijelom.³⁵ Porezno tijelo mora obavijestiti poreznog obveznika u roku od 15 dana od primitka zahtjeva hoće li provesti postupak i donijeti obvezujuću informaciju. U slučaju prihvaćanja zahtjeva, mora izvijestiti poreznog obveznika uz opće podatke o poreznom obvezniku i osobi za kontakt o tomu glede kojih će propisa i odredbi donijeti obvezujuću informaciju, predviđeni rok donošenja obvezujuće informacije te procjenu troškova s mogućim zahtjevom za plaćanje dijela troškova unaprijed (tzv. akontacija).

Zakon predviđa situacije kada se neće donijeti obvezujuća informacija. Tako se obvezujuća informacija neće donijeti ako se zahtjev odnosi na aktivnost poreznog obveznika koja je već poduzeta ili se radi o aktivnosti na čije izvođenje porezni obveznik ne može jednostrano utjecati. Također, razlog za nedonošenje je i činjenica

33 Pravilnik o izvajanju Zakona o davčnem postopku, Uradni list RS, št. 141/06 s izmjenama.

34 U Sloveniji je to *Generalni davčni urad*.

35 Sadržaj zahtjeva je detaljno uređen u čl. 14. st. 2. slovenskog Zakona o poreznom postupku te čl. 3. pratećeg Pravilnika o provedbi Zakona o poreznom postupku.

da se upit poreznog obveznika odnosi na predmet koji je, ili predmet započetog poreznog nadzora, ili predmet sudskog postupka, ili postupka u povodu pravnih lijekova. Jednako će se postupiti i kada iz sadržaja zahtjeva poreznog obveznika proizlazi da nema stvarne namjere poduzimanja aktivnosti koja je predmet zahtjeva. Obvezujuća informacija neće biti donesena ako iz zahtjeva proizlazi upit usmjeren na oblikovanje transfernih cijena ili ako se radi o upitu o kojem se odlučuje u okviru prava na informiranje.³⁶

Porezno tijelo treba donijeti obvezujuću informaciju u roku od 6 mjeseci od podnošenja zahtjeva za donošenje obvezujuće informacije.

Predviđeno je da obvezujuća informacija ima obvezujući učinak za donositelja - porezno tijelo od trenutka njezine predaje poreznom obvezniku. Navedeni učinak međutim imat će jedino ukoliko se temelji na istinitim i potpunim podacima koje je dostavio porezni obveznik. Drugim riječima, ako porezno tijelo utvrdi da je obvezujuća informacija utemeljena na neistinitim i nepotpunim podacima opozvat će informaciju. Tako opozvana informacija nema pravnih učinaka. No, predviđena je mogućnost izmjene i dopune obvezujuće informacije, ako se utvrdi da je pri njezinu donošenju primijenjeno pogrešno materijalno pravo, ili je npr. bila donesena u svezi s namjeravanom aktivnošću koja je periodične naravi, a u trenutku opoziva ta aktivnost nije konačno realizirana. U potonjem slučaju, informacija obvezuje porezno tijelo glede aktivnosti koje je porezni obveznik poduzeo do dana uručenja nove, izmijenjene obvezujuće informacije.

4. Zaključna razmatranja

Institut obvezujuće informacije jedan je od načina primjene i ostvarenja načela postupanja u dobroj vjeri. U hrvatskom je poreznom sustavu načelo postupanja u dobroj vjeri uređeno Općim poreznim zakonom. Prepuštajući podzakonskom propisu razradu i detaljnije uređenje u primjeni ovoga načela tvorci analiziranih odredbi

36 Porezni obveznici često svojim zahtjevima za donošenje obvezujuće informacije postavljaju upite opće naravi, npr. općenita pitanja poput pitanja o primjeni porezne stope poreza na dodanu vrijednost u odnosu na određene transakcije. Rješenje takvih pitanja nije u opisu svrhe ili cilja ovoga instituta. Dapače, porezni obveznici u skladu s načelom informiranosti poreznih obveznika, tj. prava na informiranje, imaju pravo biti unaprijed obaviješteni o svojim pravima i obvezama koje proizlaze iz Zakona o poreznom postupku i drugih akata temeljem kojih porezno tijelo postupa i odlučuje u postupku oporezivanja. To je pravo uređeno u slovenskom Zakonu o poreznom postupku, u čl. 131. temeljem kojega porezni obveznici imaju pravo na objašnjenje načina primjene određenih pravnih propisa te pravo na informaciju o načinu izračunavanja i plaćanja poreza. Takvi se zahtjevi ne smatraju zahtjevom za donošenje obvezujuće informacije već se smatraju molbom za pojašnjenje načina primjene određenih odredbi u propisima ili, pak, kao molba za informaciju o načinu izračunavanja i plaćanja poreza koji se podnose s ciljem ostvarenja prava na informiranje. Ako se po donošenju obvezujuće informacije utvrdi da su troškovi preplaćeni porezno će tijelo preplaćeni dio vratiti poreznom obvezniku, dok u slučaju da porezni obveznik treba platiti preostali dio troškova to treba učiniti u roku od 15 dana po primitku računa, a to je dan primitka obvezujućeg mišljenja.

Pravilnika nisu bili uspješni. Analiza odredbi Pravilnika, koje se odnose na primjenu načela postupanja u dobroj vjeri, ukazuje na neuspjele pokušaje uvođenja u hrvatski porezni sustav, kako obvezujuće informacije, tako i opće (javne) informacije odnosno mišljenja. Navedeni podzakonski propis sadrži odredbe koje su sporne, neprecizne i na žalost njima nije ostvarena glavna svrha donošenja samoga Pravilnika.

No, pravni okvir za uređenje instituta obvezujuće informacije postoji. Nalazimo ga poglavito u odredbama „novoga“ Zakona o općem upravnom postupku koji uvodi institut jamstva prava te u općim odredbama Općeg poreznog zakona kojima je uveden institut postupanja u dobroj vjeri. Iznenaduje činjenica da se tvorcima Pravilnika nisu znali poslužiti već prisutnim rješenjem u hrvatskom pozitivnom zakonodavstvu, jer hrvatsko carinsko pravo već poznaje obvezujuću informaciju. Takav je zakonski okvir, također, mogao poslužiti kao vodič u kreiranju istoimenog instituta samo u postupku oporezivanja.

Kako je institut obvezujuće informacije prisutan u poreznim sustavima zemalja širom svijeta, a gotovo u svim zemljama Europske unije, korisni je upoznati se s iskustvima drugih zemalja po istome pitanju. Komparativna porezna iskustva primjene obvezujuće informacije pokazuju da se radi o institutu, koji je neizostavan kao sredstvo izgradnje suvremenog poreznog sustava, u kojemu se velika pozornost poklanja zaštiti prava poreznih obveznika. Sve navedeno upućuje na zaključak da hrvatsko porezno pravo nije dobilo toliko potreban, od prakse i akademije i dugo očekivani, institut obvezujuće informacije. Nema sumnje da se radi o pitanju koje zahtijeva skoriju izmjenu u vidu popunjavanja prisutne praznine - preciznim i potpunim uvođenjem i uređenjem instituta obvezujuće informacije u hrvatsko porezno postupovno pravo.

Summary

IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN THE REVENUE PROCEDURE – FAILED ATTEMPT TO INTRODUCE THE INSTITUTE OF OBLIGATORY INFORMATION IN CROATIAN TAX LAW

The principle of good faith and fair dealing was for the first time introduced in Croatian Tax Law in 2001. Contemporary legal framework of the introduced institute of good faith in revenue procedure did not contain provisions which would more precisely define the content of notion or criteria to assess such acting. Subsidiary sources of law were equally modest. The enactment of the General Tax Law in 2008 indicated that certain alterations would be made in legislative approach with the aim to more precisely and more clearly regulate the already existing tax legal institute of good faith and fair dealing. The Law prescribes an obligation to enact implementing regulations concerning the prescribed principle mode of implementation. This is the main reason why legal professionals have reasonable grounds to believe that the institute of obligatory information will be introduced in taxation. The institute of obligatory information can be considered as affirmation of principle of good faith implementation. Unfortunately, the analysis of sub-law regulation enacted to regulate implementation of the principle of good faith and fair dealing do not confirm the expected conclusion. Due to the fact that the institute in question has been present in tax legislation and practice of numerous countries, the author calls for inevitable modernisation of Croatian revenue procedure.

Key words: *Croatian Tax Procedural Law, principle of good faith and fair dealing, obligatory information.*

Zusammenfassung

**ANWENDUNG DES GRUNDSATZES VON TREU UND
GLAUBEN IM STEUERVERFAHREN: GESCHEITERTER
VERSUCH DAS INSTITUT ‚VERBINDLICHER AUSKÜNFTE‘ IN
KROATISCHES STEUERRECHT EINZUFÜHREN**

Der Grundsatz von Treu und Glauben wurde zuerst 2001 in das kroatische Steuerrecht eingeführt. Der damalige rechtliche Rahmen des Instituts von gutem Glauben im Steuerverfahren beinhaltete allerdings keine Verordnungen, die den Begriff selbst, oder die Kriterien für Bewertung solchen Handelns, präziser definierten. Subsidiäre Rechtsquellen ließen genauso viel zu wünschen übrig. Verabschiedung des neuen Allgemeinen Steuergesetzes aus 2008 lieferte ein Zeichen dafür, dass sich der Zugang zur Regelung dieses Instituts nicht nur ändert, sondern auch in die Richtung einer einheitlichen Regelung des schon vorhandenen Rechtsinstituts, nämlich ‘in gutem Glauben handeln’, wendet. Das Gesetz vorschreibt die Verabschiedung von Durchführungsvorschriften zur Anwendung des oben genannten Grundsatzes, weshalb Fachexperten berechtigt die Einführung des Instituts ‘verbindlicher Auskünfte’ in das Besteuerungssystem erwarten. Das Institut ‘verbindlicher Auskünfte’ kann als Bestätigung der Anwendung des Handelns in gutem Glauben betrachtet werden. Bedauerlicherweise, führte die durchgeführte Analyse der untergesetzlichen Vorschrift nicht zu erhofften Ergebnissen. Da sich um ein Institut handelt, welches in Steuersystemen und Steuergesetzgebungen zahlreicher Länder vorhanden ist, wird hier auf die unerlässliche Aktualisierung und Modernisierung des kroatischen Steuerverfahrens hingewiesen.

Schlüsselwörter: *Kroatisches Steuerverfahrensrecht, in gutem Glauben handeln, verbindliche Auskünfte.*

PRIJEVREMENA OTPLATA KREDITA PREMA NOVOM ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU

Dr. sc. Emilia Čikara, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.77::330.567.22
Ur.: 30. studenog 2009.
Pr.: 2. veljače 2010.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se proučava pravo potrošača na prijevremenu otplatu kredita kao jedan od instituta kojima se nastoji povisiti stupanj zaštite potrošača u okviru potrošačkog kreditiranja. Osim što predstavlja element zaštite potrošača, pravo na prijevremenu otplatu kredita predstavlja i instrument za poticanje tržišnog natjecanja, time što omogućava veću mobilnost klijenata kreditnih institucija. Ovo izuzetno važno pravo potrošača trenutno je uređeno odredbama Glave IX. Zakona o zaštiti potrošača o potrošačkom zajmu. Supsidijarno se također primjenjuju i odredbe Zakona o obveznim odnosima o ugovoru o kreditu. Kao posljedica daljnje harmonizacije hrvatskog prava s pravom Europske unije, hrvatski je zakonodavac preuzeo Direktivu 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu usvajanjem Zakona o potrošačkom kreditiranju. Novi Zakon koji stupa na snagu 1. siječnja 2010. godine, radikalno reformira pitanje prijevremene otplate kredita i predstavlja važan iskorak u odnosu na dosadašnje rješenje iz Zakona o zaštiti potrošača. Stoga je zadatak ovoga rada predstaviti glavne novine i prednosti koje novi Zakon o potrošačkom kreditiranju donosi u odnosu na trenutno važeće zakonsko uređenje prijevremene otplate kredita. Također će se ukazati i na neke nedostatke novog uređenja prijevremene otplate kredita, te pokušati dati prijedloge za njihovo otklanjanje.

Ključne riječi: *pravo na prijevremenu otplatu kredita, Zakon o potrošačkom kreditiranju, Zakon o zaštiti potrošača, Zakon o obveznim odnosima, Direktiva 2008/48/EZ, potrošački kredit, potrošački zajam, zaštita potrošača.*

I. UVOD

Pravo potrošača na prijevremenu otplatu kredita samo je jedan od instituta kojima se nastoji povisiti stupanj zaštite potrošača u okviru potrošačkog kreditiranja. U ovo doba globalne ekonomske krize i recesije potrošački krediti su od ključne važnosti za egzistenciju potrošača. Porast broja različitih novih vrsta i oblika kreditiranja i promjena ponašanja potrošača koji danas žive iznad svojih mogućnosti dovela je do toga da se krediti koriste kao sredstvo održavanja određenog životnog standarda. I dok se je nekad kredit koristio isključivo kao sredstvo financiranja značajnijih ulaganja u životu pojedinca, kao što je to primjerice kupnja skupih kućanskih aparata, danas se njime financira čak i kupnja namirnica za domaćinstvo. Činjenica da je tržište potrošačkog kredita u Europskoj uniji (dalje u tekstu: EU) danas doseglo volumen od 800 milijardi eura godišnje¹ govori sama za sebe. Osim toga, potrošači se često nepromišljeno i bez dostatnog razumijevanja obveza koje preuzimaju potpisivanjem ugovora o kreditu obvezuju na duže vrijeme, što u slučaju promjene životnih okolnosti može dovesti do nemogućnosti plaćanja rata kredita odnosno u konačnici i do prezaduživanja. Tako su posebno otežane gospodarske i društvene prilike u Republici Hrvatskoj (dalje u tekstu: RH) dovele do ukupne zaduženosti njezinih građana kod banaka u iznosu od oko 118 milijardi kuna.²

Od trenutka stupanja na snagu prvog Zakona o zaštiti potrošača (dalje u tekstu: ZZZP) u 2003. godini³ spomenuta je materija, a u okviru nje i pravo potrošača na prijevremenu otplatu kredita uređena u Glavi 8. pod nazivom „Potrošački zajam“,⁴ da bi je potom novi ZZZP iz 2007. godine⁵ preuzeo u Glavu IX. Zakona. Odredbe čl. 71. – 86. ZZZP-a posljedica su implementiranja Direktive 87/102/EEZ o potrošačkom kreditu⁶ (dalje u tekstu: Direktiva 87/102/EEZ) u hrvatsko pravo. Taj je čin pak rezultat preuzete obveze RH na usklađivanje zakonodavstva i prilagođavanje zaštite potrošača u Hrvatskoj zaštiti koja je na snazi u EU, a koja proizlazi iz čl.

1 Vidi mjesečne podatke ESB-a, <<http://sdw.ecb.europa.eu/reports.do?node=100000143>>, 1. srpnja 2009., 12. rujna 2009. Ukupan volumen kredita domaćinstvima je u EMU u prvom kvartalu 2009. godine iznosio preko 4,8 bilijuna eura.

2 Potrošački krediti: Sve teže do kredita, <http://www.jutarnji.hr/novac/vas_novac/clanak/art-2008,11,27,potrosacki_krediti,142676.jl>, 27. studenog 2008., 20. svibnja 2009. Vidi Petrić, Silvija, Ugovor o potrošačkom kreditu, u: Slakoper, Zvonimir (ur.), Bankovni i financijski ugovori, Zagreb, Pravni fakultet Rijeka, 2007., str. 539 et seq.

3 Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 96/03.

4 Čl. 56. – 71. ZZZP-a.

5 Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09.

6 Direktiva 87/102/EEZ Vijeća od 22.12.1986. o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica koji se odnose na potrošačke kredite, Sl. l. L 42/48 od 12.2.1987., izmijenjena i dopunjena Direktivom 90/88/EEZ Vijeća od 22.2.1990., Sl. l. L 61/14 od 10.3.1990. i Direktivom 98/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16.2.1998., Sl. l. L 101/17.

74. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (dalje u tekstu: SSP)^{7, 8} No upravo radi opisane teške gospodarske situacije i uvjeta na tržištu kredita propisi EU o potrošačkom kreditu nedavno su doživjeli veliku reformu usvajanjem nove Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu⁹ (dalje u tekstu: Direktiva 2008/48/EZ) 11. lipnja 2008. godine.¹⁰ Između niza problema i nesuglasica oko predloženih rješenja koje su mukotrpnim zakonodavni postupak suodlučivanja odužili na gotovo šest godina, kao jedno od gorućih pitanja pojavilo se je i uređenje prava potrošača na prijevremenu otplatu kredita.¹¹ Ovo izrazito važno pravo bilo je predmetom živih polemika između različitih zainteresiranih predstavnika financijskog sektora, udruga za zaštitu potrošača i predstavnika država članica, te doživjelo više različitih formulacija i prijedloga.¹² Konačno rješenje sadržano u čl. 16. Direktive 2008/48/EZ predstavlja značajan napredak u zaštiti potrošača te u znatnoj mjeri ograničava samovolju kreditnih institucija. Ono se kao i preostale odredbe Direktive 2008/48/EZ mora preuzeti u pravo država članica EU u roku od dvije godine od njezina stupanja na snagu, dakle najkasnije do 11. lipnja 2010. godine, kada ujedno prestaje važiti

7 Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU br. 14/01.

8 Opća obveza usklađivanja prava proizlazi iz čl. 69. st. 1. SSP-a, prema kojemu će Hrvatska nastojati osigurati postupno usklađivanje postojećih zakona i budućega zakonodavstva s pravnom stečevinom EU (*acquis*).

9 Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu kojom se opoziva Direktiva Vijeća 87/102/EEZ, Sl.I. L 133/66 od 22.5.2008.

10 Čikara, Emilia, Nova Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu, Pravo i porezi, br. 7–8/2009, str. 94 et seq. i br. 9/2009, str. 88 et seq.

11 Komisija u rujnu 2002. g. usvaja prvi Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica o potrošačkom kreditu, KOM (2002) 443 fin., Sl.I. EZ 2002, br. C 331 E, 2000. No, već prilikom prvog čitanja u Europskom parlamentu uslijedili su prijedlozi mnogih izmjena, koje Komisija prihvaća samo djelomično i 28. listopada 2004. donosi izmijenjeni Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica o potrošačkom kreditu, o ukidanju Direktive 87/102/EEZ i o izmjeni Direktive 93/13/EEZ, KOM (2004) 747 fin., Sl.I C 50 od 28. listopada 2004, 10. No kako ni taj izmijenjeni Prijedlog u okviru zakonodavnog postupka suodlučivanja nije naišao na odobravanje Europskog parlamenta, Komisija 7. listopada 2005. donosi čak treći i sveobuhvatno izmijenjeni Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o ugovorima o potrošačkom kreditu i o izmjeni Direktive 93/13/EEZ, o kojem je politička suglasnost u Vijeću postignuta tek 21. svibnja 2007. usvajanjem zajedničkog stajališta. Tijekom drugog čitanja Europski je parlament 16. siječnja 2008. iznio svoje stajalište sa predloženim izmjenama Direktive, koje je Komisija 25. veljače 2008. i prihvatila, nakon čega je 7. travnja 2008. uslijedila konačna odluka Vijeća o usvajanju Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu.

12 Vidi npr. Lannoo, Karel/Mata, Munoz Almudena de la, Integration of the EU Consumer Credit Market, Proposal for a more Efficient Regulatory Model, CEPS Working Document No 231, November 2004, <http://shop.ceps.be/downfree.php?item_id=1174>, 10. listopada 2007., 20. ožujka 2008. Žestoke kritike dolazile su od strane kreditora, koji su naglašavali kako stroga i detaljna nova pravila prelaze okvire zaštite potrošača. Vidi French Association of Specialised Credit Establishments, European Voice od 31.10./6.11.2002.: „In their current wording the directive's provisions appear to have forgotten that consumers are adults.”

Direktiva 87/102/EEZ (čl. 27. st. 1. Direktive 2008/48/EZ).¹³ U skladu sa spomenutom obvezom iz čl. 74. SSP-a hrvatski je zakonodavac već u lipnju 2009. godine usvojio novi Zakon o potrošačkom kreditiranju¹⁴ (dalje u tekstu: ZPK), koji stupa na snagu 1. siječnja 2010.¹⁵ No iako je ZPK jedan od prvih primjera preuzimanja Direktive 2008/48/EZ u nacionalno pravo, on ostavlja različitim davateljima kredita godinu dana kao prijelazni rok za prilagodbu i usklađivanje njihova poslovanja, naime do 1. siječnja 2011. godine.¹⁶ Novi Zakon radikalno reformira pitanje prijevremene otplate kredita i predstavlja važan iskorak u odnosu na dosadašnje rješenje iz ZZP-a. Budući da će odredbe ZZP-a koje uređuju ovu materiju prestati važiti tek 1. siječnja 2011. godine i time ustupiti mjesto za potrošača zasigurno povoljnijim odredbama ZPK-a, zadatak je ovoga rada predstaviti glavne novine i prednosti koje novi ZPK donosi u odnosu na odredbe ZZP-a o prijevremenoj otplati kredita. Jednako tako u ovom će se radu nastojati ukazati i na neke nedostatke novog uređenja prijevremene otplate kredita, te pokušati dati prijedloge za njihovo otklanjanje.

II. PROBLEMI PRIJEVREMENE OTPLATE KREDITA

Problemi vezani uz pravo prijevremene otplate kredita su mnogobrojni i mogu se promatrati iz više aspekata. S jedne strane postoji problem rascjepkanosti važećih hrvatskih propisa koji uređuju ovo posebno pravo. S druge strane praksa koju banke i različite druge kreditne institucije primjenjuju prilikom prijevremene otplate kredita nerijetko otežava njegovo korištenje. Čak štoviše, potrošači se teško odlučuju na prijevremenu otplatu kredita i načelno je smatraju neisplativom.

1. Prijevremena otplata kredita prema važećem zakonodavstvu

Pravo potrošača na prijevremenu otplatu kredita uređeno je u čl. 79. ZZP-a koji nosi naziv „Ispunjenje ugovora o zajmu prije roka“ i odnosi se na sve ugovore

13 Iako je čl. 27. st. 1. Direktive 2008/48/EZ kao rok za preuzimanje odredaba u nacionalno pravo država članica propisao 12. svibnja 2010., Komisija je ispravila očitu pogrešku usvajanjem Ispravka (Sl.l. L 207/14 od 11. kolovoza 2009). u kojem je kao ispravan datum naveden 11. lipnja 2010.

14 Zakon o potrošačkom kreditiranju, NN br. 75/09.

15 Prema čl. 30. ZPK-a stupa na snagu 1. siječnja 2010., osim odredaba čl. 9. o pristupu kreditnim registrima koje stupaju na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji.

16 Čl. 28. st. 2 ZPK-a. Osim odredaba čl. 9., 11., 12., 13. i 17., druga rečenica čl. 18. st. 1. i čl. 18. st. 2., koje propisuju obveze obavještavanja potrošača o promjenama uvjeta ugovora i koje se primjenjuju se i na otvorene ugovore o kreditu sklopljene do dana stupanja na snagu ZPK-a (čl. 29. st. 2 ZPK-a). O izrazitoj konfuznosti spomenutih odredaba te načinu njihova tumačenja vidi Čikara Emilia, *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien*, Wien i dr., LIT Verlag, 2010., str. 400.

obuhvaćene Glavom IX. ZZP-a o potrošačkom zajmu.¹⁷ Prema čl. 79. st. 1. ZZP-a potrošač može vratiti zajam i prije dospelosti, dakle i prije roka određenog za vraćanje. Pored toga potrošač ima pravo zahtijevati razmjerno sniženje ukupnih troškova zajma, a koje se sastoji od razlike u iznosu kamata „koje je trebalo platiti do trenutka u kojem je, prema ugovoru, trebalo izvršiti plaćanje i iznosa kamata plaćenih do trenutka vraćanja zajma“.¹⁸ Ova je odredba u ZZP ušla kao rezultat preuzimanja čl. 8. Direktive 87/102/EEZ, te je poput njega ostala nedorečenom glede mnogih važnih praktičnih pitanja, kao što su to npr. rokovi ili pravo davatelja kredita na naknadu eventualno mu nastale štete.¹⁹ Razlog tome vjerojatno treba tražiti u odredbama Zakona o obveznim odnosima²⁰ (dalje u tekstu: ZOO) koje odgovarajuće pravo uređuju kod ugovora o kreditu, ugovora o zajmu i kupoprodaje s obročnom otplatom cijene. S tim u vezi postavlja se i pitanje odnosa između ZZP-a i drugih zakona. Iako ZZP važi kao *lex specialis*, primjenu odredaba ZOO-a kao *lex generalis*-a jamči čl. 2. st. 2. ZZP-a, prema kojem će se u slučaju da ZZP-om nije drukčije određeno, na obveznopravne odnose između potrošača i trgovca, u ovom slučaju dakle zajmodavca, primijeniti odredbe ZOO-a. Tako u skladu s čl. 1024. st. 1. i 2. ZOO-a korisnik kredita može vratiti kredit i prije roka određenog za vraćanje, ali je dužan o tome unaprijed obavijestiti banku, te je dužan naknaditi štetu ako ju je davatelj kredita pretrpio. Povrh toga, prema čl. 1024. st. 4. ZOO-a banka kod prijevremene otplata kredita nema pravo uračunati kamate za vrijeme od dana vraćanja kredita do dana kad ga je po ugovoru trebalo vratiti. Prema čl. 507. ZOO-a isto vrijedi i za ugovor o zajmu, gdje ako nije drukčije ugovoreno, zajmoprimac može vratiti zajam i prije roka određenog za vraćanje, ali je dužan unaprijed obavijestiti zajmodavca o svojoj namjeri te mu naknaditi štetu. Također, čl. 467. ZOO-a predviđa kod kupoprodaje s obročnom otplatom cijene pravo kupca da uvijek odjednom isplati ostatak cijene,

17 Ugovor o potrošačkom zajmu definiran je u čl. 71. st. 1. i st. 2. ZZP-a. Vidi infra, str. 4 i bilj. 21. Prema čl. 72. ZZP-a ugovori isključeni od primjene Glave IX. Zakona su: ugovori o zajmu namijenjene zakupu stvari, osim ako je ugovorom o zakupu predviđeno da će na kraju ugovorenog roka zakupa stvar prijeći u vlasništvo zakupnika; ugovori o zajmu kojima je predviđeno da se kamate ne plaćaju ako potrošač isplati zajam odjednom; ugovori o dopuštenom prekoračenju na tekućem računu, osim članaka 77., 85. i 86. ZZP-a; ugovori o zajmu kojima se potrošač obvezuje vratiti zajam u razdoblju kraćem od 3 mj.; ugovori o zajmu kojima se potrošač obvezuje vratiti zajam u najviše 4 obroka u razdoblju kraćem od 12 mj.

18 Čl. 79. st. 2. ZZP-a.

19 Čl. 8. Direktive 87/102/EEZ doživio je prve kritike već tijekom zakonodavnog postupka. Pojedini su autori smatrali kako odredba krši osnovno načelo *pacta sunt servanda*. Snažan je pritisak izvršen i od strane predstavnika davatelja kredita, koji su smatrali kako odredba ne vodi dovoljno računa o njihovim pravima te predstavlja nedopušteno opterećenje za davatelje kredita. Vidi Hoffmann, Markus, Die Reform der Verbraucherkredit-Richtlinie (87/102/EWG), Berlin, De Gruyter Recht, 2007., str. 61; Reifner, Udo, Die EG-Richtlinie über den Konsumentenkredit – Nachhilfe im Verbraucherschutz für die Bundesrepublik Deutschland, u: Hörmann, Günter, (ur.), Verbraucherkredit und Verbraucherinsolvenz, Bremen, Universität Bremen, 1986., str. 634.

20 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 5/05., 41/08.

čist, bez ugovornih kamata i bez troškova.²¹ Osim ovih posebnih pravila, postoji i opća odredba o prijevremenom ispunjenju novčanih obveza propisana u čl. 25. ZOO–a. Prema ovoj odredbi dužnik novčane obveze može ju ispuniti prije roka, a pravo od iznosa duga odbiti iznos kamata za vrijeme od dana isplate do dospelosti obveze ima samo ako je na to ovlašten ugovorom. Radi se o kogentnom propisu i svaka odredba ugovora kojom se dužnik odriče toga prava je ništetna.

No unatoč činjenici što spomenute odredbe ZOO–a uređuju pravo na prijevremenu otplatu detaljnije nego što to čini sam ZZZP, postoji čitav niz pitanja koje ovakvo zakonodavno uređenje čine problematičnim. Prije svega je potrebno povući razlikovnu crtu između prava na prijevremenu otplatu kod potrošačkog kredita odnosno zajma u smislu ZZZP–a i prava na prijevremenu otplatu kod gore navedenih ugovora prema ZOO–u. Dok se odredbe Glave IX. ZZZP–a ograničavaju na ugovore o zajmu koje sklapaju potrošač i zajmodavac, dotle se odredbe ZOO–a osim na potrošačke ugovorne odnose primjenjuju i na ugovore trgovačkog ili građanskog prava, odnosno ne štite potrošača kao posebnu društvenu skupinu već kao jednu od ugovornih strana.²² Tako se prema čl. 71. st. 1. ZZZP–a ugovorom o potrošačkom zajmu obvezuje zajmodavac potrošaču staviti na raspolaganje određeni iznos novca, a potrošač se obvezuje da mu plaća određenu kamatu i dobiveni iznos vrati u vrijeme i na način utvrđen ugovorom. Prema čl. 3. st. 1. ZZZP–a „potrošač je svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u svrhe koje nisu namijenjene njegovoj

21 Autorica smatra kako je treba razlikovati kupoprodaju s obročnom otplatom cijene prema ZOO–u, koju dio pravne teorije i prakse naziva potrošačkim kreditom i od ugovora o potrošačkom zajmu prema ZZZP–u. Prema čl. 71. st. 2. ZZZP–a se ugovor o kupnji proizvoda i usluga, kojim se ovlašćuje potrošača da plati kupnju u nekoliko obroka, s tim da je zbroj iznosa svih obroka viši od cijene proizvoda ili usluge, za potrebe ZZZP–a, smatra ugovorom o potrošačkom zajmu. Dotle se prema čl. 464. ZOO–a ugovorom o kupoprodaji pokretne stvari s obročnom otplatom cijene obvezuje prodavatelj predati kupcu pokretnu stvar prije nego što mu cijena bude potpuno isplaćena, a kupac se obvezuje isplatiti njezinu cijenu u obrocima, u određenim vremenskim razmacima. Glavne razlike u odnosu na čl. 71. st. 2. ZZZP–a sastoje se u tome što se kupoprodaja s obročnom otplatom cijene odnosi na pokretne i što je ukupan iznos svih obročnih otplata jednako velik kao i cijena. „Kredit“ se ovdje sastoji u odstupanju od istovremenosti činidaba, budući da prodavatelj predaje pokretnu stvar kupcu odmah, iako će isplatu cijene dobiti kasnije u obrocima. Upravo stoga je prof.dr.sc. Ledić s pravom ukazao na činjenicu kako kupoprodaji s obročnom otplatom cijene nedostaje osnovni element potrošačkog kredita, a taj je naplatnost kreditiranja (primjerice putem kamata). U čl. 71. st. 2. ZZZP–a element naplatnosti sastoji se u tome što je „zbroj iznosa svih obroka viši od cijene proizvoda ili usluge“. Detaljno o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene Petrić, Silvija, *Zaštita potrošača u bankarskim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo Europske unije*, Split, ZPFS, br. 1–1/2002., str. 126; Ledić, Dragutin, *Ugovor o prodaji s obročnim otplatama cijene – posao namijenjen potrošačima i njihovoj zaštiti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, 1990., str. 41.

22 Josipović, Tatjana, *Das Konsumentenschutzgesetz – Beginn der Europäisierung des kroatischen Vertragsrechts*, u: Grundmann, Stefan/Schauer, Martin (ur.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn i dr., Kluwer Law Internat., 2006., str. 129.

poslovnoj djelatnosti niti obavljanju djelatnosti slobodnog zanimanja²³ Zajmodavac koji se za potrebe ZZZP-a smatra trgovcem (čl. 71. st. 4. ZZZP),²⁴ je u čl. 71. st. 3. ZZZP-a definiran kao „svaka osoba ili skupina osoba koja u okviru svoje djelatnosti ili svoga zanimanja sklapa s potrošačima ugovore o zajmu“.²⁵ Dotle u skladu s čl. 1021. ZOO-a kredit može uslijediti isključivo od banke kao davatelja kredita, dok prema čl. 499. ZOO-a zajam mogu odobriti i sve ostale fizičke ili pravne osobe. Stoga se za slučaj potrebe supsidijarne primjene odredaba ZOO-a postavlja pitanje koje od navedenih odredaba ZOO-a zapravo primijeniti. Kao primjer se može uzeti pravo davatelja

23 Hrvatsko pravo potrošačkog kredita je donedavno razlikovalo dvije osnovne definicije potrošača. Naime ukoliko je fizička osoba u vrijeme zaključenja ugovora o kreditu djelovala u svrhe namijenjene njezinoj profesionalnoj ili poslovnoj djelatnosti, ona se je smatrala potrošačem ukoliko je takav ugovor sklopila s kreditnom institucijom. Naime, u Glavi XXIV. Zakon o kreditnim institucijama (dalje u tekstu: ZKI), NN br. 117/08., 74/09., koja nosi naziv „Zaštita potrošača“, u čl. 304. potrošač je bio definiran kao „svaka fizička osoba koja je klijent kreditne institucije“. Za razliku od definicije potrošača prema čl. 3. st. 1. ZZZP-a, definicija iz čl. 304. ZKI nije vodila računa o svrsi s kojom se ugovor sklapa. Stoga su bile moguće konstelacije, kada jedna te ista fizička osoba ne ispunjava pretpostavke definicije potrošača prema čl. 3. st. 1. ZZZP-a, dok ih ispunjava prema čl. 304. ZKI. Na taj način su čak i profesionalci uživali zaštitu potrošača kada su ugovor o kreditu sklapali s kreditnom institucijom. Ovaj je nedostatak uklonjen posljednjim izmjenama i dopunama ZKI-a iz NN br. 153/09., te čl. 304 ZKI potrošača sada definira kao svaku fizičku osobu koja je klijent kreditne institucije, a koja djeluje izvan područja svoje gospodarske djelatnosti ili slobodnog zanimanja. Osim toga, može se reći kako u širem smislu poznaje čak i više definicija potrošača, budući da posebni zakoni redovno sadrže odredbe o zaštiti potrošača, koje ga definiraju na različiti i međusobno neusklađeni način. Tako npr. Zakon o leasingu, NN br. 135/06., koji je za pravo potrošačkog kredita relevantan stoga jer je i financijski leasing s klauzulom o prelasku prava vlasništva obuhvaćen poljem primjene odnosnih odredaba, u svojoj Glavi XV. Zaštita potrošača u čl. 88. potrošača definira kao svaku fizičku osobu, primatelja leasinga, koja ima prava i obveze po ugovoru o leasingu. To znači da u smislu Zakona o leasingu potrošačem može biti i trgovac pojedinac prema čl. 3. Zakona o trgovačkim društvima, NN br. 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07. kao i sve druge fizičke osobe koje se prema hrvatskome pravu smatraju trgovcima i koje ugovor o leasingu sklapaju u okviru njihove poslovne ili profesionalne djelatnosti. O tome Parać, Zoran, Zakon o leasingu (ili što je to pjesnik stvarno htio reći), Pravo u gospodarstvu, Zagreb, 2007., str. 147.

24 Prema čl. 3. st. 1. ZZZP-a trgovac „je bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje poslovne djelatnosti ili u okviru obavljanja djelatnosti slobodnog zanimanja“. Detaljno o pojmu trgovca u smislu ZZZP-a vidi Pogarčić, Zdenka, Obveze trgovaca u zaštiti potrošača: opća pravila o trgovanju, u: Dika, Mihajlo/Pogarčić, Zdenka (ur.), Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača, Zagreb, Narodne novine d.d., 2003., str. 8; Josipović, Tatjana, op.cit., str. 132. O pojmu profesionalne i poslovne djelatnosti Baretić, Marko, Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, u: Dika, Mihajlo/Pogarčić, Zdenka (ur.), op.cit., str. 64.

25 Važno je napomenuti kako se je hrvatski zakonodavac prilikom preuzimanja Direktive 87/102/EEZ u ZZZP, umjesto doslovnog prijevoda izraza „davatelj kredita“ odlučio za pojam „zajmodavac“. Razlog tome leži prije svega u činjenici, što ugovor o kreditu iz Direktive 87/102/EEZ ne odgovara definiciji ugovora o kreditu hrvatskog ugovornog prava. Budući da se pojam davatelja kredita, kako je on definiran u Direktivi ne ograničava isključivo na banke, već obuhvaća sve fizičke i pravne osobe koje se odobravanjem kredita bave kao svojom poslovnom ili profesionalnom djelatnosti, hrvatski se je zakonodavac odlučio za pojam „zajmodavac“. Vidi Slakoper, Zvonimir, Ugovor o zajmu, u Slakoper, Zvonimir (ur.), op.cit., str. 441; Čulinović-Herc, Edita, Financijska transparentnost potrošačkog zajma – trendovi u europskom i hrvatskom pravu i praksi, Split, ZPFS, vol. 42, br. 3/2005., str. 312.

kredita na naknadu štete koja mu je prijevremenom otplatom kredita eventualno nastala, budući da odredba ZZP-a o pravu potrošača na prijevremenu otplatu ovo pitanje posebno ne uređuje. Iako se kao logičan odgovor nameće mogućnost primjene čl. 1024. ZOO-a, ne treba isključiti ni mogućnost primjene čl. 507. ZOO-a. Dotle čl. 467. ZOO-a mogućnost takve naknade niti ne predviđa.²⁶ Iz svega navedenog slijedi zaključak kako bi se kod potrošačeva izvršenja prava na prijevremenu otplatu kredita glede naknade štete trebale supsidijarno primijeniti odredbe iz čl. 1024. ZOO-a kada kao zajmodavac nastupa banka, dok bi se u preostalim slučajevima trebao primijeniti čl. 507. ZOO-a. No čak između ovih dvaju odredaba postoji važna sadržajna razlika. Dok čl. 1024. ZOO-a predviđa dužnost naknade štete samo ako ju je davatelj kredita pretrpio, dotle čl. 507. ZOO-a propisuje dužnost naknade štete. Kako u praksi kao davatelji kredita uglavnom nastupaju banke primjena ovih odredaba ne bi smjela stvarati veće poteškoće.²⁷

2. Prijevremena otplata kredita u praksi davatelja kredita

Prikazano važeće zakonodavstvo ostavlja mnoga važna pitanja otvorenima, te njihovo rješavanje prepušta praksi. Različite kreditne institucije, od kojih se kao najčešći davatelji kredita na tržištu pojavljuju banke, pronašle su odgovore koji naravno idu više u prilog njima, a manje potrošačima. Budući da banke prijevremenom otplatom kredita gube kamatu koja predstavlja njihovu dobit, one su tijekom vremena razvile više načina kako sebi osigurati što veću zaradu s jedne strane, te kako odvratiti potrošače od korištenja njihova prava na prijevremenu otplatu kredita s druge strane.

Potrošač koji se odluči na prijevremenu otplatu kredita, ima u skladu s čl. 71. st. 2. ZZP-a, kao i u skladu s relevantnim odredbama ZOO-a pravo zahtijevati razmjerno sniženje troškova kredita. Ono se sastoji u razlici iznosa kamata, koje je potrošač trebao platiti do trenutka u kojem je, prema ugovoru, trebalo vratiti čitav iznos kredita, i iznosa kamata plaćenih do trenutka u kojem se prijevremeno vraća kredit. Kako bi se bankama kao davateljima kredita osigurao što veći iznos kamate, otplatni planovi se sačinjavaju na način da potrošač tijekom trajanja ugovora o kreditu najprije otplaćuje veći udio kamata, a manji udio glavnice. Takav način otplate kredita, koji je uređen u točki 3. Upute za primjenu Odluke o efektivnoj kamatnoj stopi kreditnih institucija i kreditnih unija te ugovaranju usluga s potrošačima,²⁸ bankama u slučaju

26 Vidi *infra*, str. 7.

27 Sudska praksa o pravu na prijevremenu otplatu kredita je vrlo oskudna. Vidi *infra*, str. 7, bilj. 32.

28 Odluka o efektivnoj kamatnoj stopi kreditnih institucija i kreditnih unija te ugovaranju usluga s potrošačima, NN br. 1/09., 41/09. Treba napomenuti kako ovoj Odluci koju je temeljem čl. 307. toč. 1. i 3. ZKI-a usvojio guverner Hrvatske narodne banke (dalje u tekstu: HNB) nasuprot stoji Odluka o jedinstvenoj metodi izračuna efektivne godišnje kamatne stope na potrošačke zajmove, NN 27/08 koju je temeljem čl. 75 st. 8 ZZP-a donio ministar gospodarstva, rada i poduzetništva u suglasnosti s ministrom financija (dalje u tekstu: ZZP-Odluka). ZZP-Odluka ne sadrži odredbe o načinu otplate kredita.

prijevremene otplate kredita osigurava zaradu. No iz istog je razloga i financijska isplativost korištenja prava na prijevremenu otplatu kredita za potrošača najveća na samome početku njegove otplate. Kako vrijeme protječe ona biva sve manja, a jednom kada potrošač davatelju kredita otplati veći dio kamate, prijevremena otplata kredita postaje financijski neisplativa.

Kao glavnu otežavajuću okolnost koja potrošače odvraća od korištenja njihova prava da djelomično ili u cijelosti prijevremeno otplate kredit treba spomenuti naknadu koje banke u tom slučaju naplaćuju. Kako bi destimirale svoje klijente glede korištenja prava na prijevremenu otplatu kredita, banke u praksi naplaćuju naknadu koja se izražava u postotku ostatka dugovanog iznosa i koja se već ovisno o vrsti kredita kreće od 2,00% pa sve do 5,00%.²⁹ Primjerice, ukoliko potrošač koji je sklopio ugovor o kreditu u visini od 15.000,00 eura i koji je već otplatio 5.000,00 eura, želi prijevremeno otplatiti kredit, banka će mu za zatvaranje kredita naplatiti naknadu u visini od 5% od ostatka dugovanog iznosa, dakle u konkretnom slučaju 500,00 eura.³⁰ Pritom treba napomenuti kako unatoč spomenutoj odredbi čl. 1024. ZOO-a, koja propisuje dužnost naknade štete samo ako ju je davatelj kredita pretrpio zbog vraćanja kredita i prije dospelosti, banke u slučaju prijevremene otplate kredita spomenutu naknadu redovno naplaćuju. Stoga, iako bi se moglo zaključiti kako davatelju kredita radi sprečavanja povećanja njegove imovine, dakle radi izmakle dobiti u slučaju prijevremene otplate kredita uvijek nastaje šteta gubitkom kamata od dana prijevremene otplate do dana kada je kredit trebalo vratiti, ne treba izgubiti iz vida odredbu iz čl. 1024. st. 4. ZOO-a. Naime, spomenuta odredba propisuje kako banka kod prijevremene otplate kredita nema pravo uračunati kamate za vrijeme od dana vraćanja kredita do dana kad ga je po ugovoru trebalo vratiti. Kako se radi o kogentnoj zakonskoj odredbi, svaka bi suprotna ugovorna odredba bila apsolutno ništetna. Iz navedenog slijedi zaključak kako banke nemaju pravo zahtijevati naknadu koja se sastoji u izmakloj dobiti radi gubitka kamata (neostvarene kamate). Budući da je kamata po pravnoj prirodi cijena koju potrošač plaća banci radi korištenja glavnice, u slučaju prijevremene otplate kredita otpada kako ekonomska tako i

29 Vidi čl. 342.–349. ZOO-a.

30 Vidi npr. Raiffeisenbank Austria d.d. Zagreb, **Naknade** u poslovima **kreditiranja građana**, točka 9. Prijevremena otplata kredita, točka 9.1. Prijevremena djelomična otplata kredita – 2,00% iznosa nedospjele glavnice, min. 150,00 kn; točka 9.2. Prijevremena konačna otplata kredita, 3,00% iznosa nedospjele glavnice, min. 300,00 kn. <<http://www.rba.hr/web/pdf/naknade/naknade-kreditigradjana.pdf>>, 27. travnja 2009., 14. listopada 2009. Vidi Izvadak iz Odluke o naknadama za usluge Hypo Alpe-Adria-Bank d.d., Tarifa za građane, točka B 4. Kreditiranje građanstva, B 4.2. Prijevremena djelomična otplata kredita – 2,50% od dijela glavnice kredita koji se prijevremeno vraća – min. 500 HRK. Ukoliko se prijevremena djelomična otplata vrši unutar perioda u kojem se primjenjuje fiksna kamatna stopa, gore navedena naknada se uvećava za 1 p.b. (jedan postotni bod); B 4.3. Prijevremena konačna otplata kredita – 3,00% od iznosa nedospjele glavnice – min. 500 HRK. Ukoliko se prijevremena konačna otplata vrši unutar perioda u kojem se primjenjuje fiksna kamatna stopa, gore navedena naknada se uvećava za 1 p.b. (jedan postotni bod). <http://www.hypo-alpe-adria.hr/bank/dokumenti/Naknade-gradjanstvo_10.09.2009.pdf>, 10. rujna 2009., 14. listopada 2009.

pravna svrha kamate za dio duga otplaćenog prije dospelosti.³¹ Također, budući da je pravo na prijevremenu otplatu kredita ovlaštenje korisnika kredita izvršenjem kojeg on ne vrši protupravnu radnju, prema općim pravilima o odgovornosti za štetu on može banci dugovati samo naknadu stvarno pretrpljene štete, a ne i izmakle dobiti.³² Povučete li se jasna razlikovna crta između obveze na isplatu kamate od obveze na naknadu štete uzrokovane prijevremenom isplatom kredita, postavlja se pitanje, da li je visina gore opisanih naknada zaista opravdana.³³ U slučaju prijevremene otplate kredita banka prijevremeno osim iznosa glavnice, kojeg može dalje ulagati i tako ostvarivati dobit, zbog spomenutog načina otplate kredita dobiva i veći udio kamata, te spomenutu naknadu. Pritom, u skladu sa zakonskim odredbama, ta naknada štete ne smije obuhvaćati isplatu kamate, već ovisno o okolnostima slučaja npr. troškove vezane uz odobravanje kredita i sl. Ipak, poslovna je praksa banaka uglavnom u izravnoj suprotnosti s zakonskim odredbama. Osim što banke u svoje opće uvjete poslovanja uvrštavaju odredbe prema kojima banka u slučaju prijevremene otplate kredita ima pravo na cjelokupni iznos kamata i troškova, opisana praksa naplaćivanja spomenutih naknada ne predstavlja ništa drugo do nadoknađivanje dijela iznosa kamata koje je prema ugovoru trebala dobiti do kraja njegova trajanja (neostvarene kamate), dakle naknadu izmakle dobiti. Takva poslovna praksa u konačnici vodi do neosnovanog bogaćenja banaka, budući da banke naplaćuju uslugu stavljanja novaca na raspolaganje potrošaču, koju glede prijevremeno otplaćenog iznosa kredita nisu izvršile.³⁴

31 Do istog zaključka dolazi Petrić, Silvija, Zaštita..., op.cit., str. 135 et seq. Nadalje, prof. Petrić napominje kako je stav poslovne prakse, da su spomenute odredbe ZOO-a nepravilne i neprihvatljive za poslovnu praksu, budući da ne uzimaju u obzir rizike poslovanja banaka vezane uz promjene aktivne i pasivne kamatne stope. Banke u praksi sredstva kreditiranja dobavljaju po visokim kamatama, te ih potom računavaju u kamatu kredita. Ako su u trenutku prijevremene otplate kredita kamatne stope po kojima banka može vraćenu glavnici dati na korištenje drugim korisnicima znatno niže od pasivne kamate koju ona i dalje mora plaćati svojem kreditoru, tada banka trpi gubitke. Vidi Jurman, Antun, Rizik kamatne stope u poslovnoj banci, Rijeka, ZPFR, br. 2/2001, str. 581.

32 Petrić, Silvija, Zaštita..., op.cit., str. 136. Isto tako u rješenju VSRH od 5. listopada 1999., Rev 2732/1995-2: „Prema tome, u konkretnom slučaju valja voditi računa da je tužitelj kao korisnik kredita bio ovlašten pod određenim uvjetima odustati od ugovora o kreditu prije utanačenog roka za vraćanje kredita, a nakon njegove realizacije, ali da banka može ostvarivati štetu, ali ne i kamatu od trenutka otplate kredita pa nadalje do isteka ugovorenog roka vraćanja. Kada bi banka imala pravo na naplatu kamate od trenutka otplate kredita po tužitelju pa nadalje sve do isteka ugovorenog roka vraćanja, tada se ne bi uvažavala činjenica da je ugovor za stranke prestao odustankom jedne strane, a koji je odustanak bio zakonom dopušten, zbog čega bi takvo postupanje banke bilo protivno zakonu“.

33 O opsegu naknade štete vidi Slakoper, Zvonimir/Gorenc, Vilim, Obvezno pravo, Zagreb, Informator, 2009., str. 391 et seq.

34 Isto tako Petrić, Silvija, Zaštita..., op.cit., str. 136.

III. PRIJEVREMENA OTPLATA KREDITA PREMA NOVOM ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU

Novi ZPK–a reformira institut prijevremene otplate kredita i predstavlja značajan korak naprijed za hrvatsko pravo zaštite potrošača. Pritom je od osobite važnosti uvođenje nove odredbe koja na detaljan način uređuje pitanje naknade davatelju kredita za moguće troškove povezane s prijevremenom otplatom kredita. Usvajanjem jedinstvenog zakonskog rješenja ZPK–a bi kao *lex specialissima* u odnosu na ZZP³⁵ u skoroj budućnosti trebao otkloniti nedostatke trenutno važećeg zakonskog uređenja i neke od prikazanih problema u praksi, čime će doprinijeti povišenju pravne sigurnosti za potrošače.

1. Općenito

Pravo na prijevremenu otplatu kredita iscrpno je uređeno u čl. 16. ZPK-a i ograničeno na ugovore o kreditu³⁶ na koje se odnose odredbe ZPK-a³⁷ koje međusobno sklapaju „potrošač“ i „vjerovnik“. Pritom ZPK-a u svojem čl. 2. toč. 1. potrošača definira kao fizičku osobu koja u transakcijama obuhvaćenima ZPK-om djeluje izvan poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja. Umjesto uvođenja još jedne definicije potrošača u hrvatsko pravo, usklađenost s odredbama Direktive 2008/48/EZ, mogla se je postići i pukim upućivanjem na pojam potrošača iz čl. 3 st. 1 ZZP-a.³⁸ Nadalje, kao

36 Prema čl. 2. toč. 3. ZPK-a *ugovor o kreditu* je „ugovor u kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili slične financijske nagodbe, osim ugovora o trajnom pružanju usluge ili isporuke proizvoda iste vrste kada potrošač plaća za takve usluge ili proizvode tijekom cjelokupne njihove isporuke u obliku obroka“. Pored ove definicije, koja je doslovno preuzeta iz čl. 3. sl. c) Direktive 2008/48/EZ, ZPK-a u čl. 2. toč. 15. definira i jedan daljnji pojam „potrošačko kreditiranje“, „kao pravni posao kojim se jedna ugovorna strana obvezuje drugoj staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a druga se ugovorna strana obvezuje plaćati ugovorene kamate, odnosno ugovorene naknade, te iskorišteni iznos novca vratiti u vrijeme i na način kako je ugovoreno, kao i svaki drugi pravni posao, koji je po svojoj gospodarskoj biti jednak ovome pravnom poslu“.

37 U skladu s čl. 3. ZPK-a se ne primjenjuje na: „ugovore o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita manji od 1.500,00 kn ili veći od 1.000.000,00 kn; ugovore o operativnom leasingu kada u glavnom ili posebnom ugovoru nije propisana obveza kupnje predmeta ugovora. Takva obveza postoji samo onda ako to jednostrano odluči vjerovnik; ugovore o kreditu u obliku prekoračenja po tekućem računu kada se kredit mora otplatiti u roku od mj. dana; ugovore o kreditu prema kojima se kredit odobrava bez kamata i bez ikakvih drugih naknada te ugovore o kreditu prema čijim se uvjetima kredit mora otplatiti u roku od 3 mj., a plaćaju se samo naknade u iznosu od najviše 30 kn; ugovore o kreditu prema kojima poslodavac, izvan svoje poslovne djelatnosti, odobrava kredit posloprincima bez kamata ili po EKS nižoj od stopa koje postoje na tržištu i koje se nude javnosti; ugovore o kreditu koji se sklapaju s investicijskim društvima određenima zakonom koji uređuje tržište kapitala ili s kreditnim institucijama određenima zakonom koji uređuje kreditne institucije, a svrha kojih je omogućiti investitoru da provede transakciju koja se odnosi na jedan ili veći broj financijskih instrumenata prema zakonu koji uređuje tržište kapitala, ako je investicijsko društvo ili kreditna institucija koja odobrava kredit jedna od ugovornih strana; ugovore o kreditu koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom određenim zakonom; ugovore o kreditu koji se odnose na odgodu plaćanja postojećeg duga, bez plaćanja naknada; ugovore o kreditu kojima se od potrošača traži da kod vjerovnika založi instrument osiguranja i onda kada je odgovornost potrošača strogo ograničena na taj zalog“. Odredbe ZPK-a o pravu na prijevremenu otplatu kredita ne primjenjuju se na: ugovore o kreditu u obliku dopuštenog prekoračenja i onda kada se kredit otplaćuje na zahtjev ili u roku od 3. mj.; na ugovore o kreditu u obliku prešutno prihvaćenog prekoračenja. Kod ugovora o kreditu koji propisuju dogovaranje mjera između vjerovnika i potrošača u pogledu odgođenog plaćanja ili metoda otplate kada potrošač već ne ispunjava obvezu plaćanja osnovnog ugovora o kreditu: ako je vjerojatno da bi takve mjere mogle spriječiti mogućnost sudskog postupka zbog neplaćanja i ako potrošač time ne bi podlijezao manje povoljnim uvjetima od onih propisanih osnovnim ugovorom o kreditu, primjenjuje se odredba ZPK-a o pravu na prijevremenu otplatu kredita. No ne primjenjuje se ako ugovor podliježe odredbama o kreditu u obliku dopuštenog prekoračenja.

38 Vidi supra, str. 5, bilj. 23.

i dosad,³⁹ hrvatsko pravo potrošačkog kredita umjesto doslovnog prijevoda izraza iz Direktive 2008/48/EZ, naime „davatelj kredita“ uvodi pojam „vjerovnika“. Prema čl. 2. toč. 2. ZPK–a *vjerovnik* je fizička ili pravna osoba koja na području RH „odobrava ili obećava odobriti kredit u okviru poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja“.⁴⁰

Odredba čl. 16. ZPK–a omogućava potrošačima podmirivanje njihovih obveza, djelomice ili u cijelosti, prije datuma određenog ugovorom o kreditu. U tom slučaju davatelj kredita odnosno vjerovnik ima pravo na pravednu i objektivnu naknadu eventualnih troškova izravno povezanih s prijevremenom otplatom, pri čemu obračun naknade mora biti transparentan i razumljiv potrošačima kako prije, tako i tijekom sklapanja ugovora. Pored toga odredba zahtijeva i jednostavnost same metode obračuna naknade te propisuje ograničenje njezine visine. Budući da je odredba ZPK–a o pravu na prijevremenu otplatu kredita zapravo rezultat preuzimanja odredbe čl. 16. Direktive 2008/48/EZ u hrvatsko pravo potrošačkog kredita,⁴¹ ona kao i potonja osim značajnog napretka i poboljšanja dosadašnjeg zakonskog uređenja sa sobom donosi i neke dvojbe.⁴²

2. Pravo na svakodobnu prijevremenu otplatu kredita

Prema čl. 16. st. 1. ZPK–a potrošač ima pravo u svakom trenutku u cijelosti ili djelomično ispuniti svoje obveze iz ugovora o kreditu. Odluči li se na prijevremenu otplatu kredita potrošač ima pravo na smanjenje ukupnih troškova kredita, a smanjenje sastoji se od kamata i drugih troškova koji se odnose na preostalo trajanje ugovora o kreditu (čl. 16. st. 1. ZPK–a). Razlike u odnosu na trenutno važeći čl. 79. ZZP–a uočljive su na prvi pogled. Tako čl. 79. st. 1. ZZP–a propisuje kako „potrošač može vratiti zajam i prije roka određenog za vraćanje“, ne spominjući nigdje kako se radi o pravu potrošača „u svakom trenutku u cijelosti ili djelomično“ ispuniti svoju

39 Vidi supra, str. 5, bilj. 25.

40 Čl. 2. toč. 2. ZPK–a nadalje nastavlja kako je to posebno: „– pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje kreditnih institucija ili kreditnih unija, pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje institucija za elektronički novac, institucija za platni promet koje pružaju usluge platnog prometa u skladu s posebnim zakonom, pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje poduzetnika;– fizička osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje obrtnika ili slobodnih zanimanja“.

41 O tome detaljnije vidi Čikara, Emilia, op. cit., Pravo i porezi, br. 9/2009, str. 94.

42 Čl. 16 st. 2 reč. 1 Prijedloga Direktive iz 2002. g. (KOM (2002) 443 fin., Sl.I. EZ 2002, br. C 331 E, 2000) predviđao je kako davatelj kredita može zahtijevati objektivno utemeljenu i pravičnu naknadu utvrđenu temeljem matematičkih načela. Naknada je prema čl. 16 st. 2 reč. 2 trebala biti isključena kod ugovora o kreditu kod kojih je razdoblje fiksne kamatne stope kraće od godinu dana (sl. a)); kod kojih je otplata zajamčena putem ugovora o osiguranju (sl. b)); kao i kod ugovora o kreditu koji dospijevaju odjednom (sl. c)). Dok je Gospodarsko i socijalno vijeće u svojem stajalištu upozorilo kako će odredbe uzrokovati „značajne nejednakosti među potrošačima“ i stvoriti „prepreke na tržištu kredita između pojedinih država članica“, Europski parlament je kritizirao Prijedlog kao nepovoljan za potrošače. Vidi Stajalište Gospodarskog i socijalnog vijeća, Sl.I. C 234 od 17. srpnja 2003., str. 1; Drugo izvješće Odbora za pravo i unutarnje tržište, A5–0224/2004, Sl.I. C 104 od 20. travnja 2004., str. 233.

ugovornu obvezu. Ipak, treba napomenuti kako su dosadašnja teorija i praksa načelno zauzele stav kako pravo na prijevremenu otplatu kredita ne podliježe ni vremenskom niti kvantitativnom ograničenju.⁴³ Daljnja razlika proizlazi iz čl. 79. st. 2. ZZP-a koji uređuje pravo potrošača na „razmjerno sniženje ukupnog troška zajma“, a koje se sastoji od razlike iznosa „kamata“, a ne kao u čl. 16. st. 1. ZPK-a od kamata i „drugih troškova“ koji se odnose na preostalo trajanje ugovora. Pritom ukupni troškovi kredita prema čl. 2. toč. 7. ZPK-a uključuju kamate, naknade, poreze i sve druge naknade koje potrošač mora platiti u svezi s kreditom, a koji su poznati vjerovniku.⁴⁴ Uzme li se u obzir pravo vjerovnika na naknadu moguće mu štete nastale prijevremenom otplatom kredita prema čl. 16. st. 2. – 6. ZPK-a, odredbu čl. 16. st. 1. ZPK-a treba tumačiti na način kako vjerovnik nema pravo zahtijevati kamate i troškove za vrijeme od dana vraćanja kredita do dana kad ga je prema ugovoru trebalo vratiti.⁴⁵

3. Pravo vjerovnika na naknadu troškova

Odredbe čl. 16. st. 2. – 6. ZPK-a kojima se uređuje pitanje naknade davatelju kredita za moguće troškove povezane s prijevremenom otplatom kredita značajno će promijeniti važeće zakonsko uređenje i posljedično utjecati na opisanu poslovnu praksu kreditnih institucija, osobito banaka kako najčešćih davatelja kredita.⁴⁶ U skladu s čl. 16. st. 2. ZPK-a prilikom izvršenja prava na prijevremenu otplatu kredita vjerovnik „ima pravo na pravednu i objektivnu naknadu za moguće troškove izravno povezane s prijevremenom otplatom kredita, pod uvjetom da je kredit prijevremeno otplaćen u razdoblju tijekom kojega se primjenjivala fiksna kamatna stopa“.⁴⁷ No, budući da odredba ostavlja otvorenima neka važna pitanja kao što su to određenje troškova koji se trebaju nadoknaditi, te njihov obračun, potrebno je prije svega detaljnije proučiti polje primjene odredaba o pravu vjerovnika na naknadu troškova.

43 Vidi supra, str. 6, bilj. 30. Vidi Čulinović–Herc, Edita, Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora – usklađenost s europskim pravom, Rijeka, ZPFR, vol. 26, br. 1/2005., str. 194; Petrić, Silvija, Ugovor..., op.cit., str. 563.

44 Treba napomenuti kako su prema čl. 2. toč. 7. ZPK-a troškovi javnog bilježnika izuzeti, dok su troškovi dodatnih usluga koje se odnose na ugovor, kao npr. premije osiguranja, uključeni ako je sklapanje ugovora o pružanju tih usluga obvezno radi dobivanja kredita.

45 Isto proizlazi i iz različitih jezičnih verzija čl. 16. Direktive 2008/48/EZ: „...das Recht auf Ermäßigung der Gesamtkosten des Kredits, die sich den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrages richtet“, ili „...such reduction consisting of the interest and the costs for the remaining duration of the contract“.

46 U mnogim je zemljama naplaćivanje spomenute naknade zabranjeno. Tako npr. § 33. st. 8. austrijskog BWG-a (Bankwesengesetz BGBl. I 2009., br. 22) načelno zabranjuje obračunavanje naknada troškova za davatelja kredita u slučaju prijevremene otplate kredita. Mogućnost ugovaranja takve naknade je iznimno dopuštena kod hipotekarnih kredita. Vidi i presudu OGH od 23. svibnja 2006., 4 Ob 60/06m.

47 Izuzev u slučajevima iz čl. 16. st. 4. ZPK-a.

3.1. Polje primjene odredaba o pravu vjerovnika na naknadu troškova

Glavna svrha spomenute naknade troškova jest kompenzacija negativnih posljedica koje davatelju kredita odnosno vjerovniku nastaju uslijed prijevremene otplate kredita. Te se negativne posljedice mogu izvesti iz pojma „troškovi“ s jedne strane, i iz čl. 16. st. 4. ZPK–a s druge strane.⁴⁸ Prema čl. 16. st. 4. ZPK–a naknada se ne plaća „a) ako se otplata izvršava prema ugovoru o osiguranju koje je jamstvo otplate kredita; b) ako se radi o dopuštenom prekoračenju ili; c) ako je kredit otplaćen u razdoblju tijekom kojega nije određena fiksna kamatna stopa“.⁴⁹ Iz čl. 16. st. 4. sl. c) ZPK–a kao i iz čl. 16. st. 2. ZPK–a može se zaključiti kako obveza naknade troškova postoji samo ako potrošač prijevremeno vrati kredit u razdoblju tijekom kojega se primjenjivala fiksna kamatna stopa u smislu čl. 2. toč. 11. ZPK–a.⁵⁰ Dotle Freitag smatra kako se odredba primjenjuje neovisno o tome da li se radi o kreditu sa ugovorenom fiksnom nominalnom kamatnom stopom (dalje u tekstu: NKS) u užem smislu riječi ili o kreditu sa ugovorenom promjenjivom NKS vezanom uz referentnu kamatnu stopu. Time bi od naknade troškova bili isključeni samo krediti odobreni pod uvjetima koje kreditna institucija svakodobno može prilagoditi izmijenjenim okolnostima, kao npr. krediti u obliku dopuštenog prekoračenja stanja na tekućem računu. Ipak Freitag s pravom primjećuje kako je odredba o isključenju prekoračenja stanja na tekućem računu kod kojeg je kamatna stopa promjenjiva (čl. 16. st. 4. sl. b) ZPK–a) već obuhvaćena trećim slučajem isključenja, dakle čl. 16. st. 4. sl. c) ZPK–a i stoga suvišna.⁵¹

Dok čl. 16. st. 1. ZPK–a propisuje pravo potrošača na smanjenje ukupnih troškova kredita za iznos „kamata i drugih troškova“ za vrijeme preostalog trajanja ugovora o kreditu, dotle čl. 16. st. 2. ZPK–a vjerovniku daje pravo samo na naknadu „troškova“. Ovdje treba napomenuti kako hrvatski zakonodavac nije preuzeo čl.

48 U ZPK–a je došlo do redakcijske greške tako što je st. 4. greškom označen kao st. 3., što je dovelo do toga da u čl. 16. ZPK–a postoje dva stavka 3. Budući da ZPK–a obiluje sličnim greškama potrebno je usvojiti ispravak zakona.

49 Ova je odredba doslovno preuzeta iz čl. 16. st. 3. Direktive 2008/48/EZ. Stav je većine autora kao i same prakse kako će se spomenuta isključenja negativno odraziti na davatelje kredita. Vidi Hoffmann, Markus, op.cit., str. 236; Hoffmann, Markus, Der Diskussionsstand zur Reform der Verbraucherkreditrichtlinie, BKR, 2004., str. 313; Rohe, Mathias, Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin?, BKR, 2003., str. 272; Alleweldt, Frank/Micklitz, Hans-W/Rott, Peter/Milne, Alistair/Tichý, Lubos/Kara, Senda/Osterloh, Maren/Schubert, Kristen/Achten, Merle, Broad Economic Analysis of the Impact of the Proposed Directive on Consumer Credit <http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0704_consumercredit_en.pdf>, 12. kolovoza 2007., 3. rujna 2009.

50 U skladu s čl. 2. toč. 11. ZPK–a „fiksna kamatna stopa“ iskazuje da su vjerovnik i potrošač u ugovoru o kreditu dogovorili jedinstvenu kamatnu stopu za cjelokupno trajanje ugovora o kreditu ili nekoliko kamatnih stopa za pojedina razdoblja koristeći se isključivo određenim fiksnim postotkom. Ako u ugovoru o kreditu nisu utvrđene sve kamatne stope, smatra se da je kamatna stopa fiksna samo za djelomična razdoblja za koja se kamatne stope određuju isključivo određenim fiksnim postotkom koji je dogovoren prilikom sklapanja ugovora o kreditu“.

51 Vidi Freitag, Robert, Vorzeitige Rückzahlung und Vorfälligkeitsentschädigung nach der Reform der Verbraucherkreditrichtlinie, ZIP, br. 24/2008., str. 1104.

16. st. 4. sl. b) Direktive 2008/48/EZ koji predviđa mogućnost za države članice, da davatelju kredita iznimno dopuste višu naknadu kada dokaže da njegov stvarno nastali gubitak prelazi člankom 16. st. 2. Direktive 2008/48/EZ odnosno člankom 16. st. 3. ZPK–a utvrđene gornje granice naknade.⁵² Stoga odredbe ZPK–a glede naknade troškova potvrđuju gore izneseni stav glede poslovne prakse banaka koje naplaćuju neostvarene kamate kao izmaklu dobit.⁵³ Banke će u skladu s čl. 16. st. 2. ZPK–a imati pravo samo na naknadu troškova u užem smislu, odnosno troškova izravno povezanih s prijevremenom otplatom kredita. Riječ je prije svega o administrativnim troškovima vezanim uz potrebne radnje u svezi s prijevremenim zatvaranjem kredita i sl. U pravnoj je teoriji sporno da li se tu mogu ubrojiti i već spomenuti troškovi davatelja kredita glede refinanciranja kredita za preostalo vrijeme trajanja ugovora o kreditu.⁵⁴ Ipak, treba naglasiti kako je mogućnost naknade tih troškova putem čl. 16. st. 2. ZPK–a gotovo nikakva. To prije svega zato što čl. 16. st. 6. ZPK–a naknadu ograničava na stvarnu štetu, propisujući kako iznos naknade ne smije preći „iznos kamata koje bi potrošač platio tijekom razdoblja između dana prijevremene otplate kredita i dana prestanka ugovora o kreditu“. Osim toga, iznimno su rijetke situacije u kojima uslijed promjena kamatnih stopa na tržištu davatelj kredita nije u stanju daljnjim ulaganjem ili davanjem na korištenje prijevremeno vraćenih novčanih sredstava pokriti barem troškove refinanciranja vraćenog kredita.

3.2. Opseg zahtjeva za naknadu troškova

Kako bi se ustanovio opseg zahtjeva za naknadu troškova putem njihova obračuna, potrebno je prije svega utvrditi koji su to troškovi koji se nadoknađuju u skladu s čl. 16. st. 2. ZPK–a, te utvrditi ograničenje visine zahtjeva u skladu s čl. 16. st. 3., 5. i 6. ZPK–a.

3.2.1. Naknada stvarnih ili i mogućih troškova

Kao što je već spomenuto prema čl. 16. st. 2. ZPK–a vjerovnik ima pravo na naknadu za „moguće troškove izravno povezane s prijevremenom otplatom kredita“. Iz odredbe proizlazi kako vjerovnikovo pravo na naknadu troškova ne obuhvaća

⁵² Vidi infra, str. 12. Nadalje zakonodavac ne preuzima niti čl. 16. st. 4. reč. 2. Direktive 2008/48/EZ koji propisuje kako u slučaju kad „pravična i objektivno utemeljena“ naknada prijeđe stvarni gubitak davatelja kredita, potrošač ima pravo zahtijevati odgovarajuće smanjenje naknade. Pritom prilikom utvrđivanja gubitka u skladu s čl. 16 st. 4 reč. 3 Direktive 2008/48/EZ u obzir ne treba uzimati samo razliku kamata, već i učinak prijevremene otplate kredita na administrativne troškove. Vidi Čikara, Emilia, op. cit., Pravo i porezi, br. 9/2009, str. 94; Freitag, Robert, op.cit., str. 1107.

⁵³ Vidi supra, str. 6.

⁵⁴ Vidi supra, str. 7, bilj. 31. Za njihovo obuhvaćanje izjašnjava se Freitag, Robert, op.cit., str. 1104 et seq., dok se protiv njihova obuhvaćanja izjašnjava Wendehorst, Christiane, Die neue Verbraucherreditrichtlinie: Rücktritt, Kündigung, vorzeitige Rückzahlungen, ÖBA, 2009., str. 38.

isključivo dokazane stvarno nastale troškove, koji su izravna posljedica prijevremene otplate kredita, već također i „moguće troškove“.⁵⁵ Riječ je o troškovima hipotetičke naravi, koji se mogu obračunati putem financijsko–matematičkih formula. Odredba stoga ide u prilog poslovnoj praksi banaka i uzima u obzir njihove interese tako što odustaje od konkretnih dokaza i oslanja se na statističke vrijednosti prilikom obračuna naknade troškova. Primjerice, teško je ustanoviti točne iznose troškova obrade koji nastaju uslijed prijevremene otplate kredita. Još veće poteškoće stvorilo bi utvrđivanje već spomenutih troškova refinanciranja kredita za preostalo vrijeme trajanja ugovora o kreditu. Ovaj stav potkrjepljuje i čl. 10. st. 2. sl. s) ZPK–a prema kojem ugovor o kreditu mora jasno i sažeto sadržavati ne samo informaciju o pravu na prijevremenu otplatu, već i informacije o „pravu vjerovnika na naknadu i način na koji će se ona utvrđivati“. Budući da se način utvrđivanja naknade nedvojbeno odnosi na matematičku formulu, slijedi zaključak kako se zahtjev za naknadu troškova osim na konkretno nastale troškove odnosi i na moguće troškove odnosno obuhvaća i statistički dokazive negativne posljedice prijevremene otplate kredita.⁵⁶

3.2.2. Ograničenje visine zahtjeva za naknadu troškova

Visina naknade troškova izravno povezanih s prijevremenom otplatom kredita ograničena je odredbama čl. 16. st. 3., 5. i 6. ZPK–a. Čl. 16. st. 3. ZPK–a propisuje tako kako iznos naknade ne smije premašiti 1% prijevremeno otplaćenog iznosa kredita ako je razdoblje između dana prijevremene otplate i roka dospijeca prema ugovoru o kreditu dulje od godinu dana. Za slučaj da je to razdoblje kraće od godine dana, iznos naknade ne smije premašiti 0,5% iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje.⁵⁷ Ipak, poput njezina uzora članka 16. st. 2. Direktive 2008/48/EZ, odredba propušta utvrđenje gornje granice naknade za slučaj da to razdoblje iznosi 365 dana odnosno točno godinu dana.⁵⁸ Čl. 16. st. 3. ZPK–a je problematičan i iz više drugih razloga. Jedan od njih je određenje gornje granice naknade troškova u ovisnosti od iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje. Tako primjerice visina spomenutih administrativnih troškova obrade ne ovisi ni o iznosu kredita koji se prijevremeno otplaćuje niti o trenutku otplate.⁵⁹ No čl. 16. st. 3. ZPK–a dovodi do ishoda prema kojem će prijevremena otplata manjih iznosa kredita malo prije roka dospijeca praktički isključiti mogućnost naknade troškova koja bi odgovarala administrativnim troškovima davatelja kredita, dok se istovremeno propisivanjem gornje granice neće

55 U različitim jezičnim verzijama čl. 16. st. 2. Direktive 2008/48/EZ: „... möglicherweise entstanden, unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten...“; „...possible costs directly linked to early repayment of credit...“.

56 Freitag, Robert, op.cit., str. 1105.

57 U skladu s čl. 27. st. 2. Direktive 2008/48/EZ te će gornje granice Komisija ispitivati svakih pet godina (odnosno prvi put 11. lipnja 2013.), te ih ocijeniti u skladu sa gospodarskim kretanjima i stanju na tržištu EU.

58 Vidi Čikara, Emilia, op. cit., Pravo i porezi, br. 9/2009, str. 94.

59 Suprotan stav zauzima Wendehorst, Christiane, op.cit., str. 39.

spriječiti nerazmjerno opterećivanje potrošača kod prijevremene otplate većih iznosa kredita. Stoga se može pretpostaviti kako će odredba u konačnici za posljedicu imati poskupljenje potrošačkih kredita putem povisivanja kamata od strane kreditnih institucija.

Drugo ograničenje je rezultat opcije koju je hrvatski zakonodavac preuzeo iz čl. 16. st. 4. sl. a) Direktive 2008/48/EZ, a koja je državama članicama stavila na raspolaganje mogućnost utvrđenja granice iznosa prijevremene otplate, ispod koje se naknada ne može zahtijevati. Direktivom je nadalje propisano kako prilikom utvrđenja granice, koja ne smije biti viša od 10.000,00 eura za razdoblje od 12 mjeseci, države članice moraju uzeti u obzir i prosječni volumen potrošačkih kredita na svojem tržištu.⁶⁰ U skladu s time odredba čl. 16. st. 5. ZPK-a propisuje kako vjerovnik može tražiti naknadu troškova samo pod uvjetom da iznos prijevremene otplate premašuje 75.000,00 kuna unutar 12 mjeseci.⁶¹ Pritom se postavlja pitanje, da li prijevremena otplata koja prekoračuje spomenuti iznos opravdava postavljanje zahtjeva za naknadom troškova za čitav iznos kredita koji se prijevremeno otplaćuje ili samo opravdava postavljanje zahtjeva za naknadu troškova glede onog dijela prijevremeno otplaćenog iznosa kredita koji prekoračuje člankom 16. st. 5. ZPK-a utvrđenu granicu.⁶²

I konačno treće ograničenje proizlazi iz čl. 16. st. 6. ZPK-a, prema kojem iznos naknade troškova kako ograničen u čl. 16. st. 3. ZPK-a ne smije prelaziti iznos kamata koje bi potrošač platio tijekom razdoblja između dana prijevremene otplate kredita i dana prestanka ugovora o kreditu. Ovo zadnje i ujedno izrazito značajno ograničenje iznova potvrđuje u ovome radu iznesen stav kako se naknada treba odnositi isključivo na naknadu troškova, a ne i na naknadu izmakle dobiti vjerovnika zbog neostvarenih kamata.⁶³ Pravo vjerovnika na naknadu administrativnih troškova i eventualno troškova refinanciranja koji su izravno povezani s prijevremenom otplatom kredita nema veze sa njegovim očekivanjima glede dobiti koju je on

60 Točka 40. preambule Direktive 2008/48/EZ.

61 Njemački Zakon o preuzimanju Direktive o ugovorima o potrošačkom kreditu, građanskopravnog dijela Direktive o uslugama platnog prometa na unutarnjem tržištu kao i o novom uređenju propisa o pravu na raskid i pravu na povrat primljenog od 29. srpnja 2009., BGBI. I 2009., br. 49, str. 2355 ne preuzima mogućnost predviđenu u čl. 16. st. 4. sl. a) Direktive 2008/48/EZ, stoga što ju smatra nepovoljnom kako za potrošače tako i za davatelje kredita. Osim toga, tijekom zakonodavnog postupka se naglašavalo kako bi spomenuta odredba samo otežavala primjenu propisa. Vidi njemačko Savezno Ministarstvo pravosuđa <http://www.bmj.bund.de/files/03aceb921c55f642a652ce85d70dc637/3841/gesetz_verbraucherkreditrichtlinie_bundesgesetzblatt.pdf>, 18. kolovoza 2009., 1. rujna 2009. Isto tako Freitag, Robert, op.cit., str. 1108. Vidi i drukčije mišljenje kod Heinen, Ursula, Aktuelle und verbraucherpolitische Perspektiven im Bankbereich, u: Hadding, Walther/Hopt, Klaus J./Schimansky, Herbert (ur.), Verbraucherschutz im Kreditgeschäft, Compliance in der Kreditwirtschaft, Bankrechtstag 2008., Berlin, De Gruyter Recht, 2009., str. 6. Sličan stav zauzet je i u austrijskoj literaturi, vidi Wendehorst, Christiane, op.cit., str. 38.

62 Vidi Slakoper, Zvonimir/Gorenc, Vilim, op.cit., str. 382 et seq.

63 Drukčije mišljenje ima Wendehorst, Christiane, op.cit., str. 39, koja smatra kako naknada obuhvaća i naknadu neostvarenih kamata.

namjeravao steći, te se ona ovim putem ne može niti kompenzirati.⁶⁴

3.3. Pitanja od važnosti za praksu davatelja kredita

Jedno od najvažnijih pitanja koje će se u praksi davatelja kredita postaviti u svezi s naknadom troškova, jest kako će se ta naknada obračunavati i kako će se taj način obračuna naknade u ugovoru o kreditu potrošačima prezentirati na „jasan i sažet način“ u smislu čl. 10. st. 2. sl. s) ZPK–a. Također treba naglasiti kako se obveza pružanja transparentnih i razumljivih informacija potrošaču glede obračuna naknade troškova odnosi već na predugovorni stadij. U skladu s čl. 5. st. 1. sl. p) ZPK–a vjerovnik i kreditni posrednik su dužni i prije prihvaćanja ponude ili sklapanja ugovora o kreditu, u pisanom obliku ili nekom drugom trajnom mediju, na temelju kreditnih uvjeta vjerovnika, potrošaču pravodobno pružiti spomenutu informaciju. U smislu čl. 16. st. 3. ZPK–a potrebni bi se troškovi obrade kao i eventualno troškovi refinanciranja trebali ujednačeno odrediti primjenom određenog postotka od iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje, a koji se nalazi ispod granica utvrđenih spomenutom odredbom. Ovom načinu prikazivanja idu u prilog i odredbe same Direktive 2008/48/EZ, prema kojima metoda obračuna naknade mora biti lako primjenjiva za davatelje kredita, ali i omogućiti pojednostavljeno ispitivanje naknade nadležnim nadzornim tijelima.⁶⁵ Iz istih se razloga najviši iznos naknade mora prikazati u paušalnom iznosu. Pritom se kao dvojbena može pojaviti eventualno okolnost što će se tom naknadom zapravo nadoknađivati administrativni troškovi davatelja kredita, čiji opseg odnosno visina uopće ne ovise o iznosu kredita koji se prijevremeno otplaćuje.⁶⁶ Stoga bi možda prihvatljivija alternativa bila odvojeno prikazivanje administrativnih troškova i eventualno troškova refinanciranja, tako što bi se potrošaču prikazao zbroj paušaliziranog iznosa troškova obrade⁶⁷ i naknade za eventualne troškove refinanciranja izražene u postotku od iznosa kredita koji se prijevremeno otplaćuje,⁶⁸ i iz njega oblikovao ukupan zahtjev za naknadom troškova u skladu s ograničenjima iz čl. 16. st. 3. ZPK–a. Ipak, upitno je da li bi takav način obračuna naknade za potrošača bio jasan i sažet i da li bi ga se kao takvog moglo uklopiti u ugovornu dokumentaciju a da se time ne prede njezine okvire. I konačno

64 Ipak treba naglasiti kako su neki autori već izrazili svoje strahovanje glede posljedica koje će ova odredba imati na povišenje cijene potrošačkih kredita. Naime, oni tvrde kako spomenuta odredba može dovesti do situacije u kojoj vjerovniku nastaje šteta time što troškovi prijevremene otplate kredita prelaze dobit davatelja kredita. Kako bi davatelji kredita u tom slučaju pokrili nastale administrativne troškove, oni će povisiti kamate što će dovesti do poskupljenja potrošačkih kredita. Vidi Freitag, Robert, op.cit., str. 1106.

65 Vidi točku 39. preambule Direktive 2008/48/EZ. Vidi Čikara, Emilia, op. cit., Pravo i porezi, br. 9/2009, str. 94.

66 Tako se npr. njemačka sudska praksa protivi ovakvome načinu obračuna. Vidi presudu BGH od 1. srpnja 1997., XI ZR 267/96, EWiR, 1998., str. 481.

67 Ovdje se naravno ne ubrajaju troškovi koje bi davatelj kredita imao u slučaju da je potrošač nastavio otplaćivati kredit do roka dospelosti.

68 Taj iznos ne smije predstavljati pokriće za rizik davatelja kredita. Vidi supra, str. 7 i 11.

da bi naknada troškova bila „pravedna i objektivna“, način odnosno metoda njezina obračuna treba se temeljiti na matematičkim načelima putem kojih se automatski isključilo slučajeve u kojima naknada troškova nije opravdana, što se osobito odnosi na situacije kada su kamate u porastu.

4. ZAKLJUČAK

Pravo na prijevremenu otplatu kredita predstavlja element zaštite potrošača, no ujedno i instrument za poticanje tržišnog natjecanja, tako što omogućava veću mobilnost klijenata kreditnih institucija. Naime, pravo na prijevremenu otplatu kredita treba promatrati iz više aspekata. Prednosti koje prijevremena otplata kredita nosi za kreditne institucije i potrošače su višestruke. S jedne strane prijevremenom otplatom od strane potrošača kreditna institucija prijevremeno dolazi do novčanih sredstava koje može učinkovitije uložiti nego što to može sam potrošač i tako ostvariti dobit. Povrh toga naknada koju kreditne institucije naplaćuju potrošaču radi prijevremene otplate kredita djeluje kao korektiv i služi tome da se interesi davatelja kredita i potrošača izjednače. S druge strane pravo na prijevremenu otplatu kredita potrošaču daje veliku fleksibilnost i omogućava mu promjenu davatelja kredita u slučaju poboljšanja uvjeta na tržištu. Također mu omogućava smanjenje ukupnih troškova kredita kada se potrošač na prijevremenu otplatu odluči primjerice jer već i prije same dospjelosti kredita raspoláže potrebnim sredstvima.

Trenutno stanje hrvatskog zakonskog uređenja je takvo da potrošača u hrvatskome pravu potrošačkog kredita osim odredaba posebnog zakona, naime ZZZP-a, štite i opće odredbe, koje nisu namijenjene isključivo zaštititi potrošača. Kada se radi o pravu potrošača na prijevremenu otplatu kredita, primjenjuje se stoga čl. 79. ZZZP-a i supsidijarno najčešće odredbe ZOO-a koje uređuju ugovor o kreditu (čl. 1024. ZOO-a). No unatoč spomenutim odredbama, kreditne institucije u svojoj poslovnoj praksi na više načina otvoreno krše zakonske odredbe, a sve u cilju da sebi osiguraju što veću zaradu na štetu potrošača. S jedne strane posebnim načinom sastavljanja otplatnih planova, banke već na samome početku otplate kredita sebi zadržavaju veći udio kamate, odnosno zarade. S druge strane naplaćivanjem naknade potrošaču u slučaju prijevremene otplate kredita zapravo nadoknađuju dio neostvarenih kamata odnosno izmakle dobiti.⁶⁹ Glede ovog problema prof. *Petrić* s pravom ističe kako je krivnja sigurno u velikoj mjeri i na strani potrošača kao korisnika potrošačkog kredita i samih institucija nadležnih za zaštitu njihovih interesa koji se veoma rijetko ili uopće ne pozivaju na zakonske odredbe koje im jamče određeni stupanj zaštite.⁷⁰

Novi ZPK-a koji stupa na snagu 1. siječnja 2010. godine preslikava odredbe iz Direktive 2008/48/EZ, preuzimajući tako i mnoge nedorečenosti i dvojbe spomenutog propisa. Ipak, treba napomenuti kako hrvatski zakonodavac pritom nije imao izbora, budući da se spomenuta Direktiva temelji na načelu maksimalne

69 Vidi supra, str. 7.

70 Petrić, Silvija, *Ugovor...*, op.cit., str. 566.

harmonizacije. To načelo ne dopušta zadržavanje postojećih ili usvajanje novih odredaba koje bi odstupale od onih propisanih Direktivom 2008/48/EZ.⁷¹ Kao i kod svakog drugog pravila i ovdje postoje izuzeci kojima se nacionalnim zakonodavcima na raspolaganje stavlja mogućnost izbora alternativnih rješenja tzv. opcija. Tako hrvatski zakonodavac primjerice nije preuzeo opciju iz čl. 16. st. 4. sl. b) Direktive 2008/48/EZ prema kojoj se kod prijevremene otplate kredita davatelju kredita može iznimno dopustiti da zahtijeva naknadu koja prelazi gornju granicu naknade propisanu u čl. 16. st. 2. Direktive 2008/48/EZ. Dotle je preuzeo opciju uređenu u čl. 16. st. 4. sl. a) Direktive 2008/48/EZ prema kojoj zakonodavac može propisati granicu iznosa prijevremene otplate kredita ispod koje se spomenuta naknada uopće ne može zahtijevati.⁷² Odredba novog ZPK–a kojom se uređuje pravo na prijevremenu otplatu kredita predstavlja značajan napredak u odnosu na dosadašnje zakonsko uređenje. Ipak postoji opravdana bojazan kako čl. 16. ZPK–a neće biti u stanju otkloniti neke od opisanih problema prijevremene otplate kredita koji se javljaju u praksi kreditnih institucija. Otplatni planovi će se i dalje sastavljati na način koji će bankama i drugim kreditnim institucijama u slučaju prijevremene otplate kredita jamčiti zaradu. Osim toga, ovdje niti ne dolazi do povrede zakona budući da se ovakav način otplate kredita temelji na odredbama podzakonskog akta.⁷³ Tome nasuprot, otvoreno kršenje zakonskih odredaba koje im ne idu u prilog, kao što su to odredbe ZOO–a koje uređuju naknadu štete u slučaju prijevremene otplate kredita, za kreditne institucije dosada nije predstavljalo problem. Autorica stoga smatra kako će nova odredba ZPK–a o pravu na prijevremenu otplatu kredita te unutar nje detaljno uređeno pitanje naknade troškova za vjerovnika moći zaživjeti jedino ukoliko nadležni inspektori Državnog inspektorata RH odnosno HNB u okviru zakonskih ovlasti budu učinkovito provodili nadzor nad primjenom odredaba zakona, odnosno ukoliko se vjerovnici i kreditni posrednici budu kažnjavali za prekršaje.⁷⁴ No, kako spomenute odredbe ZPK–a koje uređuju pitanje naknade davatelju kredita za moguće troškove povezane s prijevremenom otplatom kredita značajno mijenjaju i ograničavaju svojevolumno ponašanje kreditnih institucija, postoji i daljnja opasnost da će se kreditne institucije

71 Čl. 22. st. 1. Direktive 2008/48/EZ

72 Cristofaro, Giovanni de, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, *Rivista di diritto civile*, br. 3/2008., str. 296.

73 *Vidi supra*, str. 6.

74 Glava VII. i IX. ZPK–a.

pokušati namiriti povišenjem kamatnih stopa odnosno poskupljenjem kredita.⁷⁵ Stoga se može zaključiti kako će pravo davatelja kredita na „pravednu“ i objektivnu naknadu za moguće troškove izravno povezane s prijevremenom otplatom kredita dovesti do „nepravednog“ ishoda za potrošače.

⁷⁵ Većina banaka i udruženja kreditnih institucija EU, čak njih 60% smatra kako će nova pravila o prijevremenoj otplati kredita preuzeta iz Direktive 2008/48/EZ značajno povisiti troškove iz razloga što se više neće moći ugovoriti isključenje prava na prijevremenu otplatu kod kredita sa ugovorenim fiksnom nominalnom kamatnom stopom; stoga što će se utjecati na mehanizam kamata; zato jer će se povisiti ukupni troškovi odobravanja kredita; i konačno stoga što naknada neće pokrivati izmaklu dobit, zbog čega će banke povisiti kamate. Alleweldt, Frank/Micklitz, Hans-W/Rott, Peter/Milne, Alistair/Tichý, Lubos/Kara, Senda/Osterloh, Maren/Schubert, Kristen/Achten, Merle, op.cit., str. 16. Isto mišljenje imaju i Grundmann Stefan/Hollering Jörg, EC Financial Services and Contract Law – Developements 2005–2007, ERCL, 2008., str. 51 et seq.

Summary

EARLY CREDIT REPAYMENT ACCORDING TO THE NEW CONSUMER CREDIT CODE

The author in the article analyses consumer's right to early repay his credit as an institute created for a better protection of consumers in the field of consumer credits. Apart from constituting the element of consumer protection, the right to early repay a credit stands as an instrument to stimulate competition due to its effect to enable better mobility of credit institutions clients. This highly important right is currently regulated by the provisions of Chapter IX on consumer credit of the Consumer Protection Act. Moreover, provisions of the Civil Obligations Act regulating the credit agreement have been subsidiary applied. As a consequence of further harmonisation of Croatian law with the European Union law, Croatian legislator adopted the Directive 2008/48/EC on Credit Agreements for Consumers by enactment of the Consumer Credit Code. The new Code being in force from the 1st of January, 2010, has radically reformed the early credit repayment issue. It presents an important lunge in respect to former solutions from the Consumer Protection Act. Therefore, the author made an effort to present in this article the most important novelties and advantages brought forward by the Consumer Credit Code in regard to legislative regulations currently in force governing the early credit repayment. Moreover, the author pointed at certain imperfections of the new early credit repayment regulations and suggested proposals *de lege ferenda*.

Key words: *right to early repay a credit, Consumer Credit Code, Consumer Protection Act, Civil Obligations Act, Directive 2008/48/EC, consumer credit, consumer loan, consumer protection.*

Zusammenfassung

**VORZEITIGE KREDITABZAHLUNG
NACH DEM NEUEN
VERBRAUCHERKREDITIERUNGSGESETZ**

Das Thema der vorliegenden Arbeit ist das Recht des Verbrauchers auf vorzeitige Kreditabzahlung, was zum Verbraucherschutz im Rahmen der Verbraucherkreditierung beiträgt. Darüber hinaus fördert das Recht auf vorzeitige Kreditabzahlung den Wettbewerb an, indem es größere Mobilität von Kunden der Kreditinstitutionen ermöglicht. Verordnungen zum Verbraucherdarlehen aus Kapitel IX des Verbraucherschutzgesetzes regeln dieses äußerst wichtige Recht eines Verbrauchers. Subsidiär anwendbar seien auch Verordnungen zum Verbraucherkredit aus dem Gesetz über Schuldverhältnisse. Im Rahmen weiterer Harmonisierung des kroatischen Rechts mit dem Recht der Europäischen Union, hat der kroatische Gesetzgeber die EU-Richtlinie 2008/48 über Verbraucherkreditverträge durch die Verabschiedung des Gesetzes zur Verbraucherkreditierung am 1 Januar 2010 übernommen. Diese Arbeit beabsichtigt die Neuigkeiten wie auch Vorteile der neuen Gesetzesregelung zur vorzeitigen Kreditabzahlung, in Bezug auf die zur Zeit gültige Gesetzgebung, darzustellen. Zu diesem Zweck wird auch auf einige Mängel hingewiesen, wobei Vorschläge zur Beseitigung dieser Mängel vorgelegt werden.

Schlüsselwörter: *das Recht auf vorzeitige Kreditabzahlung, Verbraucherkreditierungsgesetz, Verbraucherschutzgesetz, Gesetz über Schuldverhältnisse, EU-Richtlinie 2008/48, Verbraucherkredit, Verbraucherdarlehen, Verbraucherschutz.*

PARCELACIJA I RAZVRGNUĆE SUVLASNIŠTVA POLJOPRIVREDNOG ZEMLJIŠTA

Dr. sc. Aleksandra Maganić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.235
Ur.: 13. siječnja 2010.
Pr.: 26. veljače 2010.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Zakon o poljoprivrednom zemljištu iz 2008. (ZPZ 08) Hrvatskoj donosi niz novina u korištenju i raspolaganju poljoprivrednim zemljištem koje su na pravopolitičkoj sceni izazvale buru nezadovoljstva zbog znatnih ograničenja vlasničkopravnih ovlasti. Razloge takvog uređenja treba potražiti u negativnom povijesnom nasljeđu koje je hrvatsku poljoprivredu opteretilo brojnim usitnjenim poljoprivrednim posjedima i koje iziskuje ozbiljnu agrarnu reformu usmjerenu k okrupnjavanju poljoprivrednog zemljišta. Ipak, kako bi i u ovako naznačenim okvirima nužno bilo pronaći kompromis između ostvarivanja općih interesa i poštivanja temeljnih ustavnih prava, svrha je ovoga rada prezentirati odredbe ZPZ-a 08 kojima se pravo (su)vlasnika na razvrgnuće suvlasništva poljoprivrednog zemljišta geometrijskom diobom ograničava pribavljanjem suglasnosti Agencije za poljoprivredno zemljište (čl. 78. st. 3) i usporediti ih s komparativnim rješenjima Austrije, Njemačke i Švicarske. Ustavnu pravnu dvojbu o dopustivosti i primjerenosti izabranog rješenja domaćeg zakonodavca dodatno je potaknulo podnošenje zahtjeva za ocjenu suglasnosti odredbi ZPZ-a o korištenju zemljišta u skladu s agrotehničkim mjerama (čl. 15.), naknadi za zakupninu koja će se isplaćivati nepoznatim vlasnicima (čl. 16.) i pravilima o raspolaganju privatnim poljoprivrednim zemljištem (čl. 81.-85.). Osim toga, parcelaciju poljoprivrednog zemljišta u Hrvatskoj pratile su i još uvijek prate poteškoće u dodatnom pojašnjenju pojedinih zakonskih odredbi, izostanku pravila o postupku donošenja odluke kojom se daje suglasnost i nepostojanju objektivnih kriterija za postupanje nadležnog tijela.

Ključne riječi: parcelacija, razvrgnuće suvlasništva, poljoprivredno zemljište, ustavnopravna ograničenja prava vlasništva

1. Uvod

Povijesni prikaz raspolaganja i korištenja poljoprivrednog zemljišta u Hrvatskoj obilježavaju brojne agrarne reforme i promjene agrarnog maksimuma,¹ privilegiranje poljoprivrednih poduzeća u društvenom vlasništvu te poteškoće u prometu uzrokovane visokim porezima i neskladom katastarskog i zemljišnoknjižnog stanja. Prema Popisu poljoprivrede iz 2003. na području RH bilo je ukupno 448.532 poljoprivredna kućanstva koja su koristila 853.196 ha obradivog zemljišta i vrtova što je odgovaralo prosjeku od 2 ha po jednom poljoprivrednom kućanstvu. Nasljeđivanje poljoprivrednog zemljišta nije podlijegalo nikakvim ograničenjima, pa je time nastavljen proces daljnjeg usitnjavanja poljoprivrednih posjeda.²

Loše povijesno naslijeđe i neodgovarajući rezultati pokušaja okrupnjavanja poljoprivrednog posjeda³ s jedne strane te proces približavanja Republike Hrvatske Europskoj uniji povezan s potrebom rasta konkurentnosti hrvatskih poljoprivrednih gospodarstava s druge strane, akcelerirali su donošenje novog zakonskog akta koji je trebao riješiti sve poteškoće u svezi s korištenjem i raspolaganjem poljoprivrednim zemljištem – Zakon o poljoprivrednom zemljištu.⁴ Iako će se pojedine odredbe ovog Zakona početi primjenjivati tek od 1. siječnja 2010.,⁵ ZPZ 08 je stupanjem na snagu izazvao niz burnih reakcije na hrvatskoj pravno-političkoj sceni.

Osim brojnih novinskih natpisa u kojima se izražava nezadovoljstvo sa sadržajem ZPZ-a 08 i zabrinutost za sudbinu osiromašenog hrvatskog seljaka,

1 Prema Zakonu o agrarnoj reformi i kolonizaciji (Sl. list DFJ, br. 64/45., 24/46., 101/47., 105/48., 21/56., 55/57.) poljoprivredno zemljište je oduzeto od banaka i štedionica, dioničarskih društava i Nijemaca («folksdojčera»), zatim od crkava do 10 hektara, seljaka iznad agrarnog maksimuma od 25 do 35 hektara te nepoljoprivrednika od 3 do 5 hektara obradive površine. Tomu treba pribrojiti i napušteno zemljište. Zemljište je bilo raspodijeljeno seljacima, saveznicima i republičkim kolonistima i lokalnim agrarnim interesentima, državnim poljoprivrednim i šumarskim gospodarstvima te zadrugama. Prema Zakonu o poljoprivrednom zemljišnom fondu općenarodne imovine i dodjeljivanju zemlje poljoprivrednim organizacijama (Sl. list FNRJ, br. 22/53., 4/57., 52/57., 10/65.) poljoprivredno zemljište oduzeto je seljacima koji su imali više od 10 hektara obradive površine. Time je agrarni maksimum snižen na svega 10 hektara., Povijesni prikaz poljoprivrede i agrarne politike Hrvatske, [http://www.arg.hr/cro/\(nastava/bs/moduli/doc/ag1001_agrarna_politika_hr.pdf](http://www.arg.hr/cro/(nastava/bs/moduli/doc/ag1001_agrarna_politika_hr.pdf) stanje od 29. prosinca 2009.

2 Nacrt programa okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta u Republici Hrvatskoj 2009.-2021., Ministarstvo poljoprivrede, ribarstva i ruralnog razvoja, Zagreb, 21. siječnja 2009., str. 6 i 8, http://www.vlada.hr/hr/content/download/79345/1127249/file/67_02.pdf, stanje od 29. prosinca 2009.

3 Okrupnjavanje poljoprivrednog posjeda obuhvaća postupke kupoprodaje, zamjene i zakupa poljoprivrednog zemljišta radi povećanja ukupne površine poljoprivrednog zemljišta koje koristi jedno poljoprivredno gospodarstvo, odnosno radi grupiranja katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta u veće i pravilnije parcele radi ekonomičnijeg iskorištavanja i stvaranja povoljnijih uvjeta za obradu. Cf. *ibid.*, str. 4.

4 Zakon o poljoprivrednom zemljištu (Narodne novine, br. 152/08., 25/09.), u nastavku: ZPZ 08.

5 U prijelaznim i završnim odredbama ZPZ-a 08, točnije u čl. 110. propisano je da će se odredbe čl. 81.-85. kojima se uređuje raspolaganje privatnim poljoprivrednim zemljištem primjenjivati od 1. siječnja 2010.

odnosno njegovo pretvaranje u «jeftinu, najamnu snagu krupnih (vele)posjeda na izvlaštenom, unajmljenom ili otkupljenom vlastitom zemljištu»,⁶ izražena je i sumnja u istinske ciljeve kojima ZPZ 08 stremi.⁷ Istaknute su ustavnopravne dvojbe o proceduri prema kojoj je ZPZ 08 donesen⁸ i podnesen prijedlog za pokretanje postupka ocjene suglasnosti ZPZ-a 08 s Ustavom Republike Hrvatske⁹ i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.^{10 11} Žar protivnika takve agrarne politike i istinsko nezadovoljstvo građana dodatno je rasplamsao i Zakon o igralištima za golf,¹² donesen istovremeno kao i ZPZ 08 15. prosinca 2008. Sudbina ovog zakona također je neizvjesna jer je i protiv njega Ustavnom sudu podnesen prijedlog za ocjenu ustavnosti.¹³

Novonastali pravni okvir raspolaganja poljoprivrednim zemljištem potaknuo je određene promjene (su)vlasničkih ovlaštenja - ograničenjem razvrgnuća

6 Uz Zakon o poljoprivrednom zemljištu – Kome je potreban takav zakon, http://www.glas-koncila.hr/rubrike_izdvojeno.html?newsID=1567., stanje od 28. prosinca 2009.

7 SDP Zadar: Zakon o golfu i poljoprivrednom zemljištu otvaraju vrata korupciji, <http://www.ezadar.hr/clanak/sdp-zadar-zakon-o-golfu-i-poljoprivrednom-zemljistu-otvaraju-vrata-korupciji>., stanje od 28. prosinca 2009.

8 Predsjednik Hrvatskog helsinškog odbora Ivo Banac najavio je pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti ZPZ-a 08. Istaknuo da je Zakon donesen na sporan način te da je riječ o organskom zakonu koji zadire u ustavom zajamčeno pravo vlasništva (poljoprivrednog zemljišta), pa je u Saboru trebao dobiti potporu najmanje 76 zastupnika, a dobio je samo 72 glasa., <http://www.poslovni.hr/104271.aspx>, stanje od 28. prosinca 2009.

9 Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 41/01. - pročišćeni tekst i 55/01. - ispravak), u nastavku: URH.

10 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97.), u nastavku: EK.

11 Srpski demokratski forum je 16. veljače 2009. Ustavnom sudu Republike Hrvatske podnio prijedlog za pokretanje postupka ocjene suglasnosti čl. 15. st. 1. i 2., čl. 16. st. 3. i čl. 81. i čl. 82. st. 5. ZPZ-a 08 sa čl. 3., 48., 50. i 52. URH te čl. 1. Prvog Protokola EK. Osnovni prigovori upućeni su zahtjevu da se poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu mora obrađivati u skladu s agrotehničkim mjerama, odnosno da će se u protivnom dati u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi. Osim toga, smatra se da su prava vlasnika poljoprivrednog zemljišta prilikom prodaje ili davanja u zakup istog znatno ograničena sudjelovanjem u njihovom raspolaganju jedinica lokalne samouprave, odnosno Grada Zagreba, u ime i za račun Agencije za poljoprivredno zemljište, koja ima pravo prvokupa. Opširnije vidi: http://www.sdf.hr/analize/ustavni_sud.pdf., stanje od 29. prosinca 2009.

12 Zakon o igralištima za golf (Narodne novine, br. 152/08.), u nastavku: ZG.

13 Prijedlog za ocjenu ustavnosti ZG-a o igralištima za golf podnijela je Zelena akcija, GONG i Transparency International Hrvatska. Prijedlogom se traži hitno ukidanje ZG-a jer se smatra da je poput ZPZ-a 08 donesen na protuustavan način i da propisujući izgradnju igrališta za golf posebnim interesom Republike Hrvatske (čl. 1. st. 2. ZG), povređuje način utvrđivanja interesa RH, koji treba biti utvrđen na temelju najviših ustavnih vrednota i na objektivnim pokazateljima, a ne na jednoj zakonskoj odredbi. Ističe se da time što čl. 15. ZG-a omogućava povratno djelovanje Zakona, povređuje načelo pravne sigurnosti te da ne poštuje princip jednakosti svih pred zakonom. Nadalje, smatra se da je ZG u suprotnosti s odredbom Ustava o nepovredivosti vlasništva i da se njime narušava socijalna pravda. Zaključno se napominje da ZG zanemaruje očuvanje prirode i čovjekova okoliša te da time također povređuje najviše ustavne vrednote. Opširnije vidi: <http://www.zelena-akcija.hr/files/sazetakuzbe20090220.pdf>., stanje od 30. prosinca 2009.

suvlasničke zajednice koja se provodi geometrijskom diobom poljoprivrednog zemljišta, vezivanjem prijedloga za parcelaciju prethodnom suglasnošću Agencije za poljoprivredno zemljište.¹⁴ Međutim, i unatoč tomu što je nakon donošenja ZPZ-a 08 donesen Pravilnik o izmjenama i dopunama Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima¹⁵ te što su u svezi s parcelacijom poljoprivrednog zemljišta dana dodatna objašnjenja u vidu Mišljenja Ministarstva pravosuđa – Samostalnog sektora za zemljišnoknjižno pravo u cilju jedinstvene primjene čl. 78. ZPZ-a 08¹⁶ i Upute o postupanju ovlaštenih inženjera geodezije i katastarskih ureda vezano uz odredbe ZPZ-a 08¹⁷ i nadalje ostaje dvojbeno jesu li takva ograničenja (su)vlasničkih prava uistinu u općem interesu te jesu li ona u skladu s URH-om i EK-om.

Naime, s obzirom na to da postupak prodaje i zakupa poljoprivrednog zemljišta provodi jedinica lokalne samouprave, odnosno Grad Zagreb u ime i za račun Agencije (čl. 81. st. 1. ZPZ 08) te da je Agencija dužna potvrditi je li postupak prodaje ili zakupa proveden sukladno odredbama Zakona, najpovoljnijeg ponuditelja ili izjaviti pravo prvokupa (čl. 82. st. 5. ZPZ 08), svako raspolaganje privatnim poljoprivrednim zemljištem ovisi o potvrdi Agencije.¹⁸ Kakve će odluke Agencija donositi ovisi isključivo o njezinim diskrecijskim ovlaštenjima, pri čemu kriteriji odlučivanja nisu objektivizirani nikakvim posebnim pravilima. Čini se da takve zakonske odredbe omogućavaju državni paternalizam u sferi raspolaganja poljoprivrednim zemljištem, prikrivajući i pokrivajući ga višim, općim interesima izraženim u okrupnjavanju poljoprivrednog zemljišta, uz istovremeno nevjerojatno ekstremno ograničavanje prava vlasnika poljoprivrednog zemljišta.

Zbog svega navedenog, svrha je ovoga rada prezentirati postojeća pravila o parcelaciji i razvrgnuću suvlasništva u Hrvatskoj i usporediti ih s rješenjima Austrije, Njemačke i Švicarske, kako bi sa sigurnošću utvrdili jesu li ovakvi postupci uobičajeni u europskim okvirima, odnosno koje kriterije i ciljeve bi agrarna politika u Hrvatskoj trebala slijediti prilikom okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta.

14 Prema čl. 28. ZPZ-a 08 poslove vezane uz izdavanje suglasnosti na parcelacijske i geodetske elabore za poljoprivredno zemljište u vlasništvu države obavlja Agencija za poljoprivredno zemljište (u nastavku: Agencija). S obzirom na to da je jedan od poslova i zadataka Agencije davanje suglasnosti za parcelaciju katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta (čl. 77. st. 2. ZPZ 08), katastarske čestice se ne mogu parcelacijom dijeliti, osim uz suglasnost Agencije (čl. 78. st. 3. ZPZ 08).

15 Pravilnik o izmjenama i dopunama Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima (Narodne novine, br. 25/09.).

16 Samostalni sektor za zemljišnoknjižno pravo, Klasa: 932-01/09-01/74 UR, Broj: 514-14-02/6-09-2, Zagreb, 3. ožujka 2009. godine.

17 Uputa o postupanju ovlaštenih inženjera geodezije i katastarskih ureda vezano uz odredbe ZPZ-a 08, Klasa: 320-01/09-01/04, Urbroj: 541-04-1/2-09-8, Zagreb, 23. ožujka 2009.

18 Vlada Republike Hrvatske donijela je Uredbu o osnivanju Agencije za poljoprivredno zemljište (Narodne novine, br. 39/09.), u nastavku: Uredba. Osnivač Agencije je Republika Hrvatska, a prava i dužnosti osnivača obavlja Vlada Republike Hrvatske. Agencija ima svojstvo pravne osobe s pravima i obvezama propisanim Zakonom o ustanovama, Zakonom o poljoprivrednom zemljištu, Uredbom i Statutom Agencije (čl. 2. st. 1. i 2. Uredbe).

2. Parcelacija poljoprivrednog zemljišta i ograničenje prava suvlasnika na razvrgnuće suvlasničke zajednice prema ZPZ-u 08

Prezentacija postojećih zakonskih rješenja parcelacije i razvrgnuća suvlasništva poljoprivrednog zemljišta u Hrvatskoj moguća je samo uz prethodno pojašnjenje značenja parcelacije, poljoprivrednog zemljišta, razvrgnuća suvlasništva te mogućih i dopuštenih ograničenja prava (su)vlasnika.

2.1. Parcelacija

U Hrvatskoj ne postoji zakonsko određenje parcelacije. Postojeći Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina¹⁹ pojam parcelacije koristi tek posredno, nazivajući osnivanje novih katastarskih čestica parcelacijom,²⁰ za razliku od prethodnog Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina²¹ kojim je parcelacija bila znatno detaljnije i šire određena.²² U pravnoj teoriji ne postoji suglasnost o tomu treba li parcelacijom smatrati samo diobu postojeće čestice na nove ili i spajanje više postojećih čestica u jednu. Tako su neki autori mišljenja da «parcelacija podrazumijeva diobu jedne postojeće čestice na nove, koje dosad nisu postojale u katastarskom operatu, dok se ostale promjene ne mogu smatrati parcelacijom ili diobom, već se radi samo o promjeni katastarskih podataka o samoj katastarskoj čestici (broj, površina, izgrađenost, način uporabe i slično).»²³ Ipak, Pravilnik o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima²⁴ određuje da elaborati mogu biti izrađeni u svrhu diobe ili spajanja katastarskih čestica (čl. 7. st. 1.) te u skladu s tim uređuje parcelacijski elaborat za diobu ili spajanje katastarskih čestica (čl. 8.). Slijedom navedenog, a u smislu Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim

19 Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina (Narodne novine, br. 16/07.), u nastavku: ZDIKN.

20 U postupku održavanja katastarskog operata katastra nekretnina osnivanje novih katastarskih čestica (parcelacija) provodi se u katastarskom operatu na temelju parcelacijskog elaborata i pravomoćnog rješenja donesenog u upravnom postupku (čl. 53. ZDIKN).

21 Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina (Narodne novine, br. 128/99.), u nastavku: ZDIKN 99.

22 U smislu ZDIKN-a 99 parcelacija je obuhvaćala: 1. promjenu broja katastarske čestice, 2. promjenu položaja katastarske čestice, 3. promjenu oblika katastarske čestice, 4. promjenu načina uporabe katastarske čestice te 5. promjenu površine katastarske čestice (čl. 28. st. 1.).

23 *Kontrec, Damir*, Parcelacija nekretnine i provedba prijavnog lista u zemljišnoj knjizi u: *Brežanski, J.; Jelčić, O.; Josipović, T.; Kontrec, D.; Perkušić, A.*, Nekretnine kao objekti imovinskih prava – aktualnosti u stjecanju i raspolaganju pravima na nekretninama, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 155.

24 Pravilnik o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima (Narodne novine, br. 86/07.).

elaboratima parcelacija obuhvaća i diobu i spajanje katastarskih čestica.²⁵

2.2. Razvrnuće suvlasništva

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima²⁶ pravo na razvrnuće, pod uvjetom da je moguće i dopušteno, određuje kao pravo svakog suvlasnika zahtijevati razvrnuće suvlasničke zajednice u bilo koje doba, osim kada bi to bilo na štetu ostalih. Moguće bi bilo zahtijevati razvrnuće i u nevrjeme, ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike uskoro tako izmijeniti da razvrnuće ne bi bilo na štetu drugih suvlasnika (čl. 47. st. 1. i 2. ZV). Ograničenja prava na razvrnuće suvlasnici mogu odrediti ugovorom. Ipak, ugovor o ograničenju prava na razvrnuće neće vezati nasljednike, ali zabilježe li se ograničenja prava na razvrnuće u zemljišnim knjigama – vezat će svakoga (čl. 48. st. 3. i 4. ZV).

Iako su suvlasnici u načelu slobodni odabrati način razvrnuća stvari koju dijele, ZV propisuje da je sporazum suvlasnika o načinu razvrnuća određen granicama mogućega i dopuštenoga (čl. 49. st. 1. ZV). U slučaju kada zakonska odredba zabranjuje diobu neke suvlasničke stvari, ta se zabrana ne odnosi na razvrnuće isplatom niti na civilno razvrnuće, osim ako je izričito i na njih protegnuta.²⁷ Mogući načini razvrnuća suvlasništva zemljišta u pravilu su geometrijska dioba,²⁸ civilna

25 U okvirima geodetske struke parcelacija zemljišta se definira kao postupak kojim se vrši promjena oblika i površine parcele u katastru i zemljišnoj knjizi na način da se jedna katastarska čestica dijeli na više njih ili se više čestica spaja u jednu, vidi http://www.geotim.com.hr/hrv/usluge/katastar/parcelacija_zemljista.asp, stanje od 28. prosinca 2009.

26 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09.), u nastavku: ZV.

27 Sam ZV propisuje zabranu diobe stvari koje služe kao zajedničke ograde ili međašni znakovi. Njihova nedjeljivost traje sve dok ne izgube tu namjenu (čl. 101. st. 2. ZV). Geometrijska dioba građevinskog zemljišta podliježe ograničenjima propisanim Zakonom o prostornom uređenju i gradnji (Narodne novine, br. 76/07.), u nastavku: ZPUG. Tako se parcelacija zemljišta unutar granica građevinskog područja i parcelacija građevinskog zemljišta izvan granica tog područja, može provoditi samo u skladu s rješenjem o uvjetima građenja, lokacijskom dozvolom, rješenjem o utvrđivanju građevne čestice i detaljnim planom uređenja (čl. 119. st. 1. ZPUG). Osim toga, parcelacija zemljišta izvan granica građevinskog područja radi povećanja građevne čestice unutar granice građevnog područja nije dopuštena (čl. 119. st. 2. ZPUG). Međutim, ograničenja geometrijske diobe građevinskog zemljišta ne isključuju mogućnost civilne diobe ili diobe isplatom.

28 Geometrijska dioba je oblik (podvrsta) fizičke diobe koja se provodi povlačenjem crta na katastarskom operatu tako da se od jedne ili više zemljišnih čestica stvaraju nove koje tako formirane pripadaju pojedinačno svakom od suvlasnika ili nekom od suvlasnika, *Sessa, Đuro*, Razvrnuće suvlasničke zajednice nekretnina u: *Baretić, M.; Jelčić, O.; Josipović, T.; Kontrec, D.; Pahić, D.; Petrović, S.; Sessa, Đ.*; Nekretnine kao objekti imovinskih prava – prilagodba propisima EU, raspolaganje nekretninama, katastar, zemljišne knjige, posredovanje, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 81.

dioba²⁹ i dioba isplatom.³⁰

Ne uspiju li se suvlasnici sporazumjeti o ostvarivanju prava na razvrgnuće (dobrovoljno razvrgnuće),³¹ postupak razvrgnuća suvlasničke zajednice provodi sud (sudsko razvrgnuće) u izvanparničnom postupku (čl. 48. st. 2. i 3. ZV). Prilikom provedbe razvrgnuća, sud je vezan strogim zakonskim odredbama, valjanim sporazumom stranaka o načinu razvrgnuća, ako takav postoji, a moguć je i dopušten, i pravom na razvrgnuće isplatom koje bi imao pojedini suvlasnik na temelju pravnog posla ili zakona (čl. 50. st. 1. ZV). Ako sud u određivanju načina razvrgnuća nije vezan uz prethodno opisan način, zemljište će u pravilu dijeliti geometrijskom diobom, a u slučaju nemogućnosti ili nedopuštenosti geometrijske diobe, odredit će civilno razvrgnuće.

Prema pravilima Zakona o sudskom vanparničnom postupku³² sud će o diobi suvlasničke zajednice odlučivati u izvanparničnom postupku samo ako među suvlasnicima nema spora o predmetu diobe i opsegu zajedničke stvari ili imovine i u glede aktive i pasive, o pravu suvlasništva pojedinih suvlasnika ili veličini njihovih suvlasničkih dijelova (§ 267. st. 2.). U protivnom, sud će stranku sa zahtjevom za razvrgnuće uputiti na parnicu (§ 268. ZVP 34).³³ Na parnicu se uvijek upućuje predlagatelj, neovisno o tomu je li on ili protustranka osporio bilo koju od navedenih činjenica. Izvanparnični postupak obustavlja se samim upućivanjem predlagatelja na

29 Civilno razvrgnuće provodi se prodajom stvari na javnoj dražbi ili nekim drugim prikladnim načinom i podjelom tako dobivenog iznosa razmjerno suvlasničkim dijelovima. Ono će se u pravilu provoditi ako geometrijska dioba nije moguća ili dopuštena ili ako bi se njome znatno umanjila vrijednost stvari (čl. 50. st. 4. ZV).

30 Suvlasnik ima pravo na razvrgnuće isplatom ako je to posebno određeno zakonom ili pravnim poslom, ili ako učini vjerojatnim da za to postoji osobito ozbiljan razlog, pa će sud odrediti da mu pripadne stvar u cijelosti, a da on ostalim suvlasnicima isplati vrijednost njihovih dijelova u roku koji će sud odrediti prema okolnostima. Pri tom suvlasnici čiji su suvlasnički dijelovi zajedno barem devet desetina, ne moraju učiniti vjerojatnim osobito ozbiljan razlog (čl. 51. st. 1. i 3. ZV).

31 Da bi sporazum suvlasnika o razvrgnuću proizvodio pravne učinke i da bi bio provediv u zemljišnim knjigama mora biti 1. zaključen u pisanom obliku, 2. potpisi suvlasnika moraju biti ovjereni, 3. mora biti zaključen između svih suvlasnika. Postizanjem sporazuma o razvrgnuću suvlasništva, samo razvrgnuće nije provedeno, već će do razvrgnuća suvlasništva doći tek kada se ono zaista provede na način kako je sporazumom ugovoreno., *Sessa, Đuro*, Razvrgnuće suvlasničke zajednice u: *Crnić, J.; Jelčić, O.; Končić, A. M.; Kontrec, D.; Mihelčić, G.; Nakić, J.; Pahić, D.; Sessa, Đ.*; Vlasničkopravni odnosi i zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2007., str. 104.

32 Zakon o sudskom vanparničnom postupku od 24. srpnja 1934. (Službene novine, br. 175), u nastavku ZVP 34. Temeljem Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941., koji je stupio na snagu 31. prosinca 1991. (Narodne novine, br. 73/91), u nastavku: ZNPP, pravni propisi koji su bili na snazi 6. travnja 1941. primjenjivat će se u Republici Hrvatskoj kao pravna pravila ako su, sukladno posebnim propisima, do stupanja na snagu Zakona primjenjivana u Republici Hrvatskoj (čl. 1. ZNPP) te ako će se primjenjivati na odnose koji nisu uređeni važećim propisima i ako su u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske (čl. 2. ZNPP). Sukladno ZNPP-u u Hrvatskoj se pravila ZVP-a 34 primjenjuju kao pravna pravila.

33 Upućivanje na parnicu sa zahtjevom radi raskidanja ili diobe suvlasničke zajednice nije istoznačni pojam s upućivanjem na parnicu radi utvrđenja visine suvlasničkog dijela (Županijski sud u Zagrebu, Gž-710/06 od 13. svibnja 2006, Županijski sud u Zagrebu, Gž-4646/04 od 20. lipnja 2006).

parnicu.³⁴

Ako se dioba vrši fizički, u rješenju o diobi treba određeno navesti ne samo koji fizički dio ili više njih dobivaju pojedini suvlasnici, nego i sve što je potrebno da svaki od njih učini radi ostvarivanja diobe (§ 273. ZVP 34). U hrvatskoj procesnopravnoj doktrini nije izraženo stajalište o tomu kakva je pravna priroda odluke donesene u postupku razvrgnuća suvlasništva. Smatra se da je ipak riječ o složenoj konstitutivno-kondemnatornoj odluci kojom se pravni odnos suvlasnika preobražava, ali i nalaže izvršenje pojedinih radnji potrebnih za provedbu diobe kojima se odluci daje i kondemnatoran sadržaj.³⁵ Ako se tuženik ne pokori pravomoćnoj odluci suda o razvrgnuću, razvrgnuće će se provesti na način određen odlukom, a prema pravilima Ovršnog zakona³⁶ (čl. 246.-250). Ipak, smatra se da bi se u slučaju da odluka suda o razvrgnuću točno određuje koju nekretninu kao zemljišnoknjižno tijelo ili točno određenu katastarsku česticu stječe razvrgnućem suvlasnik u samovlasništvo, na temelju takve odluke ili sporazuma stranaka moglo zatražiti upis u zemljišne knjige zemljišnoknjižnom sudu izravno u zemljišnoknjižnom postupku.³⁷

2.3. *Razvrgnuće suvlasništva poljoprivrednog zemljišta i parcelacija*

Poljoprivredno zemljište dobro je od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu (čl. 2. st. 1. ZPZ 08). Posebnost ove zaštite odražava se i u tome što strane pravne i fizičke osobe ne mogu pravnim poslom stjecati poljoprivredno zemljište, osim ako međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno, a pravni poslovi zaključeni protivno ovim odredbama bili bi ništetni (čl. 2. st. 2. ZPZ 08). Poljoprivrednim zemljištem u smislu ZPZ-a 08 smatraju se poljoprivredne površine: oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare, kao i drugo zemljište koje se može privesti poljoprivrednoj proizvodnji (čl. 3.).

ZPZ 08 donosi brojne novine kojima se gotovo u potpunosti mijenja korištenje i raspolaganje poljoprivrednim zemljištem.³⁸ Kao što je već u uvodu istaknuto jedna od promjena odnosi se na parcelaciju poljoprivrednog zemljišta. Pri tom se treba pozvati na tri različite zakonske odredbe smještene u okviru različitih dijelova ZPZ-a. Najprije je u okviru V. zakonskog dijela pod naslovom Raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države propisano da poslove vezane uz izdavanje suglasnosti na parcelacijske i geodetske elaborate za **poljoprivredno zemljište u vlasništvu**

34 Sessa, op. cit. (bilj. 31), str. 113.

35 Maganić, Aleksandra, Razvrgnuće suvlasničke zajednice, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 29: 1, str. 446.

36 Ovršni zakon (Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05., 67/08.), u nastavku: OZ.

37 Sessa, op. cit. (bilj. 31), str. 114.

38 Opširnije vidjeti u: Jelčić, Olga, Raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u državnom i privatnom vlasništvu u: Jelčić, O.; Jug, J.; Končić, A. M.; Kontrec, D.; Pahić, D.; Sarvan, D.; Hrvoj-Šipek, Z.; Aktualnosti u području nekretnina – 2009., Novi informator, Zagreb, 2009.

države obavlja Agencija za poljoprivredno zemljište (čl. 28. ZPZ 08). Zatim se u okviru VI. zakonskog dijela pod naslovom Agencija za poljoprivredno zemljište propisuje da djelatnost Agencije između ostalih poslova i zadataka čini i davanje suglasnosti za parcelaciju katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta (čl. 77. st. 1. ZPZ 08). Odnosno da se **katastarske čestice poljoprivrednog zemljišta ne mogu parcelacijom dijeliti**, osim uz suglasnost Agencije (čl. 78. st. 3. ZPZ 08).

Promatramo li ove odredbe samo s nomotehničkog aspekta moramo konstatirati da su one vrlo konfuzne, nedosljedne i nepotpune te je stoga očekivano da su stvorile niz nedoumica u postupanju sudova, geodetskih tvrtki i područnih katastarskih ureda. Najprije, i nadalje je dvojbeno treba li pojmom parcelacije obuhvatiti samo diobu ili diobu i spajanje katastarskih čestica. Sam ZPZ 08 ne daje nam odgovor na to pitanje jer se u kontekstu terminologije koja se koristi upotrebljava izraz «davanje suglasnosti na parcelacijske i geodetske elaborate», zatim «davanje suglasnosti za parcelaciju» te konačno «zabranu parcelacije diobom, osim uz suglasnost».

Zbog toga je Ministarstvo pravosuđa - Samostalni sektor za zemljišnoknjižno pravo³⁹ u svezi s primjenom čl. 78 ZPZ-a 08, odnosno u cilju njegove jedinstvene primjene iznijelo mišljenje da se u izvanparničnim predmetima, koji su na sudovima bili zaprimljeni do stupanja na snagu ZPZ-a 08,⁴⁰ a koji se odnose na razvrgnuće suvlasničke zajednice na poljoprivrednom zemljištu rješavaju prema starom Zakonu o poljoprivrednom zemljištu⁴¹ (geometrijskom ili civilnom diobom prema čl. 50. ZV). U skladu s tim istaknuto je da će se svi izvanparnični predmeti zaprimljeni od dana stupanja na snagu ZPZ-a 08, a koji se odnose na razvrgnuće suvlasničke zajednice poljoprivrednog zemljišta rješavati prema pravilima ZPZ-a 08. To je istovremeno značilo da sud može razvrgnuti suvlasničku zajednicu na poljoprivrednom zemljištu isključivo civilnim razvrgnućem prema čl. 49. ZV,⁴² ako podnositelji prijedloga ne prilože uvjerenje o suglasnosti Agencije za poljoprivredno zemljište prema čl. 78. st. 3. Zaključno, u Mišljenju je istaknuto da se u slučaju osnivanja, obnove i dopune zemljišnih knjiga temeljem provedene katastarske izmjere ili tehničke reambulacije, te provedbe pojedinačnih zemljišnoknjižnih ispravnih postupaka neće zahtijevati suglasnost Agencije budući da se oni provode radi utvrđivanja postojećeg stanja, odnosno u svrhu usklađenja zemljišnoknjižnog i katastarskog stanja sa stvarnim stanjem.

Uskoro nakon Mišljenja Ministarstva pravosuđa objavljena je i Uputa o postupanjima ovlaštenih inženjera geodezije i katastarskih ureda vezano uz odredbe ZPZ-a 08.⁴³ Njome je određeno da će poslove davanja ili odbijanja suglasnosti za diobu katastarskih čestica do osnivanja Agencije obavljati Ministarstvo poljoprivrede, ribarstva i ruralnog razvoja (t. 1.). Prilikom izrade **parcelacijskih elaborata na**

39 Vidi bilj. 16.

40 ZPZ 08 je stupio snagu 1. siječnja 2009.

41 Zakon o poljoprivrednom zemljištu (Narodne novine, br. 66/01., 87/02., 48/05., 90/05.), u nastavku: ZPZ 01.

42 Javnom dražbom ili na drugi prikladan način.

43 Vidi bilj. 17.

poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske (povrat imovine, prodaja, zakup...) potrebno je ishoditi suglasnost Agencije za parcelaciju. Suglasnost treba ishoditi prije izrade elaborata (t. 6.). Agencija daje prethodnu suglasnost i prilikom izrade **parcelacijskih elaborata za diobu katastarskih čestica na poljoprivrednom zemljištu koje nije u vlasništvu Republike Hrvatske** (t. 7.). U slučajevima izrade **parcelacijskih elaborata spajanja katastarskih čestica na poljoprivrednom zemljištu koje nije u vlasništvu Republike Hrvatske**, parcelacijskom elaboratu je potrebno priložiti dokaz da se zemljište nalazi izvan granica građevinskog područja ili u šumskogospodarskoj osnovi (t. 8.).

Na geodetske elaborete iz čl. 28. Pravilnika o parcelacijskim i geodetskim elaboretima^{44 45} koji se izrađuju po programima Državne geodetske uprave, **suglasnost Agencije treba ishoditi na već izrađeni elaborat**, nakon njegova potvrđivanja od strane katastarskih ureda (t. 9.). Isto vrijedi i za geodetske elaborete koji se odnose na poljoprivredno zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske (t. 10.). Suglasnost Agencije neće trebati prilikom izrade elaborata kojima se traži dioba katastarskih čestica na poljoprivrednom zemljištu. **U slučaju da su dijelovi katastarskih čestica upisani u različite posjedovne listove**, jer su diobe već bile izvršene na terenu neće ih se smatrati diobom u smislu čl. 78. st. 3. ZPZ 08. U tom slučaju geodetski izvoditelj uz elaborat treba priložiti **dokaz da se zemljište nalazi izvan granica građevinskog područja ili u šumskogospodarskoj osnovi** (t. 11.). Konačno, katastarski uredi ovjerit će one **elaborete** za koje se u zahtjevu za pregled i potvrđivanje istakne da su izrađeni u **svrhu razvrgnuća suvlasničke zajednice na poljoprivrednom zemljištu u izvanparničnom postupku pokrenutom kod nadležnog suda prije stupanja na snagu ZPZ-a 08**. Za ovjeru ovih elaborata potrebna je njihova prethodna provedba u zemljišnim knjigama, a potom u katastarskom operatu po provedbi u zemljišnim knjigama ili uz priloženo pravomoćno rješenje o razvrgnuću suvlasničke zajednice. Suglasnost Agencije nije potrebna, ali će trebati priložiti **dokaz da se zemljište nalazi izvan granica građevinskog područja ili u šumskogospodarskoj osnovi** (t. 12.).

Pokušamo li ukratko rezimirati prezentirano Mišljenje i Uputu, moramo istaknuti da je Mišljenje dano u svrhu prosuđivanja **momenta primjene ZPZ-a 08** na postupke razvrgnuća suvlasništva poljoprivrednog zemljišta. Odnosno da je u

44 Geodetski elaborat izmjere postojećeg stanja radi ispravljanja zemljišne knjige može se izrađivati samo na području katastarskih općina za koje se vodi katastar zemljišta.

Geodetski elaborati iz stavka 1. ovog članka izrađuju se radi provođenja programa Državne geodetske uprave u okviru kojih se provode izmjere dijelova katastarskih općina sa svrhom registracije poljoprivrednog i drugog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 28. Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboretima).

45 Kasnije su čl. 3. Pravilnika o izmjenama i dopunama Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboretima dodani sljedeći stavci:

Geodetski elaborat iz st. 1. ovog članka koji je izrađen u svrhu registracije poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske obvezno sadržava suglasnost Agencije za poljoprivredno zemljište sukladno posebnom propisu.

Odredba st. 3. ovog članka odgovarajuće se primjenjuje na sve geodetske elaborete koji se odnose na poljoprivredno zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske.

tom smislu odlučan trenutak zaprimanja izvanparničnog predmeta koji se odnosi na razvrnuće suvlasničke zajednice poljoprivrednog zemljišta. U skladu s tim određeno je da će se izvanparnični predmeti koji se odnose na razvrnuće suvlasničke zajednice poljoprivrednog zemljišta zaprimljeni do stupanja na snagu ZPZ-a 08 rješavati prema pravilima ZPZ-a 01 te da će se isti predmeti zaprimljeni od trenutka stupanja na snagu ZPZ-a 08 (od 1. siječnja 2009.) rješavati prema pravilima ZPZ-a 08, podrazumijevajući pri tom obvezu pribavljanja suglasnosti Agencije.

Uputa dana od Državnog zavoda za geodetsku upravu sadrži nešto više detalja o izmijenjenim pretpostavkama za provedbu razvrnuća i parcelacije poljoprivrednog zemljišta. Prilikom njihove provedbe ključno je razlikovanje radi li se o poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države ili privatnom poljoprivrednom zemljištu, zatim radi li se o postupku parcelacije koja se provodi diobom ili spajanjem katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta. U skladu s tim se razlikuje suglasnost Agencije, prethodna suglasnost Agencije i podnošenja dokaza o tomu da se zemljište nalazi izvan granica građevinskog područja ili u šumskogospodarskoj osnovi.

Za izradu parcelacijskog elaborata za poljoprivredno zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske potrebno je ishoditi **suglasnost** Agencije za parcelaciju (t. 6.). Međutim, kako je riječ o suglasnosti koja mora uslijediti prije izrade elaborata, riječ je zapravo o **prethodnoj suglasnosti**. Parcelacijski elaborati za poljoprivredno zemljište u vlasništvu države obuhvaćaju ne samo elabore u svrhu diobe, već i elabore u svrhu spajanja katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta.

S druge strane, u slučaju izrade parcelacijskih elaborata za diobu na privatnom poljoprivrednom zemljištu potrebno je ishoditi **prethodnu suglasnost** Agencije (t. 7.). Ipak, suglasnost Agencije iz točke 6. i prethodna suglasnost Agencije iz točke 7. su sinonimi. Tako se i sama Uputa objašnjavajući pojam prethodne suglasnosti poziva na suglasnost Agencije sukladno navedenom u točki 6., odnosno onu koja mora **prethoditi** izradi elaborata.⁴⁶

Ipak, između režima poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske i režima privatnog poljoprivrednog zemljišta postoje određene razlike koje se tiču suglasnosti potrebne za izradu **parcelacijskog elaborata u svrhu spajanja**. Tako je u slučaju izrade parcelacijskog elaborata u svrhu spajanja katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske potrebno pribaviti prethodnu suglasnost Agencije. Za razliku od izrade parcelacijskog elaborata u svrhu spajanja katastarskih čestica u privatnom vlasništvu, kojem je dovoljno priložiti dokaz da se zemljište nalazi izvan granica građevinskog područja ili u šumskogospodarskoj osnovi (t. 8.).

To istovremeno znači da izrada parcelacijskog elaborata u svrhu spajanja katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske podliježe strožem režimu od izrade takvog istog elaborata kada je riječ o privatnom

⁴⁶ Razlikovanje pojmova suglasnosti i prethodne suglasnosti Agencije u kontekstu Upute može se odnositi samo na točku 9. i 10. (u svezi sa suglasnošću na geodetske elabore prema čl. 28. Pravilnika) kada je suglasnost određena kao suglasnost na već izradeni elaborat, nakon njegovog potvrđivanja od strane katastarskih ureda.

poljoprivrednom zemljištu, za što objektivno gledajući nema nikakvog opravdanja. Naime, ako se postupak parcelacije diobom katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta vezuje uz suglasnost Agencije u svrhu okrupnjavanja poljoprivrednog posjeda u Hrvatskoj, spajanje katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta ne bi se trebalo vezivati uz takvu istu suglasnost, jer je ono, neovisno o tomu radi li se o poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske ili privatnom poljoprivrednom zemljištu, u interesu agrarne politike povećanja površine poljoprivrednog posjeda u Hrvatskoj.

3. Parcelacija poljoprivrednog zemljišta i ograničenja (su)vlasničkih prava – komparativna rješenja

3.1. Uvod

Dismembracija⁴⁷ i dismembracijsko zakonodavstvo⁴⁸ obuhvaćaju i danas sporno pitanje može li ili ne država priznati vlasnicima seljačkih gospodarstava slobodnu diobu poljoprivrednog zemljišta koja je općenito prihvaćena kao temeljni princip zakonskih pravila o vlasništvu.^{49 50} Pristaše zakonodavstva koje onemogućava diobu poljoprivrednog zemljišta smatraju da se time omogućava održavanje nezaduženog i egzistencijalno osiguranog seljačkog staleža, što je od neosporne važnosti za svaku državu te da slobodna dioba poljoprivrednog zemljišta i jednako nasljedno pravo nužno dovode do propasti seljaka i smanjenja poljoprivrednog posjeda, nedovoljnog za zadovoljenje njegovih osnovnih potreba. Općenito uzevši, treba uzeti da zakonodavstvo koje ograničava diobu poljoprivrednog zemljišta nije pravedno te da slobodna dioba poljoprivrednog zemljišta ne mora nužno dovesti do gore navedenih problema. Protivnici zakonodavstva kojim se ograničava dioba poljoprivrednog zemljišta ističu njegove brojne nedostatke počevši od toga da privilegiranje jednog od sinova (najstarijeg ili najmlađeg) koji nužno ne mora biti zainteresiran za nastavak poljoprivredne proizvodnje dovodi u neravnopravni položaj druge nasljednike i potiče zaduživanje poljoprivrednog zemljišta te da loše utječe na odnose u obitelji. Posjedi ne dolaze u ruke najboljih privrednika, a zabrana diobe otežava radnicima neposjednicima bavljenje poljoprivrednom proizvodnjom ili je čini u potpunosti nemogućom. Tomu treba pridodati i da mjere zakonodavstava usmjerenog na sprječavanje diobe često nisu provedive ili ne ostvaruju svrhu koja se njima namjeravala postići. Među mjerama kojima se nastoji postići zabrana ili ograničenje diobe su

47 *Dismembration* (lat. *membrum*), *Zergliederung*, *Bodenzerstückelung* (njem.) dioba je poljoprivrednih posjeda u manje posjede ili parcele (katastarske čestice).

48 Svrha dismembracijskih zakona je sprječavanje diobe poljoprivrednog zemljišta.

49 Dismembracijsko pitanje (njem. *Dismembrationsfrage*).

50 <http://www.peter-hug.ch/lexikon/zerstueckelungdesgrundbesitzes.>, stanje od 1. prosinca 2009.

zakonsko određenje najmanje veličine poljoprivrednog posjeda,⁵¹ vezivanje diobe uz pribavljanje suglasnosti zakonom određenih tijela,⁵² stroža forma ugovora o diobi i njihovo više oporezivanje. Naravno da u okvir dismembracijskog zakonodavstva pripada i nejednako pravo nasljeđivanja obiteljskih poljoprivrednih gospodarstva.⁵³

3.2. *Austrija*

Prema austrijskom Općem građanskom zakoniku⁵⁴ suvlasnici odluku o fizičkoj diobi mogu donijeti samo na temelju sporazuma svih suvlasnika. U slučaju njihova nesuglasja o tomu kojem će suvlasniku pripasti koji dio fizički podijeljene stvari odlučuje slučajni odabir ili izabrani sudac, a ako se ne mogu dogovoriti ni u pogledu navedenih metoda – odlučit će sudac (§ 841. ABGB).⁵⁵ Ako se zajednička stvar ne može podijeliti uopće ili ako bi se njenom podjelom značajno umanjila vrijednost stvari, te ako postoji zahtjev barem jednog od suvlasnika, stvar će se prodati na javnoj dražbi, a dobiveni iznos podijeliti između suvlasnika (§ 843. ABGB). Fizička dioba ima prednost u odnosu na civilnu diobu, jer se civilna dioba provodi samo ako fizička dioba nije moguća ili svrsishodna. Tko zahtijeva da se razvrgnuće suvlasničke zajednice provede civilnom diobom, mora dokazati nesvrsishodnost fizičke diobe.⁵⁶ Pojam djeljivosti u austrijskoj pravnoj teoriji određuje se subjektivno (privatnoautonomno) i objektivno. Za razliku od § 841. ABGB kojim se preferira volja stranaka, § 843. ABGB sugu omogućava da bez privatnopravnog sporazuma stranaka sam provede diobu prema kriterijima sadržanim u toj odredbi. Time je «hipotetska» volja stranaka zamijenjena sučevom voljom.⁵⁷

Fizička dioba poljoprivrednih gospodarstava⁵⁸ prema Tirolskom zakonu o poljoprivrednim gospodarstvima⁵⁹ nije dopuštena,⁶⁰ a geometrijska dioba poljoprivrednog zemljišta je nesvrsishodna, ako je donošenje odluke o odobrenju

51 Ovoj se metodi može prigovoriti da nema univerzalnog određenja minimalne veličine posjeda te da će ono ovisiti o nizu okolnosti počevši od države u kojoj određenje treba provesti, položaja posjeda, klimatskih i drugih uvjeta, kvalitete zemljišta i sl.

52 Opasnosti ove mjere kriju se u diskrecijskom odlučivanju, samovolji upravnih tijela i dugotrajnosti postupka odlučivanja bez jasno postavljenih kriterija.

53 op. cit. (bilj. 50).

54 Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch v 1. 6. 1811. (JGS Nr. 946/1811), zulezt geändert 17. 6. 2009. (BGBl I 52/2009), u nastavku: ABGB.

55 Ziehensack, Helmut, Die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft, Manz, Wien, 1998., str. 42.

56 SZ 25/162, 36/49.

57 Gschnitzer, Franz; Faistenberger, Christoph; Engel, Sabine; Barta, Heinz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Springer, New York, 1992., str. 406.-407.

58 Geschlossene Höfen.

59 Tiroler Höfegesetz v 12. 6. 1900. (GVBlTirVbg Nr. 47/1900), zulezt geändert (BGBl I 112/2003).

60 SZ 43/103.

nadležnog tijela vrlo malo vjerojatno.⁶¹ Austrijska judikatura nije jedinstvena u odnosu na fizičku diobu nekretnina. Tako je Visoki sud⁶² u Austriji u odluci SZ 56/10 (1983) odbio fizičku diobu nekretnine koja je u jednom dijelu obuhvaćala obradive oranice, a u drugom kuću i vrt, s obrazloženjem da obje grupe nekretnina ne ukazuju na jednaka svojstva. Nasuprot tomu, OGH je u odluci SZ 31/79(1958) donio odluku da je podjela moguća na način da jedan dio bude vrt, a drugi građevinsko zemljište s vilom.

Nedjeljivost poljoprivrednih gospodarstava u Austriji odraz je povijesnopravne tradicije dismembracijskog zakonodavstva koje je na tim područjima bilo usmjereno na zadržavanje ekonomske snage i veličine posjeda seljačkih gazdinstva. Tako je područje Tirola sve do početka 19. st. bilo obilježeno zakonikom koji je uređivao slobodno vlasništvo seljaka, ali i svih drugih dobara koja su služile u svrhu privređivanja. Osnovu toga zakonika činile su odredbe kojima se propisivalo da se gospodarstvo može podijeliti samo ako je dovoljno veliko da i nakon njegove podjele od prihoda svakoga novonastaloga dijela može živjeti jedna obitelj te da će se poljoprivredno zemljište nakon smrti njegova vlasnika prenijeti na najmlađeg, kasnije na najstarijeg sina.⁶³ Tiroler Höfegesetz iz 1900. poljoprivredno gospodarstvo određuje kao poljoprivredni posjed s kućom za stanovanje čiji se zemljišnoknjižni uložak nalazi u odjeljku za poljoprivredna gospodarstva glavne knjige (§ 1). Osim što sadrži određena pravila o nasljeđivanju Tiroler Höfegesetz propisuje i ograničenja raspolaganja vlasnika poljoprivrednog gospodarstva. Tako sve promjene na inventaru i opsegu poljoprivrednog gospodarstva zahtijevaju odobrenje nadležnog tijela (*Höfebehörde*). Primjerice pripajanje zemljišta postojećem gospodarstvu ili odvajanje sastavnih dijelova nekog gospodarstva. Osim toga, za Austriju je karakteristično i postojanje posebnog pravnog režima nasljeđivanja (*Anerberecht*) kojim se obilježava ukupnost odredbi kojima se omogućava prijenos seljačkog (poljoprivrednog) posjeda na samo jednog od više nasljednika.⁶⁴

3.3. Njemačka

U Njemačkoj su ograničenja u diobi poljoprivrednog zemljišta propisana u Zakonu o mjerama za poboljšanje agrarne strukture i osiguranje poljoprivrednog i

61 (SZ 57/31=JBI 1985, 100, EvBl 19189/111) u: *Feil, Erich*, Miteigentum, Linde, Wien, 1997., str. 85.

62 *Oberste Gerichtshof*, u nastavku: OGH.

63 <http://www.suedtirol-fragen.info/index.php?d=frage&id=32> stanje od 1. prosinca 2009.

64 Pravila o tom obliku nasljeđivanja su u Burgenlandu, Donjoj Austriji, Gornjoj Austriji, Salzburgu, Steiermarku i Beču uređena Saveznim zakonom iz 1958. (*Anerbeugesetz* BGBl I 106/1958)), a u ostalim zemljama Tiroler Höfegesetz-om i Kärntner Anerbeugesetz-om iz 1903. Pravila o ovom režimu nasljeđivanja su fakultativna, pa ih ostavitelj može izbjeći.

šumskog gospodarstva – Zakon o prometu poljoprivrednog i šumskog zemljišta.⁶⁵ Pravni poslovi u raspolaganju poljoprivrednim zemljištem i obveznopravni ugovor o tomu trebaju odobrenje. Ako je obveznopravni ugovor odobren, prijenos vlasništva, koji mu je prethodio, također je odobren. Odobrenje može uslijediti i prije sastavljanja isprave o pravnom poslu (§ 2. st. 1. GrdstVG). S raspolaganjem zemljišta izjednačeno je i ispražnjenje i prodaja suvlasničkog dijela poljoprivrednog zemljišta i prodaja nasljednog dijela osobi koja nije sunasljednik, ako se nasljedstvo većinom sastoji od poljoprivrednog ili šumskog gospodarstva (§ 2. st. 2. GrdstVG). Pravilima zemaljskih zakona može se propisati da raspolaganje poljoprivrednim zemljištem do određene veličine ne iziskuje odobrenje ili proširiti broj slučajeva u kojima će se uskratiti odobrenje određeno § 9. GrdstVG-a. Tijelo nadležno za donošenje odluke o odobrenju određuje zemaljsko pravo,⁶⁶ osim ako odluku ne donosi sud (§ 3. GrdstVG). GrdstVG propisuje rokove u kojima tijelo nadležno za davanje odobrenja mora donijeti odluku,⁶⁷ u kojim slučajevima odobrenje nije nužno (§ 4.), u kojim će se slučajevima donijeti odluka o odobrenju (§ 8.), odnosno u kojim će se slučajevima odluka o odobrenju odbiti (§ 9.) ili ograničiti (§§ 10. i 11.).

Nadležno tijelo odobrenje smije uskratiti ili obvezama ili uvjetima ograničiti, samo ako postoje činjenice iz kojih proizlazi da: 1. raspolaganje znači nezdravu podjelu zemljišta i tla,⁶⁸ 2. će raspolaganjem zemljišta ili većine zemljišta koje je prostorno ili gospodarski povezano i koje pripada prodavatelju ono biti negospodarski umanjeno ili podijeljeno⁶⁹ ili 3. ako je protuvrijednost u grubom nesrazmjeru s vrijednošću zemljišta. U slučajevima u kojima postoji sumnja u postojanje okolnosti za uskratu odobrenja, ako bi to za osobu koja zemljištem raspolaže predstavljalo neprihvatljivu nepravdu (§ 9. st. 7. GrdstVG).⁷⁰

Osim GrdstVG, pravni temelj ograničenja prava na diobu poljoprivrednog

65 Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz) v. 28. 7. 1961. (BGBl I S. 1091, 1652, 2000), zulezt geändert durch Artikel 108. G. v. 17. 12. 2008. (BGBl I S. 2586), u nastavku: GrdstVG.

66 U Okrugu Saarpfalz odluku o odobrenju donosi Služba za poljoprivredu, voće i izgradnju vrtova (Amt für Landwirtschaft, Obst und Gartenbau, <http://www.saarpfalz.kreis.de/buergerservice/leistungen/1100.htm>., stanje od 22. prosinca 2009.

U Sjevernoj Saskoj ove poslove obavlja Zemaljska služba (Landsratamt Nordsachsen), <http://www.landkreis-nordsachsen.de>., stanje od 22. prosinca 2009.

67 Odluku o odobrenju treba donijeti nadležno tijelo u roku od mjesec dana, nakon zaprimanja zahtjeva i isprave o pravnom poslu koji treba odobriti. Rokovi se mogu iz zakonom propisanih razloga produžiti za još 2 mjeseca. U slučaju da odluka o odobrenju nije pravodobno donesena, smatra se da je odobrenje dano (§ 6. GrdstVG).

68 Nezdrava podjela zemljišta i tla u smislu st. 1. br. 1. § 9. GrdstVG postoji u pravilu kada je raspolaganje protivno mjerama za poboljšanje agrostrukture (§ 9. st. 2. GrdstVG).

69 Negospodarsko umanjeno ili podjela u smislu st. 1. br. 2. § 9. GrdstVG postoji u pravilu kada nakon ostavinske rasprave, ugovora o prijenosu ili nekog drugog pravnog posla kojim se zemljištem raspolaže 1. samostalno poljoprivredno gospodarstvo postane nesposobno za daljnji opstanak, 2. poljoprivredno zemljište bude manje od 1 ha (§ 9. st. 3. br. 1 i 2 GrdstVG).

70 *Unzumutbare Härte.*

zemljišta je Zakonik o poljoprivrednim gospodarstvima.⁷¹ Poljoprivredno gospodarstvo u smislu Zakona podrazumijeva da je na području zemalja Hamburg, Donja Saska, Sjeverna Rajna i Vestfalija i Schleswig-Holstein⁷² smješten poljoprivredni ili šumskogospodarski posjed s malim seljačkim gospodarstvom sposobnim za privređivanje, koji je u samovlasništvu fizičke osobe ili zajedničkom vlasništvu bračnih drugova ili je u suvlasništvu zajednice (bračnih) dobara, ako je njegova gospodarska vrijednost najmanje 10 000 EUR. Posjed koji ima gospodarski vrijednost manju od 10 000 EUR, ali najmanju 5 000 EUR bit će poljoprivredno gospodarstvo ako vlasnik izjavi da treba biti poljoprivredno gospodarstvo i ako je u zemljišnu knjigu o tome unesena bilješka - *Hofvermerk* (§ 1. st. 1. HöfeO).

Zakonik o poljoprivrednom gospodarstvu savezni je zakonik koji sadrži pravila o nasljeđivanju seljačkog gazdinstva, koji povijesno proizlazi iz pravila o nasljeđivanju Saske, prema kojima je obiteljski posjed na kojem se nalazilo seljačko gazdinstvo nepodijeljen stjecao najstariji muški nasljednik (*Anerberecht*). Ovo se pravo nasljeđivanja znatno razlikuje od pravila u južnoj Njemačkoj prema kojima se prakticirala fizička (geometrijska) dioba. Odstupanje od ovih pravila moguće je na vrlo jednostavan način. Ono zahtijeva odgovarajući upis u zemljišne knjige prije smrti vlasnika poljoprivrednog gospodarstva.⁷³

4.4. Švicarska

Temeljni pravni izvor za diobu poljoprivrednog zemljišta u Švicarskoj je Savezni zakon o pravu na zemljište poljoprivrednika.⁷⁴ BGBB sadrži odredbe o diobi poljoprivrednog gospodarstva i diobi poljoprivrednog zemljišta (Art. 1. st. 2. c). Posebno područje djelovanja BGBB-a obuhvaćaju suvlasnički dijelovi poljoprivrednog zemljišta, na koje će se primjenjivati pravila Zakona, osim ako Zakon ne propisuje što drugo (Art. 3. st. 1. BGBB). Poljoprivredno zemljište definirano je kao zemljište koje je podobno za poljoprivredno ili vrtlarsko (hortikulturalno) iskorištavanje (Art. 6. st. 1. BGBB).

U okviru 3. zakonskog naslova «Javnopravna ograničenja u prometu poljoprivrednim gospodarstvima i zemljištem» BGBB zabranjuje diobu poljoprivrednih gospodarstava odvajanjem zemljišta ili pojedinih dijelova zemljišta (čl. 58. st. 1.).⁷⁵ Poljoprivredna zemljišta ne smiju se dijeliti na parcele manje od 25

71 Höfeordnung v. 24. 4. 1947. idF Bekanntmachung v. 26. 7. 1976. (BGBl I S. 1933), zuletzt geändert durch Art. 98 G. v. 17. 12. 2008 (BGBl I S. 2586), u nastavku: HöfeO.

72 U Baden-Württembergu, Bremenu, Hessenu i Rheinland-Pfalzu postoje zemaljski propisi o poljoprivrednim gospodarstvima. Posebna pravila o tomu nemaju Saarland, Berlin i nove njemačke zemlje, kao i Bavarska gdje je vrlo rasprostranjen običaj da se poljoprivredno gospodarstvo predaje za života.

73 <http://de.wikipedia.org/wiki/H%C3%B6feordnung> stanje od 27. prosinca 2009.

74 Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht v. 4. 10. 1991 (SR 211.412.11), u nastavku: BGBB.

75 Zabrana fizičke diobe (*Realteilungsverbot*).

ari, a kantoni su ovlaštteni odrediti veće parcele koje će biti obuhvaćene zabranom diobe. Poljoprivredna gospodarstva i poljoprivredna zemljišta ne smiju se podijeliti u suvlasničke dijelove manje od 1/12.⁷⁶ Međutim, zabrana odvajanja ili diobe ne vrijedi ako se provodi u okviru postupka melioracije tla (*Bodenverbesserung*) u kojem sudjeluje nadležno tijelo, zatim radi uređenja međa u smislu čl. 57. BGBB-a,⁷⁷ ako je ono posljedica izvlaštenja ili slobodne prodaje pod uvjetom da prodavatelju prijete izvlaštenje te u slučaju ovrhe (čl. 59. BGBB).

Nadležna kantonalna tijela mogu dati suglasnost na iznimke od pravila o zabrani fizičke diobe i parcelaciji u slučajevima kada se: a) poljoprivredna gospodarstva ili zemljišta dijele na dio koji pripada području djelovanja BGBB-a i dio koji je izvan njegova područja djelovanja, c) zemljišta ili dijelovi zemljišta poljoprivrednog gospodarstva uz naknadu ili bez nje mijenjaju za zemlju, zgrade ili postrojenja koji su za privređivanje gospodarstva povoljnije smješteni ili primjereniji, d) ako odvojeni dio služi arondaciji nepoljoprivrednog zemljišta izvan građevinskog područja, pri čemu nepoljoprivredno zemljište može biti povećano najviše za 1000 kvadratnih metara, e) ako se poljoprivredna zgrada s nužnom okućnicom neće koristiti za privređivanje poljoprivrednog gospodarstva ili zemljišta radi primjene koja je u toj zoni uobičajena, prenese vlasniku susjednog poljoprivrednog gospodarstva ili zemljišta i time se izbjegne izgradnja nove građevine za koju bi se prema čl. 16.a Zakona o prostornom uređenju (*Raumplanungsgesetz*) od 22. 6. 1979. trebalo pribaviti odobrenje, f) ako na odvojenom dijelu treba osnovati pravo građenja u korist zakupnika poljoprivrednog gospodarstva, g) ako je financijska egzistencija obitelji poljoprivrednika jako ugrožena i ako se prodajom poljoprivrednog zemljišta ili njegovih dijelova može izbjeći prisilno unovčenje i dražba, h) ako se treba ispuniti javna ili u javnom interesu određena zadaća te i) ako je odvajanje uslijedilo da bi se radi zajedničkog privređivanja izgradila ekonomska zgrada ili odgovarajuće postrojenje (čl. 60. st. 1. BGBB).

Nadležno tijelo suglasnost će dati i na iznimku od pravila o zabrani fizičke diobe i: a) ako fizička dioba pretežno služi da bi se ostala poljoprivredna gospodarstva strukturalno poboljšala, b) ako nijedna od osoba koje imaju pravo prvokupa ili koje su ovlaštene da im se gospodarstvo dodijeli ne želi preuzeti samostalno vođenje gospodarstva te ako nijedna druga osoba koja bi na temelju podjele nasljedstva mogla zahtijevati dodjelu ne želi preuzeti zakup gospodarstva u cijelosti i c) ako bračni drug koji upravlja s gospodarstvom zajedno s vlasnikom prihvati fizičku diobu (čl. 60. st. 2. BGBB).

⁷⁶ Prema čl. 3. Zakona o pravu na zemljište i zakup poljoprivrednika kantona Bern (Gesetz über das bäuerliche **Boden- und Pachtrecht des Kantons Bern v. 21. 6. 1995., SR 215.124.1**) poljoprivredna se zemljišta ne mogu dijeliti na parcele manje od 36 ari.

⁷⁷ Vlasnici susjednih poljoprivrednih zemljišta moraju sudjelovati u postupku uređenja nesvršishodnih međa. Oni mogu zahtijevati zamjenu zemljišta u potrebnom opsegu ili odstupanje do 5 ari, ako se time međe mogu značajno bolje urediti (čl. 57. BGBB).

5. Ustavnopravna dvojbenost odredbi ZPZ-a 08 kojima se ograničava pravo suvlasnika na izbor načina razvrgnuća suvlasničke zajednice

Određbe ZPZ-a 08 o ograničenju prava suvlasnika u izboru načina razvrnguća suvlasničke zajednice vezivanjem prijedloga za geometrijsku diobu (prethodnom) suglasnošću Agencije moraju se promatrati u širem kontekstu ostalih odredbi ZPZ-a 08 kojima su općenito uzevši, ekstremno ograničena i druga prava korištenja i raspolaganja vlasnika poljoprivrednih zemljišta. U nizu novonastalih obveza za vlasnika privatnog poljoprivrednog zemljišta, posebno mjesto zauzimaju pravila kojima se privatnim vlasnicima koji ne budu poljoprivredno zemljište obrađivali u skladu s agrotehničkim mjerama,⁷⁸ odnosno koje se u prethodnom vegetativnom razdoblju nije obrađivalo, može dati u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi na rok od tri godine, uz naknadu zakupnine. Poljoprivredno zemljište obraslo višegodišnjim raslinjem može se dati u zakup fizičkim ili pravnim osobama na rok do deset godina, uz naknadu zakupnine vlasniku (čl. 15. st. 1. i 2. ZPZ 08). Osobito zabrinjavajuća odredba je čl. 16. ZPZ 08 o isplati zakupnine vlasniku koji je nepoznat. Naime, nakon isteka roka od godine dana u kojem su sredstva bila izdvojena na posebnu poziciju proračuna općine ili grada, rasporedit će se na način propisan čl. 74. st. 1. Zakona.⁷⁹ Osim toga, vlasnik poljoprivrednog zemljišta ne može samostalno raspolagati zemljištem. Tako postupak prodaje i zakupa privatnoga poljoprivrednog zemljišta provodi jedinica lokalne samouprave, odnosno Grad Zagreb, u ime i za račun Agencije (čl. 81. ZPZ 08). Svrha ovih odredbi navodno je okrupnjavanje posjeda,⁸⁰ odnosno ubrzanje raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države, pomoć vlasnicima u rješavanju imovinsko-pravnih odnosa na poljoprivrednom

78 Vlasnici i ovlaštenici poljoprivrednog zemljišta dužni su poljoprivredno zemljište obrađivati sukladno agrotehničkim mjerama ne umanjujući njegovu vrijednost. Agrotehničke mjere iz st. 5. ovog članka propisat će ministar posebnim propisom (čl. 5. st. 5. i 6. ZPZ 08). Općinsko, odnosno gradsko vijeće, a za Grad Zagreb gradska skupština određuje potrebne agrotehničke mjere u slučajevima u kojima bi propuštanje tih mjera nanijelo štetu, onemogućilo ili smanjilo poljoprivrednu proizvodnju (čl. 12. ZPZ 08). Za Grad Osijek vidi Odluku o agrotehničkim mjerama za uređivanje i održavanje poljoprivrednih rudina te mjerama zaštite od požara na poljoprivrednom zemljištu na području Grada Osijeka <http://osijek.hr/sluzbeni-glasnik/pdf>., stanje od 4. siječnja 2010.

79 25% prihod su državnog proračuna za posebne namjene u svrhu financiranja troškova okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta koje provodi Agencija, 25% proračun jedinice područne (regionalne) samouprave i 50% proračuna jedinice lokalne samouprave, odnosno Grada Zagreba na čijem se području poljoprivredno zemljište nalazi.

80 Okrupnjavanje posjeda u smislu ZPZ-a 08 je postupak kupoprodaje, zamjene i zakupa poljoprivrednog zemljišta radi:

- povećanja ukupne površine poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu ili posjedu fizičke ili pravne osobe koja je upisana u Upisnik poljoprivrednih gospodarstava i
- grupiranja katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu ili posjedu fizičke ili pravne osobe koja je upisana u Upisnik poljoprivrednih gospodarstava u veće i pravilnije poljoprivredne proizvodne parcele radi ekonomičnijeg iskorištavanja i stvaranja povoljnijih uvjeta za obradu (čl. 78. st. 1.).

zemljištu, poticanje kultiviranja poljoprivrednog zemljišta i osnivanje Agencije koja će sustavno gospodariti poljoprivrednim zemljištem.⁸¹

Izgleda da je u Hrvatskoj donesena odluka o nemilosrdnom obračunu s lošim povijesnim nasljeđem u raspolaganju i korištenju poljoprivrednim zemljištem i usitnjenim poljoprivrednim posjedom⁸² na jedan potpuno neuobičajen, pretjeran i protuustavan način zanemarujući pri tom jamstvo prava vlasništva,⁸³ moguća ograničenja vlasničkih prava⁸⁴ i ustavne odredbe o dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku.⁸⁵

Treba istaknuti da je podnošenju zahtjeva za ocjenu suglasnosti odredbi ZPZ-a 08 s Ustavom⁸⁶ prethodila odluka Ustavnog suda o pokretanju postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom i ukidanju čl. 30. st. 1. t. 6., 38.a, 38.b, 38.c, 38.d., 38.e, 38.f, 38.g, 38.h, 38.i, 38.j, 38.k, 38.l, 38.m i 38.n Zakona o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (Narodne novine, br. 117/93., 69/97., 33/00., 73/00., 127/00., 59/01., 107/01., 117/01., 150/02. i 147/03.).⁸⁷ Kako su navedenim Zakonom u porezni sustav Hrvatske 2001. godine bila uvedena tri nova poreza: porez na neobrađeno obradivo poljoprivredno zemljište, porez na neiskorištene poduzetničke nekretnine i porez na neizgrađeno građevno zemljište, predlagatelj je podnio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti spornih odredbi

81 Program Vlade Republike Hrvatske za mandatno razdoblje 2008-2011, op. cit. (bilj. 2), str. 40.

82 Sukladno Popisu poljoprivrede iz 2003. na području Republike Hrvatske u 2003. ukupno je bilo 448.532 poljoprivrednih kućanstava koja su koristila ukupno 853.196 ha obradivog zemljišta i vrtova, što je odgovaralo prosjeku od 2 ha po jednom poljoprivrednom kućanstvu. Tri četvrtine svih poljoprivrednih posjeda, koje su koristila poljoprivredna kućanstva, bila su manja od 3 ha. Posjed poljoprivrednog kućanstva u prosjeku je bio podijeljen na 4,4, parcele i prosječna veličina parcele bila je 0,45 ha.

Usporedbom podataka iz 2003. i 2008. ustanovljeno je da prosječna površina poljoprivrednog zemljišta, koje je koristilo jedno obiteljsko poljoprivredno gospodarstvo u 2003., bila 5,38 ha, a 2008. 5,50 ha. Međutim, značajan podatak je da je 2003. godine svega 1563 obiteljskih poljoprivrednih gospodarstava koristilo površine poljoprivrednog zemljišta veće od 30 ha, a 2008. 3175 obiteljskih poljoprivrednih gospodarstava, što je u odnosu na 2003. povećanje od 100%, Cf. *ibid.*, str. 8.-9.

83 Jamči se pravo vlasništva.

Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru (čl. 48. st. 1. i 2. URH).

84 Zakonom je moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.

Poduzetnička se sloboda i vlasnička prava mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (čl. 50. URH).

85 More, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnoga, povijesnoga, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonom propisano da su od interesa za Republiku Hrvatsku, imaju njezinu osobitu zaštitu.

Zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti (čl. 52. URH).

86 Vidi bilj. 11.

87 U-I/1559/2001 od 21. veljače 2007.

Zakona s Ustavom, uz obrazloženje da se pri njihovoj primjeni nije vodilo računa o ekonomskoj snazi poreznih obveznika, ni o načelima jednakosti i pravednosti u oporezivanju, da je za plaćanje poreza na imovinu relevantna činjenica da ta imovina postoji i da je neka osoba posjeduje, a ne način na koji njome raspolaže, tj. koristi li je vlasnik ili ne i konačno, da navedeni porezi imaju, prema vlasnicima nekretnine na koje se odnose, obilježja kaznenih poreza, jer je njihova svrha da ih se prisili na činjenje koje nije ustavno ni zakonski pravno utemeljeno.

Ustavni sud je ocjenjujući prijedloge osnovanim istaknuo da «zakonodavac prema čl. 16. Ustava⁸⁸ može ograničiti slobode i prava zajamčena Ustavom, ali da to ograničenje mora biti zbog ostvarenja legitimnog cilja i razmjerno naravi potrebe za ograničenjem», te da «vlasnike poduzetničke nekretnine, neizgrađenog građevinskog zemljišta i neobrađenog obradivog poljoprivrednog zemljišta nije dopušteno prisiljavati na određeni način postupanja, odnosno činjenja (u konkretnom slučaju na korištenje navedenih nekretnina) ako se ono ne može odrediti kao doprinos općem dobru, odnosno ako nije u službi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi». U obrazloženju odluke ističe se da «takvo ograničenje prava vlasništva na nekretninama prelazi okvir Ustavom dopuštenih ograničenja prava vlasništva jer nije učinjeno zbog ostvarivanja legitimnog cilja propisanog Ustavom niti je razmjerno naravi potrebe za ograničenjem» i da unatoč tomu što je «zakonodavac ovlašten propisati različite zakonske mjere za poticanje obrade neobrađenog obradivog poljoprivrednog zemljišta, korištenje neiskorištenih poduzetničkih nekretnina i izgradnju neizgrađenog građevinskog zemljišta, pa i one koje ograničavaju vlasnička prava u skladu s čl. 16. URH, odnosno čl. 52. st. 2. URH kad su u pitanju poljoprivredna zemljišta da se to ne smije činiti na način nesuglasan temeljnim ustavnim vrednotama i zaštićenim dobrima.»

Smatramo da bi se ovo obrazloženje Ustavnog suda unatoč tomu što je dano u širem kontekstu⁸⁹ i u odnosu na obvezu plaćanja poreza, moglo iskoristiti i u odnosu na prijedlog za ocjenu ustavnosti pojedinih odredbi ZPZ-a 08 (osobito onih koje propisuju obvezu korištenja poljoprivrednog zemljišta u skladu s agrotehničkim mjerama prema čl. 15. i 16. ZPZ-a 08, ali i onih kojima se vlasnicima poljoprivrednog zemljišta nameću obveze prodaje ili zakupa poljoprivrednog zemljišta posredstvom Agencije).⁹⁰ Zajedničko za oba slučaja je da je riječ o korištenju poljoprivrednog zemljišta (neobrađenog, ali obradivog), zatim da se vlasniku toga zemljišta nameće

88 Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje.

Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinačnom slučaju (čl. 16. URH).

89 Obrazloženje ustavne odluke U-I/1559/2001 odnosi se na nametanje obveze korištenja na određeni način ne samo neobrađenog obradivog poljoprivrednog zemljišta, nego i na izgradnju neizgrađenog građevinskog zemljišta te neiskorištenih poduzetničkih nekretnina.

90 SDF, u prijedlogu za ocjenu ustavnosti koji je podnesen Ustavnom sudu, pozivao se upravo na prethodno iznesenu argumentaciju o zabrani nametanja vlasniku načina korištenja nekretnine protivno legitimnim ciljevima, o ekstremnim ograničenjima vlasničkih prava, nepostojanju javnog interesa, povredi ustavnih načela pravednosti i jednakosti.

obveza načina korištenja toga zemljišta protivno legitimnim ciljevima te da su te mjere prekomjerne u odnosu na cilj koji se njima želi ostvariti.

Ograničenje prava suvlasnika da razvrgnuće suvlasništva provede geometrijskom diobom samo pod uvjetom da je prethodno pribavio suglasnost Agencije, sa stajališta zakonodavca još je jedna od mjera propisanih u svrhu okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta. Međutim, promatramo li je sa stajališta (su)vlasnika ona se javlja kao ozbiljno ograničenje vlasničkih prava koje načinom uređenja nema uzora u komparativnim propisima. Naime, beziznimno inzistiranje na pribavljanju prethodne suglasnosti Agencije ne određujući pri tom pretpostavke uslijed čijeg bi postojanja su(vlasnik) ipak bio oslobođen te obveze i izostanak objektivnih kriterija na temelju kojih će Agencija odlučivati, ukazuju na nedovoljno domišljen i razrađen kompleks odredbi koja je bilo potrebno dodatno pojasniti opisanim Mišljenjem i Uputom. S obzirom na nužnu razinu pravne uređenosti najprije treba postaviti pitanje nisu li ta pojašnjenja trebala biti sastavni dio zakonskog teksta? Osim ovim nomotehničkim i sadržajnim primjedbama koje se mogu uputiti nedovoljno razrađenim odredbama o razvrgnuću suvlasništva poljoprivrednog zemljišta geometrijskom diobom, otvara se i kompleks niza drugih pitanja koje se tiču Agencije, načina donošenja odluka, vrste odluke, vrste postupka u kojem će odluka biti donesena, pravnog sredstva koje bi suvlasnik mogao podnijeti ako je nezadovoljan donesenom odlukom i sl.

Agencija⁹¹ je specijalizirana javna ustanova⁹² (čl. 1. st. 1. Uredbe) koja ima svojstvo pravne osobe s pravima i obvezama propisanim Zakonom o ustanovama, Zakonom o poljoprivrednom zemljištu, Uredbom i Statutom Agencije (čl. 2. st. 2. Uredbe). Agencija djeluje preko središnjeg ureda i podružnica u jedinicama regionalne (područne) samouprave koje se osnivaju Statutom (čl. 2. st. 5. Uredbe). Tijela Agencije su Upravno vijeće, ravnatelj i Stručno vijeće (čl. 8. Uredbe). Upravno vijeće, kao središnje tijelo Agencije donosi Statut, imenuje ravnatelja, donosi odluke iz djelokruga rada Agencije (čl. 10. Uredbe), a čini ga predsjednik i četiri člana

91 Agencija je samostalna pravna osoba koja u tuđe ime i za tuđi račun sklapa za druge pravne poslove, Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 16.

92 Ustanova je namjenska neprofitna organizacija javne djelatnosti. Osniva se i ustrojava u određenom organizacijskom obliku kako bi ostvarila sadržaj funkcije radi koje je osnovana. Sadržajno, ustanova se promatra kroz ukupnost djelatnosti koje ostvaruje putem ustrojenog organizacijskoga oblika; institucija. Teorijski, ustanove se dijele na samostalne i nesamostalne, pri čemu je kriterij pravna osobnost; zatim na javne ustanove i ustanove, pri čemu su javne ustanove podvrgnute posebnom pravnom sustavu; nadalje, ustanove kojih se usluge obvezno koriste (obvezna služba) i ustanove kod kojih korištenje ovisi o volji korisnika (fakultativna služba), a moguća je i podjela prema kriteriju naplativosti njihovih usluga (naplatne ili besplatne službe). Cf. *ibid.*, str. 1706-1707.

(čl. 9. st. 1. Uredbe).⁹³ Agenciju vodi, predstavlja i zastupa ravnatelj (čl. 11. st. 1. Uredbe). Nadzor nad zakonitošću rada Agencije obavlja ministarstvo nadležno za poljoprivredu (čl. 19. Uredbe). S obzirom na to da Statut Agencije, kojim se pobliže uređuje unutarnji ustroj, ovlasti, način odlučivanja, kriteriji rada i rad stručnih službi Agencije, te druga pitanja od značenja za obavljanje djelatnosti i poslovanja Agencije (čl. 15. Uredbe) nije donesen, nije jasno o kojoj će se vrsti odluke raditi kada Agencija bude davala suglasnost za parcelaciju. Još manje hoće li se protiv odluke o suglasnosti moći podnijeti pravni lijek, te koje će tijelo odlučivati o njemu.⁹⁴

No vratimo se ustavnopravnoj dvojbenosti odredbi ZPZ-a 08 kojima se pravo (su) vlasnika da se suvlasnička zajednica poljoprivrednog zemljišta razvrgne geometrijskom diobom, odnosno parcelacijskom diobom postojeće katastarske čestice na veći broj katastarskih čestica vezuje uz prethodnu suglasnost Agencije – jesu li ta ograničenja uistinu opravdana, hoće li se njima ostvariti opći interes, te nisu li ona nerazmjerna u odnosu na cilj koji se želi postići.

Stječe se dojam da javnost dvoji o opravdanosti ne samo ove, već i ostalih mjera ZPZ-a 08 smatrajući da se zapravo njima država želi relativno povoljno domoći poljoprivrednog zemljišta. Polazeći od toga da mnogi vlasnici sitnih poljoprivrednih posjeda neće moći uložiti znatna financijska sredstva potrebna za poduzimanje odgovarajućih agrotehničkih mjera. Drugi pak strahuju što će se u slučaju njihove dugotrajne odsutnosti iz zemlje događati s njihovom zemljom te hoće li se novi korisnici ponašati kao dobri gospodarstvenici, što će biti s naknadom za zakupninu, odnosno koliko će dugo trajati korištenje njihovog poljoprivrednog zemljišta od strane njima potpuno nepoznatih osoba. Sumnja se u stvarne namjere zakonodavca jer su ograničenja prava vlasnika ekstremna, a pravila ZPZ-a 08 netransparentna.

Stoga, unatoč tomu što se pravo vlasništva (čl. 48. st. 1. URH) može ograničiti

⁹³ Predsjednika Upravnog vijeća imenuje Vlada RH, a po položaju je ministar poljoprivrede. Članove Upravnog vijeća imenuje Vlada RH na prijedlog ministra za poljoprivredu.

Dva člana Upravnog vijeća predstavnici su poljoprivrednih proizvođača, od kojih je jedan s područja posebne državne skrbi.

Predsjednik i članovi Upravnog vijeća imenuje se na razdoblje od četiri godine.

Upravno vijeće donosi odluke većinom glasova ukupnog broja članova Upravnog vijeća (čl. 9. Uredbe).

⁹⁴ Primjerice, prema Zakonu o poljoprivredi (Narodne novine br. 149/09.), u nastavku: ZP, osniva se Agencija za plaćanje u poljoprivredi, ribarstvu i ruralnom razvoju (Agencija za plaćanje) u čijoj su nadležnosti operativna provedba mjera tržišno-cjenovne politike te mjera politike ruralnog razvoja (čl. 21. st. 1. ZP). Agencija za plaćanje provodi postupak i izdaje rješenje o upisu u Upisnik, odnosno rješenje kojim odbija upis u Upisnik ako nisu ispunjene pretpostavke propisane čl. 8. ZP (čl. 23. st. 3. ZP). Protiv rješenja iz čl. 23. st. 3. stranka može izjaviti žalbu Povjerenstvu za žalbe u roku 15 dana od dana primitka rješenja. Povjerenstvo za žalbe imenuje ravnatelj Agencije za plaćanje, a čini ga tri člana od kojih predsjednik ima završen sveučilišni diplomski studij pravne struke i položen državni stručni ispit, a članovi završen sveučilišni diplomski studij agronomske ili druge odgovarajuće struke i položen državni stručni ispit. Povjerenstvo prilikom odlučivanja o žalbama primjenjuje odredbe općeg upravnog postupka. Protiv rješenja Ministarstva donesenog na temelju ZP-a ne može se izjaviti žalba, već se može samo pokrenuti upravni spor (čl. 38. st. 4.-7. ZP).

zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi koji jamči pravo vlasništva (čl. 50. st. 2. URH), imajući u vidu da je poljoprivredno zemljište dobro od interesa za Republiku Hrvatsku (čl. 52. URH, čl. 2. st. 1. ZPZ 08) smatramo da su ograničenja vlasničkih prava propisana ZPZ-om 08 nerazmjerna u odnosu na svrhu koja se njima želi postići (okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta) jer se njima vrijeđaju druge ustavne vrednote – jednakost, socijalna pravda i nepovredivost vlasništva (čl. 3. URH).

Zakonom je moguće ograničiti pravo suvlasnika na diobu, međutim kriteriji za ograničenje moraju biti jasno postavljeni, a tijelo koje odlučuje neovisno. Bude li Agencija odlučivala isključivo na temelju diskrecione ocjene, vlasnici poljoprivrednog zemljišta, koji namjeravaju provesti parcelaciju poljoprivrednog zemljišta diobom, bit će diskriminirani u svojim pravima. Neovisnost Agencije zasigurno ne garantira niti način izbora i sastav Upravnog vijeća koje donosi odluke većinom glasova.

Osim toga, prema Mišljenju Ministarstva pravosuđa u slučaju da podnositelj prijedloga nije priložio uvjerenje o suglasnosti Agencije sud će moći razvrgnuti suvlasnički zajednicu na poljoprivrednom zemljištu isključivo civilnom diobom sukladno čl. 49. ZV-a. S obzirom na to da se način provedbe civilnog razvrgnuća propisuje čl. 50. st. 4. ZV-a (prodajom na javnoj dražbi ili na drugi prikladan način te podjelom dobivenog iznosa suvlasnicima sukladno veličini njihovih suvlasničkih dijelova) ne razumijemo što se zapravo pozivanjem na čl. 49. ZV-a željelo postići.

Osim toga, postavlja se pitanje neće li se i u slučaju civilnog razvrgnuća, koje se provodi prodajom poljoprivrednog zemljišta, morati poštivati odredbe ZPZ-a 08 o prodaji poljoprivrednog zemljišta preko jedinica lokalne samouprave, odnosno Grada Zagreba u ime i za račun Agencije te poštivati prava prvokupa iz čl. 36. i uvjetu iz čl. 37. ZPZ-a 08? ZPZ 08 ne sadrži odredbu o tomu hoće li se civilno razvrgnuće provoditi na javnoj dražbi ili na drugi prikladan način ili će se, i u slučaju civilnog razvrgnuća morati uvažiti posebnosti prodaje poljoprivrednog zemljišta propisane Zakonom. ZPZ 08 samo sadrži odredbu kojom propisuje da se iznimno od pravila o redosljedu prvenstvenog prava kupnje propisanih zakonom, redosljed prvenstvenog prava kupnje ne odnosi na podnositelja ponude koji je suvlasnik poljoprivrednog zemljišta koje se prodaje (čl. 82. st. 4.). Iako način na koji je ova odredba formulirana ne daje potpuno jasnu sliku što znači da se «redosljed prvenstvenog prava kupnje neće odnositi na podnositelja ponude koji je suvlasnik». Znači li to da će suvlasnik poljoprivrednog zemljišta koje se prodaje imati prednost u odnosu na druge ponuditelje ili da se uopće neće primjenjivati pravila o pravu prvokupa prema čl. 36. i uvjetima propisanim čl. 37.? Naime, prema općem vlasničkopravnom režimu suvlasnici nemaju pravo prvokupa, osim ako im to pravo pripada na posebnom pravnom temelju (čl. 37. st. 5. ZV).⁹⁵ Izgleda da će nam odgovore na postavljena pitanja morati dati praksa, osim ako iz nadležnih ministarstava ne uslijede daljnja

95 Suvlasnik smije samostalno pravno raspolagati svojim idealnim dijelom stvari, odnosno svojim suvlasničkim dijelom po pravilima koja vrijede za vlasnikova pravna raspolaganja stvarima ako time ne dira u tuđa prava. Kada suvlasnik prodaje svoj dio, ostali suvlasnici nemaju pravo prvokupa, osim ako im to pravo pripada na posebnom pravnom temelju (čl. 37. st. 5. ZV).

mišljenja, objašnjenja ili upute čija je svrha do sada bila popuniti zakonske praznine nedovoljno preciznog ZPZ-a 08.

5. Zaključak

1. Vezivanje zahtjeva za razvrnuće suvlasništva poljoprivrednog zemljišta geometrijskom diobom pribavljanjem suglasnosti Agencije za poljoprivredno zemljište za parcelaciju novina je u hrvatskom zakonodavstvu kojem se kao mjerom dismembracijskog zakonodavstva nastoji zaustaviti proces dijeljenja poljoprivrednih posjedanasvevećibrojkatastarskihčesticaiprovestiplanokrupnjivanjapoljoprivrednog zemljišta u razdoblju 2009.-2021.⁹⁶ Ipak, ovu je mjeru nužno promatrati u širem zakonskom kontekstu, odnosno u skladu s ostalim odredbama ZPZ-a 08 kojima se vrši znatno ograničavanje prava vlasnika poljoprivrednog zemljišta, osobito onima u domeni raspolaganja privatnim poljoprivrednim zemljištem u kojima Agencija ima ključnu ulogu.⁹⁷ Nagli zaokret koji je Hrvatska izvela nastojeći se obraniti od lošeg povijesnog nasljeđa i usitnjenih poljoprivrednih posjeda ZPZ 08 izlaže riziku ozbiljne ustavnopravne dvojbenosti.⁹⁸ Istovremeno, opravdanje za ovakvo zakonsko uređenje ne može se pronaći ni u jednom od iznesenih komparativnih modela.⁹⁹

2. Loš nomotehnički pristup ZPZ-a 08 u uređenju parcelacije poljoprivrednog zemljišta nedugo nakon njegova stupanja na snagu izazvao je potrebu pružanja dodatnih pojašnjenja danih u vidu već spomenutog Mišljenja i Upute i odgovarajućih izmjena Pravilnika o parcelacijskim i drugim geodetskim elaboratima.¹⁰⁰ Međutim, ovim aktima nisu otklonjene sve dvojbe vezane uz razvrnuće suvlasništva poljoprivrednog zemljišta i parcelaciju jer Agencija još uvijek nije donijela Statut kojim se trebaju propisati pravila za njezino postupanje, osobito prava predlagatelja da protiv odluke Agencije podnesu odgovarajuće pravno sredstvo.

3. Način na koji je Agencija ustanovljena, način donošenja odluka i nepostojanje objektivnih kriterija temeljem kojih bi Agencija odlučivala ne osiguravaju predlagateljima parcelacije zakonitost rješenja i izlažu ih riziku neobjektivnog, diskrecijskog odlučivanja uprave. Žele li se izbjeći ovi nedostaci potrebno je posegnuti za komparativnim uzorima koji unatoč tomu što načelno omogućuju zabranu fizičke diobe i parcelacije poljoprivrednog zemljišta, vrlo detaljno propisuju i razgraničavaju slučajeve u kojima pribavljanje suglasnosti neće uopće biti potrebno od slučajeva u kojima će trebati pribaviti suglasnost nadležnog tijela, ali prema unaprijed točno

96 Cilj zemljišne politike u razdoblju od 2009. do 2021. je okrupniti prosječni poljoprivredni posjed, odnosno poljoprivredno zemljište koje koristi poljoprivredno gospodarstvo povećanjem površine u prosjeku za 5 ha i smanjenjem broja proizvodnih parcela (jedna ili više grupiranih katastarskih čestica) za oko 50%, op. cit. (bilj. 2), str. 27.

97 Čl. 15., 16. i čl. 81.-85. ZPZ 08.

98 Vidi Ad. 4.

99 Vidi Ad. 3.

100 Vidi Ad. 2.3.

utvrđenim i propisanim kriterijima.¹⁰¹

4. Smatramo da je prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti pojedinih odredbi ZPZ-a 08¹⁰² uistinu opravdan, jer su propisanim ograničenjima prava vlasnika privatnog poljoprivrednog zemljišta svedena na minimum. Istovremeno, dvojimo o ustavnosti odredbe čl. 78. st. 3. ZPZ 08 kojom se pravo (su)vlasnika na razvrgnuće geometrijskom diobom vezuje uz pribavljanje prethodne suglasnosti Agencije. U prilog obrazloženju ove dvojbe treba se pozvati na obrazloženje odluke Ustavnog suda U-I/1559/2001 od 21. veljače 2007. imajući u vidu sličnost u nerazmjernosti ograničenja prava vlasništva i općeg interesa koji se tim ograničenjima želi postići te povredu drugih ustavom zaštićenih vrednota. Osim toga, eventualna ograničenja su(vlasničkih) prava na diobu poljoprivrednog zemljišta nužno je detaljno urediti, moguće i na jedan od načina sadržanih u opisanim izabranim komparativnim modelima.

101 Primjerice u Njemačkoj § 9 GrdstVG, u Švicarskoj čl. 58.-60.BGGB-a.

102 Vidi bilj. 11.

Summary

PARCELLING AND DISSOLUTION OF THE JOINT OWNERSHIP OF AGRICULTURAL LAND

The Land Parcelling Act of 2008 contains numerous new provisions governing the utilisation and disposal of agricultural land in Croatia. Due to the fact that provisions impose severe restrictions of proprietary powers, strong objections against their enactment have been expressed on legal and political scene. A reason for the enactment is a negative historical heritage burdening Croatian agriculture with numerous fragmented agricultural holdings and requiring a serious agrarian reform aimed at land concentration. However, having in mind aforesaid, the author firmly believes it is necessary to reach a compromise between fulfilment of common interests and respect of basic constitutional rights. Therefore, the aim of this article is to present provisions of the 2008 Land Parcelling Act imposing restrictions on joint (individual) owners' right to dissolve the joint ownership of agricultural land with geometrical division due to the fact that they have to get a consent of the Agency for Agricultural Land (the Article 73, Paragraph 3). The said provisions are going to be compared with Austrian, German and Swiss solutions. Constitutionality of described legal solutions has been questioned as well as of provisions on submitting a request for assessment of Law's provisions on utilization of agricultural land in regard to agrotechnical measures (the Article 15), rental charges that will be paid to unknown owners (the Article 16) and rules on disposal of a private agricultural land (the Article 81 to 85). More to the point, to parcel an agricultural land in Croatia the titular has been facing difficulties while trying to get additional explanations of certain legal provisions. There are no legal rules on decision making process to assent to as well as on the objective criteria for authorised bodies to act in individual cases.

Key words: *parcelling, dissolution of the joint ownership, agricultural land, constitutional limitation on ownership.*

Zusammenfassung

PARZELLIERUNG UND AUFLÖSUNG DES MITEIGENTUMS AM LANDWIRTSCHAFTLICHEN GRUNDSTÜCK

Die durch das Gesetz über landwirtschaftliches Grundstück aus 2008 eingeführten Neuigkeiten in Bezug auf die Nutzung von, und Verfügung über landwirtschaftliches Grundstück verursachten eine Lawine von Unzufriedenheiten an der rechtspolitischen Szene auf Grund wesentlicher Beschränkungen von eigentumsrechtlichen Befugnissen. Gründe für eine solche Regelung seien im negativen historischen Erbe zu suchen, welches die kroatische Landwirtschaft mit zahlreichen verkleinerten landwirtschaftlichen Grundstücken belastet hat, weswegen eine ernste Agrarreform mit dem Ziel der Zusammenlegung von landwirtschaftlichen Grundstücken unerlässlich sei. Da es auch im oben angegebenen Rahmen erforderlich ist, Kompromisse zwischen Realisierung allgemeiner Interessen und Einhaltung von Verfassungsgrundrechten einzugehen, beabsichtigt diese Arbeit diejenige Verordnungen des Gesetzes über landwirtschaftliches Grundstück aus 2008 vorzulegen, welche das (Mit)Eigentümerrecht auf Auflösung des Miteigentums am landwirtschaftlichen Grundstück durch geometrische Teilung mit der dafür benötigten Einwilligung der Landwirtschaftsagentur (Artikel 78, Absatz 3), beschränkt und sie mit den komparativen Regelungen Österreichs, Deutschlands und der Schweiz zu vergleichen. Verfassungsrechtliche Zweifel über die Zulässigkeit und Angemessenheit der gewählten Lösung kroatischer Gesetzgeber förderte zusätzlich das Stellen von Anträgen auf Zustimmungsbewertung der Verordnungen aus dem Gesetz über landwirtschaftliches Grundstück hinsichtlich der Grundstücksnutzung gemäß agrotechnischen Maßnahmen (Artikel 15); Verpachtungsentgelt an unbekannte Eigentümer (Artikel 16) und Regel zur Verfügung über landwirtschaftliches Privatgrundstück (Artikel 81-85). Darüber hinaus, begleiten die Parzellierung von landwirtschaftlichen Grundstücken in der Republik Kroatien weitere Schwierigkeiten in Bezug auf zusätzliche Aufklärung bestimmter Gesetzesverordnungen und Fehlen von Regeln über das Entscheidungsverfahren, in welchem über die Zustimmung und Nichtvorhandensein von objektiven Kriterien für Handeln der zuständigen Behörde entschieden wird.

Schlüsselwörter: *Parzellierung, Auflösung des Miteigentums,
Landwirtschaftliches Grundstück, verfassungsrechtliche
Beschränkung des Eigentumsrechts*

KOMISORNO OSTVARENJE OVLASTI NA NAMIRENJE ZALOŽNIH VJEROVNICA IZ VRIJEDNOSTI POKRETNINA

Mr. sc. Gabrijela Mihelčić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.23. 347.214.1
Ur.: 11. prosinca 2009.
Pr.: 14. siječnja 2010.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U radu autorica uspoređuje na koji način je uređeno komisorno namirenje založnih vjerovnika, odnosno vjerovnika security interesa i security rightsa iz vrijednosti pokretnih stvari kao predmeta osiguranja u pravilima CC-a, UCC-a, DCFR-a i, u hrvatskom pravu. Obilježja instituta promatraju se analizom sljedećih pitanja: a) da li je vjerovnik na komisorno namirenja ovlašten na temelju zakona ili je pretpostavka za takvo namirenje to da su ga stranke ugovorile, b) da li je vjerovnik dužan, nakon što se namiri, preostalu razliku vrati dužniku, c) na koji se način utvrđuje vrijednosti predmeta osiguranja i koji su kriteriji za to predviđeni te d) što je s pravima drugih vjerovnika, odnosno ovlaštenika na predmetu osiguranja.

Ključne riječi: založno pravo, *lex commissoria*, *hyperocha*

I. UVOD

Stvarnopravna sredstva osiguranja tražbina imaju za cilj osigurati izvjesnost budućeg namirenja tražbina osiguranih tim sredstvima iz vrijednosti predmeta osiguranja. U hrvatskom pravu, pored založnoga prava, među sredstva stvarnopravnih osiguranja najčešće se ubrajaju prijenos prava vlasništva radi osiguranja, pridržaj prava vlasništva i pravo retencije. U radu ćemo promatrati ostvarenje ovlasti na namirenje založnih vjerovnika i to iz vrijednosti pokretnina kao predmeta osiguranja. Slično, kao i u hrvatskom pravu, i prema francuskom pravu, tražbinu je moguće osigurati nekim od navedenih sredstava osiguranja. No, francusko pravo poznaje, npr. i antihrezu kao posjedovno sredstvo osiguranja na nekretnini koje ovlašćuje vjerovnika da ubire plodove i koristi koje je nekretnina sposobna dati, odnosno daje, te da ih unovčava u svrhu namirenja osigurane tražbine. I u francuskom pravu, promatrat ćemo namirenje založnih vjerovnika, ponovo iz pokretnina kao predmeta osiguranja. Jedan od propisa, koji se primjenjuje na saveznoj razini u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje SAD ili USA) je Unificirani trgovački zakon (*Uniform Commercial Code*)¹ kojim je, kao svojevrsno, jedinstveno sredstvo stvarnopravnog osiguranja tražbina iz vrijednosti *colateralla* predviđen *security interest*. Riječ je o takvom sredstvu osiguranja koje se u svrhu osiguranja tražbine i ostvarenja ovlasti na namirenje, uz određene izuzetke, osniva na pokretnim stvarima dužnika (*personal property*) kao predmetu osiguranja, koje obuhvaćaju i neke predmete osiguranja, koji u europskim kontinentalnim pravnim sustavima, spadaju pod, tzv. netjelesna pokretna dobra, a prema nomenklaturi hrvatskoga prava u subjektivna imovinska prava (najčešće takva koja su u založnom režimu izjednačena s pokretnim stvarima). Iako *security interest* nije založno pravo u značenju koje ovo ograničeno stvarno pravo ima u kontinentalnom pravu, radi svrhe, koja se ostvaruje ovom vrstom stvarnopravnog osiguranja, a koja korespondira sa svrhom koja se ostvaruje založnopravnim osiguranjem u kontinentalnim pravima, imajući neprestano u vidu sve razlike koje proizlaze iz samog instituta, ali i iz obilježja stvarnopravnog uređenja uopće, u radu će se promatrati namirenje vjerovnika *security interesta* iz vrijednosti *colateralla*. Naš interes ovaj institut osobito pobuđuje kada se dovede u svezu s rješenjima predviđenim u Nacrtu Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (*Draft Common Frame of Reference of a European Private Law*, dalje: DCFR)² kojim su, u Knjizi IX

1 *Uniform Commercial Code*, dalje: UCC, dostupan je na mrežnoj stranici: www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html. UCC je prihvaćen u pedeset američkih država uključujući District of Columbia, Commonwealth of Puerto Rico, Guam i U.S. Virgin Islands. V. McCORMACK, G., *Secured credit under English and American law*, Cambridge University Press, 2004., str. 70., bilješka 2.

2 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., SWANN, S., VARUL, P., VENEZIANO, A., ZOLL, F., *Principles of European Contract*, dostupno na mrežnoj stranici: www.sellier.de.

oformljena pravila o stvarnopravnim osiguranjima na pokretnim stvarima, pa tako i pravila o namirenju vjerovnika koji su u svrhu osiguranja pridržali pravo vlasništva na pokretnim stvarima, odnosno vjerovnika čije su tražbine iz vrijednosti pokretnih stvari osigurane s tzv. *security rights*. Stoga ćemo promatrati i ostvarenje ovlasti na namirenje iz pokretnina i vjerovnika *security rightsa*.³

Međutim, potrebno je istaknuti da predmet našeg interesa neće biti svi načini na koje se vjerovnici navedenih stvarnopravnih sredstava osiguranja mogu namiriti iz vrijednosti pokretnih stvari kao predmeta osiguranja (npr. prodaja i unovčenje, prijeboj i sl.). Promatrat ćemo, naime, samo takva ostvarenja ovlasti na namirenje koja imaju elemente ili predstavljaju, tzv. «čisto» komisorno namirenje.

Primarna je zadaća vidjeti na koji je način i je li uopće u hrvatskom pravu uređeno namirenje vjerovnika iz vrijednosti pokretnine kada je riječ o komisornom namirenju. Ako rješenja postoje, bilo bi ih korisno usporediti s rješenjima, koja se predviđaju u DCFR-u s jedne strane, a s druge s rješenjima iz kontinentalnih prava. Među uređenjima svojstvenim tradiciji europskog kontinentalnog prava opredijelili smo se promatrati rješenja koja se predviđaju u francuskom *Code Civilu*.⁴ Francuski je zakonodavac, naime, Novelom CC-a iz 2006.,⁵ kojom je uvedena (redefinirana) cijela nova knjiga CC-a, tj. dio IV. (art. 2284.-2488. CC), koji se upravo bavi osiguranjima, predvidio glede komisornog namirenja založnih vjerovnika iz predmeta osiguranja (zaloga) neka nova i zanimljiva rješenja. Nije, pri tomu nebitno niti to što CC uređuje i registarsku hipoteku na pokretnim stvarima (koje npr. njemačko pravo ne poznaje, a hrvatsko da). Usporedba rješenja iz hrvatskog prava s rješenjima iz CC-a i DCFR-a (a radi oslonjenosti DCFR-a na UCC, i rješenja iz UCC-a) treba dati odgovor na pitanje zadovoljavaju li postojeća rješenja u segmentu hrvatskoga prava, kojim je uređeno namirenje vjerovnika *pignusa* i registarske hipoteke iz vrijednosti pokretne stvari⁶ komisornim putem (pod pretpostavkom da je uopće uređeno) i bi li ih trebalo unaprijediti.

3 U radu se govori samo o komisornom namirenju vjerovnika čije su tražbine osigurane sa *security rights*, budući da, kako se izrijeком određuje u 7:105 (5) DCFR *lex commissoria* nije dopušteno ugovoriti kod pridržaja prava vlasništva.

4 *Code civil*, dalje CC dostupan je na mrežnoj stranici: www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/liste.htm.

5 V. Ordonnance n° 2006-346 od 23. ožujka 2006. koja je stupila na snagu 24. ožujka 2006.

6 O tome za koju je vrstu pokretnina moguće osnovati dobrovoljno založno pravo na pokretnini kao hipoteku, v. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., *Stvarno pravo*, Svezak II., Zagreb, 2007. str. 233., dalje: GAVELLA, et alt., *Stvarno II*.

II. OBILJEŽJA KOMISORNOG OSTVARENJA OVLASTI NA NAMIRENJE

1. Općenito

Komisorno namirenje je takav način ostvarenja ovlasti na namirenje iz vrijednosti predmeta osiguranja, prema kojem je vjerovnik ovlašten kada njegova osigurana tražbina dospije, a dužnik je ne namiri ili je nije spreman namiriti (odnosno ako je ne namiri u cijelosti i onako kako je ugovoreno), namiriti se tako da zadrži za sebe (prisvoji, stekne pravo vlasništva) predmet osiguranja za iznos dugovane tražbine zajedno s kamatama i troškovima na koje ima pravo. To je, tzv. «čisto» komisorno namirenje. U francuskoj teoriji, posebno uz Novelu CC-a iz 2006.,⁷ komisornim se namirenjem smatra i takvo namirenje predmetom osiguranja, kod kojeg je namirenja vjerovnik dužan vratiti dužniku *hyperochu* (*surples*), tj. razliku ili višak koji postoji između visine dugovane tražbine s kamatama i pripadajućim troškovima i visine vrijednosti predmeta osiguranja.⁸ Pitanje *hyperoche* promatrat ćemo među obilježjima (od kojih neka imaju i značenje pretpostavki) komisornog načina namirenja.

Nekoliko je bitnih obilježja koja obilježavaju institut komisornog ostvarenja ovlasti na namirenje iz vrijednosti predmeta osiguranja. Među njima, jedno je od važnijih ono koje daje odgovor na pitanje je li vjerovnik ovlašten namiriti se komisorno na temelju samog zakona, (dakle, *ex lege*), ili je pretpostavka komisornom namirenju to da su stranke ugovorile takav način namirenja iz vrijednosti predmeta osiguranja. Druga bitna značajka je ona koja se odnosi na pitanje, već spomenute, *hyperoche* i obveze vjerovnika da, nakon što se namiri, razliku koja preostane vrati dužniku. Treće obilježje, a koje se nadovezuje na pitanje vraćanja razlike (kada ona postoji) pitanje je utvrđivanja vrijednosti predmeta osiguranja i kriterija koji se predviđaju za utvrđivanje te vrijednosti. Konačno, kao četvrta značajka komisornog načina namirenja javlja se pitanje «sudbine» prava drugih vjerovnika, odnosno ovlaštenika na predmetu osiguranja.

7 V. SAGAERT, V., Main developments in immovables securities in French and Belgian law. A transition from tradition to modernity, u: HINTEREGGER, M., BORIĆ, T., Sicherungsrechte an Immobilien in Europa, Lit Verlag GmbH&Co. KG, Wien, 2009., str. 205. DE GROOT, S., Fiduciary Transfer and Ownership, u: FABER, W., LURGER, B., (ured. FABER, W., LURGER, B.), Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation Or National Reforms? Sellier (European Law Publ.), 2008., str. 169.

8 V. detaljnije za pitanje *hyperoche* u: KARLOVIĆ, T., Razvoj oblika namirenja fiducijarnog vjerovnika u rimskom pravu i u suvremenom hrvatskom pravu, u: ERNST, H., IVANČIĆ-KAČER, B., KARLOVIĆ, T., KLASIČEK, D., Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava, Pravni fakultet, Zavod za građanskopravne znanosti i obiteljskopravne znanosti, Poslijediplomski i doktorski studij iz građanskopravnih znanosti, Zagreb, 2008., str.104.-105.

2. Utjecaj stranačkih dispozicija na dopuštenost komisornog namirenja

Lex commissoria kao uglavak založnog ugovora (samostalni ugovor), kojim stranke ugovaraju da će po dospijeću tražbine, ako ona ne bude namirena, vjerovnik biti ovlašten namiriti se iz zaloga, tako da zalog zadrži za sebe, radi moguće nepravčnosti (u slučaju kada zalog vrijedi znatno više no što iznosi tražbina koja se duguje s pripadajućim kamatama i troškovima), zabranjena je još od vremena rimskog cara Konstantina. Recepcija rimskoga uređenja *lex commissorie* u pravnim je sustavima europskog kontinentalnoga prava imala za posljedicu da je *lex commissoria*, u različitim varijantama, pretežito zabranjena (kada je riječ o založnopravnom osiguranju). Pri tomu je zabrana najčešće formulirana tako da se strankama zabranjuje ugovoriti *lex commissoriu* prije dospijeća osigurane tražbine. Nakon što tražbina dospije mogućnost ugovaranja ovog uglavka stvar je dispozicije stranaka, osim ako prisilnim propisima nije za namirenje određene podvrste založnog prava iz pojedine vrste predmeta osiguranja određen način namirenja (najčešće sudski ovršni put prodajom i unovčenjem predmeta osiguranja). I dok je, kada je riječ o ostvarenju ovlasti na namirenje iz vrijednosti nekretnina, iznimaka od zabrane *lex commissorie* malo, kada je riječ o namirenju vjerovnika iz vrijednosti pokretnina kao predmeta osiguranja, rješenja su manje restriktivna, pa se, uz postojanje određenih pretpostavki, dopušta ovakav način namirenja založnih vjerovnika iz vrijednosti založenih pokretnina (ipak, najčešće za vjerovnike ručnog zaloga).

Promatraju li se rješenja iz angloameričkih pravnih sustava, tradicionalno naklonjenijih vjerovnicima, kada je riječ o namirenju komisornim načinom, i u ovim se sustavima traži da se za takav način namirenja steknu određene pretpostavke.

U kontinentalnim pravnim sustavima, pa i kada je riječ o namirenju založnih tražbina iz vrijednosti pokretnina, najčešće komisorni način namirenja nije dopušten *ex lege*, već je potrebno da su takav način namirenja stranke ugovorile. Tako i francuski zakonodavac, iako je dopustio mogućnost da se iz vrijednosti predmeta osiguranja, nakon što založna tražbina dospije, a ne bude namirena, vjerovnik namiri tako da predmet osiguranja «prisvoji», odnosno «zadrži» za sebe, zahtijeva da su stranke takav način namirenja ugovorile prilikom osnivanja založnog prava (art. 2347. CC). Prema nekim mišljenjima, vjerovnik bi se radi, tzv. dodjele predmeta osiguranja trebao obratiti sudu, a prema nekima se smatra da to nije potrebno.⁹ Ovo je ovlaštenje dano, prema francuskom pravu, (za razliku od hrvatskog prava prema kojem se vjerovnici registarskih hipoteka na pokretninama mogu namiriti samo sudskim putem: ovrhom na nekretnini i ovršnom sekvestracijom) i vjerovnicima registarske hipoteke, ako tako ugovore s dužnikom.

9 LEAVY, J. (franc. nac. izvj.), u: SIGMAN, H., C., KIENINGER, E. M., (ured. SIGMAN, H. C., KIENINGER, E. M.), *Cross-border security over tangibles*, Sellier (European Law Publ.), 2007., str. 107.-108., VENEZIANO, A., *A Secured Transatcions' Regime for Europe: Treatment of acquisition Finance Devices and Creditor's Enforcement Rights*, *Juridica*, vol. XIV-2008., str. 89.-95. posebno: bilješka 6. Rad u pdf formatu dostupan na mrežnoj stranici: <http://www.juridicainternational.eu/>.

Prema hrvatskom pravu, vjerovnik ručnog zaloga, koji se jedini može namirivati izvansudskim putem, pa tako eventualno i komisorno, ovlašten je namirivati se izvansudskim putem, u građanskim stvarima, samo kada su stranke takav način namirenja ugovorile (odnosno kada je dužnik na to izrijekom pristao).¹⁰ Za ugovor se traži pisana forma, a ovlaštenje mora biti dano prilikom osnivanja založnoga prava, premda je takav način namirenja moguće ugovoriti i kasnije. Kod trgovačkih stvari, vjerovnik se može, nakon što tražbina dospije, a nije namirena, namiriti izvansudskim putem. Iznimka postoji u slučaju da je dužnik izrijekom, prilikom osnivanja zaloga takvu mogućnost isključio (naknadno se to vjerovnikovo pravo ne bi moglo valjano isključiti). U hrvatskom pravu, načelno, je zabranjeno ugovoriti *lex commissorii* prilikom osnivanja založnog prava. Nakon što je tražbina dospjela, a ugovoren je izvansudski način namirenja *pignusa*, vjerovnik bi mogao svoje namirenje ostvarivati komisorno u sljedećim slučajevima: a) ako stranke takav način namirenja ugovore, budući da u tom pravcu postoji ovlaštenje u čl. 337/1 i 3. ZV¹¹ te b) ako se stranke posluže općim ovlaštenjem na *datio in solutum* iz čl. 167/1. Zakona o obveznim odnosima.¹²

Prema pravilima UCC-a, nije potrebno da su stranke prethodno ugovorile komisorni način namirenja, tzv. *retention of colaterall* ili *strict foreclosure*. Vjerovnik je, nakon što dođe do *defaulta* dužnika, načelno, ovlašten temeljem pravila UCC-a namiriti se tako da zadrži *collateral* (§ 9-620 (a) UCC).¹³ Što se tiče *defaulta*, kao trenutka kojim se aktivira vjerovnikova ovlast na namirenje iz predmeta osiguranja, treba napomenuti da *default* ne mora nužno značiti da je tražbina dospjela, a da nije namirena ili je dužnik nije spreman namiriti (premda će najčešće upravo biti riječ

10 Čl. 337. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08. i 38/09., dalje: ZV, određuje da: «Svoje pravo na namirenje zalogom osigurane tražbine iz vrijednosti zaloga ovlašten je založni vjerovnik ostvarivati izvansudskim putem, ako je predmet založnoga prava pokretna stvar ili pravo koje se ne smatra nekretninom, a založni je dužnik u trenutku osnivanja založnoga prava ili naknadno izričito u pisanom obliku dopustio takvo namirivanje (st. 1.). Ako je pokretna stvar ili pravo koje se ne smatra nekretninom dano u zalog za osiguranje tražbine iz trgovačkoga posla, založni je vjerovnik ovlašten izvansudskim putem ostvarivati svoje pravo na namirenje te tražbine iz vrijednosti zaloga, ako založni dužnik nije takvo namirivanje izričito isključio u trenutku osnivanja zaloga (s. 2.). Kad je založni vjerovnik ovlašten ostvarivati svoje pravo na namirenje izvansudskim putem, ovlašten ga je ostvarivati putem javne dražbe (javnoga nadmetanja), a na neki drugi način jedino ako ima na temelju pravnoga posla ili zakona pravo da ga ostvaruje na taj način ili je to u danim okolnostima jedini mogući način za ostvarenje prava na namirenje (st. 3.)».

11 ERAKOVIĆ, A., Založno pravo na pokretninama - posebnosti prema Zakonu o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, u BARETIĆ, M., ERAKOVIĆ, A., ERNST, H., GULIN, D., JELČIĆ, O., JOSIPOVIĆ, T., KOHARIĆ, Z., MATKO RUŽDJAK, J., POROBIJA, S., STUHNE, Z., Zaštita vjerovnika, Narodne novine, Zagreb, 2006. g., str. 34.-35.

12 Narodne novine br. 35/05. i 41/08., dalje: ZOO. V. GAVELLA, et. alt., Stvarno II, str. 513., bilješka 143.

13 GILMORE, G., Security interests in personal property, Vol. I., The Lawbook Exchange, Ltd., 1999., § 44.3. str. 1220.-1227. WOOD, P. R., Comparative law of security interests and title finance, Sweet & Maxwell, 2007., 20-011.

o tomu) već *default* može imati značenje povrede bilo koje ugovorne klauzule, ako su joj stranke dale to značenje (pa čak i kada nisu).¹⁴ I prema pravilima UCC-a, ipak se, i za namirenje s *retention of colaterall* traži stjecanje nekih pretpostavki. Tako će se vjerovnik prema § 9-620 (a) UCC moći namiriti na ovaj način i zadržati *colaterall*, ako se dužnik tomu nije izrijekom protivio, odnosno ako se nije protivio u roku. Stoga, iako se ne može reći, da UCC za komisorno namirenje vjerovnika iz *colateralla* nakon što nastupi *default* dužnika, zahtijeva da se stranke sporazume oko toga da se vjerovnik može namiriti komisorno, pa je na dispoziciji vjerovniku izabrati ovaj (ili neki drugi od više predviđenih načina namirenja), ipak je potrebno da se dužnik takvom namirenju izrijekom ne protivi (nakon notifikacije). Prema pravilima UCC-a, vjerovnik je ovlašten namiriti se tako da zadrži *colaterall* i u svrhu namirenja u cijelosti, ali i radi samo djelomičnog namirenja (npr. u slučaju kada je *colaterall* izgubio na vrijednosti, djelomično propao i sl., v. § 9-620 (c) i § 9-622 (a) UCC). Za takvo djelomično namirenje, načelno, mu nije potrebna suglasnost dužnika. Iznimka postoji kada je riječ o namirenju vjerovnika u potrošačkim stvarima. U ovim stvarima, vjerovnik ne može zadržati *colaterall* kako bi se samo djelomično namirio iz njegove vrijednosti (§ 9-620 (g) UCC).

Međutim, iako se po UCC-u (u stvarima koje nisu potrošačke naravi) ne traži da je dužnik ugovorio ili je sporazuman s tim da vjerovnik namiri svoju dugovanu tražbinu iz vrijednosti *colateralla*, tako da zadrži *colaterall*, dužnik ipak mora doći u priliku da se, ako to želi, očituje o tom namirenju, pa i da mu se usprotivi. To se postiže, tzv. notifikacijom (koja je i inače pretpostavka urednog namirenja vjerovnika kada se namiruje na bilo koji od dopuštenih načina namirenja, npr. raspolaganjem (*disposition*). Vjerovnik je, naime, kako bi se prema UCC-u, namirio iz kolaterala s *retention of colaterall*, dužan prethodno dužniku notificirati svoju namjeru da se namiri i to na navedeni način. Tek, ako se po izvršenoj notifikaciji, dužnik ne usprotivi takvom namirenju ili pravodobno ne podnese prigovor, vjerovnik je ovlašten na namirenje s *retention of colaterall* (za notifikaciju v. § 9-621 UCC). Imajući u vidu pravnostvaralačku ulogu sudova u pravnim sustavima angloameričkog pravnog kruga, nužno je upozoriti na promjene, koje su se u odnosu na ovaj institut zbile, stupanjem na snagu Novele UCC-a iz 2000.¹⁵ Naime, ranije se u sudskoj praksi iz činjenice što vjerovnik drži *colaterall* (kroz određeno vrijeme), pa makar i ne poduzimao ništa u pravcu namirenja s *retention of colaterall*, smatralo da je takav vjerovnik izabrao namiriti se na ovaj način. Za istaknuti je, da je prema ranijem uređenju vjerovnik, kako bi se namirio na ovaj način, morao imati posjed *colateralla*, što se više ne traži. Stoga se vjerovnik s *retention of colaterall* može namiriti i kada nema posjed (za

14 COLE, M. G., Protecting Consumer from Consumer Protection: Watters v. Wachovia Bank, str. 251.-277., posebno 269.-270. u: PILON, R., MOLLER, M., Cato Supreme Court Review 2006-2007., (ured. MOLLER, M., LEVY, R. A.,) Cato Institute, 2007.

15 Uvodenjem § 9-620 UCC napuštena je ranija sudska praksa formirana u odnosu na staro uređenje iz § 9-505 UCC. V. McCAHEY, J. P., **Commentary on the Enforcement of Security Interests under UCC Revised Article 9.**, str. 12.-13. Rad je dostupan u pdf formatu na mrežnoj stranici: hahnnessen.com/library/Commentary.pdf.

očekivati je da će mu dužnik, koji se ne protivi takvom namirenju, nakon notifikacije predati posjed). Iznimka je ponovo predviđena u potrošačkim stvarima, pa su svoje tražbine u ovim stvarima, vjerovnici ovlašteni namiriti na komisoran način, iz vrijednosti predmeta osiguranja, samo kada imaju posjed *colateralla*.¹⁶ Ergo, ranija je praksa napuštena, stoga više činjenica «držanja predmeta osiguranja kroz određeno vrijeme» ne dovodi do predmnijeve da se vjerovnik namjerava namiriti tako da zadrži predmet osiguranja, već je potrebno da vjerovnik poduzme radnje u tom pravcu (izvrši notifikaciju) i tako neprijeporno iskaže svoju namjeru namirenja na komisoran način, a samo «držanje» *colateralla* cijeni se kroz standard trgovački razumnog postupanja.¹⁷

Odgovor na pitanje može li se vjerovnik namiriti komisornim načinom iz vrijednosti predmeta osiguranja (pokretnine) osigurane sa *security rights*,¹⁸ prema pravilima DCFR-a, ne može se dati jednoznačno. Naime, načelno, *lex commisoriu* stranke nisu ovlaštene ugovoriti prije no što nastupi *default*¹⁹ dužnika (7:105 (1) DCFR). Iznimno su je ovlaštene ugovoriti u dva slučaja ukoliko je: a) riječ o takvom predmetu osiguranja koji ima burzovnu cijenu ili cijenu na organiziranom tržištu (7:105 (2) (a) DCFR) ili b) u slučaju kada su se stranke sporazumjele o objektivnom (relevantnom) načinu utvrđenja tržišne cijene predmeta osiguranja (7:105 (2) (b) DCFR). I dok je u drugom slučaju neprijeporno da će komisorno namirenje biti dopušteno ako su se stranke sporazumjele i pri tomu ugovorile i objektivnan način utvrđenja tržišne cijene, smatramo da je u prvom slučaju riječ, o tzv. zakonskom slučaju *lex commissorie*. Vjerovnik bi, naime, nakon što nastupi *default* dužnika uvijek bio ovlašten namiriti se na komisorni način, neovisno jesu li takav način namirenja stranke ugovorile, ako predmet osiguranja ima burzovnu ili cijenu na organiziranom tržištu. Nužno je navesti da pravila DCFR-a, kojima je uređena *lex commissoria*, nisu jednaka kada je riječ o ostvarenju ovlasti na namirenje u tzv. potrošačkim stvarima. Naime, i DCFR izdvaja potrošačke stvari i predviđa za njih posebno uređenje. Prema DCFR-u, u ovim stvarima nije dopušteno ugovaranje *lex commissorie*, pa i kada postoje naprijed navedene pretpostavke (7:105 (3) DCFR).

16 SMITH, E. A., A Summary of the Provisions of Articl 9 of the Uniform Commercial Code, u: SEPINUCK, S. L., Practice Under Article 9 of the Uniform Commercial Code, American Bar Association, 2008, str. 75. WEISE, S. O., An Introduction to Article 9., u: SEPINUCK, S. L., op. cit., str. 22.

17 McCAHEY, *ibid*.

18 O vrstama osiguranja, tražbinama koje se osiguravaju i predmetu osiguranja v. BEALE, H., Secured Transactions, Juridica International, 2008, vol. XIV.,1., 96-103. Rad u pdf formatu dostupan na mrežnoj stranici: <http://www.juridicainternational.eu/>.

19 Prema IX-1:201 (5) DCFR-a *default* ima ono značenje koje se uz ovaj pojam veže u pravnim sustavima anglo-američkog pravnog kruga: *Default*, pri tomu može imati značenje kakvo najčešće ima u kontinentalnom pravu, da je tražbina dospjela, a da je dužnik nije namirio ili je nije spreman namiriti, ali i značenje povrede bilo koje druge ugovorne obveze, neovisno o samoj tražbini i njezinom dospjeću, a kojoj su stranke dale značenje *defaulta* dužnika.

3. Pitanje, tzv. *hyperoche*

Jedno od važnijih pitanja, kada je riječ o namirenju vjerovnika iz predmeta osiguranja, pa i komisornom namirenju je pitanje vraćanja *hyperoche*.²⁰ Riječ je o tomu određuje li određeni pravni sustavi i na koji način da je vjerovnik dužan, nakon što namiri svoju tražbinu s kamatama i troškovima iz vrijednosti predmeta osiguranja eventualni višak koji preostane s obzirom na vrijednost predmeta osiguranja vratiti dužniku. U tradiciji je kontinentalnih pravnih sustava, kada je riječ o namirenju založnih vjerovnika, da se na razini općeg pravila određuje da je vjerovnik razliku dužan vratiti dužniku (posljedično, ako se u cijelosti ne uspije namiriti iz predmeta osiguranja, ovlašten je tražiti namirenje do «punog» namirenja iz preostale imovine dužnika, najčešće istodobno, čak i prije no što pokuša svoju tražbinu namiriti iz vrijednosti predmeta osiguranja). Tako francuski zakonodavac izrijeком određuje da je vjerovnik, nakon što namiri svoju tražbinu s kamatama i troškovima, svaku razliku koja preostane dužan vratiti dužniku (art. 2348/3. CC).²¹

Jednako je obveza vjerovnika na vraćanje *hyperoche* predviđena i u pravilima DCFR-a koji, također, eksplicitno zahtijeva da vjerovnik razliku koja preostane, nakon njegova namirenja iz vrijednost predmeta osiguranja, u cijelosti vrati dužniku (7:105 (4) DCFR).

Hrvatsko pravo, kada je riječ o založnopravnom odnosu (za razliku od npr. uređenja fiducijarnog prijenosa prava vlasništva prema pravilima osiguranja, gdje se ova obveza vjerovnika ne predviđa), također, propisuju da je založni vjerovnik dužan, razliku koja preostane nakon što se namirio, vratiti dužniku.²²

Situacija je nešto složenija kada se promatra uređenje iz UCC-a. Najprije treba reći da se među pravilima, koja uređuju *retention of colaterall*, kao način namirenja vjerovnika iz vrijednosti predmeta osiguranja, ne pojavljuju odredbe koje uređuju pitanje *hyperoche*. Stoga je nužno posegnuti za pravilima UCC-a, koja uređuju namirenje uopće i koja se nalaze u § 9, dijelu 6. UCC-a. Među ovim pravilima nalaze se i ona koja se odnose na pitanje vraćanja *hyperoche*, kao i ona koja uređuju pitanje prava vjerovnika da se namiri iz preostale imovine dužnika, u slučaju kada se ne

20 Za razmjere rasprave o *hyperochy* i njezinu vraćanju kod komisornih namirenja općenito treba kazati da, zapravo, ovaj institut nije imanentan komisornom namirenju. Naime, imajući u vidu izvorno značenje *lex commissorie* kao ugovora o tomu da vjerovnik zadržava (stječe vlasništvo) predmeta osiguranja za iznos osigurane tražbine (s kamatama i troškovima), i u čemu upravo i leži njezina nepravichnost, kod tradicionalnog razumijevanja *lex commissorie*, nema *hyperoche*. No nova uređenja tradicionalnog komisornog uglavka, posebice u francuskom pravu, dodala su ovom uređenju neke elemente *pactum marzianum*, pa se, u francuskoj teoriji govori u biti, o komisornom namirenju kao o načinu namirenja. V. bilješku 7.

21 Ova je obveza ustanovljena i kod fiducijarnog prijenosa prava vlasništva radi osiguranja (art. 2372-4/1. CC (art. 2488-4/1. CC)) V. KORTMANN, S. C. J. J., HAYTON, D. J., FABER, N. E. D., REID, K. G. C., BIEHMANS, J. W., A., Towards an EU Directive on Protected Funds, (National Report for France), Kluwer, 2009., str. 104.

22 Čl. 336/5. ZV glasi: «Zahtijeva li založni vjerovnik namirenje iz vrijednosti zaloga, ali ne uspije u cijelosti prodajom zaloga namiriti svoju tražbinu, dužnik mu ostaje dužan razliku; naprotiv, proda li se zalog za više od vjerovnikove tražbine, višak je dužnikov».

usprije namiriti u cijelosti iz vrijednosti predmeta osiguranja. Ta su pravila ustrojena u UCC-u na tri, uvjetno rečeno, načina.

U pravilu je, vjerovnik dužan vratiti dužniku razliku, koja preostane, nakon što se namirio u cijelosti, jednako kao što mu dužnik duguje razliku do punog namirenja iz svoje preostale imovine, kada se iz vrijednosti kolaterala nije uspio namiriti u cijelosti. Međutim, u pojedinim, Zakonom predviđenim slučajevima, niti dužnik ima pravo zahtijevati vraćanje razlike, niti vjerovnik ima pravo, ako se ne namiri u cijelosti, zahtijevati namirenje iz preostale imovine dužnika. To će biti u slučajevima kada je *security interest* osnovan radi osiguranja tražbine na nekim vrstama *colateralla* (§§ 9-608 (b) i 9-615 (e) UCC), npr. kod mjenice, *chattel paper* ili *payment intangibles*). Neizravno, pitanje *hyperoche* može bit riješeno i kroz pravila o tomu ima li vjerovnik pravo na to da se, u slučaju kada se ne uspije namiriti iz vrijednosti *colateralla*, namiri iz preostale imovine dužnika. Iako je, kako je naprijed navedeno, vjerovnik ovlašten namiriti se do «punog» namirenja iz preostale imovine dužnika, zakonodavac takvo namirenje uvjetuje time da je vjerovnikovo postupanje zadovoljilo dva zahtjeva. Prema prvom, vjerovnik je prilikom namirenja dužan postupati sukladno pravilima koja su predviđena za namirenje u § 9, dijelu 6. UCC-a. Prema drugom njegovo ponašanje mora imati karakter trgovački razumnog postupanja (*commercial reasonableness*). Ako vjerovnik ne bi prilikom namirenja postupao u skladu s ovim zahtjevima, pa bi se njegovo postupanje moglo ocijeniti drugačijim, doveo bi u pitanje svoje pravo namiriti se iz preostale imovine dužnika, odnosno takvo bi ovlaštenje izostalo.²³ U takvim bi se slučajevima smatralo da se vjerovnik u cijelosti namirio iz vrijednosti *colateralla*.

4. Utvrđenje vrijednosti predmeta osiguranja

Redovito se, uz pitanje *hyperoche*, neizostavno pojavljuje još jedno pitanje. To je pitanje načina (kriterija) utvrđivanja vrijednosti predmeta osiguranja kako bi se ta vrijednost mogla staviti u korelaciju s iznosom dugovane tražbine s kamatama i troškovima.

Tako francuski zakonodavac, osim što određuje da su stranke dužne utvrditi vrijednost predmeta osiguranja i prilikom osnivanja založnopravnog osiguranja, ali i prilikom osnivanja fiducijarnog osiguranja (takva obveza ne postoji kod fiducijarnog osiguranja kako ga uređuje hrvatsko pravo ni prema stvarnopravnim pravilima, niti prema pravilima osiguranja), propisuje i da su stranke visinu vrijednosti predmeta osiguranja dužne odrediti po stručnoj osobi odgovarajuće struke kada je o konkretnom predmetu osiguranja riječ. Strankama je, samo u slučaju kada se vrijednost pokretnine može utvrditi prema cijeni na organiziranom tržištu, dopušteno da vrijednost predmeta osiguranja ne utvrđuju po stručnoj osobi (art. 2348/2. CC).

²³ Do toga može doći, npr. u slučaju ako je izostala notifikacija, v. WOOD, P. R., op. cit., 20-048.

Jednako je pravilo predviđeno i u DCFR-u. Naime, kako je već *supra* bilo riječ, prema pravilima DCFR-a, stranke su prilikom osnivanja osiguranja dužne sporazumjeti se o objektivnom kriteriju (načinu) utvrđivanja tržišne cijene predmeta osiguranja (7:105 (2) (b) DCFR). Ako tako ne postupe, vjerovnik uopće nije ovlašten namirivati se na komisoran način iz vrijednosti predmeta osiguranja. Stoga u ovom slučaju, utvrđivanje «objektivnog kriterija određivanja tržišne cijene predmeta osiguranja» ima značenje materijalne pretpostavke za mogućnost namirenja na komisoran način.

UCC među pravilima kojima je uređeno namirenje u § 9, dijelu 6., ništa ne govori o obvezi stranaka da utvrde vrijednost predmeta osiguranja, bilo prilikom osnivanja *security interest*, bilo prilikom nastupa *defaulta* dužnika, odnosno u trenutku aktiviranja vjerovnikove ovlasti na namirenje iz vrijednosti predmeta osiguranja. Pored općih zahtjeva da vjerovnik postupa na trgovački razuman način i u skladu s pravilima o namirenju iz § 9, dijela 6. UCC-a, nema ni posebnih pravila o određivanju prodajne cijene, pa postoje samo određena neizravna pravila, primjerice ono o tzv. *low price* iz §. 9-615 (f) UCC.

Riječ je o posebnom pravilu, koje u biti rješava pitanje vraćanja viška, odnosno prava vjerovnika da se do punog namirenja namiri iz preostale imovine dužnika za slučaj kada je niska (niža) cijena ostvarena, između ostalih načina, i namirenjem vjerovnika iz vrijednosti *colateral* sa *retention of colateral*, ako je cijena (*de facto* vrijednost *colateral*) utvrđena nižom (primjenom standarda trgovački razumnog postupanja) no što bi bila određena (utvrđena) da nije riječ o prisilnom namirenju, već nekom od redovno dopuštenih načina raspolaganja predmetom osiguranja.²⁴

Promatrajući navedeno rješenje iz UCC-a koje zapravo uređuje «prodajnu cijenu» *colateral* prema «tržišnom kriteriju» i uspoređujući ovaj kriterij s onim iz DCFR-a, uočljivo je da se redaktori DCFR-a bliži rješenjima iz angloameričkog negoli kontinentalnog prava. Naime, DCFR, također, govori o «tržišnoj cijeni», odnosno o objektivnom kriteriju za postizanje te cijene, što može, ali ne mora korespondirati sa «vrijednosti predmeta osiguranja», koju je potrebno utvrditi prema francuskom pravu te s dužnosti suda da u ovršnom postupku utvrdi vrijednost predmeta osiguranja (pa i pokretnine) u hrvatskom pravu. Treba, međutim upozoriti da u hrvatskom pravu, među stvarnopravnim pravilima, koja uređuju izvansudsko namirenje iz vrijednosti predmeta ručnog zalog, pored pravila da se vjerovnik može namiriti javnom prodajom ili na drugi način (ako to stranke ugovore), nema pravila koje bi govorilo išta o tomu na koji će se način utvrditi vrijednost pokretnine (ili eventualno, upotrijebiti neki drugi kriterij).

24 McCahey, J., P., *op. cit.*, str. 21.-23. McCahey, J., P., Dubitsky, J., M., *After the Default: Litigation Under UCC Article 9, Default Rights and Remedies Under UCC Article 9.*, str. 19.-20. Rad je dostupan u pdf formatu na mrežnoj stranici: hahn Hessen.com/library/Commentary.pdf. McCahey, J., P., *Commercial Reasonableness in the Disposition of Collateral: Proceed with Care*, *Commercial & Business Litigation Journal*, American Bar Association, 2002., str. 6., Smith, *ibid.*

5. Pitanje «sudbine» drugih prava na predmetu osiguranja

Francuski je zakonodavac, uređujući komisorno namirenje vjerovnika besposjedovnog založnog prava na pokretnini iz vrijednosti pokretnine, odredio da je vjerovnik, kada se namiruje na ovaj način, dužan, ako ima drugih vjerovnika, iznos koji preostane nakon namirenja njegove tražbine (s kamatama i troškovima) položiti na sud, kako bi se iz njega namirili ostali vjerovnici čije tražbine konkuriraju u namirenju iz založene pokretnine. (U ovom slučaju, tek ako od tog iznosa nešto preostane, to se vraća dužniku). Kako je prema pravilima CC-a, potrebno da založno pravo bude upisano u odgovarajući upisnik, kako bi imalo učinke *erga omnes*, to će vjerovnik, koji provodi komisorno namirenje saznanja o eventualnim vjerovnicima steći uvidom u registar u kojem se vodi ta vrsta evidencije.

Hrvatsko pravo, kada je riječ o namirenju vjerovnika ručnog zaloga izvansudskim putem, ne određuje ništa u odnosu na namirenje drugih vjerovnika ili ovlaštenika određenih prava na pokretnini. U sudskom ovršnom postupku, koji se provodi radi ostvarenja ovlasti na namirenje iz vrijednosti predmeta osiguranja, a u kojem se provodi namirenje vjerovnika registarskih založnih prava na pokretninama (kao jedan od dva moguća načina namirenja predviđen za ove vjerovnike u hrvatskom pravu, drugi je ovršna sekvestracija), postoje pravila na koji se način namiruju drugi vjerovnici i ovlaštenici u ovršnom postupku (pravila o razdiobi kupovnine i namirenju vjerovnika). Valja napomenuti da su ova pravila autonomna kada je riječ o namirenju vjerovnika u postupku ovrhe na pokretnini. Osobitost je ovih pravila, što se troškovi ovršnoga postupka ne namiruju prioritarno kao u slučaju namirenja iz vrijednosti nekretnine, već zajedno s kamatama imaju isti red namirenja kao i glavna tražbina. Utoliko je namirenje vjerovnika iz vrijednosti pokretnine u sudskom ovršnom postupku, točnije razdioba kupovnine uređena nešto drugačije, no što je to slučaj kod nekretnina. Radi toga, a prema pravilu da posebni propisi imaju prednost pred onima opće naravi, ne može se primijeniti blanketna odredba, koja za sve što nije uređeno, i općenito kada je to potrebno, predviđa primjenu pravila o ovrsi na nekretnini za ovrhu na pokretninama.²⁵

Što se tiče pravila UCC-a, kada je riječ o namirenju institutom *strict foreclosure* ili *retention of colaterall*, ona ništa ne govore o tomu da li je vjerovnik dužan i koje bi bile njegove dužnosti u pogledu ostalih vjerovnika, odnosno ovlaštenika na *colaterallu*. UCC-e, dužnost vjerovnika da se utvrdi ima li drugih vjerovnika, štoviše dužnost da ih pronade (koja je donekle ublažena institutom «*safe harbor*» koji se sastoji u tomu da se predmnijeva da je vjerovnik razumno pokušao pronaći vjerovnike, ako je poduzeo određene radnje) predviđa kod namirenja vjerovnika

²⁵ DIKA, M., Građansko ovršno pravo, I knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007., str. 518.

raspolaganjem (*disposition*) sa *colateralom*.²⁶

Niti DCFR ništa ne govori o tomu je li vjerovnik, koji se namiruje komisornim načinom, dužan voditi računa o pravima drugih vjerovnika, odnosno ovlaštenika. Jednako kao i što je to slučaj kod pravila iz UCC-a predviđa se dužnost vjerovnika da prilikom razdiobe kupovnine, iz ostvarenog viška namiri druge vjerovnike i to prema prvenstvenom redu koji imaju njihove tražbine. Ako nešto preostane to se vraća dužniku.

III. ZAKLJUČAK

U radu smo uspoređivali uređenja predviđena za ostvarenje ovlasti na namirenje založnih vjerovnika, odnosno vjerovnika *security interest* i *security rights* iz vrijednosti pokretnih stvari kao predmeta osiguranja, komisornim načinom namirenja, a prema pravilima CC-a, UCC-a, DCFR-a i, u hrvatskom pravu. Primarno je cilj bio vidjeti kakva su rješenja predviđena u hrvatskom pravu i u kakvom su odnosu u usporedbi s onima predloženima na europskoj razini.

U hrvatskom pravu, *de lege lata*, postoji mogućnost da se vjerovnik ručnog zaloga namiri komisorno iz vrijednosti pokretnine pod pretpostavkom da je, najprije ugovoren izvansudski način namirenja prilikom osnivanja založnog prava, ili kasnije, odnosno da je dužnik dopustio takvo namirenje, a potom da su stranke, nakon što je založna tražbina dospjela, a nije namirena, ugovorile komisorni način namirenja ili se poslužile institutom *datio in solutum*. Kod trgovačkih stvari (budući da naprijed navedeno vrijedi u građanskim stvarima) dovoljno je da dužnik nije, prilikom osnivanja založnog prava, izrijekom isključio mogućnost izvansudskog namirenja. Dakle, ako bi se vjerovnik mogao namirivati izvansudskim putem, mogao bi to učiniti i tako da zadrži zalog, ali pod istim pretpostavkama koje se traže za komisorno namirenje kod građanskih stvari. Vjerovnici registarskih hipoteka ne mogu se namirivati izvansudskim putem, pa bi time i mogućnost komisornog namirenja bila isključena. U našem je pravu, kada je općenito o izvansudskom namirenju založnih vjerovnika iz vrijednosti pokretnina riječ, uočljiv izostanak detaljnijih pravila, posebice onih kojima bi bilo uređeno pitanje utvrđivanja vrijednosti predmeta osiguranja, vraćanja *hyperoche* te prava drugih vjerovnika, odnosno ovlaštenika na predmetu osiguranja.

Stoga bi koristilo dopuniti postojeća rješenja, rješenjima kojima bi se predvidjela obveza stranaka da prilikom osnivanja založnog prava na pokretninama (moguće i kod registarske hipoteke, a ne samo kod ručnog zaloga) utvrde vrijednost predmeta osiguranja uz pomoć vještaka (procjenitelja) odgovarajuće struke, dužnost vjerovnika da razliku, koja mu preostane, nakon namirenja iz vrijednosti pokretnine vrati dužniku, odnosno položi na sud radi namirenja drugih vjerovnika ili ovlaštenika.

²⁶ McCahey, J., P., *Commentary on the Enforcement of Security Interests under UCC Revised Article 9*, str. 16. McCahey, J., P., Dubitsky, J., M., *After the Default: Litigation Under UCC Article 9, Default Rights and Remedies Under UCC Article 9*, str. 14. Smith, E., A., op. cit., u: Sepinuck, S., L., op. cit., str. 74. Wood, P., R., op. cit., 2007., 20-046.

U traženju rješenja kako postojeće uređenje učiniti efikasnijim u primjeni može se koristiti francusko rješenje, ali i rješenja koja predviđaju njemačko ili austrijsko pravo koja detaljnije od hrvatskog prava uređuju ova pitanja. U ovim je pravima, primjerice predviđeno izvansudsko namirenje vjerovnika iz, tzv. zajedničkog založnog prava (njemačko pravo), postoje pravila o notifikaciji namjeravane prodaje dužniku najkasnije mjesec dana prije prodaje (u austrijskom pravu dužnik se prethodno i poziva na namirenje), pravila kako se i na koji način provodi javna prodaja i sl. Rješenja iz DCFR-a u pretežitom dijelu izlaze iz tradicije kontinentalnopravnih uređenja. Konceptija, kako samih sredstava osiguranja, tako i namirenja vjerovnika osiguranja, pa i komisornog, sličnija je pravilima predviđenim u UCC-u, pa se teško oteti dojmu da je redaktore inspiriralo ovo uređenje. Stoga bi eventualna primjena ovih rješenja (u dijelovima koji nisu kompatibilni kontinentalnim uređenjima), svakako, zahtijevala povećanu pozornost.

Summary

COMMISSORY FULFILMENT OF AUTHORISATION OF CREDITORS WHOSE CLAIM IS SECURED BY PLEDGE TO COLLECT PAYMENT FROM THE VALUE OF MOVABLE PROPERTY

The author in the article compares legal solutions governing the commissory collection of payment of creditors whose payment is secured by pledge, i.e. of creditors of the security interest and security rights from the value of movables as secured things according to the French Civil Code, American Uniform Commercial Code, Draft Common Frame of Reference of a European Private Law and according to the Croatian law. To make analysis of the institute and to single out its characteristics the author raises following questions: a) is the creditor authorised to commissory settle his claim by law or is it presumed that such settlement was previously agreed by contracting parties; b) does the creditor have an obligation to return any amount left to the debtor after he settles his claim from the price achieved; c) what are criteria for the assessment of secured thing value; d) what about rights of other creditors, i.e. authorised persons in respect of the secured thing.

Key words: *law of pledge, lex commissoria, hyperocha*

Zusammenfassung

LEX COMMISSARIA AUF BEFRIEDIGUNG DER GLÄUBIGER DURCH VERWERTUNG BEWEGLICHER GEGENSTÄNDE

In der vorliegenden Arbeit vergleicht die Autorin die Gesetzesregelung von kommissorischen Befriedigung der Gläubiger, bzw. der *Security Interest* und *Security Rights* Gläubiger durch Verwertung beweglicher Gegenstände als Sicherheitsgegenstand in den Bestimmungen des CC, UCC, DCFR und des kroatischen Rechts. Die Merkmale dieses Rechtsinstituts werden an Hand folgender Fragen analysiert: a) Hat der Gläubiger Anspruch auf *lex commissoria* auf Grund des Gesetzes oder ist die Voraussetzung dafür vorherige Vereinbarung der Parteien, b) muss der Gläubiger nach der Befriedigung den Rest dem Schuldner zurück geben, c) auf welche Weise wird der Wert des Sicherheitsgegenstands festgestellt, und welche sind die dafür vorgesehenen Kriterien, und d) was passiert mit den Rechten anderer Gläubiger, bzw. der Sicherheitsgegenstandsberechtigte.

Schlüsselwörter: *Pfandrecht, lex commissoria, hyperocha*

NEPOSREDNO RJEŠAVANJE PREMA NOVOM ZAKONU O OPĆEM UPRAVNOM POSTUPKU

Dr. sc. Marko Šikić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 35.077.3 (497.5)(094.5)
Ur.: 23. prosinca 2009.
Pr.: 3. ožujka 2010.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira uređenje instituta neposrednog rješavanja u novom Zakonu o općem upravnom postupku. Tako se, najprije, u uvodnom dijelu upozorava na važnost koje uređenje neposrednog rješavanja ima za vođenje učinkovitih i ekonomičnih upravnih postupaka. U središnjem dijelu rada institut se detaljnije analizira, pri čemu se osobita pozornost poklanja usporedbi instituta neposrednog rješavanja s institutom skraćenog postupka. U zaključku rada ukratko se iznose u radu istaknuti temeljni problemi i teze, te se naglašava dužnost službenih osoba da i prilikom neposrednog rješavanja štite prava stranaka.

Ključne riječi: *neposredno rješavanje, upravni postupak, novi Zakon o općem upravnom postupku*

1. Uvod

Zadaća je modernih upravnih postupaka¹ osigurati rješavanje u upravnim stvarima na brz i jednostavan način te uz što je moguće manje troškove.² Dakako, prilikom ostvarivanja navedene zadaće tijela javne uprave moraju paziti da ne povrijede i neke druge temeljne ciljeve upravnih postupaka. Zbog toga se u postupcima teži utvrđivanju materijalne istine i potpunom utvrđivanju svih činjenica i okolnosti bitnih za zakonito i pravilno rješavanje upravne stvari,³ pri čemu se strankama jamči zaštita njihovih prava,⁴ osigurava potrebna pomoć te im se daje pravo na pravni lijek.⁵

Vidljivo je, prema tomu, kako tijela javne uprave moraju rješavajući upravne stvari postići i uskladiti postupovne težnje koje su često potpuno oprečne - poput težnje za ekonomičnošću postupka i težnje za utvrđivanjem materijalne istine. Također, nužno je istaknuti kako tijela javne uprave moraju postupke okončati u zakonski utvrđenim rokovima⁶, pa je postizanje svih naznačenih ciljeva time dodatno otežano.

No, potrebno je naglasiti i činjenicu kako se upravne stvari mogu prilično razlikovati po složenosti. Također, „upoznatost“ tijela javne uprave s činjeničnim stanjem u pojedinim upravnim stvarima, bez obzira na njihovu složenost, može već u samom početku postupka prilično varirati. Nadalje, bitno je naglasiti kako ponekad tijela javne uprave moraju djelovati iznimno brzo kako bi se zaštitili ljudski životi, zdravlje i imovina te da se u takvim situacijama nužno narušavaju neka temeljna načela upravnih postupaka. Konačno, nužno je istaknuti i činjenicu da se upravni

1 Hrvatsko pravo „dočekalo“ je novi tekst Zakona o općem upravnom postupku (NN 47/09 – u nastavku rada: Novi ZUP), nakon više od pola stoljeća važenja, u koncepciji i važnijim postupovnim odredbama, gotovo nepromijenjenog zakonskog teksta kojim se uređivao upravni postupak. Naime, Zakon o općem upravnom postupku donesen je još u FNRJ 1956. (Sl. list FNRJ br. 52 od 19. prosinca 1956.) kao tzv. savezni zakon. Navedeni je zakon u socijalističkoj Jugoslaviji mijenjan i dopunjavao nekoliko puta, a Republika Hrvatska ga je preuzela, u „verziji“ iz pročišćenog teksta zakona iz 1986. (Sl. list SFRJ br. 47 od 15. kolovoza 1986.) u vlastiti pravni sustav 1991. V. o navedenom više u: Medvedović, Dragan, *Zakon o općem upravnom postupku, Zakon o upravnim sporovima – autorski pročišćeni tekstovi, bilješke, stvarna kazala*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. XI-XIV. Tekst Zakona o općem upravnom postupku (NN 53/91 i 103/96 - u nastavku rada: ZUP)) u Republici Hrvatskoj važiti će do 1. siječnja 2010. kada stupa na snagu Novi ZUP. O procesu nastanka i izrade Novog ZUP-a v. Medvedović, Dragan, *Geneza novog Zakona o općem upravnom postupku* u: Novi Zakon o općem upravnom postupku, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 19.-74. S obzirom na značaj koji je ZUP imao za hrvatsko pravo u nastavku rada često ćemo uspoređivati odredbe ZUP-a i Novoga ZUP-a.

2 V. čl. 10. Novog ZUP-a pod naslovom „Načelo učinkovitosti i ekonomičnosti“.

3 V. čl. 8. Novog ZUP-a pod naslovom „Načelo utvrđivanja materijalne istine“.

4 **V. čl. 6. Novog ZUP-a pod naslovom „Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa“.**

5 V. čl. 7. Novog ZUP-a pod naslovom „Načelo pomoći stranci“ i čl. 12. Novog ZUP-a pod naslovom „Pravo stranke na pravni lijek“.

6 V. čl. 101. st. 1. i 2. Novog ZUP-a.

postupci mogu voditi i po službenoj dužnosti i po zahtjevu stranke⁷, te da mogu završavati donošenjem rješenja kojima se građanima nameću obveze ili im se dodjeljuju određena prava.

Navedene okolnosti ukazuju i na nužnost zakonskog prepoznavanja i razlikovanja upravnih postupaka po nekim njihovim osobinama, odnosno prepoznavanja situacija u kojima je primarna brzina i izbjegavanje formalnih složenih postupaka. Institutom neposrednog rješavanja u Novom ZUP-u vrši se upravo jedno takvo razlikovanje te se na taj način pokušava osigurati optimalan odnos između potrebe za utvrđivanjem materijalne istine i ekonomičnosti upravnog postupka.⁸

2. Uređenje neposrednog rješavanja u Novom ZUP-uR

Institut neposrednog rješavanja uređen je čl. 48., 49. i 50. smještenima u glavu II. Novoga ZUP-a pod naslovom: „Postupak rješavanja upravne stvari“.

Člankom 48. Novog ZUP-a, tako se, najprije, određuje mogućnost neposrednog rješavanja upravne stvari samo u slučajevima propisanim zakonom i ako u postupku ne sudjeluju stranke s protivnim interesima.⁹ Člankom 49. Novog ZUP-a, nadalje, se

7 V. čl. 40. – 42. Novog ZUP-a.

8 ZUP je materiju neposrednog rješavanja uređivao pod nazivom **skraćeni postupak**. S obzirom na **veliku sličnost uređenja navedenih instituta u radu ćemo se često osvrnuti i na teoretska razmišljanja o skraćenom postupku**:

“Budući da velik broj upravnih stvari po svojoj prirodi ne traži provedbu složenog postupka, a da je u njihovom rješavanju primarna brzina, s jedne strane zbog ostvarivanja prava ili zaštite prava stranke, a s druge strane zaštite javnog interesa te poštujući načela efikasnosti i ekonomičnosti postupka upravni se postupak može provesti i kao tzv. skraćeni postupak.” Medvedović, Dragan, *Pravci modernizacije općeg upravnog postupka, Ključna pitanja pri izradi novog Zakona o općem upravnom postupku*, Informator, 5500(2006), str. 11.

„Za rješavanje u skraćenom postupku nije bitno o kakvoj se upravnoj stvari radi. U tom postupku mogu se rješavati upravne stvari i manjeg i većeg značaja, po službenoj dužnosti i na zahtjev stranke itd., jer skraćeni postupak nije postupak manjeg značaja. To je samo racionalnije rješavanje upravne stvari kad je to prema odredbama ovog članka moguće.“ Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 246.

Isticanje činjenice da je istovrsne upravne stvari moguće riješiti i po skraćenom i posebnom ispitnom postupku ovisno o tomu je li činjenično stanje utvrđeno i nesporno ili neutvrđeno i sporno, v. u: Androjna, Vilko, *Upravni postopek in upravni spor*, Uradni list RS, Ljubljana, 1992., str. 141.

9 „Službena osoba u javnopravnom tijelu može riješiti upravnu stvar bez provedbe ispitnog postupka u slučajevima propisanim zakonom, ako u postupku ne sudjeluju stranke s protivnim interesima (neposredno rješavanje).“ (čl. 48. novog ZUP-a pod naslovom: „Neposredno rješavanje“).

uređuje neposredno rješavanje u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti¹⁰, dok se, na posljetku, čl. 50. normira neposredno rješavanje u postupku pokrenutom na zahtjev stranke¹¹.

Usporedimo li uređenje neposrednog rješavanja u Novom ZUP-u s uređenjem instituta skraćenog postupka u ZUP-u¹² moguće je uočiti nekoliko značajnih razlika.

Tako je vidljivo kako je Novi ZUP izrijeком istaknuo kako neposredno rješavanje nije moguće u kontradiktornim upravnim stvarima.¹³ Dok ZUP to izrijeком nije činio nego je nemogućnost vođenja skraćenog postupka u ovoj situaciji proizlazila iz čl. 149. st. 1., koji je određivao obvezno održavanje usmene rasprave u upravnim stvarima, u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima.¹⁴

Nadalje, vidljivo je, kako je zakonodavac u Novom ZUP-u pomalo nezgrapni, nepregledni i preveliki čl. 141. ZUP-a, kojim se normirao skraćeni postupak, zapravo „razbio“ na čl. 49. i 50. Tako je učinio preglednijim razliku između neposrednog rješavanja u postupcima pokrenutim po službenoj dužnosti od neposrednog rješavanja

10 “Službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar u postupku koji je pokrenut po službenoj dužnosti:

1. ako se pravo stanje stvari može utvrditi na temelju službenih podataka kojima raspolažu javnopravna tijela, a nije potrebno posebno izjašnjenje stranke radi zaštite njezinih prava ili pravnih interesa,

2. ako je to nužno za poduzimanje hitnih mjera radi zaštite života i zdravlja ljudi ili imovine veće vrijednosti koje se ne mogu odgađati, ako je to u javnom interesu, a činjenice na kojima se rješenje temelji su utvrđene ili barem učinjene vjerojatnima.“ (čl. 49. novog ZUP-a pod naslovom: „Neposredno rješavanje u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti“).

11 “Službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar u postupku koji je pokrenut na zahtjev stranke:

1. kad je stranka u svom zahtjevu navela sve činjenice ili podnijela potrebne dokaze na temelju kojih se može utvrditi pravo stanje stvari ili ako se to stanje može utvrditi na temelju općepoznatih činjenica ili službenih podataka kojima raspolaže javnopravno tijelo.

2. kad je propisano da se stvar može riješiti na temelju činjenica ili okolnosti koje nisu potpuno dokazane, ili se dokazima samo posredno utvrđuju pa su činjenice ili okolnosti učinjene vjerojatnima, a iz svih okolnosti slučaja proizlazi da se zahtjevu stranke može udovoljiti.” (čl. 50. Novog ZUP-a pod naslovom: “Neposredno rješavanje u postupku pokrenutom na zahtjev stranke”).

12 “(1) Organ može po skraćenom postupku riješiti stvar neposredno:

1) ako je stranka u svojem zahtjevu navela činjenice ili podnijela dokaze na podlozi kojih se može utvrditi stanje stvari, ili ako se to stanje može utvrditi na podlozi općepoznatih činjenica ili činjenica koje su organu poznate;

2) ako se stanje stvari može utvrditi na podlozi službenih podataka kojima organ raspolaže, a nije potrebno posebno saslušanje stranke radi zaštite njezinih prava odnosno pravnih interesa;

3) u slučaju kad je propisom predviđeno da se stvar može riješiti na podlozi činjenica ili okolnosti koje nisu potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju, pa su činjenice ili okolnosti učinjene vjerojatnima, a iz svih okolnosti proizlazi da se zahtjevu stranke ima udovoljiti;

4) kad se radi o poduzimanju u javnom interesu hitnih mjera koje se ne mogu odgađati, a činjenice na kojima rješenje treba da bude utemeljeno utvrđene su ili barem učinjene vjerojatnima.

(2) Rješenje iz toč. 1) i 2) stavka (1) ovog članka mogu se izrađivati elektroničkim računalima.“ (čl. 141. ZUP-a pod naslovom: „Skraćeni postupak“).

13 V. naznačeni čl. 48. O kontradiktornim upravnim stvarima v. u: Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 420.

14 I Novi ZUP u čl. 54. određuje obveznost vođenja usmene rasprave u ovoj situaciji.

u postupcima pokrenutim na zahtjev stranke.

Od iznimne je važnosti za istaknuti kako je hrvatski zakonodavac postupak neposrednog rješavanja želio urediti kao opće pravilo za rješavanje upravnih stvari. Navedena je namjera, naime, istaknuta u obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona o općem upravnom postupku,¹⁵ a zakonodavac nije naknadno intervenirao u odredbe o neposrednom rješavanju. Uvođenjem neposrednog rješavanja kao pravila Novi ZUP je zapravo želio reagirati na činjenicu da je vođenje ovakve vrste postupaka praksa u velikom broju upravnih oblasti te je, u hrvatskom pravu dominantno.¹⁶

Međutim, upitno je, je li iz teksta Novog ZUP-a moguće razabrati opisanu zakonodavčevu nakanu.

Zakonodavac je u čl. 51. Novog ZUP-a istaknuo da se ispitni postupak provodi „kad je to nužno radi utvrđivanja činjenica i okolnosti koje su bitne za razjašnjenje pravog stanja stvari, kad u postupku sudjeluju dvije stranke ili više njih s protivnim interesima te radi omogućivanja strankama ostvarivanja i zaštite njihovih prava i pravnih interesa“. Mišljenja smo kako je zakonodavčeva želja za utvrđivanjem neposrednog rješavanja kao općeg pravila vidljiva iz isticanja da se ispitni postupak provodi samo kada je to nužno.¹⁷

No, smatramo kako isključivo na temelju propisivanja vođenja ispitnog postupka, kada je to nužno, nije moguće zaključiti da je takav postupak zaista podređan neposrednom rješavanju. Držimo, naime kako se odgovor na pitanje o odnosu neposrednog rješavanja i ispitnog postupka treba promotriti i s obzirom na neke druge bitne okolnosti.

Tako smo mišljenja kako, iako odredbe o neposrednom rješavanju u glavi II. Novog ZUP-a prethode¹⁸ odredbama o vođenju ispitnog postupka,¹⁹ održavanju

15 “Ispitni se postupak predviđa kod rješavanja upravnih stvari, kao druga, no u praksu rjeđa mogućnost (nužnost utvrđivanja činjenica i okolnosti za razjašnjenje pravog stanja stvari; stranke sa suprotnim interesom u postupku te drugi razlozi).” Konačni prijedlog Zakona o općem upravnom postupku s obrazloženjem v. na www.sabor.hr/Default.aspx?art=26832.

16 U Republici Hrvatskoj više od 70 posebnih zakona propisuje i posebne upravne postupke. Vrlo opsežan popis takvih posebnih zakona v. u: Ljubanović, Boris, *Posebni upravni postupci u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska javna uprava, 3(2006), str. 20.-22. Mogućnost vođenja skraćenih postupaka (odnosno neposrednog rješavanja prema terminologiji Novog ZUP-a) izravno propisuju neki od posebnih zakona. V., tako, npr. čl. 77. i 167. Općeg poreznog zakona (NN 147/08), čl. 56. Zakona o azilu (NN 79/07), čl. 77 Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (NN 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08 i 36/09) i čl. 122. st. 4. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (NN 174/04, 92/05, 107/07, 65/09 i 137/09).

17 Čl. 142. ZUP-a propisivao je da se ispitni postupak provodi „kad je to potrebno radi utvrđivanja činjenica i okolnosti ...“, dakle nije određivao da se postupak provodi samo kad je to nužno.

18 O preglednosti zakonskog teksta koja se postiže sistematiziranjem od širih pojmova k užim, odnosno stavljanjem ranije u tekstu odredbi koje imaju veće značenje, tj. stavljanjem načela ispred iznimki v. u: Vuković, Mihajlo, Vuković, Đuro, *Znanost o izradi pravnih propisa: (nomotehnika)*, Informator, Zagreb, 1997., str. 120. i 121.

19 V. čl. 51. – 53. Novog ZUP-a.

usmene rasprave²⁰, rješavanju prethodnog pitanja²¹ te mogućnosti sklapanja nagodbe²², sama ta činjenica nije dostatna za zaključak da je neposredno rješavanje pravilo, a ispitni postupak izuzetak. Ističemo, tako, kako je i u ZUP-u odredba o skraćenom postupku prethodila odredbama o vođenju ispitnog postupka²³, ali se bez obzira na tu okolnost mogućnost vođenja skraćenog postupka isticala kao strogi izuzetak od pravila vođenja ispitnog postupka.²⁴

Također, mišljenja smo kako se iz zakonske dikcije iz čl. 49. i 50. Novog ZUP-a „službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar“ te, nakon toga, taksativnim nabranjem posebnih slučajeva u kojima je neposredno rješavanje moguće, također ne može zaključiti da je neposredno rješavanje pravilo. Upravo suprotno, mišljenja smo kako se na ovakav način samo učinio izuzetak od općeg pravila provođenja ispitnog postupka u svim ostalim situacijama.²⁵

2.1. Neposredno rješavanje u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti

Prva, u čl. 49. t. 1. Novog ZUP-a, navedena situacija u kojoj je moguće neposredno riješiti upravnu stvar je ona kada se pravo stanje stvari može utvrditi na temelju službenih podataka kojima raspolažu tijela javne uprave, a nije potrebno posebno izjašnjenje stranke radi zaštite njezinih prava ili pravnih interesa.

Za neposredno rješavanje u ovoj situaciji, dakle nužno je da se činjenično stanje može utvrditi na temelju podataka koji imaju službeni karakter. Odnosno podataka koji moraju biti izdani u sklopu pravnom normom povjerenih poslova vođenja

20 V. čl. 54. Novog ZUP-a.

21 V. čl. 55. i 56. Novog ZUP-a.

22 V. čl. 57. Novog ZUP-a.

23 V. čl. 142. i 143. ZUP-a.

24 „Ali provođenje skraćenog postupka može ići na štetu materijalne istine, pa ono nije pravilo u upravnom postupku, već izuzetak koji je zakonom precizno uređen.“ Borković, op. cit. (bilj. 13), str. 442. „Budući da je skraćeni postupak iznimka od pravila, nije dopustiva ekstenzivna interpretacija postojanja potrebnih pretpostavki za provedbu skraćenog postupka. U dvojbi je li dopušten skraćeni postupak i odstupanje od načela materijalne istine ili načela saslušanja stranke treba se odlučiti za poštovanje tih načela i provesti posebni ispitni postupak u kojem će se ići za utvrđivanjem materijalne istine i omogućivanje stranci da bude saslušana te tako pridonese boljem utvrđivanju činjeničnog stanja i da štiti svoja prava i pravne interese. Načelo efikasnosti i načelo ekonomičnosti postupka sekundarna su načela u odnosu prema načelu materijalne istine i načelu saslušanja stranke.“ Medvedović, Dragan, *Aktualna pitanja primjene Zakona o općem upravnom postupku*, Godišnjak, 11(2004), str. 282.

Isticanje vođenja skraćenog postupka kao izuzetka v. i u: Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983., str. 402. i 403.

25 I ZUP je u čl. 141. na gotovo identičan način određivao mogućnost vođenja skraćenog postupka. Isticanje činjenice da se u čl. 141. ZUP-a ne radi o diskrecijskoj ocjeni, već samo o taksativnom nabranju slučajeva u kojima je skraćeni postupak moguć v. u Ivančević. Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 205. O metodi taksativnog normiranja v. Vuković i dr., op. cit. (bilj. 18), str. 14. i Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu i Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku, Split, 1996., str. 79.

određenih evidencija: matica, knjiga, registara i sl.

Druga je pretpostavka za neposredno rješavanje u ovoj situaciji da službena osoba ocijeni da nije potrebno posebno izjašnjenje²⁶ stranke radi zaštite njezinih prava ili pravnih interesa. S obzirom na to da pogrešno shvaćena primjena čl. 49. t. 1. može dovesti do ozbiljnih narušavanja prava građana, nužno je istaknuti kako se prilikom razmatranja potrebnosti izjašnjenja stranke radi zaštite njezinih prava ili pravnih interesa ne radi o diskrecijskoj ocjeni službene osobe, pa je, ako službena osoba ocijeni da takvo izjašnjenje nije potrebno, moguća i upravno-sudska zaštita.²⁷ Bitno je napomenuti kako će izjašnjenje stranke, tj. vođenje ispitnog postupka uvijek biti potrebno kada joj se nameću neke obveze.²⁸

U čl. 49. t. 2. predviđena je druga situacija u kojoj je moguće neposredno riješiti stvar u postupcima pokrenutim po službenoj dužnosti. Radi se o situacijama nužnosti poduzimanja hitnih mjera radi zaštite života i zdravlja ljudi ili imovine veće vrijednosti. Hitne mjere moraju se poduzimati u javnom interesu i moraju biti neodgodive, a činjenice na kojima se rješenje temelji moraju biti utvrđene ili barem učinjene vjerojatnim.

U upravno-pravnoj teoriji upozorava se kako je navedeni slučaj neposrednog rješavanja pravno najosjetljiviji. Kod poduzimanja hitnih mjera, naime stranke uopće nisu u mogućnosti sudjelovati u utvrđivanju činjeničnog stanja, a ocjenu o tomu što je javni interes i zahtijeva li on u konkretnom slučaju poduzimanje hitnih mjera donosi isključivo službena osoba koja provodi postupak.²⁹ Zbog toga se ističe kako bi zbog zaštite pravne sigurnosti i zaštite prava stranaka bilo od velike važnosti, u pojedinim materijalnopравnim propisima koji uređuju pojedine upravne oblasti, odrediti sadržaj i opseg javnog interesa zbog kojeg se može rješavati u skraćenom postupku te poduzimati hitne mjere. Nažalost, navodi se dalje, u zakonima kojima se uređuje materija unutarnjih poslova, zdravstva, vatrogastva, prostornog uređenja i sl. da takav se sadržaj i opseg ne utvrđuju.³⁰

Neposredno rješavanje prilikom poduzimanja hitnih mjera može dovesti i do donošenja usmenog rješenja³¹ kao i do hitnog izvršenja rješenja (provođenja izvršenja

26 Čl. 141. t. 2. ZUP-a govorio je o saslušanju stranke, a ne o njenom izjašnjenju. S obzirom na ovo okolnost želimo upozoriti i na vrlo važnu činjenicu da Novi ZUP saslušanje stranke nije ni predvidio u svojim temeljnim odredbama. Mišljenja smo kako se na taj način ozbiljno narušila postupovna pozicija stranke kao i neka druga načela ZUP-a.

27 V. o navedenom i u: Popović, Slavoljub, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987., str. 341.

28 Čl. 30. st. 2. ZUP-a određuje: „(2) Bez prethodnog izjašnjavanja stranke postupak se može provesti samo ako se usvaja zahtjev stranke ili ako odluka u postupku nema negativan učinak na pravne interese stranke ili kad je tako propisano zakonom.“

Shvaćanje da je prilikom donošenja rješenja koje nije povoljno za stranku u opisanoj situaciji potrebno provesti ispitni postupak v. i u: Medvedović, op. cit. (bilj. 24), str. 282.

29 V. o navedenom više u *ibid.*, str. 283.

30 V. *ibid.*

31 V. čl. 97. st. 2. Novog ZUP-a.

bez donošenja posebnog rješenja o izvršenju).³²

2.2. Neposredno rješavanje u postupku pokrenutom na zahtjev stranke

Članak 50. t. 1. Novog ZUP-a predviđa, najprije, mogućnost neposrednog rješavanja u situacijama kada se pravo stanje stvari može utvrditi na temelju činjenica ili dokaza koje je stranka navela u svom zahtjevu. Ovdje se, dakle materijalna istina može utvrditi već iz zahtjeva stranke te bi vođenje posebnog ispitnog postupka bilo nepotrebno i neracionalno. Međutim, ako službena osoba pravo stanje stvari ne može utvrditi na temelju zahtjeva stranke dužna je provesti ispitni postupak.³³ Mišljenja smo, također, kako se i prilikom neposrednog rješavanja na temelju činjenica i dokaza iz zahtjeva stranka trebaju donositi samo pozitivna rješenja. Dok bi se u slučaju potrebe donošenja rješenja kojima se zahtjevi odbijaju strankama morala pružiti mogućnost da svoja prava zaštite u ispitnom postupku.

Nadalje, čl. 50. t. 1. određuje i da je neposredno rješavanje moguće i onda kada se pravo stanje stvari može utvrditi na temelju općepoznatih činjenica. Novi ZUP određuje u čl. 58. st. 2.³⁴ koje se činjenice smatraju općepoznatima (notornima) te ih ne treba dokazivati. Stoga je logično i opravdano u ovakvim slučajevima upravne stvari rješavati neposredno.

Članak 50. t. 1. određuje kako je i u postupcima pokrenutima na zahtjev stranke, upravne stvari moguće neposredno riješiti i ako se pravo stanje stvari može utvrditi iz službenih podataka. Smatramo kako bi se i u ovim situacijama mogla donositi samo pozitivna rješenja, dok bi se u suprotnom strankama trebalo omogućiti da svoja prava i pravne interese zaštite u posebnom ispitnom postupku.³⁵

Konačno, čl. 50. st. 2. određuje kako se upravna stvar u postupcima pokrenutim na zahtjev stranke može riješiti i na temelju činjenica ili okolnosti koje nisu potpuno dokazane ili se dokazima samo posredno utvrđuju. Takva se mogućnost mora izričito predvidjeti posebnim propisom, a činjenice ili okolnosti moraju biti učinjene barem vjerojatnima. Ovakvo odstupanje od načela utvrđivanja materijalne istine moguće je samo ako se zahtjevu stranke može udovoljiti.

2.3. Pravna zaštita od šutnje uprave u slučajevima neposrednog rješavanja

Službene su osobe u tijelima javne uprave u postupcima neposrednog rješavanja dužne donijeti rješenja, te ga dostaviti stranci, bez odgode, a najkasnije u roku od 30

32 V. čl. 149. Novog ZUP-a.

33 V. Popović, *op. cit.* (bilj. 27), str. 340.

34 “(2) Nije potrebno dokazivati činjenice o kojima javnopravna tijela vode službenu evidenciju, općepoznate činjenice, činjenice koje su poznate službenoj osobi ni činjenice koje propis pretpostavlja, ali je dopušteno dokazivati nepostojanje tih činjenica.” (čl. 58. st. 2. Novog ZUP-a).

35 Isto stajalište v. i u: Medvedović, *op. cit.* (bilj. 24), str. 282.

dana od dana podnošenja urednog zahtjeva.³⁶

Ako službena osoba ne donese rješenje u propisanom roku stranka ima pravo izjaviti žalbu, odnosno, u slučaju da je rješenje trebalo donijeti tijelo javne uprave posljednjeg stupnja, pokrenuti upravni spor.³⁷

Novi ZUP u situacijama neposrednog rješavanja predvidio je i mogućnost primjene, tzv. pozitivne fikcije. Naime, prema čl. 102. st. 1. Novog ZUP-a³⁸ smatrat će se da je zatjev stranke usvojen ako tijelo javne uprave u propisanom roku ne donese rješenje. No, ovakva mogućnost mora biti propisana posebnim zakonom (nije, dakle riječ, o općem pravilu) i vezana je isključivo uz uredne zahtjeve stranaka.³⁹

2.4. Postupanje povodom žalbe protiv rješenja donesenih u postupcima neposrednog rješavanja

Prvostupanjsko tijelo javne uprave može počinuti pogrešku kada neposredno riješi upravne stvari u kojima je trebalo provesti ispitni postupak. Prilikom neposrednog rješavanja može počinuti i neke druge procesne ili materijalno-pravne pogreške. Potrebno je, stoga promotriti kako je Novi ZUP uredio postupke povodom žalbi protiv rješenja donesenima u postupcima neposrednog rješavanja.

Vidljivo je, kako je već u uređenju postupanja povodom žalbe prvostupanjskog tijela Novi ZUP uzeo u obzir posebnost problematike neposrednog rješavanja. Naime, čl. 113. st. 3.⁴⁰ obvezuje prvostupanjsko tijelo na provođenje ispitnog postupka ako stranka u žalbi zahtijeva da joj se omogući izjašnjavaње o činjenicama i okolnostima

36 V. čl. 101. st. 1. Novog ZUP-a.

37 „(3) Ako službena osoba u propisanom roku ne donese rješenje i dostavi ga stranci, stranka ima pravo izjaviti žalbu, odnosno pokrenuti upravni spor.“ (st. 3. čl. 101. Novog ZUP-a).

Novi je ZUP u opći upravni postupak uveo sustav pravne zaštite od šutnje uprave koji samoj šutnji ne pridaje nikakvo značenje nego je samo smatra procesnom pretpostavkom za žalbu odnosno pokretanje upravno-sudske zaštite. Time je zamijenjen raniji sustav tzv. negativne fikcije. O pravnoj zaštiti od šutnje uprave u Novom ZUP-u v. Šikić, Marko, *Pravna zaštita od šutnje uprave prema Novom Zakonu o općem upravnom postupku*, Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj, urednici: Ivan Koprić i Vedran Đulabić, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2009., str. 191. – 213.

38 „(1) Kad je to propisano zakonom, smatrat će se da je zahtjev stranke usvojen ako javnopravno tijelo, u postupku pokrenutom na uredan zahtjev stranke u kojem je ovlašteno neposredno riješiti upravnu stvar, ne donese rješenje u propisanom roku.

(2) Stranka ima pravo tražiti da javnopravno tijelo donese rješenje kojim se utvrđuje da je zahtjev stranke usvojen. Javnopravno tijelo dužno je izdati takvo rješenje u roku osam dana od dana traženja stranke.“ (čl. 102. Novog ZUP-a pod naslovom „Predmnjeva usvajanja zahtjeva stranke“).

39 Više o navedenom v. u Šikić, op. cit. (bilj. 37), str. 201. i 202. O sustavima pravne zaštite od šutnje uprave v. opširnije u: Šikić, Marko, *Primjena pravnih fikcija u institutu zaštite građana od šutnje uprave*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1(2008), str. 149.-173.

40 „(3) Kad je rješenje doneseno u postupku neposrednog rješavanja, a stranka u žalbi zahtijeva da joj se omogući izjašnjavaње o činjenicama i okolnostima koje su važne za rješavanje stvari ili da se provede ispitni postupak, prvostupanjsko tijelo dužno je postupiti po zahtjevu stranke.“ (čl. 113. st. 2. Novog ZUP-a).

koje su bitne za rješavanje stvari ili zahtijeva da se provode ispitni postupak. Dakle, naglašavam, prvostupanjsko tijelo u ovakvim je situacijama dužno provesti postupak.⁴¹

S obzirom na mogućnost (nažalost, čestu u praksi) da prvostupanjsko tijelo povrijedi opisanu dužnost potrebno je istaknuti kako je Novim ZUP-om generalno proširena dužnost drugostupanjskog tijela da samo riješi upravnu stvar postupajući po žalbama stranaka.⁴² Ističemo, tako, kako je drugostupanjsko tijelo dužno poništiti prvostupanjsko rješenje i samo riješiti stvar ako se u prvostupanjskom postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari (upravna je stvar neposredno riješena, a trebalo je provesti ispitni postupak). Također, drugostupanjsko tijelo mora samo riješiti upravnu stvar i ako su u prvostupanjskom postupku činjenice nepotpuno ili pogrešno utvrđene, te ako je pogrešno primijenjeno materijalno pravo.⁴³

3. Zaključak

Promotri li se Novi ZUP kao cjelina moguće je zaključiti kako je u većem broju slučajeva primarna zakonodavčeva nakana bila ubrzati postupke i lišiti ih pretjeranih formalizama. No, nažalost, u određenim situacijama takva je zakonodavčeva namjera dovela do slabljenja položaja samih građana - stranka u upravnim postupcima.

Institutu neposrednog rješavanja temeljna je zadaća ubrzati postupke. Upravo zbog mogućnosti da se u navedenim postupcima povrijede prava stranaka u radu smo istaknuli nekoliko bitnih okolnosti na koja tijela javne uprave moraju obratiti pozornost prilikom neposrednog rješavanja. Smatramo nužnim, još jednom istaknuti zaključke koje smatramo najvažnijima.

Ističemo, kako smo mišljenja da postupke neposrednog rješavanja prema

41 V. više o navedenom u: Medvedović, op. cit. (bilj. 24), str. 284. i 285.

42 St. 1. i 2. čl. 118. pod naslovom „Poništavanje rješenja“, tako, glase:

„(1) Drugostupanjsko tijelo poništiti će rješenje i samo riješiti stvar ako utvrdi:

1. da su u prvostupanjskom postupku činjenice nepotpuno ili pogrešno utvrđene,

2. da se u postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari,

3. da je izreka pobijanog rješenja nejasna ili je u proturječnosti s obrazloženjem.

4. da je pogrešno primijenjen pravni propis na temelju kojega se rješava stvar.

(2) Kad je za donošenje novoga rješenja, s obzirom na prirodu upravne stvari, nužno neposredno rješavanje prvostupanjskog tijela, a drugostupanjsko tijelo utvrdi da rješenje treba poništiti, dostavit će predmet na ponovno rješavanje prvostupanjskom tijelu.“

Smatramo kako st. 2. čl. 118. pod izrazom „neposredno rješavanje“ zakonodavac nije mislio na institut neposrednog rješavanja, već samo na nužnost da prvostupanjsko tijelo samo provede postupak i donese rješenje.

43 O problematici više v. u: Medvedović, op. cit. (bilj. 24), str. 285. i 286. Autor upozorava kako je u hrvatskom pravu moguća situaciji da se stranci tijekom cijelog upravnog i upravno-sudskog postupka nikada ne omogući na usmenom ročištu očitovati se o predmetu. Nadamo se kako će nakon izmjena učinjenih u Novom ZUP-u, kao i nakon predstojećih reformama upravno-sudskog postupka ovakva negativna pojava biti spriječena.

odredbama Novoga ZUP-a ne treba promatrati kao opće pravilo za rješavanje upravnih stvari, već da, i dalje, primat treba dati vođenjima ispitnog postupka. Također, naglašavamo kako, i u situacijama kada su ispunjene pretpostavke za neposredno rješavanje, službene osobe u tijelima javne uprave, sukladno čl. 30. Novog ZUP-a, moraju strankama omogućiti izjašnjavanje o svim činjenicama, okolnostima i pravnim pitanjima bitnim za rješavanje stvari svaki put kada se za to pokaže potreba.

Summary

DIRECT RULING ACCORDING TO THE NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE

The article presents an analysis of legal regulations governing the institute of direct ruling in the new Law on General Administrative Procedure. Therefore, in his introductory remarks the author, first of all, stresses the direct ruling relevance in regard to the conduct of effective and economic administrative proceedings. In the central part of the article, the author scrutinises the institute in detail and with a special attention compares it with the institute of summary proceeding. In concluding remarks the author briefly presents abovementioned basic issues and thesis and emphasises official persons' duties to equally protect rights of the parties while directly rendering decisions on administrative issues.

Key words: *direct ruling, administrative procedure, new Law on General Administrative Procedure.*

Zusammenfassung

UNMITTELBARE REGELUNG NACH DEM NEUEN GESETZ ÜBER DAS ALLGEMEINE VERWALTUNGSVERFAHREN

In dieser Arbeit wird das Rechtsinstitut der unmittelbaren Regelung im neuen Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren analysiert. In der Einführung wird auf die Bedeutung der Lösung von unmittelbarer Regelung hingewiesen, insbesondere in Bezug auf die Führung effizienter und ökonomischer Verwaltungsverfahren. Weiterhin wird dieses Rechtsinstitut detailliert analysiert, wobei das Institut der unmittelbaren Regelung mit dem Institut des beschleunigten Verfahrens verglichen wird. Zum Schluss werden die Grundprobleme und Hauptthesen vorgelegt, und die Pflicht der Amtsträger, auch im Laufe unmittelbarer Regelung das Recht der Parteien zu schützen, hervorgehoben.

Schlüsselwörter: *unmittelbare Regelung, Verwaltungsverfahren, neues Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren*

POVREDE PRAVA PRVOKUPA I SANKCIJE ZA NJEGOVO NEPOŠTIVANJE

Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.239
Ur.: 8. prosinca 2009.
Pr.: 29. siječnja 2010.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Institut prava prvokupa uređen je u hrvatskom pravnom poretku Zakonom o obveznim odnosima, kojim se detaljno uređuje ugovorno pravo prvokupa i koji se glede zakonskih prava prvokupa primjenjuje kao lex generalis, i relativno brojnim posebnim stvarnopravnim uređenjima. Autorica se u radu ograničava na analizu pravne regulative samo jednog segmenta prava prvokupa – povredu toga prava i sankcija za te povrede. U radu su prvo izložena sva ponašanja i okolnosti u kojima nastaje povreda prava prvokupa, potom su analizirane pretpostavke pod kojima se mogu zahtijevati sankcije za pojedine slučajeve povreda te je, dan prikaz sankcija za nepoštivanje prava prvokupa. Autorica ukazuje na nedostatke pozitivnopravnih rješenja, koja u najvećoj mjeri proizlaze upravo iz brojnosti posebnih propisa, koji su međusobno u velikoj mjeri nepotrebno neusklađeni, a nerijetko predviđaju rješenja koja su u suprotnosti s općim stvarnopravnim i obveznopravnim uređenjem. Nesustavno uređenje i neujednačenosti brojnih posebnih pravnih uređenja negativno utječu na pravnu sigurnost, a u praktičnoj primjeni stvaraju niz dvojbi, posebice u slučaju konkurencije više prava prvokupa na jednom objektu. Autorica na više mjesta daje prijedloge de lege ferenda iako je, zaključno, stava da postoji potreba sustavnog uređenja cjelokupne materije zakonskog prava prvokupa.

Ključne riječi: *pravo prvokupa, povrede prava prvokupa, sankcije za nepoštivanje prava prvokupa, konkurencija prava prvokupa.*

1. Uvod

Pravo prvokupa, u najširem smislu, je pravo ovlaštenika toga prava da određenu stvar ili pravo kupi prije svih ostalih, po cijeni i pod uvjetima pod kojima ju je spreman kupiti treći. Vlasnik je, ukoliko se odluči na prodaju, dužan ovlaštenika obavijestiti o namjeri prodaje i ponuditi mu da stvar kupi u zakonom određenom roku.¹ U ovome radu ograničit ćemo se na samo jedan segment prava prvokupa, na način da daje pozitivnopravni presjek svih potencijalnih ponašanja koja za posljedicu imaju povredu prava prvokupa i pretpostavki pod kojima ovlaštenici prava prvokupa mogu zahtijevati sankcioniranje njegovog nepoštivanja i to kako ugovornog, tako i onog prava prvokupa čiji je izvor neposredno zakonska norma.

U razmatranju ove materije krenut ćemo od odredaba Zakona o obveznim odnosima² o ugovornom pravu prvokupa, koje predstavljaju *lex generali* i odgovarajuće se primjenjuju i na zakonska prava prvokupa, kada posebnim zakonom ovaj institut uopće nije uređen ili je zakonodavac propustio urediti neke aspekte tog prava. Kupoprodaja s pravom prvokupa dosta je detaljno uređena ZOO-om kao jedna od inačica kupoprodajnog ugovora s posebnim pogodbama. Ugovorno pravo prvokupa u pravilu se osniva klauzulom u ugovoru o kupoprodaji, međutim, ono se može osnovati i sporednim uglavkom uz neki drugi valjani pravni posao, kao što nema zapreke da se ono valjano ugovori samostalno u korist jednog od ugovaratelja ili u korist treće osobe. Stoga ćemo nastavno umjesto o ‘kupcu’ iz čl. 449. ZOO-a pisati o vlasniku opterećene stvari, a umjesto o ‘prodavatelju’ iz čl. 449. ZOO-a govorit ćemo o ovlašteniku ili nositelju prava prvokupa.^{3, 4}

Primarni pravni izvori zakonskog prava prvokupa su relativno brojni zakoni o posebnim, najčešće stvarnopravnim uređenjima. U hrvatskom pravnom poretku zakonsko pravo prvokupa uređeno je Zakonom o zaštiti prirode,⁵ Zakonom o zaštiti

1 O razvoju institucije prava prvokupa vidjeti: ORLIĆ, Miodrag, Pravo preče kupovine, u: Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada, drugi tom, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978., str. 1114-1115. i tamo navedena literatura; STIPKOVIĆ, Zlatan, O pravu prvokupa, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXIX, br. 1-2, 1979., str. 131-155.; KAČER, Hrvoje i PERKUŠIĆ, Ante, Pravo prvokupa i njegovo mjesto u hrvatskom (pozitivnom) pravu de lege lata i de lege ferenda, Pravni vjesnik, br. 3-4, Pravni fakultet u Osijeku, 2007., str. 122-124.

2 NN, br. 35/05. i 41/08. (u daljnjem tekst ZOO).

3 Odredba čl. 449. ZOO-a glasi: “Ugovornom odredbom o pravu prvokupa obvezuje se kupac izvijestiti prodavatelja o namjeravanoj prodaji stvari određenoj osobi, a i o uvjetima te prodaje, i ponuditi mu da on stvar kupi za istu cijenu.”

4 U novom je slovenskom Obligacijskom zakoniku (Uradni list, št. 83/01., 28/06., 32/04. i 40/07.) upravo iz gore navedenih razloga promijenjena definicija prava prvokupa na način da sada glasi “... se lasnik stvari (prodajalec) zavezuje, da bo predkupnega upravičenca obavestil o nameravani prodaji ...” (čl. 507.).

5 NN, br. 70/05., 139/08. (u daljnjem tekstu ZZP)

i očuvanju kulturnih dobara,⁶ Zakonom o najmu stanova,⁷ Zakonom o vodama,⁸ Zakonom o otocima,⁹ Zakonom o prostornom uređenju i gradnji,¹⁰ Zakonom o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine,¹¹ Zakonom o poljoprivrednom zemljištu¹² i Zakonom o arhivskom gradivu i arhivima,¹³ pri donošenju kojih je zakonodavac ocijenio da postoji opći interes za postavljanje takvog ograničenja prava vlasništva.¹⁴

Uređenja predviđena posebnim propisima često su međusobno neusklađena, kako glede ovlaštenika i njihovog prvenstvenog reda, tako i rokova za slanje ponuda ovlaštenicima i rokova za očitovanja na ponudu. Neujednačenost postoji i u polju primjene prava prvokupa, načinima na koji nastaju povrede, kao i različitim pretpostavkama pod kojima se mogu zahtijevati sankcije, koje također nisu jedinstveno uređene. Odredbe posebnih zakona nerijetko odudaraju od općeg obveznopravnog i stvarnopravnog uređenja, a i od pravila ovršnog prava. Velika fragmentiranost i neujednačenost posebnih propisa rezultira brojnim problemima u praktičnoj primjeni ovog instituta. U ovom radu promatrat će se različitosti u segmentu povreda i sankcija za nepoštivanje prava prvokupa te dati prijedloge *de lege ferenda*.

6 NN, br. 69/99., 151/03., 157/03., 100/04., 87/09. (u daljnjem tekstu ZZOKD).

7 NN, br. 91/96., 48/98., 66/98., 22/06. (u daljnjem tekstu ZNS).

8 NN, br. 107/95., 150/05. (u daljnjem tekstu ZoV). Nakon predaje rada Uredništvu Zbornika donesen je novi Zakon o vodama, NN, br. 154/09., koji nešto detaljnije obrađuje pravo prvokupa od starog ZoV-a.

9 NN, br. 34/99., 149/99. i 33/06. (u daljnjem tekstu ZO).

10 NN, br. 76/07. i 38/09 (u daljnjem tekstu ZPUG).

11 NN, br. 92/96., Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske NN, br. 39/99., 42/99., 92/99., Odluke USRH, NN, br. 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., ZID Zakona o naknadi, NN, br. 80/02., ispr. 81/02. (u daljnjem tekstu ZN ili Zakon o naknadi), koji glede instituta prvokupa u potpunosti upućuje na primjenu ZNS-a.

12 NN, br. 152/08. (u daljnjem tekstu ZPZ).

13 NN, br. 105/97., 64/00., 65/09. (u daljnjem tekstu ZAGA).

14 U Sloveniji su zakonska prava prvokupa toliko česta da su rijetki primjeri u kojima je promet nekretninama u potpunosti slobodan. Vidi: VRENČUR, Renato, Zakonita predkupna pravica na području nepremičnin, Podjetje in delo, št. 6-7, 2003., XXIX, Dnevi slovenskih pravnikov, 2003., str. 1565. Zakonsko pravo prvokupa propisuju, primjerice Zakon o urejanju prostora, Zakon o kmetijskih zemljiščah, Zakon o vodah, Zakon o vojnih grobiščih, Zakon o gozdovih, Zakon o varstvu kulturne dediščine. Posebna stvarnopravna uređenja s institutom prvokupa česta su i talijanskom pravu. Primjerice, zakonsko pravo prvokupa u nasljedničkoj zajednici (art. 732 Codice civile, *retrato successorio*), zakonsko pravo prvokupa obiteljskog gospodarstva (art. 230-232 Codice civile, *impresa familiare*), pravo prvokupa agrarnog zemljišta u korist zakupnika koji su neposredni obrađivači i u korist neposrednog obrađivača susjednog seoskog gospodarstva (*la prelazione agraria*), pravo prvokupa najmoprimca nekretnine koja nije za stambene namjene (*la prelazione urbana*), pravo prvokupa onih dobara koja su od povijesnog i umjetničkog interesa (*la prelazione artistica*). U njemačkom pravu zakonsko pravo prvokupa je nešto rjeđe. Postoji, primjerice zakonsko pravo prvokupa najmoprimca stana (§577 BGB-a *Vorkaufsrecht des Mieters*) i pravo prvokupa kod nasljedničke zajednice (§2034. BGB-a *Vorkaufsrecht des Miterben*) te pravo prvokupa građevinskog zemljišta od strane općine (Baugesetzbuch, 8.12.86, BGBl I 2553, §§ 24-29).

2. Povrede prava prvokupa

Povredu prava prvokupa, u pravilu, može počiniti vlasnik stvari koji ne ispuni zakonom propisane obveze obavješćivanja ovlaštenika prava prvokupa. Propustom u obavješćivanju ovlaštenika, o čijim varijantama nastavno govorimo, bit će povrijeđeno svako pravo prvokupa neovisno o njegovu pravnom temelju. Također, neovisno o tomu je li izvor prava prvokupa ugovor ili zakonska odredba, povreda prava prvokupa nastat će i u slučaju prikrivanja ugovora o kupoprodaji nekim drugim ugovorom, a radi izbjegavanja obveza prema ovlašteniku prava prvokupa. Oba oblika prava prvokupa, ugovorno i zakonsko, mogu biti povrijeđena i u postupcima prisilne prodaje,¹⁵ iako pod različitim pretpostavkama. Povrh toga posebnim su zakonima predviđena još neka postupanja koja mogu predstavljati povrede upravo tih zakonskih prava prvokupa.

U nastavku ćemo posebno prikazati (ne)postupanja koja predstavljaju povrede ugovornog, a zatim zakonskih prava prvokupa.

2.1. Povrede ugovornog prava prvokupa

Vlasnik stvari opterećene pravom prvokupa dužan je o namjeravanoj prodaji određenoj osobi, cijeni i uvjetima prodaje obavijestiti ovlaštenika ugovornog prava prvokupa te mu ponuditi da stvar kupi pod navedenim uvjetima. Ponuđeni ovlaštenik ima rok od mjesec dana od primitka obavijesti za odluku o tomu želi li svoje pravo prvokupa konzimirati (čl. 449. i 450/1. ZOO).

Ponašanjima vlasnika stvari, koja su suprotna navedenim zakonskim obvezama, bit će povrijeđeno pravo prvokupa. Zakonom propisanu obvezu obavješćivanja nositelja prava prvokupa vlasnik može povrijediti na tri načina. Prvo, sklapanjem ugovora o kupoprodaji prvokupom opterećene stvari bez ikakvog prethodnog obavješćivanja nositelja prava prvokupa o namjeri prodaje i bez slanja ponude ovlašteniku da on stvar kupi po navedenoj cijeni, dakle izostankom obavješćivanja u potpunosti.

Povreda zakonske obveze obavješćivanja nastat će i u slučaju kada vlasnik stvari obavijesti nositelja prava prvokupa o prodaji i ponudi mu stvar na prodaju, ali je upućena obavijest nepotpuna, odnosno netočna glede cijene ili glede drugih uvjeta prodaje, pri čemu uvjete prodaje, koje vlasnik treba dostaviti ovlašteniku, treba shvatiti kao cjelokupni sadržaj ugovora koji je treći spreman prihvatiti.

Povredu zakonske obveze vlasnik će izvršiti prvokupom opterećene stvari i u slučaju kada nositelja prava prvokupa točno i potpuno obavijesti o cijeni i ostalim uvjetima pod kojima namjerava stvar prodati i ponudi mu stvar na prodaju pod navedenim uvjetima, ali nakon obavješćivanja, a prije protoka roka od mjesec dana

¹⁵ ZOO-om je propisana mogućnost poništenja prisilne javne prodaje (čl. 452/2). Ovršni zakon ne koristi ovu terminologiju, a budući da se ovrha može provoditi, ne samo javnom dražbom, već i neposrednom pogodbom u nastavku ćemo se koristiti kompromisnim terminom 'prisilna prodaja'.

unutar kojega se ovlaštenik prava prvokupa mogao očitovati o ponudi, trećemu proda stvar. Dakle, povreda može nastati i nepoštivanjem roka unutar kojega se ovlaštenik može izjasniti o valjano učinjenoj ponudi.

Vlasnik stvari na kojoj postoji pravo prvokupa u obvezi je prema ovlašteniku tog prava tek kada stvar odluči prodati. U ostalim slučajevima otuđenja stvari, ovlaštenik prava prvokupa ne može zahtijevati ostvarivanje svojeg prava. Pravo prvokupa je pojmovno, logički i terminološki u pravnom koneksitetu s ugovorom o kupoprodaji, jer samo u tom slučaju nositelj prava prvokupa može ostvariti svoje pravo – plaćajući istu cijenu koju je spreman platiti kupac koji nema pravo prvokupa.¹⁶ Činjenica da ovlaštenik prava prvokupa u drugim slučajevima otuđenja stvari nema pravo zahtijevati ostvarenje svog prava, može navesti vlasnika stvari da s trećim sklopi neki drugi, simulirani pravni posao, s ciljem izbjegavanja prava prvokupa. Relativna simulacija, odnosno prikrivanje kupoprodaje nekim drugim pravnim poslom još je jedan od *modus*a kojima je moguće povrijediti pravo prvokupa.

Pravo prvokupa, kao što je već rečeno, ovlaštenik može ostvariti samo ukoliko vlasnik odluči stvar prodati. Međutim, kada se stvar prodaje u postupku prisilne prodaje, dakle, ne voljom vlasnika, već na inicijativu vjerovnika, ovlaštenik se ne može pozivati na svoje pravo prvokupa (čl. 452/1. ZOO), budući da je ono obvezno pravo i kao takvo djeluje samo *inter partes*. ZOO ipak propisuje jednu iznimku od pravila nemogućnosti pozivanja na pravo prvokupa u postupku prisilne prodaje, za slučaj kada je ono upisano u javne knjige. Zakon o zemljišnim knjigama¹⁷ propisuje da je pravo prvokupa knjižno pravo, dakle obvezno pravo kojega je moguće upisati u zemljišne knjige (čl. 31. ZZK). Stoga, ako se stranke između kojih to pravo djeluje suglase s time da se ono publicira, ono će od trenutka upisa djelovati prema svima, *erga omnes*.^{18, 19, 20} Pravni učinak apsolutnog djelovanja ugovornog prava prvokupa od upisa u zemljišne knjige posebice dolazi do izražaja upravo u slučaju kada se stvar prodaje u postupku prisilne javne prodaje, odnosno prodaje u izvršnom ili stečajnom postupku. Naime, ovlaštenik ugovornog prava prvokupa čije je pravo bilo upisano u javnoj knjizi može to svoje pravo ostvarivati i u slučaju prisilne prodaje, na koju treba

16 SIMONETTI, Petar, Prava na nekretninama, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., str. 578.

17 NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08. (u daljnjem tekstu ZZK).

18 Više o upisu obveznih prava u zemljišne knjige: JOSIPOVIĆ, Tatjana, Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 175-178.

19 I u slovenskoj se teoriji o ugovornom pravu prvokupa govori kao o obveznom pravu sa stvarnopravnim funkcijama kada se ono upiše u zemljišne knjige. Tako: CIGOJ, Stojan, Komentar obligacijskih razmerjih, III. knjiga, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1985., str. 1561-1562. VRENCUR, Renato, op. cit., str. 1566.

20 U talijanskom pravu ugovorno pravo prvokupa djeluje samo na obveznopravnom planu i u slučaju neispunjenja obveze, ovlaštenik prava prvokupa ima pravo samo na naknadu štete, a Vrhovni sud presudio je da čak ni izvršena transkripcija u registrima nekretnina “ništa ne pridodaje njegovim obveznopravnim učincima i ne može se suprotstaviti trećim stjecateljima...” (Cass. 13. maggio 1982, n. 3009, in Giust. civ., 1982., 3085.). Cit. prema: CRIVELLARI, Federico, La circolazione immobiliare e il diritto di prelazione, Notariato, n. 4/2008, str. 448.

biti i posebno pozvan (čl. 452/2. ZOO). Ovršnim je zakonom,²¹ također propisano da se zaključak o prodaji nekretnine kojim se utvrđuje vrijednost nekretnine i određuju način, uvjeti, mjesto i vrijeme prodaje ako se prodaja obavlja dražbom, objavljuje na sudskoj oglasnoj ploči i na drugi uobičajen način, a dostavlja se taksativno navedenim osobama, među kojima su osobe koje imaju upisano pravo prvokupa (čl. 90/3. i st. 7. OZ). U zemljišne knjige upisani nositelj prava prvokupa imat će prednost pred najpovoljnijim ponuditeljem, ako odmah po zaključenju dražbe izjavi da nekretninu kupuje uz iste uvjete (čl. 91. OZ). Propust obavješćivanja ovlaštenika ugovornog prava prvokupa čije je pravo upisano u javnu knjigu (ukoliko se radi o nekretnini u zemljišnu knjigu, a kod pokretnina u neki od upisnika koji je ustrojen kao javna knjiga) o prisilnoj prodaji predstavlja povredu prava prvokupa. Pravo prvokupa bit će povrijeđeno u postupku prisilne prodaje i kada se nekretnina prodaje neposrednom pogodbom, a sud (odnosno u stečajnom postupku stečajni upravitelj) prije prodaje propusti pozvati imatelja uknjiženog prava prvokupa da se u određenom roku očituje želi li svoje pravo konzumirati (čl. 91/2. OZ).

2.2. Povrede zakonskog prava prvokupa

Povrede prava prvokupa, koje nastupaju zbog neobavješćivanja ovlaštenika proizlaze iz definicije instituta i za njih možemo reći da su klasične povrede, predviđene većinom posebnih propisa, a u slučajevima kada i nisu posebno propisane pojedinim *lex specialis*om podredno će se primjenjivati pravila ZOO-a. Neobavješćivanje ovlaštenika, u sve tri varijante i simulacija nekog drugog pravnog posla, pri kojemu ovlaštenik nema pravo prvokupa detaljno su opisane u dijelu o povredama ugovornog prava prvokupa pa ovdje upućujemo na to izlaganje (vidjeti *supra* 2.1.).

Za razliku od ugovornog prava prvokupa, kod kojega vlasnik može obavijest o prodaji učiniti ovlašteniku u bilo kojem obliku, za zakonsko pravo prvokupa propisana je pisana forma pa nedostatak takve forme obavijesti predstavlja povredu svakog zakonskog prava prvokupa (čl. 455/3. ZOO).

Povreda zakonskog prava prvokupa, moguća je i kada vlasnik ne raspolaže svojim pravom dobrovoljno, nego se stvar opterećena pravom prvokupa prodaje u ovršnom ili stečajnom postupku, dakle sudskim postupcima prisilne prodaje dužnikove imovine. Premda se iste odredbe OZ-a primjenjuju na ugovorno i zakonsko

21 NN, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05., 68/08. (u daljnjem tekstu OZ).

pravo prvokupa iz apsolutnog djelovanja potonjega²² proizlaze i neke specifičnosti za nositelja zakonskog prava prvokupa. Na dražbu će posebno biti pozvani samo oni ovlaštenici zakonskog prava prvokupa čije je pravo upisano u zemljišnu knjigu.²³ U slučaju da sud propusti poslati poziv bilo bi povrijeđeno pravo prvokupa. Ipak, nositelj zakonskog prava prvokupa, koje nije upisano u zemljišnu knjigu, ali koji je saznao za prisilnu prodaju i pristupio joj, imat će, kao i svi ovlaštenici upisanih prava prvokupa, prednost pred najpovoljnijim ponuditeljem ako odmah po zaključenju dražbe izjavi da kupuje nekretninu uz iste uvjete (čl. 91/1. OZ).

Za slučaj kada se prodaja nekretnine provodi neposrednom pogodbom postoji obveza suda pozvati “imatelja uknjiženog prava prvokupa, odnosno imatelja zakonskog prava prvokupa koji je o tom svom pravu prije toga obavijestio sud” da se u određenom roku očituju o tomu hoće li iskoristiti svoje pravo prvokupa. Propuštanje pozivanja ovlaštenika prava prvokupa da se očituje predstavljalo bi povredu ovlaštenikova prava.

U Glavi jedanaestoj OZ-a, kojom je uređena ovrha na pokretninama, pravo prvokupa se ne spominje izriječno. Međutim, čl. 146. OZ-a propisano je da će se pravila o ovrši na nekretninama na odgovarajući način primjenjivati i u postupku ovrhe na pokretninama, ako nije drukčije određeno. Stoga smo mišljenja da bi ovlaštenik zakonskog prava prvokupa, koji pristupi javnoj dražbi na kojoj se prodaje pokretnina opterećena zakonskim pravom prvokupa, imao prednost pred najpovoljnijim ponuditeljem (odgovarajuća primjena čl. 91/1. OZ). Ukoliko je ovlaštenik o svom pravu obavijestio sud imao bi pravo iskoristiti svoje zakonsko pravo prvokupa i kada se stvar prodaje neposrednom pogodbom (odgovarajuća primjena čl. 91/2. OZ).

Prisilna prodaja može se provoditi i u stečajnom postupku. Kada se stvari opterećene zakonskim pravom prvokupa prodaju u stečajnom postupku, stečajni bi upravitelj, budući da on upravlja stečajnom masom (čl. 24/4. SZ²⁴), bio dužan paziti da se ne povrijedi zakonsko pravo prvokupa. Kupoprodaju na temelju ovlaštenja

22 Za razliku od ugovornog prava prvokupa, kojemu se u talijanskom pravu priznaju samo obveznopravni učinci, zakonska prava prvokupa općenito imaju stvarnopravne učinke potpomognute pravom na otkup (*diritto di riscatto*) u korist ovlaštenika. Tako CRIVELLARI, Federico, op. cit., str. 450., GAZZONI, Francesco, Manuale di diritto privato, IX edizione, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001., str. 872. Apsolutno djelovanje zakonskih prava prvokupa postoji i u slovenskom pravu bez potrebe upisa tog prava u zemljišnu knjigu ili drugi upisnik. Tako: CIGOJ, Stojan, Komentar obligacijskih razmerjih, III. knjiga, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1985., str. 1561-1562. Prema novom Zakonu o zemljiški knjigi (Uradni list RS, br. 58/03., 37/08., 45/08. i 28/09.) ne postoji niti mogućnost upisa zakonskog prava prvokupa u zemljišne knjige, jer je bilo zauzeto stajalište da tom pravu dovoljan publicitet daje sam zakon. Tako: VRENČUR, Renato, op. cit., str. 1569.

23 Zakonsko pravo prvokupa na nekretnini postoji i djeluje prema svima i bez upisa u zemljišnu knjigu, no neki zakoni nalažu njegov upis u zemljišne knjige kako bi se ojačao njegov publicitet. U nedostatku posebne odredbe o upisu zakonskog prava prvokupa u zemljišne knjige u zakonima, koji uređuju posebna stvarnopravna uređenja, upis može (i poželjno je) zahtijevati na temelju čl. 31. st. 1. ZZK. Odredbu o upisu u zemljišne knjige nemaju ZoV, ZPV i ZNS.

24 Stečajni zakon, NN, br. 44/96., 161/98., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04., 82/06. (u daljnjem tekstu SZ).

skupštine vjerovnika, stečajni upravitelj može izvršiti na tri načina – javnim oglašavanjem, javnom dražbom ili neposrednom pogodbom. Kada utvrdi najboljeg ponuđača ili pronade kupca neposrednom pogodbom stečajni upravitelj je dužan ponuditi ovlaštenicima zakonskog prava prvokupa da kupe stvar po navedenoj cijeni i uvjetima. Neobavješćivanjem ili netočnim obavješćivanjem o cijeni ili uvjetima prodaje stečajni upravitelj čini povredu prava prvokupa. U ostalim slučajevima prodaje, Stečajni zakon upućuje na OZ, pa će povrede prava prvokupa postojati u gore navedenim slučajevima.

Kada je riječ o prisilnoj prodaji treba svakako navesti da i dva posebna zakona – ZZOKD i ZO sadrže dodatne odredbe koje se odnose na istu. ZO-om je propisano da se pravo prvokupa otkiča iz čl. 35.a/1. ZO-a odnosi i na otuđenje nekretnine u ovršnim i stečajnim postupcima. Vezano uz navedenu odredbu nameće se nekoliko pitanja – je li ponudu ovlaštenicima dužan poslati vlasnik nekretnine (po čl. 35.a/1.) ili je to dužnost ovršnog suda po pravilima OZ-a; vrijede li za ovlaštenike posebni rokovi za očitovanje kao u slučaju slobodne prodaje ili ovlaštenici moraju poštivati rokove postavljene ZO-om.²⁵ Određivanje spram pitanja je li, odnosno kada je nastala, povreda prava prvokupa po ZO-u, ovisit će o odgovorima na prethodna pitanja. Smatramo da, budući da se radi o sudskom prisilnom postupku prodaje, vlasnik ne bi bio dužan stvar ponuditi ovlaštenicima, već da bi to bila dužnost suda po pravilima OZ-a. Mišljenja smo također, da ovršni sud nije dužan utvrđivati je li nekretnina koja se prodaje uistinu nekretnina na otoku ili ne (tj. je li uopće riječ o nekretnini opterećenom pravom prvokupa), tim više jer je za zakonsko pravo prvokupa na otočićima izričito propisana obveza upisa u zemljišne knjige (čl. 35.b/3. ZO).

Drugi zakon koji sadrži specifičnu odredbu u odnosu na prisilnu prodaju je ZZOKD. U slučaju kada se u ovršnom postupku prodaju kulturna dobra, osoba koja provodi postupak ovršne prodaje dužna je obavijestiti pravne osobe koje su ovlaštenici prava prvokupa da je određena prisilna prodaja, te dostaviti pisane uvjete ponude utvrđene za prodaju kulturnog dobra (čl. 38/2. ZZOKD). Upitno je nameće li se ovom normom ovršnom sudu dužnost ispitati je li predmet prisilne prodaje kulturno dobro ili je dovoljno da postupi po odredbama OZ-a, dakle da pozove samo one ovlaštenike čije je pravo prvokupa upisano. Glede nekretnina propisana je obveza da se rješenjem, kojim se utvrđuje svojstvo nepokretnoga kulturnog dobra, obvezno utvrđuju prostorne međe kulturnoga dobra koje se zaštićuje te da se isto dostavlja nadležnom katastru i sudu radi zabilježbe u zemljišnim knjigama (12/2. ZZOKD). Budući da postoji obveza zabilježbe svojstva kulturnog dobra (kada je riječ o nekretninama), moglo bi se zaključiti da se obveza ispitivanja radi li se o kulturnom dobru odnosi samo na pokretne. Sva kulturna dobra, nepokretna, pokretna i nematerijalna upisuju se u Registar kulturnih dobara, koji je javna knjiga (čl. 14/1-2 ZZOKD). Premda se u Registar ne upisuje pravo prvokupa, ono proizlazi iz same činjenice što je određena

²⁵ O navedenim dvojbama vidjeti TUHTAN GRGIĆ, Iva, Pravo prvokupa prema Zakonu o otocima, ZPFRi, vol. 30, br. 1., str. 394-396.

pokretnina utvrđena kulturnim dobrom. Pored toga, već je i ZOO-om propisano da osoba, čije je pravo prvokupa upisano u javnoj knjizi, mora biti posebno pozvana da pristupi prisilnoj prodaji (čl. 452/2 ZOO).

Specifičnosti postoje i u slučaju prodaje kulturnog dobra na aukciji. Organizator aukcije, a ne vlasnik, dužan je obavijestiti ovlaštenike prava prvokupa o svim početnim uvjetima prodaje kulturnog dobra, kao i o mjestu i vremenu održavanja aukcijske prodaje 30 dana prije održavanja aukcije (čl. 37.a/1 ZZOKD). Nakon što se utvrdi cijena kulturnog dobra postignuta na aukciji organizator aukcije dužan je od ovlaštenika zatražiti očitovanje o korištenju pravom prvokupa koje se može dati najkasnije do okončanja aukcijske prodaje (čl. 37.a/2-3. ZZOKD). Propuštanje obavješćivanja ovlaštenika prava prvokupa o održavanju aukcije, kao i propuštanje traženja očitovanja o pravu prvokupa, predstavlja povredu prava prvokupa, koju, međutim, u ovom slučaju čini organizator aukcije, a ne vlasnik kulturnog dobra.

Nadalje, povredu prava prvokupa moguće je izvršiti i povredom prvenstvenoga reda. Naime, brojni posebni zakoni propisuju više ovlaštenika prava prvokupa (u pravilu Republika Hrvatska, županija i grad ili općina na čijem se području stvar nalazi) kao i njihov međusobni prvenstveni red u ostvarenju prava. Velik broj ovlaštenika otvara i mogućnost povrede prava prvokupa povredom prvenstvenog reda ustanovljenog pojedinim zakonom, bilo na način da se neki od ovlaštenika ne obavijesti, bilo da se ugovor o kupoprodaji sklopi s osobom koja ima kasniji prvenstveni red, usprkos prihvatu od strane ovlaštenika s ranijim prvenstvenim redom ili prije proteka roka unutar kojega se mogao očitovati o ponudi. Ovaj problem tim je veći ukoliko se radi o stvari koja je opterećena s više prava prvokupa (vidjeti *infra* 4.).

Treba istaknuti odredbe o prvenstvenom pravu kupnje poljoprivrednog zemljišta, koje će imati osobe iz čl. 36. i 37. ZPZ-a. Ove osobe (navedene u čl. 36. i 37.), odnosno njihov prvenstveni red ustrojiti će se samo ako su te osobe sudjelovale u natječaju iz čl. 32.-33. ZPZ-a za prodaju zemljišta u vlasništvu države, odnosno postupku prodaje zemljišta u privatnom vlasništvu iz čl. 82. ZPZ-a. Odredbom čl. 82/2. ZPZ-a propisano je da se zainteresirane fizičke i pravne osobe moraju u roku od 30 dana od objave 'ponude' (ZPZ koristi termin ponuda, a zapravo se radi o natječaju) dati 'pismenu izjavu o prihvatanju ponude' (iz stavaka koji slijede, kao i iz smisla instituta proizlazi da se zainteresirani pozivaju poslati svoje ponude). Jedinica lokalne samouprave dužna je prema redoslijedu prvenstvenog prava kupnje iz čl. 36. i uvjetu iz čl. 37./1. ZPZ-a predložiti najpovoljnijeg ponuditelja Agenciji,²⁶ koja ga je dužna, ili potvrditi, ili izjaviti pravo prvokupa (čl. 82/3-5. ZPZ). Pravo prvokupa na poljoprivrednom zemljištu bit će povrijeđeno u prvom redu ukoliko se uopće ne provede propisan način prodaje. Međutim moguće je da ono bude povrijeđeno i u samom postupku prodaje, primjerice skraćivanjem roka u kojem se mogu dati ponude ili krivim odabirom najpovoljnije ponude, kao i nepozivanjem ovlaštenika prava prvokupa da ostvare to svoje pravo. Za povredu prava prvokupa u postupku prodaje karakteristično je da ih nije počinio vlasnik opterećene nekretnine nego

26 Ovdje se nameće pitanje može li jedinica lokalne samouprave uopće ocijeniti koja je ponuda najpovoljnija za vlasnika, kada ona pored cijene sadrži i neke posebne uvjete.

jedinica lokalne samouprave.

Osim gore navedenih pitanja, koja se pojavljuju kao posljedica različitog uređenja u posebnim propisima, posebno valja naglasiti jedno pitanje načelne naravi. Naime, niti jednim zakonom nije uređeno to do kada vlasnik može slobodno raspolagati svojom stvari u slučaju da ovlaštenici nisu zainteresirani za kupnju. Upravo u nedostatku takve norme, skriva se potencijalna opasnost za tvrdnju da je počinjena povreda zakonskog prava prvokupa neobavješćivanjem. Naime, ukoliko ovlaštenici prava prvokupa donesu odluku o tomu da neće koristiti zakonsko pravo prvokupa ili ako odluku ne donesu u zakonom propisanom roku, vlasnik je slobodan raspolagati svojom stvari. Tako stvar može i prodati, ali po cijeni i pod uvjetima koji za trećega neće biti povoljniji od onih navedenih u ponudi. Međutim, ukoliko vlasnik ne realizira ugovor o kupoprodaji, može postati dvojbena to do kada je ovlašten slobodno raspolagati sa stvari, odnosno je li protekom određenog vremena ili izmjenom gospodarskih okolnosti dužan ponovo ponuditi stvar ovlaštenicima prava prvokupa.²⁷ O ovom pitanju detaljnije se govori pod 3.2.1.1.1.

3. Sankcije za povrede prava prvokupa

Za povrede prava prvokupa propisana je čitava lepeza različitih sankcija, obveznopravne, stvarnopravne, pa i prekršajne naravi. Kada je riječ o obveznopravnim sankcijama, u nekim je zakonima propisano poništenje, u drugima je kao sankcija propisana ništetnost, a u nekim je slučajevima moguće jedino tražiti naknadu štete zbog nepoštivanja ugovorne obveze. Napominjemo da postoje i pravila koja kombiniraju sankcije. Ukoliko je pravo prvokupa povrijeđeno u postupku prisilne prodaje, ZOO ovlašćuje nositelja povrijeđenog prava prvokupa da zahtijeva njezino poništenje.

3.1. Sankcije za povrede ugovornog prava prvokupa

3.1.1. Pobožnost

Povreda prava prvokupa nastala zbog činjenice da je vlasnik prodao stvar opterećenu ugovornim pravom prvokupa, a da o prodaji i njezinim uvjetima prethodno nije obavijestio ovlaštenika prava prvokupa ili ga nije točno obavijestio o uvjetima prodaje, nije dostatna za pobijanje kupoprodajnog ugovora. Da bi ovlaštenik ugovornog prava prvokupa mogao zahtijevati pobijanje kupoprodajnog ugovora, kojim je povrijeđeno njegovo pravo, moraju pored povrede obveze obavješćivanja biti kumulativno ispunjene još dvije pretpostavke propisane čl. 454. ZOO-a – da je

²⁷ Ovaj je problem bio predmetom razmatranja jugoslavenske teorije i prakse, i sudovi su u sličnim predmetima donosili različita rješenja, što je pridonosilo pravnoj nesigurnosti. Obveza ponoviti ponudu nositelju prava prvokupa bila je propisana jedino zakonima o prodaji građevinskog, neizgrađenog zemljišta i to po isteku roka od godine dana. Opširnije vidjeti: ORLIĆ, Miodrag, op. cit., str. 1119-1120.; STIPKOVIĆ, Zlatan, op. cit., str. 151.

izvršen prijenos prava vlasništva na trećega te da je treći bio nesavjestan.²⁸ Iako je pravo prvokupa povrijeđeno već nepoštivanjem ugovorne obveze o obavješćivanju o namjeri prodaje, ovlaštenik prava prvokupa *de facto* može ostvariti svoje pravo prvokupa sve do trenutka kada vlasnik pravo vlasništva na stvari prenese na trećega. Moguće je da vlasnik sklopi više pravnih poslova (pa tako i više kupoprodajnih ugovora) radi stjecanja prava vlasništva iste stvari, a da u konačnici pravo vlasništva prenese upravo na ovlaštenika prava prvokupa, dakle da prema njemu ispuni ugovornu obvezu.²⁹ Ugovor o kupoprodaji samo je pravni temelj za prijenos prava vlasništva i proizvodi obveznopravne učinke – kupac ima obveznopravni zahtjev prema prodavatelju da mu ovaj prenese pravo vlasništva. Stvarnopravni učinci nastupit će tek kada se na temelju pravnog posla (ugovora o kupoprodaji) prenese pravo vlasništva. Ukoliko se radi o pokretnini, vlasništvo će biti preneseno predajom stvari u samostalan posjed (čl. 116/1. ZV), dok je za nekretninu *modus* stjecanja prava vlasništva na temelju pravnog posla upis u zemljišnu knjigu (čl. 119/1. ZV).

Pored navedenih pretpostavki, postoji još jedna pretpostavka koja se po odredbama ZOO-a mora kumulativno ispuniti da bi ovlaštenik prava prvokupa mogao pobijati ugovor. Riječ je o nesavjesnosti trećega, tj. kupca (čl. 454. ZOO). Treći je nesavjestan ukoliko mu je bilo poznato ili mu nije moglo ostati nepoznato da je stvar opterećena pravom prvokupa. *Ratio* predviđanja ove pretpostavke nalazi se u tomu što je pravo prvokupa obvezno pravo i kao takvo djeluje *inter partes*. Pretpostavku nesavjesnosti trećega bilo je nužno propisati radi zaštite sigurnosti pravnog prometa, odnosno radi zaštite osoba koje su u pravnom prometu postupale u dobroj vjeri. Kada su predmet prava prvokupa nekretnine, a ugovorno pravo prvokupa upisano u zemljišne knjige, nitko se ne može pozivati da mu zemljišnoknjižno stanja nije poznato. Ako pak, ugovorno pravo prvokupa nije upisano u zemljišnu knjigu ono djeluje samo *inter partes*, a svatko se može pozivati na potpunost i istinitost zemljišnoknjižnog stanja (predmnijeva da ne postoje prava koja nisu upisana u zemljišnu knjigu).

Teret dokaza nesavjesnosti trećega, odnosno dokazivanja činjenice da je trećemu bilo poznato ili mu nije moglo ostati nepoznato da postoji pravo prvokupa, a da ugovorna obveza prema nositelju prava prvokupa nije ispunjena, uvijek leži na tužitelju, odnosno ovlašteniku prava prvokupa.

Člankom 454. ZOO-a propisani su, pored pretpostavki za poništenje ugovora i rokovi unutar kojih se to poništenje može zahtijevati. Ukoliko je povreda prava prvokupa izvršena neobavješćivanjem, ovlaštenik ugovornog prava prvokupa može zahtijevati da se prijenos poništi i da mu se stvar proda pod istim uvjetima u

28 Slovenski Obligacijski zakonik propisuje iste pretpostavke kao i hrvatski ZOO za pobijanje ugovora kojim je povrijeđeno ugovorno pravo prvokupa (čl. 512/1.).

29 Višestruko ugovaranje otuđenja uređeno je Zakonom 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.; u daljnjem tekstu: ZV) na način da vlasnik pokretne stvari postaje onaj kome je stvar prvome predana (čl. 117/1. ZV), odnosno ukoliko se radi o nekretnini onaj koji je u dobroj vjeri prvi zatražio upis u zemljišne knjige (čl. 125/1. ZV). Odnose otudivatelja s osobama s kojima je sklopio pravne poslove, ali one nisu stekle vlasništvo uređuju obveznopravna pravila (čl. 117/2. i čl. 125/3. ZV).

subjektivnom roku od šest mjeseci od dana kada je saznao za prijenos (čl. 454/1.), odnosno ukoliko je bio netočno obaviješten u roku od šest mjeseci od saznanja za točne uvjete ugovora (čl. 454/2.). U trećem je stavku propisan objektivni rok od pet godina od prijenosa vlasništva stvari na trećega u kojem ovlaštenik prava prvokupa ima pravo pobijati pravni posao kojim je povrijeđeno njegovo pravo prvokupa.

Sklapanje nekog drugog pravnog posla, a ne kupoprodaje, radi izbjegavanja mogućnosti da nositelj prava prvokupa iskoristi svoje pravo primjer je relativne simulacije.³⁰ Ovaj oblik povrede zakonskog prava prvokupa, opravdano, nije posebno sankcioniran budući da u odnosu na takve pravne poslove treba primijeniti načelo zabrane zlouporabe prava i opća pravila obveznog prava o simuliranim pravnim poslovima.³¹ Povrede prava prvokupa učinjene simuliranjem drugih pravnih poslova (darovanje, zamjena...) trebalo bi sankcionirati primjenom čl. 285/1-2. ZOO-a, kojima je propisano da prividni ugovori ne proizvode pravne učinke između ugovornih strana, ali da, ukoliko prividan ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi vrijedi ako je udovoljeno pretpostavkama za njegovu pravnu valjanost. Ukoliko bi, dakle ugovorno pravo prvokupa bilo povrijeđeno sklapanjem prividnog pravnog posla o otuđenju, simulirani ugovor ne bi proizvodio pravne učinke. Pravne bi učinke proizvodio ugovor o kupoprodaji, ali bi bio pobojan pod pretpostavkama i u rokovima predviđenima ZOO-om. Naime, ovlaštenik prava prvokupa mogao bi u tim rokovima zahtijevati ostvarenje svog prava prvokupa.³²

3.1.2. Poništenje prisilne prodaje

Ovlaštenik čije je pravo prvokupa upisano u javnoj knjizi mora biti posebno pozvan da pristupi 'prisilnoj javnoj prodaji'. U slučaju izostanka poziva ovlaštenik prava prvokupa može zahtijevati poništaj javne prodaje (čl. 452/2. ZOO). Promatra li se OZ i sredstva koja su tim propisom predviđena kako bi se interveniralo u ovršni postupak, čini se da bi ovlaštenik prava prvokupa, kao treća osoba u postupku mogao, eventualno, tražiti da se ovrha proglasi nedopuštenom radi povrede njegova prava prvokupa.

Moguće je zastupati stajalište da bi ovlaštenik prava prvokupa mogao zahtijevati poništaj svake prodaje provedene u ovršnom ili stečajnom postupku (dakle, svake prisilne prodaje, a ne samo javne prisilne prodaje), a o kojoj nije bio na zakonom propisan način obaviješten, neovisno je li prodaja provedena usmenom javnom dražbom ili ugovorom o prodaji neposrednom pogodbom. Svakako se može raspravljati o tomu ima li ovlaštenik prava prvokupa pravo zahtijevati poništenje prisilne prodaje ukoliko je za nju saznao na vrijeme da se pripremi, ali nije bio

30 KLARIĆ, Petar, VEDRIŠ, Martin, *Građansko pravo*, XI. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 142.

31 Tako i STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, 2008., str. 637.; JUHART, Miha, *Zakonita predkupna pravica*, VI. dnevi javnega prava, Portorož, 2000., str. 137.

32 PEROVIĆ, Slobodan, *Obligaciono pravo I*, 3. izdanje, Beograd, 1976., str. 366.

posebno pozvan.³³

Ako se u istom postupku prodavalo više stvari, pravo ovlaštenika zahtijevati poništaj prisilne prodaje valja tumačiti na način da ovlaštenik može zahtijevati poništaj samo onog dijela prisilne prodaje kojim je povrijeđeno njegovo pravo prvokupa. Zakon u ovom slučaju ne propisuje da ovlaštenik prava prvokupa kumulativno sa zahtjevom za poništenje prisilne prodaje postavi i zahtjev za sklapanje ugovora pod istim uvjetima. Smatramo, međutim, da je, analogijom s rješenjem predviđenim za poništenje radi neobavješćivanja iz čl. 454. ZOO-a kumulacija zahtjeva ipak nužna. Pored toga, samim pobijanjem ugovora, a bez sklapanja novog pod istim uvjetima, mogao bi biti oštećen i vjerovnik. Stoga se stajalište da bi bilo moguće istaknutu samo zahtjev za poništenje ugovora, koji ne bi pratio prijedlog za zaključenje ugovora, ukazuje neprihvatljivim.

3.1.3. Odgovornost za štetu

Vlasnik stvari koji povrijedi obvezu obavješćivanja nositelja ugovornog prava prvokupa ili stvar proda po nižoj cijeni ili pod povoljnijim uvjetima, ali se ne ispune ostale pretpostavke propisane ZOO-om za pobijanje ugovora odgovarat će ovlašteniku prava prvokupa po općim pravilima za naknadu štete nastale zbog neispunjenja obveze (čl. 342.-349. ZOO).³⁴ Ovlaštenik prava prvokupa ne bi mogao zahtijevati predaju stvari od poštenog trećeg na temelju svog prava prvokupa jer njegovo pravo djeluje samo relativno, a sudionici u pravnom prometu štite se ukoliko su postupali u dobroj vjeri. Poštenje trećega, međutim, ne isključuje ovlaštenikovo pravo na naknadu štete od strane obveznika prava prvokupa.

Predmet razmišljanja bi, eventualno, moglo biti i pravo na naknadu ovlaštenika prava prvokupa koji je iskoristio svoje pravo prvokupa, ali je stvar kupio po višoj cijeni ili pod nepovoljnijim uvjetima od onih pod kojima je stvar bila ponuđena trećem (a što je saznao po zaključenju pravnoga posla) jer je upućena ponuda bila netočna. U takvom bi slučaju mogao imati pravo na povrat preplaćene cijene i/ili naknadu za ispunjenje dodatnih uvjeta koji se nisu postavljali trećem, pod pretpostavkom da ih dokaže.

3.2. Sankcije za povrede zakonskog prava prvokupa

Posebni zakoni, koji predviđaju zakonsko pravo prvokupa, često samostalno uređuju sankcije i rokove u kojima se mogu postavljati zahtjevi za slučaj nepoštivanja prava prvokupa. Većina zakona, poput ZOO-a predviđa pobožnost dok neki propisuju ništetnost ili kombiniraju ove dvije vrste sankcija ovisno o načinu na koji je povreda izvršena. Zanimljivo je da, pored građanskopravnih sankcija koje se uvijek predviđaju

³³ KAČER, Hrvoje, PERKUŠIĆ, Ante, op. cit., str. 133.

³⁴ SLAKOPER, Zvonimir u GORENC, Vilim et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF, Zagreb, 2005., str. 714.; RASPOR, Andrija, Pravo prvokupa, Naša zakonitost, br. 11-12, 1978., str. 64-66.; STIPKOVIĆ, Zlatan, op. cit., str. 136-137.

(ako ne izrijekom onda odgovarajućom primjenom odredaba ZOO-a), pojedini posebni zakoni predviđaju i prekršajne sankcije za nepoštivanje zakonskog prava prvokupa.

3.2.1. Građanskopravne sankcije

3.2.1.1. Pobožnost po posebnim zakonima

3.2.1.1.1. Pretpostavke i rokovi

Nepoštivanje zakonske obveze točnog obavješćivanja o namjeravanoj prodaji i slanja ponude ovlašteniku zakonskog prava prvokupa da kupi stvar prije ostalih, predstavlja povredu tog prava. Vidjeli smo da je kod ugovornog prava prvokupa potrebno da se kumulativno ispune još dvije pretpostavke – prijenos vlasništva i nesavjesnost trećega, a da bi ovlaštenik ugovornog prava prvokupa mogao zahtijevati poništenje ugovora o kupoprodaji. Za razliku od ugovornog, kod zakonskog prava prvokupa ove pretpostavke, u pravilu, nisu potrebne. Savjesnost kupca nije bitna za nastanak povrede budući da se nitko ne može pozivati na nepoznavanje prava i nesavjesnost se neoborivo predmnijeva, odnosno nitko ne može tvrditi da nije znao ili mogao znati za postojanje zakonskog prava prvokupa. S druge strane, prijenos vlasništva na temelju kupoprodajnog ugovora, kojim je povrijeđeno pravo prvokupa, nije propisan niti jednim od posebnih zakona kao pretpostavka za pobijanje ugovora o kupoprodaji, ali će ispunjenje ove pretpostavke biti potrebno u slučaju podredne primjene odredaba ZOO-a. Dakle za postavljanje zahtjeva za poništenje ugovora dovoljna je sama činjenica da je sklapanje ugovora bilo suprotno odredbama posebnih zakona o obvezama obavješćivanja i slanja ponude ili da je ugovor sklopljen prije isteka roka unutar kojega su se ovlaštenici mogli izjasniti o tomu žele li svoje pravo koristiti.³⁵

Na specifičan način regulirano je pravo na pobijanje ugovora o kupoprodaji kojim je povrijeđeno pravo prvokupa najmoprimca. U ovom je slučaju, naime, objektivni rok vezan na uknjižbu prava vlasništva pa bi se moglo postaviti pitanje je li činjenica prijenosa prava vlasništva ipak pretpostavka za poništenje takvog ugovora. Zaštićeni najmoprimac, naime po ZNS-u može sudski zahtijevati da se prodaja poništi i da najmodavac pod istim uvjetima njemu proda stan u slučaju ako mu vlasnik nije stavio ponudu. Subjektivni rok za podnošenje tužbe zbog povrede prava prvokupa je 30 dana od kada je zaštićeni najmoprimac saznao za prodaju i uvjete prodaje.

³⁵ Posebnim je zakonima propisano: Ako vlasnik nekretnine u zaštićenom području proda svoju nekretninu, a da pri tome nije postupio u skladu s odredbama Zakona o obveznoj ponudi ovlaštenicima prava prvokupa i poštivanju rokova u kojima se oni mogu izjasniti o ponudi, ovlaštenici prava prvokupa imaju prvo zahtijevati poništenje ugovora (čl. 112/5. ZZP). Prodaja kulturnog dobra protivno odredbama ZZOKD, odnosno prodaja privatnog arhivskog gradiva protivno odredbi čl. 63. ZAGA dovoljan je razlog za podizanje tužbe za poništenje ugovora o kupoprodaji (čl. 39/1. ZZOKD i čl. 36/5. ZAGA). Sklapanje ugovora o kupoprodaji nekretnine protivno čl. 134. ZPUG-a (obveza stavljanja ponude na prodaju, zabrana prodaje prije isteka roka za odgovor na ponudu i zabrana prodaje po nižoj cijeni ili povoljnijim uvjetima ukoliko ponuda ne bude prihvaćena) razlog je za poništenje ugovora (čl. 135/1. ZPUG).

Objektivni rok za podnošenje tužbe ističe protekom šest mjeseci od dana izvršenog prijenosa u zemljišnim knjigama, dakle šest mjeseci od prijenosa prava vlasništva. Čini se da prijenos vlasništva ipak nije pretpostavka za pobijanje ugovora, već da je ovakav način računanja objektivnog roka propisan u želji da se izbjegnu mogućnosti izigravanja prava prvokupa neupisivanjem prijenosa prava vlasništva u zemljišnu knjigu dok ne proteknu rokovi u kojima se može zahtijevati pobijanje ugovora.³⁶

Posebni zakoni u pravilu samostalno propisuju rokove u kojima se može zahtijevati poništenje pravnih poslova kojima je povrijeđeno zakonsko pravo prvokupa, pri čemu neki zakoni propisuju samo objektivni rok, dok su drugima propisani i subjektivni rokovi. Osim ZNS-a prema kojemu objektivni rok ističe protekom šest mjeseci od upisa prijenosa prava vlasništva u zemljišne knjige, ostali posebni zakoni objektivne rokove za podnošenje zahtjeva za pobijanje ugovora računaju od trenutka sklapanja ugovora.³⁷

Računanje objektivnog roka za poništenje ugovora od trenutka njegova sklapanja, kako to propisuju ZPP, ZZOKD, ZAGA i ZPUG, može imati za posljedicu 'izigravanje' prava prvokupa na način da se vlasništvo prenese (nekretnine uknjižbom, odnosno pokretnina predajom u samostalan posjed) tek nakon proteka roka unutar kojega se može tražiti pobijanje. Kako kupoprodaja djeluje samo između stranaka koje su je ugovorile, nositelj prava prvokupa u pravilu neće ni moći saznati za ugovor dok se ne izvrši upis u zemljišne knjige, a ukoliko se upis izvrši nakon proteka objektivnog roka unutar kojega se može zahtijevati poništenje, ovlaštenik prava prvokupa bit će prekludiran u svom pravu. Zlouporaba prava moguća je i antidatiranjem ugovora. Naime, ZV propisuje u čl. 115/3. da pravni posao kojemu je cilj stjecanje vlasništva nekretnine, da bi bio valjan, treba uz ostale pretpostavke valjanosti biti u pisanom obliku. Ovjera potpisa na ugovoru nije potrebna za valjanost pravnog posla, već samo da bi se po pravilima zemljišnoknjižnog prava dopustila uknjižba prava vlasništva,

36 I u talijanskom pravu pravo na otkup (*diritto di riscatto*) počinje teći od trenutka transkripcije u registar nekretnina. GAZZONI, Francesco, op. cit., str. 873. Zanimljivo je, da je ovakav način računanja rokova za pobijanje ugovora kojim je povrijeđeno zakonsko pravo prvokupa, bilo predviđeno i Zakonom o prometu zemljišta i zgrada od 1955. godine (Zakon o dopunama Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Službeni list FNRJ, br. 19/55.) premda je značaj zemljišnih knjiga u to vrijeme počeo gubiti na važnosti.

37 Ugovor kojim je, zbog neobavješćivanja ili netočnog obavješćivanja, povrijeđeno pravo prvokupa na zaštićenom području prirode može se poništavati u subjektivnom roku od devedeset dana od saznanja za sklapanje ugovora, a najkasnije protekom pet godina od sklapanja ugovora o kupoprodaji (čl. 112/5. ZPP). Sklapanje ugovora suprotno odredbama Zakona o prostornom uređenju i gradnji razlog je za poništenje tog ugovora, koje se može tražiti unutar tri godine od njegova sklapanja (čl. 135. ZPUG). Zakon o arhivskom gradivu i arhivima također propisuje samo objektivni rok od pet godina od sklapanja ugovora unutar kojega nadležni državni arhiv ima pravo tužbom zahtijevati poništenje ugovora o kupoprodaji (čl. 36/5. ZAGA). Nositelji prava prvokupa na kulturnim dobrima mogu tužbom tražiti poništenje kupoprodajnog ugovora devedeset dana od saznanja za sklapanje ugovora kojim je povrijeđeno zakonsko pravo prvokupa, a najkasnije u roku od 5 godina od sklapanja ugovora i to samo pod uvjetom da zastupnik pravne osobe pred sudom izjavi da kupuje kulturno dobro po cijeni i uvjetima pod kojima je prodano (čl. 39/1-3. ZZOKD).

a može se tražiti neovisno o tomu kada je isprava sastavljena.³⁸ Iako nije prijeporno da je sklapanjem pravnog posla suprotno odredbama zakona povrijeđeno pravo prvokupa u obveznopravnom smislu, radi praktičnog ostvarenja ovog prava bilo bi *de lege ferenda* korisno izmijeniti način računanja objektivnih rokova za poništenje ugovora tako da se rokovi ne računaju od trenutka sklapanja ugovora nego protekom određenog vremena od podnošenja zahtjeva za upis u zemljišne knjige, kao što je to propisano u ZNS-u. Računanje rokova od trenutka upisa u zemljišne knjige pridonosi pravnoj sigurnosti i umanjuje mogućnosti izigravanja zakonskih odredaba o pravu prvokupa.³⁹

Osobe koje su ovlaštenici zakonskog prava prvokupa imat će pravo zahtijevati poništaj prodaje ukoliko nisu bili pisano obaviješteni o namjeravanoj prodaji i njezinim uvjetima. Dakle, za ponudu je propisan pisani oblik. Bit je obavješćivanja da ovlaštenik ima mogućnost pravovremeno reagirati i ostvariti svoje pravo.⁴⁰ Stoga se nameće pitanje bi li ovlaštenik prava prvokupa imao pravo zahtijevati poništenje ukoliko je o prodaji bio obaviješten usmeno. U teoriji nalazimo stajalište, da se ne vidi opravdanog interesa za postojanje pisanog oblika *ab supstantionem*, već da je takav oblik propisan *ab probationem*.^{41, 42}

Još se ranije postavilo pitanje na koji se način na mogućnost poništenja reflektira pravo vlasnika stvari da stvar proda ukoliko se ovlaštenik očitovao da ne želi konzumirati svoje pravo prvokupa ili kada je očitovanje izostalo. Naime, ovo nije regulirano niti jednim pozitivnopравnim propisom. Ova pravna praznina ne bi smjela ići na štetu vlasnika, pa smo skloni zaključiti da je vlasnik slobodan s predmetom prvokupa raspolagati od trenutka kada je dobio odluku o tomu da se ovlaštenik neće

38 Prema slovenskom Zakonu o urejanju prostora (Uradni list RS, br. 110/02.) vlasnik mora dobiti potvrdu općine da na nekretnini neće ostvarivati pravo prvokupa (čl. 87.). Notar ne smije ovjeriti potpis prodavatelja sve dok vlasnik ne priloži navedenu potvrdu (čl. 89/1.), a ugovori sklopljeni suprotno navedenim odredbama ništetni su. Zakon o notariatu, međutim ne propisuje odgovornost notara pri ovjeri potpisa, pa je pitanje hoće li (ako da, na temelju kojeg pravila) notar odgovarati za povredu prava prvokupa u ugovoru na kojem je ovjerio potpis. Zemljišnoknjižnom zahtjevu za upis mora biti priložen dokument iz kojega proizlazi da općina neće ostvarivati svoje pravo prvokupa (čl. 33. i 38. Zakona o zemljiški knjigi (Uradni list RS, br. 58/03., 45/08., 37/07. i 28/09.)). Vidjeti: TRATNIK, Matjaž, *Zakonita predkupna pravica solastnika nepremičnine*, Pravna praksa, br. 44, 2003., str. 13-14. Prema Zakonu o varstvu kulturne dediščine (Službeni list RS, br. 16/08., 123/08.) notar će ovjeriti potpis prodavatelja i kupca na kupoprodajnom ugovoru samo ako prodavatelj priloži izjavu ovlaštenika prava prvokupa da odustaje od ostvarivanja prava prvokupa (čl. 62/6.). Prodaja koja je suprotna zakonskim odredbama bit će ništetna osim ako je predmet kupoprodaje nekretnina – spomenik čije obilježje kulturnog dobra nije zabilježeno u zemljišnu knjigu (čl. 62/7.). Kontrolu jesu li ugovoru priloženi svi dokumenti, kojima se dokazuje da ovlaštenici nisu zainteresirani koristiti svoja prava, vrši zemljišnoknjižni sud (čl. 38. Zakona o zemljiških knjigi).

39 Kritika računanja rokova od trenutka sklapanja ugovora, što omogućava lako izigravanje prava prvokupa, iznesena je i kod: KAČER, Hrvoje, PERKUŠIĆ, Ante, op. cit., str. 140.

40 CIGOJ, Stojan, op. cit., str. 1566.

41 SLAKOPER, Zvonimir, op. cit., str. 715-716.

42 Za razliku od starog Zakona o obligacijskih razmerij, novi slovenski Obligacijski zakonik nema propisan obvezan pisani oblik za obavijest o namjeri i uvjetima prodaje.

koristiti pravom prvokupa pa dok ne proda u razumnom roku. Ovakvim stajalištem, kojim se, u nedostatku izričite odredbe, štite interesi vlasnika s druge strane, međutim, mogao bi biti oštećen opći interes, a radi kojega je zakonsko pravo prvokupa, u pravilu, i ustanovljeno. Moguće je, naime da ovlaštenici prava prvokupa u trenutku primanja ponude, iako zainteresirani za kupnju ponuđenog dobra, iz nekih objektivnih razloga nisu u mogućnosti ostvariti svoje pravo prvokupa, a da u nekom kasnijem trenutku ti razlozi otpadnu (protek vremena može utjecati na realnu vrijednost ponude, kao i na smanjenje ili povećanje kupovne moći novca⁴³).

Izostanak regulative u ovom dijelu bilo bi korisno otkloniti i propisati koliko vremena nakon dobivene izjave o nekorištenju prava prvokupa, ili nastupom kojih okolnosti, vlasnik prestaje biti slobodan u raspolaganju svojom stvari bez obveze ponovnog slanja ponude ovlaštenicima i s tim u vezi od kada, odnosno ispunjenjem kojih pretpostavki nastaju uvjeti za traženje poništenja.

Ukoliko je pravo prvokupa povrijeđeno jer ga je ostvario nositelj prava s kasnijim prvenstvenim redom, a prije isteka prekluzivnog roka unutar kojega se ovlaštenik mogao izjasniti o korištenju svojim pravom, analogijom bi valjalo primijeniti odredbu o povredi roka od strane treće osobe. Naime, onaj ovlaštenik koji ima raniji prvenstveni red imao bi pravo zahtijevati poništenje ugovora kojim je povrijeđeno njegovo pravo prvokupa.

Specifičnu odredbu, kada je riječ o formi ugovora, a koja se može tumačiti na dva bitno različita načina sadrži ZZOKD. U drugoj rečenici čl. 39/1. propisano je da tužbu za poništenje ugovora o prodaji kulturnog dobra može podnijeti svaki ovlaštenik prava prvokupa i kada ugovor nije sklopljen u pisanom obliku. Pisana forma Zakonom nije propisana kao pretpostavka valjanosti pravnog posla kada se radi o pokretninama, a kada su predmet kupoprodaje nekretnine pisana je forma nužna za valjanost ugovora po ZV-u. Nedostatak pisane forme sankcioniran je ništetnošću pravnog posla, a ne njegovom pobožnošću.⁴⁴ Odredba se može tumačiti i na način da je dozvoljeno zahtijevati poništenje ugovora neovisno o njegovoj formi, odnosno čak i ako nije u pisanoj formi. U tom je slučaju ova odredba nepotrebna jer ovlaštenik na to ima pravo po općim pravilima obveznog prava.⁴⁵ Moglo bi se čak reći da u ovom dijelu postoji prenormiranost, koja otvara mogućnosti različitih interpretacija, od kojih je jedna u suprotnosti s općim obveznopravnim i stvarnopravnim uređenjem, pa i samim ZZOKD-om, dok je druga suvišna.

ZZOKD propisuje još jedan specifičan način na koji se može izvršiti povreda prava prvokupa – prodajom kulturnog dobra na aukciji. Zakonom je propisna obveza organizatora aukcije da o početnim uvjetima prodaje te o mjestu i vremenu održavanja aukcije obavijesti ovlaštenike prava prvokupa. Zakonodavac je, međutim

43 Starija sudska praksa (noviju nismo uspjeli pronaći) nije bila ujednačena glede obveze ponovnog slanja ponude protekom određenog vremena. Vidjeti: ORLIĆ, Miodrag, op. cit., str. 1119-1120.

44 Tako JOSIPOVIĆ, Tatjana, *Posebni pravi režimi na nekretninama, Nekretnine u pravnom prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 53.

45 Tako KAČER, Hrvoje, PERKUŠIĆ, Ante, op. cit., str. 140.

propustio propisati sankciju za ovakvo ponašanje organizatora aukcije. Pitanje je, može li se po analogiji primijeniti odredba čl. 39. ZZOKD koja ovlašćuje nositelje prava prvokupa da podnesu tužbu za poništenje ugovora kada je vlasnik propustio obavijestiti ovlaštenike prava prvokupa ili odredba čl. 452/2. ZOO po kojoj ovlaštenik zakonskog prava prvokupa koji nije bio pozvan na prisilnu prodaju može zahtijevati njezino poništenje. S druge strane nameće se pitanje bi li se stjecatelj mogao pozvati na to da je stvar stekao u dobroj vjeri, u uvjerenju da je organizator aukcije uredno izvršio svoju obvezu obavješćivanja ovlaštenika zakonskog prava prvokupa.

3.2.1.1.2. Kumulacija zahtjeva za pobijanje ugovora i zahtjeva za sklapanje ugovora pod istim uvjetima

Iz samog smisla ustanove prava prvokupa proizlazi da zahtjev nositelja prava prvokupa nije usmjeren na poništenje ugovora, nego na to da on ostane valjan, ali da pravne učinke ne proizvodi između vlasnika i treće osobe, već da ovlaštenik prava prvokupa stupi na mjesto kupca i preuzima njegova prava i obveze, da pravni učinci kupoprodaje djeluju između vlasnika i nositelja prava prvokupa koji i postavlja zahtjev za preuzimanje ugovora.^{46, 47} Zakonodavac se pri donošenju ZOO-a nije odlučio za sankciju preuzimanja ugovora, već je u čl. 454. propisano da se zbog nepoštivanja ugovornog prava prvokupa može zahtijevati poništenje ugovora uz kojega mora biti kumulativno postavljen zahtjev za sklapanje ugovora pod istim uvjetima i po istoj cijeni pod kojima je bio sklopljen pobijani ugovor.

Samo dva zakona, koja uređuju materiju zakonskog prava prvokupa, propisuju obvezu istodobnog postavljanja zahtjeva za poništenje ugovora i prodaju stvari ovlašteniku prava prvokupa. Odredbom čl. 39/3. ZZOKD propisano je da nositelj prava prvokupa na kulturnom dobru može tražiti poništenje ugovora jedino pod uvjetom da svoje pravo prvokupa želi konzimirati, odnosno, jedino pod uvjetom da zastupnik pravne osobe, koja je nositelj prava prvokupa, izjavi da kulturno dobro kupuje po cijeni i pod uvjetima pod kojima je ono prodano. Obveza kumuliranja zahtjeva propisana je još jedino u ZNS-u. Zbog povrede prava prvokupa zaštićenog najmoprimca, najmoprimac može zahtijevati da se prodaja poništi i da najmodavac njemu pod istim uvjetima proda stan (čl. 45/1. ZNS).

46 Tako i KAČER, Hrvoje, op. cit., str. 415.: "Formulacija 'poništenje' nije znanstveno najispravnija i svakako bi trebalo dati prednost onoj prema kojoj se tužbom traži da raspolaganje prema tužitelju nema pravnog značenja.;" KAČER, Hrvoje, PERKUŠIĆ, Ante, op. cit., str. 125.

47 U teoriji se razlikuju dvije faze prava prvokupa. U prvoj se fazi govori o 'pravu prvenstva', odnosno o pravu nositelja prava prvokupa da pri kupoprodaji opterećene stvari ima prednost pred trećim osobama zainteresiranim za kupnju opterećene stvari. U slučaju povrede prava prvokupa, pravo prvokupa se pretvara u 'pravo otkupa', odnosno iz prava prvenstva mijenja se u 'pravo prekupa'. Tada govorimo o pravu prvokupa 'u širem smislu' kada ovlaštenik prava prvokupa može tražiti da se utvrdi da je ugovor o prijenosu bez pravnih učinaka o odnosu na njega te zahtijevati da mu se stvar ustupi po cijeni i uvjetima po kojima je bila otuđena. Pravo otkupa ili prekupa zapravo je sankcija za nepoštivanje prava prvenstva. Vidjeti: ORLIĆ, Miodrag, op. cit., str. 1120-1122.; STIPKOVIĆ, Zlatan, op. cit., str. 131.; KAČER, Hrvoje, op. cit., str. 401.

Određbe ZPUG-a, ZAGA, i ZZZP-a nemaju propisanu obvezu sklapanja ugovora od strane ovlaštenika prava prvokupa koji pobija ugovor. Smatramo da se u tom dijelu valja pozvati i supsidijarno primijeniti odredbu 454/1. ZOO-a u kojoj je propisano da se poništenje može zahtijevati jedino uz kumulativno postavljen zahtjev da se stvar proda nositelju prava prvokupa pod istim uvjetima. Ukoliko ovlaštenik prava prvokupa nije zainteresiran za sklapanje kupoprodajnog ugovora s istom cijenom i pod istim uvjetima pod kojim je sklopljen prvi ugovor, on nema pravnog interesa pobijati ugovor, pa stoga, po našem mišljenju, nema ni aktivnu legitimaciju za pokretanje parničnog postupka i njegov bi zahtjev za poništenje ugovora trebalo odbaciti ili odbiti. Zahtjev ovlaštenika prava prvokupa trebao bi biti usmjeren upravo na to da on, zbog činjenice što je ovlaštenik prava prvokupa, ima pravo na sklapanje ugovora. Poništenje ugovora, kojim je to njegovo pravo povrijeđeno, trebalo bi biti samo pretpostavka čije je ostvarenje nužno kako bi se ugovor mogao sklopiti i na temelju njega prenijeti vlasništvo.⁴⁸

Ukoliko bi, *de lege ferenda*, sankcija bila preuzimanje ugovora, umjesto njegovo pobijanje, izbjegla bi se potreba kumulativnog postavljanja zahtjeva za pobijanje i sklapanje novog ugovora pod istim uvjetima, kao i pitanje treba li se, u slučajevima kada kumulacija zahtjeva nije propisana posebnim zakonom, ona ipak zahtijevati supsidijarnom primjenom odredaba ZOO-a.⁴⁹

3.2.1.1.3. Odgovarajuća primjena odredaba ZOO-a

Posebni zakoni koji uspostavljaju zakonska prava prvokupa općenito posvećuju različitu pažnju njegovom reguliranju, pa tako i kada je riječ o sankcijama za povrede prava prvokupa. Stoga, u slučajevima kada je zakonodavac propustio posebno regulirati sankcije za povrede prava prvokupa, podredno treba primijeniti *lex generali* (čl. 455/4. ZOO). Do odgovarajuće će primjene odredaba ZOO-a doći u slučaju povrede prava prvokupa u postupku prodaje poljoprivrednog zemljišta i ukoliko se pravo prvokupa povrijedi prodajom vodnog dobra.

Postupak prodaje privatnog poljoprivrednog zemljišta, koje se nalazi izvan granica građevinskog područja, provodi jedinica lokalne samouprave uz nadzor Agencije (čl. 81.-85. ZPZ). Prodaja poljoprivrednog zemljišta u državnom vlasništvu također se vrši po Zakonom propisanom postupku (čl. 26.-53. ZPZ). Pravni poslovi

48 Tako i SLAKOPER, Zvonimir, op. cit., str. 714.

49 Zakonsko pravo prvokupa je u talijanskom pravu uređeno na način da vlasnik stvari s trećim sklapa ugovor o kupoprodaji i o tome mora obavijestiti ovlaštenika prava prvokupa (*denuntiatio*) koji u zakonom određenom roku može preuzeti ugovor s onim sadržajem s kojim je bio ugovoren s trećim, a s pravnim učinkom *ex tunc*. Ugovor o kupoprodaji sklopljen je pod suspenzivnim uvjetom, odnosno pod uvjetom da ovlaštenici prava prvokupa ne iskoriste to svoje pravo. U slučaju povrede prava prvokupa, ovlaštenik ima pravo 'otkupa' (*diritto di riscatto*) stvari od stjecatelja i njegovih sljednika pri čemu se ne sklapa novi ugovor nego dolazi do supstitucije *ex tunc*. Vrijeme u kojem se može ostvariti pravo otkupa varira ovisno o tomu koje je zakonsko pravo prvokupa povrijeđeno. GAZZONI, Francesco, op. cit., str. 872-874.; CRIVELLARI, Federico, op. cit., str. 452., 453.

o otuđenju poljoprivrednog zemljišta, sklopljeni bez poštivanja obveze iz čl. 81/2. da se ponuda dostavi jedinici lokalne samouprave i Gradu Zagrebu, nišetni su. Zakon, međutim ne propisuje sankciju za povrede prava prvokupa do kojih može doći u postupku prodaje, koji provodi jedinica lokalne samouprave ili Grad Zagreb, pa će se u tom slučaju primjenjivati odredbe ZOO-a. Ugovor o kupoprodaji poljoprivrednog zemljišta bit će pobojan ukoliko nositelji prava prvokupa nisu bilo točno obaviješteni o cijeni i uvjetima prodaje postignutim u postupku prikupljanja ponuda iz čl. 82/2. ZPZ-a ili je ugovor sklopljen prije isteka roka unutar kojega su mogli prihvatiti ponudu (a koji nije propisan Zakonom), kao i ako u postupku nije poštivan prvenstveni red propisan Zakonom. Sve ovo pod uvjetom, da je uz tu povredu ispunjena pretpostavka prijenosa prava vlasništva koja je potrebna zbog supsidijarne primjene pravila 454. ZOO-a. U slučaju povrede njihovog prava prvokupa, poništenje ugovora o kupoprodaji mogu zahtijevati jedino uz kumulativno postavljen zahtjev za sklapanje novog ugovora o kupoprodaji pod istim uvjetima.

Još jedan zakon nije propisao sankcije i rokove u kojima se može štititi nositelj prava prvokupa u slučaju njegove povrede, a to je ZoV. Stoga će i u slučaju povrede zakonskog prava prvokupa na vodnom dobru doći do primjene odredaba ZOO-a. Republika Hrvatska, koja je jedini ovlaštenik zakonskog prava prvokupa vodnog dobra, moći će tražiti poništenje ugovora o kupoprodaji jedino ako su kumulativno ispunjene dvije pretpostavke – da je ugovor sklopljen bez ispunjenja obveza potpunog i točnog obavješćivanja i bez stavljanja ponude za kupnju Republici Hrvatskoj te da je na temelju tog ugovora izvršen prijenos prava vlasništva. Pored zahtjeva za poništenje ugovora, Republika mora postaviti i zahtjev da se stvar njoj proda po istoj cijeni i pod istim uvjetima pod kojima je prodana trećoj osobi. Zahtjev za poništenjem ugovora o kupoprodaji Republika može postaviti u roku od šest mjeseci od saznanja za prijenos, odnosno uvjete prodaje, a najkasnije protekom objektivnog roka od pet godina od prijenosa vlasništva.

Odredbe ZOO primijenit će se i na simulirane pravne poslove. Prikrivena kupoprodaja stvari opterećene zakonskim pravom prvokupa proizvodit će pravne učinke među ugovornim stranama ukoliko to dopuštaju odredbe posebnog propisa koji uređuje pojedino zakonsko pravo prvokupa (čl. 285/1-2. ZOO), ali bi ugovor bio pobojan zbog neobavješćivanja nositelja prava prvokupa, i to u rokovima propisanim u posebnom zakonu koji povrijeđeno zakonsko pravo prvokupa uređuje, odnosno ukoliko posebnim propisom nije ništa propisano, tada supsidijarnom primjenom rokova iz ZOO-a.

3.2.1.1.4. Poništenje prisilne prodaje

Slučajevi u kojima ovršni sud propusti poslati poziv na javnu dražbu osobama koje imaju upisano pravo prvokupa predstavljaju povredu prava prvokupa (čl. 90/7. OZ), kao i propuštanje pozivanja ovlaštenika prava prvokupa da se očituje o korištenju svoga prava kada se nekretnina prodaje neposrednom pogodbom. U tim slučajevima ovlaštenik zakonskog prava prvokupa ima na temelju odredbe čl. 452/2.

ZOO-a pravo zahtijevati poništenje prisilne prodaje.

I ovdje se, kao i kod poništenja prisilne prodaje zbog povrede upisanog ugovornog prava prvokupa nameće nekoliko pitanja: ima li ovlaštenik prava prvokupa pravo zahtijevati poništenje prisilne prodaje ukoliko je za nju saznao na vrijeme da se pripremi, ali nije bio posebno pozvan;⁵⁰ u kojem opsegu može zahtijevati poništaj javne prodaje ako se u istom postupku prodavalo više stvari, te postoji li obveza kumulativnog postavljanja zahtjeva za sklapanje ugovora pod istim uvjetima. Odgovori na ova pitanja također se podudaraju s onima kada je poništenje prisilne prodaje zahtijevano radi povrede ugovornog prava prvokupa. Dovoljno je, po našem mišljenju, da je ovlaštenik saznao za prisilnu prodaju na vrijeme da odluči želi li konzumirati svoje pravo i koja je gornja granica cijene koju je spreman prihvatiti. Nadalje, ukoliko je obavijest izostala, a nije za prodaju saznao niti drugim putem imao bi pravo zahtijevati poništenje samo onog dijela javne prodaje u kojem bi mogao ostvariti svoje pravo prvokupa. I konačno, kumulaciju zahtjeva za sklapanje ugovora pod istim uvjetima smatramo nužnom, posebice iz razloga zaštite interesa vjerovnika, kojima bi u slučaju da se dopusti samo poništenje prodaje zasigurno bila nanesena šteta, a to je nedopustivo.

Kada se u ovršnom postupku prodaju kulturna dobra ZZOKD-om je propisana dužnost suda da obavijesti ovlaštenike prava prvokupa o uvjetima prodaje. Zakonodavac je, međutim, propustio propisati sankciju za takvo postupanje suda. Budući da se kulturna dobra upisuju u Registar, javnu knjigu koju vodi Ministarstvo kulture (čl. 14/1-2. ZZOKD), mišljenja smo, da bi se i u navedenom slučaju moglo zahtijevati poništenje javne prodaje i to odgovarajućom primjenom odredbe čl. 452/2. ZOO-a, kojom je propisano da ovlaštenik, čije je pravo upisano u javnoj knjizi, može zahtijevati poništaj javne prodaje, ako nije bio posebno pozvan da joj pristupi.

Posebno rješenje, kada je riječ o ovom pitanju, predviđeno je u ZO-om kojim je propisana ništetnost ugovora o kupoprodaji sklopljenog protivno članku 35.a ovoga Zakona, pa i u slučaju prodaje u ovršnom i stečajnom postupku. Doseg je ove odredbe ograničen, prema našem mišljenju, jedino na slučajeve kada je prodaja izvršena neposrednom pogodbom. Kada se prodaja vrši javnom dražbom, ne postoji ugovor (koji bi se mogao oglasiti ništetnim), već sud donosi rješenje o dosudi nekretnine. Stoga se ne bi mogla utvrđivati ništetnost ugovora, nego bi se eventualno moglo podnijeti tužbu na utvrđenje ništetnosti sudske odluke o dosudi, a što procesna pravila ovih postupaka ne predviđaju.

3.2.1.2. Ništetnost

Ništetnost je propisana kao sankcija za sve oblike nepoštivanja zakonskog prava prvokupa u ZO-u. Pored ZO-a sankcija ništetnosti propisana je i ZPZ-om, ali na nešto drugačiji način. Ništetnost se, naime ne predviđa neposredno i izričito zbog nepoštivanja prava prvokupa, već zbog nepoštivanja zakonom propisanog postupka prodaje poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu izvan granica građevinskog

područja. Sankcija ništetnosti propisana je ZZP-om, ali na vrlo reduciran način, koji je bliži pojmu pobjnosti.⁵¹

Ugovor o kupoprodaji nekretnina na otočićima na kojima postoji pravo prvokupa po čl. 35.a ZO-a, koji je sklopljen bez prethodno upućene ponude ovlaštenicima zakonskog prava prvokupa, ništetan je, kao i ugovor o kupoprodaji sklopljen s trećim ukoliko su cijena i uvjeti prodaje za kupca povoljniji od onih navedenih u ponudi koja nije prihvaćena u zakonom propisanim rokovima (čl. 35.b/2. ZO).

Obveza vlasnika da nekretninu koju prodaje ponudi ovlaštenicima prava prvokupa postoji i u slučajevima kada se njihovo otuđenje vrši na temelju darovnih ugovora, unošenjem nekretnine kao uloga u trgovačko društvo, u ovršnim i stečajnim postupcima te postupcima stjecanja fiducijarnog vlasništva (čl. 35.a/3. ZO). Ukoliko bi ovi ugovori bili sklopljeni suprotno odredbama čl. 35.a i 35.b/1., dakle bez prethodne ponude ovlaštenicima prava prvokupa, odnosno predmet prvokupa prodan po cijeni ili pod uvjetima povoljnijim od onih navedenih u ponudi, i oni bi bili ništetni. Ovakva odredba praktički znači da predmet prvokupa nije moguće darovati (osim obdarenicima iz prvog nasljednog reda), jer čak ukoliko ovlaštenici i nisu zainteresirani za kupnju nekretninu po tržišnoj cijeni (odnosno ponuđenoj cijeni) vlasnik je ne može darovati jer bi ugovor u tom slučaju bio sklopljen pod povoljnijim uvjetima, nego što je bilo navedeno u ponudi. Navedenom je odredbom polje primjene pravila o zakonskom pravu prvokupa na otocima znatno prošireno, čak i na neke institute koji su s tim pravom apsolutno nespojivi (darovanje, stjecanje fiducijarnog vlasništva), kao i na postupke prisilne naplate, koji uopće nisu raspolaganja vlasnika, nego ih provodi sud.⁵² Time je učinjen znatan otklon od uobičajenog, tradicionalnog, jezičnog i logičkog poimanja prava prvokupa po kojemu je to pravo vezano uz ugovor

51 U slovenskom pravu sankcija ništetnosti propisana je za ugovore koji su sklopljeni protivno odredbama Zakona o urejanju prostora (čl. 89/4.) i Zakona o varstvu kulturne dediščine (čl. 62/7.).

52 O dvojzanim vezanim uz širenje polja primjene prava prvokupa, posebice na ugovor o darovanju vidjeti: KAČER, Hrvoje, op. cit., str. 410.; CRNIĆ, Jadranko, Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, Zagreb, 1997., str. 54-61.

o kupoprodaji.^{53, 54}

Na ništetnost se može pozivati svaka zainteresirana osoba (čl. 327. ZOO). To će prvenstveno biti nositelji prava prvokupa (Republika Hrvatska, županija i grad/općina na čijem se području nekretnina nalazi) i ugovaratelji. Pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti izričito je propisano i za državnog odvjetnika (čl. 327/2. ZOO), a i sud na ništetnost pazi po službenoj dužnosti. Otoci su, nesporno je, dobra od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku, no sankcija ništetnosti ugovora, kojima je povrijeđeno pravo prvokupa, čini nam se prestroga.⁵⁵ Svrha je prava prvokupa da ovlaštenik, koji je imao namjeru realizirati svoje pravo, dođe u poziciju da to i učini, a ne da mu se ta mogućnost uskraćuje stoga što mu ponuda uopće nije bila upućena ili su cijena i uvjeti u njoj bili netočni, pa je u tome i *ratio* sankcije. S druge strane, ukoliko ovlaštenici zakonskog prava prvokupa nisu zainteresirani za

53 Opširnije o tome vidjeti: TUHTAN GRGIĆ, Iva, op. cit., str. 389-402. i tamo citiranu literaturu.

54 U slovenskom je zakonodavstvu, teoriji i praksi zauzeto stajalište da se zakonsko pravo prvokupa može ostvariti samo u slučaju kupoprodaje (dobrovoljne i prisilne): CIGOJ, Stojan, op. cit., str. 1555. i 1563.; JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, Obligacijski zakonik s komentarjem, 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana, 2004., str. 329.; JUHART, Miha, Zakonita..., op. cit. Po Zakonu o urejanju prostora pravo prvokupa se ne primjenjuje čak ni u slučaju prodaje nekretnine bračnom ili izvanbračnom drugu, srodniku u uspravnoj liniji, posvojitelju ili posvojeniku (čl. 86.). U njemačkoj je teoriji također zauzet stav da se pravo prvokupa ne može ostvarivati u slučaju darovanja. Vidjeti: STAUDINGER, op. cit., str. 637.; PALANDT, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ertgänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2002., str. 1370. Štoviše, pravo prvokupa najmoprimca isključeno je u slučaju kada najmodavac prodaje stambene prostorije članovima obitelji ili članovima njegovog kućnog domaćinstva (čl. 577/1. BGB). Pravo prvokupa je isključeno i u postupcima prisilne prodaje u njemačkom pravu (§ 471 BGB-a). U talijanskom pravu je polje primjene zakonskog prava prvokupa različito uređeno pojedinim posebnim zakonima. Pravo prvokupa poljoprivrednog zemljišta (*la prelazione agraria*) je isključeno u slučaju zamjene, prisilne prodaje, likvidacije, stečaja, izvlaštenja u javnom interesu, kao i u slučaju prodaje zemljišta koje prema prostornom planu predviđeno za neku drugu namjenu (L. 26. maggio 1965.). Pravo prvokupa kulturnih dobara (*la prelazione artistica*) može se ostvariti u svim slučajevima naplatnog otuđenja (art. 60 Codice dei beni culturali, D.Lgs 22. gennaio 2004, n. 42); *la prelazione urbana* može se ostvariti u slučajevima naplatnog otuđenja (art. 38. L. 27. luglio 1978, n. 392.), kao i *la prelazione abitativa* (art. 3. L. 9. dicembre 1998, n. 431.); *la prelazione prevista in tema di edilizia residenziale pubblica* može se ostvariti samo u slučaju kupoprodaje (L. 24. dicembre 1993, n. 560). Vidjeti: CRIVELLARI, Federico, op. cit. Suglasnost postoji glede neprimjenjivosti prava prvokupa u slučaju darovanja budući da je taj institut nekompatibilan s pravom prvokupa, kao i za postupke prisilne prodaje. Vidjeti: TRIOLA, Roberto, *La prelazione legale e volontaria*, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, 2007., str. 211-212.; CIAN, Giorgio, TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice civile*, 6^a edizion, tomo primo, CEDAM, 2003., str. 566.

55 U talijanskom pravu sankcija ništetnosti propisana je na jedan neobičan način za slučaj otuđenja kulturnih dobara. Pravni posao o otuđenju je ništetan, ali se na ništetnost može pozivati samo Država, budući da je ta sankcija propisana samo u njezinom interesu. Pravo prvokupa Država može ostvariti bez vremenskog ograničenja, pri čemu je utvrđenje ugovora ništetnim pretpostavka za ostvarenje tog prava. Ukoliko Država postavi zahtjev da se utvrdi ništetnost, postavljanje zahtjeva za vršenje prava prvokupa je samo fakultativno. Tako MANSI, Antonio, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, terza edizione interamente rifatta, CEDAM, Padova, 2004., str. 259., 291-294.

kupnju nekretnina (a najčešće nisu⁵⁶) nema ni pravnog interesa za sankcioniranje nepoštivanja prava prvokupa. Državni odvjetnik nije ovlašten stavljati zahtjev za sklapanje ugovora, jer ne predstavlja nositelja prava prvokupa. Pitanje je, čak, postoji li obveza kumulativnog postavljanja zahtjeva u slučaju kada utvrđenje ništetnosti zahtijeva neki od nositelja prava prvokupa. *De lege ferenda* mišljenja smo da bi svrha sankcije trebala biti ispravljanje povrede prava prvokupa i mogućnost ostvarivanja toga prava. Taj se cilj može postići propisivanjem sankcije poboynosti uz kumulativno postavljen zahtjev za sklapanje novog ugovora ili sankcije preuzimanja ugovora pod istim uvjetima.

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu je za prodaju poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu propisan poseban postupak koji provode jedinice lokalne samouprave, u ime i za račun Agencije (čl. 81/1. ZPZ). Pravni poslovi, sklopljeni bez dostave ponude jedinici lokalne samouprave i Gradu Zagrebu, ništetni su. Ako je, dakle privatno poljoprivredno zemljište prodano bez takve obavijesti, pa nije proveden Zakonom propisan postupak prodaje, ugovor je ništetan i na njegovu se ništetnost mogu pozivati svi zainteresirani, pa tako i nositelji prava prvokupa (čl. 81/3. ZPZ). Ovdje, međutim, ne bi bilo moguće kumulirati zahtjev za sklapanje ugovora pod istim uvjetima, već bi se u slučaju da je vlasnik i dalje zainteresiran za prodaju zemljišta, morao provesti Zakonom propisan postupak.

Zakon o zaštiti prirode u čl. 112/6. posebno propisuje sankciju ništetnosti za ugovore o kupoprodaji nekretnine kada je taj 'ugovor sklopljen u obliku darovanja ili kada su visina cijene ili uvjeti prodaje prividni, a stvarna cijena i uvjeti povoljniji za kupca'. U tim slučajevima Republika Hrvatska, županija ili Grad Zagreb mogu u subjektivnom roku od devedeset dana i objektivnom roku od pet godina zahtijevati utvrđivanje ništetnosti takvih ugovora o kupoprodaji nekretnine u zaštićenom području. Iako ZZP koristi termin "utvrditi ništavost", dakle terminološki predviđa strožu sankciju za navedene povrede, suprotno općim pravilima građanskog prava propisuje rokove i osobe koje su aktivno legitimirane tražiti utvrđivanje ugovora ništetnim. Štoviše, rokovi su isti kao i za pobijanje ugovora zbog neobavješćivanja, a krug aktivno legitimiranih osoba je čak uži. Naime, gradovi i općine na čijem se području nalazi nekretnina (i koji su također nositelji prava prvokupa po čl. 112/1. ZZP-a i mogu zahtijevati poništenje ugovora iz st. 5.) nisu ovlašteni zahtijevati utvrđenje ništetnosti. To pravo nemaju ni ostali zainteresirani subjekti, a pitanje je bi li sud na ovu ništetnost bio dužan paziti po službenoj dužnosti, kao što to propisuje ZOO. Ništetnost propisana ZZP-om upravo je zbog tih značajki (ograničen broj osoba i rok u kojem se može tražiti utvrđenje ništetnosti) toliko reducirana da je bliža pojmu poboynosti. Protekom rokova u kojima se može tražiti utvrđenje ništavosti, pravni poslovi se osnažuju što je još jedna osobina poboynih ugovora. Stoga bi se mogao zastupati, po našem mišljenju neprihvatljiv stav, da je protekom navedenih

56 Prema dopisu Ministarstva mora, prometa i infrastrukture od 26. rujna 2008, Klasa: 050-30/08-01/336; urbroj: 530-06-08-2 od do tada zaprimljenih 57 ponuda za prodaju nekretnina po odredbama ZO-a, samo su dva zahtjeva 'izglednog prvokupa', ali tek nakon utvrđenja granice pomorskog dobra.

rokova došlo do konvalidacije prvotno ništetnog pravnog posla budući da je ugovor u cijelosti ispunjen, a navedena zabrana manjeg značenja (326/2. ZOO).

Zanimljivo je da ZZP propisuje da se može utvrditi ništetnost ugovora o kupoprodaji samo kada je 'sklopljen u obliku darovanja i kada su visina cijene i uvjeti prividni', a ne i kada je simuliran neki drugi pravni posao. Mogućnost utvrđivanja ništetnosti prikrivenog ugovora još je jedno odstupanje od općeg obveznopravnog uređenja. Kada bi se sklopio neki drugi pravni posao radi prikrivanja kupoprodaje trebala bi se primijeniti opća pravila ZOO-a o simuliranim poslovima (čl. 285. ZOO). Stoga, ako bi kupoprodaja bila prikrivena nekim drugim simuliranim pravnim poslom, prikrivena kupoprodaja zaštićenog dijela prirode proizvođača bi pravne učinke među ugovornim stranama u mjeri koliko to dopušta ZZP. Odnosno, ugovor bi bio pobojan zbog neobavješćivanja nositelja prava prvokupa o prodaji, i to u subjektivnom roku od 90 dana od saznanja za sklapanje ugovora i objektivnom roku od 5 godina (čl. 112/1. ZZP).

Postojanje dvostrukog režima sankcija za simulirane poslove nema nikakvog opravdanog razloga. Mišljenja smo da je odredba čl. 112/6. ZZP-a nepotrebna i nomotehnički vrlo loše sročena te da je *de lege ferenda* treba izmijeniti na način da se uskladi s općim obveznopravnim pravilima o simuliranim pravnim poslovima.⁵⁷

I ovdje se nameće pitanje može li se u slučaju, kada se zahtijeva utvrđenje ništetnosti kupoprodajnog ugovora po čl. 112/6. ZZP, i treba li se kumulativno postaviti zahtjev za sklapanje ugovora po uvjetima pod kojima je bio sklopljen ugovor o kupoprodaji, tim više što su sankciju utvrđenja ništetnosti ovlašteni tražiti samo nositelji prava prvokupa. Postavljanje takvog zahtjeva bilo bi nužno radi ostvarenja svrhe instituta prava prvokupa.

3.2.2. Prekršajne sankcije

Institut zakonskog prava prvokupa najčešće je propisan za dobra koja su od značaja za širu zajednicu, od općeg ili javnog interesa, a postupanja, kojima se nanosi šteta općem interesu, u pravilu su sankcionirana prekršajnim sankcijama. Nepoštivanje zakonskog prava prvokupa uvijek je sankcionirano građanskopravnim sankcijama, ali neki zakoni pored toga propisuju i prekršajne kazne.

Odredbom čl. 116/1/4. ZZOKD-a propisano je da će se novčanom kaznom u iznosu od 20.000,00 do 200.000,00 kn kazniti za prekršaj osoba koja ne ponudi pravo prvokupa sukladno čl. 37. Zakona,⁵⁸ dok će se imatelj privatnoga arhivskog gradiva, koji prilikom prodaje gradiva ne postupi prema odredbama članka 36. ZAGA, kazniti za prekršaj novčanom kaznom od 5.000,00 do 20.000,00 kn.

57 Stari Zakon o zaštiti prirode sadržavao je sličnu odredbu kojom su također izvršena znatna odstupanja od općeg obveznopravnog uređenja i taj je tekst bio izložen kritici. Vidjeti: JOSIPOVIĆ, Tatjana, Posebni ..., op. cit., str. 38-39.

58 Novčana kazna je predviđena i u talijanskom pravu u slučaju povrede obveze obavijesti o otuđenju kulturnog dobra (art. 173., Legge n. 1089 da l. giugno 1939.). Vidjeti MANSI, Antonio, op. cit., str. 256-257.

Zakon o zaštiti prirode, također, propisuje prekršajnu sankciju za osobu koja ne dostavi ponudu za prodaju nekretnine po pravu prvokupa na način propisan Zakonom ili proda nekretninu koja se nalazi na zaštićenoj prirodnoj vrijednosti drugoj osobi po cijeni koja je niža od cijene navedene u ponudi ovlaštenicima prava prvokupa (čl. 195/1. ZZP). Sankcija za navedene prekršaje je novčana kazna u iznosu od 25.000,00 do 200.000,00 kn ukoliko se radi o pravnoj osobi, odnosno od 7.000,00 do 30.000,00 kn ukoliko se radi o fizičkoj osobi i odgovornoj osobi u pravnoj osobi (st. 2.).

4. Sankcioniranje povreda prava prvokupa u slučajevima konkurencije više prava prvokupa

Zakonodavac za određene kategorije stvari predviđa pravo prvokupa, jer smatra da je od javnog interesa da takve stvari budu u vlasništvu ovlaštenika prava prvokupa. Nerijetko se događa da je jedna stvar (najčešće nekretnina) opterećena s više prava prvokupa. Ukoliko se radi o konkurenciji ugovornog i zakonskog prava prvokupa, zakonsko je pravo prvokupa 'jače'.⁵⁹ Međutim, ukoliko se radi o konkurenciji više zakonskih prava prvokupa rješenja su vrlo složena. Naime, zbog relativno velikog broja propisa kojima je ustrojeno osnivanje zakonskog prava prvokupa i zbog međusobno neusklađenih odredaba pojedinih zakona, kao i zbog neusklađenosti s općim pravilima stvarnog i obveznog prava postavljaju se brojna pitanja na koji način riješiti konkurenciju više prava prvokupa.⁶⁰ Na ovom ćemo se mjestu usredotočiti samo na problematiku konkurencije više prava prvokupa u segmentu povreda i sankcija zbog nepoštivanja tog prava.

Složenost ove teme pokušat ćemo izložiti na praktičnim primjerima.

Prodavatelj je vlasnik nekretnine koja se nalazi na otočiću u sklopu Nacionalnog parka Brijuni i nekretnina je opterećena s tri zakonska prava prvokupa – zbog toga što se nekretnina nalazi na otočiću - na temelju ZO-a, kao zaštićeni dio prirode po ZZP-u te kao kulturno dobro po ZZOKD. Vlasnik istodobno pošalje svim ovlaštenicima

59 STIPKOVIĆ, Zlatan, op. cit., str. 153. Takvo je stajalište i slovenske teorije i sudske prakse: VRENČUR, Renato, op. cit., str. 1566.; CIGOJ, Stojan, op. cit., str. 1577.

60 Na problematiku konkurencije više zakonskih prava prvokupa i potrebu usklađivanja propisa koji uređuju materiju zakonskog prava prvokupa ukazivalo se i u starijoj, jugoslavenskoj literaturi: CIGOJ, Stojan, op. cit., str. 1575-1577. i tamo citirana literatura. Problematika se često raspravlja i u novijoj slovenskoj pravnoj teoriji: VRENČUR, Renato, op. cit., str. 1567-1573.; JUHART, Miha, P LAVŠAK, Nina, op. cit., str. 332-333. Slovenski Zakon o varstvu kulturne dediščine (Uradni list RS, št. 16/08.) sadrži odredbu kojom se uređuje odnos tog prava prvokupa prema drugim zakonskim pravima prvokupa, na način da zakonsko pravo prvokupa kulturnog dobra ima prednost pred svim ostalim, izuzev prava prvokupa koje ima država na zaštićenim područjima prirode (čl. 62/8.). Po Zakonu o vodah (Uradni list RS, št. 67/02. i 57/08.) lokalna zajednica ima, neovisno o prvenstvenom redu propisanom po drugim zakonima, prvenstvo u ostvarivanju prava prvokupa priobalnih zemljišta kontinentalnih voda kada je to potrebno radi omogućavanja opće uporabe voda (čl. 16/7.). U ostalim slučajevima prodaje priobalnih zemljišta prvenstvo, ponovno neovisno o odredbama drugih zakona o prvenstvenom redu, ima država (čl. 22/4.). U talijanskoj teoriji vidjeti: TRIOLA, Roberto, op. cit., str. 76-81., 153-154., 183-185.

prava prvokupa obavijest i ponudu za kupnju. Rok u kojem se nositelji zakonskog prava prvokupa moraju izjasniti ukoliko žele koristiti svoje pravo prvokupa određen je svakim od ovih zakona drugačije. Prema odredbama ZO-a svaki od ovlaštenika – Republika Hrvatska, županija i grad ili općina imaju po 30 dana od primitka ponude za očitovanje žele li pravo prvokupa konzumirati ili ne, s time da je vlasnik dužan sukcesivno slati ponude (čl. 35.a st. 1. ZO). Prema ZZP-u ovlaštenici su isti, također se moraju sukcesivno obavješćivati, ali svaki od njih ima za očitovanje o ponudi rok od 60 dana od primitka ponude. Prema ZZOKD ovlaštenici zakonskog prava prvokupa su isti kao i po ZO-u i ZZP-u, ali je drugačiji red prvenstva za ostvarenje prava prvokupa – grad ili općina imaju prednost u odnosu na županiju, a na posljednjem je mjestu Republika Hrvatska (čl. 37/2. ZZOKD). Vlasnik je dužan ponudu poslati svim ovlaštenicima istodobno, a oni se o ponudi moraju očitovati u roku od 60 dana od primitka pisane ponude (čl. 37/1. i 3 ZZOKD). Premda su ovlaštenici u ovim zakonima isti, valja imati na umu da odluke o konzumiranju ili nekonzumiranju prava prvokupa donose različita ministarstva, odnosno različita tijela u županiji koja je ovlaštenik prava prvokupa.

Ukoliko općina ili grad na čijem se području nalazi nekretnina odluči iskoristiti svoje pravo prvokupa koje ima po ZZOKD, može li vlasnik s tom pravnom osobom sklopiti ugovor odmah po primitku pozitivnog očitovanja ili mora čekati očitovanja svih ovlaštenika prava prvokupa. Odnosno, ukoliko sklopi ugovor hoće li se ovlaštenici po ZO-u moći pozivati na nišetnost, odnosno ovlaštenici prava prvokupa po ZZP-u tražiti pobijanje ugovora? Mišljenja smo da u ovom slučaju ovlaštenici ne bi mogli tražiti poništenje, odnosno utvrđivati nišetnost jer su sva zakonska prava prvokupa ‘jednako jaka’, pa onaj koji je prvi odgovorio na ponudu ima pravo na sklapanje ugovora – *prior tempore potior iure*.⁶¹ Pitanje je, nadalje, kakva bi bila situacija u slučaju da je vlasnik sklopio ugovor s općinom ili gradom – ovlaštenikom po ZZOKD, a da nije ponudu poslao ovlaštenicima prava prvokupa po ZO-u i ZZP-u. Takav bi ugovor po odredbama ZO-a bio nišetan, pa kada bi neki od ovlaštenika po ZZP-u zahtijevali poništenje, sud bi bio ovlašten po službenoj dužnosti utvrditi njegovu nišetnost. Pitanje je bi li u tom slučaju mogao udovoljiti drugom dijelu kumulativno postavljenog zahtjeva – da taj ovlaštenik sklopi kupoprodajni ugovor pod istim uvjetima. Ovdje je potrebno ponovo izraziti neslaganje sa sankcijom koju propisuje ZO i kojom se ne ostvaruje svrha zbog koje je zakonsko pravo prvokupa uopće kao institut predviđeno – da onaj tko je ovlaštenik ima prvenstveno pravo kupiti stvar. U slučaju da ponuda nije bila poslana jedino ovlaštenicima prava prvokupa po ZZP-u, ugovor bi, po odredbi čl. 112/5. ZZP-a bio pobojan budući da ovlaštenici nisu bili obaviješteni o prodaji, međutim pitanje je kako bi sud presudio – koji od ovlaštenika ima pravo na ostvarenje svoga prava prvokupa, odnosno tko ima prvenstveno pravo sklopiti ugovor o kupoprodaji po navedenim uvjetima. Nadalje, da li bi situacija bila drugačija da je vlasnik ugovor sklopio sa županijom (po ZZOKD), koja je druga u prvenstvenom redu, a prije nego što je po drugim zakonima za ovlaštenike koji

61 Pitanje je bi li se moglo tumačiti da je ZZP *lex specialis*, a da su ZO i ZZOKD *lex specialissime*, pa u tom slučaju prednost dati ovim potonjima.

su prvi u prvenstvenom redu nastupila prekluzija. Pitanje je da li bi u tom slučaju Republika Hrvatska, koja je prvi ovlaštenik po ZO-u i ZZP-u, mogla zahtijevati pobijanje ugovora ili bi morala zahtjev postaviti na utvrđenje ništetnosti ugovora?

Konkurencija više zakonskih prava prvokupa može biti problematična i u odnosu na rokove unutar kojih se mogu tražiti sankcije za ugovor kojim je povrijeđeno pravo prvokupa. Ukoliko je nekretnina koja se prodaje vodno dobro i ujedno zaštićeni dio prirode, primjerice nekretnina u Kopačkom ritu, a ovlaštenici prava prvokupa nisu bili obaviješteni o prodaji, oni će moći zahtijevati sankcioniranje povrede prava prvokupa. Republika Hrvatska je ovlaštenik po ZoV-u, a prema ZZP ovlaštenici su pored Republike i županija i grad ili općina na čijem se području nekretnina nalazi. Republika Hrvatska je ovlaštenik prava prvokupa po oba zakona pa će pobijanje moći zahtijevati po odredbama ZZP-a u roku do devedeset dana od saznanja za sklapanje ugovora i u objektivnom roku od 5 godina (čl. 112/5. ZZP). Ukoliko ne zatraže pobijanje istekom navedenih rokova ovlaštenici će biti prekludirani u svom pravu. Moguće je da se na temelju tog ugovora, nakon što isteknu rokovi u kojima se može ugovor pobijati po odredbama ZZP-a, zatraži upis u zemljišne knjige. Od trenutka podnošenja zahtjeva za upis, odnosno prijenosa vlasništva, počinju teći rokovi u kojima se može tražiti pobijanje ugovora po ZoV-u, odnosno supsidijarnom primjenom odredaba ZOO-a – subjektivni rok od 6 mjeseci i objektivni rok od 5 godina od izvršenog prijenosa prava vlasništva (čl. 454. ZOO). Dakle, isti ugovor je prema istim osobama od sklapanja pa do isteka rokova po ZZP-u bio pobojan, zatim je protekom rokova konvalidirao i bio je valjan sve do trenutka podnošenja zahtjeva za upis u zemljišne knjige, kada ponovno postaje pobojan.

U teoriji smo naišli na stav da bi se, u slučaju postojanja više ovlaštenika čiji međusobni prvenstveni red nije određen, trebalo primjenom općih pravila utvrditi da imaju jednaka prava, odnosno pravo prvokupa na jednake dijelove, s ili bez priraštaja ili akrescencije (po analogiji s odredbama nasljednog prava).^{62, 63}

5. Zaključak

U radu smo izložili problematiku povreda i sankcija za povrede prava prvokupa, i onog ugovornog i onog zakonskog. Zakonska prava prvokupa, odnosno prava kupiti opterećenu stvar u slučaju njezine prodaje prije svih ostalih po cijeni koju je spreman platiti treći, a koja su propisana brojnim posebnim zakonima predviđaju čitavu lepezu zakonskih uređenja za svaki pojedini segment ovog instituta, pa i za onaj koji je bio predmetom našeg interesa. Brojnost posebnih stvarnopravnih uređenja uopće i njegova segmentiranost često dovode do znatnih odstupanja od općeg stvarnopravnog

62 KAČER, Hrvoje, PERKUŠIĆ, Ante, op. cit., str. 126.

63 Takvo rješenje predviđeno u nekoliko slučajeva postojanja više ovlaštenika u talijanskom pravu. Kada postoji više zakupnika koji žele ostvariti pravo prvokupa poljoprivrednog zemljišta, kao i u slučaju kada postoji više zakupaca koji su ovlašteni na *prelazione urbana* oni će to svoje pravo moći ostvari samo zajedno na jednake dijelove, a ukoliko neki od njih odustane njegov će dio prirasti drugim ovlaštenicima. CRIVELLARI, Federico, op. cit., str. 452., 453.

i obveznopravnog uređenja, kao i do njihove međusobne neusklađenosti. Upravo je ovo vrlo uočljivo na primjerima zakonskog prava prvokupa predviđenim u desetak zakona gdje smo pokušali upozoriti na probleme koje uzrokuju različita pozitivnopravna rješenja i štetu koja se na taj način nanosi sigurnosti u pravnom prometu, te otvara broja pitanja i dvojbe u primjeni instituta u praksi.

Klasične povrede prava prvokupa, koje su predviđene za ugovorno i sva zakonska prava prvokupa, nastaju neobavješćivanjem ili netočnim obavješćivanjem ovlaštenika, kao i nepoštivanjem rokova za očitovanje o korištenju tim pravom. Rokovi u kojima se ovlaštenici mogu očitovati, kao i njihovo računanje, variraju od zakona do zakona što se na prvi pogled može učiniti banalnim i nevažnim, međutim upravo ovo može biti izvor problema u slučajevima kada postoji konkurencija više prava prvokupa.

Pored ovih zajedničkih povreda, zakonska prava prvokupa mogu biti povrijeđena i na neke specifične načine – ukoliko ponuda nije u pisanom obliku, prodajom kulturnog dobra na aukciji, kao i u postupku prisilne prodaje, za koje neki posebni zakoni propisuju pravila čija je mogućnost primjene upitna, a odudara od pravila ovršnog prava. Niti jednim zakonom nije propisano do kada vlasnik može slobodno prodati stvar ukoliko su se ovlaštenici negativno očitovali na njegovu ponudu ili su se propustili o njoj izjasniti. Ove pravne praznine, kao i pravna uređenja koja su nepotrebno različita od općih pravila, stvaraju pravnu nesigurnost.

Različite su i sankcije za nepoštivanje zakonskog prava prvokupa (u pretežitom broju zakona pobojnost, a u nekima ništetnost ili kombinacija obje sankcije) i rokovi u kojima se one mogu tražiti. Te razlike, čini nam se, ne proizlaze iz neke objektivne ljestvice vrijednosti dobara koja se tim pravom štite pa smatramo da bi se taj segment prava prvokupa mogao i trebao jednoobrazno urediti. Odredbe koje po našem mišljenju treba izmijeniti radi povećanja pravne sigurnosti su one kojima se uređuje pitanje o tomu od kojeg trenutka će se računati objektivni rokovi za poništenje ugovora zbog povrede prava prvokupa. Naime, brojni zakoni propisuju njihovo računanje od sklapanja ugovora, što bi trebalo izmijeniti tako da se računaju od trenutka prijenosa prava vlasništva na trećega. Naime, tek se tada obveznopравни odnos publicira, a ovlaštenik prije toga trenutka najčešće nije niti mogao saznati da je ugovor o kupoprodaji sklopljen budući da on djeluje *inter partes*. Bilo bi svrsishodno ujednačiti i duljinu roka/rokova u kojem se može tražiti sankcija (bilo da se odrede samo objektivni, bilo i subjektivni rokovi) kao i vrste sankcija za nepoštivanje zakonskog prava prvokupa. Ništetnost ugovora, po našem mišljenju, nije sankcija kojom se može ostvariti svrha instituta prava prvokupa, pa se *de lege ferenda* zalažemo za sankciju preuzimanja ugovora ili poništenja uz obvezno kumulativno postavljen zahtjev za sklapanje ugovora pod istim uvjetima.

Konkurencija više zakonskih prava prvokupa pokazala se kao veliki problem u segmentu sankcija za nepoštivanje prava prvokupa gdje je otvoren čitav niz pitanja na koja će sudska praksa morati iznaći odgovor, što neće biti nimalo lako pa bi ovoj problematici valjalo posvetiti osobitu pažnju.

Svi ovi razlozi navode nas na zaključak da je potrebno sustavno uređenje

instituta zakonskog prava prvokupa. Iako i ZOO i neki od posebnih propisa upućuju na podrednu primjenu odredaba o ugovornom pravu prvokupa iz ZOO-a, mišljenja smo da su priroda i svrha zakonskog prava prvokupa specifične te da bi, uvažavajući sve razlike s obzirom na objekt prava prvokupa, bilo oportuno i svrsishodno ovu materiju urediti na jednoobrazan način, propisivanjem općih pravila o zakonskom pravu prvokupa u ZOO-u (kao što je to učinjeno sa zakonskim založnim pravom u ZV-u). *Ratio* i intencija ovakvog prijedloga unifikacije zakonskih rješenja bila bi u interesu svih sudionika pravnog prometa - vlasnika opterećenih nekretnina, ovlaštenika prava prvokupa kao i svih trećih koji postupaju u dobroj vjeri i stoga imaju pravo da im se osigura što veća pravna sigurnost.

Summary

INFRINGEMENTS OF THE RIGHT OF PRE-EMPTION AND SANCTIONS FOR THE WRONGDOERS

In Croatian legal system the institute of the right of pre-emption has been regulated by the Civil Obligation Act, which contains detailed provisions on contractual pre-emption law, as well as by numerous special real property legal regulations. The Civil Obligation Act, with respect to the rights of pre-emption regulated by the law, has been applied as *lex generalis*. The author in the article has narrowed down her legal analysis scrutinising only one segment of the right of pre-emption –its infringement and corresponding sanctions. The first part of the article is dedicated to actions and circumstances present in situations in which the right of pre-emption is violated. In addition, the analysis of circumstances allowing implementation of sanctions in certain infringement cases is given as well as an overview of sanctions prescribed for failure to comply with provisions governing the right of pre-emption. The author also points at imperfections of positive legal solutions, which are mostly caused by a great number of special regulations not being harmonised among themselves and frequently offering solutions in collision with the general regulation of real property and civil obligations. Non-systematic character and lack of harmonisation of numerous special regulations have a negative effect on legal security and instigate numerous doubts in practice, especially in cases of competition of several rights of pre-emption on one object. The author offers a number of proposals *de lege ferenda*, and calls for systematic regulation of the entire law governing the right of pre-emption.

Key words: *right of pre-emption, infringement of the right of pre-emption, sanctions prescribed for failure to comply with provisions governing the right of pre-emption, competition of the right of pre-emption.*

Riassunto

**VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI PRELAZIONE E
CONSEQUENTI SANZIONI**

Nell'ordinamento giuridico croato il diritto di prelazione è regolato dalla Legge sui rapporti di obbligazione, la quale, non solo regola nel dettaglio la prelazione legale, ma si applica altresì in via residuale alle prelazioni legali, qualora non trovino specifica regolamentazione nelle numerose leggi speciali. Nel lavoro l'autrice si limita all'analisi della disciplina giuridica di un unico profilo del diritto di prelazione, cioè la violazione di tale diritto e conseguente aspetto sanzionatorio. Nel contributo vengono in primo luogo esposti tutti i comportamenti e le circostanze alla presenza dei quali è ravvisabile una violazione del diritto di prelazione; mentre, in seguito, sono esaminati i presupposti in base ai quali si possono ammettere sanzioni per singoli casi di violazione, nella quale occasione vengono illustrate le sanzioni che conseguono alla violazione del diritto di prelazione. L'autrice segnala le lacune delle soluzioni di diritto positivo, che nella maggiore parte dei casi sono conseguenza dell'elevato numero di leggi speciali, le quali frequentemente collidono tra loro, mentre non raramente prevedono soluzioni opposte ai principi generali di diritto delle obbligazioni e diritti reali. L'assenza di sistematicità nella disciplina e la diversità delle numerose discipline giuridiche particolari influiscono negativamente sulla certezza del diritto; mentre nell'applicazione pratica conducono a numerosi dubbi, specialmente nel caso di concorso di più diritti di prelazione su di un medesimo oggetto. L'autrice in diverse occasioni offre suggerimenti de lege ferenda sebbene, in conclusione, sia dell'opinione che sussista la necessità di una regolamentazione sistematica dell'intera disciplina della prelazione legale.

Parole chiave: *diritto di prelazione, violazione del diritto di prelazione, sanzioni per il mancato rispetto del diritto di prelazione, concorso di diritti di prelazione.*

OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI ODVJETNIKA (s osvrtom na neka rješenja u poredbenom pravu)

Dr. sc. Loris Belanić, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.965.6 368.891
Ur.: 30. studenog 2009.
Pr.: 16. veljače 2010
Stručni rad

Sažetak

Osiguranje od odgovornosti odvjetnika, kao obvezno osiguranje, u hrvatski pravni sustav uvedeno je još davne 1994. godine tadašnjim Zakonom o odvjetništvu (NN, br. 9/94). Od tog vremena u primjeni su i Opći uvjeti osiguranja od odgovornosti odvjetnika (I.1. 1995.) koji se do danas nisu mijenjali. No, u međuvremenu je Zakon o odvjetništvu doživio izmjene i dopune, a koje su se dotakle i osiguranja od odgovornosti odvjetnika. Također, došlo je i do određenih promjena i u zakonskom uređenju ugovora o osiguranju (ZOO 2005). Posljedica toga je postojanje određenog stupnja neusklađenosti, kako zakonskih propisa međusobno, tako i Općih uvjeta osiguranja sa zakonskim propisima. Pored toga, i same pojedine odredbe Općih uvjeta osiguranja međusobno su kolidirajuće. S obzirom na navedeno, u praksi, (ali i u pravnoj teoriji), javljaju se pojedini problemi i dvojbe koje do danas nisu riješene. Neka od postojećih rješenja, kao što će se vidjeti nisu ni u skladu, ni sa svrhom obveznog osiguranja od odgovornosti, pa čak ni sa strukom osiguranja. Cilj je ovog rada prikaz rješenja tih pravnih problema i dvojbi, od kojih su neka već zastupljena u pravnoj literaturi, ali i da ponudi neka nova rješenja. U takvom nastojanju, u radu, autor pokušava ponajprije prikazati trenutnu pravnu situaciju u obveznom osiguranju od profesionalne odgovornosti odvjetnika glede nekih najvažnijih pitanja ove grane osiguranja: pravnih izvora, sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti, određivanja stranaka u ugovoru o osiguranju, određivanja kruga trećih osoba, opsega pokrića rizika i pojedinih isključenja iz pokrića te minimalnih svota osiguranja. Pri tomu se usporedno ukazuje na spomenute sporne momente u pojedinim pitanjima te se pokušava iznaći rješenja da se oni prevladaju. U iznalaženju takvih rješenja u radu se navode i komentiraju primjeri iz poredbenog prava koji bi, prema stajalištu autora, mogli poslužiti i kao uzorak za hrvatsko pravo.

Ključne riječi: *odvjetnik, osiguranje od odgovornosti, uvjeti osiguranja, Zakon o odvjetništvu.*

1. Uvod

Već u samom Ustavu Republike Hrvatske,¹ u čl. 27, nalazi se odredba po kojoj odvjetništvo predstavlja samostalnu i neovisnu službu koja osigurava pravnu pomoć svakome u skladu sa zakonom. Nadalje, sličnu odredbu nailazimo i u čl. 1. Zakona o odvjetništvu² (dalje u tekstu: ZO) po kojoj je odvjetništvo neovisna i samostalna služba koja osigurava pružanje pravne pomoći fizičkim i pravnim osobama u ostvarivanju i zaštiti njihovih prava i pravnih interesa. Dakle, djelatnost odvjetnika jest pružanje pravne pomoći svojim klijentima (fizičkim i pravnim osobama). Ovo ujedno predstavlja njegovu profesionalnu djelatnost, jer se pružanjem pravne pomoći kao zanimanjem smiju baviti samo odvjetnici (čl. 5. st. 1. ZO-a). Odvjetnička djelatnost, kao djelatnost profesionalaca, vrlo je složena te zahtijeva sustavno poznavanje prava, a pravo je jedan dinamičan proces. Tim više što se u procesu integracije Republike Hrvatske s Europskom unijom donosi velik broj propisa, a postojeći propisi se učestalo mijenjaju. Također, u radu odvjetnika neizostavno je poznavanje i sudske prakse i njezinih promjena s ciljem pružanja kvalitetne usluge svojim klijentima. Sve to predstavlja pred odvjetnika mnogobrojne rizike u obavljanju svoje profesionalne djelatnosti pružanja pravne pomoći klijentima, tj. nastanak mogućnosti prouzročenja štete trećima (prvenstveno svojim klijentima) uslijed obavljanja odvjetničke djelatnosti. U tom se smislu odvjetnička djelatnost kao posebna vrsta profesionalne djelatnosti može smatrati i kao izvor opasnosti iz kojeg može nastati šteta trećim osobama (klijentima odvjetnika). Upravo iz tog razloga pojavila se i potreba za tzv. obveznim osiguranjem od odgovornosti odvjetnika. I ZO u čl. 44. st. 1. propisuje da je odvjetnik “dužan osigurati se od odgovornosti za štetu koju bi mogao počinuti trećima obavljanjem odvjetništva”.³ Obvezno osiguranje od odvjetničke odgovornosti ima zapravo dvojak cilj.⁴ Prvi je, kao i kod svakog obveznog osiguranja od odgovornosti, zaštita potencijalnih oštećenika (u ovom slučaju klijenata odvjetnika). Na taj je način oštećenik (klijent), u slučaju štete koju trpi zbog pogreške ili propusta u radu svog odvjetnika, u mogućnosti da neovisno o imovinskoj situaciji, odnosno insolventnosti štetnika (odvjetnika), od osiguratelja ostvari isplatu do visine svote osiguranja za naknadu štete. S druge strane, i neovisno o solventnosti štetnika (odvjetnika), osiguranje od odgovornosti odvjetnika omogućuje oštećeniku naknadu štete nastalu zbog neadekvatne odvjetničke usluge, na brz i siguran način, bez nepotrebnih odugovlačenja. Drugi cilj takvog osiguranja je zaštita samog štetnika (odvjetnika) koji bi zbog počinjene pogreške u obavljanju svoje profesije mogao doživjeti velike

1 NN, br. 41/01. (pročišćeni tekst) i 55/01.

2 NN, br. 9/94., 117/08., 50/09. i 75/09.

3 U Hrvatskoj obvezno osiguranje odvjetnika prvi puta je uvedeno Zakonom o odvjetništvu iz 1994. godine, otprilike istovremeno s uvođenjem obveznog osiguranja od odgovornosti javnih bilježnika Zakonom o javnom bilježništvu (NN, br. 78/93.), pa su i zakonske odredbe o tim dvjema vrstama obveznih osiguranja od odgovornosti bile gotovo istovjetne. Ilić, Ante, *Obvezna osiguranja u hrvatskom zakonodavstvu, Pravo u gospodarstvu*, br. 11-12/1994., str. 937-946, 941.

4 Vučković, Vuk, *Obvezno osiguranje od odgovornosti iz odvjetničke djelatnosti u njemačkom pravu, Osiguranje*, br. 6/2005., str. 30-39, 32.

financijske gubitke ili čak ugroziti svoju egzistenciju. Ovim osiguranjem odvjetnik se oslobađa od obveze naknade štete za koju po zakonu odgovara, a ujedno se jača povjerenje u odvjetništvo⁵ te se poboljšava neovisnost i samostalnost odvjetništva kao službe pravne pomoći.⁶

2. Pravni izvori relevantni za ugovor o osiguranju od odvjetničke odgovornosti

Svakako da temeljni propis kojim se uređuje ugovor o osiguranju, pa tako i ugovor o osiguranju od odgovornosti odvjetnika je Zakon o obveznim odnosima (ZOO),⁷ točnije njegov odsjek 27. (ugovor o osiguranju).⁸ Odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti odvjetnika (dalje u tekstu: osiguranje OO) nalaze se u i čl. 44. Zakona o odvjetništvu. Ovom odredbom Zakona o odvjetništvu određena su i neka pitanja koja se svakako odnose i na ugovor o osiguranju od odgovornosti odvjetnika. Kao što ćemo kasnije vidjeti, čl. 44. ZO-a uređuje poseban postupak utvrđivanja zajedničkih općih uvjeta osiguranja OO-a (st. 8. i 9.), zatim pitanje sklapanja ugovora o osiguranju OO-a (st. 10.), pitanje franšize (st. 2.), pravo regresa osiguratelja prema odgovornom odvjetniku (osiguraniku) (st. 11.), te pitanje visine svote osiguranja (st. 13. i 14.). Ono što se samo po sebi nameće jest pitanje odnosa između ZOO-a i ZO-a s obzirom na uređivanje navedenih pitanja ugovora o osiguranju OO-a. Odgovor možemo potražiti u odredbi čl. 923. st. 3. ZOO-a, koja kaže da se odredbe o ugovoru o osiguranju sadržane u ZOO-u, neće primjenjivati na ona osiguranja koja su uređena posebnim zakonom. Posebnim zakonom, Zakonom o odvjetništvu, uređena su naprijed spomenuta pojedina pitanja ugovora o osiguranju od OO-a, a neka čak i na način koji se uvelike razlikuje od onoga kako su uređena u ZOO-u (npr. pitanje sklapanja ugovora o osiguranju OO-a). Stoga možemo zaključiti da bi u navedenim pitanjima odredbe Zakona o odvjetništvu kao *lex specialis* imale prednost u primjeni, u odnosu na ZOO, kojim se uređuje ugovor o osiguranju, kao *lex generalis*. Drugim riječima, odredba čl. 923. st. 3. ZOO-a primjenjuje se i na osiguranje OO, kao specifične vrste osiguranja od odgovornosti koja je u pojedinim elementima uređena posebnim propisom,⁹ tj. Zakonom o odvjetništvu. Stoga, odredbe tog posebnog zakona imaju

5 Naime, stranke će mnogo lakše povjeriti obavljanje svojih poslova i zastupanje odvjetniku za kojeg znaju da ima osigurateljsko pokriće od odgovornosti jer time imaju određenu sigurnost da će u slučaju štete zbog odvjetničke pogreške dobiti odgovarajuću naknadu.

6 Čurković, Marijan, *Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, Pravo i porezi, br. 5/1997., str. 35-42, 39.

7 NN, br. 35/05. i 41/08.

8 Budući da se radi o osiguranju od odgovornosti, u obzir dolazi ponajprije primjena čl. 964.-965. ZOO-a o osiguranju odgovornosti. Kako ono spada u osiguranje imovine primjenjuju se i opće odredbe osiguranju imovine te zajedničke odredbe o osiguranju imovine i osiguranju osoba.

9 Pavić, Drago, *Ugovor o osiguranju*, u: Gorenc, Vilim, et al., *Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF plus, Zagreb, 2005.*, komentar uz čl. 923. ZOO-a, str. 1379.

prednost u primjeni na ugovor o osiguranju OO u odnosu na ZOO. No, koliko su pojedina rješenja iz Zakona o odvjetništvu u skladu sa strukom osiguranja, to je već drugo pitanje. Za sva ostala pitanja o ugovoru o osiguranju OO, o kojima se ne nalaze odredbe u ZO, primjenjuje se, naravno odredbe ZOO-a o ugovoru o osiguranju.

Pored zakonskih odredbi, izvor prava za ugovor o osiguranju OO svakako predstavljaju i opći uvjeti osiguranja kao autonomni izvor ugovornog prava osiguranja,¹⁰ kojima se podrobnije uređuju pojedina pitanja iz osiguranja OO (npr. štete pokrivene takvim osiguranjem, isključenja iz osiguranja, ograničenja u osiguranju, treće osobe i dr). Što se tiče osiguranja OO, u čl. 44. st. 8. ZO-a navedeno je kako (opće) uvjete osiguranja zajednički utvrđuju (donose) osiguratelji u dogovoru s Ministarstvom pravosuđa i Odvjetničkom komorom. Danas još uvijek postojeći Uvjeti za osiguranje od odgovornosti odvjetnika utvrđeni (doneseni) su još nedugo nakon donošenja. Zakona o odvjetništvu iz 1994. godine,¹¹ te se u međuvremenu nisu mijenjali. No, u se više navrata mijenjao Zakon o osiguranju, promijenio se i ZOO, a Uvjeti su ostali još uvijek nepromijenjeni što je dovelo do toga da su u suprotnosti pojedinim odredbama ZOO, pa čak i osigurateljskoj struci.¹² Stoga bi valjalo razmisliti o donošenju novih općih uvjeta osiguranja OO.

3. Sklapanje ugovora o osiguranju od odvjetničke odgovornosti

3.1. Obvezatnost sklapanja ugovora o osiguranju OO

Već smo ranije rekli kako je svaki odvjetnik dužan osigurati se od odgovornosti za štetu koju bi mogao počinuti trećima obavljanjem odvjetništva (čl. 44. st. 1. ZO). Odvjetnik je dužan sklopiti ugovor o osiguranju od odgovornosti u obavljanju odvjetničke službe, jer u protivnom neće ostvariti pravo na upis u imenik odvjetnika (čl. 48. toč. 12. ZO). Odvjetniku, zajedničkom odvjetničkom uredu ili odvjetničkom društvu, koji na poziv Komore ne dostave dokaz o sklopljenom ugovoru o osiguranju zabraniti će se rad (čl. 44. st. 12 ZO).¹³ Odvjetnik je dužan i redovito produživati osiguranje od odgovornosti (čl. 44. st. 4. ZO). Dakle, iz navedenog proizlazi da osiguranje OO spada u red, tzv. obveznih osiguranja od odgovornosti, jer se samom zakonskom odredbom nalaže sklapanje ugovora o osiguranju jednoj ugovornoj strani. Propisivanjem obvezatnog sklapanja ugovora o osiguranju OO uz već postojanje zakonski priznatog neposrednog i vlastitog prava oštećenika (*actio directa*) (*infra*

10 Pavić, Drago, Ugovorno pravo osiguranja, komentar zakonskih odredaba, Tectus, Zagreb, 2009., str. 99.

11 Uvjeti za osiguranje od odgovornosti odvjetnika, utvrđeni 21. prosinca 1994. godine, a u primjeni od 1. siječnja 1995. Dalje u tekstu: Uvjeti.

12 Ćurković, Marijan, Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika, Pravo u gospodarstvu, br. 4/2006., str 267-287., 280.

13 Povreda obveze sklapanja osiguranja od odgovornosti odvjetnika predstavlja i težu povredu odvjetničke dužnosti (čl. 44. st. 6. ZO), a zbog težih povreda odvjetničke dužnosti odvjetnici mogu i disciplinski odgovarati pred tijelima Komore (čl. 71. st. 1. ZO).

5.1.), nastoji se maksimalno pružiti zaštita (trećim) osobama koje bi mogle pretrpjeti štetu u vezi s obavljanjem odvjetničke djelatnosti.

3.1.1. Obvezatnost sklapanja ugovora o osiguranju OO u poredbenom pravu

Obvezatnost sklapanja ugovora o osiguranju OO karakteristično je čitavom nizu zemalja.¹⁴

Prema njemačkom pravu ono je propisano § 51 st. 1. *Bundesrechtsanwaltdordnung*¹⁵ (BRAO). Po toj odredbi odvjetnik je dužan sklopiti osiguranje od odgovornosti za imovinske štete¹⁶ koje bi mogao prouzročiti obavljanjem svoje djelatnosti, te je dužan takvo osiguranje održavati dokle god obavlja odvjetničku djelatnost. Ista je obveza propisana i za odvjetničko društvo u § 59j st. 1. BRAO.

Prema austrijskom pravu postoji obveza odvjetnika da prije upisa u listu odvjetnika mora podnijeti odvjetničkoj komori dokaz da je sklopio osiguranje od odgovornosti iz obavljanja odvjetničke djelatnosti te takvo osiguranje mora redovito održavati (§ 21a *Rechtsanwaltsordnung*,¹⁷ RAO).

Prema engleskom pravu postoji obveza osiguranje odvjetnika od profesionalne odgovornosti. Po čl. 37. st. 2. toč. c i *Solicitors Act 1974*¹⁸ i toč. 4.1. *Solicitors Indemnity Insurance Rules 2008*. (SIIR),¹⁹ samostalni odvjetnici i odvjetničke tvrtke dužni su se osigurati od odgovornosti za štete koje mogu nastati obavljanjem odvjetničkog zanimanja i dužni su takvo osiguranje redovito produžavati. Odvjetnici koji imaju status zaposlenika u nekoj odvjetničkoj tvrtki, ili na neki drugi način obavljaju praksu u odvjetničkoj tvrtki, nemaju dužnost sklapanja osiguranja od profesionalne odgovornosti, ako navedena tvrtka ima obvezu sklapanja osigurateljskog pokriće (toč. 4. 2. SIIR-a).

14 No, postoje i zemlje s dugom pravnom tradicijom koje nemaju propisano obvezno osiguranje od odgovornosti odvjetnika, poput, primjerice Italija i SAD. Petrić, Silvija, O građanskopravnoj odgovornosti odvjetnika, *Odvjetnik*, br. 7-8/2001, str. 45-59, 57.

15 Od 1. kolovoza 1958., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 2418.

16 Riječ je o čistoj imovinskoj šteti koja se pokriva osiguranjem od odgovornosti, a nije nastala zbog smrti, tjelesne povrede, narušenja zdravlja, niti zbog uništenja, oštećenja ili gubitka stvari. Wagner, G., *Tort Liability and Insurance: German Report*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., op. cit., str. 95, toč. 32. (više *infra* 6.2.)

17 RGBl. Nr. 96/1868, zadnja izmjena BGBl. Nr. 68/2008.

18 Zakon preuzet s internet stranica Ureda za javno informiranje britanske vlade, www.opsi.gov.uk

19 *Solicitors Indemnity Insurance Rules*, utvrđuje *The Law Society*, po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju uvjete pružanja osigurateljskog pokrića odvjetnicima i odvjetničkim tvrtkama u svrhu zaštite njihovih klijenata. Str. 1. toč. 1.1. SIIR 2008. Nalaze se na internet stranicama: www.sra.org.uk. Posjećeno 25. studenog 2009.

Prema švicarskom pravu, također postoji obveza odvjetnika osigurati se od profesionalne odgovornosti “u skladu s vrstom i opsegom rizika koji su povezani s njihovom djelatnošću” (čl. 12. toč. f. *Anwaltsgesetz-a*).²⁰

Prema slovenskom pravu, slovenska odvjetnička komora preuzela je obvezu sklapanja ugovora o osiguranju od profesionalne odgovornosti svih odvjetnika u Sloveniji. Odvjetnici imaju obvezu plaćati posebnu naknadu za osiguranje komori, tzv. *zavarovalni prispevek* (čl. 9 st. 1. slovenskog Zakona o odvetništvu)²¹ Dakle, odvjetnička komora ima položaj ugovaratelja osiguranja, a odvjetnik ima položaj korisnika osiguranja (beneficijara). Mogućnost da odvjetnička komora sklapa ugovore o osiguranju OO za svoje članove (odvjetnike) postoji i u hrvatskom pravu (*infra* 4.).

3.2. Osobe (stranke) koje su obvezne sklopiti ugovor o osiguranju OO

Ugovorna strana koja ima obvezu sklapanja jest pravna ili fizička osoba koja s osigurateljem sklapa ugovor o osiguranju OO (alineja 2. uvodnih odredbi Uvjeta OO). Konkretno, obveznici sklapanja su odvjetnici i odvjetnička društva (arg. iz čl. 44. st. 1. reč. 1. i 2. ZO-a). Nadalje, prema čl. 44. st. 7. Zakona o odvetništvu, proizlazi da je obveznik sklapanja ugovora o osiguranju od OO-a i osiguratelj kojemu se obrati odvjetnik, odnosno Komora u slučaju da ona preuzme sklapanje osiguranja od odgovornosti svih odvjetnika u RH (čl. 44. st. 5. ZO). Iz navedenog proizlazi da se ovdje radi u ugovoru o osiguranju kojeg su obvezne sklopiti obje strane, dakle ugovaratelj osiguranja i osiguratelj. U tom smislu može se tumačiti i odredba čl. 1. st. 1. Uvjeta po kojoj “Ugovor o osiguranju sklapa se ... kada u smislu Zakona o odvetništvu odvjetnik podnese zahtjev za osiguranje”.²² Sukladno navedenim odredbama ispada kao da nije bitno prihvaća li odvjetnik uvjete i cjenike osiguranja osiguratelja ili ne, bitno je jedino da se odvjetnik “obrati” osigurateljima ili da podnese “zahtjev” za osiguranjem. Ovakvo rješenje svakako da nije u skladu s načelom konsenzualnosti ugovora o osiguranju koje zahtijeva suglasnost volje ugovornih strana da bi nastao obveznopravni odnos iz osiguranja,²³ a suglasnosti volja nema ako se ne prihvaćaju uvjeti osiguranja i cjenik premija. Stoga bilo bi više u skladu sa strukom osiguranja i načelom konsenzualnosti kada bi se odredba čl. 44. st. 7. ZO

²⁰ *Anwaltsgesetz* od 23. lipnja 2000., zadnja izmjena u: BBl, 2005, 6621. propis dostupan na internet stranici: http://www.bgfa.ch/de/01_gesetze/00_bund.htm, posjećeno 23. studenog 2009.

²¹ Uradni list Republike Slovenije, br. 18/93, 24/96., 24/01., 54/08. i 35/09.

²² Zapravo, doslovnim tumačenjem ove odredbe moglo bi se zaključiti da ugovor o osiguranju OO nastaje samim podnošenjem “zahtjeva za osiguranjem”, čime bi očitovanje osiguratelja da prihvaća “zahtjev” za sklapanje ugovora o osiguranju, (prihvat ponude iz čl. 925. st. 1. ZOO-a), bilo samo deklaratorne naravi, jer je ugovor ionako nastao ranije, tj. podnošenjem zahtjeva za osiguranjem. Ovakvo shvaćanje osiguranja svrstava osiguranje OO u tzv. zakonska osiguranja (nastaju na temelju samog zakona, automatizmom bez sklapanja posebnog ugovora) koja nisu karakteristična za tržišno gospodarstvo. Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava*...., op. cit., str. 281.

²³ Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 160-161.

preformulirala na način da osiguratelj ne može odbiti ponudu za sklapanje ugovora o osiguranju ako ponuditelj prihvaća uvjete, odnosno cjenike premija osiguranja pod kojima osiguratelj provodi osiguranje OO.²⁴

3.3. Oblik (forma) ugovora o osiguranju od OO

U hrvatskom ugovornom pravu osiguranja prihvaćeno je načelo neformalnosti ugovora o osiguranju imovine (u koje spadaju i osiguranje od odgovornosti). Odnosno, za sklapanje ugovora o osiguranju dovoljno je da se stranke sporazume o bitnim elementima ugovora.²⁵ Potpisivanje ili ispostavljanje (predaja) police o osiguranju ili neke druge isprave o osiguranju nije zakonski uvjet valjanosti i nastanka ugovora o osiguranju imovine (pa tako i ugovor o osiguranju od odgovornosti).²⁶

Međutim, opće je pravilo obveznog prava da se stranke mogu sporazumjeti da poseban oblik bude pretpostavka nastanka i valjanosti njihova ugovora (čl. 289. st. 1. ZOO-a), pa tako i ugovora o osiguranju. Slijedeći to pravilo možemo zaključiti da je za ugovor o osiguranju OO ugovoren pisani oblik kao njegov poseban oblik, tj. da se za valjanost i nastanak ugovora o osiguranju OO traži pisani oblik. Naime, sukladno čl. 1. st. 1. Uvjeta, propisano je “ugovor o osiguranju ... sklopljen je kad ugovaratelji potpišu policu osiguranja ili potvrdu o pokriću”. Dakle, prema Uvjetima, ako ugovaratelji ne potpišu policu osiguranja (nužno u pisanom obliku) ugovor o osiguranju OO nije ni sklopljen, odnosno usmena ponuda dana osiguratelju za sklapanje ugovora o osiguranju ne obvezuje, ni ponuditelja, ni osiguratelja (čl. 1. st. 2. Uvjeta) (*forma ad solemnitatem*). Drugim riječima, ugovor o osiguranju OO koji nije sklopljen u pisanom obliku kao ugovorenom obliku, nema pravni učinak jer su njegova valjanost, ali i nastanak, uvjetovani upravo pisanim oblikom (čl. 290. st. 2. ZOO). Razlog zbog čega je u Uvjetima osiguranja propisan pisani oblik ugovora o osiguranju OO, a prema odredbama ZOO-a se ne traži poseban oblik ugovora o osiguranju imovine, je taj što su Uvjeti doneseni za vrijeme ZOO-a 1978.²⁷

24 Ovakvu odredbu nalazimo i u čl. 8. st. 2. Zakona o obveznim osiguranjima u prometu, (NN, br. 151/05., 36/09. i 75/09), koji kaže: “Društvo za osiguranje ne može odbiti ponudu za sklapanje ugovora o osiguranju ako ponuditelj prihvaća uvjete pod kojima društvo za osiguranje provodi tu vrstu osiguranja”.

25 Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 161.

26 Doduše u čl. 925 st. 2. propisano je da je osiguratelj o sklopljenom ugovoru o osiguranju dužan bez odgađanja ugovaratelju osiguranja predati uredno sastavljenu i potpisanu policu osiguranja ili neku drugu ispravu o osiguranju. Ovako potpisana polica, koja se izdaje nakon sklapanja ugovora o osiguranju, ne predstavlja obvezatan oblik ugovora o osiguranju, već predstavlja obvezatan oblik tzv. isprave o osiguranju. Osiguratelj je dužan izdati policu osiguranja uvijek, tj. neovisno o tome traži li to od njega ugovaratelj osiguranja. No, ako je nije izdao ne znači da je ugovor nevaljan ili da nije sklopljen. Izdana i potpisana polica osiguranja u pisanom obliku ima funkciju veće pravne sigurnosti među ugovornim strankama i služi dokazivanju postojanja ugovora (*forma ad probationem*), a nije zakonski uvjet nastanka i valjanosti ugovora (*forma ad solemnitatem*). Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 161. i 164.

27 NN, 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.

Taj je zakon u čl. 901. st. 1. propisivao da je ugovor o osiguranju sklopljen kada ugovaratelji potpišu policu osiguranja ili listu pokrića, dakle propisivao je načelo formalnosti ugovora o osiguranju. Ugovor o osiguranju morao je, da bi nastao i bio valjan, biti sklopljen u pisanom obliku (već spomenuta *forma ad solemnitatem*). Kako je u međuvremenu donijet novi ZOO (2005), koji uvodi načelo neformalnosti sklapanja ugovora o osiguranju imovine, i po kojem predaja i potpisivanje police osiguranje služi samo radi dokazivanja (potvrđivanja postojanja i sadržaja) ugovora o osiguranju (*forma ad probationem*), prilikom donošenja novih Uvjeta osiguranja OO trebalo bi razmotriti mogućnost prihvatanja pravila ZOO-a 2005 o neobvezatnom obliku ugovora o osiguranju imovine na ugovor o osiguranju OO.

4. Stranke (i druge osobe) u ugovoru o osiguranju OO

Ugovor o osiguranju OO, kao i svaki ugovor o osiguranju je dvostrano obvezni pravni posao, u kojem imamo dvije strane: osiguratelja i ugovaratelja osiguranja. U konkretnom slučaju osiguranjem od odgovornosti odvjetnika, osiguratelj se obvezuje osiguraniku da će mu u granicama osigurane svote nadoknaditi iznos koji bi bio dužan platiti ili koje je već platio trećim osobama zbog postojanja njegove odgovornosti za štetu iz obavljanja odvjetničke djelatnosti.²⁸ S druge strane, ugovaratelj osiguranja se obvezuje da će osiguratelju, za preuzetu navedenu obvezu, platiti premiju osiguranja. Iz priložene definicije ugovora o osiguranju OO vidimo da se javljaju tri kategorije osoba ugovora o osiguranju OO: osiguratelj, osiguranik i ugovaratelj osiguranja.

Prema Uvjetima (alineja 1 uvodnih odredbi), osiguratelj je uvijek pravna osoba koja je prema Zakonu o osiguranju²⁹ registrirana za obavljanje poslova osiguranja u RH (konkretno poslove osiguranja od odgovornosti odvjetnika). Što se tiče ugovaratelja osiguranja, situacija je malo složenija. Naime, ugovaratelj osiguranja prema Uvjetima (alineja 2 uvodnih odredbi) je pravna ili fizička osoba koja s osigurateljem sklapa ugovor o osiguranju. Položaj ugovaratelja osiguranja mogu imati: 1) sam odvjetnik ako ugovor o osiguranju OO sklapa za svoj račun (tada ujedno ima i položaj osiguranika) (čl. 44. st. 1. reč. 1. ZO), 2) odvjetnička društva ako ona sklapaju ugovor o osiguranju OO za odvjetnike članove društva i odvjetnike koje rade u tom društvu (čl. 44. st. 1. reč. 2. ZO) te 3) Odvjetnička komora RH ako bi ona preuzela osiguranje od odgovornosti svih odvjetnika u RH (čl. 44. st. 5. ZO). U pravilu, pojam ugovaratelja osiguranja najčešće se koristi kod osiguranja za tuđi račun (čl. 929 st. 1. ZOO),³⁰ gdje se Komora ili odvjetničko društvo pojavljuju kao stipulanti (ugovaratelji osiguranja) u ime točno određenih odvjetnika, koji su članovi Komore, odnosno koji su članovi ili odvjetnici-zaposlenici odvjetničkog društva (korisnici osiguranja, tj. beneficijari), a osiguratelj je promitent. Ono što je karakteristično za osiguranje za tuđi račun jest da beneficijar

28 Definicija izvedena prema: Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 321.

29 NN, br. 151/05., 87/08. i 82/09.

30 Šulejić, Predrag, *Pravo osiguranja*, V. izmijenjeno i dopunjeno izdaje, Dosije, Beograd, 2005., str. 119.

ostvaruje prava iz osiguranja, a stipulant je dužan ispuniti obveze iz ugovora prema osiguratelju (promitentu). Međutim, stipulant (Komora, odvjetničko društvo) nije dužan predati policu osiguranja zainteresiranoj osobi (odvjetniku beneficijaru) dok mu ne budu nadoknađene premije što ih je platio, kao i drugi troškovi ugovora (čl. 929. st. 2. ZOO).³¹ Ovo ima za posljedicu da beneficijar (odvjetnik za čije je račun sklopljeno osiguranje) bez posjedovanja police osiguranja ne može ostvarivati prava iz osiguranja OO.³²

Pored osiguratelja i ugovaratelja osiguranja, valja još razlikovati u osiguranika. Prema al. 3. uvodnih odredbi Uvjeta, osiguranik je pravna ili fizička osoba koja obavlja odvjetničku djelatnost i kojoj pripadaju prava iz ugovora o osiguranju OO. Dakle, prema Uvjetima osiguranikom mogu biti sam odvjetnik (kao fizička osoba), ali i odvjetničko društvo (kao pravna osoba). Za osiguranika je karakteristično da sklapa ugovor o osiguranju u svoje ime i za svoj račun za razliku od korisnika (beneficijara) koji uopće ne sudjeluje u sklapanju ugovora o osiguranju.³³ Drugim riječima osiguranik je osoba koja i sklapa ugovor o osiguranju i pripadaju mu prava iz osiguranja. Stoga bi trebalo preciznije odrediti pojam osiguranika u Uvjetima, jer onako kao je to sada određeno ispada da se radi o korisniku iz osiguranja za tuđi račun (osoba koja se bavi odvjetništvom i ostvaruje prava iz osiguranja), a ne o osiguraniku.

Iz dosad navedenog možemo izvući sljedeće zaključke: 1) odvjetnik pojedinac ili u zajedničkom odvjetničkom uredu uvijek je istodobno ugovaratelj osiguranja i osiguranik osiguranja OO, 2) odvjetnik kao član odvjetničkog društva ili njegov zaposlenik je samo korisnik (beneficijar) osiguranja (i nije stranka ugovora o osiguranju), a ugovarateljem osiguranja je odvjetničko društvo, 3) odvjetnik kao fizička osoba (tj. kao samostalan odvjetnik, ili odvjetnik u zajedničkom odvjetničkom uredu, ili kao zaposlenik odvjetničkog društva, ili kao član javnog odvjetničkog društva, ili kao osnivač odvjetničkog društva s ograničenom odgovornošću) može biti korisnik i u slučaju ako bi Komora preuzela sklapanje osiguranja od odgovornosti svih odvjetnika u RH, 4) odvjetničko društvo nikada ne može biti osiguranikom, već samo ugovarateljem osiguranja, jer je ono dužno sklopiti ugovor o osiguranju OO za račun odvjetnika članova društva i odvjetnika zaposlenika. Ovu tvrdnju možemo potvrditi i time što se u čl. 44. st. 13. ZO minimalne svote osiguranja vezuju uz odvjetnike članove društva, odvjetnike osnivače društva i odvjetnike zaposlenike, a ne uz odvjetničko društvo u cjelini.

Radi lakšeg praćenja izlaganja, osobe ugovaratelja osiguranja, osiguranika i korisnika osiguranja u nastavku ćemo označavati jedinstvenim pojmom osiguranik.

31 Konkretno, u čl. 44. st. 5. reč. 2. ZO propisano je da su odvjetnici dužni Komori plaćati naknadu za osiguranje od odgovornosti u slučaju da je Komora preuzela obvezu osiguranja svih odvjetnika u RH.

32 Tako i Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 192.

33 Šulejić, P., *Pravo osiguranja*, op. cit., str. 119.

5. Treće osobe (oštećenici) u osiguranju OO

5.1. Vlastito i neposredno pravo oštećenika u osiguranju OO

Treće oštećene osobe koje nisu stranke ugovora o osiguranju OO imaju poseban položaj jer im po samom zakonu (čl. 965. ZOO-a), pripada vlastito pravo i neposredno pravo prema osiguratelju (tzv. *actio directa*) na naknadu štete koju su pretrpjele osiguranikovom odgovornošću u vezi s obavljanjem odvjetničke djelatnosti. Ostvarivanje ovog prava nije uvjetovano prethodnom nemogućnošću naplate naknade štete od osiguranika-odgovorne osobe. Njime se poboljšava položaj oštećenika jer se omogućava veća sigurnost naplate naknade štete, a ujedno se onemogućava da osiguranik (štetnik) zadrži naknadu iz osiguranja i da je ne proslijedi oštećenome.³⁴ Vlastito i neposredno pravo treće osobe prema osiguratelju u osiguranju OO izrijeком je priznato i u čl. 13. Uvjeta. Premda, ako ga se ne ugovori ono bi postojalo već i po samom zakonu. Ono što svakako nije u skladu sa zakonski priznatim sadržajem vlastitog i neposrednog prava oštećenika jest odredba čl. 13. st. 3. Uvjeta po kojoj osiguratelj ne može izvršiti isplatu štete bez suglasnosti osiguranika, tj. odgovornog odvjetnika. Kao što smo rekli *actio directa* je neposredno pravo oštećenika i osiguranik. Odnosno, odgovorni odvjetnik ne može uvjetovati isplatu štete oštećenoj osobi svojim pristankom. Također je dvojbeno odredba i čl. 11. st. 3. Uvjeta po kojoj se osiguratelj ovlašćuje "da na ime naknade osiguraniku položi svotu osiguranja te se u tom slučaju oslobađa svih obveza i postupaka u svezi s osiguranim slučajem". Već smo naprijed rekli da je svrha *actio directe* da između osiguratelja i oštećene osobe osiguranik ne preuzima ulogu posrednika u isplati štete, budući da je moguće da dio ili čak cjelokupni iznos isplate naknade štete ne proslijedi oštećeniku. Ova je vjerojatno odredba uvedena radi postojanja određene sigurnosti odvjetnika u naplati troškova i nagrada za rad koje mu je stranka dužna, ali smatramo da bi se to trebalo postići mimo ograničavanja izravnog prava oštećenika. U svakom slučaju navedene klauzule u Uvjetima ne bi smjele utjecati na izravno pravo oštećenika jer su protivne

³⁴ Pauković, Hrvoje, *Osiguranje od odgovornosti, u: Ugovor o osiguranju prema novom ZOO-u*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 74-91, 88.

odredbama ZOO-a koje to pravo izrijeком priznaju.³⁵ Sukladno tomu, navedene odredbe čl. 11. st. 3 i čl. 13. st. 3. Uvjeta bile bi nišetne.

5.2. Krug trećih osoba u osiguranju OO

Upravo zbog opisanog posebnog položaja trećih oštećenih osoba u osiguranju od odgovornosti općenito, pa tako i u osiguranju OO, bitno je odrediti, tzv. krug trećih osoba. Koje bi osobe ulazile u taj krug ovisi o tomu gleda li se na odvjetničku odgovornost prema trećima kao na ugovornu ili izvanugovornu (opću) odgovornost. Ako odvjetničku odgovornost promatramo kao ugovornu odgovornost, trećim osobama smatralo bi se osobe koje su u ugovornom odnosu prema odvjetniku, tj. u odnosu iz punomoći (tzv. mandatni odnos). Ako se na odvjetničku odgovornost gleda kao na izvanugovornu (opću) odgovornost tada bi se trećim osobama smatralo i one osobe koje nisu u ugovornom (mandatnom) odnosu s odvjetnikom. U pravnoj literaturi navodi se kako ne postoje jasne granice između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti odvjetnika, već se mora o tomu odlučivati od slučaja do slučaja.³⁶ Čini se da su i Uvjeti osiguranja ostavili takvu mogućnost načinom kako su definirali pojam treće osobe, kao osobe koja nije subjekt ugovora o osiguranju, odnosno čija odgovornost nije pokrivena osiguranjem, kao i posloprimac kod osiguranika (alineja 4. uvodnih odredbi Uvjeta). Dakle, prema jezičnom tumačenju Uvjetima, (a koje ne

35 Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, odvjetnika...*, op. cit., str. 282. Na ovom mjestu moramo još istaći da je i odredba čl. 2. Uvjeta koja se odnosi na osiguranje za tuđi račun ili za račun koga se tiče, također dvojbeno sa stajališta *actio directe* oštećenika. Naime, po toj odredbi "ugovaratelj osiguranja ima pravo prvenstvene naplate potraživanja iz dugovane naknade, kao i pravo zahtijevati njihovu isplatu neposredno od osiguratelja". Ovakva odredba imala bi svoje mjesto u osiguranju imovine koje nije osiguranje od odgovornosti, kao i u osiguranju osoba, gdje se osigurina isplaćuje beneficijaru (korisniku osiguranja), pa onda i ugovaratelju osiguranja za troškove ugovora i premije ima po čl. 929. st. 3. ZOO navedeno pravo prvenstvene naplate iz svote osiguranja. Ali u slučaju osiguranja od odgovornosti naknada iz svote osiguranja se ne isplaćuje osiguraniku, već izravno samom oštećeniku (*actio directa!*), pa bi pravo ugovaratelja osiguranja (odvjetnika, odvjetničkog društva, ili eventualno Komore) na prvenstvenu naplatu svojih tražbina (koje bi se vjerojatno odnosile na odvjetničke honorare i ostale troškove zastupanja) iz svote osiguranja bilo protivno zakonu. Stoga smatramo da i takva odredba u Uvjetima ne bi utjecala na izravno pravo oštećenika.

36 Primjerice i samim neformalnim davanjem pravnih savjeta trećemu koji nije u nikakvom ugovornom odnosu s odvjetnikom, može nastati šteta onome koji se pouzda u takav savjet (a bio je pogrešan), ili pak treći pogrešno shvati savjet (o tome: Kačer, Hrvoje, *Obvezna osiguranja od profesionalne odgovornosti u hrvatskom pravu*, u: *Ugovor o osiguranju prema novom ZOO*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 92-131, 122-123). Također se navodi kako u hrvatskom pravu ne postoje zakonske zapreke da se ustanovi i deliktna izvanugovorna odgovornost odvjetnika, no da o tome sudska praksa još nije zauzela jedinstven stav. Ujedno se ukazuje i na to da se u inozemnim pravnim sustavima, koji su ranije odvjetničku odgovornost isključivo tretirali kao ugovornu odgovornost, u novije vrijeme probija shvaćanje o proširenju odvjetničke odgovornosti i na deliktnu odgovornost u obavljanju poslova koje se odnose na odvjetničku djelatnost (Petrić, Silvija, *Temeljne pretpostavke građanskopravne odgovornosti odvjetnika, Pravo i porezi*, br. 12/2002, str. 36-45, 41-44).

mora biti i jedino tumačenje) proizlazi da treće osobe mogu biti, tzv. neograničena masa osoba: 1) osobe koje su prvenstveno u ugovornom odnosu s osiguranikom (odvjetnikom), 2) osobe koje nisu u ugovornom odnosu s osiguranikom, a koje su pretrpjele štetu obavljanjem odvjetničke djelatnosti³⁷ te 3) osobe zaposlenika osiguranika.

6. Opseg pokrića rizika (šteta) u osiguranju OO

6.1. Predmet osiguranja OO

Sukladno čl. 14. st. 1. Uvjeta, predmet osiguranja OO je zakonska odgovornost odvjetnika za štetu, koju prouzroči trećim osobama obavljanjem odvjetništva. Iz navedenog određenja predmeta osiguranja OO proizlaze dvije osnovne pretpostavke da bi postojalo osigurateljsko pokriće. Prva je pretpostavka da postoji zakonska odgovornost odvjetnika, a druga da je štetu trećima prouzročio obavljanjem odvjetništva.

Pretpostavka zakonske odgovornosti odvjetnika za postojanje osigurateljskog pokrića znači da se prema općim propisima o odgovornosti za štetu treba ponajprije utvrditi postojanje odgovornosti³⁸ odvjetnika za štetu koju je prouzročio u obavljanju svoje djelatnosti trećim osobama. Ako se utvrdi takva odgovornost odvjetnika tada će postojati i obveza osiguratelja OO na isplatu naknade štete trećoj oštećenoj strani.

Druga pretpostavka postojanja osigurateljskog pokrića je da štete moraju nastati obavljanjem djelatnosti odvjetništva (dakle, djelatnostima pravnog savjetovanja i zastupanja u pravnim postupcima). Stoga, u osigurateljsko pokriće osiguranja OO ne bi spadale štete nastale iz obavljanja neke druge profesionalne djelatnosti, a koju

37 U literaturi se izražava stav da bi se ovdje radilo o osobama koje se nalaze u nekoj specifičnoj vezi s odvjetnikom. Upravo zbog te specifične veze odvjetnik je bio dužan predvidjeti da bi obavljanjem svoje profesionalne djelatnosti mogla nastupiti i šteta tim trećim osobama (tzv. predvidiva šteta). Primjerice, odvjetnik, koji je dao pravne savjete ili ekspertna mišljenja stranci, a znao je da se i treća osoba može osloniti ili poslužiti tim savjetima ili mišljenjima. Zatim, odvjetnik koji se trebao obzirno ponijeti i prema interesima treće osobe koja je suugovaratelj stranke koju je on zastupao. Također, odvjetnik koji je, primjerice, sastavio oporuku, a koja je na sudu proglašena ništetnom trebao je imati obzira da bi time mogla nastati šteta zakonskim nasljednicima koji su u konkretnom slučaju podnijeli zahtjev prema osiguratelju za isplatu štete iz svote osiguranja (Ćurković, M., *Odgovornost odvjetnika i osiguranje*, Burza, 26. srpanj 2007.). Ono što je tu problem jest određivanje kriterija, konkretno veze s interesima treće osobe, po kojima bi odvjetnik odgovarao za takve štete. Petrić, S., *O građanskopravnoj odgovornosti odvjetnika*, op. cit., str. 53-55.

38 Pri tomu nije nužno da se odvjetnikova odgovornost isključivo utvrđuje sudskim putem, već je to, za potrebe obrade štete od strane osiguratelja, moguće i izvansudskim putem. Prema čl. 6. st. 1. Uvjeta moguće je da štetu zajednički utvrde odvjetnik i osiguravajuće društvo, a ako se o tomu oni ne mogu složiti, svaka od ugovornih strana može zatražiti da štetu utvrde vještaci. Kako se utvrđivanje štete odnosi i na utvrđivanje odgovornosti odvjetnika, to može u praksi nastati problem ako odvjetnik ne priznaje svoju odgovornost. Tada bi bilo doista potrebno utvrditi postojanje odvjetničke odgovornosti sudskim putem. Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, op. cit., str. 40.

odvjetnik može obavljati (naravno, ako je za to ispunio propisane uvjete). Primjerice ne bi bile pokrivenе štete koje mogu nastati iz djelatnosti odvjetnika kao stečajnog upravitelja, staratelja, direktora i člana uprave ili nadzornog odbora trgovačkih društava.³⁹ Za pokriće šteta koje bi mogle nastati iz takvih djelatnosti, odvjetnik bi trebao sklopiti posebno osigurateljsko pokriće od odgovornosti koje bi se odnosilo na navedene posebne djelatnosti.⁴⁰

6.2. Pokriće tzv. čisto imovinske štete

Nakon što smo utvrdili da se osiguranjem OO pokriva samo šteta koje je nastala isključivo obavljanjem odvjetničke djelatnosti, pitanje koje se samo po sebi postavlja jest koja je to šteta? Radi se o tzv. čisto imovinskoj šteti.⁴¹ To je imovinska šteta koja je nastala trećim osobama propustom ili pogreškom u obavljanju profesionalne djelatnosti, u konkretnom slučaju djelatnosti odvjetništva, a nije nastala zbog smrti ili tjelesne povrede osobe te zbog uništenja, oštećenja ili nestanka stvari, uključujući i krađu stvari trećih osoba. To je tzv. negativna definicija čisto imovinske štete koja proizlazi iz čl. 24. toč. 1. Uvjeta.⁴² Drugim riječima, osigurateljsko pokriće osiguranja OO postojalo bi samo za one štete koje bi nastale u vezi s pružanjem pravne pomoći i pravne zaštite strankama.⁴³ Tipični slučajevi šteta, koji bi spadali u osigurateljsko pokriće od odvjetničke odgovornosti, bili bi:⁴⁴ propuštanje rokova za poduzimanje procesnih radnji, ne pojavljivanje na ročištu, previd u sastavljanju ugovora ili pisanih podnesaka zbog kojeg je stranci nastala šteta, neinformiranje stranke o mogućnostima uspjeha u postupku ili daljnjem vođenju postupka (pa je u tom slučaju trebalo predložiti sklapanje nagodbe), itd.

39 Vučković, V., op. cit., str. 33. Ovakvo je isključenje osigurateljskog pokrića izrijekom navedeno u § 4. toč. 4. njemačkih općih uvjeta osiguranja OO (AVB-RSW 2008). Pun naziv uvjeta glasi: *Allgemeine und Besondere Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer*.

40 Dallmayr, Reinhard, *Risikovorsorge und Versicherung*, u: Büchting, *Rechtsanwaltshandbuch* 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2007., rubni broj 11.

41 Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, odvjetnika...*, op. cit., str. 282-283.

42 Slična se definicija čisto imovinske štete nalazi i u §1 toč. I. 2. njemačkih općih uvjeta (AVB-RSW 2008). Zbog navedenog pojma čiste imovinske štete, osiguranje OO kao osiguranje od profesionalne odgovornosti razlikuje se od primjerice osiguranje od automobilske odgovornosti gdje je pokrivena (imovinska i neimovinska) šteta zbog smrti i tjelesne povrede osobe, kao i zbog uništenja i oštećenja stvari. Vučković, V., op. cit., str. 33.

43 Oblici pružanja pravne zaštite posebno su navedeni u čl. 15. Uvjeta: davanje pravnih savjeta, zastupanje stranaka, sastavljanje isprava (ugovora, oporuka, izjava i dr.), sastavljanje tužbi, pravnih lijekova, prijedloga i drugih podnesaka

44 Primjeri sudske prakse navedeni u: Vojković, Hrvoje, *Obvezno osiguranje od odgovornosti iz odvjetničke djelatnosti*, Hrvatska pravna revija, br. 1/2008., str. 43-52, 46-47. i Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, op. cit., str. 41.

6.3. Proširenje osigurateljskog pokrića

U čl. 14. st. 2. Uvjeta propisano je da se uz posebno ugovaranje i dodatno plaćanje premije, osiguranjem od odgovornosti može obuhvatiti i privatna odgovornost odvjetnika izvan obavljanja odvjetničke djelatnosti. Nema sumnje da se takvom odredbom pokušalo osigurateljskim pokrićem obuhvatiti i štete nastale zbog smrti i tjelesne povrede osoba, te za uništenje i oštećenje stvari trećih (uključujući i njihovu krađu), tj. štete koje ne spadaju u tzv. čisto imovinske štete. Osim toga, takvu mogućnost ugovaranja ovakvog pokrića (pored čl. 14. st. 2. Uvjeta) izrijeком priznaje i već ranije spomenuti čl. 24. toč. 1. koji se općenito odnosi na isključenja iz pokrića. Privatna odgovornost odvjetnika na koju se proširuje osigurateljsko pokriće prvenstveno bi se odnosilo na deliktnu izvanugovornu odgovornost za gore navedene štete. Ali, ono što zbunjuje jest da se pokriva privatna odgovornost odvjetnika samo izvan obavljanja djelatnosti odvjetništva. S pravom se postavlja pitanje bi li osigurateljskim pokrićem tada mogle biti pokrivenе štete do kojih je došlo, npr. zbog uništenja, oštećenja ili gubitka spisa, dokumentacije⁴⁵ ili dokaznih sredstava koje je stranka povjerala odvjetniku.⁴⁶ Nadalje, što je sa štetom koja je nastala zbog gubitka novca, vrijednosnih papira i dragocjenosti povjerenih odvjetniku. Također, upitno je bi li u osigurateljsko pokriće ulazila šteta koju pretrpi osoba koja se ozlijedila u odvjetničkom uredu. Ono što bi smo mogli zaključiti, s obzirom na odredbu da se osiguranjem pokriva privatna odgovornost odvjetnika samo izvan obavljanja odvjetničke djelatnosti, da bi navedene štete mogle ulaziti u osigurateljsko pokriće samo ako nisu nastale u vezi s obavljanjem odvjetničke djelatnosti koja se opisuje kao davanje pravnih savjeta, sastavljanje isprava i podnesaka te zastupanje stranaka (čl. 15. st. 2. Uvjeta). Tako bi npr. potreba za spisima, raznom dokumentacijom i dokaznim sredstvima bila bitno u vezi s odvjetničkom djelatnošću pa bi shodno tomu šteta koja bi nastala njihovim oštećenjem, uništenjem ili gubitkom ostala izvan osigurateljskog pokrića. Također i šteta nastala ozljedom odvjetnikovog klijenta u njegovom uredu (npr. pad uslijed skliskog poda) svakako da je u vezi s obavljanjem odvjetničke djelatnosti (dolazak u ured radi dobivanja pravnih savjeta, upoznavanja stranke sa stanjem u njezinom predmetu i sl.), pa sukladno čl. 14. st. 2. Uvjeta ne bi

45 Iz osigurateljske prakse: Tužitelj je ovlastio odvjetnika da mu za tvrtku izvrši pravne radnje kako bi se provela dokapitalizacija društva. Odvjetnik je izgubio dokumentaciju, a tužitelj je tužio za izgublenu dobit zato što zbog nesređene dokumentacije nije mogao dignuti kredit. Prije toga osiguratelj se o zahtjevu tužitelja na naknadu štete nije izjasnio. Vojković, H., op. cit., str. 46.

46 Glede uništenja, gubitka ili oštećenja dokaznih sredstava, šteta se ne bi sastojala samo u njihovoj materijalnoj vrijednosti nego i smanjenoj mogućnosti uspjeha u postupku. Sassenbach, Holger, *Anwalt- und Notarhaftpflichtversicherung*, u: Terbille, M., *Versicherungsrechts*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2008., str. 1009-1034, 1014.

ulazila u osigurateljsko pokriće.⁴⁷

6.4. Osobe čija je odgovornost pokrivena osiguranjem OO

Osiguranjem OO pokrivena je, kao što smo već rekli, zakonska odgovornost odvjetnika (*supra* 6.1.). Zakonska odgovornost odvjetnika (ili odvjetničkog društva) svakako se proteže i na zaposlenike u odvjetničkom uredu (ili odvjetničkom društvu) koji nemaju status odvjetnika i koji su u poslovnom odnosu s odvjetnikom ili odvjetničkim društvom. To su prije svega odvjetnički vježbenici kao i ostalo zaposleno osoblje (alineja 6 uvodnik odredbi Uvjeta). U čl. 14. st. 2. Uvjeta izrijekom je navedeno da je osiguranjem OO pokrivena i odgovornost odvjetničkih vježbenika i ostalog osoblja. Stoga bi smo osobe, čija je odgovornost pokrivena osiguranjem, mogli definirati kao osobe koje su izvan ugovora o osiguranju OO, a čiji su postupci pokriveni zakonskom odgovornošću osiguranika (odvjetnika-poslodavca). Pri tome se osigurateljsko pokriće odnosi samo na štete koje je odvjetnički vježbenik počinio u obavljanju svoje službe stranci (čl. 66. st. 1. ZO) te na štete koje su ostali zaposlenici (tzv. "ostalo osoblje") odvjetnika (ili odvjetničkog društva) prouzročili trećoj osobi u radu ili u vezi s radom (arg. iz čl. 1061. st. 1. ZOO-a o zakonskoj odgovornosti poslodavca za zaposlenike prema trećima). No, trećom osobom se ne bi mogao shvatiti odvjetnik. Odnosno osiguranje OO ne pokriva štete koje bi zaposlenik odvjetnika nanio radom odvjetniku (poslodavcu). Ono što je bitno naglasiti da osigurateljsko pokriće odgovornosti odvjetničkih vježbenika i ostalog osoblja ulazi u izravno pokriće osiguranja OO, tj. ne ulazi u tzv. dodatno dobrovoljno pokriće. Ovo *de facto* znači da ugovaratelji osiguranja ne mogu isključiti iz osigurateljskog pokrića odgovornost odvjetnika za drugoga s kojim je u poslovnom odnosu (zaposlenike). To znači da plaćanje eventualno povećane premije zbog pokrivanja odgovornosti zaposlenika ne bi ovisilo o slobodnoj volji odvjetnika (ili odvjetničkog društva), već je to njihova ugovorna obveza iz čl. 14. st. 2. Uvjeta, a koja ovisi o činjenici broja zaposlenika.

6.5. Teritorijalno važenje pokrića

Sukladno čl. 14. st. 2. Uvjeta osiguranje OO odnosi se na odvjetničku djelatnost koja se obavlja na području RH. Ovakva je odredba u skladu s načelom teritorijalne primjene pravnih propisa države na njezinom teritoriju, pa tako i propisa

⁴⁷ U njemačkim općim uvjetima osiguranja OO postoji posebna mogućost dodatnog ugovaranja osigurateljskog pokrića od odgovornosti za tzv. vođenje odvjetničkog ureda (Bürohaftpflichtversicherung). Sukladno tom dodatnom pokriću, osigurava se odgovornost odvjetnika za štete koje mogu nastati glede stvari i osoba (štete zbog uništenja, oštećenja ili gubitka stvari, zbog smrti ili tjelesne povrede osobe), a koje su u vezi s vođenjem ureda odvjetnika i njegovim uredskim poslovanjem (*Teil 5 Zusatzvereinbarung zur Bürohaftpflichtversicherung*, - Dio 5. Dodatno ugovaranje osiguranja za vođenje odvjetničkog ureda, AVB-RSW 2008). Sassenbach, H., op. cit., str. 1014.

koji propisuju obvezno osiguranju od odgovornosti (odvjetnika).⁴⁸ Moguće je i drukčije ugovoriti, tj. da se pokrije osiguranjem i odvjetnička djelatnost koja se obavlja i izvan teritorija RH, ali bi to bilo isključivo na dobrovoljnoj osnovi i uz plaćanje dodatne premije.

Mogućnost ugovaranja osigurateljskog pokrića OO za djelovanje odvjetnika izvan područja RH doći će više do izražaja nakon prijema RH u Europsku uniju. Naime, tada će započeti primjena odredbi ZO-a iz glave III. A (čl. 36a-36h) koje se odnose na obavljanje odvjetničkog zanimanja stranih odvjetnika u RH.⁴⁹ Prema tim odredbama, strani odvjetnik da bi započeo svoju djelatnost na području RH, pored ostalih uvjeta trebat će podnijeti i dokaz da je sklopio valjano osiguranje OO za područje RH (čl. 36b st. 2.). No, strani odvjetnik oslobodit će se u cijelosti ili djelomice obveze sklapanja osiguranja OO u RH ako je u matičnoj državi ugovorio u cijelosti ili djelomično istovrijedno osiguranje glede uvjeta i opsega pokrića osiguranja u RH (čl. 36. st. 3. ZO). Drugim riječima, strani odvjetnici neće podlijevati obvezi osiguranja OO u RH ako su sklopili osiguranje OO s pokrićem i za područje RH, pod uvjetom da je njihovo osigurateljsko pokriće u skladu s uvjetima i opsegom pokrića osiguranja OO u RH. S obzirom na to da su pravila o djelovanju stranih odvjetnika u RH u ZO preuzeta iz Smjernice 98/5/EZ (čl. 6. st. 3.), a koju su obvezne preuzeti i sve države članice u svoj pravni poredak, to znači da će danom prijema RH u EU i hrvatski odvjetnici biti u mogućnosti djelovati u državama članicama EU-a. Tada će i mogućnost ugovaranja osigurateljskog pokrića OO za područje izvan RH dobiti više na značaju. Pri tomu bi uvjeti osiguranja OO i opseg pokrića trebali biti istovjetni onima koji se primjenjuju i koji postoje u državi-članici u kojoj hrvatski odvjetnik nastoji djelovati. U svakom slučaju raditi će se o dobrovoljnom dodatnom

48 Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, op. cit., str. 41. I u poredbenom pravu imamo odredbe (čak i u zakonima) da se osigurateljsko pokriće OO primjenjuje teritorijalno. Primjerice, u njemačkom BRAO-u propisano je kako se iz osigurateljskog pokrića može isključiti odgovornost odvjetnika u obavljanju profesionalne djelatnosti u vođenju ureda u drugim državama (§ 51. st. 3. toč. 2. BRAO), odnosno u zastupanju pred sudovima država koje nisu članice EU (§ 51. st. 3. toč. 4. BRAO).

49 Ovim su odredbama preuzete odredbe Smjernice 77/249/EEZ od 22. ožujka 1977. godine kojom se odvjetnicima olakšava sloboda učinkovitog pružanja usluga, OJ L 078, 26/03/1977 P. 0017-0018, te odredbe Smjernice 98/5/EZ od 16. veljače 1998., godine o olakšavanju stalnog obavljanja odvjetničke prakse u zemlji članici drugoj od one gdje se stekla kvalifikacija, OJ L 077, 14/03/1998. P. 0036-0043.

osigurateljskom pokriću.⁵⁰

7. Štete koje su isključene iz osigurateljskog pokrića

7.1. Općenito

U čl. 24. Uvjeta nalazi se popis rizika koji su razvrstani u ukupno deset točaka, a na koje se ne odnosi osiguranje OO (isključenje iz osiguranja). Među njima nalazimo isključenja rizika koja su potpuno opravdana te ona koja nisu opravdana. Kao razlog neopravdanosti pojedinih isključenja iz osigurateljskog pokrića u literaturi se navodi da takva isključenja nisu u skladu s namjerom zakonodavca, kao i sa samom svrhom propisivanja osiguranja OO kao obveznog osiguranja.⁵¹ Naime, takvim se osiguranjem, a što je i bila namjera zakonodavca pokušava u najvećoj mogućoj mjeri zaštititi interese potencijalnih trećih oštećenih osoba, a tzv. neopravdanim isključenjima se ne pokrivaju štete u pojedinim tipičnim situacijama kada u obavljanju odvjetničke djelatnosti može nastati šteta. S obzirom na rečeno, s pravom se postavljaju pitanja kako se to uvjetima osiguranja, koji su po pravnoj snazi ispod kogentnih zakonskih odredbi, mogu nametati isključenja koja bi bila protivna svrsi zakonskog propisivanja obveznog osiguranja od odgovornosti odvjetnika. Možda bi se rješenje moglo naći u poredbenom pravu, primjerice u njemačkom, gdje je § 51. st. 3. BRAO, dakle saveznim zakonom, izrijeком propisano koja se to isključenja iz osigurateljskog pokrića mogu odrediti uvjetima osiguranja (o njima je više riječi *infra* 7.3). Nasuprot tomu je primjer slovenskog Zakona o odvetništvu gdje se u čl. 9. izrijeком navodi koje to štete moraju biti obavezno uključene u osigurateljsko pokriće (štete nastale grubom nepažnjom, pogreškom, propustom, kako osiguranika tako i njegovih zaposlenika).⁵² Dakle, u slovenskom primjeru primijenjena je metoda pozitivne numeracije šteta obavezno uključenih u osigurateljsko pokriće. Po uzoru na iznesena rješenja iz poredbenog prava, trebalo bi možda i u hrvatskom Zakonu

50 Već je rečeno da prema § 51. st. 3. toč. 4. BRAO u Njemačkoj se može uvjetima osiguranja isključiti iz pokrića odgovornost odvjetnika za djelovanje pred sudovima država koje nisu članice EU-a. Posljedično tomu, u mnogim uvjetima osiguranja automatski je u osigurateljsko pokriće uključena odgovornost odvjetnika za obavljanje odvjetničke djelatnosti pred sudovima država članica, kao i odgovornost za primjenu prava Europske unije. Isključenje takvog pokrića potrebno je posebno ugovoriti. Ovakvo se pokriće objašnjava time što sudovi država članica EU-a više ne predstavljaju inozemne sudove, odnosno primjena europskog prava ne predstavlja primjenu inozemnog prava. S druge strane, prema uvjetima mnogih osiguratelja, odvjetnička odgovornost u vezi sa savjetovanjem i primjenom inozemnog prava država koje nisu članice EU-a, u startu je isključena iz pokrića te se ugovara samo kao dodatno osigurateljsko pokriće. Dallmayr, R., op. cit., broj 12.

51 Kačer, H., op. cit., str. 118-119, i Vojković, H., op. cit., str. 48-49.

52 Drugo je pitanje koliko je navedeno osigurateljsko pokriće prikladno za osiguranje od odgovornosti odvjetnika s obzirom na činjenicu da ni slovenski zakon izrijeком ne uključuje u pokriće namjerno izazvane štete, a u vezi s kojim se javlja kamen spoticanja u hrvatskim Uvjetima osiguranja (*infra* 7.3)

o odvjetništvu propisati eventualna isključenja iz pokrića izvan kojih osiguratelj ne bi mogao ići u uvjetima osiguranja ili pak popis šteta koje moraju biti obavezno uključene u osigurateljsko pokriće, kako se isključenjima u uvjetima osiguranja ne bi osujetila svrha osiguranja od odgovornosti.

7.2. Štete čije je isključenje iz osigurateljskog pokrića opravdano

Potpuno bi bilo opravdano isključenje, tzv. ratnih i političkih rizika, odnosno nepokrivanje šteta koje su prouzročene neposrednim ili posrednim djelovanjem ratnih i političkih rizika bez obzira je li rat objavljen ili nije (čl. 24. st. 3. Uvjeta). Ovo iz razloga što je već samim ZOO-om propisano da osiguratelj nije dužan nadoknaditi štete nastale ratnim operacijama ili pobunama (čl. 955. st. 1. ZOO). Također, opravdano je isključenje iz pokrića odštetnih zahtjeva nastalih na temelju ugovornog proširenja odgovornosti osiguranika (odvjetnika) i na slučajeve kada po zakonu ne odgovara (čl. 24. st. 2. Uvjeta). Zatim, tu spada i: a) isključenje iz pokrića šteta nastalih zbog neodržavanja rokova za koje je odgovorna strana koju odvjetnik zastupa (čl. 24. st. 4. Uvjeta); b) isključenje šteta nastalih uskratom pravne pomoći kada je na uskratu pravne pomoći odvjetnik ovlašten Zakonom, statutom Komore ili etičkim kodeksom (čl. 24. st. 6.); c) isključenje šteta u slučajevima kada ne postoji (ili se ne može utvrditi) odgovornost osiguranika ili ugovaratelja osiguranja (čl. 24. st. 8. Uvjeta), d) isključenje šteta nastalih 30 dana po otkazu punomoći, a ne otkazuje se punomoć zbog opravdanih razloga uskrate pravne pomoći (čl. 24. st. 9. Uvjeta).

7.3. Štete čije isključivanje iz osigurateljskog pokrića nije opravdano

U čl. 24. st. 7. Uvjeta propisano je isključenje šteta koje su nastale zbog namjere i grube nepažnje te prijave ugovaratelja osiguranja ili osiguranika (odvjetnika). Ova je odredba neopravdana bar iz dva razloga.

Prvi razlog njezine neopravdanosti je taj što u obveznom osiguranju od odgovornosti (kao što je ovdje slučaj) osiguratelj treba uvijek isplatiti naknadu štete trećoj oštećenoj osobi kada postoji odgovornost osiguranika⁵³ (neovisno radi li se o namjeri, gruboj ili običnoj nepažnji ili o objektivnoj odgovornosti). Ovo iz razlog jer je jedna od svrha obveznih osiguranja od odgovornosti zaštita trećih osoba. Navedena odredba mogla bi imati smisla ako bi osiguranje OO bilo dobrovoljnog, a ne obvezatnog karaktera.⁵⁴ Budući da bi tada svrha osiguranja OO bila prvenstveno zaštita odvjetnika od eventualnih zahtjeva trećih, pa bi došlo do primjene načela o isključenju odgovornosti osiguratelja u slučaju namjernog ili prijevernog prouzročenja osiguranog slučaja iz čl. 944 ZOO-a, odnosno iz čl. 953. st. 2. ZOO po kojem osiguratelj ne odgovara za štetu koju su ugovaratelj osiguranja, osiguranik ili

⁵³ Čurković, M., *Obvezno osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, op. cit., str. 40.

⁵⁴ Loc. cit.

korisnik osiguranja uzrokovali namjerno.⁵⁵

Drugi razlog zbog kojeg je navedeno isključenje neopravdano jest izričito priznanje u čl. 25. Uvjeta prava regresa osiguratelja prema odvjetniku, odvjetničkom društvu ili odvjetničkom vježbeniku ako je trećemu, u obavljanju odvjetničke djelatnosti, šteta počinjena namjerno ili iz grube nepažnje. Ovo znači da je osiguratelj morao, prije ostvarivanja prava regresa, isplatiti naknadu štete trećoj osobi kojoj je šteta prouzročena iz namjere ili krajnje nepažnje odvjetnika (ili osobe za koju on odgovara).

Iz navedenog možemo uočiti da je odredba o pravu regresa osiguratelja i odredba o nepokrivanju šteta koje su prouzročene namjerno ili iz krajnje nepažnje međusobno u koliziji.⁵⁶ Opravdanje ovakvih kolidirajućih odredbi, neki autori nalaze u tumačenju da je moguća situacija po kojoj je osiguratelj isplatio naknadu štete po polici osiguranja odvjetnika, a potom došao do saznanja da je šteta prouzročena namjerno ili iz krajnje nepažnje.⁵⁷ U svakom slučaju, odredba o isključenju šteta počinjenih iz namjere i grube nepažnje osiguranika i istodobno priznavanje prava regresa osiguratelju ako je štetu osiguranik uzrokovao iz namjere ili krajnje namjere djeluje podosta zbnunjuće.

Stoga smatramo da bi bilo ispravnije u Uvjetima unijeti odredbu o gubitku prava iz osiguranja OO. To jest, da u slučaju uzrokovanja štete iz namjere ili krajnje nepažnje odvjetnik nema pravo na osigurateljsko pokriće, ali da to ne utječe na pravo oštećene treće osobe. Oštećena osoba ostvarila bi naknadu štete iz osiguranja, a osiguratelj bi imao pravo regresa prema osiguraniku (odvjetniku, odvjetničkom

55 No ipak, i uz postojeće isključenje iz pokrića šteta uzrokovanih namjerno ili iz krajnje nepažnje iz čl. 24. st. 7. Uvjeta OO, moguće su situacije u kojima bi osiguratelj bio dužan isplatiti naknadu iz osiguranja i za pokriće takvih šteta. Naime, sukladno čl. 953 st. 2. ZOO-a, osiguratelj je dužan naknaditi svaku štetu prouzročenu od neke osobe za čije postupke osiguranik odgovara po bilo kojoj osnovi, bez obzira na to je li šteta prouzročena namjerno ili iz krajnje nepažnje. Dakle, ako se osigurateljsko pokriće odnosi i na odgovornost za drugoga tada se pokrivaju i štete koje taj drugi prouzroči s namjerom ili s krajnjom nepažnjom. U djelatnosti odvjetništva postoje tri situacije kada se po zakonu odgovara za drugoga: 1) članovi odvjetničkog društva odgovaraju za odvjetnika koji u njemu obavljaju poslove pravne pomoći nastale u vezi s pružanjem te pomoći (čl. 33. reč. 2. ZO); 2) za štetu koju odvjetnički vježbenik počini u obavljanju svoje službe stranci neposredno odgovara odvjetnik, odnosno odvjetničko društvo kod kojega vježbenik radi (čl. 66. st. 1. ZO); te 3) odgovornost odvjetnika za radnje i postupke svojih zaposlenika koji nisu odvjetnički vježbenici (administrativno osoblje) prema općim pravilima o odgovornosti poslodavca za zaposlenike (čl. 1061 ZOO). U navedenim situacijama, smatramo da bi se mogla primijeniti spomenuta kogentna odredba čl. 953 st. 3. ZOO-a, te bi osiguratelj bio dužan platiti isplatiti naknadu iz osiguranja i u slučaju namjere i krajnje nepažnje osobe za koju osiguranik (ugovaratelj osiguranja) odgovara. Namjera ili krajnja nepažnja tih osoba pokrivena je osiguranjem. Ovo iz razloga što postupci ili propusti osoba s kojima se osiguranik služi u poslovanju ne nastaju isključivom voljom osiguranika, nego samo voljom tih osoba, a one nisu stranke ugovora o osiguranju, pa ni njihova volja nije relevantna za (ne)nastanak obveze osiguratelja iz ugovora o osiguranju od odvjetničke odgovornosti. Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 282-283.

56 Tako i Vojković, H., op. cit., str. 49.

57 Loc. cit.

društvu, odvjetničkom vježbeniku) kao odgovornoj osobi.⁵⁸

No, dok ne dođe do takve promjene Uvjeta, smatramo da bi se u praksi trebala dati prednost odredbi čl. 25. Uvjeta jer je ona više u skladu sa svrhom obveznog osiguranja, a to je zaštita trećih osoba. U tom bi slučaju osiguratelj trebao oštećeniku isplatiti naknadu iz osiguranja za štete uzrokovanih namjerom i grubom nepažnjom osiguranika.⁵⁹

Spomenuta odredba Uvjeta o isključenju šteta iz pokrića, koje su nastale zbog namjere, grube nepažnje i prijekave, ipak ima svoj uzor i u poredbenom pravu, točnije u njemačkom. Naime, prema §51 st. 3. toč. 1. i 5. BRAO (dakle, radi se čak o odredbi iz saveznog Zakona o odvjetništvu, a ne samo u odredbi iz uvjeta osiguranja), i njemačkim odvjetnicima ne pruža se pokriće zbog takvih šteta (namjerna, gruba nepažnja, prijekava). Čak i onda kada su takve štete počinjene i od osoba za koje odvjetnici odgovaraju (zaposlenici, suradnici, odvjetnički vježbenici).⁶⁰ U takvom slučaju, oštećenici su, zapravo, u gorem položaju nego u hrvatskom pravu, jer njemačko pravo ne priznaje trećim osobama, tzv. opće pravo na izravni zahtjev i neposrednu tužbu prema osiguratelju od odgovornosti⁶¹ kao što to priznaje čl. 965. ZOO-a, čime bi se olakšao položaj treće osobe.

Od preostalih isključenja, neopravdano bi bilo i ono koje se odnosi na štete nastale zbog odvjetnikovog prekoračenja punomoći (čl. 24. st. 5. Uvjeta), a iz razloga učestale mogućnosti pojavljivanja takvih šteta u odvjetničkoj djelatnosti. Konačno, neopravdano bi bilo pokrivanje samo, tzv. čisto imovinske štete (*supra* 6.2.), odnosno isključenje iz pokrića šteta nastalih zbog za uništenja i oštećenja stvari, kao i šteta zbog smrti i tjelesne ozljede osoba, tj. šteta koje ne nastaju iz obavljanja profesionalne djelatnosti odvjetništva (davanjem pravnih savjeta, sastavljanjem isprava i podnesaka, zastupanja stanaka). U literaturi se navodi kako bi ovo isključenje bilo neopravdano iz razloga težine posljedica navedenih šteta čije je pokrivanje isključeno.⁶² Doduše, uz ugovaranje dodatnog pokrića, tzv. privatne odvjetničke odgovornosti, navedene štete mogu se uključiti u osigurateljsko pokriće, ali uz ograničenje da se prošireno pokriće odnosi samo na štete izvan obavljanja odvjetničke djelatnosti, (*supra* 6.3). Ovo znači da bi štete s navedenim teškim posljedicama koje nastanu prilikom obavljanja odvjetničke djelatnosti, ostale izvan osigurateljskog pokrića.

58 Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika*, op. cit., str. 283. Ovakvo je rješenje, primjerice, zastupljeno u Zakonu o obveznim osiguranjima u prometu (NN, br. 151/05., 36/09. i 75/09.), čl. 24. st. 1. toč. 5 i st. 3.

59 Čurković, M., *Obvezno osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, op. cit., str. 40.

60 Analoga odredba o isključenju iz pokrića šteta koje su nastale zbog namjerne povrede odvjetničkih dužnosti (bilo da proizlaze iz zakona ili ugovora) nalazi se i u § 4 st. 5. općih uvjeta (AVB-RSW 2008).

61 Prema § 115. st. 1. njemačkog Zakona o ugovoru o osiguranju iz 2008. (*Versicherungsvertragsgesetz*, VVG 2008.), pravo na izravnu tužbu je priznato trećim osobama samo uz ispunjenje određenih uvjeta u točno određenim slučajevima.

62 Kačer, H., op. cit., str. 119, Vojković, H., op. cit., str. 49.

8. Osigurani slučaj

Određivanje osiguranog slučaja u svakom osiguranju bitno je iz razloga što ostvarivanjem osiguranog slučaja, nastaje i obveza osiguratelja na isplatu naknade iz svote osiguranja osiguraniku.⁶³ U slučaju osiguranja odgovornosti odvjetnika nastaje obveza osiguratelja isplate naknade iz svote osiguranja trećoj osobi oštećenoj zbog pogrešaka i propusta u pružanju joj pravne zaštite u odvjetničkoj djelatnosti.

Osigurani slučaj se zakonski definira kao događaj prouzročen osiguranim rizikom (čl. 922. st. 1. ZOO-a). Osiguranik rizik u obavljanju odvjetničke djelatnosti predstavljaju radnje pružanja pravne pomoći fizičkim i pravnim osobama u ostvarivanju i zaštiti njihovih prava i pravnih interesa (*arg. iz čl. 15. st. 1. Uvjeta*). U te bi radnje osobito ulazilo: 1) davanje pravnih savjeta; 2) sastavljanje isprava (ugovora, oporuka, izjava i dr.); 3) sastavljanje tužbi, žalbi, prijedloga, zahtjeva, molbi, izvanrednih pravnih lijekova i drugih pravnih podnesaka; 4) zastupanje stranaka (čl. 15. st. 2. Uvjeta). Ako je navedenim radnjama (ili u navedenim radnjama) učinjena pogreška ili ako je pojedina od takvih radnji propuštena, a trebala je biti poduzeta, tada je nastupio osigurani slučaj u osiguranju OO (*arg. iz čl. 18. Uvjeta*).⁶⁴ Odnosno, osigurani slučaj je nastupio na dan učinjene štetne radnje ili propusta.⁶⁵ Dakle, osiguranim slučajem pokrivena su radnje činjenja (pogreške u pružanju pravne zaštite), ali i radnje propuštanja (nepoduzimanje pojedine radnje pravne zaštite, a koja se treba poduzeti).⁶⁶ Kao što ćemo kasnije vidjeti, bitno je da su navedene pogreške ili propusti učinjeni za vrijeme trajanja osigurateljskog pokrića te da je tim radnjama ili propustima prouzročena šteta trećoj osobi (oštećeniku), ali je od manjeg značaja kada je postavljen zahtjev za naknadu štete.

63 Pavić, D., Ugovorno pravo osiguranja, op. cit., str. 148.

64 Čl. 18. Uvjeta: "Osiguranim slučajem u smislu ovih uvjeta smatra se svaki pojedinačno određeni propušten oblik pravne zaštite ili učinjena pogreška prema članku 15. stavku 2 ovih uvjeta, kojim se trećim osobama prouzrokuje šteta". I njemački opći uvjeti (AVB-RSW 2008) također slično definiraju osigurani slučaj u osiguranju OO. Prema § 5 toč. I osigurani slučaj se definira kao štetni događaj (*Verstoß*, povreda) na temelju kojeg bi se mogao podignuti zahtjev za naknadu štete protiv osiguranika. Pri čemu se štetni događaj smatra propust ili pogreška odvjetnika. Vučković, V., op. cit., str. 35. I prema § 51. st. 2. BRAO, osigurani slučaj predstavlja povredu odvjetnikovih obveza (pogreška i propuštanje) koje mogu biti zakonske naravi (deliktna odgovornost) ili obveze koje proizlaze iz pojedinačnog mandatnog odnosa sa strankom (ugovorna odgovornost).

65 Dakle, primjerice danom kada je sačinjena (potpisana) oporuka koja je kasnije utvrđena ništetnom. (Čurković, M., *Odgovornost odvjetnika i osiguranje*, Burza 26. srpnja 2007.). Posljedično tome vrijedi da je osigurani slučaj nastao kada je npr. istekao posljednji dan roka za podnošenje pravnog lijeka, prigovora i drugih podnesaka. Pitanje vremena nastanka osiguranog slučaja važno je, ne samo iz razloga postoji li ili ne osigurateljsko pokriće, nego i iz razloga ako je odvjetnik tijekom vremena mijenjao osiguratelje s kojima je sklapao osiguranje od odgovornosti. U tom slučaju oštećenik bi morao tužiti osiguratelja s kojim je odvjetnik imao sklopljeno osiguranje od odgovornosti u trenutku nastupa osiguranog slučaja.

66 Tako i Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika*, op. cit., str. 282.

Za valjanost ugovora o osiguranju zahtijeva se da osigurani slučaj nije nastao prije ili prilikom sklapanja ugovora o osiguranju ili da nije prilikom sklapanja ugovora o osiguranju bio u nastajanju niti je bilo izvjesno da će nastupiti (čl. 922. st. 3. ZOO-a). U protivnom, ugovor o osiguranju pa tako i ugovor o osiguranju OO bio bi ništetan. Iz tog je razloga u čl. 16. st. 1. Uvjeta naznačeno da osiguranjem OO nisu obuhvaćene štete nastale propustom ili pogreškom (dakle, obavljanjem odvjetničke djelatnosti) koje su u vrijeme sklapanja ugovora o osiguranju bile poznate ili nisu mogle ostati nepoznate. Pri tomu nije bitno da je oštećenik postavio odštetni zahtjev ili ga je najavio, već se propust ili pogreška smatraju poznatim kad ih sam osiguranik utvrdi ili za njih dozna. Dakle, odvjetnik ne može računati na osigurateljsko pokriće ako je u obavljanju odvjetničke djelatnosti učinjena pogreška ili propust prije sklapanja ugovora o osiguranju OO. Isto vrijedi i u slučaju ako su pogreška ili propust učinjeni nakon isteka osigurateljskog pokrića.

Drugim riječima, za postojanje osigurateljskog pokrića, pogreška ili propust u obavljanju odvjetničke djelatnosti moraju nastati nakon sklapanja ugovora o osiguranju i unutar vremena na koje se sklapa osigurateljsko pokriće, tj. za vrijeme trajanja ugovora (*Verstoß Prinzip*, načelo *Acts Committed*).⁶⁷ Ako u tom slučaju zahtjev za naknadu štete bude postavljen nakon prestanka ugovora o osiguranju, tj. isteka osigurateljskog pokrića, to neće biti od utjecaja na postojanje osigurateljskog pokrića. Bitno je da je osigurani slučaj (propust ili pogreška u odvjetničkoj djelatnosti) nastupio za vrijeme trajanja osigurateljskog pokrića. U tom smislu je i odredba čl. 19. Uvjeta po kojoj obveza osiguratelja počinje i traje koliko i obveza odvjetnika na naknadu štete po propisima građanskog prava. Dakle, ako je i nakon nastupa osiguranog slučaja prestalo osigurateljsko pokriće (istek vremena na koje je ugovor sklopljen), osiguratelj će i dalje biti u obvezi isplatiti naknadu iz svote osiguranja. Jedino ograničenje može biti zastara potraživanja naknade štete prema odgovornom odvjetniku (ili osobi za koju on odgovara).⁶⁸

67 Ova načela odnose se na pitanje nastanka osiguranog slučaja. Primjenom ovih načela osigurani slučaj nastaje u trenutku nastupa događaja kojim je prouzročena šteta (koristi se još i pojam načelo *Loss Occurrence, Schadensereignisprinzip*), ili u trenutku povrede zakonskih ili ugovornih obveza. Njima suprotno načelo je *Claims Made* načelo (*Anspruchserhebungsprinzip*), koje se više primjenjuje u anglosaksonskim zemljama (vidi englesko pravo, *infra* 9.3.), a koje govori kako je osigurani slučaj nastupio kada je prema osiguratelju postavljen zahtjev za naknadu štete unutar trajanja ugovora o osiguranju. Dakle, u obvezi je onaj osiguratelj po čijoj je polici osiguranja postavljen zahtjev za isplatu iz osiguranja za vrijeme važenja (trajanja) te police, makar je štetni događaj u vezi s kojim se postavlja zahtjev prema osiguratelju nastao i prije no što je uopće sklopljen ugovor o osiguranju. Sieg, Oliver, D & O Versicherung, u: Terbille, M., *Versicherungsrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2008., str. 974.

68 Čl. 234. st. 5. ZOO-a: "Neposredni zahtjev treće oštećene osobe prema osiguratelju zastarijeva za isto vrijeme za koje zastarijeva njegov zahtjev prema osiguraniku odgovornom za štetu".

9. Minimalne svote osiguranja

9.1. Općenito

Osigurana svota je iznos određen ugovorom ili zakonom koji predstavlja gornju granicu obveze osiguratelja za štete pokrivena osiguranjem. Osiguratelj je obavezan isplatiti naknadu za štetu pokrivena osiguranjem samo do visine iznosa svote osiguranja, a koja se ne navodi u ugovoru ili polici osiguranja.⁶⁹ S druge strane, minimalna svota osiguranja predstavlja iznos koji je zakonom propisan kao najniži iznos na koji mora glasiti svota osiguranja prilikom sklapanja obveznih osiguranja od odgovornosti, pa tako i osiguranja OO. Pojedinačnim ugovorom, ili, pak, općim uvjetima može se ugovoriti i viši iznos svote osiguranja, ali nikako ne niži o najnižeg zakonom propisanog iznosa.

9.2. Minimalne svote osiguranja u hrvatskom pravu

U RH, tek je donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o odvjetništvu (NN, br. 117/08, od 13. listopada 2008.), zakonski propisana minimalna svota osiguranja u osiguranju OO.⁷⁰ Po čl. 44. st. 13. Zakona o odvjetništvu, minimalna osigurana svota, po jednom osiguranom slučaju iznosi 800.000,00 kn. Navedenom osiguranom svotom mora biti osigurana odgovornost sljedećih osoba: 1) odvjetnika koji obavlja samostalnu djelatnost, 2) svakog odvjetnika koji obavlja djelatnost u zajedničkom odvjetničkom uredu, 3) odgovornost svakog odvjetnika zaposlenog u odvjetničkom javnom trgovačkom društvu, 4) odgovornost svakog odvjetnika zaposlenog u odvjetničkom društvu s ograničenom odgovornošću te 5) odgovornost svakog odvjetnika koji je član odvjetničkog javnog trgovačkog društva. Minimalni iznos svote osiguranja po jednom osiguranom slučaju za svakog odvjetnika osnivača odvjetničkog društva s ograničenom odgovornošću iznosi 9.000.000,00 kn. Dakle, možemo uočiti da različitost visine minimalnih osiguranih svota ovisi i vrsti organiziranja odvjetničke djelatnosti.⁷¹ No, navedene i propisane minimalne svote osiguranje ne moraju ujedno biti i konačne. Naime, prema čl. 44. st. 14. ZO-a, Hrvatska odvjetnička komora ovlaštena je povisiti navedene minimalne svote osiguranja, ako se promjene okolnosti koje utječu na visinu svote osiguranja (pri tomu bi se prvenstveno radilo o tzv. gospodarskim okolnostima, kao što je to npr.

69 Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 264-265. Šulejić, P., op. cit., str. 102.

70 Prije donošenja ZID ZO-a, svota osiguranja bila je određena Uvjetima osiguranja. Prema čl. 17. Uvjeta iznosila je 730.000 kn po jednom osiguranom slučaju, a mogla se ugovoriti i viša svota osiguranja.

71 U slučaju da odvjetnici osnivači društva s ograničenom odgovornošću nemaju sklopljeno osiguranje na najnižu navedenu svotu, tada uz društvo jamče i odvjetnici članovi društva osobno, neograničeno i solidarno do visine najniže svote osiguranja (čl. 44. st. 13. reč. 4 ZO-a).

inflacija).⁷²

Ono što je bitno za napomenuti da se navedene minimalne svote osiguranja ugovaraju po jednom osiguranom slučaju. Ovo znači da ako se tijekom razdoblja osiguranja (trajanja osigurateljskog pokrića) ostvari više osiguranih slučajeva jedan za drugim (dakle, ako odvjetnik učini više pogrešaka ili propusta zbog kojih može nastati šteta trećima, tzv. uzastopne štete), osigurnina (naknada iz osiguranja), određuje se i isplaćuje u potpunosti s obzirom na cijeli iznos (svote) osiguranja, bez umanjena za iznose prije isplaćenih naknada u tom razdoblju (čl. 949. st. 6. ZOO-a). Možemo zaključiti da se (minimalna) osigurana svota primjenjuje na svaki pojedini štetni događaj (propust ili pogreška odvjetnika), odnosno da se minimalna svota osiguranja primjenjuje za svaku štetu posebno. Ako takvih štetnih događaja tijekom razdoblja osiguranja bude više, može se dogoditi da u konačnici ukupna obveza po zbroju svih šteta po istoj polici osiguranja, koje se isplaćuju po osiguranim slučajevima, koji su nastupili tijekom razdoblja osiguranja bude i veća od minimalne zakonom propisane svote osiguranja ili ugovorene svote osiguranja.⁷³

No, zbog prikazane situacije postoji mogućnost da odvjetnici s manje pažnje obavljaju svoju djelatnost jer im za neograničen broj pogrešaka (ili propusta) stoji na raspolaganju puni iznos (minimalne) svote osiguranja. Kako bi se takva mogućnost otklonila bilo bi dobro da se u Uvjetima osiguranja unese odredba o sudjelovanju osiguranika (odvjetnika) u šteti, tj. da se ugovori franšiza,⁷⁴ a što je i predviđeno i u čl. 44. st. 2. ZO-a (mogućnost da se uvjetima osiguranja predvidi da odvjetnik do određenog iznosa nadoknađuje štetu izravno).

72 Ovakve odredbe koje daju ovlast Odvjetničkoj komori na automatsko mijenjanje svota osiguranja nalazimo i u poredbenim pravima. Primjerice, njemačko savezno ministarstvo pravosuđa nakon saslušanja Savezne odvjetničke komore, može mijenjati minimalne svote osiguranja ako bi zbog promijenjenih gospodarskih okolnosti došla u pitanje zaštita oštećenih osoba (§ 51 st. 8., i § 59j st. 3. BRAO).

73 Tako i Pavić, D., *Ugovorno pravo osiguranja*, op. cit., str. 268.

74 Primjerice, u njemačkom pravu zakonom je predviđeno ugovaranje franšize do iznosa od 1 % minimalne svote osiguranja (§ 51 st. 5. BRAO). S druge strane, da bi se i osiguratelj zaštitio od potencijalno prevelikih obveza, predviđena je mogućnost ugovaranja da u jednoj godini osiguranja ukupne obveze osiguratelja ne mogu iznositi više od četverostrukog iznosa minimalne svote osiguranja, bez obzira na to koliko je nastupilo osiguranih slučajeva (§51. st. 4. BRAO). Nadalje, u § 51. st. 2. BRAO predviđena je i mogućnost da se ugovorom o osiguranju (dakle i općim uvjetima) odredi da se više pogrešaka ili propusta u istom pravnom predmetu smatra samo kao jedan osigurani slučaj. Na taj način, u slučaju da je štetna nastala na temelju više pogrešaka odvjetnika u obavljanju djelatnosti, oštećenome u tom pravnom predmetu, stoji na raspolaganju samo jedna minimalna svota osiguranja (Vučković, V., op. cit., str. 34). Ovo posljednje ne bi bilo moguće u našem pravu upravo zbog ranije opisanog pravila o uzajamnim štetama i određivanju svote osiguranja po jednom osiguranom slučaju (čl. 949. st. 6. ZOO-a).

9.3. Minimalne svote osiguranja u poredbenom pravu

U njemačkom pravu, minimalna osigurana svota, na koju pojedini odvjetnik mora sklopiti ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti iznosi 250.000,00 EUR po jednom osiguranom slučaju (§ 51. st. 4. BRAO). No obveza osiguratelja, za sve prouzročene štete unutar razdoblja osiguranja od godine dana može se ograničiti na četverostruki iznos minimalne svote osiguranja, dakle 1.000.000,00 EUR. Ako se radi o obveznom osiguranju od odgovornosti odvjetničkog društva, tada minimalna svota osiguranja iznosi 2.500.000,00 EUR po jednom osiguranom slučaju (§59j st. 2. BRAO). Međutim, ipak se ukupna obveza osiguratelja za sve prouzročene štete unutar razdoblja osiguranja od godine dana po jednoj polici osiguranja (dakle, bez obzira na broj osiguranih slučajeva) može ograničiti najmanje na četverostruki iznos minimalne svote osiguranja, dakle 10.000.000,00 eura. No, može se ograničiti i na iznos svote osiguranja, koji bi se dobio umnoškom minimalne svote osiguranja s brojem članova odvjetničkog društva i voditelja društva koji nisu članovi društva, ali nikada manje od spomenutog iznosa od 10.000.000,00 EUR. Kao i u hrvatskom pravu, tako i sukladno § 59j st. 4. BRAO, ako odvjetničko društvo nije sklopilo osiguranje od odgovornosti na propisane minimalne svote osiguranja, tada odvjetnici članovi društva i odvjetnici voditelji društva koji nisu članovi društva, odgovaraju solidarno i osobno u visini najniže svote osiguranja.

Prema austrijskom pravu, minimalna svota osiguranja iznosi 400.000,00 EUR po jednom osiguranom slučaju (§ 21a st. 3. RAO). Ako se radi o odvjetniku, koji djeluje u zajedničkom odvjetničkom uredu, onda se navedenom svotom pokrivaju i štete koje su nastale u vezi s njegovim položajem ortaka u zajedničkom odvjetničkom uredu kao ortakluku. Kada je osiguranik odvjetničko društvo u obliku društva s ograničenom odgovornošću, minimalna svota osiguranja iznosi 2.400.000,00 EUR po jednom osiguranom slučaju (§21a st. 4. RAO). I ovdje, slično kao i hrvatskom pravu, ako nije sklopljeno osiguranje s navedenom minimalnom svotom osiguranja, odvjetničko društvo i odvjetnik član društva odgovaraju solidarno i osobno u visini najniže svote osiguranja.

Prema slovenskom pravu, minimalna svota osiguranja, na koju se svaki odvjetnik mora osigurati od odgovornosti iznosi 250.000,00 EUR po jednom osiguranom slučaju (čl. 9. st. 1. Zakona o odvetništvu). Odvjetničko društvo mora ugovoriti policu osiguranja od odgovornosti s minimalnom osiguranom svotom od 1.000.000,00 EUR po osiguranom slučaju (čl. 9. st. 2. Zakona o odvetništvu). Ako odvjetničko društvo ne sklopi osiguranje s navedenom minimalnom svotom osiguranja, tada solidarno i osobno za štete odgovaraju članovi društva i poslovođa u visini minimalne svote osiguranja.

Prema švicarskom pravu, postoji obveza svih odvjetnika u kantonima osigurati se od odgovornosti u obavljanju odvjetništva, s minimalnom svotom osiguranja u iznosu od 1.000.000,00 CHF na razdoblje osiguranja od godine dana. Umjesto sklapanja obveznog osiguranja od odgovornosti, odvjetnici mogu pružiti i

neko drugo istovrijedno osiguranje (čl. 12. toč. f *Anwaltsgesetz*).⁷⁵

Prema engleskom pravu, prema toč. 2.1. Minimalnih uvjeta osiguranja od profesionalne odgovornosti odvjetnika (ovi su uvjeti sastavni dio (tzv. *Appendix 1 Solicitors Indemnity Insurance Rules 2008*) minimalna svota osiguranja razlikuje se ovisno o tomu radi li se o priznatoj odvjetničkoj tvrtci (*Relevant Recognised Body*) ili o običnoj odvjetničkoj tvrtci.⁷⁶ Za priznatu odvjetničku tvrtku minimalna svota osiguranja iznosi 3.000.000,00 GBP po jednom postavljenom zahtjevu za naknadu štete (načelo *Claims Made, supra* 8), dok za običnu odvjetničku tvrtku ta svota iznosi 2.000.000,00 GBP po jednom postavljenom zahtjevu za naknadu štete. Pod pojmom “jedan postavljen zahtjev za naknadu štete” podrazumijevaju se i svi zahtjevi za naknadu štete (dakle i više njih) koji proizlaze iz jednog ili međusobno više povezanih pogrešaka ili propusta u obavljanju odvjetničke djelatnosti, ili proizlaze iz jednog pravnog posla ili činjeničnog stanja, a ističu se prema jednom ili više osiguranika (toč. 2.5. Minimalnih uvjeta osiguranja od profesionalne odgovornosti odvjetnika).

10. Okolnosti od utjecaja na premiju osiguranja OO

Analizirajući hrvatske Uvjete osiguranja OO i ZO, možemo zaključiti kako okolnosti, koje se uzimaju u obzir, prilikom ocjene izloženosti rizicima u obavljanju odvjetničke djelatnosti, a time i na određivanje premije osiguranja OO, a tiču se osiguranika, odnosno ugovaratelja osiguranja, jesu: 1) visina svote osiguranja i vrijeme trajanja pokrića; 2) broj zaposlenika odvjetničkog ureda čija je odgovornost pokrivena odvjetnikovim osiguranjem (odvjetnički vježbenici i ostali zaposlenici, tj. administrativno osoblje) (*arg. iz čl. 14. st. 2. Uvjeta*); 3) broj zaposlenih odvjetnika u odvjetničkom društvu i odvjetnika članova tog društva (*arg. iz čl. 44. st. 1. reč .2. ZO-a*); 4) ugovaranje dodatnog pokrića privatne odgovornosti odvjetnika iz čl. 14. st. 2. Uvjeta te 5) ugovaranje pokrića odvjetničke odgovornosti i za područje izvan RH.

U praksi osiguratelja u inozemnom pravu uzimaju se u obzir, pored navedenih i čitav niz ostalih okolnosti koje mogu biti od utjecaja na ocjenu izloženosti rizicima u obavljanju odvjetničke djelatnosti, a time i na određivanje premija osiguranja OO. Tako se u njemačkom pravu uzimaju u obzir sljedeće okolnosti:⁷⁷ 1) obavlja li odvjetnik svoju djelatnost kao osnovnu ili kao dopunsku djelatnost kod velikih odvjetničkih

⁷⁵ Primjerice, u literaturi se ističe kako bi umjesto osiguranja od odgovornosti u obzir došle bankarske garancije, novčani depoziti ili depoziti vrijednosnih papira. Ovim institutima, kao alternativama obveznog osiguranja od odgovornosti odvjetnik jamči trećim osobama da će im nadoknaditi štetu koju bi im svojom djelatnošću mogao prouzročiti. Brulhart, Vincent, Chappuis, Guy, De Maddalena, Urs, Waldmeier, Jürg, Weber, Stephan, Switzerland, u: Wagner, Gerhard (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien, 2005., str. 177, broj 13.

⁷⁶ Odvjetnička tvrtka u engleskom pravu može se sastojati i od samo jednog odvjetnika (toč. 3. 1. SIIR 2008), odnosno može predstavljati pojedini odvjetnički ured.

⁷⁷ Okolnosti koje se u praksi njemačkih osiguratelja uzimaju u obzir za određivanje premije osiguranja OO navedene su u: Vučković, V., *op. cit.*, str. 37.

poduzeća, 2) je li odvjetnik na početku karijere ili ima određeno iskustvo, 3) bavi li se odvjetništvom samostalno ili je zaposlen u već postojećem uredu, 4) u kojem pravnom području odvjetnik obavlja djelatnost i dr. Posljedično tomu, odvjetnik ima obvezu prijaviti svaku promjenu koja se odnosi na spomenute okolnosti (npr. promjena pravnog područja kojim se odvjetnik bavi, povećanje broja zaposlenika i sl.), kako bi osiguratelj mogao pravilno ocijeniti izloženost rizicima u obavljanju odvjetničke djelatnosti te na osnovu toga odlučio o povećanju i smanjivanju premije osiguranja. Doduše, obveza obavještanja osiguratelja o promjenama okolnosti značajnih za ocjenu rizika postoji u hrvatskom pravu po čl. 938. st. 1. ZOO, ali je pitanje koliko se navedene posebne okolnosti, koje se odnose na odvjetničku djelatnost uzimaju u obzir kao u praksi njemačkih osiguratelja.

11. Zaključak

1. Na temelju do sada iznesenog možemo zaključiti da bi bilo potrebno postojeće Uvjete osiguranja (koji nisu mijenjani već petnaestak godina) uskladiti s izmjenama i dopunama Zakona o odvjetništvu u dijelu koji se odnosi na obvezno osiguranje od odgovornosti odvjetnika, kao i s rješenjima iz ZOO-a 2005. Također, trebalo bi neke odredbe o osiguranju odvjetnika od odgovornosti iz Zakona o odvjetništvu uskladiti općenito s osigurateljskom strukom (vidi točku 3. Zaključka).

2. Glede Uvjeta osiguranja, valjalo bi ponajprije, prihvatiti novija rješenja iz ZOO koja se odnose na forme sklapanja ugovora o osiguranju, tj. napustiti sklapanje ugovora o osiguranju OO u pisanoj formi i primjeni načelo neformalnosti sklapanja ugovora o osiguranju imovine (*supra* 3.3.), pri čemu bi isprava o osiguranju imala samo svrhu dokazivanja postojanja i sadržaja ugovora. Načelo neformalnosti ugovora o osiguranju imovine više je u skladu sa suvremenim tržišnim načelima osiguranja jer omogućava brže ugovaranje osiguranja (ne inzistira se na potpisivanju i predaji police osiguranja).

3. Postojanje strože forme ugovora o osiguranju OO još se može tolerirati (jer je pravno dopušteno da ugovorne strane odrede formu ugovora i kada ona nije zakonski propisana). No, ne može se tolerirati odredba iz Uvjeta po kojoj se ugovor o osiguranju OO sklapa kada odvjetnik podnese osiguratelju zahtjev za osiguranjem. Sličnu odredbu nalazimo i u ZO-u (*supra* 3.2.), odnosno da je osiguratelj dužan sklopiti ugovor o osiguranju OO kada im se odvjetnik obrati (čl. 44. st. 7. ZO-a). Ugovor o osiguranju sklapa se suglasnošću volja, tj. prihvatom ponude (čl. 925. st. 1. ZOO, načelo konsenzualnosti). Suglasnost volja ne može postojati ako je osiguratelj dužan sklopiti osiguranje s odvjetnikom pod svaku cijenu, premda, primjerice, osiguranik (ugovaratelj osiguranja) ne prihvaća uvjete osiguranja i cjenik. Stoga, predlažemo usvajanje odredbe po kojoj osiguratelj ne može odbiti ponudu za sklapanje ugovora ako ponuditelj (odvjetnik, ugovaratelj osiguranja) prihvaća uvjete, odnosno cjenike premija osiguranja OO (kakva je primjerice zastupljena u Zakonu o obveznom

osiguranju u prometu, u čl. 8. st. 2.).

4. Odredbe Uvjeta koje negiraju *actio directa* treće oštećene osobe su nišetne jer su protivne čl. 965. ZOO-a koji to pravo izrijeком priznaje oštećenima (*supra* 5.1.). Nedopustivo je stoga da isplata naknade iz osiguranja ovisi o pristanku osiguranika, tj. odvjetnika odgovornog za štetu (negiranje vlastitog prava oštećenika!), kao i da se osiguraniku položi svota osiguranja, a koji bi onda trebao svotu proslijediti oštećenome (negiranje neposrednog prava oštećenika!).

5. U radu je istaknuto kako se osigurateljsko pokriće odnosi na tzv. čisto imovinsku štetu tj. štetu nastalu obavljanjem profesionalne djelatnosti odvjetništva (*supra* 6.2.). Uvjetima osiguranja predviđeno je da se može proširiti osigurateljsko pokriće i na štete koje prelaze granice, tzv. čisto imovinske štete, tj. osigurateljsko pokriće može se proširiti i na štete koje nastanu i zbog smrti i tjelesne povrede osobe, uništenja ili oštećenja stvari. Ono što bi valjalo izmijeniti je, svakako, ograničenje takvog proširenog osigurateljskog pokrića samo na privatnu odgovornost odvjetnika izvan obavljanja profesionalne djelatnosti. Dakle, morala bi se uvesti mogućnost proširenja osigurateljskog pokrića i za štete koje prelaze granice, tzv. čisto imovinske štete, a u vezi su s obavljanjem profesionalne djelatnosti odvjetnika. Ovo iz razloga što se radi o, kako je u radu već rečeno, doista ozbiljnim štetama.

6. Nastavno na prethodni odlomak, ono na što bi trebalo obratiti pozornost jest širina ugovaranja isključenja iz osigurateljskog pokrića. Po uzoru na poredbeno pravo (*supra* 7.1.) bilo bi dobro da se već propisom (Zakonom o odvjetništvu) navedu štete koje bi se potom mogle isključiti uvjetima osiguranja (Njemačka), ili da se propišu štete koje obavezno moraju biti uključena u osigurateljsko pokriće (Slovenija). Ovo se preporuča iz razloga da osiguratelji (koji uvjete osiguranja utvrđuju u dogovoru s Komorom i Ministarstvom pravosuđa) svojevrijem ne odrede preširoka isključenja rizika čime bi se osujetila svrha obveznog osiguranja od odgovornosti. Primjer za preširoko isključenje rizika nalazimo već i čl. 24. st. 7. Uvjeta, kojim su iz osigurateljskog pokrića isključene štete prouzročene namjerom, grubom nepažnjom i prijevarom ugovaratelja osiguranja ili osiguranika. Ovom se odredbom izravno utječe na (ne)mogućnost naknade štete trećim osobama iz svote osiguranja, jer im se uskraćuje osigurateljska zaštita za štete koje su im nanesene namjerom, grubom nepažnjom ili prijevarom u pružanju im pravne pomoći. Time se ujedno i negira svrha obveznog osiguranja od odgovornosti. U skladu s tom svrhom, više bi odgovarala primjena instituta gubitka prava osiguranika iz osiguranja, tj. da osiguratelj isplati osigurninu trećoj osobi radi naknade štete, ali zadržava pravo regresa prema odgovornom odvjetniku koji je takvim svojim ponašanjem izgubio osigurateljsko pokriće. Spomenuto pravo regresa, u slučaju šteta prouzročenih namjerno ili iz grube nepažnje, izričito priznaju i Uvjeti osiguranja (čl. 25.), ali ovakva odredba, uz odredbu o isključenju takvih šteta iz pokrića doista djeluje zbuñujuće. Stoga predlažemo da se u Uvjetima ukine isključenje iz pokrića šteta počinjenih namjerom, grubom nepažnjom ili prijevarom, jer, kako smo već ranije zaključili, takvo isključenje nije u skladu sa svrhom obveznog osiguranja od odgovornosti.

7. Glede svote osiguranja, ponajprije valja naglasiti kako se odredbe o visini

svote osiguranja u Uvjetima trebaju uskladiti s odredbama o visini svote osiguranja u Zakonu o odvjetništvu. Na ovom mjestu valjalo bi samo ukazati na to kako su minimalne svote osiguranja u drugim zemljama (pa čak i u našem susjedstvu) mnogo više nego u RH. Stoga bi trebalo razmisliti i o njihovom povišenju. O visinama minimalnih svota osiguranja ne postoje posebne odredbe u smjernicama EU-a (kao što je to slučaj glede osiguranja od automobilske odgovornosti za štetu), već se o tomu samostalno odlučuje u svakoj zemlji. U vezi sa svotom osiguranja, ukazujemo i na mogućnost ugovaranja franšize koja je propisana i Zakonom o odvjetništvu (čl. 44. st. 2.), a sadašnji Uvjeti je izričekom ne predviđaju. Mislimo da bi bilo dobro da se Uvjetima uvede i mogućnost ugovaranja franšize jer bi se na taj način otklonila, makar i teoretska mogućnost, da osiguranik (odvjetnik) s manjom pažnjom obavlja svoju djelatnost znajući da u slučaju pogreške ili propusta ima na raspolaganju osigurateljsko pokriće. Nadalje, s obzirom na činjenicu da se u našem pravu osigurana svota određuje po jednom osiguranom slučaju te činjenicu postojanja pravila o priznavanju osigurnine u cijelosti za svaki od osiguranih slučajeva nastalih u istom razdoblju osiguranja (uzastopne štete iz čl. 949. st. 6. ZOO-a), valjalo bi razmisliti i o ograničavanju maksimalne obveze osiguratelja tijekom trajanja razdoblja osiguranja po uzoru na rješenja u poredbenom pravu (*supra* 9.3.).

8. Na kraju trebalo bi razmisliti i tomu da se iskoristi zakonska mogućnost da Komora preuzme obvezu sklapanja ugovora osiguranja od odgovornosti (čl. 44. st. 5. ZO) za račun odvjetnika kao korisnika osiguranja, kao što je to primjer u susjednoj Sloveniji (*supra* 3.1.1.). Ovo može biti od vrlo praktičnog značaja jer se u praksi može dogoditi da pojedini odvjetnik nije pravovremeno produžio osiguranje OO, pa bi u tom slučaju oštećena osoba mogla ostati bez isplate naknade štete iz osigurnine, a odvjetnik bez osiguravajućeg pokrića, ako je osigurani slučaj nastupio u vremenu nakon isteka razdoblja osiguranja. Ako bi se vođenje brige o sklapanju osiguranja OO prepustilo Komori, koja bi potom pravodobno ugovarala (produžavala) osigurateljsko pokriće za sve odvjetnike u RH, tada bi se izbjegla opisana situacija isteka osigurateljskog pokrića i nemogućnost isplate naknade štete iz svote osiguranja oštećenoj osobi. Naravno, odvjetnici bi u tom slučaju, umjesto plaćanja premije osigurateljima, bili u obvezi plaćanja naknade za premiju osiguranja Komori.

Summary

LAWYER'S PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE (PAYING A SPECIAL ATTENTION TO CERTAIN LEGAL SOLUTIONS IN THE COMPARATIVE LAW)

Lawyer's professional liability insurance, as a mandatory insurance, was introduced within the Croatian legal system in 1994 by, at that time actual the Law on the Legal Profession (Official Gazette, no. 9/94). Since then, (more precisely from the first of January, 1995) the General Conditions of Lawyer's Professional Liability Insurance have been in effect without being subjected to any alterations. Nevertheless, in the meantime, the Law on the Legal Profession was amended. Some amended provisions also regulated the lawyer's professional liability. Moreover, certain amendments were introduced in the legal regulation of insurance contract (the 2005 Civil Obligations Act). Consequently, legal professionals have been facing a certain degree of legal incompatibility between the legal regulations as well as between the regulations and the General Insurance Conditions. In addition, certain provisions of the General Insurance Conditions are in collision. Having this in mind, certain issues and doubts arise in practice (in legal theory also), which have not been resolved so far. Some existing solutions, as we shall see, are not in accordance with the purpose of mandatory liability insurance, and not even with the insurance profession. The aim of this article is to present an overview of solutions to aforesaid legal issues and doubts, some of them being already represented in the legal literature, as well as to offer some new solutions. In effort to achieve that, the author in this article, first of all, tries to present the current legal situation regarding the mandatory lawyers' professional liability insurance with regard to the most important issues of this branch of insurance: legal sources, stipulation of liability insurance contract, identification of contractual parties in insurance contract, identification of third parties, determination of a risk covered by the insurance policy, eventual exclusions from coverage and minimal sum insured. While doing so, the author points at aforesaid disputable issues and makes an effort to find solutions *de lege ferenda*. Therefore, the author presents and makes comments on certain comparative legal solutions, which could be regarded, according to the author, as a following example for Croatian law.

Key words: *lawyer, liability insurance, insurance conditions,
Law on the Legal Profession.*

Zusammenfassung

HAFTPFLICHTVERSICHERUNG VON ANWÄLTEN (MIT ÜBERSICHT ÜBER EINIGE REGELUNGEN IN DER RECHTSVERGLEICHUNG)

Die Versicherung von Anwaltshaftung als Haftpflichtversicherung ist schon 1994 in das kroatische Rechtssystem durch das damalige Anwaltschaftsgesetz (Amtsblatt Nr. 9/94) eingeführt worden. Seit dieser Zeit sind auch die bis heute nicht geänderten Allgemeinen Bedingungen der Haftpflichtversicherung von Anwälten (vom 1. 1. 1995) anwendbar. Allerdings sei das oben genannte Anwaltschaftsgesetz in der Zwischenzeit geändert und ergänzt worden. Dadurch wurden auch die Bestimmungen bezüglich der Anwaltshaftpflichtversicherung betroffen. Weiterhin haben auch einige Veränderungen hinsichtlich der Regelung des Versicherungsvertrags (durch das Gesetz über Schuldverhältnisse aus dem Jahr 2005) stattgefunden. Als Folge dessen besteht gewisse Diskrepanz zwischen den jeweiligen Gesetzesbestimmungen, wie auch zwischen den Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Gesetzesbestimmungen. Darüber hinaus stehen auch einige Verordnungen der Allgemeinen Versicherungsbestimmungen in Kollision zueinander. Aus diesem Grunde erscheinen sowohl in der Praxis, als auch in der Rechtstheorie gewisse Probleme und Zweifel, die bis heute noch nicht gelöst worden sind. Unter den vorhanden Regelungen sind einige weder in Einklang mit dem Zweck der Haftpflichtversicherung, noch mit dem Versicherungsfach, wie gezeigt werden wird. Diese Arbeit beabsichtigt daher Lösungen für die genannte Problematik und Zweifel darzustellen, wobei einige dieser Lösungen schon in der Rechtsliteratur vorhanden sind, andere allerdings neu angeboten werden. Mit diesem Anliegen betrachtet der Autor zuerst die gegenwärtige Rechtslage der Haftpflichtversicherung von Anwälten in Bezug auf die für diese Versicherungsart wichtigsten Fragen: Rechtsquellen, Abschließung der Verträge über Haftpflichtversicherung, Feststellung der Parteien in diesen Verträgen, Feststellung der Drittpersonen, Umfang der Risikoabdeckung und einige Abdeckungsausschlüsse, und Mindestversicherungsbeträge. Dabei wird auf die erwähnten umstrittenen Aspekte hingewiesen. Zur Beseitigung dieser Mängel werden Beispiele aus der Rechtsvergleichung angegeben und kommentiert, die nach dem Autor, als Muster für das kroatische Recht dienen könnten.

Schlüsselwörter: *der Anwalt, Haftpflichtversicherung
Versicherungsbedingungen, Anwaltschaftsgesetz.*

NOVI ZAKON O VODAMA

Mr. sc. Jasna Brežanski
sutkinja Vrhovnog suda Republike Hrvatske

UDK: 351.79(497.5)(094.5)

Ur.: 11. siječnja 2010.

Pr.: 2. ožujka 2010.

Stručni rad

Sažetak

U prvom dijelu referata izloženi su razlozi i potreba donošenja novog Zakona o vodama s naznakom, sadržaja koji je obuhvaćen novim zakonskim uređenjem uključujući i usaglašavanje s odgovarajućim direktivama Europske unije.

U nastavku izložena su zakonska uređenja voda i vodnog dobra, s naglaskom na građanskopravne značajke tog uređenja u nekim od bitnih elemenata njihovog pravnog statusa, kao što su vlasništvo i druga stvarna prava te njihova ograničenja, upravljanje, korištenje, pravo prvokupa, izvlaštenje.

Ključne riječi: vode i vodno dobro.

1. Uvod

Novi Zakon o vodama (objavljen je u "Narodne novine", broj 153/2009 od 21. prosinca 2009., dalje u tekstu Zakon o vodama ili ZOV uz pojedine članke) stupio je na snagu 1. siječnja 2010. osim članka 107. stavka 3. i 6. tog Zakona koji stupaju na snagu 1. siječnja 2011.¹ (čl. 263. Zakona o vodama).

Prijedlog donošenja novog Zakona o vodama rezultat je potrebe da se na osobito važnom području vodnog gospodarstva izvrše određene promjene sadašnjeg zakonskog uređenja. Sadrži i razloge zbog kojih se smatra da je nužno novo uređenje navedenog područja vodnog gospodarstva.²

Naglašeno je pri tomu da je važeći Zakon o vodama ("Narodne novine", broj 107/95 i 150/05, dalje u tekstu Zakon o vodama/1995) bilo neophodno uskladiti s nizom propisa koji su u međuvremenu doneseni što je već učinjeno i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o vodama ("Narodne novine", broj 150/05).

Kao osobito bitno ističe se da su time stvorene pretpostavke za sadašnje usklađenje s Okvirnom direktivom o vodama Europske unije (200/60 EZ) i s drugim vodnim direktivama Europske unije kojih je doneseno ukupno devet.

Na temelju tada važećeg Zakona o vodama/1995 Hrvatski sabor je donio 15. srpnja 2008. Strategiju upravljanja vodama ("Narodne novine", broj 1/08) kao "dugoročno planski dokument kojim su utvrđena vizija, misija, ciljevi i zadaće državne politike u upravljanju vodama".³

Sukladno izloženom kao temeljni razlozi za donošenje novog Zakona o vodama navodi se: usklađivanje s Okvirnom direktivom o vodama i ostalim vodnim direktivama Europske unije⁴.

Pri tomu se naglašava da je usklađivanje s direktivama Europske unije izvršeno uvažavajući nacionalne, regionalne, subregionalne i globalne specifičnosti sustava upravljanja vodama u Republici Hrvatskoj, te nacionalnu politiku upravljanja vodama

1 Odredbe članka 107. ZOV-a odnose se na rokove održavanja voda.

2 Prijedlog Zakona o vodama s Konačnim prijedlogom Zakona o vodama od 3. prosinca 2009. (dalje u tekstu: Prijedlog Zakona o vodama, a uz pojedine članke Prijedlog Zakona), str. 1.

3 Prijedlog Zakona o vodama, str. 1.

4 Prijedlog Zakona o vodama, str. 1.

zacrtnu u Strategiji upravljanja vodama.⁵

Usklađivanje je izvršeno sa Strategijom upravljanja vodama, što uključuje i “stratešku odrednicu o prelasku javne vodoopskrbe i javne odvodnje, kao djelatnosti od interesa za jedinice lokalne samouprave na uslužnom području, u obuhvat Zakona o vodama.

2. Predmet zakonskog uređenja

Pravno uređenje voda i vodnog dobra i ostalih instituta vodnog gospodarstva sadržano je danas u Republici Hrvatskoj u nizu propisa, od Ustava, posebnih i općih zakona do podzakonskih propisa odnosno akata.

Najvažniji posebni zakon koji se odnosi na vode i vodno dobro je Zakon o vodama. Međutim, u nekim bitnim elementima npr. status općeg dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, dopunjuju ga opće odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (“Narodne novine”, broj 91/96, 73/00 – u daljnjem tekstu: Zakon o vlasništvu) pa i odredbe Ustava Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustav).

Kao posebne zakone spomenuli bi još primjerice i Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda (“Narodne novine”, broj 142/98) te Zakon o financiranju vodnog gospodarstva (“Narodne novine”, broj 107/95, 19/96 i 88/98).

U daljnjem izlaganju smatrali smo potrebnim i korisnim izložiti, u bitnome, sadržaj koji je uređivao sada važeći Zakon o vodama/1995 i onaj sadržaj koji se uređuje u novom Zakonu o vodama jer se već sada moglo uočiti da su upravo pitanja o tome koji sadržaj treba biti obuhvaćen Zakonom o vodama izazvala različita mišljenja pa i prigovore u svezi s posljednjim Prijedlogom Zakona o vodama.

5 Prijedlog Zakona o vodama usklađen je sa sljedećim direktivama Europske unije:

1. Direktiva 2006/118/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zaštiti podzemnih voda od onečišćenja i pogoršanja kakvoće,
2. Direktiva 2007/60/E Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. listopada 2007. o procjeni i upravljanju popravnim rizicima,
3. Direktiva Vijeća od 21. svibnja 1991. o pročišćavanju komunalnih otpadnih voda 91/271/EEZ (Direktiva o komunalnim otpadnim vodama),
4. Direktiva 91/676/EEZ Vijeća od 12. prosinca 1991. o zaštiti voda od onečišćenja koje uzrokuju nitrati poljoprivrednog podrijetla,
5. Direktiva 2006/11/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 15. veljače 2006. o onečišćenju određenim opasnim tvarima koje se ispuštaju u vodni okoliš Zajednice (Direktiva o opasnim tvarima),
6. Direktiva Vijeća 98/83/EZ od 3. studenoga 1998. o kakvoći vode namijenjenoj za ljudsku potrošnju (Direktiva o vodi za piće),
7. Direktiva 2006/7/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 15. veljače 2006. o upravljanju kakvoćom vode za kupanje i ukidanju Direktive 76/160/EEZ,
8. Direktiva 2006/44/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 6. rujna 2006. o kakvoći slatkih voda kojima je potrebna zaštita ili poboljšanje kako bi bile pogodne za život riba i
9. Direktiva 2006/113/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o potrebnoj kakvoći vode za školjkaše.

Inače, predmet ovog referata nije cjeloviti prikaz već pravno uređenje voda i vodnog dobra prema novom Zakonu o vodama s naglaskom na građanskopravna pitanja tog uređenja u svezi s pravnim obilježjima voda i vodnog dobra, upravljanjem, korištenjem i raspolaganjem te pravima i obvezama fizičkih i pravnih osoba na vodama i vodnom dobru.

Do sada važeći Zakon o vodama/1995, uređivao je pravni status voda i vodnog dobra, način i uvjete upravljanja vodama (korištenje voda, zaštitu voda, uređenje vodotoka i drugih voda i zaštitu od štetnog djelovanja voda), način organiziranja i obavljanja poslova i zadataka kojima se ostvaruje upravljanje vodama, osnovne uvjete za obavljanje djelatnosti vodnoga gospodarstva, ovlasti i dužnosti tijela državne uprave i drugih državnih tijela, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i drugih pravnih subjekata te druga pitanja značajna za upravljanje vodama.

Prema odredbama čl. 1. st. 1. Zakona o vodama uređuje se pravni status voda, vodnoga dobra i vodnih građevina, upravljanje kakvoćom i količinom voda, zaštita od štetnog djelovanja voda, detaljna melioracijska odvodnja i navodnjavanje, djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje, posebne djelatnosti za potrebe upravljanja vodama, institucionalni ustroj obavljanja tih djelatnosti i druga pitanja vezana uz vode i vodno dobro.

Prema odredbama čl. 1. st. 2. uređuju se radiološka onečišćenja voda i vodnoga dobra. Sukladno tomu, pobliže specificirano, novi Zakon o vodama uređuje: pravni status voda, vodnog dobra i vodnih građevina, vodna područja, donošenje Plana upravljanja vodnim područjima te drugih planova i programa upravljanja vodama, zaštitu voda i vodnoga okoliša, korištenje voda, upravljanje rizicima od štetnog djelovanja voda, vrste i sadržaj vodopravnih akata, koncesije na vodama, institucije za upravljanje vodama, djelatnosti javne vodoopskrbe i javne odvodnje, nadzor i upravne mjere, prekršajne odredbe, rokove za donošenje podzakonskih propisa i potrebne prijelazne odredbe te druga pitanja od značaja za upravljanje vodama.

Prostorno, odnosno teritorijano određenje primjene Zakona daju i odredbe čl. 2. ZOV-a koje propisuju da se odredbe ovoga Zakona odnose na: površinske i podzemne vode, priobalne vode u pogledu njihovog kemijskog i ekološkog stanja, gdje je to izričito određeno u ovom Zakonu, vode teritorijalnog mora u pogledu njihovog kemijskog stanja, gdje je to izričito određeno u ovom Zakonu, te u odnosu na nalazišta vode za piće i mineralne i termalne vode, osim mineralnih i geotermalnih voda iz kojih se mogu pridobivati mineralne sirovine ili koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe što se uređuje Zakonom o rudarstvu.

Što se tiče zaštite, predviđena zaštita voda od onečišćenja u priobalnim vodama i vodama teritorijalnoga mora s plovila, potapanjem, iz zraka ili zrakom, od djelatnosti na morskome dnu i u morskom podzemlju, uključujući onečišćenja sa sprava, uređaja i cjevovoda položenih na morskome dnu, provodi se po posebnim propisima kojima se uređuje zaštita okoliša i Pomorskom zakoniku te odgovarajućom primjenom propisanih ciljeva zaštite vodnoga okoliša određenih propisom iz članka 41. ovoga Zakona i Planu upravljanja vodnim područjima.

Zaštita voda od onečišćenja s plovila, uključujući i plutajuće objekte na vodnim putovima unutarnjih voda i lukama na unutarnjim vodama, provodi se po odredbama Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda, sukladno ciljevima zaštite vodnoga okoliša određenih propisom iz članka 41. stavka 1. ovoga Zakona i Planu upravljanja vodnim područjima.

Granicu između kopnenih voda i voda mora utvrđuje Vlada Republike Hrvatske. Iz navedenog proizlazi da se odredbe Zakona o vodama odnose na površinske i podzemne vode, priobalne vode glede njihovog kemijskog i ekološkog stanja gdje je to izričito određeno u ovom Zakonu, vode teritorijalnog mora u pogledu njihovog kemijskog stanja, gdje je to izričito određeno u ovom Zakonu te u odnosu na nalazišta vode za piće, mineralne i termalne vode, osim mineralnih i geotermalnih voda iz kojih se mogu pridobivati mineralne sirovine ili koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe.

Nadalje, razgraničava se važenje Zakona o vodama u odnosu na važenje Pomorskog zakonika, Zakona o zaštiti okoliša i Zakona o plovidbi i lukama unutarnjih voda po pitanju zaštite voda od onečišćenja, time da granicu između kopnenih i priobalnih voda utvrđuje Vlada Republike Hrvatske.

U svezi s iznijetim odredbama ističemo značaj pitanja razgraničenja primjene Zakona o vodama u odnosu na primjenu nekih drugih zakona⁶. Tu prvenstveno mislimo na razgraničenje između voda i voda mora, odnosno između vodnog i pomorskog dobra, a što znači i razgraničenje u primjeni Zakona o vodama i Pomorskog zakonika. Pitanje razgraničenja postavlja se, međutim, i u odnosu na područja druge namjene uz granicu inundacijskog pojasa duž vodotoka i u odnosu na druge zakone kao što je, i Zakon o rudarstvu. Posebno razmatranje, inače vrlo značajnog pitanja razgraničenja u izloženom smislu, prelazilo bi okvire ovog referata.

3. Vode i vodno dobro

3.1. Pravni status voda

Prema odredbama Zakona o vodama: vode su opće dobro i imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske (čl. 7. st. 1.), vode u tijelima površinskih i podzemnih voda ne mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava (čl. 7. st. 2.), vode iz stavka 2. ovoga članka koriste se i na njima se stječu prava na način i pod uvjetima utvrđenim ovim Zakonom i drugim propisima (čl. 7. st. 3.). Vode su, dakle, prema citiranim odredbama čl. 7. st. 1. i 2. ZOV-a opće dobro i kao takve uživaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske. Kroz navedene institute ostvaruje se zaštita voda.

Što se tiče stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava ne mogu biti “vode u tijelima podzemnih i površinskih voda”.

6 Ivan Šimunović i Jasnica Daničić, Zakon o vodama, Tekst Zakona s objašnjenjima, str. 6.

Prema odredbama čl. 3. ZOV-a, koji sadrži značenje pojedinih izraza u toč. 61. pod "površinskim vodama" označavaju se kopnene vode, osim podzemnih voda, te prijelazne vode. Izraz „površinske vode” uključuje i priobalne vode, gdje je to izričito određeno u ovom Zakonu, te vode teritorijalnog mora gdje je to izričito određeno u ovom Zakonu. "Podzemne vode" prema čl. 3. toč. 59. ZOV-a su sve vode ispod površine tla u zoni zasićenja i u izravnom dodiru s površinom tla ili podzemnim slojem. Vode u tijelima površinskih i podzemnih voda koriste se i na njima se stječu prava "na način i pod uvjetima utvrđenim ovim Zakonom i drugim propisima (čl. 7. st. 3.). Što se tiče same definicije voda u pojmovnom smislu Zakona o vodama, kao niti do sada važeći Zakon o vodama/1995, nije dao takvu pravnu definiciju u svojim temeljnim odredbama čl. 7. koje smo naprijed citirali. Tu definiciju Zakon ne daje niti u čl. 3. u kojem određuje značenje pojedinih izraza u tom Zakonu.

Kada govori o vodama Zakon o vodama pod tim pojmom podrazumijeva vodu kao dio prirode odvajajući je od zemljišnih čestica koje čine korito i obale i koje su, kako ćemo to vidjeti u daljnjem izlaganju, dio vodnog dobra. Ta okolnost, sama po sebi, u konkretnim situacijama u praksi, nesumnjivo može izazivati sporna pitanja statusa pojedinih voda, primjene propisa i dr. Tu prazninu, i u do sada važećem, i u novom Zakonu o vodama, djelomično će biti moguće otkloniti kroz odredbe koje uređuju pravni status voda kao općeg dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Nedostatak zakonske definicije voda mogu dijelom otkloniti i odredbe naprijed citiranog čl. 2. Zakona o vodama (vidi izlaganje pod točkom II.) kojima se pobliže određuje predmet reguliranja tog Zakona određivanjem voda na koje se odnosi Zakon.

Odredbe čl. 7. ZOV-a određuju, pravni status voda kao općeg dobra, i kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, sa svim pravnim posljedicama koje iz toga proizlaze u reguliranju pravnog režima voda. Zakona o vodama u tom je dijelu u suglasnosti i dopunjuje se s odredbama čl. 3. Zakona o vlasništvu i odredbama čl. 52. Ustava Republike Hrvatske. Kakav je dakle pravni status voda kao općeg dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku? Prema čl. 52. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, mora, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudna blaga, kao i druga prirodna bogatstva dobra su od interesa za Republiku Hrvatsku.

Ustav omogućuje da se zakonom proglasi da su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku stvari koje su i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobnog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja (čl. 52. st. 1. Ustava). Nadalje, zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu iskorištavati i upotrebljavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici (čl. 52. st. 2. Ustava Republike Hrvatske). Dakle, dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu se odrediti neposredno Ustavom ili zakonom. Kada se radi o vodama za njih je Ustavom određeno da su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Ustav ne sadrži pobliže određenje pravnog statusa u smislu iskorištavanja i uporabe dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. Odredbe o tomu trebamo potražiti u posebnom pravnom uređenju općih propisa, kao što je za stvarnopravno uređenje Zakon o vlasništvu u posebnim zakonima koji se odnose na te stvari kao što je za vode Zakon o vodama.⁷ Ukupnost tih propisa, pri čemu, odredbe posebnih zakona dolaze prvenstveno do primjene, a opća pravila tek supsidijarno, čini posebno pravno uređenje dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Prema čl. 4. st. 1. i 2. Zakona o vlasništvu “stvari za koje je na temelju Ustava Republike Hrvatske posebnim zakonom određeno da su dobra od interesa za nju pa imaju njezinu osobitu zaštitu, a nisu opća dobra, sposobne su biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava. Vlasnici i ovlaštenici drugih prava na stvarima iz stavka 1. ovoga članka smiju se služiti tim svojim pravima u skladu sa zakonom određenim načinom uporabe i iskorištavanja tih stvari, a za ograničenja kojima su time podvrgnuti, pripada im pravo na naknadu određenu zakonom.” Navedena opća odredba Zakona o vlasništvu jasno pokazuje da je primjena odredaba posebnih Zakona nužna za pobliže određenje pravnog režima pojedinih dobara od interesa za Republiku Hrvatsku.

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu biti opća dobra, druge stvari, odnosno druga dobra koja po svojoj naravi nisu opća dobra. S obzirom na to razlikovanje, načelna je razlika i u njihovom stvarnopravnom odnosno vlasničko-pravnom režimu. Ako su stvari od interesa za Republiku Hrvatsku ujedno i opća dobra nisu sposobne biti predmetom prava vlasništva i drugih ograničenih stvarnih prava. Naprotiv ako nisu opća dobra mogu biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava, naravno, uz ograničenje predviđena zakonom. Navedene odredbe čl. 4. Zakona o vlasništvu slijede pravni status općeg dobra kako je on određen čl. 3. istog Zakona. Opća dobra, prema odredbama čl. 3. Zakona o vlasništvu, a nabrajaju se vode u rijekama, jezerima, mora, uz atmosferski zrak i morsku obalu, su dobra koja po svojim prirodnim svojstvima ili prema zakonskim odredbama ne mogu biti u vlasništvu niti jedne fizičke ili pravne osobe, a ne mogu biti niti predmet drugih stvarnih prava.⁸

7 Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Delaj, Zlatan Stipković: *Stvarno pravo*, izdanje Informator, Zagreb 1998., str. 57-58.

8 Članak 3. Zakona o vlasništvu u cijelosti glasi:

“(1) Sposobne biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava jesu sve stvari, osim onih kojima njihove naravne osobine ili zakonske odredbe priječe da pripadaju pojedincu.

(2) Nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su to atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, te morska obala (opća dobra).

(3) O općim dobrima vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara Republika Hrvatska, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

(4) Pravno nisu dijelovi općeg dobra one zgrade i druge građevine koje su na njemu izgrađene na temelju koncesije, pa one tvore zasebnu nekretninu dok koncesija traje.”

Načelno, status općeg dobra za određene stvari može proizlaziti iz njihovih prirodnih osobina ili iz zakonskih odredaba. To daje mogućnost zakonodavcu da neke stvari pretvori u opće dobro i ako to ranije nisu bile.⁹

Za razliku od do sada važećeg Zakona o vodama/1995 koji je navodno pravo vlasništva ali ne izričito i druga stvarna prava, čl. 3. st. 2. Zakona o vlasništvu u pogledu općeg dobra isključuje, i stjecanje prava vlasništva, i druga stvarna prava. I prema čl. 7. st. 1. i 2. Zakona o vodama, vode su opće dobro i ne mogu biti predmet prava vlasništva niti drugih stvarnih prava kako je to izričito navedeno. Zakonska formulacija do sada važećeg Zakona o vodama/1995 koja nije spominjala druga stvarna prava u primjeni Zakona postavljala je pitanje postoji li mogućnost da se zakonom odredi drugačiji status općeg dobra u nekim situacijama glede određenih voda ili je pozivanje na prirodna svojstva dovoljno sveobuhvatno za sve moguće situacije.

U novom Zakonu o vodama ta pitanja i dvojbe su otklonjeni. Ovdje upućujemo i na odredbe čl. 33. Zakona o vlasništvu, a posebno na st. 2. istog članka koje za situaciju kada je zakonom neka stvar pretvorena u opće dobro predviđaju jednake pravne učinke kao da je provedeno izvlaštenje. Odredbe čl. 33. st. 2. Zakona o vlasništvu glase: “Bude li zakonom nekoj vrsti stvari oduzeta sposobnost da bude objekt prava vlasništva, to za dotadašnje vlasnike takvih stvari proizvodi jednake pravne učinke kao da je glede tih stvari provedeno potpuno izvlaštenje.” Međutim, okolnost da opća dobra, ne mogu biti predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava ne sprječava postojanje javne vlasti koja vodi brigu i upravlja takvim dobrima na način da time upravo osigurava uporabu svih na općem dobru.

Zakon o vlasništvu u čl. 3. st. 3. navodi dužnost Republike Hrvatske da vodi brigu i upravlja općim dobrima u njezinoj vlasti te da za to odgovara “ako posebnim zakonom nije drukčije određeno”. To znači da neposredna briga i upravljanje općim dobrom pa tako i vodama može biti povjereno i drugom subjektu. To je upravo učinio do sada važeći Zakon o vodama/1995 osnivajući pravnu osobu “Hrvatske vode” za upravljanje vodama, ali i time što je odredio prava i dužnosti, odnosno djelokrug drugih tijela u upravljanju vodama, zaštititi voda i dr.

U novom Zakonu o vodama posebno se naglašavala kao bitna odrednica, decentralizacija u upravljanju u vodnom sektoru uz poštivanje načela ravnoteže i podjele nadležnosti između nadležnog Ministarstva i nadležnih Hrvatskih voda u poslovima operativnog upravljanja vodama.¹⁰

Zakon o vlasništvu sadrži opću odredbu prema kojoj “tko god odlučuje o općim dobrima ili njima upravlja dužan je postupati kao dobar domaćin i odgovara za to”. Odredbama Zakona o vlasništvu ukoliko su one od utjecaja na pravni status voda baviti ćemo se i kod razmatranja pojedinih pitanja pravnog, odnosno stvarnopravnog statusa i režima voda, vezano uz primjenu Zakona o vodama.

9 N. Gavella i dr., op. cit., str. 54.

10 Prijedlog Zakona o vodama, str. 7.

To će pokazati da i novi Zakon o vodama kao i ranije važeći Zakon o vodama često, a u nekim slučajevima i značajno odstupaju od općih propisa, uspostavljajući tako različit i poseban pravni režim u svezi s predmetom svog reguliranja. Neovisno o tomu i upravo zbog toga ovdje smo, u bitnome izložili sadržaj tih općih odredaba da bi pokazali da primjena Zakona o vodama kao posebnog zakona ipak ne bi bila moguća bez primjene općih odredaba sistemskih zakona, kao što je Zakon o vlasništvu. Ona ne bi bila moguća i bez odredaba niza drugih posebnih zakona.

Na to upućuju i odredbe čl. 7. st. 3. ZOV prema kojima za korištenje i stjecanje prava na vodama, pored odredaba ovog zakona moraju biti ispunjeni i uvjeti određeni posebnim zakonima (zaštita prirode, plovidba, ribarstvo, zdravstvo i dr.).

Zakon o vodama, međutim, kao temeljni posebni zakon koji uređuje vodno pravo, sadrži i odredbe o nizu pitanja stvarnopravnog i obveznopravnog uređenja na vodama i vodnom dobru. Kako smo u prethodnim izlaganjima u više navrata već isticali stvarnopravni i obveznopravni režim voda bitno se razlikuje od stvarnopravnog i obveznopravnog režima na vodnom dobru. Kao opće dobro one služe zajedničkim potrebama svih ljudi, odnosno svakome mogu služiti za njegove potrebe, a i svima za opće potrebe. Opće dobro pa tako i vode služe za opću uporabu, ali na način na koji to dopuštaju njihove prirodne osobine i pod uvjetima koje propisuje zakon.¹¹ Ipak postavlja se pitanje je li na izdvojenim dijelovima vode moguće steći pravo vlasništva, kako ćemo to nastavno izložiti. Isto tako postoji javna vlast koja vodi brigu i upravlja općim dobrima, pa tako i kada se radi o vodama.

Zakon o vodama, svojim temeljnim odredbama o vodama kao općem dobru te daljnjim odredbama o upravljanju vodama, zatim o korištenju voda te o koncesiji na vodama i dr., sadrži bitne odredbe koje određuju pravni status vode kao općeg dobra i s tim u svezi uvjete i granice opće uporabe voda. Stoga, kad govorimo o stvarnim i obveznim pravima na vodama, to se odnosi na stvarnopravno uređenje voda kao općeg dobra i obveznopravno uređenje koje proizlazi iz te bitne karakteristike pravnog statusa voda.

S tim u svezi u daljnjem izlaganju bavit ćemo se sljedećim pitanjima: a) upravljanje vodama; b) korištenje voda i c) koncesija na vodama.

3.1.1. Upravljanje vodama

Bitne odrednice pojma upravljanja vodom sadrže odredbe čl. 4. i 5. Zakona o vodama. Člankom 4. Zakona o vodama, prema obrazloženju Prijedloga novog Zakona o vodama, upravljanje vodama čine svi poslovi, mjere i radnje koje na temelju ovoga Zakona i zakona kojim se uređuje financiranje vodnoga gospodarstva poduzimaju Republika Hrvatska, Hrvatske vode, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave radi postizanja ciljeva iz članka 4. ovoga Zakona, osim poslova, mjera i radnji u djelatnostima detaljne melioracijske odvodnje, javnoga navodnjavanja i vodnih usluga (čl. 4. st. 1.).

¹¹ N. Gavella i dr., op. cit., str. 54.

Ciljevi upravljanja vodama su sljedeći: osiguranje dovoljnih količina kvalitetne pitke vode za vodoopskrbu stanovništva; osiguranje potrebnih količina vode odgovarajuće kakvoće za različite gospodarske i osobne potrebe; zaštita ljudi i njihove imovine od poplava i drugih oblika štetnog djelovanja voda i postizanje i očuvanje dobrog stanja voda radi zaštite života i zdravlja ljudi, zaštite njihove imovine, zaštite vodnih i o vodi ovisnih ekosustava.

Načela upravljanja vodama propisana su odredbom čl. 5. ZOV-a time da su preuzeta iz dosadašnjeg Zakona o vodama (1995) i proširena načelima relevantnih direktiva Europske unije. Odredbama čl. 5. st. 1. ZOV-a voda nije komercijalni proizvod kao neki drugi proizvodi, nego je nasljeđe koje treba čuvati, štiti i mudro i racionalno koristiti.

Prema odredbama čl. 5. st. 1. ZOV-a¹² naglasak je u navedenim načelima na: zaštiti voda; korištenju voda; zaštiti od voda. Vidljiv je, međutim, i izravni, i neizravni utjecaj europskog prava.

12 Članak 5. ZOV/2009 u cijelosti glasi:

“Voda nije komercijalni proizvod kao neki drugi proizvodi, nego je nasljeđe koje treba čuvati, štiti i mudro i racionalno koristiti.

Vodama se upravlja prema načelu jedinstva vodnog sustava i načelu održivog razvitka kojim se zadovoljavaju potrebe sadašnje generacije i ne ugrožavaju pravo i mogućnost budućih generacija da to ostvare za sebe.

Upravljanje vodama prilagođava se globalnim klimatskim promjenama.

Za korištenje voda koje prelazi granice općeg korištenja, kao i za svako pogoršanje stanja voda, plaća se naknada razmjerno koristi, odnosno stupnju i opsegu utjecaja na promjene u stanju vodnih tijela, poštujući ekonomsko vrednovanje voda, povrat troškova njezinoga korištenja i zaštite vodnoga okoliša i drugih sastavnica okoliša.

Zaštita i korištenje voda temelji se na načelu predostrožnosti, poduzimanja preventivnih mjera, otklanjanja štete nanijete vodnom okolišu na mjestu njezinog nastanka te načelima »onečišćivač plaća«, odnosno »korisnik plaća«.

Pri provedbi aktivnosti na očuvanju, zaštiti i korištenju voda, nadležna tijela odnosno nadležne pravne osobe sukladno Zakonu donose odluke što bliže mjestu gdje je voda izložena nekom utjecaju ili gdje se koristi.

Upravljanje rizicima od poplava zasniva se na načelima solidarnosti, prvenstva u potrebama, hitne službe, trajne imobilizacije i mobilizacije; planira se i koordinira na razini vodnog područja u cilju smanjenja rizika od štetnih posljedica poplava, posebno po život, zdravlje i imovinu ljudi, okoliš, kulturnu baštinu, gospodarske djelatnosti i infrastrukturu.

U donošenju planskih dokumenata, sukladno ovome Zakonu i posebnim propisima o zaštiti okoliša, osigurava se informiranje i sudjelovanje javnosti.

Upravljanje vodama koje ima prekogranični utjecaj ostvaruje se suradnjom s drugim državama, sklapanjem i provedbom međunarodnih ugovora, obavješćivanjem o prekograničnim utjecajima na vode i vodni okoliš, o velikim nesrećama kako ih definiraju propisi o zaštiti okoliša, kao i međunarodnom razmjernom informacija o vodama i vodnom okolišu.”

3.1.2. Korištenje voda

Odredbe o vrstama i uvjetima korištenja voda sadržani su u člancima 74. do 80. ZOV-a, a odnose se na: vrste korištenja voda, opće uvjete korištenja voda, opće korištenje voda, slobodno korištenje voda, propise o općem korištenju voda, korištenje voda preko granice općeg i slobodnog korištenja voda i očevidnik zahvaćenih količina vode.

Korištenjem voda u smislu Zakona smatra se: 1. zahvaćanje površinskih i podzemnih voda, uključujući izvorske, mineralne, termalne i termomineralne vode za različite namjene (za opskrbu vodom za piće, 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.

Istaknuti opći uvjeti korištenja voda polaze od načela da je svakome dopušteno korištenje voda pod uvjetima i u granicama određenim ovim Zakonom (čl. 75. st. 1.) odnosno racionalno i ekonomsko upotrebljavanje time da se čuva od rasipanja i štetnih promjena kakvoće i ne onemogućava zakonsko pravo korištenja drugima.

Kao opće korištenje voda "svakome je dopušteno korištenje voda za osobne potrebe, na način i u količinama koje ne isključuju druge od jednakog korištenja (opće korištenje voda) (čl. 76. st. 1.). Primjerice je navedeno što se pod općim korištenjem osobito obuhvaća, time da je izričito propisano da ne obuhvaća korištenje vode za navodnjavanje neovisno o velikim površinama koje se navodnjavaju. Što se tiče slobodnog korištenja voda prema odredbama čl. 77. ZOV-a vlasnik, odnosno ovlaštenik drugog stvarnog prava na zemljištu može slobodno upotrebljavati i koristiti oborinske vode koje se skupljaju na njegovom zemljištu, vode koje izviru 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 podzemne vode na njegovom zemljištu, u granicama općeg korištenja voda.

Predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave, uz prethodno pribavljeno mišljenje Hrvatskih voda, po potrebi donosi detaljniji provedbeni propis o mjestu, načinu i opsegu općeg korištenja voda (čl. 78. ZOV). Za svako korištenje voda koje prelazi opseg općeg korištenja voda, odnosno slobodnog korištenja voda, potreban je ugovor o koncesiji ili vodopravna dozvola uz korištenje voda (čl. 79. ZOV). Međutim, čini nam se i nadalje, o čemu smo već pisali, vezano za ranije važeći Zakon o vodama da¹³ neovisno o mogućim ograničenjima i nadzorom, odredbe čl. 77. ZOV-a predstavljaju izuzetak od pravnog statusa voda kao općeg dobra. U svezi s time

13 Jasna Brežanski: "Vode i vodno dobro", Neka pitanja pravnog uređenja, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1/2001 (dalje u tekstu: J. Brežanski, op. cit.) str. 488.

uputili smo na stajalište pravne teorije o mogućnosti postojanja privatne vlasti na izdvojenim dijelovima općeg dobra pa i na vodama.

Navodi se tako:¹⁴ "Voda u rijeci je opće dobro i ne može kao cjelina biti ni u čijoj privatnoj pravnoj vlasti, ali voda koja je izdvojena iz rijeke u posebnu posudu, ili kakav drugi spremnik, nalazi se u vlasti onoga koji ju je za sebe izdvojio. Ono što se izdvojilo iz općeg dobra postalo je time posebna stvar, koja u pravilu može biti objektom subjektivnih stvarnih prava (ne može biti samo ako nije prikladna za to, ili joj to priječe zakonske norme. "Vode su opće dobro, koje ima osobitu zaštitu Republike Hrvatske. Kako smo već ranije upozorili, izdvajanjem neke količine vode iz općeg dobra nastaje stvar koja može biti u nečijem vlasništvu. Takvo izdvajanje vode za piće, sanitarne potrebe i druge osobne potrebe domaćinstva, njezinim zahvaćanjem bez posebnih naprava iz vodotoka i drugih prirodnih ležišta, te prisvojenje izdvojene vode – slobodno je svakome (čl. 26. Zakona o vodama). To je jedan od dvaju aspekata slobode uporabe voda (drugi je uporaba voda iz rijeka, jezera i drugih površinskih ležišta za kupanje i rekreaciju). Za sve što prelazi okvire opće uporabe voda, u načelu je potrebna vodopravna dozvola (čl. 27. Zakona o vodama). Ipak, vodopravna dozvola nije potrebna vlasniku zemljišta, odnosno ovlašteniku stvarnog prava na tom zemljištu, jer mu Zakon daje pravo da prisvojenjem stekne vlasništvo a) oborinske vode koje se skupljaju na njegovom zemljištu, b) podzemne vode na njegovom zemljištu, ako to čini u granicama osobnih potreba putem zdenaca, crpki i sl, te c) vode koje izviru na njegovom zemljištu (ali samo ako dalje ne otječu, nego im tijek prestaje na njegovom zemljištu (čl. 28. Zakona o vodama). Inače je za svako prisvajanje vode nužno imati posebno pravo na to, dobiveno vodopravnom dozvolom, te je stjecanje vode u vlasništvo prisvajanjem moguće samo na temelju i u granicama te dozvole."

Predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave, uz prethodno pribavljeno mišljenje Hrvatskih voda, po potrebi donosi detaljniji provedbeni propis o mjestu, načinu i opsegu općeg korištenja voda (čl. 78. ZOV).

Ranije smo napomenuli da se opća načela o upravljanju vodama iz čl. 6. ZOV razrađuju u njegovim daljnjim odredbama, pa tako upravo citirani čl. 76. ZOV-a predstavlja razradu načela iz čl. 6. st. 1. ZOV-a s obzirom na značaj vode kao nezamijenjivom uvjetu života i rada.

Zakon o vodama dopušta mogućnost korištenja vode koje prelazi opseg opće uporabe vode. Međutim, za takvo korištenje vode potrebna je vodopravna dozvola osim ako je propisano da se voda može koristiti bez vodopravne dozvole. Dogle, za razliku od prava opće uporabe vode (čl. 76. ZOV) za koje nije predviđeno pribavljanje vodopravne dozvole, za sve što prelazi oblike opće uporabe vode u načelu je potrebna vodopravna dozvola.

Pravne i fizičke osobe dužne su voditi očevidnik o zahvaćanju količina voda i dostavljati podatke Hrvatskim vodama.

3.1.3. *Koncesija za gospodarsko korištenje voda*

Zakon o vodama pod zajedničkim nazivom “koncesija” uređuje: koncesije za gospodarsko iskorištavanje voda (čl. 163. do 170.) i koncesije za javne usluge i javne radove (čl. 171. do 173.). Sadrži i “Zajedničke odredbe o koncesijama” (čl. 174. do čl. 180.).

Predmet našeg razmatranja su koncesije za gospodarsko korištenje voda pri čemu bi prelazilo okvire ovog referata izlaganje instituta koncesije sa stajališta općih odredaba koncesijskog režima u Republici Hrvatskoj, kao i cjelovito izlaganje posebnih odredaba Zakona o vodama koje se odnose na koncesiju.

Koncesiju je Zakon o vodama regulirao suglasno ovlaštenju i obvezi koja proizlazi iz Zakona o koncesijama (“Narodne novine”, broj 125/08). Od podzakonskih akata spominjemo još i Uredbu o uvjetima i postupku za dodjelu koncesija na vodama i javnom vodnom dobru (“Narodne novine”, broj 99/96 i 11/98). U čl. 163. st. 2. ZOV-a, izričito je propisano da su koncesije navedene u odredbama tog članka koncesije za gospodarsko korištenje općeg ili dobra sukladnog Zakonu o koncesijama.

Koncesija je prema općoj definiciji tog pojma u najširem smislu, određeno odobrenje, odnosno dopuštenje za obavljanje određenih gospodarskih i drugih aktivnosti.¹⁵

Objekt koncesije u ovom slučaju su vode. U svezi s tim treba naglasiti razliku u odnosu na dosadašnje zakonsko uređenje po kojem su objekt koncesije bile “vode i vodno dobro”. Predmet koncesije je gospodarsko korištenje voda. Za stjecanje prava na koncesiju potrebna su dva akta: odluka o dodjeli koncesije i ugovor o koncesiji. Odluka o koncesiji, kao akt države, javnopravne je prirode. Ugovor o koncesiji, nadalje, kao i temeljem ranije važećih zakonskih odredaba,¹⁶ uz nesumnjivo značajan utjecaj zakonske regulative na sadržaj i prava i obveze stranaka tog ugovora, ipak treba smatrati dvostranim pravnim poslom obveznog odnosno građanskog prava. To bi značilo da se supsidijarno na taj ugovor primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima. Upravo ta okolnost da institut koncesije, kao cjelina sadrži javnopravne i građanskopravne elemente potakla je u teoriji značajne rasprave o pravnoj prirode koncesije.¹⁷

Vrste koncesije za gospodarsko korištenje voda određuju se u čl. 163. st. 1. ZOV-a. Koncesija za korištenje voda potrebna je za: korištenje vodne snage radi proizvodnje električne energije; korištenje vodne snage za pogon uređaja, osim proizvodnje električne energije; zahvaćanje voda radi korištenja za tehnološke i slične potrebe; zahvaćanje mineralnih, termalnih i termomineralnih voda, osim u slučaju iz točke 8. ovoga stavka; zahvaćanje voda za navodnjavanje za različite namjene; korištenje voda za splavarenje, uključujući i korištenje voda za rafting, vožnju kanuima i drugim sličnim plovilima; korištenje voda za postavljanje plutajućih ili plovećih

15 Mladen Žuvela: *Koncesije*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 1, siječanj 2001., str. 102.

16 J. Brežanski, op. cit. str., 490.

17 Ivan Šimunović: *Koncesije o vodama i vodnom dobru*, Informator, br. 4395 od 20. travnja 1996., str. 17.

objekata na unutarnjima vodama radi obavljanja ugostiteljske ili druge gospodarske djelatnosti; zahvaćanje izvorskih, mineralnih i termomineralnih voda radi stavljanja na tržište u izvornom obliku, osim u slučaju iz članka 89. stavka 1. ovoga Zakona ili u prerađenom obliku, u bocama ili drugoj ambalaži i korištenje kopnenih voda radi uzgoja riba i drugih vodenih organizama pogodnih za gospodarski uzgoj (čl. 163.).

Koncesije iz članka 163. stavka 1. ovoga Zakona nisu potrebne Republici Hrvatskoj, jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, niti pravnim osobama kojima su Republika Hrvatska, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave većinski udjeličar, dioničar ili osnivač s većinskim pravom odlučivanja, za korištenje voda radi pružanja javnih usluga po ovom Zakonu ili posebnom zakonu ili radi zahvaćanja voda iz članka 89. ovoga Zakona (čl. 164. st. 1.). Koncesije nisu potrebne niti za određena korištenja (navodnjavanje i dr.).

Zakon sadrži i razrađene odredbe o obveznom sadržaju ugovora o koncesiji (čl. 166. ZOV) o prijenosu (čl. 178.) i raskidu (čl. 179.) ugovora. Prijenos ugovora o koncesiji na pravne sljednike koncesionara i treće osobe dopušten je uz suglasnost davatelja koncesije, pod uvjetom da osoba na koju se prenosi ugovor o koncesiji ispunjava uvjete sposobnosti koje je morao ispuniti prvobitni koncesionar (čl. 178.). Ugovor o koncesiji može se jednostrano raskinuti iz razloga predviđenih Zakonom o koncesijama i Zakonom o vodama.

Prihod od naknade štete koju koncesionar duguje davatelju koncesije prihod je davatelja koncesije (čl. 179.).

3.2. Pravni status vodnog dobra

Vodno dobro¹⁸ je posebna pravna cjelina koja označuje zemljište što ga čine korita voda i pojas uz vodotoke te druge površinske vode te prostor određenih izvorišta za koje važi određeni posebni pravni režim. Vodno dobro je, prema odredbama Zakona o vodama također dobro od interesa za Republiku Hrvatsku. Ono je u vlasničkom statusu i to je temeljna razlika u odnosu na vlasnički režim u pravnom statusu voda. Na vodnom dobru može se, dakle stjecati pravo vlasništva i druga stvarna prava uz ograničenja predviđenih Zakonom o vodama. Pravni status vodnog dobra uređen je odredbama čl. 8. do čl. 20. Zakona o vodama. Prema obrazloženju koje je dao predlagatelj tim se odredbama uređuje:

- pravni status vodnog dobra, kao dobra od interesa za Republiku Hrvatske, korištenje vodnog dobra, namjena vodnog dobra i pripadnosti vodnog dobra,
- pravni status javnog vodnog dobra: zemljišne čestice koje ga čine, prestanak javnog vodnog dobra, upis u zemljišne knjige, vodne građevine i druge građevine na javnom vodnom dobru, upravljanje, korištenje javnog vodnog dobra, obveza vlasnika zemljišne čestice izvan javnog vodnog dobra, a koje pripadaju javnom

18 Ivan Šimunović: "Vodno dobro", Informator, br. 4497 od 12. travnja 1997., Male stranice, str. 1.

Jadranko Jug: "Načini korištenja voda i vodnog dobra", str. 107.

vodnom dobru

- pravo prvokupa
- uvjete izvlaštenja zemljišnih čestica s ciljem pripajanja javnom vodnom dobru.

U smislu odredaba čl. 8. st. 1. ZOV-a¹⁹ javno vodno dobro čine, dakle, određene zemljišne čestice, dok vode nisu sastavni dio vodnog dobra.

To su zemljišne čestice koje obuhvaćaju: vodonosna i napuštena korita površinskih voda, uređeno inundacijsko područje, neuređeno inundacijsko područje, prostor na kojem je izvorište voda iz članka 88. stavka 1. ovoga Zakona 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 otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njenom diobom na više rukavaca, naplavljivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem.

Zakon o vodama (čl. 10. ZOV) propisao je utvrđivanje pripadnosti zemljišta vodnom dobru što utvrđuje Ministarstvo uz prethodnu suglasnost Hrvatskih voda. U slučaju dvojbe ili spora, što se novim Zakonom posebice naglašava, Ministarstvo o tomu donosi utvrđujuće rješenje. Oba navedena rješenja su konačna i ovršna i dostavljaju se nadležnom državnom odvjetništvu. Protiv navedenih rješenja može se pokrenuti upravni spor. Na konačno rješenje Ministarstvo stavlja potvrdu ovršnosti

19 Članak 8. ZOV/2009 u cijelosti glasi:

“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 članka 88. stavka 1. ovoga Zakona 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, naplavljivanjem zemljišta ili ljudskim djelovanjem.*

Prostor iz stavka 1. točke 4. ovoga članka koji nije u vlasništvu Republike Hrvatske ne može biti manji od 400 niti veći od 450 četvornih metara oko izvorišta, tako da je izvorište u pravilu u središtu toga prostora.

Prostor iz stavka 1. točke 4. ovoga članka koji je u vlasništvu Republike Hrvatske je jedan hektar oko izvorišta, tako da je izvorište u pravilu u središtu toga prostora, ili iznimno manje površine ako je zemljište u vlasništvu Republike Hrvatske na kojem je izvorište manje površine od jednog hektara.

Prostor iz stavka 2. i 3. ovoga članka mora biti zasebna katastarska i zemljišnoknjižna čestica, za koju se prije parcelacije osniva pravo služnosti prolaza i provoza do javne prometnice, na teret svih nekretnina.

Vodno dobro je dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu.

Vodno dobro se koristi na način i pod uvjetima propisanim ovim Zakonom.”

i dostavlja ga nadležnom zemljišnoknjižnom sudu, koji će ga provesti po službenoj dužnosti. Kao što je vidljivo zakonom je propisan upis u zemljišne knjige po službenoj dužnosti da bi se izbjegla svaka dvojba koja se u praksi javljala u svezi s provođenjem upisa, kada bi izostala takva izričita zakonska odredba.

Za određivanje pravnog režima vodnog dobra od bitnog su utjecaja, sljedeće okolnosti: namjena vodnog dobra, razlikovanje javnog vodnog dobra i vodnog dobra.

Namjena vodnog dobra određena je čl. 9. ZOV-a. Prema tim odredbama “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 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 čl. 8. st. 1. toč. 4. ovoga Zakona.

Zakon, dakle, polazi od opće namjene vodnog dobra, služiti održavanju i poboljšanju vodnog režima (čl. 9. ZOV). Vodni režim u svom pojmovnom značenju određen je čl. 3. toč. 96. ZOV-a prema kojem je prirodno i/ili ljudskim aktivnostima uzrokovano stanje količina i kakvoće svih tijela površinskih, priobalnih i podzemnih voda, vodnoga dobra i vodnih građevina na državnom području. Zakon o vodama je nabrojio neke osobite namjene vodnog dobra, ali ne taksativno pa je time uputio i na ostale namjene utvrđene Zakonom o vodama i drugim propisima donesenim na temelju tog Zakona (čl. 9. ZOV).

Ostvarivanje namjena vodnog dobra zahtijeva od ovlaštenika prava na zemljištu (vlasnika, korisnika) da dopuste obavljanje određenih radova i činidaba ili da se suzdrže od određenih radnji koje predviđa Zakon kao nedopuštene, s obzirom na svrhu, odnosno namjenu zbog koje je zemljište utvrđeno vodnim dobrom.

Takve su odredbe sadržane i razrađuju se osobito u pododjeljku VIII pod nazivom “Zabrane i ograničenja prava vlasnika i posjednik zemljišta i posebne mjere radi održavanja vodnog režima (čl. 126. – 833. ZOV).

Ponovno naglašam da²⁰ upravo te odredbe koje uključuju i najznačajnija ograničenja prava vlasništva i drugih stvarnih prava najbolje pokazuju koliko je zakonom određena namjena vodnog dobra od utjecaja na njegov pravni status.

Ograničenje prava vlasništva predstavljaju i odredbe o pravu prvokupa. Pravo prvokupa (čl. 19.) uređeno je na način da “Republika Hrvatska ima pravo prvokupa zemljišnih čestica koje čine vodno dobro, a nisu u sustavu javnog vodnog dobra. U slučaju da vlasnik namjerava prodati zemljišne čestice iz članka 8. stavka 1. ZOV, dužan je podnijeti Hrvatskim vodama ponudu za prodaju, po tržišnim cijenama u mjestu prodaje.” Daljnje odredbe odnose se na postupanje s ponudom, sklapanje ugovora upisu kupljene zemljišne čestice. Realizacijom prava prvokupa u korist Republike Hrvatske vodno dobro postaje javno vodno dobro.

Zakon o vodama sadrži u čl. 18. posebne odredbe o dužnosti vlasnika u svezi s korištenjem zemljišnih čestica koje su vodno dobro, ali ne javno vodno dobro. Sve što

je do sada navedeno o vodnom dobru, njegovom pravnom određenju i definicijama u pojmovnom i funkcionalnom smislu, njegovom statusu dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, njegova namjeni, a sve to gledano u okvirima općih odredaba koje su, načelno, zajedničke za sva vodna dobra, nesumnjive su odrednice koje uspostavljaju pravni status vodnog dobra kako ga je odredio Prijedlog Zakon o vodama.

Najbitnije određenje pravnog statusa vodnog dobra proizlazi, međutim, iz razlikovanja vodnog dobra i javnog vodnog dobra i to prvenstveno iz razlikovanja njihovog vlasničkopravnog statusa iz čega slijedi bitna razlika u daljnjim stvarnim i obveznim pravima na njima.²¹

3.2.1. Javno vodno dobro

Posebne odredbe o javnom vodnom dobru Zakon o vodama sadrži u čl. 11. do čl. 20. Javno vodno dobro kao javno dobro može biti isključivo u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 11. ZOV). Vodno dobro može biti u vlasništvu drugih pravnih ili fizičkih osoba. Javno vodno dobro prema odredbama čl. 11. st. 1. ZOV-a²² čine iste zemljišne čestice i to one iz čl. 8. Zakona, koje čine i vodno dobro (dakle vodonosna i napuštena korita površinskih voda, uređeni i neuređeni inundacijski pojas, prostori određenih izvorišta te otoci u vodonosnom koritu). Međutim, da bi te iste čestice činile javno vodno dobro, prema odredbama čl. 11. ZOV, potrebno je ispunjenje daljnjih uvjeta:

- da su do dana stupanja na snagu Zakona o vodama ("Narodne novine", broj 107/95), 1. siječnja 1995., temeljem zakona ili koje druge pravne osnove: opće dobro, javno dobro, javno vodno dobro, vodno dobro, javno dobro – vode, državno

21 J. Brežanski, opt. cit., str. 493 i dalje.

22 Članak 11. Prijedloga Zakona o cijelosti glasi:

"Javno vodno dobro čine zemljišne čestice iz članka 8. ovoga Zakona koje su do dana stupanja na snagu Zakona o vodama (»Narodne novine«, br. 107/95.) bile temeljem zakona ili temeljem 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.

Javnim vodnim dobrom smatraju se sve do dokaza suprotnog i one zemljišne čestice iz članka 8. ovoga Zakona koje do dana stupanja na snagu ovoga Zakona nisu bile upisane u zemljišnoj knjizi, odnosno koje su bile upisane u zemljišnu knjigu, ali nitko nije naznačen kao njihov vlasnik.

Javnim vodnim dobrom postaju i one zemljišne čestice iz članka 8. ovoga Zakona koje se izvlaste ili otkupe u korist Republike Hrvatske.

Javno vodno dobro je javno dobro u općoj uporabi odnosno u javnoj uporabi sukladno članku 14. stavku 2. ovoga Zakona, i u vlasništvu je Republike Hrvatske.

Javno vodno dobro je neutuđivo.

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 člankom 16. ovoga Zakona.

Pravni poslovi sklopljeni protivno stavku 6. članka su ništetni.

Osoba koja neovlašteno koristi javno vodno dobro ne može ostvariti posjedovnu zaštitu."

vlasništvo, vlasništvo jedinice lokalne samouprave, društveno vlasništvo bez obzira tko je nositelj prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja,

- koje su u zemljišnim knjigama 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.,

- sve do suprotnog dokaza, one zemljišne čestice (iz čl. 8. Zakona) koje do stupanja na snagu ovog Zakona nisu bile upisane u zemljišne knjige te

- koje su bile upisane u zemljišne knjige, ali nitko nije naznačen kao njihov vlasnik.

Javnim vodnim dobrom postaju i one zemljišne čestice iz čl. 8. ZOV-a koje se izvlaste ili otkupe u korist Republike Hrvatske.

Javno vodno dobro može biti javno dobro u općoj uporabi ili u javnoj uporabi sukladno čl. 14. st. 2. ZOV-a, i u vlasništvu je Republike Hrvatske. Javno vodno dobro je neotuđivo.

U daljnjem izlaganju razmotrit ćemo bitna zakonska obilježja i specifičnosti prvenstveno glede stvarnopravnih obveznopravnih odnosa na javnom vodnom dobru:

- a) vlasništvo i druga stvarna prava na javnom vodnom dobru,
- b) upravljanje javnim vodnim dobrom,
- c) korištenje javnog vodnog dobra,
- d) prestanak javnog vodnog dobra i
- e) izvlaštenje.

3.2.1.a/ Vlasništvo i druga stvarna prava na javnom vodnom dobru

Što se tiče prava vlasništva i drugih stvarnih prava bitna je razlika između vodnog dobra i javnog vodnog dobra. Vodno dobro kao i javno vodno dobro mogu biti predmet prava vlasništva. Javno vodno dobro kao javno dobro u općoj ili javnoj uporabi prema odredbama čl. 11. Zakona o vodama u vlasništvu je Republika Hrvatska. Javno vodno dobro može, dakle biti samo u vlasništvu Republike Hrvatske dok ostala vodna dobra mogu biti u vlasništvu i drugih pravnih i fizičkih osoba.

Pretežni dio zemljišnih čestica koje čine vodno dobro prema čl. 8. Zakona o vodama u vlasništvu je Republike Hrvatske.²³

Javno vodno dobro je neotuđivo.

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.

Pravni poslovi sklopljeni protivno čl. 16. st. 6. ZOV-a su ništetni.

Osoba koja neovlašteno koristi javno vodno dobro ne može ostvariti posjedovnu zaštitu.

Opisani vlasničkopравни status javnog vodnog dobra kako je uređen odredbama čl. 11. ZOV treba povezati s odredbama čl. 14. ZOV-a koji se odnosi na vodne građevine i druge javne građevine na javnom vodnom dobru.

Prema odredbama čl. 14. ZOV-a vodne građevine izgrađene na javnom vodnom dobru pripadnost su javnog vodnog dobra sukladno načelu jedinstva nekretnine, osim vodnih građevina izgrađenih na temelju prava građenja dok to pravo traje, odnosno vodnih građevina izgrađenih na temelju prava služnosti vodova.

Javno vodno dobro na kojem su izgrađene vodne građevine kao njegova pripadnost, u javnoj je uporabi ako je tako određeno aktom vlasnika.

Građenjem cestovnih i željezničkih prometnica na javnom vodnom dobru ne mijenja se pravni status javnoga vodnog dobra.

Kao što je vidljivo status javnog vodnog dobra u javnoj uporabi određuje se aktima vlasnika a to je Republika Hrvatska.

Javno vodno dobro neovisno je li dobro u općoj uporabi ili javnoj uporabi, u vlasništvu je Republike Hrvatske.

Budući da je prema navedenim odredbama čl. 11. ZOV-a javno vodno dobro neotuđivo, to predstavlja ograničenje prava vlasništva za vlasnika javnog vodnog dobra, dakle za Republiku Hrvatsku kao nositelja toga prava.

Republika Hrvatska ne može njime raspolagati na način da ga otuđi, odnosno prenese u vlasništvo drugoj osobi, čime bi došlo do prestanka vlasništva Republike Hrvatske na javnom vodnom dobru.

Iz navedenih je odredaba nadalje vidljivo da je isključena mogućnost da neke druge osobe steknu na javnom vodnom dobru:

- pravo vlasništva i druga stvarna prava,
- dosjelošću i na drugi način te
- uz iznimke predviđene tim odredbama.

Odredbe čl. 11. ZOV-a, odstupaju na taj način od općih odredaba o stjecanju prava vlasništva dosjelošću. Prema odredbi čl. 159. Zakona o vlasništvu na stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske može se, naime, dosjelošću steći pravo vlasništva, ali uz posebne pretpostavke u glede vremena dosjelosti. Potrebno je, naime dvostruko vrijeme od onog propisanog inače za stjecanje prava vlasništva dosjelošću.

Zakonom su predviđene iznimke što znači da na javnom vodnom dobru druge osobe mogu steći:

- pravo služnosti i
- pravo građenja.

To sve pod pretpostavkama iz čl. 16. ZOV-a koji se odnosi na korištenje javnog vodnog dobra u gospodarske svrhe.

Prema tim odredbama 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 članka 9. ZOV-a, o čemu mišljenje daju Hrvatske vode.

Na tom dijelu javnog vodnog dobra može se drugim osobama ograničiti ili potpuno isključiti njegova uporaba.

Daljnje odredbe čl. 16. ZOV-a odnose se na sklapanje ugovora, davanje koncesija, naknada i dr., o čemu govorimo u daljnjem izlaganju koje se odnosi na korištenje javnog vodnog dobra.

S obzirom na to da su odredbe o stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava na javnom vodnom dobru prinudnog karaktera pravni poslovi sklopljeni protivno tim odredbama su ništetni (čl. 11. st. 7. ZOV).

Što se tiče posjedovne zaštite osoba koja neovlašteno koristi javno vodno dobro ne može ostvariti posjedovnu zaštitu.

Smatra se da je to, također, odstupanje od općih odredbi Zakona o vlasništvu (čl. 27.).

Iz navedene odredbe moglo bi se zaključiti da ovlašteni korisnik javnog vodnog dobra ima pravo nad posjedovnu zaštitu.

Moramo, međutim, istaknuti da dugogodišnja sudska praksa nije priznavala posjedovnu zaštitu na javnom dobru (tako npr. i odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Gzz 22/1983 od 16. ožujka 1993.).

Zakon o vodama sadrži posebne odredbe o upisu javnog vodnog dobra u zemljišne knjige razrađene glede upisa u posjedovnicu, vlastovnicu i teretovnicu (čl. 13 ZOV).

Zakon o vodama sadrži i odredbe (čl. 18. ZOV) koje predviđaju ograničenje prava drugih fizičkih i pravnih osoba, odnosno izvlaštenje pod određenim zakonom predviđenim pretpostavkama.

Tako glede zemljišnih čestica izvan sustava javnog vodnog dobra “fizičke i pravne osobe, vlasnici zemljišnih čestica, koje pripadaju vodnom dobru, dužni su dopustiti njihovo privremeno korištenje za namjene iz članka 9. ovoga Zakona u cilju održavanja i poboljšanja vodnog režima.”

To se odnosi i na dijelove vodnog dobra na kojima se nalaze ceste i željeznička infrastruktura, luke i lučka područja, zrakoplovna infrastruktura i dr. neovisno o pravu vlasništva na zemljišnim česticama koje čine dijelove tog vodnog dobra.

Propisan je i način upisa uknjižbe tih zemljišnoknjižnih čestica (upravljanje javnim vodnim dobrom).

3.2.1.b/ Upravljanje javnim vodnim dobrom

Javnim vodnim dobrom upravljaju Hrvatske vode, ako ovim Zakonom nije drugačije propisano. Pod upravljanjem smatra se održavanje, korištenje i čuvanje javnoga vodnoga dobra za namjene kojima javno vodno dobro služi.

3.2.1.c/ *Korištenje javnog vodnog dobra*

Zakon o vodama sadrži odredbe:

- o korištenju javnog vodnog dobra za gospodarske ili osobne potrebe,
- korištenju javnog vodnog dobra za odmor i rekreaciju te
- korištenju čestica izvan sustava javnog vodnog dobra.

Što se tiče korištenja javnog vodnog dobra odredbe Zakona o vodama uspostavljaju također poseban pravni režim koji se razlikuje od onog uređenog čl. 35. st. 4. Zakona o vlasništvu.

Prema općim propisima Zakona o vlasništvu javnim dobrima u općoj uporabi koja su namijenjena za uporabu svih, svatko ima pravo služiti se na način koji je, radi ostvarenja te namjene, odredilo nadležno tijelo.

Zakon o vodama glede korištenja javnog vodnog dobra ne sadrži posebne odredbe o tomu što se smatra općim korištenjem javnog vodnog dobra kao što je to slučaj s korištenjem voda (čl. 76. ZOV).

Međutim, treba uzeti u obzir opće odredbe čl. 35. st. 4. Zakona o vlasništvu koji propisuje da se na javna dobra u općoj uporabi na odgovarajući način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra ako posebnim zakonom nije što drugo predviđeno ili u ovom slučaju navedeni opći propisi primjenjuju se dakle supsidijarno ako Zakon o vodama ne određuje drukčije.²⁴

Što se tiče javnog vodnog dobra, polazeći nesumnjivo od tih pravila, Zakon o vodama predviđa da se svatko pod jednakim uvjetima može služiti javnim vodnim dobrom za odmor i rekreaciju, ali na način i u opsegu koje određuje tijelo jedinice lokalne ili područne (regionalne) samouprave, uz prethodnu suglasnost Hrvatskih voda.

Pravo na opću uporabu javnog vodnog dobra može, međutim, biti ograničeno.

Pri korištenju javnog vodnog dobra iz st. 1. čl. 17. ne smije se ugroziti njegovo korištenje za namjene iz čl. 9. ZOV-a i za druga korištenja u skladu s ovim Zakonom. Osobito se mora osigurati zaštita obala, korita vodotoka i drugih voda, uključujući vodne građevine na njima.

Zakon je, nadalje pravnim i fizičkim osobama istodobno omogućio (čl. 16. ZOV) stjecanje pravo korištenja dijela javnog vodnog dobra za gospodarske ili osobne potrebe temeljem najma zakupa, služnosti i građenja samo ako to pravo neće utjecati na ostvarivanje namjena iz članka 9. ovoga Zakona, o čemu mišljenje daju Hrvatske vode.

3.2.1.d/ *Prestanak javnog vodnog dobra*

Pod određenim pretpostavkama (čl. 17. ZOV) moguće je da zemljišne čestice koje čine javno vodno dobro prestaju biti dijelom javnog vodnog dobra.

O prestanku javnog vodnog dobra zbog izgubljene namjene odredbe sadrže čl. 12. ZOV-a.

24 J. Brežanski, op. cit., str. 495.

Prema tim odredbama zemljišne čestice iz čl. 11. ovoga Zakona mogu izgubiti status javnog vodnog dobra kada trajno postanu nepotrebne za namjene iz čl. 9. ovoga Zakona.

Radi se o sljedećim pretpostavkama koje kumulativno moraju²⁵ biti ispunjene:

1. ako se rješenjem Ministarstva, uz prethodnu suglasnost Hrvatskih voda utvrdi da je zemljišna čestica postala trajno nepotrebna za namjene iz čl. 9. ovog Zakona i

2. ako se u zemljišnoj knjizi briše njezino svojstvo javnog vodnog dobra time da rješenje sadrži ispunjenje pretpostavki iz st. 1. ovoga članka rješenjem utvrđuje Ministarstvo, uz prethodno mišljenje Hrvatskih voda.

Rješenje Ministarstva je konačno i ovršno.

Rješenje se dostavlja nadležnom državnom odvjetništvu.

Protiv rješenja može se pokrenuti upravni spor.

Na konačno rješenje Ministarstvo stavlja potvrdu ovršnosti i dostavlja ga nadležnom zemljišnoknjižnom sudu, koji će ga provesti po službenoj dužnosti.

Navedenim razrađenim odredbama što se tiču sadržaja rješenja i njegove provedbe po službenoj dužnosti otklonjene su primjedbe glede nedostatnosti ranije važećih odredaba čl. 65. Zakona o vodama/1995.

3.2.1.e/ Izvlaštenje

Izvlaštenje će se provoditi iznimno ako su zemljišne čestice iz članka 8. stavka 1. ovoga Zakona osobito značajne za održavanje vodnog režima. Moguće ih je izvlastiti u korist Republike Hrvatske u skladu s odredbama Zakona kojim se uređuje izvlaštenje.

U navedenom slučaju smatra se postojanje interesa Republike Hrvatske po samom zakonu.

4. Zabrane i ograničenja prava vlasnika i posjednika zemljišta

Kako smo već uvodno istaknuli, naglasak je u referatu na građanskopravnim institutima koje nalazimo u Zakonu o vodama, pa smo s time u svezi smatrali potrebnim razmotriti i odredbe koje se općenito odnose na ograničenje prava vlasništva, kao i drugih stvarnih prava ali i drugih prava vlasnika i posjednika.

Zakon o vodama sadrži poseban odjeljak (VIII) pod nazivom “Zabrane i ograničenja prava vlasnika i posjednika zemljišta i posebne mjere radi održavanja vodnog režima” (čl. 126. – 133.)

Ograničenja prava ovlaštenika stvarnih i drugih prava na zemljištima na koje se odnose odredbe Zakona o vodama nisu sadržana samo u ovom odjeljku.

Ograničenja se odnose na vlasnike i posjednike zemljišta, dakle na stvarnopravne

²⁵ Danica Domjanović: “Stvarna i obvezna prava na vodama i vodnom dobru”, str. 4., Savjetovanje 2000

I.Šimunović, op. cit., str. 4.

ovlaštenike glede zemljišta kao i na one koji temeljem nekog drugog pravnog temelja koriste zemljište ili vode (npr. temeljem ugovora o koncesiji).

Ograničenja mogu obuhvaćati vode, zemljišne čestice koje se smatraju vodnim dobrom, ali i zemljišne čestice koje se ne smatraju vodnim dobrom. Ovo je posljednje npr. slučaj iz čl. 129. ZOV-a koji se odnosi na vlasnika i posjednike drugog zemljišta na ugroženom području.

Po svom sadržaju ograničenja mogu biti upravljena na zabranjivanje, sprječavanje ili ograničavanje određenih radnji (npr. čl. 126. ZOV) ili na obvezu vlasnika da dopusti služenje zemljištem na zakonom predviđen način (npr. čl. 129. ZOV).

Zabrane iz čl. 126. ZOV-a predviđene su radi očuvanja i održavanja regulacijskih i zaštitnih te drugih vodnih građevina i radi sprječavanja pogoršanja vodnog režima iz čl. 126. st. 1.

Tako je npr. zabranjeno:

1. na nasipima i drugim regulacijskim i zaštitnim vodnim građevinama kopati i odlagati zemlju, pijesak, šljunak, puštati i napasati stoku, prelaziti i voziti motornim vozilima izuzev na mjestima na kojima je to izričito dopušteno te obavljati druge radnje kojima se može ugroziti sigurnost ili stabilnost tih građevina (čl. 126. st. 1. toč. 1. ZOV-a) i

2. u uređenom inundacijskom pojasu orati zemlju, saditi i sjeći drveće i grmlje (čl. 126. st. 1. toč. 2. ZOV).

Druga vrsta ograničenja predviđaju, npr. već spomenute odredbe čl. 129. ZOV-a prema kojima su, radi provođenja obrane od poplava vlasnici i korisnici zemljišta na ugroženom području dužni na zahtjev "Hrvatskih voda" dopustiti:

1. korištenje pijeska, šljunka, zemlje i kamena s njihova zemljišta te
2. prijelaz osoba i prijevoznih sredstava preko njihova zemljišta.

Zakon o vodama sadrži u nizu odredaba i posebne odredbe o odgovornosti za štetu odnosno naknadi štete:

- a) obveza odnosno pravo na naknadu štete u pojedinim slučajevima,
- b) način popravljanja štete i visina naknade te
- c) nadležnost za odlučivanje o zahtjevu za naknadu štete.

Te odredbe dijelom odstupaju od općih odredaba o naknadi štete, a dijelom se pozivaju na primjenu općih pravila obveznog prava (npr. čl. 130. ZOV). Smatra se da odstupanje nije u suprotnosti sa Zakonom o obveznim odnosima budući da se odredbe općeg dijela tog Zakona ne primjenjuju u pitanjima koja su drukčije uređena posebnim zakonom (čl. 24.).²⁶

Što se tiče postojanja obveze, odnosno prava na naknadu štete, u nekim odredbama Zakona obveza naknade štete propisana je za štetnika kada je zbog poduzimanja zabranjenih radnji ili propuštanja poduzimanja određenih radnji, nastala šteta (npr. čl. 107.) dok je u drugim slučajevima priznato pravo na naknadu štete zbog ograničenja prava vlasnika i posjednika.

Zakon u nekim situacijama predviđa način popravljanja štete, a u nekima ne.

Tako je štetnik dužan uspostaviti prijašnje stanje ili će ti radovi biti izvedeni na njegov trošak. Ako štetu nije moguće popraviti na taj način, tuženik je dužan naknaditi štetu u iznosu koji određuje upravno tijelo (vodoprivredni inspektorat) prema cjeniku koji donose "Hrvatske vode" uz suglasnost Ministarstva (čl. 127. ZOV).

Postoje, dakle, slučajevi (čl. 127. ZOV) u kojima o naknadi štete ne odlučuje sud već nadležno upravno tijelo.

Što se tiče opsega i visine naknade štete kriteriji za njezino utvrđivanje nisu jedinstveni. Negdje su predviđeni, a negdje o tomu nema odredaba. Tako se visina štete može odrediti:

- prema cjeniku "Hrvatskih voda" (čl. 127. ZOV),
- prema kriterijima Zakona o izvlaštenju,
- prema visini stvarne štete te
- prema općim pravilima obveznog prava.

U svezi s pitanjem naknade štete istaknuli bi slijedeće:

Zakon o vodama u nekim slučajevima (vidjeli smo čl. 129. čl. 131.) izričito priznaje vlasnicima i korisnicima zemljišta naknadu štete i to "stvarne štete" zbog ograničenja njihovih prava na zemljištu.

Međutim, u čitavom nizu slučajeva u kojima se također radi o ograničavanju prava vlasnika odnosno korisnika zemljišta, Zakon o tomu ne sadrži nikakve odredbe.

Postavlja se stoga, pitanje koje se postavljalo i u vrijeme ranije važećeg Zakona o vodama²⁷ da li i u takvim slučajevima ograničavanja prava vlasnicima i korisnicima pripada pravo na naknadu štete. Primjerice imaju li vlasnici vodnog dobra pravo na naknadu u slučajevima kada su zbog namjene vodnog dobra dužni trpjeti ograničenja prava vlasništva (npr. nemogućnost gradnje) što uz ostalo, nesumnjivo smanjuje i prometnu vrijednost takvog zemljišta.²⁸

Sigurno je da postoje pravni argumenti u prilog stajališta da vlasnicima i u takvim slučajevima pravo na naknadu daje Ustav (čl. 50.) kao i odredbe Zakona o vlasništvu i Zakona o obveznim odnosima.²⁹

Slijedeće je pitanje pripada li naknada štete u punom iznosu, što obuhvaća, prema općim propisima stvarnu štetu i izmaklu korist, ili se priznaje samo stvarna šteta Zakon o vodama spominje samo stvarnu štetu u odredbama u kojima govori o pravu vlasnika ili korisnika na naknadu štete.

Umjesto zaključka otvara se niz pitanja koja u praksi mogu biti sporna. Ograničenja mogu biti značajna kao i nastala šteta.

Kao poseban oblik ograničenja prava vlasništva predviđeno je osnivanje služnosti.

Radi se o služnostima posebne vrste koje se razlikuju od stvarnih služnosti.

Tako je predviđena (čl. 132. ZOV) mogućnost ustanovljavanja služnosti u svrhu

27 J. Brežanski, op. cit. str. 496.

28 I. Šimunović i Jasnica Daničić, op. cit. str. 27.

29 Danica Damjanović, op. cit. str. 3.

dovođenja vode ili odvođenja vode “uz naknadu”.

Odgovornost za štetu prema trećima predviđena je odredbama čl. 133. ZOV-a.

Za štete trećim osobama nastale djelovanjem vode odgovara se temeljem krivnje.

Za štete trećim osobama nastale na javnom vodnom dobru, vodnom dobru i na vodnim građevinama odgovara se temeljem krivnje, osim ako oštećenik ne dokaže da potječu od opasne tvari koja se nalazi ili se nalazila u tom prostoru ili opasne djelatnosti koja se obavljala ili se obavlja u tom prostoru. Radovi uređenja voda i mjere zaštite od štetnog djelovanja voda nisu opasne djelatnosti.

5. Zaključak

Uvodno izlaganje o potrebama i razlozima donošenja novog Zakona o vodama, bitne naznake sadržaja koji je njime obuhvaćen, uključujući i usaglašavanje s direktivama Europske unije, koje se odnose na područje vodnog režima odnosno gospodarstva trebale bi pokazati nužnost pa i uspješnost novog zakonskog uređenja tog važnog područja.

Predmet navedenog pravnog uređenja nesumnjivo pokazuje bitan udio upravnopravnog uređenja na području obuhvaćenom vodnim gospodarstvom, ali i njegovu povezanost s građanskopravnim institutima i uređenjima.

Nastavno tomu u daljnjem izlaganju razmotreni su pojedini, ali nesumnjivo oni među temeljnim institutima obuhvaćeni Zakonom o vodama, vode i vodno dobro, sa stajališta prvenstveno opisanog pravnog statusa u okvirima i s utjecajem građanskopravnog uređenja.

Pokazalo se da su takve odredbe mnogobrojne, da, opravdano ili ne, imaju svoje specifičnosti, a u nekim slučajevima vidljiva su i značajna odstupanja od općih pravila stvarnog ili obveznog uređenja u hrvatskom zakonodavstvu.

S obzirom na to da je prvenstvena namjera bila da se u tom dijelu referata sadržajno obuhvate nova važeća zakonska rješenja, nismo smatrali uputnim ukazivati na sve razlike pojedinih zakonskih rješenja u odnosu na ranije zakonsko uređenje, niti pokretati sva sporna pitanja koja se mogu javiti u primjeni i tumačenju novog Zakona o vodama.

Naznačena su neka pitanja koja i nadalje ostaju sporna, kao i neka nova zakonska rješenja koja otklanjaju ranije dvojbe.

Praksa će, kao i uvijek pokazati koliko je opravdano zadovoljstvo novim zakonskim uređenjem, ali isto tako i postojeće zamjerke nekim dijelovima konačnog rezultata.

Summary

THE NEW LAW ON WATERS

In the first part of the paper the author presents reasons and necessities which led to the enactment of the Law on Waters. A strong emphasis is given on the content of the Law paying special attention to harmonisation of its provisions with the European Union directives.

Hereafter, legal provisions regulating waters and water domain are presented stressing their civil law character as a basis for legal status of waters. The author particularly analyses provisions governing property and other rights in rem, rights restrictions, administration, right to use, right of pre-emption, expropriation etc.

Key words: waters, water domain.

Zusammenfassung

DAS NEUE WASSERGESETZ

Der erste Teil des Referats betrachtet die Gründe und die Notwendigkeit der Erbringung eines neuen Wassergesetzes, zusammen mit dem Inhalt der neuen Gesetzesregelung einschließlich der Harmonisierung mit den entsprechenden EU-Richtlinien.

Anschließend sind die Gesetzesregelungen von Gewässer und Gewässergut vorgelegt, mit Betonung auf zivilrechtlichen Bedeutungen dieser Regelung in einigen wichtigen Aspekten ihres Rechtssystems, wie zum Beispiel in Bezug auf das Eigentum und andere Sachenrechte, ihre Einschränkungen, Verwaltung, Nutzung, das Vorkaufsrecht, Enteignung.

Schlüsselwörter: Gewässer und Gewässergut

DVOJBE IZ SUDSKE PRAKSE O VREMENSKOM VAŽENJU MATERIJALNIH PROPISA U UPRAVNOM PRAVU

mr. sc. Inga Vezmar Barlek
sutkinja Upravnog suda Republike Hrvatske

UDK: 35.077.3349.444
Ur.: 3. studenog 2009.
Pr.: 14. siječnja 2010.
Prikaz

Sažetak

Zbog čestih izmjena materijalnih propisa u upravnom pravu, a posebice njihovih izmjena tijekom upravnog postupka, nastaju dvojbe o pitanju koji se propis primjenjuje. Upravna tijela različito pristupaju ovom problemu, a stranke se nalaze u nedoumici jer postupak iniciraju prema jednom (tada važećem) propisu te očekuju rješenje zahtjeva upravo prema tom propisu. U radu se iznose stajališta najviših sudova Republike Hrvatske o primjeni materijalnih propisa u situaciji kada se oni izmijene tijekom upravnog postupka.

Ključne riječi: *izmjene propisa, pokretanje upravnog postupka, prostorno planiranje, gradnja, komunalni doprinos, pravna shvaćanja.*

1 Uvod

Česte su promjene materijalnih propisa u hrvatskom upravnom pravu, bilo da se radi o propisima koji se donose na državnoj ili regionalnoj razini. Problem u primjeni propisa nastaje kada do promjena dolazi tijekom trajanja upravnog postupka.

Načelno gledajući, rješenje bi trebalo naći u prijelaznim odredbama ukoliko ih novi propis ima. Međutim, zbog relativno čestog nedostatka prijelaznih normi javnopravna tijela u područjima svoje stvarne nadležnosti nalaze različite izlaze iz ove situacije.

Neka tijela primjenjuju propis koji važi u vrijeme rješavanja, pri čemu drugostupanjsko tijelo ponekad primjenjuje propis koji je važio u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja, a ponekad propis koji važi u vrijeme donošenja drugostupanjskog rješenja. S druge strane, neka tijela primjenjuju propis koji je važio u vrijeme pokretanja upravnog postupka, neovisno o tomu što taj propis više ne važi u vrijeme odlučivanja o žalbi.

Pitanje je li s obzirom na vremensku dimenziju primijenjen pravilan propis, značajno je iz dva razloga. Osiguranja načela zakonitosti u upravnom postupku, prema kojem javnopravna tijela rješavaju upravnu stvar na temelju zakona i drugih propisa te općih akata donesenih na temelju zakonom utvrđenih javnih ovlasti.¹ Ali s druge strane i radi zaštite prava i interesa stranke, jer stranka ulazi u neki odnos (primjerice podnosi zahtjev za izdavanje građevinske dozvole i poduzima ostale radnje u tom pravcu) sukladno propisima koji su joj poznati u vrijeme podnošenja zahtjeva. Prema tomu očekuje rješenje svoje situacije prema tada pozitivnom propisu. Može li se kasnija izmjena propisa negativno odraziti na pravo stranke?

2. Praksa Upravnog suda Republike Hrvatske

2.1. Mjerodavno procesno pravo

Upravni sud Republike Hrvatske² ocjenjuje zakonitost upravnog akta prema propisima koji su bili na snazi do trenutka njegovog donošenja. Dakle, prema propisima koje je javnopravno tijelo primijenilo (u tom slučaju ocjenjuje je li propis pravilno primijenjen) ili trebalo primijeniti. Iz toga slijedi da promjena propisa tijekom upravnog spora u pravilu nije relevantna, iako to s obzirom na konkretne prijelazne zakonske odredbe, može biti.

Međutim, ako se propis promijenio tijekom upravnog postupka Sud mora ocijeniti je li primijenjen pravilan propis – «stari» ili «novi».

Redovito pitanje, koje se pri tome nameće, (i uz postojanje prijelaznih zakonskih odredbi) je kada je postupak pokrenut, odnosno je li uopće i kada postupak započet. Odgovor na to nalazimo u normama procesnog prava.

1 Članak 5. Zakona o općem upravnom postupku. Narodne novine br. 47/09. Dalje u tekstu: novi ZUP.

2 Dalje u tekstu: Upravni sud ili Sud.

Upravni postupak se može pokrenuti na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti.³ Dosadašnja postupovna norma glasila je ovako: *Upravni postupak je pokrenut čim je nadležno tijelo izvršilo ma koju radnju u cilju vođenja postupka.*⁴

Dakle, nije bilo predviđeno donošenje posebnog zaključka o pokretanju postupka, već se postupak pokretao izvršenjem bilo koje radnje u cilju vođenja postupka. Kada se postupak pokretao po službenoj dužnosti u pravilu je prva radnja bila pozivanje stranke. Ako se pokretao u povodu zahtjeva stranke, to je također moglo biti pozivanje stranke, ali i svjedoka, vještačenje i sl., odnosno izvršenje bilo koje radnje s ciljem prikupljanja podataka.

Prema novom ZUP-u, trenutak pokretanja postupka više nije identično riješen u odnosu na postupke koji se pokreću na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti.

Tako se postupak, koji se pokreće na zahtjev stranke *smatra pokrenutim u trenutku predaje urednog zahtjeva javnopravnom tijelu.*⁵ U odnosu na pokretanje postupka po službenoj dužnosti zakonsko rješenje je identično ranijem – *postupak se smatra pokrenutim kad službena osoba u javnopravnom tijelu poduzme bilo koju radnju sa svrhom vođenja postupka po službenoj dužnosti.*⁶

Praksa Upravnog suda, o kojoj će dalje biti riječi, utemeljena je na pokretanju postupka kao trenutku koji je odlučan za procjenu koji materijalni propis se primjenjuje. Imajući u vidu dijelom izmijenjenu odredbu općeg procesnog zakona, trenutak pokretanja postupka potrebno je tumačiti sukladno mjerodavnom procesnom zakonu.⁷

2.2. Prijelazne odredbe materijalnih zakona

Ukoliko novi zakon sadrži prijelazne odredbe o dovršetku započetih postupaka, situacija je relativno jasna. Javnopravno tijelo, odnosno Sud mora postupiti po zakonu i primijeniti propis koji mu zakon nalaže.

Primjerice Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju («Narodne novine» br. 100/04) sadrži prijelaznu odredbu prema kojoj će se *postupci izdavanja lokacijskih dozvola i prekršajni postupci započeti po Zakonu o prostornom uređenju (»Narodne novine«, br. 30/94, 68/98, 61/00 i 32/02) do stupanja na snagu ovoga Zakona dovršiti po tom Zakonu.*⁸

3 Članak 40. stavak 1. novog ZUP-a. Gotovo identična norma je članak 123. Zakona o općem upravnom postupku. Narodne novine br. 53/91 i 103/96. Dalje u tekstu ZUP.

4 Članak 125. stavak 1. ZUP-a.

5 Članak 40. stavak 2. novog ZUP-a.

6 Članak 40. stavak 3. novog ZUP-a.

7 Sukladno odredbi članka 168. novog ZUP-a, postupci započeti do stupanja na snagu ovoga Zakona nastaviti će se i dovršiti prema odredbama Zakona o općem upravnom postupku (»Narodne novine«, br. 53/91 i 103/96).

8 Članak 41. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju. Narodne novine br. 100/04. Prema članku 43., Zakon stupa na snagu osmoga dana od dana objave u Narodnim novinama. Objavljen je 20. srpnja 2004.

No, unatoč preciznoj zakonskoj odredbi bilo je sporova u kojima javnopravno tijelo nije započete postupke dovršilo prema navedenom Zakonu, već je primjerice o zahtjevu za lokacijsku dozvolu riješilo temeljem Uredbe o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora, donesene nakon stupanja na snagu spomenutog Zakona.⁹

Iz presude Upravnog suda broj: Us-10254/06 od 12. lipnja 2009.:¹⁰

„Iz podataka spisa predmeta proizlazi da je postupak u povodu zahtjeva za izdavanje lokacijske dozvole od 21. svibnja 2004., pokrenut prije stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju, jer spisu predmeta prileži dopis prvostupanjskog tijela klasa: UP/I-350-05/04-01/39, ur. broj: 2181-05/05-04-2 od 8. lipnja 2004. kojim se tužiteljica poziva na nadopunu dokumentacije te dopis istoga tijela klasa: UP/I-350-05/04-01/39, ur. broj: 2181-05/05-04-4 od 17. lipnja 2004. kojim se ispravlja greška u zahtjevu za izdavanje posebnih uvjeta građenja.

Iz svega proizlazi da je sukladno odredbi članka 125. stavka 1. Zakona o općem upravnom postupku, postupak koji je prethodio donošenju osporenog rješenja pokrenut prije stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju, pa je postupak sukladno odredbi članka 41. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prostornom uređenju trebalo završiti primjenom propisa koji su važili do njegovog stupanja na snagu. Radi navedenog, nije bilo temelja za primjenu Uredbe o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora (‘‘Narodne novine’’, br.: 128/04), a time niti odredbe članka 9. Uredbe, jer uz izričitu zakonsku odredbu o dovršetku započelih postupaka primjenom do tada važećih propisa, Uredbom kao podzakonskim propisom nije bilo moguće propisati drugačije.

Stoga će u postupku nakon ove presude tuženo tijelo novim rješenjem odlučiti o žalbi primjenom Zakona o prostornom uređenju (‘‘Narodne novine’’, br. 30/94, 68/98, 61/00 i 32/02).»

2.3. Sudska praksa o primjeni podzakonskih propisa u području prostornog planiranja i gradnje te komunalnog doprinosa

U upravnim postupcima iz područja imovinskog prava (primjerice izdavanje lokacijskih i građevinskih dozvola, određivanje komunalnog doprinosa) česte su situacije u kojima stranka podnese zahtjev za izdavanje lokacijske dozvole, jer tada

⁹ Uredba o uređenju i zaštiti zaštićenog obalnog područja mora. Narodne novine br. 128/04. Prema članku 20. Uredba stupa na snagu danom objave u Narodnim novinama. Objavljena je 13. rujna 2004. Prestala je važiti temeljem odredbe članka 353. stavka 6. Zakona o prostornom uređenju i gradnji danom stupanja na snagu tog Zakona. Narodne novine br. 76/07. Prema odredbi članka 354. Zakon je stupio na snagu 1. listopada 2007., osim članka 204. stavka 3. i stavka 4. koji stupa na snagu danom prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju.

¹⁰ Odluke Upravnog suda Republike Hrvatske i Vrhovnog suda Republike Hrvatske koje se citiraju u tekstu, korištene su iz arhive Upravnog suda Republike Hrvatske.

važeci dokument prostornog uređenja trenutno omogućuje zahvat u prostoru kakav želi. Međutim, tijekom (relativno dugog) postupka, dokument prostornog uređenja se promijeni i traženi zahvat u prostoru više nije dopušten. Dolazi, dakle do promjene podzakonskog propisa tijekom upravnog postupka.

Prema praksi Upravnog suda u upravnim postupcima primjenjuju se podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnih postupaka.¹¹

Prilikom zauzimanja takvog shvaćanja, Upravni sud se rukovodio i odredbom članka 89. stavka 4. Ustava Republike Hrvatske¹² kojom je zabranjeno povratno djelovanje podzakonskih propisa. Naime, primjena novog dokumenta prostornog uređenja na postupak koji je započet prije njegovog stupanja na snagu, može značiti povratno djelovanje tog propisa, jer bi se on primijenio na slučaj koji je nastao prije njegovog stupanja na snagu.¹³

Iz presude Upravnog suda broj: Us-5900/03 od 5. prosinca 2007.:

„Iz obrazloženja prvostupanjskog rješenja od 3. ožujka 2003. godine proizlazi da je u međuvremenu Grad K. donio Odluku o donošenju Prostornog plana uređenja Grada K. („Službene novine“, br. 1/03), te da se prema istoj Odluci predmetna nekretnina u cijelosti nalazi izvan granica građevinskog područja naselja u površinama označenim kao ostalo poljoprivredno tlo, šume i šumsko zemljište, te da bi građenje stambene građevine bilo suprotno namjeni površina određenih istim planom.

Međutim prema ocjeni ovog Suda, navedena činjenica da je u međuvremenu stupila na snagu Odluka o donošenju Prostornog plana uređenja Grada K. („Službene novine“, br. 1/03), te da se prema istoj Odluci predmetna nekretnina u cijelosti nalazi izvan granica građevinskog područja, u konkretnom slučaju ne bi utjecala na drugačije rješenje ove upravne stvari. To iz razloga što iz podataka spisa predmeta proizlazi da tužitelj niti u vrijeme podnošenja zahtjeva, dakle 6. studenog 2001. godine nije udovoljavao uvjetima koji su bili propisani tada važećom odredbom članka 50. Odluke o prostornom planu općine R.

U odnosu na prigovor tužitelja da se u postupku izdavanja lokacijske dozvole ne primjenjuje onaj dokument prostornog uređenja koji je na snazi u vrijeme donošenja odluke o predmetnom zahtjevu, već onaj koji je bio na snazi u vrijeme podnošenja zahtjeva, za napomenuti je da se prema zaključku sjednice Imovinsko-pravnog odjela ovog Suda od 19. studenog 2007., u upravnom postupku primjenjuje propis koji je na

11 Zaključci o pravnim shvaćanjima sa sjednice Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda Republike Hrvatske od 19. studenog 2007.

12 Čanak 89. Ustava Republike Hrvatske. Narodne novine br. 41/01 – pročišćeni tekst i 55/01. *Prije nego što stupe na snagu zakoni i drugi propisi državnih tijela objavljuju se u "Narodnim novinama", službenom listu Republike Hrvatske. Propisi tijela koja imaju javne ovlasti prije stupanja na snagu moraju biti objavljeni na dostupan način u skladu sa zakonom. Zakon stupa na snagu najranije osmi dan od dana njegove objave, osim ako je zbog osobito opravdanih razloga zakonom drukčije određeno. Zakoni i drugi propisi državnih tijela i tijela koja imaju javne ovlasti ne mogu imati povratno djelovanje. Iz posebno opravdanih razloga samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno djelovanje.*

13 Vidi dio 3.2. *Stajališta Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Infra.*

snazi u vrijeme pokretanja postupka.

Naime, odredbom članka 125. Zakona o općem upravnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91 i 103/96-Odluka Ustavnog suda RH) propisano je da je upravni postupak pokrenut čim je nadležno tijelo izvršilo ma koju radnju u cilju vođenja postupka.

Odredbom čl. 89. st. 4. Ustava RH ("Narodne novine", br. 41/02 - pročišćeni tekst) propisano je da zakoni i drugi propisi državnih tijela i tijela koja imaju javne ovlasti ne mogu imati povratno djelovanje.¹⁴

Slično je shvaćanje Suda i u predmetima određivanja komunalnog doprinosa. Naime, vlasnik građevne čestice na kojoj se gradi građevina, odnosno investitor dužan je platiti komunalni doprinos prema obujmu građevine koja se gradi, što se utvrđuje na temelju projektne dokumentacije, a doprinos se plaća prema odluci predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave. Tijelo državne uprave, koje donosi akt na temelju kojeg se može graditi, dužno je dostaviti primjerak projektne dokumentacije tijelu nadležnom za poslove komunalnog gospodarstva radi donošenja rješenja o plaćanju komunalnog doprinosa.¹⁴

I u ovim postupcima česta je pojava da se odluka predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave koja je mjerodavna za obračun komunalnog doprinosa, promijeni od trenutka pokretanja postupka za izdavanje građevinske dozvole (koja je temelj za obračun) do trenutka obračuna doprinosa.

Stajalište je Upravnog suda da se komunalni doprinos koji se utvrđuje vlasniku građevne čestice na kojoj se gradi građevina, odnosno investitoru, utvrđuje prema podzakonskom propisu, odluci o komunalnom doprinosu, koji je na snazi u vrijeme pokretanja postupka izdavanja akta na temelju kojeg se može graditi.¹⁵

Ovdje je, dakle, mjerodavan trenutak «pomaknut» na postupak koji prethodi određivanju komunalnog doprinosa, odnosno na pokretanje postupka za izdavanje građevinske dozvole u povodu koje se doprinos određuje. Komunalni doprinos naime određuje se u postupku izdavanja građevinske dozvole.¹⁶

Takvo je rješenje poticajno za investitore, budući da u investiciju ulaze u trenutku kada financijski mogu procijeniti izvedivost zahvata prema propisima koji su u tom trenutku na snazi. Na ovaj način kasnije izmjene propisa na koje nisu računali (iako možda mogu biti i povoljnije!) ne dovode u pitanje izvedivost projekta. Ne smije se naime zaboraviti da se radi o visokim novčanim iznosima.

¹⁴ Članak 31. i 32. Zakona o komunalnom gospodarstvu. Narodne novine br. 36/95, 109/95, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00, 59/01, 26/03 – pročišćeni tekst, 82/04, 110/04 i 178/04.

¹⁵ Zaključci o pravnim shvaćanjima sa sjednice Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda Republike Hrvatske od 17. ožujka 2008.

¹⁶ Članak 8. stavak 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu. Narodne novine br. 82/04. *Akt na temelju kojeg se može graditi ne može se izdati prije nego je za istu građevinu izvršena uplata komunalnog doprinosa ili kod obročne uplate nakon izvršene uplate prve rate. Potvrdu o uplaćenom komunalnom doprinosu izdaje upravno tijelo jedinice lokalne samouprave nadležno za komunalno gospodarstvo na čijem se području građevina gradi.*

Iz presude Upravnog suda broj: Us-684/05 od 20. ožujka 2008.:

„Neosnovano tužitelj u tužbi ističe da u konkretnom slučaju nije mogla biti primijenjena Odluka o komunalnom doprinosu općine O. od 20. prosinca 2003., jer da je postupak izdavanja lokacijske dozvole pokrenut prije stupanja na snagu navedene Odluke.

Naime, odredbom članka 32. stavak 1. Zakona o komunalnom gospodarstvu („Narodne novine”, br. 26/03 - pročišćeni tekst) koji je bio na snazi u vrijeme donošenja rješenja tijela prvog stupnja propisano je da tijelo državne uprave, koje donosi akt na temelju kojeg se može graditi, dužno je u roku od 8 dana, od dana podnošenja zahtjeva za izdavanje tog akta jedan primjerak projektne dokumentacije dostaviti upravnom odjelu jedinice lokalne samouprave nadležnom za poslove komunalnog gospodarstva, radi donošenja rješenja o komunalnom doprinosu.

Slijedom navedenog proizlazi da se komunalni doprinos određuje u postupku koji prethodi postupku izdavanja građevne dozvole. Kako iz podataka spisa predmeta dostavljenih Sudu uz odgovor na tužbu proizlazi da je postupak izdavanja građevne dozvole pokrenut nakon stupanja na snagu Odluke o komunalnom doprinosu općine O. od 20. prosinca 2003., te je i tijelo državne uprave koje donosi akt na temelju kojeg se može graditi 12. svibnja 2004., sukladno naprijed citiranoj odredbi članka 32. Zakona, dostavilo tijelu prvog stupnja primjerak glavnog projekta za izgradnju stambene građevine na čest. zem. 960/7 k.o. O. u cilju utvrđivanja i donošenja rješenja o komunalnom doprinosu, to činjenica da je postupak izdavanja lokacijske dozvole pokrenut prije stupanja na snagu navedene Odluke nije pravno odlučna. Ovo iz razloga jer je Odluka temeljem koje je tužitelju i određena obveza plaćanja komunalnog doprinosa donesena i stupila na snagu prije pokretanja postupka izdavanja građevne dozvole.“

3. Razvoj pravnih shvaćanja

3.1. Stajališta Ustavnog suda Republike Hrvatske

Zauzimajući prethodno navedena pravna stajališta o primjeni materijalnih propisa, Upravni sud je imao u vidu i shvaćanja Ustavnog suda Republike Hrvatske¹⁷ izražena u odlukama broj: U-III-2435/01 od 20. travnja 2005.¹⁸ i U-I-2510/01 od 6. prosinca 2006.¹⁹

U odluci broj: U-III-2435/01 od 20. travnja 2005. Ustavni sud navodi: ... *Kako podnositelj neizravno osporava i pravno stajalište drugostupanjskog tijela o primjeni »načela jedinstvenosti postupka«, to jest o tome da se »u upravnom postupku primjenjuje propis koji je na snazi u vrijeme rješavanja predmeta«, smatrajući da je stoga dugotrajnim nerješavanjem o njegovoj žalbi oštećen, Ustavni sud smatra potrebnim naglasiti da se radi o nejasno obrazloženom pravnom načelu.*

17 Dalje u tekstu: Ustavni sud.

18 Narodne novine br. 61/05.

19 Narodne novine br. 2/07.

Naime, u upravnom se postupku primjenjuje propis koji je mjerodavan u vrijeme pokretanja postupka, osim ako zakonom ili drugim propisom donesenim na temelju zakona nije drugačije određeno. ...

U odluci broj: U-I-2510/01 od 6. prosinca 2006. Ustavni sud navodi: ... *Opće je pravilo da se u upravnom postupku upravna stvar rješava neposrednom primjenom zakona, drugog propisa ili općeg akta koji je važio u vrijeme pokretanja upravnog postupka, ako zakonom, drugim propisom ili općim aktom nije drugačije određeno.*

3.2. Stajališta Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Međutim, nakon naprijed iznesenih shvaćanja Ustavnog i Upravnog suda, Vrhovni sud Republike Hrvatske²⁰ izrazio je drugačije stajalište da se *u upravnom postupku treba primijeniti propis koji je na snazi u vrijeme odlučivanja o zahtjevu.*

Presude u kojima je izraženo drugačije pravno stajalište o primjeni propisa Vrhovni je sud donio povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti koje je podignulo Državno odvjetništvo Republike Hrvatske podignulo protiv presuda Upravnog suda. Zahtjevi su uvaženi, poništene presude Upravnog suda i tužbe odbijene.

U presudi broj: Uzz-2/08 od 25. veljače 2009. Vrhovni sud navodi: ... *U ovom stadiju postupka u povodu zahtjeva za zaštitu zakonitosti sporno je koji prostorni plan upravno tijelo treba primijeniti pri odlučivanju o zahtjevu za izdavanje lokacijske dozvole; onaj koji je bio na snazi u vrijeme pokretanja upravnog postupka ili onaj koji je na snazi u vrijeme odlučivanja o zahtjevu.*

Prema pravnom shvaćanju Upravnog suda Republike Hrvatske upravna tijela su bila dužna zahtjev tužitelja ocijeniti prema odredbama Prostornog plana od 12. travnja 2001. zbog toga što se u upravnom postupku primjenjuju podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnog postupka.

Pravilno se u zahtjevu za zaštitu zakonitosti navodi da takvo pravno shvaćanje nije prihvatljivo. Treba reći da primjena podzakonskog propisa kojim se utvrđuje prostorni plan, a koji je na snazi u vrijeme donošenja rješenja o zahtjevu za izdavanje lokacijske dozvole, nije u suprotnosti s ustavnim načelom po kojem propisi ne mogu imati povratno djelovanje (čl. 89. st. 4. Ustava). Novi se propis ne može primjenjivati na pravne odnose koji su nastali prije njegovog stupanja na snagu, ali samim podnošenjem zahtjeva da mu se izda lokacijska dozvola tužitelj nije stekao pravo niti je nastala obveza upravnog tijela da mu izda lokacijsku dozvolu. Ne radi se o stečenom pravu koje se ne bi moglo dovoditi u pitanje novim podzakonskim propisom ni o obveznom odnosu kod kojeg se prava i obveze stranaka prosuđuju prema materijalnopравnim propisima koji su bili u primjeni u vrijeme nastanka takvog odnosa. Između tužitelja kao stranke u upravnom postupku i upravnog tijela nastao je odnos u kojem on ima pravo zahtijevati da se odluči o njegovom zahtjevu (ali nije stekao pravo na točno određenu odluku – u ovom slučaju rješenje kojim se izdaje lokacijska dozvola), a upravno tijelo ima obvezu odlučiti o zahtjevu. Upravno

tijelo je pritom u smislu odredbe čl. 4. st. 1. Zakona o općem upravnom postupku («Narodne novine», broj 53/91) upravnu stvar dužno rješavati na temelju zakona i drugih propisa te općih akata ustanova i drugih pravnih osoba koje one donose na temelju javnih ovlasti.

Prema odredbi čl. 34. st. 1. Zakona o prostornom uređenju («Narodne novine» broj: 30/94, 68/98, 61/00, 32/02 i 100/04) svaki zahvat u prostoru provodi se u skladu s dokumentima prostornog uređenja i lokacijskom dozvolom, a lokacijska dozvola je prema stavku 2. toga članka upravni akt koji se izdaje na temelju dokumenata prostornog uređenja te posebnih zakona i propisa donesenih na osnovi tih zakona. Lokacijska dozvola se ne može dakle, izdati suprotno dokumentima prostornog uređenja. Dokument prostornog uređenja mora biti usklađen s dokumentom prostornog uređenja šireg područja (čl. 30. Zakona o prostornom uređenju).

Pravno shvaćanje Upravnog suda Republike Hrvatske da se unatoč navedenim propisima i utvrđenim činjenicama treba primijeniti prostorni plan (podzakonski propis) koji je bio na snazi u vrijeme pokretanja upravnog postupka ovaj sud ne može prihvatiti iz već navedenih razloga. Tome treba dodati da takvo shvaćanje praktično ima za posljedicu zabranu tijelima nadležnim za donošenje propisa o uređenju prostora da donose te propise, odnosno prostorne planove kojima bi se nešto mijenjalo u ranije donesenim planovima. Korištenje prostora i njegovu namjenu ne može određivati sud, nego su za to ovlaštena tijela koja su nadležna za donošenje propisa o uređenju prostora. Novim propisom može se odrediti i da će određeni prostor služiti za neku drugu namjenu. Navedeno pravno shvaćanje nije prihvatljivo ni zbog toga što ono podrazumijeva da bi se lokacijske dozvole u pojedinim slučajevima morale izdavati za izgradnju objekata različite namjene na određenom prostoru unatoč tome što je taj prostor, prema propisima važećim u trenutku odlučivanja o zahtjevu, određen kao primjerice park prirode, zaštićeni krajolik ili je predviđen za sasvim neku drugu namjenu općeg značaja i namjene koja potpuno isključuje izgradnju ma kakve građevine.

U biti identično shvaćanje Vrhovni sud je izrazio i u presudi broj: Uzz-5/08 od 29. listopada 2008.

3.3. Ponovno preispitivanje prakse Upravnog suda Republike Hrvatske

Budući da su načelna pravna stajališta Ustavnog suda obvezujuća za sve²¹, ali i s obzirom da Vrhovni sud, kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primjenu zakona,²² Upravni je sud ponovno razmotrio svoja stajališta.

21 Odluka Ustavnog suda broj: U-III B-1373/2009 od 7. srpnja 2009. Narodne novine br. 88/09. Vidi odlomak 18. Odluke.

22 Članak 118. stavak 1. Ustava: *Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana.* Članak 24. točka 1. Zakona o sudovima. Narodne novine br. 150/05 i 16/07, 113/08. *Vrhovni sud Republike Hrvatske osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana, te jednakost svih pred zakonom.*

Nakon svega, Upravni sud je zaključio sljedeće: **nakon razmatranja pravnog shvaćanja zauzetog u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Uzz 5/08 od 29. listopada 2008. i Uzz 2/08 od 25. veljače 2009. i pravnog shvaćanja zauzetog u odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske broj U-III-2435/01 od 20. travnja 2005. (objavljena u Narodnim novinama br. 61/05) i U-I-2510/01 od 6. prosinca 2006. (objavljenoj u Narodnim novinama Br. 2/07), Sud ostaje kod pravnog shvaćanja da se u upravnim postupcima primjenjuju podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnih postupaka.**²³

Iz presude Upravnog suda broj: Us-7363/05 od 21. svibnja 2009.:

„Iz podataka spisa predmeta, dostavljenih Sudu uz odgovor na tužbu, proizlazi da je Ured državne uprave u I. županiji, Služba za prostorno uređenje, zaštitu okoliša, graditeljstvo i imovinsko-pravne poslove, Odsjek za graditeljstvo, tijelu prvog stupnja dana 22. prosinca 2004., dostavio primjerak glavnog projekta radi izdavanja rješenja o komunalnom doprinosu kao i građevnu dozvolu tog istog tijela od 28. lipnja 2004., kojom se tužiteljici dozvoljava gradnja obiteljske kuće u naselju V. na zemljištu kč.br. 752/60, 752/61 k.o. F., prema glavnom projektu koji je sastavni dio te dozvole.

Iznos komunalnog doprinosa utvrđen je temeljem Odluke o komunalnom doprinosu („Službene novine“, br. 11/04).

Iz obrazloženja osporenog rješenja proizlazi da je u tom postupku utvrđeno da je postupak utvrđivanja komunalnog doprinosa pokrenut podneskom Ureda državne uprave Republike Hrvatske u I. županiji, Službe za prostorno uređenje, stambeno-komunalne poslove, graditeljstvo i zaštitu okoliša, Odsjek za graditeljstvo od 15. prosinca 2004., koji je projektnu dokumentaciju i građevnu dozvolu dostavio tijelu prvog stupnja radi obračuna komunalnog doprinosa.

Osnovano tužiteljica u tužbi ističe da je u konkretnom slučaju trebalo primijeniti Odluku o komunalnom doprinosu koja je bila na snazi u vrijeme pokretanja postupka izdavanja građevne dozvole.

Naime, prema zaključku sjednice Imovinsko-pravnog odjela ovog Suda od 19. studenog 2007. i od 15. svibnja 2009. u upravnim postupcima primjenjuju se podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnog postupka.

Također je na sjednici Imovinsko-pravnog odjela ovog Suda od 17. ožujka 2008. i od 15. svibnja 2009. zauzeto pravno shvaćanje da se komunalni doprinos, koji se utvrđuje vlasniku građevne čestice na kojoj se gradi građevina, odnosno investitoru, utvrđuje prema podzakonskom propisu, odluci o komunalnom doprinosu, koja je na snazi u vrijeme pokretanja postupka izdavanja akta na temelju kojeg se može graditi.

Budući je odredbom članka 125. stavak 1. Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“, br. 53/91 i 103/96) propisano da je upravni postupak pokrenut čim je nadležno tijelo izvršilo ma koju radnju u cilju vođenja postupka, to

²³ Zaključci o pravnim shvaćanjima sa sjednice Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda Republike Hrvatske od 15. svibnja 2009.

se na određivanje komunalnog doprinosa, a sukladno navedenom zaključku sjednice Imovinsko-pravnog odjela ovog Suda, ima se primijeniti odluka o komunalnom doprinosu, koja je bila na snazi u vrijeme pokretanja postupka izdavanja građevne dozvole, budući se komunalni doprinos određuje u postupku izdavanja građevne dozvole.

Stoga je u ponovnom postupku tuženo tijelo dužno utvrditi kada je pokrenut postupak izdavanja građevne dozvole u ovoj upravnoj stvari, te je nakon toga potrebno, uz primjenu Odluke o komunalnom doprinosu koja je bila na snazi u vrijeme pokretanja postupka izdavanja građevne dozvole, donijeti novu odluku.

Slijedom navedenog, prema ocjeni ovog Suda, osporenim rješenjem tuženog tijela povrijeđen je zakon na štetu tužiteljice.”

4. Zaključak

U radu je prikazan problem primjene materijalnih propisa u situaciji kada se tijekom upravnog postupka propisi izmijene, a nema prijelaznih zakonskih odredbi po kojima bi trebalo postupiti. Ustanovljeno je kako je prije svega odlučno, primjenom odgovarajućih procesnih odredbi, utvrditi kada je postupak pokrenut.

Vidljivo je da ni praksa javnopravnih tijela (raznih stvarnih i mjesnih nadležnosti) niti sudska praksa, nije suglasna o tomu koji se propis u takvoj situaciji primjenjuje. Stajališta Ustavnog i Upravnog suda o ovom pitanju su zasad suglasna, međutim Vrhovni sud je (u području prostornog planiranja) drugačijeg mišljenja.

Ovo je pitanje zbog dinamike izmjene propisa stalno aktualno i vjerojatno će se ponovno ispostaviti spornim, bez obzira što je svojim posljednjim pravnim shvaćanjem Upravni sud pokušao objediniti sva dosad izražena stajališta.

Summary

ISSUES ON TEMPORAL VALIDITY OF MATERIAL LEGAL REGULATIONS IN THE PRACTICE OF THE ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA

Due to numerous amendments on material legal regulations in the administrative law, in particular the one amending the administrative procedure, the issues concerning temporal validity of administrative regulations emerge leaving open the question of which regulation to implement. The administrative bodies apply a different approach while solving this problem, while parties find themselves in a dilemma because they start the procedure according to a certain regulation (at that time in force) and they expect to have their demand resolved precisely implementing this concrete regulation. The article presents an overview of positions taken by the Administrative Court of the Republic of Croatia regarding the implementation of material legal regulations in a situation in which these regulations become amended during the administrative procedure.

Key words: amendments on regulations, starting the administrative procedure, legal opinions;

Zusammenfassung

ZWEIFEL AN ZEITLICHEM GELTUNGSBEREICH VON MATERIELLEN VORSCHRIFTEN IN DER PRAXIS DES VERWALTUNGSGERICHTS DER REPUBLIK KROATIEN

Da sich materielle Vorschriften sowohl im Verwaltungsrecht, als auch im Laufe eines Verwaltungsverfahrens selbst öfters ändern, bestehen Zweifel darüber, welche Vorschrift anzuwenden sei. Verwaltungsbehörden gehen an dieses Problem anders heran, wobei die Parteien in Zweifel geraten, in Angesichts dessen, dass sie ein Verfahren gemäß bestimmter (zu dem Zeitpunkt gültiger) Vorschrift in die Wege geleitet haben, und daher einen Beschluss gemäß derselben Vorschrift erwarten. Die vorliegende Arbeit stellt Ansichten des Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien zur Anwendung von materiellen Vorschriften, die im Laufe eines Verwaltungsverfahrens geändert werden, dar.

Schlüsselwörter: Vorschriftenänderungen, Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, Rechtsauffassung.

VLASNIŠTVO I NJEGOVE TRANSFORMACIJE, JAMSTVO I ZAŠTITA U USTAVNOM PORETKU REPUBLIKE HRVATSKE

Dr. sc. Petar Simonetti,
umirovljeni redoviti profesor u trajnom zvanju
Rijeka

UDK: 347.23(497.5)
Ur.: 21 prosinca 2009.
Pr.: 2. ožujka 2010.

Sažetak

Vlasništvo je društvena tvorevina. Nema, niti je bilo organizirane društvene zajednice bez nekog oblika kolektivnog ili individualnog vlasništva. Oblik vlasništva ovisi od društvenih procesa koji se u osnovi odvijaju neovisno od ljudske volje. Zato je kratkovječan svaki volontaristički pokušaj uspostavljanja nekog oblika vlasništva ukidanjem postojećeg povijesno neiscrpljenog oblika vlasništva. Silom uspostavljeni oblik vlasništva može se održavati samo državnim i ideološkom represijom uz veće ili manje ograničenje ljudskih prava i temeljnih sloboda. Ovo potvrđuje i povijest socijalističkog državnog vlasništva, uključujući i njegovog samoupravnog oblika u Jugoslaviji. U društvu tržišnog gospodarstva i slobodnog poduzetništva temeljni oblik vlasništva je privatno vlasništvo koje ima izrazito egoističnu suštinu pa se mora zakonom ograničavati radi usklađivanja individualnih i društvenih interesa. Uspostavljanje privatnog vlasništva na stvarima koje su bile u društvenom vlasništvu nakon raspada socijalističkog društva bila je društvena neminovnost. Jamčeci prava vlasništva i njegovu nepovredivost, Ustav koji je abrogirao socijalističko društveno vlasništvo dao je pravnu osnovu za denacionalizaciju: restitucijom prava vlasništva ili adekvatnom naknadom kad je restitucija nemoguća. Zakonskim (voluntarističkim) pretvaranjem prava korištenja na građevinskom zemljištu u pravo vlasništva vlasnika zgrade, po pravilu bez naknade, umjesto u ekvivalentno pravo građenja koje pravno razdvaja zemljište i zgradu, a vlasnika zgrade obvezuje da plaća periodičnu naknadu vlasniku zemljišta, onemogućena je ne samo restitucija prava vlasništva, nego i adekvatna naknada za nacionalizirano zemljište bivšim vlasnicima, odnosno njihovim nasljednicima. Budući da su tržište, privatno vlasništvo i poduzetništvo temelj suvremene društvene (državne) organizacije, privatno vlasništvo je Ustavom zajamčeno kao pravna ustanova od javnopravnih zahvata, a kao pojedinačno pravo bilo koje osobe (vlasnika) od

svačijeg zahvata. Zaštita prava vlasništva Ustavom je uzdignuta u red ljudskih prava i temeljnih sloboda, a ostvaruje se u postupku pred neovisnim sudom.

Ključne riječi: *vlasništvo, transformacija, jamstvo, zaštita.*

UVOD

U Sovjetskom Savezu i zemljama istočne Europe u dvadesetom stoljeću zbile su se dvije velike vlasničke tranzicije. Najprije ukidanjem prava vlasništva na sredstvima za proizvodnju i uvjetima rada tijekom Oktobarske revolucije (1917.) u SSSR-u i nakon Drugog svjetskog rata u zemljama istočne Europe pod dominacijom SSSR-a, a zatim uspostavljanjem prava vlasništva u devedesetim godinama nakon raspada socijalističkog sustava u tim zemljama i dezintegracije SSSR-a.¹ Radikalne vlasničke promjene dogodile su se u drugoj polovini dvadesetog stoljeća i u nekim izvanoevropskim socijalističkim zemljama, posebno u Kini, najmnogoljudnijoj zemlji na svijetu.

Posljednjih 65 godina i u bivšoj Jugoslaviji, pa prema tomu i u Hrvatskoj dogodila su se također dva velika vlasnička prevrata: prvi u sastavu FNRJ/SFRJ (1945.-1990.), drugi u samostalnoj Republici Hrvatskoj (nakon 1991.). Prvi vlasnički prevrat promatra se u prvom redu kao prisilni prijenos velikog dijela nekretnina u društveno vlasništvo na koji se nadovezuje ekspanzija izgrađenih nekretnina, zgrada i drugih građevina koje su bile pravno odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu, a izgrađene su društvenim sredstvima. Drugi vlasnički prevrat obilježava uspostavljanje privatnog vlasništva po različitim osnovama na nekretninama koje su do tada bile u društvenom vlasništvu, odnosno državnom vlasništvu.

U FNRJ/SFRJ (1945. – 1990.) su se konstituirala dva vlasnička sustava: privilegirani dominantan sustav općenarodne imovine, kasnije društvenog vlasništva u koji je postupno bilo uključeno i zadružno vlasništvo², a nasuprot njemu pravno i gospodarski ograničen sustav privatnog vlasništva³ uglavnom u poljoprivredi na inokosnim zemljišnim posjedima (do 10 hektara površine obradivog poljoprivrednog zemljišta po obiteljskom domaćinstvu). Unutar sustava društvenog vlasništva prenosila su se prava na nekretninama između društvenopravnih osoba na temelju pravnih poslova ili odlukom nadležnog tijela (administrativni prijenos) ili prijenosom

1 Ajani, G., *Fonti e modelli nell' diritto dell' Europa orientale*, Università degli studi di Trento, 1993; isti: *Diritto dell' Europa orientale*, in: *Trattato di diritto comparato, Diritto comparato di R. Sacco*, UTET, Torino, 1994; isti: *Il modello post-socialista*, sec. ed. Giappichelli, Torino, 1992; Berend, I., *Centralna i istočna Europa* (prijevod s engleskog V. Nenadović – Palčić) CID, Podgorica, 2001.

2 Stojisavljević, D., *Zadružna svojina kao oblik svojine*, *Pravni život*, god LVII, 11, 2008, Tom III; Đurović, R., *Zadruge*, u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, Tom III.

3 Jovanović, D., *O ekonomskoj strukturi i oblicima svojine u FNRJ*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, treće kolo, god III (LXII) br. 1, 1947., *Vidi Ustav FNRJ od 31.1.1946.* (čl. 14. – 20.), *Sl. list FNRJ 10/46.*

podruštvovljenih nekretnina u sredstva društvenopravnih osoba koje bi na njih stjecale osnovno pravo (upravljanja, korištenja ili raspolaganja) naplatno ili nenaplatno (eksproprijacija, arondacija, komasacija prijenosom iz poljoprivrednog fonda općenarodne imovine itd.). Nekretnine u društvenom/državnom vlasništvu prenosile su se u ograničenoj mjeri i u privatno vlasništvo na temelju pravnih poslova ili odluke nadležnog tijela. Primjerice, stanovi koji su se gradili za tržište, manje površine poljoprivrednog zemljišta izvan kompleksa zemljišta u društvenom vlasništvu, vrlo rijetko šume i šumska zemljišta: radi zaokruživanja površina u društvenom vlasništvu pod uvjetima i na način koji su bili propisani zakonom (arondacija i komasacija). Ove vlasničke promjene, uključujući i značajan prijenos prava na nekretninama (pretežno zgrada) između društvenopravnih osoba događale su se i izvanknjižno. Promet prava na nekretninama u društvenom vlasništvu pretežno se odvijao izvanknjižno. Nekretnine su se prenosile između društvenopravnih osoba na temelju pravnih poslova najčešće bez upisa u zemljišnu knjigu⁴, a takav promet, osobito prodajom stanova iz društvenog vlasništva, odvijao se i između društvenopravnih i vlasničkopravnih osoba.

Zakonom je uspostavljeno pravo vlasništva Republike Hrvatske na svim šumama i šumskom zemljištu (16. listopada 1990.)⁵ i na cjelokupnom poljoprivrednom zemljištu (23. srpnja 1991.)⁶ u društvenom vlasništvu bez obzira što su do tada na tim nekretninama imale pravo raspolaganja (upravljanja ili korištenja) društvenopravne osobe, odnosno općine, koje imaju svoje pravne sljednike: trgovačka društva, javna poduzeća i ustanove, odnosno jedinice lokalne samouprave. Ovaj golemi vlasnički prevrat nije proveden u zemljišnim knjigama u cijelosti, ni do danas. Isto vrijedi i za ostale nekretnine koje su u postupku pretvorbe društvenog kapitala društvenih poduzeća ili po samom zakonu prenesene u vlasništvo pravnih sljednika društvenopravnih ili fizičkih osoba. Ovo se odnosi i na gotovo sve otkupljene stanove, jer se po pravilu nalaze u zgradama koje nisu upisane u zemljišne knjige, niti se mogu upisati prije oblikovanja građevinske čestice, za svaku samostalnu zgradu i etažiranja višestambenih i poslovnih zgrada. Zato danas kada su osnovna prava na nekretninama u društvenom vlasništvu izvanknjižno pretvorena u pravo vlasništva fizičkih ili pravnih osoba, ili Republike Hrvatske, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i drugih pravnih osoba javnog prava ili se nekretnine vraćaju prijašnjim vlasnicima, odnosno njihovim pravnim sljednicima, u granicama i pod uvjetima propisanim zakonom, moraju iscrpno utvrditi osnove izvanknjižnog prijenosa prava na nekretninama iz privatnog u društveno vlasništvo, prijenos osnovnih prava na nekretninama unutar društvenog vlasništva, kao i otuđenje nekretnina iz društvenog vlasništva te izvanknjižne pretvorbe društvenog vlasništva u pravo vlasništva.

4 Ili u drugu javnu knjigu u koju su se upisivala prava na nekretninama (čl. 33. ZOPSO-a). U Bosni i Hercegovini - katastar nekretnina, po Zakonu o premjeru i katastru nekretnina (čl. 97. – 163.), Sl. list SR BiH 22/1984 do stupanja na snagu sadašnjeg Zakona o zemljišnim knjigama, Sl. novine FBiH 19/03, Sl. glasnik RS 67/03.

5 Čl. 6. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, NN 41/90.

6 Čl. 3. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN 34/91.

Osobito su komplicirani pravni odnosi na građevinskom zemljištu i na zgradama, odnosno posebnim dijelovima zgrada (nekretnina) koji su, većim dijelom sustavno obrađeni na drugom mjestu.⁷

1. Općenito o pravu vlasništva

Promatra li se pravo vlasništva kao pravo pripadanja stvari, individualnog ili kolektivnog, kao pravni oblik prisvajanja dijelova prirode, vanjske sfere čovjeka, unutar određene društvene formacije, dolazi se do zaključka da je ustanova prava vlasništva uvjetovana time što je ograničen krug dobara koje prisvajaju ljudi – fizičke osobe i raznovrsni oblici njihovih asocijacija i zajednica, od onih najstarijih plemenskih i rodovskih zajednica do suvremenih korporacija i ustanova, društava kapitala i drugih oblika udruživanja fizičkih i pravnih osoba.⁸ U povijesti su se izmijenili različiti oblici kolektivnog i individualnog vlasništva.⁹ Različiti oblici individualnog i kolektivnog vlasništva postoje i u suvremenom razvijenom svijetu. Ali je dominantan, iako ne posve isključiv, oblik individualnog (privatnog) vlasništva u svim zemljama tržišnog gospodarstva. Nema, niti je bilo, organiziranih društvenih zajednica bez obzira na stupanj njihovog razvoja, u kojima nije postojao neki oblik vlasništva. To jest normativno uređeni oblik prisvajanja dijelova prirode za individualne i zajedničke potrebe čovjeka i njegovih zajednica, raznih kolektiviteta, bilo da je to prisvajanje uređeno spontanim društvenim normama (običajno pravo, moral), religijskim ili pravnim normama organizirane državne zajednice. Jer nema niti je bilo organizirane ljudske zajednice u kojoj bi postojalo takvo obilje dobara da ih mogu prisvajati svi bez ikakvih ograničenja kao što mogu udisati zrak. Svi ti primitivni oblici vlasništva na zemljište, šume i pašnjake bili su isključivo kolektivni tako što su isključivali participaciju svih drugih kolektiva (plemena itd.) i njihovih pripadnika, kao što privatno vlasništvo isključuje pravo svake druge osobe da bez suglasnosti vlasnika zadire u njegovu vlasničku domenu.

U arhajičkim kolektivističkim društvima postupno se oblikovalo individualno pravo vlasništva na dobrima za neposredno zadovoljavanje životnih potreba članova tih zajednica, pa i na nastambama. Pravo vlasništva na zemljište, pašnjake i šume pripadalo je zajednici, na višim stupnjevima razvoja i pojedincima kao članovima

7 Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945.-2007.)*, izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 741. – 753.

8 Vidi, Marx, K., *Epohe ekonomske formacije društva*, (prevela Mara Fran), Kultura, Beograd, 1960.

9 Grossi, R., *Il dominio e le cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992; Gams, A., *Svojina*, Naučna knjiga, Beograd, 1988.

zajednice, kao pravo uživanja, a ne kao njihovo isključivo pravo vlasništva.¹⁰

U državama tržišnog gospodarstva subjekti prava (pa i prava vlasništva) su čovjek (fizička osoba) i određeni oblici društvenih zajednica, kao i udruge osoba i kapitala (privatne korporacije i trgovačka društva), javne i privatne ustanove, jednom riječju – pravne osobe. Ono što je pravnim subjektima služilo, a i danas služi za zadovoljenje njihovih potreba i interesa su tjelesni dijelovi prirode, vanjske sfere čovjeka, prirodna dobra koje čovjek prisvaja ili je prisvojio od prirode i ono što je stvorio preradom dijelova prirode kao i uporabom različitih energija koje prisvaja da bi ih mogao koristiti za različite namjene, u proizvodnji, kulturnim i uslužnim djelatnostima, razmjeni i potrošnji, koje se u pravu izjednačuju sa stvarima. Dakle, sve što služi čovjeku za zadovoljavanje njegovih fizioloških i duhovnih potreba i interesa, a nalazi se u dohvatu njegove djelatnosti, u širem smislu, dijelovi žive i nežive prirode i sve ljudske tvorevine su objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava, pripadaju fizičkim i pravnim osobama¹¹ kao njihovo privatno vlasništvo, ako nisu opća dobra ili javna dobra u općoj uporabi. Pravo vlasništva na sredstvima za proizvodnju pretvara se u pravo vlasništva kapitala u društvu u kome veliki broj njegovih članova nema pravo vlasništva na takva sredstva, a slobodni su prodavati ono što imaju: svoju radnu snagu, jedinu robu koja u procesu njene uporabe (rada), proizvodnje itd. stvara veću vrijednost nego što je potrebno za njenu reprodukciju. Skovana je znakovita krilatica, *svaka stvar traži svoga gospodara*, koja danas odražava neobuzdanu težnju kapitala da prisvoji sve dostupne dijelove prirode¹². Kapital prisvaja čak i dobro čovječanstva u međunarodnoj morskoj zoni (morsko dno izvan granica teritorijalnog mora i epikontinentalnih pojaseva priobalnih zemalja)¹³, kao i prostor i nepokretna dobra izvan granica državnog suvereniteta na kopnu i moru i širokim prostranstvima izvan našeg planeta, sve do najbližih dijelova svemira dokle dopiru ljudske djelatnosti koje omogućavaju prisvajanje prirode. Tako se, na

10 Takva su prava npr. članova zemljišnih i njim sličnih zajednica u Hrvatskoj, koje su se održalo do prisilnog prelaska u društveno vlasništvo (općenarodnu imovinu), 1947. Vidi, Krbek, I., *Zemljišna zajednica* (separat iz «Sela», god. 1921., 1922.; Krbek, I., *Nacionalizacija zemljišnih zajednica i krajiških imovinskih općina*, poseban otisak 270 knjige Rada Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Odsjek za filozofiju i društvene nauke, knj. 1.-, Zagreb, 1948.; O uspostavljanju prava vlasništva na zemljištu zahvatanjem «seline» ili diobom «seline» u blizini gradova na području krajiške Hrvatske, sjeverne Dalmacije, Hercegovine itd., Vukosavljević, S., *Postanak privatne zemljišne svojine u nas*, Arhiv za pravne i društvene nauke (jubilarno izdanje 100 god. – 1906. – 2006.), 1-2, 2006, str. 163. – 174.; Simonetti, P., *Prava na nekretninama* (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., str. 611. – 612.

11 Uključujući i državu, njene entitete, jedinice lokalne samouprave, kao pravne osobe javnog prava.

12 Radbruch kaže: «Najstarija i još uvek najrasprostranjenija učenja o svojini jesu teorija okupacije i teorija specifikacije» (Radbruch, G., *Filozofija prava*, prijevod Guteša, D.), NOLIT, Beograd, 1980., str. 172.; Hegel, G. V. F., *Pravni i politički spisi* (prevela Olga Kostrešević), NOLIT Beograd, 1981. Prirodno pravo i državno pravo prema predavanju profesora Hegela u zimskom semestru 1818./1819. od G. Homajera, *Posed i svojina*, §§ 21. – 37., str. 230. – 237.

13 Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2000., str. 703. – 706.

primjer, u orbiti Zemlje gradi «galaktičko svemirsko odmaralište»¹⁴, u Zemljinjnoj orbiti organiziraju se komercijalna putovanja itd.

Danas, samo nekoliko elemenata prirode bitnih za život čovjeka i sve žive prirode, postoji u relativno neizmjenjnim količinama koje, kao prirodne cjeline, ne ulaze u sferu vlasništva kao isključivog prava određenog kolektiva ili pojedinca, kako zbog svoje relativne neograničenosti, tako i zbog toga što po prirodnom pravu pripadaju svima. Atmosferski zrak, sunčeva svjetlost i prirodna toplinska energija, vode u morima u oceanima, Antarktika i dio Arktika, pusti otoci u oceanima i eksteritorijalno more, morsko dno, nisu objekti privatnog vlasništva, iako se njihovi dijelovi sve više gospodarski prisvajaju na osnovi koncesija ili bez zakonskih ovlaštenja zahvaljujući tehnološkim dostignućima i neobuzdanoj težnji kapitala da se reproducira i oplođuje. Zato su i ti dijelovi prirode ugroženi uslijed velikog utjecaja čovjeka, suvremene tehnologije na prirodu s nedoglednim posljedicama za opstanak čovječanstva. Stoga se i oni kao opća dobra koja pripadaju sadašnjim i budućim generacijama, moraju zaštititi od prekomjernih štetnih utjecaja koji su posljedica ljudskih djelatnosti. Na opća dobra nitko nema pravo vlasništva niti bi ga mogao imati. Ona pripadaju svima, jer bez zraka, vode, sunčeva svjetla i topline ne može opstati niti jedno živo biće. Isključivo pravo vlasništva na te elemente lišavalo bi nevlasnike njihovog prirodnog prava na život. Ljudski život nije djelo čovjeka, pa ga ljudi, a ni njihove zajednice, države, po prirodnom pravu ne smiju ni oduzimati, ni ugrožavati, ni sadašnjim naraštajima, ni potomstvu. Ni jedna generacija ne smije lišiti svoje potomstvo prava na uvjete života, već je prirodna (moralna) obveza svakog naraštaja da ih ostavi oplemenjene nasljednicima. Ni uvjeti života nisu djelo čovjeka, već su kao prirodno nasljeđe, oplemenjeno ljudskim radom neosporno pravo svih ljudi kao što je neosporno pravo na život svakog čovjeka na ovom planetu.

U ovoj raspravi nema prostora za pravnu zaštitu okoliša, užeg i šireg, danas najbitnije teme za čovjeka, njegovu užu zajednicu i čitavo čovječanstvo. Bez zaštite prirode, čitave ekosfere, čovječanstvo nema budućnosti. O tome se više raspravlja, a manje djeluje, jer se zaštititi prirode (ljudskog okoliša) suprotstavlja najveća globalna sila našega doba – kapital, odnosno profit.¹⁵ Ali granice eksploatacije prirode i ugrožavanja prirodne ravnoteže određuje sama priroda, a ne čovjek.

14 Očekuje se otvaranje 2012., a trodnevni boravak će stajati 3 000 000 EUR (HINA), prenosi Novi list, od 3. studenog 2009., str. 72.

15 Ovo potvrđuje i nedavni neuspjeh Konferencije Ujedinjenih naroda o klimatskim promjenama (Kopenhagen, prosinac 2009.), pa se sada polažu nade u narednu Konferenciju u Meksiku, 2010.

2. *Privatno vlasništvo*

2.1. *Ustanova privatnog vlasništva*

Prema naprijed izloženom proizlazi da je ustanova neograničenog prava privatnog vlasništva u sukobu s imperativom zajedničkog vlasništva na uvjete života, neotuđivog kao što je neotuđivo pravo na život i zato je pravo vlasništva ograničeno. Pravo vlasništva uopće, kao i privatno vlasništvo, nije voluntaristička tvorevina, već društveno uslovljena pojava. Granice ustanove privatnog vlasništva, međutim, na posredan način ograničava sama priroda jer je penetracija u prirodnu kauzalnost, tj. prisvajanje prirode moguća do granice preko koje nastupa poremećaj prirodne ravnoteže s nesagledivim posljedicama. Zato danas, u uvjetima ranije nezamislivih tehnoloških dostignuća, zakonodavci, sve javne vlasti moraju uvažavati zahtjeve očuvanja prirodne ravnoteže i uvjeta života na Zemlji, tj. prirodne zakonitosti. To je više od pravnog standarda «javna nužda» iz čuvene Deklaracije o pravima čovjeka i građanina koju je iznjedrila Francuska revolucija, (1789.) jer «javnu nuždu» procjenjuje zakonodavac pa se ovisno od odnosa društvenih snaga često nalaze kompromisi, a s prirodom nema kompromisa. S druge strane, izostanak društvenog kompromisa može imati za posljedicu diktaturu ili društveni prevrat koji se po pravilu završava u nekom obliku totalitarnog društva. Prekoračenje granica koje je sama priroda postavila čovjeku dovodi do takvih promjena u prirodnoj ravnoteži koje ne može spriječiti ni kontrolirati, ni jedna društvena sila, ni jedna država, ni sve države zajedno.

Ustanova privatnog vlasništva oblikovala se u društvima u kojima se proizvode stvari (robe) za razmjenu, kao prometna dobra, da bi se time u uvjetima društvene podjele rada zadovoljile raznovrsne pojedinačne, grupne ili zajedničke ljudske potrebe i interesi, jer u procesu razmjene stvari (dobara) moraju sudjelovati osobe koje se međusobno prepoznaju kao vlasnici onih stvari (dobara) koje su predmet konkretne razmjene, za novac (kupoprodaja itd.) ili za drugu stvar (dobro), odnosno odgovarajuću činidbu (razmjena u pravnotehničkom smislu)¹⁶.

Privatnim vlasništvom se zajamčuje maksimalna isključivost kao i sloboda korištenja i raspolaganja stvarima. U francuskoj Deklaraciji o pravima čovjeka i građanina iz 1789., koja je imala golem utjecaj na europsko uređenje prava vlasništva, rečeno je: «Budući da je vlasništvo sveto i neotuđivo pravo, nitko ga neće biti lišen osim ako to javna nužda, određena zakonom, jasno traži, a i tada samo pod uvjetom da je vlasnik prethodno i pravično obeštećen» (čl. 17.).

16 Marx, K., *Kapital* (preveli Moša Pijade i Rodoljub Čolaković), Kultura, Zagreb, 1947., I. svezak, str. 48. – 104., Mattei, U., *Diritti reali, 1. La proprietà*, UTET, Torino, 2001., *Proprietà e mercato*, pp. 39 – 83.

2.2. Pojam prava vlasništva u pravnim izvorima

2.2.1. Pojam prava vlasništva u europskim građanskim zakonima 19. i 20. stoljeća

Zbog ograničenog prostora samo se citiraju odredbe o pojmu prava vlasništva iz nekoliko najznačajnijih građanskih zakonika (kodifikacija) kontinentalne Europe.

«Vlasništvo je pravo koje dopušta korištenje stvari i raspolaganje na neograničen način, pod uvjetom da se ono ne vrši u ciljeve protivne zakonu i uredbama» (čl. 544. Code civil, 1804.)¹⁷. «Vlasnost smatrana kao pravo, jest vlast¹⁸, raditi po volji sućanstvom¹⁹ i koristima stvari kakve, i svakoga inoga isključiti od toga» (§354. austrijskog Općeg građanskog zakonika)²⁰. OGZ propisuje: «Prema pravu, razređivati slobodno svojom vlasnošću, može potpuni vlasnik redovito svojom stvari služiti se ili ne služiti se; može je zatrti, prenijeti svukoliko ili stranom na druge ili odreći je se bezuvjetno, to jest, ostaviti je» (§ 362.). «Vlasnik jedne stvari može, ukoliko se to ne protivi zakonu ili pravu trećeg, raspolagati sa stvari po svojoj volji» (§ 903 Njemačkog građanskog zakonika iz 1896.).²¹ «Tko je vlasnik jedne stvari može u granicama pravnog poretka njome raspolagati po svojoj volji. On ima pravo zahtijevati je od svakog tko je nezakonito drži i otklanjanja svakog bespravnog utjecaja na stvar» (čl. 641. Švicarskog građanskog zakonika iz 1907.)²². «Vlasnik ima pravo uživanja i raspolaganja stvarima na potpun i isključiv način, unutar granica i ispunjavanjem obveza utvrđenih pravnim poretkom» (čl. 832. talijanskog Građanskog zakonika iz 1942.)²³.

Jamstvo prava vlasništva u okviru ostalih zajamčenih imovinskih prava daje Prvi protokol uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (iz 1952.), koje su prihvatile europske države pa i države nastale raspadom SFRJ.²⁴

17 Prvobitni naziv francuskog Građanskog zakonika bio je Code Napoléon

18 To jest ovlaštenje.

19 To jest supstancom.

20 Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1811. g.), odnosno Opći građanski zakonik (1853.), praktički u istovjetnom tekstu za bansku Hrvatsku, koji je važio u Hrvatskoj, Sloveniji i Bosni i Hercegovini, a primjenjivao se do 6.4.1941. (bez novela iz 1914., 1915. i 1916. na području banske Hrvatske), supsidijarno i poslije 15.5.1945. na temelju čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih do 6.4.1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, preč. tekst., Sl. list FNRJ 86/46, a u Republici Hrvatskoj od 31.12.1991. na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih do 6.4.1941. NN 73/91, na stvarnopravne odnose praktički do 1.1.1997. kada je stupio na snagu Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96.

21 Bürgerliches Gesetzbuch stupio je na snagu 1. siječnja 1900.

22 Code civil suisse od 10. prosinca 1907. stupio je na snagu 1. siječnja 1912.

23 Codice civile od 20. ožujka 1942.

24 Vidi, Gavella, N., Jamstvo vlasništva iz čl. 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima i slobodama, u zborniku: Gavella, N., Alinčić, M., Hrabar, D., Gliha, I., Josipović, T., Kovač, A., Baretić, M., Nikšić, S., Europsko privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2002.; Kovačević Kuštrumović, R. i Lazić, M., Zaštita imovine prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Pravni život, god. LIV, 10, 2005, Tom II.

2.2.2. Pojam prava vlasništva u bivšoj SFRJ i državama nastalim njenim raspadom

Pravo vlasništva u socijalističkoj Jugoslaviji na nekretninama kvantitativno ograničeno, bilo je zajamčeno Ustavom FNRJ (čl. 18.) od 31. siječnja 1946., kao i potonjim ustavima SFRJ (1963. i 1974.), ali je bilo uređeno tek Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima²⁵ koji je stupio na snagu 1. rujna 1980. do kada su se na stvarnopravne odnose supsidijarno primjenjivala pravila predratnog građanskog prava koja su bila na snazi do 6. travnja 1941. Prema tome Zakonu:

Vlasništvo može postojati na pokretnim i nepokretnim stvarima (čl. 2. st. 1.), a ne može postojati na stvarima koje mogu biti samo u društvenom vlasništvu (čl. 2. st. 2.). Vlasnik ima pravo posjedovati svoju stvar, koristiti se i raspolagati njome u granicama određenim zakonom (čl. 3. st. 1.). Svatko je dužan suzdržavati se od povrede prava vlasništva druge osobe (čl. 3. st. 2.). Vlasnik ostvaruje svoje pravo vlasništva u skladu s prirodom i namjenom stvari, te u skladu s društvenim interesom utvrđenim zakonom (čl. 4. st. 1.). Zabranjeno je vršenje prava vlasništva protivno cilju zbog kojeg je zakonom ustanovljeno ili priznato ili protivno moralu socijalističkog društva (čl. 4. st. 2.).

Hrvatski Zakon o vlasništvu²⁶ propisuje:

«Pravo vlasništva je stvarno pravo na određenoj stvari koje ovlašćuje svoga nositelja da s tom stvari i koristima od nje čini što ga je volja, te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima i zakonskim ograničenjima» (čl. 30. st. 1.), a u st. 2. precizira: «vlasnik ima, među ostalim, pravo posjedovanja, uporabe, korištenja i raspolaganja svojom stvari».

Stvarnopravni zakonik Republike Slovenije²⁷ propisuje:

«Lastninska pravica je pravica imeti stvar v posesti, jo uporabljati in uživati na najobsežnejši način ter z njo razpolagati. Omejitve uporabe, uživanja in razpolaganja lahko določi samo zakon.

Lastninska pravica ne more bit vezana za rok, ali pogoj, razen če zakon določa drugače». (čl. 37.).

Prema Zakonu za sopstvenost i drugi stvarni prava Republike Makedonije²⁸:

«Sopstvenikot ima pravo svojata stvar da ja drži, celosno da ja koristi i da raspolagata so nea po svoja volja, dokolku toa ne e sprotivno na zakon ili na nekoie pravo na drugo lice. Sekoj e dolžen da se vozdržuva od povredi na pravoto na sopstvenost na drugo lice» (čl. 8.).

Crnogorski Zakon o svojinskoopravnim odnosima²⁹ određuje:

«Svojina je najpotpunija vlast na stvari.

Vlasnik ima pravo da svoju stvar drži, da je koristi i njome raspolaže u granicama određenim zakonom.

25 Sl. list SFRJ 6/80 i 36/90.

26 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 146/08, 39/09 i 153/09.

27 Od 27. rujna 2002.

28 Služben vesnik na Republika Makedonija, 18/01, 31/08 i 92/08.

29 Od 26.2.2009.

Svako je dužan da se uzdržava od povrede prava svojine drugog lica» (čl. 6.).

Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske³⁰ propisuje:

«Svojina je stvarno pravo koje vlasniku daje ovlaštenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i da s njome raspolaže, a svakog od toga prava isključiti u granicama određenim zakonom.

Svako je dužan da se uzdržava od povrede prava svojine drugog lica.» (čl. 17.).

Tako i prema Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine (čl. 17.)³¹.

Prema Nacrtu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije³².

«Pravo svojine je najšire pravo lica (vlasnika), u granicama zakona i pravnog poretka, po svom nahodanju, postupati sa svojom stvari, a naročito držati je, upotrebljavati, prisvajati koristi od nje, menjati joj svojstva i namenu, otuđiti je ili na drugim način njome raspolagati, sve ostale isključiti od uticaja na stvar, zahtevati je od svakog ko je drži bez pravnog osnova, kao i ne vršiti svoja ovlaštenja u pogledu nje» (čl. 84.). Završni dio rečenice nije sretno formuliran, a očito upućuje na pravo vlasnika protiv svakoga zahtijevati prestanak ometanja vršenja vlasničkih ovlaštenja (*actio negatoria*).

2.3. Društvena priroda kapitalističkog vlasništva

U svim društvenim zajednicama (državama) u kojima je privatno vlasništvo dominantan oblik vlasništva, mnogi su članovi tih zajednica (građani) lišeni prava vlasništva, odnosno sredstava za zadovoljavanje svojih nužnih životnih potreba, osobito u zemljama koje su ekonomski ovisne od stranog kapitala, kao i u onima koje su nakon raspada socijalističkog vlasništva provele vlasničku tranziciju u korist malobrojnih predatora (tajkuna). U razmjeni roba (stvari), da bi pribavili elementarna sredstva za život, oni koji su lišeni prava vlasništva na sredstvima za proizvodnju i vlastitih proizvoda na tržištu nemaju što ponuditi osim svoju radnu snagu, jedinu robu koja stvara višak vrijednosti. A otuđujući svoju radnu snagu za određenu naknadu (najamninu) nužnu za njenu reprodukciju, manju nego što vrijedi rezultat rada, lišavaju se i prava na vlastite proizvode. U kapitalističkom pravnom sustavu proizvod ne pripada onome koji ga je stvorio, kome bi trebao pripadati po prirodnom

30 Sl. glasnik RS 124/08, 58/09.

31 U Nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine u čl. 17. je samo st. 1., koji se podudara sa čl. 17. st. 1. ZSP RS, ali nema stava 2. Nacrt je objavljen u Zborniku radova Sveučilišta u Mostaru i Sveučilišta u Splitu, Četvrto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog i trgovačkog prava zakonodavstva i pravne prakse, Neum 16., 17. i 18. lipnja 2006.

32 Objavljen na srpskom i njemačkom jeziku u publikaciji *Ka novom stvarnom pravu Srbije*, izdanje njemačke organizacije za tehničkom saradnju (GTZ), GmbH, Otvoreni Regionalni Fond za Jugoistočnu Evropu – pravna reforma i Republike Srbije Ministarstvo prave, Beograd, 2007.

pravu³³, nego onome koji je iznajmio tuđu radnu snagu za njegovo stvaranje (izradu, preradu). U kapitalističkoj proizvodnji proizvod je i u tehnološkom smislu otuđen od svoga tvorca, jer je rezultat rada velikog broja specijaliziranih radnika koji sudjeluju u različitim fazama njegovog stvaranja od ekstrakcije i prisvajanja materije i energije iz prirode, zatim preradom do finalizacije najsofisticiranijih proizvoda za potrošnju kao i oruđa za rad.

Kapital, ta slijepa sila kome je jedina svrha reproduciranje i oplodivanje, stvaranje profita kao uvjeta vlastitog opstanka u tržišnoj utakmici, nema granica i teži podčiniti sve elemente na planetu Zemlji, čitavu biosferu pa i samog čovjeka, njegovu radnu snagu, njegov duhovni i moralni integritet, njegovo dostojanstvo, pretvarajući ga u svoju funkciju u proizvodnji, razmjeni i potrošnji. Nije bitno što se proizvodi, dječje igračke ili rakete s atomskom glavom, bitno je da proizvod na tržištu donosi dobit jer «tržište ima jedan i samo jedan motiv – stvaranje profita», kako kaže Peter Drucker, otac suvremenog menadžmenta.³⁴ Ne proizvodi se radi čovjeka nego radi uvećanja ili održanja glavnice kapitala eksploatacijom tuđe radne snage koja se kupuje na tržištu kao i svaka druga roba. U kapitalističkim društvenim odnosima prodati radnu snagu, imati radno mjesto, da bi se pribavila sredstva za vlastite životne potrebe i potrebe članova obitelji, danas spada među najveća individualna dostignuća. Kapitalista ne mora brinuti da će nestati robe koja će oplodivati i uvećavati njegov kapital – radna snaga mu se nudi u većoj mjeri nego što je on može zaposliti. Borba za radno mjesto, koje je nedostižno velikom broju naših suvremenika i kod nas i širom svijeta, osobito u najsiromašnijim regijama našeg planeta, sve se više zaoštrava s velikim društvenim reperkusijama i u najbogatijima dijelovima svijeta u kojima se, također povećava stopa nezaposlenosti i produbljuju razlike između malog broja bogatih i sve većeg broja siromašnih.

3. Ukidanje privatnog vlasništva i uspostavljanje socijalističkog vlasništva u svijetu

Razvoj tehnologije u 19. i 20. stoljeću uvjetovao je koncentraciju i centralizaciju kapitala i produbio sukob između rada i kapitala, radnika i kapitalista, odnosno između radničke i kapitalističke klase. U mnogim dijelovima svijeta radna snaga je danas tako jeftina da se njenim iznajmljivanjem ne mogu zadovoljiti ni minimalne biološke potrebe čovjeka, odnosno njegove obitelji. Vlasnik kapitala se ne mora brinuti čak ni da kroz najamninu osigura reprodukciju radne snage. Za to se pobrinula priroda: u tim regijama veća je stopa nataliteta od stope mortaliteta unatoč visokoj

33 Budući da «svaki čovek ima svojinu nad svojom vlastitom ličnošću», kako kaže Locke «Možemo reći da su rad njegovog tela i delo njegovih ruku s pravom njegovi» (Locke, J., *Dve rasprave o vladi* (prijevod s engleskog Kosta Čavoski i Nazifa Savčić), NIP Mladost, Beograd, 1978., Knj. I., str. 24.).

34 Drucker, P., *Upravljanje u budućem društvu* (prijevod s engleskog Mira Armour), M.E.P. Consult, Zagreb, 2006. (prvo izdanje knjige na engleskom objavljeno je 2002.).

stopi umiranja djece od gladi i bolesti. Desetine milijuna dječaka i djevojčica do 14. godine života obavlja teške i ponižavajuće poslove kako bi preživjeli. Preko milijarde ljudi u svijetu živi u teškom siromaštvu ispod granice egzistencijalnog minimuma. Eksploatacija radne snage u prošlosti je dovodila do velikih klasnih sukoba koji su kulminirali sve većim radničkim pokretima i masovnim pobunama poprimajući revolucionarni karakter osobito od polovice i u drugoj polovici 19. stoljeća (1848. i 1870.) u Europi kao i tijekom 20. stoljeća u Aziji i u nekim afričkim zemljama. Širom svijeta su bile osujećene militarističkim, fašističkim ili nacističkim diktaturama koje su bile poražene u Drugom svjetskom ratu ili nakon Drugog svjetskog rata u drugoj polovici 20. stoljeća u demokratskim procesima (bez nasilja), ali time nisu ukinuti svi totalitarni sustavi u svijetu.

Godine 1917., izbila je Oktobarska revolucija u Rusiji koja se ubrzo proširila na čitavo rusko carstvo (na "jednu šestinu zemaljske kugle"). "Preskačući" povijesnu smjenu preživjelih oblika vlasništva³⁵, ova je revolucija silom (administrativno) ukidala pravo vlasništva na sredstvima za proizvodnju i na veleposjedu kako bi iskorijenila "eksploataciju čovjeka po čovjeku"³⁶, uspostavljajući totalitarnog sustava.

Promjene društvenog i gospodarskog ustrojstva po sovjetskom modelu uspostavljene su uglavnom administrativno, odnosno silom oružja pobjedničke Crvene armije u Istočnoj Europi nakon sloma fašizma u Drugom svjetskom ratu, u drugoj polovici četrdesetih godina.

Silom ukinuti oblik privatnog vlasništva, prije nego što se povijesno iscrpio, u golemoj agrarnoj zemlji (najprostranijoj na kugli zemaljskoj) na početku industrijalizacije s tradicionalnom društvenom organizacijom, zamijenio je oktroirani oblik državnog vlasništva i novi društveni poredak. Tako je mnogobrojne kapitaliste i veleposjednike zamijenio jedan jedini vlasnik – svemoćna država s velikim represivnim aparatom.³⁷ Poljoprivredno stanovništvo silom je kolektivizirano, a zemlja nacionalizirana. Silom uspostavljeni društveni, ekonomski i pravni poredak koji je uz velika ograničenja široke potrošnje (životnog standarda) polučio relativno brz privredni napredak (od drvenog rala u carskoj Rusiji do svemirskih letjelica u SSSR-u), neprekidno je generirao društvene napetosti i povećavao državnu represiju. Početkom tridesetih godina 20. stoljeća provedena je nasilna kolektivizacija sela – kolhozi i sovhozi. Istovremeno su se prisilno otkupljivali poljoprivredni proizvodi po niskim administrativnim cijenama, radi snabdijevanja gradskog stanovništva i izvoza,

35 Nasuprot tomu, Francuska revolucija (1789.) ukinula je preživjele feudalne oblike vlasništva i Građanskim zakonom (Code civil) iz 1804. afirmirala privatno vlasništvo koje se stoljećima spontano razvijalo s razvojem trgovine i manufakture, osobito nakon otkrića Amerike i dalekoistočnih morskih putova.

36 Gams, A., *Svojina*, Naučna knjiga, Beograd, 1988., str. 154.-206.; Ajani, G., *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale*, Università degli studi di Trento, 1993., p.p.1.-57; 183.-230.

37 Vidi, *Četrdeset godina sovjetskog prava S.v. I*, Marksističko i Lenjinističko učenje o socijalističkoj državi i pravu – Državno pravo (preveli D. Cotić i M. Jovičić), Institut za uporedno pravo, Serija H, br. 2, Beograd, 1960, iz pera sovjetskih pravika.

mobilizirala se radna snaga za potrebe državne privrede. Što je silom uspostavljeno moglo se samo silom održati. Taj je sustav sveobuhvatnim državnim planiranjem gušio slobodnu inicijativu u privredi, djelovanje tržišta, istovremeno ograničavajući građanska prava i slobode, uz goleme ljudske žrtve, osobito od kraja dvadesetih do sredine pedesetih godina 20. stoljeća (prisilni rad, koncentracijski logori, fizičke likvidacije «narodnih neprijatelja» bez suđenja ili u režiranim sudskim procesima).³⁸ Iako se sovjetski sustav postupno reformirao («perestrojka» i «glasnost»), i unatoč velikom ekonomskom napretku, ali uz velike žrtve, nije se mogao održati pa je krajem '80-ih i početkom '90 – ih godina 20. st. doživio potpuni slom.

Poslije Drugog svjetskog rata u isto tako nerazvijenim društvima s tradicionalnim društvenim i pravnim ustanovama dolazi do sličnih autohtonih revolucionarnih prevrata uz ogromne ljudske žrtve: u Kini, Sjevernom Vijetnamu, Sjevernoj Koreji, Kambodži, kao i u nekim afričkim zemljama u procesu dekolonizacije nakon Drugog svjetskog rata³⁹ itd.

4. Raspad socijalističkog i tradicionalnog kolektivnog vlasništva u svijetu

Nakon raspada «socijalističkog» sustava u Rusiji i u ostalim saveznm republikama koje su se osamostalile dezintegracijom Sovjetskog Saveza, kao i u zemljama Istočne Europe koje su bile pod sovjetskom dominacijom, otvoren je put slobodnom tržištu, privatnom poduzetništvu i privatnom vlasništvu u okolnostima globalizacije kapitalističkog gospodarstva s vrlo kompleksnim društvenim i poraznim gospodarskim i socijalnim učincima.⁴⁰ Od početka devedesetih godina prošlog stoljeća uspostavljaju se privatnovlasnički odnosi na nekretninama koje su do tada bile u kolektivnom vlasništvu. Sustav socijalističkog vlasništva postupno se raspada, a dramatično se produbljuje sukob između rada i kapitala. I u nominalno «komunističkoj» Kini koja zadnjih tridesetak godina zahvaljujući gospodarskim, a donekle i širim društvenim reformama postiže veliki tehnološki i gospodarski

38 Ovo se događalo nakon silom uspostavljenog pravnog uređenja. Međutim, i u demokratskim društvenim uređenjima se uvijek postavlja pitanje uspostavljanja optimalnog prava koje u praksi polučuje najbolje društvene učinke. Vidi Vukčević, D. K., *Problem optimalnog prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke (jubilarni 1906. – 2006.), 1-2, 2006., str. 175. – 188.

39 Blagojević, N., *Ekonomska uloga države u afričkim zemljama u knjizi: Afrika i socijalizam*, Izdavački centar Komunit, Beograd, 1976.

40 Ajani, op. cit., p. p. 230-241; ista: *Il diritto dell'economia u: Trattato di diritto comparato*, Diretto da R.Sacco, UTET, Torino, 1997., p. p. 340-359 (La privatizzazione). Ovdje se ne istražuju društvene, gospodarske i političke posljedice ove vlasničke tranzicije. S gledišta globalizacije ukazuje se, međutim, samo na prosudbu jednog kompetentnog autora, Stigliz, E. J., *Globalizacija i dvojbe koje izaziva* (prevela s engleskog Tamara Levak Potrebica), Algoritam, Zagreb, 2004., poglavlje 5. *Tko je izgubio Rusiju?*, str. 155. – 202.; Greespan, A., *Doba financijske nestabilnosti*, str.133.-137. i 301.-308.

napredak⁴¹ koji bi je po optimističnim prognozama za dva desetljeća mogao dovesti na prvo mjesto u svjetskom gospodarstvu, ali uz dramatično raslojavanje⁴² te najveće društvene zajednice na Zemlji s nesagledivim socijalnim posljedicama. Na tom putu je i Indija, druga po broju stanovnika na našem planetu, u kojoj su se dugo zadržali tradicionalni oblici kolektivnog vlasništva. U posljednje vrijeme bilježe tehnološki i gospodarski napredak i druga tradicionalna društva, npr. u Pakistanu, Vijetnamu, Indoneziji. Velik gospodarski napredak postižu Brazil i Južnoafrička Republika. Zadnjih desetljeća 20. stoljeća dostigli su veliki tehnološki i gospodarski napredak «azijski tigrovi», Južna Koreja, Tajvan, Singapur, Hong Kong. Ovaj «progres» izaziva, razumije se, značajne vlasničke transformacije i duboke promjene u strukturama tih društava,⁴³ ali i povremene ekonomske krize širokih razmjera.⁴⁴

5. Uspostavljanje i raspad društvenog vlasništva u FNRJ/SFRJ

5.1. Uspostavljanje društvenog vlasništva u FNRJ/SFRJ

U Jugoslaviji je nakon Drugog svjetskog rata (1945.–1948.), unatoč načelnom jamstvu privatnog vlasništva⁴⁵ provedena radikalna “eksproprijacija eksproprijatora”⁴⁶ i kolektivizacija sela (koja je kulminirala 1948.-1951.). Kako bi se uspostavio poredak socijalne pravde, ali s jakim represivnim državnim aparatom, koji je provodio odluke najviših organa svemoćne centralizirane države, odnosno najvišeg rukovodstva (politbira) monolitne Komunističke partije Jugoslavije.⁴⁷

41 Greespan, A., *Doba financijske nestabilnosti* (prijevod Dominick Varga A., i Obraz, A.), Poslovni dnevnik Masmmedia, Zagreb, 2008., str. 227.-289.

42 Drucker, P., *Upravljanje u budućem društvu*, M.E.P. Consult, Zagreb, 2006. (prijevod Mira Armour), str. 121. – 122.; Greespan, A., *Doba financijske nestabilnosti*, str. 226-227.

43 Drucker, op. cit., str. 117.-120.

44 Stiglic, op. cit., *Kriza u Istočnoj Aziji* (poglavlje 4.), str. 109.-153., gdje se razmatra slom tajlandskog bahta (2. srpnja 1997.) – «početak najveće gospodarske krize od Velike depresije» koja se proširila iz Azije u Rusiju i Južnu Ameriku «i ugrozila čitav svijet» (str. 109.).

45 «Zajamčuje se privatno vlasništvo i privatna poduzimljivost u privredi» (čl. 18. st. 1. Ustava FNRJ od 31. siječnja 1946.). Ali, «Sredstva za proizvodnju u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji jesu ili općenarodna imovina tj. imovina u rukama države ili imovina narodnih zadružnih organizacija ili imovina privatnih fizičkih i pravnih osoba» (čl. 14. st. 1.). Upravo ovaj redoslijed ilustrira položaj i značaj tri privredna sektora: državnog, zadružnog i privatnog. «Sva rudna i druga blaga u utrobi zemlje, vode uključujući i mineralne i ljekovite, izvori prirodne snage, sredstva željezničkog i zračnog saobraćaja, pošta, telegraf, telefon i radio jesu općenarodna imovina» (čl. 14. st. 2.). «Sredstva za proizvodnju u rukama države iskorišćuje država sama ili ih daje drugome na iskorišćavanje» (čl. 14. st. 3.). «Vanjska trgovina je u rukama države» (čl. 14. st. 4.).

46 Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008, str. 133. – 238. (Stjecanje društvenog vlasništva prisilnim prijenosom iz privatnog vlasništva).

47 Kidrič, B., *O karakteru naše privrede*, *Komunist*, 1946., br. 1., str. 31.-44.

Jugoslavenski «put u socijalizam» imao je dvije osobitosti. Prva, novi je poredak uspostavila Komunistička partija Jugoslavije koja se oslanjala na tekovine narodnooslobodilačkog rata protiv fašističkih sila i njihovih domaćih suradnika koje su bile poražene u Drugom svjetskom ratu i na početni entuzijazam širokih slojeva stanovništva (radnici, siromašni seljaci i dobar dio inteligencije) koji su očekivali ostvarenje ideala društva socijalne pravde. Druga, nakon političkog i ideološkog sukoba sa sovjetskom Komunističkom partijom i njenim satelitima (1948.), godine 1950. inaugurirano je radničko samoupravljanje u privredi⁴⁸ koje se 1953. postupno proširilo na ostale sfere društvenog života. Istovremeno su reorganizirane seljačke radne zadruge⁴⁹ u dobrovoljne zemljoradničke zadruge⁵⁰.

Ustavni Zakon iz 1953. godine⁵¹ propisivao je: «Društvena svojina na sredstvima za proizvodnju, samoupravljanje proizvođača u privredi i samoupravljanje radnog naroda u općini, gradu i srezu jesu osnova društvenog i političkog uređenja zemlje» (čl. 4. st. 1.).

Prema Ustavu SFRJ od 7. travnja 1963. godine⁵²: «Sredstva za proizvodnju i druga sredstva rada, kao i rudna i druga prirodna bogatstva, društvena su svojina» (čl. 8. st. 1.). Raspolaganje pojedinim sredstvima za proizvodnju i drugim stvarima u društvenoj svojini i druga prava na sredstva i stvari određuju se zakonom i u skladu s njihovom prirodom i namjenom (čl. 8. st. 2.). Iscrpno je uređen sustav samoupravljanja «radnih ljudi i građana» (čl. 6., 9.) i u radnoj organizaciji II, 9, 90, A/XXV, kao i samoupravljanje građana u općini 4, 34, 71, 73.

Prijelom k sustavu neposrednog samoupravljanja i prisvajanja proizvoda društvenog rada na temelju samog rada čine Ustavni amandmani (XXI – XXIII) iz 1971.⁵³ Ovaj je sustav zaokružen Ustavom SFRJ od 21. veljače 1974.⁵⁴ i iscrpno uređen Zakonom o udružnom radu⁵⁵ krajem 1976.

«Neposredno samoupravljanje» sintagma je koja izražava načela da između «radnog čovjeka» i «sredstava rada» nema posrednika, da se rezultati rada prisvajaju na temelju rada, a ne po bilo kojoj vlasničkopravnoj osnovi na sredstvima za proizvodnju i da tim sredstvima upravljaju i raspolažu udruženi radnici na osnovi rada.

U Uvodnim načelima Ustava SFRJ iz 1974. godine zapisano je:

48 Gams, Svojina, str. 224.

49 Vidi Uredbu o imovinskim odnosima i reorganizaciji seljačkih radnih zadruga, Sl. list FNRJ 14/53, potvrđene Odlukom Narodne skupštine FNRJ Sl. list FNRJ 23/53.

50 Imovina zadruge je društveno vlasništvo (čl. 11. Uredbe o zemljoradničkim zadrugama, Sl. list FNRJ 5/54).

51 Ustavni Zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja Federativne Narodne Republike Jugoslavije i saveznih organa vlasti od 13. siječnja 1953., Sl. list FNRJ 3/53, ispr. 4/53.

52 Sl. list SFRJ 14/63.

53 Ustavni amandmani XX – LI na Ustav SFRJ koje je usvojila Savezna skupština (sva vijeća) 30. lipnja 1971. kao i Odluku o proglašenju Ustavnog zakona za sprovođenje Ustavnih amandmana, Sl. list SFRJ 29/71.

54 Odluka o proglašenju Ustava SFRJ objavljena u Sl. listu SFRJ 9/74.

55 Sl. list SFRJ 53/76, pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ 11/88.

«Polazeći od toga da nitko nema pravo vlasništva na društvenim sredstvima za proizvodnju, nitko, ni društvenopolitička zajednica, ni organizacija udružnog rada, ni grupa građana, ni pojedinac – ne može ni po kojoj pravnovlasničkoj osnovi prisvajati proizvod društvenog rada, ni upravljati i raspolagati društvenim sredstvima za proizvodnju i rad, ni samovoljno određivati uvjete raspodjele» (t. III., st. 4.). «Rad jedini je temelj prisvajanja proizvoda društvenog rada i upravljanja društvenim sredstvima» (t. III. st. 5.).

S razvojem samoupravljanja ublažavala se državna represija u društvenoj sferi, ali je ostala ona ideološka. Formalno preoblikovana Komunistička partija u Savez komunista (na VI Kongresu, 1952.) bila je kohezijska snaga društvene zajednice koja se unatoč autoritarnom političkom vrhu (politbiro) postupno kretala k nacionalnoj dezintegraciji te višenacionalne državne zajednice (eufemistički “Federacija federira”)⁵⁶ pa su i unutar Saveza komunista jačali procesi dezintegracije koji su utjecali na dezintegraciju državne zajednice (1968.–1971.). Uslijed toga je unatoč sloma «hrvatskog proljeća» (1971.), toliko ojačan položaj federalnih jedinica, da je Ustavom SFRJ od 21. veljače 1974. uspostavljena “labava” Federacija koja je sve više “federirala” prema konfederaciji. Čitavo je društvo zahvatila duboka kriza krajem 1970-ih godina⁵⁷ koja se završila društvenom i državnom dezintegracijom, raspadom ekonomskog i pravnog sustava početkom 90-ih godina prošlog stoljeća u okolnostima raspada ekonomskih i društvenih sustava istočnoeuropskih socijalističkih zemalja i državne dezintegracije SSSR-a.

5.2. Raspad društvenog vlasništva i dezintegracija SFRJ

U razdoblju fantastičnog tehnološkog napretka (informatičke revolucije) u razvijenom svijetu i sveopće ekonomske globalizacije, jugoslavenski model društvenog vlasništva i tzv. dogovorne ekonomije, koji se nije mogao strukturalno modificirati⁵⁸, u skladu sa zahtjevima tržišnog gospodarstva, nije izdržao konkurenciju s privatnim slobodnim poduzetništvom na svjetskom tržištu. Ni samoupravni jednopartijski sustav nije se mogao održati u nadmetanju s višestranačkim demokratskim sustavima visokorazvijenih zemalja. Osmatrajući u širem okviru, socijalistički pravni sustavi u SSSR- u, istočnoj Europi i Jugoslaviji nisu bili u stanju pratiti suvremeni tehnološki razvoj, a ni artikulirati tehnološko – strukturalne promjene i riješiti duboku strukturalnu krizu društva. Zbog toga, a i zbog drugih razloga (pretežno ideoloških i političkih)

56 Dosjetka Vladimira Bakarića, bliskog Titovog suradnika, koji je bio glavni politički i državni dužnosnik u Hrvatskoj od 1944. do svoje smrti (1981.).

57 Horvat, B., Dinamični ekonomski razvoj, Europski centar za mir i razvoj Univerziteta za mir Ujedinjenih nacija, Beograd, 2007., str. 19.

58 Bajt, A., Samoupravni oblik društvene svojine, Globus, Zagreb, 1988.; str. 199. i dalje; Dragičević, A., Kritika političke ekonomije, Zagreb, 1990., str. 714.-719., Dragičević, A., Suton socijalizma. Kraj masovnog društva, Augusta Cesarec, Zagreb, 1989.

društvo je zapalo u duboku krizu, ekonomsku, političku, pravnu i moralnu.⁵⁹ U tim okolnostima vodeća politička organizacija, Savez komunista Jugoslavije, traži izlaz u reformi društva poglavito u ekonomskoj sferi. Savezna skupština usvaja Ustavne amandmane (1988.⁶⁰) kojima se otvara prostor slobodnoj inicijativi u privrednom poduzetništvu kroz utakmicu različitih oblika društvenog, državnog, privatnog, zadružnog i mješovitog vlasništva na sredstvima za proizvodnju (kapitalu)⁶¹. Ustavnim amandmanima na Ustav SRH određeno je da se oblici vlasništva ustanovljavaju zakonom, da su ravnopravni i da imaju jednaku zaštitu. Pretvorba društvenog vlasništva u privatno i druge oblike vlasništva (državnog, zadružnog itd.) obavlja se uz uvjete i na način propisan zakonom (amandman LXVII. t. 1. i 4.)⁶². Međutim u vrijeme raspada socijalističkog sustava u SSSR-u i zemljama istočne Europe te državne dezintegracije SSSR-a, pod pritiskom masovnih pokreta za nacionalnu neovisnost, kasnije i oružanih sukoba u Sloveniji i rata u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini, raspada se i jugoslavenska državna zajednica zajedno sa sustavom društvenog vlasništva i samoupravljanja.⁶³ U tim okolnostima osamostaljuje se Republika Hrvatska koja je proglasila svoj Ustav 22. prosinca 1990., proglašavajući raskid državnopravnih veza sa SFRJ dana 25. lipnja 1991.⁶⁴ (nakon referenduma od 19. svibnja 1991.), što je po isteku tromjesečnog moratorijuma uspostavljenog 7. srpnja 1991., po zahtjevima međunarodnih sila, sprovela 8. listopada 1991.⁶⁵, ⁶⁶ Time je bila iscrpljena prijelazna odredba Ustava prema kojoj Republika Hrvatska ostaje u sastavu SFRJ do novog sporazuma jugoslavenskih republika ili dok Sabor Republike Hrvatske ne odluči drukčije (čl. 140. st. 1.). Nakon raskida državnopravnih veza sa SFRJ slijedilo je međunarodno priznanje Republike Hrvatske.

Socijalistički društveni poredak (ekonomski, politički i pravni) koji je bio uspostavljen u nezrelim društvenim uvjetima, pretežno ideološko-političkim

59 Šire, Berend, I., *Centralna i istočna Evropa* (prijevod: Palčić, V.), CID, Podgorica, 2001., str. 263.-432. koji ukazuje na uzroke raspada socijalističkog sustava, kao i na uzroke ekonomskog pada u tim zemljama nakon tranzicije koja se dogodila krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina dvadesetog stoljeća. Pojam centralna i istočna Europa obuhvaća područje koje se kod nas obično naziva istočna Europa. Dragičević, A., *Suton socijalizma*, August Cesarec, Zagreb, 1989., str. 527. i dalje, dublje sagledava uzroke ovog problema.

60 Ustavni amandmani IX. do XLVII. na Ustav SFRJ, Sl. list SFRJ 70/88.

61 Na temelju Ustavnog amandmana XI. donijet je Zakon o poduzećima, Sl. list SFRJ 77/88., 40/89. i 61/90. koji je preuzela Republika Hrvatska kao svoj zakon. (Zakonom o preuzimanju Zakona o poduzećima, NN 53/91.), a bio je na snazi do početka primjene Zakona o trgovačkim društvima (1. siječnja 1995.).

62 Ustavni amandmani LXIV. do LXXV. na Ustav Socijalističke Republike Hrvatske, NN 31/90. od 28. srpnja 1990.

63 Berend, op. cit., str. 339. i dalje. Vidi uvodna izlaganja, diskusiju i priloge u Zborniku SANU, *O svojini i svojinskim promjenama*, Beograd, 1997.

64 Ustavna odluka o suverenosti i samostalnosti RH NN31/91. od 25. lipnja 1991.

65 Odlukom Sabora Republike Hrvatske od 8. listopada 1991. raskidaju se državnopravne sveze na temelju kojih je zajedno s ostalim republikama i pokrajinama tvorila dosadašnju SFRJ, NN 53/91., od 8. listopada 1991.

66 Degan, V. Đ., *Hrvatska država u međunarodnoj zajednici*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2002., str. 239.- 274.

sredstvima i silom zakona, ukidanjem prava vlasništva na sredstvima za proizvodnju, a preko zakonskog maksimuma i na poljoprivrednom zemljištu, šumama i šumskom zemljištu i na zgradama i prisilnim prijenosom privatne imovine u društveno vlasništvo te oktroiranjem novih oblika socijalističkog državnog vlasništva, odnosno sustava društvenog vlasništva i samoupravljanja⁶⁷ nesposobnog da se reformira, nije se mogao održati u konkurenciji sa slobodnim poduzetništvom i privatnim vlasništvom razvijenih kapitalističkih društava u doba ekonomske i političke globalizacije svijeta uz do sada nezamisliv tehnološki napredak.⁶⁸

6. Uspostavljanje privatnog vlasništva na nekretninama

Ovaj tekst se ograničava na posljedice uspostavljanja privatnog vlasništva na stvarima koje su bile u društvenom vlasništvu. Uspostavljanje prava vlasništva na nekretninama i na građevinskom zemljištu iscrpno je obrađeno na drugom mjestu.⁶⁹

6.1. Posljedice uspostavljanja privatnog vlasništva

Ukidanje ustanove društvenog vlasništva i reintegracija isključivo ustanove privatnog vlasništva i vlasništva javnopравnih osoba u pravni sustav Republike Hrvatske uspostavljanje prava vlasništva fizičkih i pravnih osoba na svim stvarima koje su bile u društvenom vlasništvu, ako po prirodi ili po zakonu mogu biti

67 Vidi Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., Knjiga 2.

68 Bilo je zagovornika radikalnih društvenih reformi, ekonomskih, političkih i pravnih, u skladu "s objektivnim datostima Jugoslavije kao celine", "...onako kako to danas radi Kina... što bi nam moglo služiti po mnogočemu kao ugled", (Gams. Svojina, op. cit., str. 368). Drugi su isticali da se donoseći tri ustava koji su prihvaćali društvene promjene "nismo obazirali na stupanj razvoja proizvodnih snaga i na zahtjeve bržeg razvoja tehnologije, dapače konzervirali smo razvoj tehnologije" (Dragičević, A., *Suton socijalizma...* str. 556.). Isti autor ističe ako se ostane na razini druge tehnološke revolucije, u budućnosti nećemo pokrivati ni "elementarne društvene potrebe". Zato je nužan skok u treću i potom u četvrtu tehnološku revoluciju. (Dragičević, A., *Hrvatska u vrtlogu demokracije, kapitalizma i globalizacije*, predavanje u Europskom domu, održano u listopadu 2006., zatim u Savjetu Saveza udruga antifašističkih boraca i antifašista Republike Hrvatske u Zagrebu, 24. siječnja 2007.). Branko Horvat (osamdesetih godina kandidat Nobelove nagrade za ekonomske znanosti) isticao je da se Jugoslavija «nije raspala zbog ekonomskih, već političkih razloga» i da je trebalo napustiti dogovornu ekonomiju još 1970. godine kada je započeta privredna reforma (1965.) napuštena, ali se tome ispriječila degeneracija jednopartijske države koja je uvela policentrični etatizam i dogovornu ekonomiju (1972. – 1987.) što je imalo za posljedicu privrednu stagnaciju, a zatim i hiperinflaciju. Na to se nadovezuje nacionalizam u Srbiji 1987./1988., a zatim i u drugim republikama, koji je prouzrokovao državnu dezintegraciju SFRJ (Dinamičan razvoj, str. 2., 17. – 20.).

69 Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945. – 2007.)*, Knjiga 3., str. 641. – 753.; i Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945.- 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Knjiga 2., 2008., 331. – 515.

objekti prava vlasništva, proizvela⁷⁰ je ne samo takve pravne promjene koje su bitno utjecale na oblikovanje pravnog poretka, već je istovremeno proizvela vrlo krupne strukturalne društvene i ekonomske promjene s dugoročnim posljedicama, društvenim, ekonomskim i pravnim. Time se mijenja cjelokupna ekonomska i društvena struktura u Republici Hrvatskoj. O tomu se do sada raspravljalo uglavnom pragmatički, više publicistički, rjeđe znanstveno. Nije objavljeno još ni jedno sveobuhvatno sustavno znanstveno djelo o promjenama ekonomske i društvene strukture koje su prouzrokovane uspostavljanjem privatnog vlasništva i slobodnog poduzetništva u Republici Hrvatskoj, a ni u ostalim državama nastalim raspadom SFRJ.

Općenito, promatra li se vlasnički prevrat kao društveni i ekonomski proces u Republici Hrvatskoj i u drugim državama koje su nastale raspadom SFRJ, taj je prevrat posljedica sloma cjelokupne društvene strukture (i pravnog sustava) zasnovane na udruženom radu na sredstvima za proizvodnju u društvenom vlasništvu, kojim se htjelo administrativno i ideološki negirati pravo vlasništva na kome počiva cjelokupna struktura građanskog društva: gospodarska, politička, pravna i kulturna. Ekonomski slom prouzrokovao je slom sustava udruženog rada, samoupravljanja i dogovorne ekonomije, prava rada i socijalne sigurnosti, cjelokupnosti društvenog vlasništva (u ekonomskom i sociološkom smislu) s dalekosežnim učincima na sve društvene strukture.⁷¹ Otvoren je put povratka građanskom (privatnom) vlasništvu i tržišnom gospodarstvu zasnovanom na tržišnoj i poduzetničkoj slobodi na način koji je prouzročio pogubne društvene i gospodarske posljedice. Na razvalinama sustava društvenog vlasništva uspostavlja se vladavina kapitala neadekvatnim pravnim ustanovama koje su u uvjetima kada ne djeluje pravna država (vladavina prava) omogućile sveopću pljačku stvorenog i prirodnog bogatstva.

Nakon raspada društvenog vlasništva (tobože svačijeg i ničijeg), narodnog bogatstva stvorenog teškim radom milijuna neimara tadašnjih i ranijih pokoljenja i privatizacije društvenog kapitala s pretvorbom prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u privatno vlasništvo u Republici Hrvatskoj kao i u ostalim državama nastalim dezintegracijom SFRJ, omogućeno je beskrupulozno bogaćenje pojedinaca prisvajanjem «ničijeg» dobra. Odnosno mukotrpnih rezultata tuđega rada milijuna osiromašenih građana, često bez ulaganja radi stvaranja novih vrijednosti na štetu onih koji su stvorili društveno bogatstvo sada privatizirano u vlasništvu malobrojnog društvenog sloja. Posljedica tog procesa je stagnacija gospodarskog razvoja, nezaposlenost, siromaštvo i prezaduženost države, užih zajednica i privrednih subjekata kao i građana, kriminal i korupcija koja razjeda cjelokupno društvo. Troši se više nego što se proizvodi zaduživanjem kod stranih banaka (domaćih nema) da bi se kupovao strani proizvod čime se guši domaća proizvodnja i povećava broj nezaposlenih.

70 Simonetti, P., op. cit., Knjiga 3.

71 Sistematsko istraživanje uzroka ovog sloma predmet je drugih znanstvenih disciplina, prvenstveno sociologije i političke ekonomije.

Na drugom se mjestu istražuje konstituiranje društvenog vlasništva i prava na nekretninama u društvenom vlasništvu te uspostavljanje prava vlasništva na tim nekretninama nakon raspada sustava društvenog vlasništva i samoupravljanja.⁷²

Prema suvremenim pravnim sustavima kontinentalne Europe, gdje spada hrvatski pravni sustav, kao i pravni sustavi ostalih država nastalih raspadom SFRJ, zemljište je objekt prava vlasništva: fizičkih, građanskopravnih i javnopravnih osoba: države, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave itd., javnih ustanova i javnih poduzeća, osim onih površina koje su po namjeni ili po zakonu isključene iz vlasničkopravnog režima (opće dobro i po pravilu javno dobro u općoj uporabi)⁷³. Ove površine nisu ničije zato što ne pripadaju i ne mogu pripadati određenoj osobi, kao njeno isključivo pravo, već su podvrgnute javnopravnom režimu. Njima upravlja Republika Hrvatska preko svojih tijela, ustanova i javnih poduzeća ili jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave: općine, gradovi, županije. Prirodni izvori uključujući i zemljište ekonomski ovisnih zemalja plijen su stranog kapitala: velikih javnih korporacija i društava kapitala. Stoga se zakonom mora zabraniti otuđenje tih dobara u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava i omogućiti njihovo korištenje pomoću zakonom uređenih koncesija uz odgovarajući naknadu koja bi se propisom usmjeravala u razvoj.

6.2. Posljedice uspostavljanja privatnog vlasništva na građevinskom zemljištu

Na specifičan način izgubljeno je građevinsko zemljište koje je bilo u društvenom vlasništvu u svim gradovima i naseljima gradskog karaktera. Cjelokupno izgrađeno građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu preneseno je po samom zakonu u vlasništvo vlasnika zgrada, po pravilu bez naknade. Pravne sljednice nekadašnjih općina koje su upravljale cjelokupnim građevinskim zemljištem u gradovima i naseljima gradskog karaktera, kao i na području namijenjenom za stambenu, komunalnu i drugu kompleksnu izgradnju, izvan gradova i naselja gradskog karaktera, imaju pravo vlasništva samo na zemljište na kojem one imaju zgrade u svom vlasništvu. Tako se golem društveni kapital inkorporiran u komunalnu infrastrukturu zajedno sa zemljištem koje daje stalno rastuću rentu «preselio» u privatnu imovinu osoba koje nikad nisu bile vlasnici, a nisu dužne graditi i održavati komunalnu infrastrukturu. Zato jedinice lokalne samouprave stalno povećavaju naknade za

72 Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945. – 2007.)*, izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2009. U pripremi je izdanje za Bosnu i Hercegovinu. Obrada ove kompleksne pravne strukture podijeljena je u tri knjige. U Knjizi prvoj se raspravlja općenito o vlasništvu i o nekretninama kao objektima prava vlasništva i društvenog vlasništva; u Knjizi drugoj - o društvenom vlasništvu i prijenosu nekretnina iz privatnog u društveno vlasništvo, o pravima na nekretninama u društvenom vlasništvu, stjecanju, prijenosu i prestanku tih prava i o njihovim nositeljima kao i o pretpostavkama za iznimni prijenos nekretnina iz društvenog u privatno vlasništvo. U Knjizi trećoj obrađuje se uspostavljanje prava vlasništva na nekretninama koje su do ove vlasničke transformacije bile u društvenom vlasništvu.

73 Vidi povijesno-komparativnu studiju, Grossi, P., *Il dominio e le cose (per la storia del pensiero giuridico-moderno)*, Giuffrè, Milano, 1992.

uređenje i korištenje zemljišta da bi prikupile sredstva za proširenje, modernizaciju i održavanje komunalne infrastrukture i time, neizravno, povećavaju gradsku rentu koju prisvajaju vlasnici zemljišta bez ulaganja i rizika.

Trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, koje je pripadalo vlasniku, odnosno nositelju prava raspolaganja zgrade ili posebnih dijelova zgrade, moglo se pretvoriti u pravo građenja kao u bivšoj Demokratskoj Republici Njemačkoj.⁷⁴ Time bi bila osigurana trajna sredstva za komunalnu infrastrukturu iz stalno rastuće rente koja pripada vlasniku zemljišta, a plaća je nositelj prava građenja. U tom bi slučaju bila moguća i restitucija prava vlasništva na izgrađenom građevinskom zemljištu u postupku denacionalizacije, pa bi ovlaštenik prava na denacionalizaciju sa stjecanjem prava vlasništva na izgrađeno građevinsko zemljište bez neposrednog posjeda stekao pravo na gradsku rentu koju mu duguje vlasnik zgrade odvojene od zemljišta pravom građenja (čl. 280. i 281. st. 2. Zakona o vlasništvu...).

Većim je dijelom otuđeno stvoreno narodno bogatstvo, prodaju se svi prirodni resursi, na koje se po zakonu može uspostaviti privatno vlasništvo, uključujući i preostalo neizgrađeno građevinsko zemljište u državnom vlasništvu, vlasništvu jedinica lokalne samouprave i vlasništvu drugih javnopravnih osoba u gradovima i urbaniziranim naseljima na atraktivnom području jadranske obale i otoka i na područjima namijenjenim za sport i rekreaciju, turističku djelatnost i druge gospodarske djelatnosti u unutrašnjosti, osobito na planinskom području. Posljednji je trenutak da se ovaj pogubni proces zaustavi zakonskom zabranom otuđenja zemljišta i drugih prirodnih dobara u vlasništvu države, te jedinica lokalne samouprave i drugih javnopravnih subjekata. Budući da postoje četiri ustanove koje omogućavaju korištenje zemljišta uz plaćanje obročne naknade (rente) koja predstavlja trajni prihod od tih zajedničkih dobara: pravo građenja, koncesije, dugogodišnji zakup i pravo služnosti. Time će se smanjiti troškovi izgradnje za cijenu zemljišta i osigurati trajni izvori prihoda od periodičnih naknada za pravo građenja, koncesije, dugogodišnji zakup i pravo služnosti koja (prava) odvajaju od zemljišta zgrade i druge građevine kao i ostale naprave i uređaje komunalne infrastrukture itd.⁷⁵

Na nekretninama u društvenom vlasništvu uspostavljeno je pravo vlasništva: denacionalizacijom, pretvorbom društvenog kapitala društvenih poduzeća ili neposrednom pretvorbom na osnovi samoga zakona (*ex lege*), prelaženjem nekretnine iz društvenog vlasništva u državno vlasništva, odnosno u vlasništvo jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, te otkupom stanova kao i pretvorbom prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu (supra). O tomu

74 U novim njemačkim pokrajinama (područje bivše DR Njemačke) po Zakonu o pročišćenju stvarnih prava (Sachenrechtsbereinigungsgesetz) vlasnici zgrada, koji su imali pravo korištenja na zemljištu u narodnom vlasništvu, imali su pravo izbora: tražiti osnivanje nasljednog prava građenja (Erbbaurecht) ili kupiti zemljište po tržišnim cijenama koje su se smanjivale za 50%. Šire: Karl-Friedrich Thone, Raffale Knauber, *Beden – und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern*, Verlag Kommunikationsforum GmbH Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 1994., str. 116.-118.

75 Šire o tomu: Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 459.-545.

se iscrpno raspravlja u drugim radovima⁷⁶. U ovom radu skreće se pozornost na uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, iako je i ta tema iscrpno raspravljena u drugom radu⁷⁷ jer ova vlasnička promjena ima kobne posljedice koje su se samim zakonom mogle izbjeći, a na ovo se nedovoljno obraća pažnja u znanstvenoj i stručnoj literaturi.

6.2.1. Kritika pretvorbe prava korištenja u pravo vlasništva na građevinskom zemljištu

Kao što je naprijed navedeno, pretvorbom trajnog prava korištenja građevinskog zemljišta u pravo vlasništva (suvlasništva) vlasnika zgrada ili posebnih dijelova zgrada⁷⁸ te restitucijom neizgrađenog građevinskog zemljišta koje nije privedeno namjeni ili pretvorbom prava na tom zemljištu u pravo vlasništva trgovačkih društava konstituiranih u postupku pretvorbe društvenog kapitala društvenih poduzeća ili pretvorbom prava na neizgrađenom građevinskom zemljištu na temelju prijelaznih odredbi Zakona o vlasništvu u vlasništvo njegovih nositelja, odnosno pravnih sljednika (čl. 359., 361., 362., 363., 365.), gotovo cjelokupno građevinsko zemljište preneseno je u vlasništvo osoba koje nisu dužne izravno ulagati u komunalnu infrastrukturu. Jedinice lokalne samouprave, koje moraju osiguravati sredstva za te svrhe, vlasnice su samo onog izgrađenog građevinskog zemljišta na kojem su njihove zgrade i vrlo malih površina neizgrađenog građevinskog zemljišta. Umjesto da kupuju neizgrađeno građevinsko zemljišta, kako to čine preko sto godina jedinice lokalne samouprave od Beča do Stockholma, jedinice lokalne samouprave u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini prodaju posljednje ostatke tog neponovljivog zajedničkog dobra. A mogu ga zadržati u vlasništvu osnivanjem prava građenja uz periodičnu naknadu dok to pravo traje i tako osigurati bar dio sredstava za potrebe komunalne infrastrukture i ujedno sniziti troškove izgradnje za cijenu zemljišta. Jedinice lokalne samouprave, s druge strane, prisiljene su otkupljivati zemljište za komunalnu infrastrukturu, često po astronomskim cijenama (u urbanim središtima) kojim su raspolagale njihove prednjice (općine) i to od onih koji su na njemu stekli vlasništvo bez naknade ili uz simboličnu naknadu.⁷⁹

⁷⁶ Simonetti, P., Denacionalizacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004., Simonetti, P., Prava na nekretninama (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009., str. 461. – 753.; isti, Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), 2008., str. 331. – 503.

⁷⁷ Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., Knjiga II.

⁷⁸ Čl. 9. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN 53/91 i čl. 367.-373. Zakona o vlasništvu

⁷⁹ Sve o tomu, Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 459.-503.

6.2.2. Raspolaganje građevinskim zemljištem u državnom vlasništvu i vlasništvu jedinica lokalne samouprave

Spekulativni promet građevinskog zemljišta postao je unosni izvor prisvajanja gradske rente bez ulaganja i rizika vlasnika zemljišta (*fruges consumere nati*, kako ih naziva Karl Marx), jedno od najvećih žarišta korupcije koja potkopava cjelokupno društvo. Zato je krajnje vrijeme zakonom zabraniti otuđenje građevinskog zemljišta u vlasništvu države, njenih entiteta i jedinica lokalne samouprave. Postoje četiri pravne ustanove koje omogućavaju iskorištavanje građevinskog zemljišta bez prijenosa prava vlasništva, a osiguravaju trajni izvor prihoda vlasnika zemljišta i smanjuju troškove izgradnje za iznos cijene zemljišta (pravo građenja, koncesije, dugogodišnji zakup - za privremene zgrade i služnosti).⁸⁰

7. Ustavno jamstvo prava vlasništva kao temeljnog ljudskog prava

7.1. Općenito

Ustavi suvremenih demokratskih država jamče pravo vlasništva kao osnovno ljudsko pravo. Ovo jamstvo ima dvije komponente:

- jamstvo ustanove prava vlasništva i
- jamstvo vlasništva kao individualnog prava određene osobe, fizičke i pravne.

Ustav RH propisuje: «Jamči se pravo vlasništva» (čl. 48. st. 1.). Na to se nadovezuju ustavne odredbe iz čl. 8. st. 2.-4. i čl. 50.-52. koje predstavljaju temelj vlasničkopravnog uređenja Republike Hrvatske.

Nepovredivost prava vlasništva po Ustavu RH spada u red najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3.).

7.2. Jamstvo ustanove prava vlasništva

Svaki oblik vlasništva, kako je naprijed izloženo, izraz je društvenih procesa, koji se odvijaju po društvenoj zakonitosti neovisno od ljudske volje. Na određenom stupnju društvenog razvoja formira se odgovarajući oblik prava vlasništva. Privatno vlasništvo je društveno uslovljeno tržišnom razmjenom dobara. Tamo gdje je tržište – tamo je i privatno vlasništvo. Ono ima ta obilježja i kada pripada državi i drugoj javnopravnoj osobi (javno vlasništvo). ZV propisuje: «Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnog prava koje su nositelji prava vlasništva imaju kao vlasnici u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici, ako zakonom nije što drugo određeno» (čl. 35. st. 1.).

Negacija privatnog vlasništva u uvjetima tržišnog gospodarstva je *contradictio in adiecto*. Pokušaj ukidanja tržišta (u doba ratnog komunizma za vrijeme međunarodne

80 Ibid, str. 478.-503.

oružane intervencije u SSSR-u nakon Oktobarske revolucije 1917. do Nove ekonomske politike 1922.) kao ni ograničenje tržišta državnim privrednim planovima ili društvenim dogovorima i samoupravnim sporazumima u SFRJ nije se moglo održati. Uostalom, na stvarima u društvenom vlasništvu na temelju pravnog posla o otuđenju, vlasničkopravni subjekt (domaći ili strani) stjecao je pravo vlasništva, koje nije imao otudivatelj – društvenopravna osoba. S druge strane, pravo vlasništva se gasilo prijenosom privatnog vlasništva u društveno vlasništvo na temelju pravnog posla. Istovremeno konstituiralo osnovno pravo na stvari u društvenom vlasništvu (upravljanja, korištenja, raspolaganja) koje je pripadalo određenoj društvenopravnoj osobi. Ono se nakon derogiranja ustanove društvenog vlasništva pretvorilo u pravo vlasništva u postupku pretvorbe društvenih poduzeća ili po samom zakonu pa su društvenopravne osobe postale vlasničkopravni subjekti. Ustav jamči upravo onaj oblik prava vlasništva koji proizlazi iz tržišne ekonomske strukture, tj. privatno vlasništvo. Ustavno jamstvo ustanove prava vlasništva odnosi se ne samo da se ni zakonom ne može isključiti pravna ustanova privatnog vlasništva iz pravnog sustava, nego i da se ova ustanova u cijelosti reintegrira (vratu) u pravni sustav nakon raspada sustava društvenog vlasništva.

U suvremenoj demokratskoj državi ustanova prava vlasništva mora uspostaviti nužni sklad općih interesa unutar određene državne zajednice s individualnim ljudskim pravima. U suvremenim uvjetima ovo znači da se egoistička komponenta privatnog vlasništva, koja se toliko isticala u liberalističkim koncepcijama, kao «pogonska snaga» društvenog progresa («sveti egoizam»), mora ograničiti i da se vlasništvo mora usmjeriti prema općem dobru tj. općem (javnom) interesu.⁸¹ U protivnom stalno se produbljuje jaz između vlasnika i nevlasnika, rada i kapitala, bogatih i siromašnih i zaoštavaju društvene suprotnosti do neminovnih socijalnih sukoba koji vode revolucionarnom ukidanju prava vlasništva sa svim društvenim posljedicama koje iz toga proizlaze. Slijedeći modernu koncepciju socijalno usmjerenog prava vlasništva, Ustav RH propisuje: «Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkoga prava i njihovi korisnici dužni su doprinostiti općem dobru» (čl. 48. st. 2.). Socijalno usmjereno pravo vlasništva bitna je komponenta programa socijalne države koji se teško ostvaruje u neprekidnom sukobu s tržišnim poduzetništvom koje se opire svakom ograničenju o opterećenju prava vlasništva jer smanjuje konkurentnu sposobnost na tržištu.

Ustav u načelu jamči da se ustanova prava vlasništva neće zakonom ili bilo kojim drugim državnim aktom kvantitativno ograničiti, osim u slučaju potrebe zaštite drugih najviših vrijednosti ustavnog poretka. Ustavno jamstvo prava vlasništva, s druge strane, onemogućava prekomjerno ograničenje ovlaštenja prava vlasništva u općem interesu. Vlasnička ovlaštenja smiju se ograničavati razmjerno zaštiti drugih ljudskih vrijednosti, ali ne u tolikoj mjeri da se poništi bit prava vlasništva (u objektivnom smislu) svodeći ga na privid prava bez realnog sadržaja.

81 Nikolić, D., *Civilno društvo i civilno pravo, Liber amicorum Nikola Gavella* (Građansko pravo u razvoju), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007., str. 64-66.

7.3. Vlasništvo kao subjektivno pravo

Druga komponenta jamstvo je prava vlasništva određene osobe, kao njenog najpotpunijeg prava na određenu stvar ili drugi pravni entitet koji u određenom pravnom sustavu može biti objekat prava vlasništva (npr. prirodne sile u ljudskoj vlasti, čl. 2. st. 5. ZV-a). Suvremeni demokratski ustavi jamče da se bilo kojim aktom javne vlasti, pa ni zakonom, neće oduzimati ni ograničavati individualno pravo vlasništva, osim u slučaju kada za ovo postoji zakonom utvrđeni opći interes. Ustav RH propisuje da je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1.). Prema tomu, samo zakonom se utvrđuje interes RH za oduzimanje ili ograničenje prava vlasništva. Ali ni zakonom se ne može utvrditi naknada niža od tržišne vrijednosti oduzete nekretnine, pokretne stvari ili prava. U ovom slučaju interes Republike Hrvatske nije interes javnopravne osobe nego državne zajednice građana (javni interes). Kriterij za oduzimanje ili ograničenje prava vlasništva, dakle, postavljen je na visoku razinu općeg interesa koji se u konkretnom slučaju utvrđuje zakonom što isključuje arbitarnost javne vlasti.

7.4. Ustavno jamstvo prava vlasništva kao pravni temelj denacionalizacije i pretvorbe društvenog u privatno vlasništvo

Iz jamstva ustanove privatnog vlasništva, njene reintegracije u pravni sustav i abrogacije ustanove društvenog vlasništva i jamstva prava vlasništva kao subjektivnog prava određene osobe (fizičke ili pravne), proizlazi pravni imperativ denacionalizacije (restitucije prava vlasništva ili naknade po tržišnoj vrijednosti kada je restitucija nemoguća ili zakonom isključena). Ovo su i pretpostavke za pretvorbu društvenog vlasništva, odnosno osnovnih prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva. Budući da je abrogirana ustanova društvenog vlasništva i sve pravne osnove prisilnog prijenosa imovine iz privatnog u društveno vlasništvo, prijašnji vlasnici, odnosno njihovi pravni sljednici po ustavnom pravu (*ex iure constitutione*) stekli su pravo vraćanja (restitucije) oduzete imovine, odnosno naknade po tržišnoj vrijednosti, ako je restitucija nemoguća ili zakonom isključena. U protivnom se za njih produžavaju učinci prisilnog prijenosa njihove imovine u društveno vlasništvo, kada više nema društvenog vlasništva, pa ni osnova prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, i to u pravnom sustavu u kome Ustav jamči pravo vlasništva i njegovu nepovredivost. Zakon o naknadi,⁸² koji nije slijedio ustavno načelo povrijedio je i načelo zaštite prava vlasništva. Nakon vlasničkog prevrata u skladu s Ustavom Republike Hrvatske, neodrživa je zvanična teza zakonodavca i Ustavnog suda Republike Hrvatske⁸³ da bivši vlasnici nisu vlasnici, a i da po Ustavu RH nemaju pravo na povrat oduzete imovine, već da je to samo poželjno pravo

82 Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN 92/96, 92/99, 80/02, ispr. 81/02.

83 Odluka i rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske od 21.4.1999., NN 39/99.

koje određuje zakonodavac vodeći računa o dostignućima demokratskog sustava uzimajući u obzir i ekonomske mogućnosti države da obešteti bivše vlasnike.⁸⁴

Kako restituciju prava vlasništva kao primarni oblik denacionalizacije ograničava pretvorba društvenog vlasništva, odnosno osnovnih prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva njihovih nositelja, odnosno pravnih sljednika, logički denacionalizacija prethodi pretvorbi. Pretvorbom društvenog vlasništva, odnosno osnovnih prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva njihovih nositelja, odnosno njihovih pravnih sljednika, u Republici Hrvatskoj povrijeđeno je ustavno jamstvo privatnog vlasništva jer su bivši vlasnici, odnosno ovlaštenici prava na denacionalizaciju umjesto restitucije nekretnina koje su im bile oduzete, dobili po pravilu simboličnu naknadu u vrijednosnim papirima, tj. dionice ili udjeli u kapitalu pravnih sljednika (trgovačkih društava) često ekonomski posrnulih društvenih poduzeća. Stoga su njihovi sljednici kasnije završili u stečaju ili su jedva održavaju ne donoseći nikakvu dividendu ili dobit iz uloga ili su ti prihodi simbolični.

Ograničenje denacionalizacije ne može se pravno opravdati ograničenim financijskim mogućnostima države jer je obveza naknade za oduzetu imovinu javni dug. Po Ustavu, u podmirenju javnih troškova dužan je svatko sudjelovati «u skladu sa svojim gospodarskim mogućnostima» (čl. 51. st. 1.). Ovako su pogođeni oni bivši vlasnici čije nekretnine nisu predmet restitucije, a još više oni čije nekretnine nisu predmet ni denacionalizacije (npr. izgrađeno građevinsko zemljište). Vrlo je širok krug zakonskih nasljednika izvan prvog nasljednog reda koji su isključeni iz kruga ovlaštenika prava na denacionalizaciju.

Budući da je pravna osnova denacionalizacije Ustav, Zakon o naknadi...⁸⁵ koji je ograničio krug ovlaštenika prava na «naknadu» (denacionalizaciju) na prvi nasljedni red zakonskih nasljednika bivših vlasnika (čl. 9.) i krug predmeta denacionalizacije (čl. 15.)⁸⁶ nije u skladu s načelom ustavnog jamstva prava vlasništva i nasljeđivanja (čl. 48. st. 1. i 4 Ustava RH). Ovaj zakon nije u skladu s ustavnim načelom: «Svi su pred zakonom jednaki» (čl. 14. st. 2.), jer da nekretnine nisu prisilno prenesene u društveno vlasništvo, danas bi ih nasljeđivali zakonski nasljednici svih nasljednih

84 Šire o pojmu, prirodi i osnovi denacionalizacije, Simonetti, P., *Denacionalizacija*, izdanje Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004., str. 21. – 35., gdje se pobija suprotan pravni stav zakonodavca i Ustavnog suda RH. O osnovama i oblicima pretvorbe vidi: Simonetti, P., *Prava na nekretninama (1945. – 2007.)* izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2009.; i Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.)*, izd. Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008. Nešto potpunije se izlaže gledište da je Ustav RH, a ne zakon, osnov denacionalizacije, u raspravi, Simonetti, P., *Pravna osnova i zakonske pretpostavke denacionalizacije u Republici Hrvatskoj*, u: *Spomenica akademika Rajka Kuzmanovića, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2006.*, str. 524. – 538.

85 Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN 92/96, 92/99, 80/02, ispr. 81/02

86 Šire, Simonetti, P., *Denacionalizacija*, str. 119.-180. (ovlaštenici prava na denacionalizaciju) i 181.-200. (predmet denacionalizacije), te 295.-313. (oduzeta imovina koja nije predmet denacionalizacije).

redova po pravilima nasljednog prava.⁸⁷

U duhu Ustava, koji jamči pravo vlasništva i nasljeđivanja, u objektivnom i subjektivnom smislu, prijašnji vlasnici i njihovi vlasnici svih nasljednih redova (onako kako dolaze na red po pravilima nasljednog prava) imaju pravo na denacionalizaciju svih dobara koja su im silom zakona bila oduzeta i prenesena u društveno vlasništvo.

Ako se ograničimo na nekretnine postojeće na dan zabrane prijenosa...⁸⁸ (14.12.1990.), a ne na dan donošenja Zakona o naknadi (11.10.1996.)⁸⁹, što je bilo jedino logično rješenje, moguća su samo dva ograničenja restitucije prava vlasništva:

- zaštita do tada stečenih prava trećih osoba i
- interes Republike Hrvatske, utvrđen Zakonom, uključujući i nekretnine koje su po namjeni opće ili javno dobro.

Tradicionalna ustanova zaštite stečenih prava ozakonjena je i Zakonom o vlasništvu...⁹⁰ (čl. 389.).

Ako se u interesu Republike Hrvatske može zakonom ograničiti ili oduzeti vlasništvo uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1. Ustava RH), zakonom su se mogle odrediti i pretpostavke za isključenje restitucije određenih dobara (pokretnih i nepokretnih stvari) u interesu Republike Hrvatske. U ovom slučaju, kao i u slučaju kada stečena prava isključuju restituciju, ovlaštenik prava na denacionalizaciju imao bi pravo na naknadu tržišne vrijednosti oduzete nekretnine prema stanju u kojem je ta nekretnina bila na dan prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo, a po tržišnoj vrijednosti na dan određivanja naknade kada je restitucija isključenja u postupku denacionalizacije, ako nagodbom između ovlaštenika prava na denacionalizaciju i «obveznika vraćanja» nije određeno što drugo u skladu sa zakonom (čl. 8. Zakona o naknadi...).

Međutim, po Zakonu o naknadi..., u slučaju kada je restitucija isključena zbog zaštite stečenih prava (čl. 52.) ili iz drugih razloga (čl. 1. st. 3., te čl. 53., 54., 55. i 56. st. 4.), prijašnjem se vlasniku priznaje naknada sukladno odredbama Zakona. Mjerila za utvrđivanje naknade ne utvrđuje Zakon, pa čak ni Vlada RH, nego nadležni ministar (čl. 63.).⁹¹

Prijašnjem vlasniku (ovlašteniku prava na denacionalizaciju) ne vraćaju se nekretnina (neizgrađeno građevinsko zemljište, poslovni prostori, i sl.), koje su u skladu sa Zakonom unesene u društveni kapital poduzeća, već im umjesto prava

87 Čl. 10. – 29. Zakona o nasljeđivanju, pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ 42/65, 44/65, 47/65 i NN 47/78, odnosno čl. 9. – 19. Zakona o nasljeđivanju NN 48/03, 165/03.

88 Zakon o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba, NN 53/90, 61/91 i 25/93, stupio na snagu 14.12.1990., danom objavljivanja u «Narodnim novinama» (čl. 7.).

89 Zakon o naknadi, međutim, propisuje da se njegove odredbe ne odnose na imovinu «koja na dan donošenja Zakona ne postoji» (čl. 7.) kao da nije bilo Zakona o zabrani prijenosa...

90 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09.

91 Šire o tomu, Simonetti, P., Denacionalizacija, str. 208.-294.

vlasništva «pripada pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društva u čiji kapital je u postupku pretvorbe unesena ta imovina» (čl. 53. st. 1.). Samo u slučaju kad ostvarenje prava na naknadu nije moguće na gornji način zbog stečenih prava trećih osoba, prijašnji vlasnik «ostvaruje pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društava iz portfelja Hrvatskog fonda za privatizaciju, na način propisan Zakonom o pretvorbi društvenih poduzeća u obveznicama Republike Hrvatske» (čl. 53. st. 2.).

Dionice ili udjeli trgovačkih društava konstituiranih u postupku pretvorbe, najčešće propalih društvenih poduzeća, po pravilu su obezvrijeđene. Ostale su vrijedne nekretnine, posebno površine građevinskog zemljišta, čija vrijednost stalno raste bez ikakvih ulaganja i rizika novih vlasnika zemljišta.

8. Privatno vlasništvo, poduzetnička i tržišna sloboda

Privatno vlasništvo bitna je komponenta poduzetničke i tržišne slobode, a poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1. Ustava RH). Budući da se na tržištu razmjenjuju ekvivalentne vrijednosti i vlasnici tih vrijednosti su u pravnom odnosu jednakopravni. Postoji, međutim, faktična nejednakost u tržišnoj utakmici između ekonomski moćnih i ekonomski slabijih koja ugrožava i pravnu jednakost preko mjere koju dopušta suvremeno slobodno tržište. Zato, država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu. Zabranjeni su monopoli (čl. 49. st. 2.). Slobodna utakmica (konkurencija) bitna je pretpostavka tržišnog gospodarstva, poduzetničke i tržišne slobode.

Iz prednjeg izlaganja proizlazi da se i tržišne slobode i vlasnička prava moraju ograničiti kada dođu u sukob s bitnim vrijednostima za čovjeka ili njegovu užu ili širu zajednicu. Po Ustavu RH, poduzetničke slobode i vlasnička prava mogu se iznimno ograničiti zakonom samo radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (čl. 50. st. 2.).

9. Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku

Dobra od interesa za Republiku Hrvatsku «imaju njezinu osobitu zaštitu». Ova dobra određuje Ustav bez obzira u čijem su vlasništvu. U krug dobara koja su po samom Ustavu od interesa za RH spadaju: more, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva. Zakonom se može odrediti da su i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobito kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja od interesa za Republiku Hrvatsku i da «imaju njenu osobitu zaštitu» (čl. 52. Ustava RH). Ne samo nekretnine, nego i «pokretna dobra od osobitog kulturnog, povijesnog... značenja». Prema tome, zaštitu RH kao dobra od općeg interesa imaju more u državnim granicama kao i u morskim pojasevima (vanjski morski pojas, gospodarski pojas i epikontinentalni pojas) u kojima Republika Hrvatska ima suverena, gospodarska i

druga prava⁹². Morska obala i otoci, kao cjeline su dobra od interesa za RH, jednako kao i druga Ustavom određena dobra u granicama njenog suvereniteta i dobra određena zakonom u skladu s Ustavom.

10. Ustavna zaštita jamstva ustanove prava vlasništva

Nepovredivost vlasništva spada u najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3. Ustava RH). Nepovredivost ustanove vlasništva od mogućih zahvata javne vlasti bilo zakonom ili drugim aktom, ostvaruje se pred Ustavnim sudom RH u postupku ocjene ustavnosti zakona, odnosno ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata.

Samostalno i neovisno sudstvo kao treća vlast, u sustavu trojne podjele vlasti, na temelju Ustava i zakona štiti vlasništvo kao individualno pravo fizičke i pravne osobe protiv svakoga (*contra omnes*).

Pored toga svatko može podnijeti Ustavnom sudu ustavnu tužbu ako smatra da mu je odlukom sudbene, upravne vlasti ili drugih tijela povrijeđeno jedno od Ustavom utvrđenih prava, sloboda i prava čovjeka i građanina (čl. 28. st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske)⁹³. Među ta prava spada i pravo vlasništva (čl. 3. Ustava RH).

11. Sudska zaštita prava vlasništva kao subjektivnog prava

Zaštita prava vlasništva koje pripada određenoj osobi (fizičkoj ili pravnoj) ostvaruje se pred neovisnim sudom po pravilima građanskog prava u građanskom sudskom postupku, iznimno u upravnom sporu pred upravnim sudom. Pod određenim zakonskim pretpostavkama ova zaštita se ostvaruje i pred Ustavnim sudom.

12. Zaštita prava vlasništva pred Europskim sudom za ljudska prava

Jamstvo stečenog prava vlasništva u širem smislu, daje i čl. 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁹⁴ Prema čl. 1. Prvog protokola «Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva (imovinskih prava). Nitko se ne smije lišiti svojega vlasništva (imovinskih prava), osim u javnom interesu, i to uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima

92 Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, str. 642. – 681.

93 Šire, Crnić, J., *Ustavnosudska zaštita prava vlasništva*, Godišnjak 5, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse, Organizator, Zagreb, 1998; isti u: *Ustavna tužba* (doktorska disertacija), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1999., str. 362. – 432.

94 Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda donijeta je u Rimu 1950., a Prvi protokol... u Parizu 1952. Oba dokumenta su integrirana u ustavni poredak Republike Hrvatske (NN - MU 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99 – ispr.).

međunarodnog prava».⁹⁵ Ove odredbe «ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni».

Kada su iscrpljena sva propisana pravna sredstva pred domaćim pravnim tijelima, pravni subjekti (fizičke i pravne osobe) mogu tražiti zaštitu ljudskih prava, među koje spada i pravo na mirno uživanje imovine, pa prema tomu i pravo vlasništva, u postupku pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu⁹⁶. Prema standardu proporcionalnosti koji je izgrađen u praksi toga suda «svako miješanje u pravo vlasništva mora (se) opravdati ravnotežom između prava pojedinca i općeg interesa kojeg država nastoji postići spornim mjerama».⁹⁷

95 Gomien, D., Pravo na imovinu po Europskoj konvenciji o ljudskim pravima, u: Zbornik radova s međunarodne konferencije – Pravne posljedice raspada SFRJ u području imovinskog prava, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 1998., str. 77. – 84.

96 Vidi: Gavella, N., Jamstvo vlasništva iz čl. 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u: Gavella i dr., Europsko privatno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu 2002., str. 43.-78.; Lazić, M., Zaštita imovine prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Pravni život, 10/2005.

97 Citat iz Crnić – Grotić, V., Zaštita vlasništva u međunarodnom pravu, ZPFR, vol 22., br. 1. (2001), str. 361.; Kovačević Kuštrumović, R. i Lazić, M., op. cit.

Summary

PROPERTY AND ITS TRANSFORMATION, GUARANTY AND PROTECTION UNDER THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF CROATIA

The property is a social product. It does not exist and has never existed an organised social community without a certain form of property: i.e. collective or individual property. The form of property depends on social processes which are in progress regardless of human will. Therefore, any intentional attempt to establish a certain form of property by abolishing the existing and historically not exhausted form of property is short dated. The form of property established using force can be preserved only with a force and state repression restricting the human rights and fundamental freedoms in varying degrees. The statement has been proven by history of socialist state property including its self-management form in Yugoslavia. In economic formation of market economy and free enterprise the basic form of ownership is a private property. This form of property has an extremely egoistic nature, and therefore, has to be limited by law to reconcile individual and social interests. Acceptance of the private property over objects previously in public property after the breakdown of socialist society it was a social inevitability. Protecting the right of property and its inviolability, the Constitution, which abrogated the socialist public property, was a legal basis for denationalisation exercised by restitution of ownership right or by adequate compensation if the restitution cannot be performed. By legal (voluntary) transformation of the right to use a built-up land into the property right of a building owner, in most cases without compensation, instead into the equivalent right to build which legally divides a land and a building and imposes the obligation over the owner of the building to periodically pay a rent to the land owner, the restitution of the right of ownership has been precluded as well as the adequate compensation for nationalised land to former owners, i.e. their legal successors. Due to the fact that the private property, market and free enterprise are basis of a modern social (state) organisation, the right of ownership is protected by the Constitution as a legal institute from public legal infringement and as an individual right belonging to anyone (any owner) from infringement of everyone else. Constitutional protection of the right of ownership has promoted this right placing it among human rights and basic freedoms. The protection of the right of ownership has been given in independent court proceedings.

Key words: *property, transformation, guaranty, protection.*

Zusammenfassung

EIGENTUM UND EIGENTUMSTRANSFORMATIONEN, INSTITUTSGARANTIE UND SCHUTZ DES EIGENTUMS IN DER VERFASSUNGSORDNUNG DER REPUBLIK KROATIEN

Das Eigentum stellt ein Gesellschaftsprodukt dar. Eine organisierte Gesellschaftsgemeinschaft ohne eine Form vom Eigentum, sei es Kollektiv- oder Individualeigentum, besteht nicht und hat nie bestanden. Verschiedene Gesellschaftsprozesse, die unabhängig vom Menschenwillen geschehen, beeinflussen die eine oder die andere Form vom Eigentum, weshalb jeglicher Versuch voluntaristischer Eigentumsform nicht von Dauer sei. Eine oktroyierte Form von Eigentumsrecht kann nur zwanghaft aufrechterhalten werden, bzw. durch staatliche Repression und Beschränkung der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Letzteres bezeugt die Geschichte des Staatseigentums einschließlich seiner selbstregierender Form – des gesellschaftlichen Eigentums in der Sozialen Föderativen Republik Jugoslawien. Dagegen stellt in der ökonomischen Entwicklung der Marktwirtschaft und freier Unternehmerschaft das Privateigentum die Grundform vom Eigentum dar. Was diese Eigentumsform im Wesentlichen bezeichnet ist ihre egoistische Natur, die in den modernen Bedingungen beschränkt werden muss, um das allgemeine und individuelle Interesse in Einklang zu einander zu bringen. Aufstellung des Privateigentums auf Sachen, die früher gesellschaftliches Eigentum waren, war unerlässlich nach der Auflösung der sozialistischen Gesellschaft. Die Verfassung gewährleistet das Eigentumsrecht und Unverletzbarkeit des Eigentums indem es das sozialistische gesellschaftliche Eigentum aufhebt, wobei sich die Gesetzesgrundlage für Denationalisierung durch Restitution des Eigentumsrechts oder durch angemessenen Entgelt, wenn die Restitution nicht möglich ist, ergibt. Wird das Nutzungsrecht am bebauten Grundstück, anstatt in das Baurecht – welches seinen Träger, den Gebäudeeigentümer, dazu verpflichtet, dem Grundstückseigentümer periodischen Entgelt zu zahlen - voluntaristisch in das Eigentumsrecht der Gebäudeeigentümer transformiert, und dies in der Regel unentgeltlich (ohne Miete), so haben die ehemaligen Eigentümer des nationalisierten Grundstücks jegliches Eigentumsrecht verloren, bzw. ihre rechtlichen Nachfolger wie auch Einheiten der lokalen Selbstregierung, die das Eigentumsrecht auf den mit ihren Gebäuden bebauten Flächen des Grundstücks, behalten haben. Angesichts dessen, dass Privateigentum, der Markt und die freie Unternehmerschaft zu Grunde jeder modernen Gesellschaftsorganisation liegen, gewährleistet die Verfassung das Privateigentum als ein Rechtsinstitut frei von öffentlich-rechtlichen Eingriffen, und das jeweilige Eigentum (einer Person als Eigentümers), frei von jeden Eingriffen. Der Schutz des Eigentumsrechts gehört zu Menschenrechten und Grundfreiheiten und wird vor einem unabhängigen Gericht verwirklicht.

Schlüsselwörter: *Eigentum, Transformation, Institutsgarantie, Schutz.*

KOORDINATORI ZA ZAŠTITU NA RADU KOD INVESTITORA, GLAVNOG PROJEKTANTA I POSLODAVCA

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.45
Ur.: 22. listopada 2009.
Pr.: 21. siječnja 2010.

Sažetak

Zakon o zaštiti na radu, u odredbama članaka 55.-58. u posebnoj glavi 10. uređuje pitanja i odnose pod naslovom (nazivom) „Privremena i zajednička radilišta“. Prateći svrhu Zakona na „uvođenju mjera za poticanje unapređivanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu, sprječavanje ozljeda na radu, profesionalnih bolesti, drugih bolesti u svezi s radom te zaštita radnog okoliša“, u navedenim odredbama stvorena je obveza poslodavcima „koji obavljaju građevinske ili montažne radove, na iskorištavanju šuma ili radove u brodogradilištima, dužni su prije početka radova na privremenim radilištu urediti radilište i osigurati da se radovi obavljaju u skladu s pravilima zaštite na radu.“ (čl. 55.).

Ako poslove obavljaju dva ili više izvođača, odnosno dva investitora moraju imati koordinate za zaštitu na radu u fazi izvođenja radova. Koordinator ima Zakonom određene zadaće. Za koordinate za zaštitu na radu se mogu imenovati osobe koje ispunjavaju uvjete propisane posebnim propisima ministra nadležnog za rad. U ovom radu komentiraju se odredbe propisa o tome.

Ključne riječi: *povremena i zajednička privremena radilišta, koordinator za zaštitu na radu, uvjeti, stručna znanja.*

1. Uvod

Pravilnikom o uvjetima i stručnim znanjima za imenovanje koordinatora za zaštitu na radu te polaganju stručnog ispita,¹ kojega je donio Ministar gospodarstva, rada i poduzetništva „propisuju se uvjeti stručne spreme i radnog iskustva za polaganje stručnog ispita, te program, sadržaj i način polaganja stručnog ispita za koordinatora za zaštitu na radu“, (u nastavku: Pravilnik). Ovlast (nadležnost) za donošenje Pravilnika nalazi se u odredbama čl. 57.a st. 3. i čl. 93. st. 9. Zakona o zaštiti na radu (u nastavku: ZZR).²

Zaštita na radu sastavni je dio organizacije i procesa rada i proizvodnje. To se odnosi i na „minimalne sigurnosne i zdravstvene uvjete za privremena i pokretna radilišta“. Navedeno je uređeno Pravilnikom o zaštiti na radu na privremenim ili pokretnim gradilištima, kojega je donio nadležni ministar.³

Navedene podzakonske (provedbene) propise treba analizirati s dva aspekta: primarno, s aspekta zaštite na radu, i drugo, prema propisima o gradnji i dr. „posebnim propisima“. To određuju brojni pojmovi, kategorije, instituti i pravni odnosi među subjektima investicija i građenja.

Korišteni su i drugi pojmovi: plan izvođenja radova, prijava gradilišta, imenovanje koordinatora, poštivanje načela zaštite na radu u fazi izrade projekta i fazi izvođenja radova (kao obveza investitora i izvođača); obveze izvođača i drugih osoba na gradilištu, obavještanja, savjetovanja i sudjelovanja radnika itd.

Prema odredbama čl. 183. Zakona o prostornom uređenju i gradnji „ako u građenju sudjeluju dva ili više izvođača, investitor određuje glavnog izvođača koji je odgovoran za međusobno usklađivanje radova i koji imenuje glavnog inženjera gradilišta koji je odgovoran „za cjelovitost i međusobnu usklađenost radova, za međusobnu usklađenost ... te koordinira primjenu propisa kojima se uređuje sigurnost i zdravlje radnika tijekom izvođenja radova“.⁴

Pravilnik o zaštiti na radu na privremenim ili pokretnim gradilištima usklađen je i s Direktivnom 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim i pokretnim radilištima.⁵ Taj se Pravilnik ne odnosi na jednostavne građevine („određene posebnim propisima“) u dijelu imenovanja koordinatora.

1 Pravilnik o uvjetima i stručnim znanjima za imenovanje koordinatora za zaštitu na radu te polaganju stručnog ispita, NN 101/09, od 21.08.2009.

2 Zakon o zaštiti na radu, NN 59/96, 94/96, 114/03, 100/04, 86/08, 116/08 i 75/09.

3 Ministar gospodarstva, rada i poduzetništva, pozivom na ovlasti iz odredbe čl. 12. st. 1. Zakona o zaštiti na radu, donio je Pravilnik, NN 51/08. Primjenjuje se od 13. svibnja 2009.

4 Zakon o prostornom uređenju i gradnji, NN 76/07.

5 Council Directive 92/57/EEC of 24 June 1992 on the implementation of minimum safety and health requirements at temporary of mobile construction sites (eight individual directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC (OJL 245, 26.8.1992. st. 0006-0022).

2. Direktiva 92/57/EEZ o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim i pokretnim radilištima

Direktiva 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim i pokretnim radilištima osma je pojedinačna direktiva u smislu čl. 16 Direktive 89/391/EEZ, s kojom je djelomično usklađeno zakonodavstvo zaštite na radu u Republici Hrvatskoj. Prema navedenoj odredbi, Vijeće treba po prijedlogu Komisije (temeljem čl. 118.a Ugovora o osnivanju), prihvatiti pojedine direktive, na područjima navedenim u dodatku Direktive 89/391/EEZ, a naročito za radna mjesta, radnu opremu, osobna zaštitna sredstva, rad sa zaslonima, rukovanje teškim teretima koje izaziva povredu leđa, povremena i pokretna radilišta (radna mjesta), ribarstvo i poljoprivreda. Zbog toga odredbe Direktive 92/57/EEZ od 24 lipnja 1992. treba tumačiti zajedno s odredbama Direktive 89/391/EEZ.

Zakon o zaštiti na radu sada ima cjelovite odredbe u čl. 57. i uređuje obveze “više poslodavaca koji rade na zajedničkom radilištu”, a napose u zaštiti “svojih”, ali i radnika drugih poslodavaca; sporazumno organiziranje rada, osobe odgovorne za koordinaciju zaštite na gradilištu i evidencije.⁶ No, treba imati u vidu i druge odredbe Zakona o zaštiti na radu, a posebno odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu (u nastavku: ZID ZZR).

Direktiva Vijeća 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. o zadovoljavanju minimalnih i zdravstvenih uvjeta na privremenim ili pokretnim gradilištima, donesena je pozivom na nekoliko izvora (viza propisa, pravni temelj), pa se može govoriti o stupnjevitom (stupanjskom) pozivanju na izvore. Prvo je Ugovor o osnivanju EEZ, a posebno njegov čl. 118.a, slijedi prijedlog Komisije, koji je podnesen “u dogovoru sa Savjetodavnim odborom za zaštitu sigurnosti, higijene i zdravlja na radu“. Vijeće EZ donijelo je Direktivu u suradnji s Europskim parlamentom, uz to “imajući na umu mišljenje Odbora za gospodarska i socijalna pitanja”.

Članak 118. a Ugovora o osnivanju EEZ, određuje da se direktivama moraju usvojiti minimalni uvjeti za poticanje u radnom okolišu u cilju višeg stupnja zaštite sigurnosti i zdravlja radnika, a da se time ne nametnu administrativna, financijska i pravna ograničenja “koja bi priječila stvaranje (osnivanje, organiziranje) i razvijanje malih i srednjih poduzeća“.

U uvodu Direktive ističe se da “privremena i pokretna gradilišta čine područje rada na kojem su radnici izloženi posebno visokoj razini rizika”, te da su “nezadovoljavajuća arhitektonska ili organizacijska rješenja, ili loše planiranje radova tijekom pripreme projekta” uzrokom “u više od polovice nesreća na radu do kojih dolazi na gradilištima zajednice”.

Činjenica je da u nacionalnom zakonodavstvu država članica, postoji propisana obveza da su izvođači ili investitori dužni prije početka radova (određenih karakteristika) prijaviti početak radova nadležnim tijelima uprave. Cilj je poboljšavati koordinaciju između različitih strana vezanih uz pripremu projekata, a isto tako i

6 Zakon o zaštiti na radu, cit.

uz radove u cjelini, jer je veliki broj nesreća na radu uzrokovan neodgovarajućom koordinacijom, a “naročito tamo gdje različita poduzeća rade istovremeno ili nastavno (susljedno) na istom privremenom ili pokretnom gradilištu”.

Koordinacija se odnosi na subjekte u projektiranju, a posebne na subjekte koji izvode radove, a zahtjev je poštivanje minimalnih uvjeta u sigurnosti i zdravlju radnika na privremenim ili pokretnim gradilištima.⁷

2.1. Predmet Direktive

Predmet Direktive 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. čine detaljne odredbe (preciznije pa i strožije) naslonjene na Direktivu 89/391/EEZ koja se primjenjuje na cjelokupno područje sigurnosnih i zdravstvenih uvjeta koji moraju biti zadovoljeni na privremenim ili pokretnim gradilištima. “Ova se Direktiva ne odnosi na bušenje i vađenje minerala u rudnicima i kamenolomima u smislu čl. 1. (2) Odluke Vijeća 74/326/EEZ od 27. lipnja 1974. o proširenju odgovornosti Povjerenstva za pitanja sigurnosti i zdravlja u rudnicima na sve djelatnosti za vađenje minerala” (čl. 1. st. 2.).

Za razumijevanje minimalnih sigurnosnih i zdravstvenih uvjeta, koji moraju biti zadovoljeni na privremenim ili pokretnim gradilištima, u Direktivi se daju brojne definicije. “Privremeno ili pokretno gradilište” je bilo koje gradilište na kojem se izvode građevinski radovi u niskogradnji ili visokogradnji (iskopavanje, zemljani radovi, izgradnja, montaža i demontaža montažnih elemenata, preinaka ili podešavanje, izmjene, obnova, popravci, demontiranje, rušenje, održavanje u dobrom stanju, održavanje (bojenje i čišćenje), drenaža.⁸ “Klijent” (investitor i izvođač) je bilo koja fizička ili pravna osoba za koju se projekt izvodi. “Nadzornik radova” je bilo koja fizička ili pravna osoba koja je odgovorna za projektiranje i/ili izvođenje i/ili nadzor izvođenja projekta, a koja djeluje u ime klijenta (investitora). “Koordinator za pitanja sigurnosti i zdravlja” u pripremnoj fazi projekta “je bilo koja fizička ili pravna osoba kojoj je klijent i/ili nadzornik projekta, za vrijeme pripreme izrade projekta, povjerio obavljanje dužnosti” (koje određuje Direktiva). U Direktivi se javlja definicija osobe “čija profesionalna djelatnost doprinosi završetku projekta”.

U čl. 3. Direktiva uređuje obveze investitora i nadzornika projekta koje se odnose na postavljanje (imenovanje, određivanje) “jednog ili više koordinatora za

⁷ Pored drugih, bitne su Direktiva Vijeća 89/655/EEZ od 30. studenog 1989. u vezi s minimalnim sigurnosnim i zdravstvenim uvjetima u pogledu radne opreme koju radnici koriste na radu (druga pojedinačna direktiva) i Direktiva Vijeća 89/656/EEZ od studenog 1989. o minimalnim zdravstvenim i sigurnosnim uvjetima u pogledu osobne zaštitne opreme koju radnici koriste na radnom mjestu (treća pojedinačna direktiva).

Direktiva Vijeća 89/106/EEZ od 21. prosinca 1988. predmet koje je prilagodba zakona, propisa i administrativnih odredaba država članica u vezi s građevnim proizvodima. Direktiva Vijeća 89/440/EEZ od 18. lipnja 1989. sadržajem koje se mijenja Direktiva 71/305/EEZ koja se odnosi na koordinaciju postupaka pri dobivanju ugovora za javne radove.

⁸ Dodatak I Direktive 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992.

pitanje sigurnosti i zdravlja”. Koordinator se imenuje za bilo koje gradilište na kojem je prisutno više od jednog izvođača (poduzetnika)”. Ovdje su moguća odstupanja, ako država to dopusti “nakon konzultiranja s upravom i radnicima”. Taj tripartitni socijalni dogovor isključen je “tamo gdje radovi o kojima je riječ uključuju posebne rizike...”.

U Dodatku II Direktive, utvrđen je “kratki popis radova koji uključuju posebne rizike za sigurnost i zdravlje radnika...”: radovi koji radnike dovode u opasnost od zatrpavanja pod odronima zemlje, utapljanja u močvarama ili pada s visina gdje je rizik naročito povećan zbog prirode posla ili korištenih postupaka ili od okoliša na mjestu radova ili gradilištu; radovi koji ugrožavaju radnike zbog kemijskih ili bioloških tvari koje predstavljaju naročitu opasnost po sigurnost i zdravlje ili podliježu zakonskim uvjetima u pogledu praćenja zdravlja, radovi s ionizirajućim zračenjem koji zahtijevaju označavanje kontroliranih ili nadziranih područja prema posebnoj direktivi Euroton; radovi u blizini visokonaponskih dalekovoda; radovi pri kojima se radnici izlažu opasnosti od utapljanja, radovi na bunarima, zemljani radovi ispod površine i radovi u tunelima, radovi koji izvode vozači sa sustavom dovoda zraka, radovi koji izvode radnici u kesonima s komprimiranim zrakom, radovi koji uključuju upotrebu eksploziva, radovi koji uključuju montažu ili demontažu teških montažnih dijelova. Svuda gdje se javljaju poslovi s posebnim rizicima nema “sporazuma” već je imenovanje jednog ili više koordinatora, po samoj Direktivi obvezno.

Druga obveza investitora (klijenta) ili nadzornika projekta odnosi se na izradu plana zaštite sigurnosti i zdravlja i to “prije otvaranja gradilišta (čl. 3. st.2. Direktive). Za vrijeme pripreme faze koordinator(i) “sastavljaju ili daju sastaviti plan sigurnosti i zdravlja koji predviđa (određuje, postavlja) pravila primjenljiva za dotično gradilište uzimajući u obzir, tamo gdje je to potrebno, industrijske aktivnosti koje se odvijaju na gradilištu, a uključuju i mjere (posebne mjere) koje se odnose na radove koji ulaze u jednu ili više kategorija “posebnih rizika” (čl. 3. st.2. Dodatak II Direktivi i čl. 5 st.1. (b)).

Treća obveza investitora ili izvođača (klijenta) ili nadzornika projekta odnosi se na dostavljanje prethodne obavijesti nadležnim organima prije početka radova (čl. 3. st.3.). Ta se obveza odnosi na slučaj da se radi o gradilištima “na kojima je predviđeno da radovi traju dulje od 30 radnih dana i na kojim je istovremeno zaposleno više od 20 radnika, ili na kojima je predviđeno da opseg radova premaši 500 osoba – dana”. Prethodna obavijest propisuje sljedeći sadržaj: datum slanja; točnu adresu gradilišta; ime(na) i adresa(e) klijen(a)ta (investitora i izvođača); tip projekta; ime(na) i adresa(e) nadzornika projekta; ime(na) i adresa(e) koordinatora za sigurnost i zdravlje u pripremljenoj fazi projekta te u fazi izvođenja projekta; planirani datum za početak radova na gradilištu; planirano trajanje radova na gradilištu; procjenu maksimalnog broja radnika na gradilištu; planirani broj građevinskih poduzetnika i privatnika (izvođača i kooperanata (podizvođača) na gradilištu); pojedinosti o građevinskim poduzetnicima (izvođačima) koji su već izabrani.⁹

9 Dodatak III Direktive 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. i čl. 3. st. 3 Direktive.

Odredbama čl. 4. Direktiva daje obveze nadzornom inženjeru (nadzorniku projekta) ili "gdje je prikladno" investitoru i izvođaču (klijentu) voditi računa o općim načelima prevencije u vezi sa sigurnošću i zdravljem navedenim u Direktivi 89/391/EEZ, za vrijeme različitih faza projektiranja i pripreme projekta "a posebno: kad se odlučuje o arhitektonskim, tehničkim i/ili organizacijskim aspektima planiranja različitih dijelova ili faza rada koji će se izvoditi istovremeno ili susljedno (nastavno), te kad se procjenjuje razdoblje potrebno za donošenje takvih radova ili faza rada. Pri tomu uzima u obzir "sve planove sigurnosti i zdravlja" i odgovarajuću dokumentaciju "koja odgovara osobinama projekta i koja sadrži relevantne informacije o zaštiti sigurnosti i zdravlja što ih treba uzeti u obzir za vrijeme bilo kakvih narednih radova" (čl. 4. st. 2., čl. 6. st.1. (c)), ali i preinaka plana (čl. 6. (c) Direktive).

Direktiva propisuje posebne obveze koordinatora u fazi izvođenja radova (članak 6.). Koordinator za pitanje zaštite sigurnosti i zdravlja koordiniraju primjenu općih načela prevencije i sigurnosti kada se odlučuje o tehničkim i/ili organizacijskim aspektima planiranja različitih dijelova ili faza rada, koji će se izvoditi istovremeno ili susljedno (nastavno), te kada se procjenjuje razdoblje potrebno za dovršenje takvih radova ili faza rada. Druga obveza koordinatora je primjena propisa i načela te zahtijevanje od izvođača (poslodavca) pridržavati se plana zaštite sigurnosti i zdravlja na određenom gradilištu.

Koordinatori pripremaju i potiču primjenu "bilo kakve potrebne preinake plana zaštite sigurnosti i zdravlja i dokumentacije za određeno gradilište... kako bi se vodilo računa o napredovanju radova i svim promjenama koje se događaju". Koordinator organiziraju suradnju svih izvođača na određenom gradilištu i "koordiniraju njihove djelatnosti radi zaštite radnika i sprječavanja nesreća i ugrožavanje zdravlja na radu, sa zahtjevom za uzajamno informiranje svih. Nadalje, koordinatori usklađuju mehanizme kako bi provjerili pravilnu primjenu radnih postupaka te poduzimaju mjere "kako bi se osiguralo da pristup na gradilište imaju samo ovlaštene osobe".

Bez obzira na imenovanje koordinatora za obavljanje dužnosti u zaštiti na radu, prema ovoj Direktivi, to ne oslobađa investitora izvođača i nadzornog inženjera od odgovornosti, koje u tom smislu imaju, niti to utječe na načelo odgovornosti poslodavca kako je određeno 89/391/EEZ (čl. 7. Direktive).

Kako je već navedeno Direktiva 89/391/EEZ o poticanju unaprjeđivanja sigurnosti zdravlja radnika na radu temeljna je direktiva u oblasti zaštite na radu, na koju se naslanjaju druge. Tako je u članku 8. Direktive 95/57/EEZ taj odnos uređen pozivom na čl. 6. Direktive 89/391/EEZ, kojim su uređene "osnovne obveze

poslodavaca”.¹⁰

Mjere, koje se odnose na sigurnost, higijenu i zdravlje na radu ne trebaju ni u kom slučaju financijski opterećivati radnike.¹¹ “Kada dva ili više poslodavaca obavljaju poslove istovremeno na jednom radilištu dužni su surađivati u primjeni odredaba ovoga Zakona”, (a to određuje i čl. 6. st. 4. Direktive u primjeni sigurnosnih, zdravstvenih i odredaba o higijeni rada, vodeći računa o naravi djelatnosti...). Stvorene su obveze poslodavcima gdje njih više “dijele prostor” za usklađivanje rada glede zaštite i preventivnih mjera te obavještavaju jedan drugoga i svoje odgovorne radnike o tim opasnostima.”¹²

To se posebno odnosi na: održavanje gradilišta u redu i zadovoljavajućeg stanja čistoće; izbor lokacija za radne punktove imajući na umu kako se pristupa tim punktovima i određujući smjerove kretanja ili površine za prolaz i kretanje ili za opremu; uvjete u kojima se rukuje različitim materijalima, tehničko održavanje i provjera opreme i instalacija, posebno rukovanje opasnim materijalima i/ili tvarima; odlaganje i uklanjanje otpada i šute, pojedinih radnji kao i sveukupna suradnja s trećim osobama i s drugima u blizini mjesta gradilišta (čl. 8. Direktive) 92/57/EEZ od 24.06.1992.).

Poslodavci su dužni radi očuvanja sigurnosti i zdravlja na gradilištu “uzeti u obzir upute koordinatora za pitanja sigurnosti i zdravlja” te “mjere koje su u skladu s minimalnim uvjetima istovremenim u Dodatku IV Direktive”.¹³

Obveze propisane Direktivom primjenjuju se gdje je god to potrebno zbog osobina gradilišta, aktivnosti, okolnosti ili opasnosti.¹⁴

Opći minimalni uvjeti za radne punktove na gradilištu odnose se na: stabilnost i čvrstoću; instalacije za distribuciju energije; smjerove kretanja i izlaza u slučaju opasnosti (prema Direktivi 77/576/EEZ); otkrivanje i suzbijanje požara; ventilaciju; izloženost posebnim rizicima, temperaturu, prirodnu i umjetnu rasvjetu radnih punktova, prostorija i prolaza na gradilištu, vrata i rampe, prolaze – područja

10 Prema čl. 6. Direktive 89/391/EEZ osnovne su obveze poslodavca: poduzimanje mjera nužnih za zaštitu sigurnosti i zaštite zdravlja radnika ali i prilagođavati te mjere “vodeći računa o promjeni okolnosti i težnji poboljšanja postojećeg stanja”. Utvrđuju se ova načela: izbjegavanje opasnosti, procjene opasnosti koje se ne mogu izbjeći, suzbijanje opasnosti na njihovu izvoru, prilagođavanje rada opasnostima, prilagodba tehničkom napretku, zamjena opasnih bezopasnim i manje opasnim tvarima, razvijanje sveobuhvatne preventive, davanje prednosti zajedničkim mjerama zaštite pred osobnim, izbjegavanje opasnosti i štetnosti, davanje odgovarajućih uputa radnicima, provjera opasnosti, povjeravanje poslova radnicima prema utvrđenoj radnoj sposobnosti, a u primjeni nove tehnologije posavjetovati se s radnicima ili njihovim predstavnicima o posljedicama toga. Na radna mjesta s posebnim opasnostima pristup mogu imati samo posebno obučeni radnici.

11 Zakon o zaštiti na radu, čl. 16. u svezi s čl. 6. st. 5. Direktive 89/391/EEZ.

12 Zakon o zaštiti na radu, čl. 14.; Zakon o gradnji, NN 175/03 i 100/04.

13 Direktiva 92/57/EEZ od 24.06.1992. Dodatak IV označeni su “minimalni uvjeti zaštite sigurnosti i zdravlja na gradilištima” u dijelovima od A do B. U dijelu A utvrđeni su “Opći minimalni uvjeti za radne punktove na gradilištu”, a u dijelu B, “Posebni minimalni uvjeti za radne punktove na gradilištima”.

14 Pod pojmom “prostorija” Direktiva podrazumijeva i smještaj u barakama (Dodatak IV Prethodne napomene).

opasnosti; prostore za utovar i rampe, slobodu kretanja na radnom punktu; prvu pomoć, sanitarnu opremu (garderobe i ormariće, tuševe i umivaonike, nužnike i umivaonike); prostorije za odmor i/ili prostor za boravak; trudnice i dojilje, radnike s invaliditetom i druge odredbe.

Posebni minimalni uvjeti za radne punktove na gradilištima (dio B) odnose se na dvije skupine. Prvu skupinu čine "unutarnju radni punktovi na gradilištu" i elementi: stabilnost i čvrstoća, vrata za slučaj opasnosti, ventilacija, temperatura, prirodna i umjetna rasvjeta, podovi, zidovi, stropovi i krovovi prostorija, prozori i svjetlarnici, vrata i ulazi, prometnice, posebne mjere za pokretne stepenice i pomične trake za pješake, dimenzije prostorija i količina zraka u prostoriji.

U dijelu druge skupine ("Odjeljak II") utvrđeni su minimalni uvjeti za vanjske radne punktove na gradilištu: stabilnost i čvrstoća, instalacije za distribuciju energije; atmosferski utjecaj, predmeti koji padaju, padovi s visine, skele i ljestve, oprema za dizanje, vozila i strojevi za iskopavanje i rukovanje materijalima, instalacije, strojevi, oprema, iskopi, bunari, podzemni radovi, tuneli i zemljani radovi, rušenje, metalne ili betonske konstrukcije, oplate i teški montažni dijelovi, zagati i kesoni.¹⁵

Radnici moraju biti informirani o svim mjerama koje se poduzimaju u vezi sa zaštitom njihove sigurnosti i zdravlja na gradilištu. Obavijesti moraju biti razumljive radnicima i/ili njihovim predstavnicima na koje se odnose" (čl. 11. Direktive). To ne smije biti u suprotnosti s odredbama čl. 10. Direktive 89/391/EEZ.¹⁶

U čl. 12. Direktive utvrđuje se da će se savjetovanje s radnicima i njihovo sudjelovanje odvijati "u skladu s člankom 11. Direktive 89/391/EEZ... uz osiguranje, gdje god je to potrebno, primjerene suradnje između radnika i/ili njihovih predstavnika u poduzećima koja izvode radove na tom mjestu, uz poštivanje stupnja rizika i veličine gradilišta".¹⁷

U čl. 13. Direktive uređena su pitanja izmjene i dopune Dodataka I, II i III. Izmjene usvaja Vijeće po postupku propisanom člankom 118.a Ugovora o osnivanju. Vijeće će po propisanom postupku predložiti izmjene i dopune Direktive, ako po usvajanju direktiva to zahtjeva tehničko usklađivanje i normizacija s obzirom na privremena ili pokretna gradilišta i/ili ako dođe do promjene tehničkog napretka i promjena u međunarodnim propisima ili uvjetima (ili zvanju) s područja privremenih ili pokretnih gradilišta.¹⁸

Direktiva 92/57/EEZ sastavljena je u Luxemburgu 24. lipnja 1992. i upućena državama članicama EU, "da donesu zakone, propise i upravne mjere potrebne radi usklađivanja s ovom Direktivom najkasnije do 31. prosinca 1993.", te o ovome

15 Direktiva 89/655/EEZ

16 Čl. 10. Direktive 89/391/EEZ odnosi se na obavijesti radnicima i obveze koje u tom smislu imaju poslodavci. Takva su i rješenja u odredbama čl. 69. – 70. Zakona o zaštiti na radu.

17 Čl. 11. Direktive 89/391/EEZ odnosi se na "Savjetovanje i sudjelovanje radnika". Kada se radi o pitanjima koja se odnose na sigurnost i zdravlje na radu, u skladu s nacionalnim zakonima i praksom. Takva su i rješenja u odredbama čl. 66. – 68. Zakona o zaštiti na radu (Odbor zaštite na radu).

18 Izmjene i dopune Dodataka Direktivi (I, II, III i IV) obaviti će se "u skladu s postupkom propisanim čl. 17. Direktive 89/391/EEZ (čl. 13. Direktive 92/57/EEZ).

odmah obavijestiti komisiju EU.

Svaki objavljeni propis mora se pozvati na Direktivu i dostaviti Komisiji EU. Redovita izvješća države dostavljaju se svake četvrte godine o praktičnoj provedbi ove Direktive "ukazujući na stajališta poslodavaca i radnika".

Komisija EU obavještava i podnosi Izvještaj Europskom parlamentu, Vijeću EU, Odboru za gospodarstvena i socijalna pitanja te Savjetodavnom odboru za zaštitu sigurnosti, higijene i zdravlja na radu.

3. Pravilnik o zaštiti na radu privremenim i pokretnim gradilištima

Svaki segment tog procesa treba (i mora) sadržavati sigurnost i uvjete rada kako bi se spriječio nastajanje ozljeda na radu, profesionalnih bolesti i drugih bolesti u vezi s radom. To se odnosi i na „minimalne sigurnosne i zdravstvene uvjete za privremena i pokretna gradilišta“, što se uređuje Pravilnikom o zaštiti na radu na privremenim ili pokretnim gradilištima NN 51/08, kojega je donio ministar gospodarstva, rada i poduzetništva, pozivom na ovlasti iz odredbi čl. 12. st. 1. Zakona o zaštiti na radu NN 59/96, 94/96, 114/03 i 100/04. Pravilnik je stupio na snagu 13.05.2008., a primjenjuje se u roku od godine dana od dana njegovoga stupanja na snagu, 13. svibnja 2009.

Zakon o zaštiti na radu posebno uređuje subjekte i odnose (prava, obveze i odgovornosti) na privremenim i zajedničkim privremenim radilištima.¹⁹ Prema odredbama čl. 183. Zakona o prostornom uređenju i gradnji, „ako u građenju sudjeluju dva ili više izvođača, investitor određuje glavnog izvođača koji je odgovoran za međusobno usklađivanje radova i koji imenuje glavnog inženjera gradilišta“ koji je odgovoran „za cjelovitost i međusobnu usklađenost radova, za međusobnu usklađenost... te koordinira primjenu propisa kojima se uređuje sigurnost i zdravlje radnika tijekom izvođenja radova“.²⁰

Odredbe ovoga Pravilnika ne primjenjuju se na bušenja i iskope u rudarskoj djelatnosti, niti na jednostavne građevine („određene posebnim propisom“) u dijelu imenovanja koordinatora.²¹

Pravilnik ima sadržaj podijeljen u XII glava i V Dodataka.

3.1. Definiranje pojmova

„Građenje je izvedba građevinskih i drugih radova (pripremni zemljišni, konstruktorski, instalaterskih, završni, te ugradnja građevinskih proizvoda, postrojenja ili opreme) kojima se gradi nova građevina, rekonstruira, uklanja i održava postojeća

19 Zakon o zaštiti na radu, cit., t.10. „Privremena i zajednička privremena radilišta: čl. 55.-58.

20 Zakon o prostornom uređenju i gradnji NN 76/07

21 Pravilnik, čl. 2.

građevina“.²²

Prema Zakonu o prostornom uređenju i gradnji „gradilište“ je zemljište ili građevina, uključivo i privremeno zauzete druge površine, potrebne za izvedbu građevinskih radova ili primjenu odgovarajuće tehnologije građenja i zaštitu na kojem se gradi, rekonstruira, uklanja, odnosno izvode radovi održavanja građevine.²³ „Privremena ili pokretna gradilišta (nastavno: gradilišta) označavaju svako gradilište na kojem se izvode građevinski odnosno montažni radovi čiji je nepotpuni popis naveden u Dodatku I koji je sastavni dio ovog Pravilnika“.²⁴ „Investitor je pravna ili fizička osoba u čije se ime izvode radovi“.²⁵ Izvođač je poslodavac (pravna, odnosno fizička osoba) koji izvodi pojedine radove na gradilištu u ime investitora“.²⁶

Na gradilištu su i brojni drugi subjekti koje Pravilnik „sužava“ i definira samo kao „druge osobe na gradilištu su izvođači koji obavljaju djelatnost osobnim radom“, što je, bez obzira na „korištenje u ovom Pravilniku“ restriktivan pristup. U Direktivi 92/57/EEZ je definicija osobe „čija profesionalna djelatnost doprinosi završetku projekta (privatnik)“?

Pravilnik koristi pojam koordinator (I i II) u dvije faze: Koordinator I za zaštitu na radu u fazi izrade projekta „je svaka fizička ili pravna osoba zadužena od investitora za obavljanje poslova iz čl. 10. Pravilnika“, a koordinator II „za obavljanje poslova iz čl. 11. Pravilnika“.²⁷ Inače, Direktiva 92/57/EEZ od 24.6.1992. u dijelu „postavljanje koordinatora – Plan zaštite sigurnosti i zdravlja – Prethodna obavijest“ (čl. 3.) utvrđuje obveze investitora i nadzornika projekta“ da imenuje (odnosno odredi) „jednog ili više koordinatora za pitanje sigurnosti i zdravlja“.

22 Zakon o prostornom uređenju i gradnji, cit., čl. 2.

23 Isto. U nomotehničkom smislu može se prigovarati na nedosljednost u jezičnom izražavanju pravnih propisa, a pogotovo jer se ovdje radi o provedbenom propisu.

24 Pravilnik – cit., čl. 3. U Dodatku I „Nepotpuni popis radova“ upisani su: iskopavanja, zemljani radovi, građenje, sastavljanje i rastavljanje montažnih dijelova, preinaka ili opremanje, izmjene, obnove, popravci, uklanjanje s rastavljanjem – demontaža, rušenje, tekuće održavanje, povremeno i periodično održavanje – bojanje i čišćenje, odvodnja.

„Privremeno ili pokretno gradilište je bilo koje gradilište na kojem se izvode građevinski radovi u niskogradnji ili visokogradnji“ (iskopavanje, zemljani radovi, izgradnja, montaža i demontaža montažnih elemenata, preinaka ili podešavanje, izmjene, obnova, popravci, demontiranje, rušenje, održavanje u dobrom stanju, održavanje (bojanje i čišćenje), drenaža“ – Dodatak I Direktive 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. (cit.).

Neosporno je da je struka definirala pojedine pojmove i treba ih uvažavati. Nije uputno to prepustiti *ad hoc* ishitrenim „tumačenjima“, pogotovo ne od inspektora zaštite na radu, jer je svrha preventivna zaštita na gradilištima, na kojima odgovaraju sudionici u građenju.

25 Istu definiciju daje u čl. 178. st. 1. Zakon o prostornom uređenju i gradnji – cit.; Direktiva 92/57/EEZ, koristi pojam „klijent“ (investitor i izvođač) je bilo koja fizička ili pravna osoba za koju se projekt izvodi.

26 Prema čl. 181. Zakona o prostornom uređenju i gradnji (cit.): Izvođač je osoba koja gradi ili izvodi pojedine radove na građevini. Graditi ili izvoditi pojedine radove na građevini može osoba koja ispunjava uvjete za obavljanje djelatnosti građenja prema posebnom zakonu. Vidi i Zakon o nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti NN 98/94; Pravilnik o razvrstavanju poslovnih subjekata prema Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti 2007. – NKD 2007. NN 80/07.

27 Pravilnik – cit., čl. 3.

Koordinator se imenuje „za bilo koje gradilište na kojemu je prisutno više od jednog izvođača (poduzetnika). Moguća su i odstupanja prema nacionalnom zakonodavstvu „nakon konzultiranja s upravom i radnicima“, ako se ne radi o „radovima s posebnim rizicima“. „Mjesto rada, uključujući i radni okoliš, je svako mjesto i prostor pod neposrednim ili posrednim nadzorom poslodavca na kojem se radnici moraju nalaziti ili do kojega moraju dolaziti tijekom rada“.²⁸

U Pravilniku je u čl. 3. st. 2. napisana i ova odredba: „Pojmovi: projektant, glavni projektant, inženjer gradilišta i glavni inženjer gradilišta definirani su posebnim propisima“. U tom se smislu upućuje na Zakon o prostornom uređenju i gradnji i druge propise koji se koriste u ovom radu.

3.2. Obveze investitora

Bez obzira je li investitor („klijent“ kako kaže Direktiva 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992.) fizička ili pravna osoba, za nju se izvodi projekt i ima obveze u fazi projektiranja i u fazi građenja. Odgovornost za projektiranje je precizirana. To se, posebno odnosi na imenovanje osobe koordinatora I u fazi izrade projekta. U odredbama st. 1. čl. 4. Pravilnik propisuje: „Investitor je obavezan imenovati jednog ili više koordinatora za zaštitu na radu kada radove izvode ili je predviđena da ih izvode dva ili više izvođača“.

U „fazi izrade projekta“ investitor je dužan poštivati načela zaštite na radu, propisana Zakonom o zaštiti na radu. Prema čl. 7. Zakona o zaštiti na radu, sustav pravila zaštite na radu su i „pravila pri projektiranju i izradi sredstava rada“. Riječ je o osnovnim pravilima zaštite na radu, a njih su dužni primjenjivati i „kada dva ili više poslodavaca obavljaju poslove istovremeno na jednom gradilištu“. U „opća načela“ spadaju: izbjegavanje opasnosti i štetnosti, procjena opasnosti i štetnosti, sprječavanje opasnosti i štetnosti na njihovom izvoru, zamjena opasnog neopasnim ili manje opasnim, davanje prednosti skupnim mjerama zaštite nad pojedinačnim, odgovarajuće osposobljavanje i obavješćivanje radnika, planiranje zaštite na radu s ciljem međusobnog povezivanja tehnike, ustroj rada, ljudski odnosi i utjecaj okoliša na radno mjesto, prilagođavanja tehničkom napretku, prilagodba rada radniku, u najširem smislu.²⁹

Pravilnikom se to još preciznije uređuje „posebice kada se odlučuje o oblikovnim, tehničkim i/ili organizacijskim aspektima kako bi se nesmetano planirale različite aktivnosti ili faze rada koje se trebaju izvoditi istovremeno ili u slijedu; kao i kada se procjenjuje potrebno vrijeme za dovršenje takvih radova ili faza rada uzimajući u obzir izvođenja radova te dokumentaciju koja sadrži specifičnosti projekta i koja sadrži bitne sigurnosne i zdravstvene podatke, koje je potrebno primjenjivati nakon

²⁸ Pravilnik – cit., čl. 3.

Prema čl. 6. Zakona o zaštiti na radu (cit.): „U smislu ovoga Zakona pojmovima mjesto rada i radni okoliš obuhvaćaju se sva mjesta i prostori pod neposrednim ili posrednim nadzorom poslodavca na kojima se radnici moraju nalaziti ili do kojih moraju dolaziti u tijeku rada“.

²⁹ Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 17.

gradnje u fazi uporabe“.³⁰ Na tom se temelje i dužnosti koordinatora I. (u fazi izrade projekta): koordiniranje primjene načela zaštite na radu, izrada plana izvođenja radova te izrada dokumentacije prema specifičnosti projekta.

U „fazi izvođenja radova“ investitor je dužan imenovati koordinatora (e) – II, koji je dužan: koordinirati primjenu načela zaštite na radu: kod donošenja odluka o tehničkim i/ili organizacijskim mjerama tijekom planiranja pojedinih faza rada i kod određivanja rokova, koji su potrebni za sigurno dovršenje pojedinih faza rada, koji su potrebni za sigurno dovršenje pojedinih faza rada, koji se izvode istovremeno ili u slijedu; koordinatori izvođenja odgovarajućih postupaka i izrade „potrebnih usklađenja plana izvođenja radova i dokumentacije sa svim promjenama na gradilištu“, organiziranje suradnje i uzajamnog izvješćivanja, provjeravanja provode li se radni postupci na siguran način i usklađivanje propisanih aktivnosti, te organizirati „da na gradilište imaju pristup samo osobe koje su na njemu zaposlene i osobe koje imaju dozvolu ulaska na gradilište“.³¹

Riječ je o velikom broju operativnih poslova, a osobito kada uključuju „posebne rizike za sigurnost i zdravlje radnika“ („posebno opasni radovi“).³²

U Dodatku II Direktive 92/57/EEZ od 24.6.1992. utvrđen je „kratki popis radova koji uključuju posebne rizike za sigurnost i zdravlje radnika“.³³

Imajući u vidu navedene radove i odnose, propisani su posebni uvjeti koje mora ispunjavati osoba koju investitor imenuje za koordinatora I i II. Koordinator I „mora imati najmanje završen stručni studij tehničkog smjera (arhitekture, građevinarstva, elektrotehnike i strojarstva) sa stečenim nazivom prvostupnik (baccalaures) inženjer, položen stručni ispit propisan posebnim propisom te položen stručni ispit za koordinatora zaštite na radu. Pravilnik omogućava i alternativna rješenja: ako pravna osoba obavlja poslove koordinatora I ili te poslove obavlja projektant ili glavni projektant, tada radnik pravne osobe, odnosno projektant mora ispuniti uvjete predviđene za koordinatora I.

30 Pravilnik – cit., čl. 9. i 10.

31 Pravilnik – cit., čl. 11.

32 Pravilnik i Dodatak II „Nepotpuni popis posebno opasnih radova“.

33 To su: radovi koji radnike dovode u opasnost od zatrpanja pod odronima zemlje, utapljanja u močvarama ili pada s visine gdje je rizik posebice povećan zbog prirode posla ili korištenja postupaka ili od okoliša na mjestu radova ili gradilišta; radovi koji ugrožavaju radnike zbog kemijskih ili bioloških tvari koje predstavljaju naročito opasnost po sigurnost i zdravlje ili podliježu zakonskim uvjetima glede praćenja zdravlja, radovi s ionizirajućim zračenjem koji zahtijevaju označavanje ili nadziranih područja prema posebnoj Direktivi Euroton; radovi u blizini visoko naponskih dalekovoda; radovi pri kojima se radnici izlažu opasnosti od utapanja, radovi na bunarima, zemljani radovi ispod površine i radovi u tunelima, radovi koje izvode vozači sa sustavom dovoda zraka; radovi koje izvode radnici u kesonima s komprimiranim zrakom; radovi koji uključuju upotrebu eksploziva; radovi koji uključuju montažu ili demontažu teških montažnih dijelova.

Za sve ove radove obavezno je imenovanje jednog ili više koordinatora. Sporazum stranaka ili drukčija rješenja u nacionalnom zakonodavstvu su isključena. Bitno je da radove izvode dva ili više izvođača.

Koordinator II (za zaštitu na radu u fazi izvođenja radova) „mora imati najmanje završen stručni studij tehničkog smjera sa stečenim nazivom prvostupnik (baccalaures) inženjer, položen stručni ispit propisan posebnim propisom te stručni ispit za koordinatora zaštite na radu ili najmanje završen preddiplomski sveučilišni stručni studij smjera sigurnosti i zaštite zdravlja na radu sa stečenim akademskim nazivom sveučilišni prvostupnik (baccalaures) inženjer, položen stručni ispit stručnjaka zaštite na radu te stručni ispit koordinatora zaštite na radu“. I ovdje Pravilnik omogućava alternativna rješenja: ako pravna osoba obavlja poslove koordinatora II onda njezin radnik (koji obavlja te poslove) mora ispunjavati propisane uvjete za koordinatora II. To se odnosi i na inženjera, odnosno glavnog inženjera gradilišta.³⁴

3.2.1. Plan izvođenja radova

U odredbama Pravilnika, kojima se uređuje plan izvođenja radova, propisane su obveze poslodavcu i investitoru. Plan je poseban dokument (akt). „Plan izvođenja radova je sastavni dio projektne dokumentacije određene posebnim propisima.“³⁵

Direktiva 92/57/EEZ u odredbama čl. 4. daje obveze nadzornom inženjeru (nadzorniku projekta) ili „gdje je prikladno“ investitoru i izvođaču (klijentu) da vodi računa o općim načelima prevencije u vezi sa sigurnošću i zdravljem navedenim u Direktivi 89/391/EEZ, za vrijeme različitih faza projektiranja i pripreme projekta „a posebno kad se odlučuje o arhitektonskim, tehničkim i/ili organizacijskim aspektima planiranja različitih dijelova ili faza rada koji će se izvoditi istovremeno ili susljedno (nastavno), te kad se procjenjuje razdoblje potrebno za donošenje takvih radova ili faza rada. To mora osigurati „sve planove sigurnosti i zdravlja“ i u navedenim fazama bilo kakvih narednih radova, ali i preinaka plana „koji odgovaraju osobinama projekta.“³⁶

Obveza investitora je da „prije uspostave gradilišta... osigura izradu plana izvođenja radova“. U plan se unosi (naknadno) „svaka promjena na gradilištu koja može utjecati na sigurnost i zdravlje radnika...“³⁷ „Svaki poslodavac koji izvodi radove u trajanju duljem od pet dana dužan je izraditi svoj plan izvođenja radova i odrediti rok dovršetka radova.“³⁸ U posebnom Dodatku V uz Pravilnik propisan je sadržaj plana izvođenja radova.³⁹

34 Pravilnik – cit., čl. 5. i 6.

35 Pravilnik – cit., čl. 7. st. 4.

36 Projektant je fizička osoba – ovlašten arhitekt ili ovlašten inženjer. Glavnog projektanta određuje investitor, koji odgovara za „cjelovitost i međusobnu usklađenost projekata...ako u projektiranju sudjeluje više projekatanata...“ Projekt mora biti usklađen i s posebnim propisima – vidi odredbe čl. 190. – 208. Zakona o prostornom uređenju i gradnji (cit.).

37 Pravilnik – cit., čl. 7. st. 1., 2. i 3.

38 Pravilnik – cit., čl. 7. st. 5.

39 U Dodatku IV i V Pravilnika precizira se sadržaj i kod izrade plana izvođenja radova svaki dio se mora navesti obraditi i precizirati (unutarnja i vanjska mjesta rada na gradilištu...) – Pravilnik – cit.

3.2.2. Prijava gradilišta

Direktivom 92/57/EEZ propisana je obveza investitora ili izvođača („klijenta“ ili nadzornika projekta „na dostavljanje prethodne obavijesti nadležnim organima prije početka radova“ (čl. 3. st. 3.). Ta se obveza odnosi na slučaj da se radi o gradilištima „na kojima je predviđeno da radovi traju dulje od 30 radnih dana i na kojima je istovremeno zaposleno više od 20 radnika ili na kojima je predviđeno da opseg radova premaši 500 osoba – dana“.

Pravilnik obvezuje investitora da prijavi gradilište, kao i Direktiva. „U slučaju izvođenja posebno opasnih radova iz „Dodatka II ovog Pravilnika („posebno opasni radovi“), prijava gradilišta se mora sačiniti bez obzira na trajanje radova i broj radnika koji izvode te radove“.⁴⁰

Pravilnikom su propisane i ove obveze u vezi s prijavom gradilišta: 1) investitor dostavlja prijavu inspekciji rada „odnosno drugom nadležnom tijelu uz dostavu plana izvođenja radova...“. Rok za dostavu je 8 dana („najmanje ...prije početka izvođenja radova.“); 2) ako makar jedan izvođač izvodi „opasne radove“ dužan je tijelima i u roku iz točke 1) dostaviti prijavu gradilišta kao i ako radovi traju duže od pet dana...; 3) kopija prijave mora biti vidno izložena na gradilištu; 4) „Prijavu gradilišta dužan je investitor ažurirati u slučaju promjena koje utječu na rok dovršenja radova, kao i slučajevima uvođenja novoga izvođača radova ili privremene obustave rada.“⁴¹

3.2.3. Obveze investitora, izvođača i drugih osoba na gradilištu

Sukladno odredbama Direktive 92/57/EEZ, Pravilnik, pored već navedenih, uređuje i druge obveze subjekata koji se javljaju na privremenim i pokretnim gradilištima.

Koordinatori pripremaju i potiču primjenu „bilo kakve potrebe preinake plana zaštite sigurnosti i zdravlja i dokumentacije za određeno gradilište, kako bi se vodilo računa o napredovanju radova i svim promjenama koje se događaju“. Koordinatori organiziraju suradnju svih izvođača na određenom gradilištu i „koordiniraju njihove djelatnosti radi zaštite radnika i sprečavanja nesreća i ugrožavanje zdravlja na radu, sa zahtjevom za uzajamno informiranje svih. Koordinatori koordiniraju mehanizme kako bi provjerili pravilnu primjenu radnih postupaka te poduzimaju mjere „kako bi se osiguralo da pristup na gradilište imaju samo ovlaštene osobe“.

Bez obzira na imenovanje koordinatora za obavljanje dužnosti u zaštiti na radu, prema navedenoj Direktivi, to ne oslobađa investitora, izvođača i nadzornog inženjera od odgovornosti koje u tom smislu imaju, niti to utječe na načelo odgovornosti poslodavca kako je određeno Direktivom 89/391/EEZ. Takvu odredbu sadrži i Pravilnik u čl. 12. Investitor ne može svoje obveze („propisane ovim Pravilnikom“) prenijeti na izvođača (izvođače radova).⁴²

40 Pravilnik – cit., čl. 8. st. 2.

41 Pravilnik – cit., čl. 8.

42 Pravilnik – cit., čl. 12. st.3.

U skladu s Direktivom 89/391/EEZ Pravilnik utvrđuje „osnovne obveze poslodavca“.⁴³

Stvorene su obveze poslodavcima gdje njih više „dijele prostor da usklađuju svoj rad u pogledu zaštite i preventivnih mjera te obavještavaju jedan drugoga i svoje odgovorne radnike o tim opasnostima.“⁴⁴

Subjekti na gradilištu, a izvođač (i) posebno uvažavaju i primjenjuju Načela za održavanje primjerenog rada i zadovoljavajuće čistoće na gradilištu; izbor i izvještaj mjesta rada, uzimajući pri tome u obzir način održavanja pristupnih putova te određivanje smjerova kretanja i površina za prolaz, kretanje ili opremu; uvjete pod kojima se rukuje različitim materijalima; tehničko održavanje, prethodne i redovite preglede instalacija i opreme radi ispravljanja svih nedostataka koji mogu utjecati na sigurnost i zdravlje radnika; razmještaj i označavanje površina za skladištenje različitih materijala, posebice kada se radi o opasnim materijalima i tvarima; uvjete pod kojima se koristi i premještaju ili uklanjaju opasni materijali; skladištenje i odlaganje ili uklanjanje otpadaka i otpadnog materijala; usklađivanje vremena izvođenja različitih vrsta radova ili faza rada na temelju odvijanja poslova na gradilištu; suradnju između izvođača i drugih osoba na gradilištu; uzajamno djelovanje svih aktivnosti na mjestu na kojem se radi ili u blizini kojega se nalazi gradilište.⁴⁵

Obveze izvođača i drugih osoba na gradilištu „radi osiguranja zaštite na radu na gradilištu“ su: 1. primjena načela utvrđenih u članku 13. Pravilnika (vidi prethodnu stranicu ovog rada); 2. poduzimanje mjera koje su u skladu s minimalnim zahtjevima

43 Direktiva 89/391/EEZ: čl. 6.; Zakona o zaštiti na radu – cit.

44 Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 14

45 Pravilnik – cit., čl. 13.; Direktiva 92/57/EEZ od 24.06.1992. – cit., čl. 8.

propisanim u Dodatku IV (koji je sastavni dio ovog Pravilnika;⁴⁶ 3. uvažavanje upute glavnog inženjera gradilišta i/ili kordinatora za zaštitu na radu.⁴⁷ Obveze se primjenjuju tamo „gdje to zahtijevaju karakteristike gradilišta, aktivnosti, određene okolnosti ili opasnosti, u skladu s propisanim pravilima zaštite na radu“.⁴⁸

To uređuje i Direktiva 92/57/EEZ od 24.06.1992. u Dodatku IV.⁴⁹

3.3. Obavješćavanje radnika, savjetovanje radnika i sudjelovanje radnika

U čl. 15. Pravilnika uređeno je pitanje obavješćavanja radnika na ovaj način: izvođač je dužan na razumljiv način dati radnicima i/ili njihovim predstavnicima „sve potrebne obavijesti o zaštiti na radu na gradilištu i rizicima za sigurnost i zdravlje pri pojedinim radovima“; izvođač je dužan izvješćavati radnike i/ili njihove predstavnike „o svim mjerama, koje je poduzeo ili namjerava poduzeti u svezi s zaštitom na radu na gradilištu.“⁵⁰

46 Dodatak IV Pravilnika nosi naslov „Minimalni sigurnosni i zdravstveni zahtjevi na gradilištima (navedenim u članku 13. i 14. Pravilnika). Imaju dva dijela (Dio A i dio B). Dio A ima naslov „Opći minimalni zahtjevi za mjesta rada na gradilištu“, a odnose se na: stabilnost i čvrstoću; instalacije za distribuciju energije; evakuacijske putove i izlaze; otkrivanje gašenja požara; provjetravanje; izlaganje posebnim opasnostima; temperatura; prirodna i umjetna rasvjeta mjesta rada, prostora i prometnih putova na radilištu; vrata; prometni putovi – opasna područja; teretne platforme i rampe; omogućavanje slobodnog kretanja na mjestu rada; prva pomoć; sanitarna oprema (garderobe i garderobni ormari, tuševi i umivaonici; nužnici i umivaonici); prostor za odmor i/ili prostorije za smještaj; trudnice i dojilje; radnici s posebnim potrebama (invalidi) i ostale odredbe.

Dio B „Posebni minimalni zahtjevi za mjesta rada na gradilištu“ koja se kvalificira (iskazuje) u dva dijela („unutarnje mjesto rada i vanjsko mjesto rada) što „nije obvezno u iznimnim situacijama“. U dijelu B označen je DIO I, unutarnja mjesta rada na gradilištu i to: stabilnost i čvrstoća; nužni izlazi; provjetravanje; temperatura; prirodna i umjetna rasvjeta; podovi, zidovi, stropovi i krovovi prostorija; prozori i svjetlarnici, vrata, prometni putevi, posebne mjere za pokretne stepenice i pokretne trake; veličina prostorija i zračni prostor u prostorijama.

U „Dijelu B“ označen je „Dio II“ vanjska mjesta rada na gradilištu i to: stabilnost i čvrstoća; instalacije za distribuciju energije na gradilištu; atmosferski utjecaji; padajući predmeti; padovi s visine; skele i ljestve; oprema za dizanje i prenošenje; vozila i strojevi za iskopavanje, premještanje, izvlačenje i prijevoz materijala; instalacije, strojevi i opreme; građevinske jame, zdenci (bunari), radovi pod zemljom, tuneli i zemljani radovi; rušenje; metalni ili betonski okviri, oplate i teški montažni elementi; podvodna zvona i kesoni; rad na krovu.

47 Pravilnik – cit., čl. 14. st. 1. bod b).

48 Pravilnik – Dodatak IV Uvodne napomene – cit.

49 Direktiva 92/57/EEZ od 24.06.1992. Dodatak IV „označeni su „minimalni uvjeti zaštite sigurnosti i zdravlja na gradilištima“ u dijelovima A i B. U dijelu A utvrđeni su „opći minimalni uvjeti za radne punktove na gradilištu“, a u dijelu B, „Posebni minimalni uvjeti za radne punktove na gradilištima. Pod pojmom „prostorija“ Direktiva podrazumijeva i smještaj u barakama („Dodatak IV – prethodne napomene“)

Vidi Direktivu 89/654/EEZ o minimalnim zahtjevima za sigurnost i zdravlje na radnom mjestu, od 30.11.1989.

50 Direktiva 92/57/EEZ od 24.06.1992: cit., čl.11.; Direktiva 89/391/EEZ – cit., čl. 10. (odnosi se na obavijesti radnicima i obveza koje u tom smislu imaju poslodavci.

Odredbе čl. 31.-35. Zakona o zaštiti na radu odnose se na „obavješćavanje iz zaštite na radu“. To je obveza poslodavca, a odnosi se na: zaštitu, sigurnost i zdravlje „u svezi djelatnosti koju obavlja“, postavljanje znakova sigurnosti i znakova općih obavijesti „u skladu s odgovarajućim propisima“. „Nakon smrtne, skupne i teške ozljede na radu, utvrđenog slučaja profesionalne bolesti, kao i nalaza nadležnog tijela kojim je utvrđen nedostatak u primjeni pravila zaštite na radu, a inače svaka tri mjeseca“ poslodavac je dužan izvijestiti povjerenike radnika za zaštitu na radu i druge o poduzetim mjerama.⁵¹

Savjetovanje i sudjelovanje radnika uređeno je čl. 16. Pravilnika, koji izvođaču stvara obvezu da se savjetuje s radnicima i/ili njihovim predstavnicima o svim poslovima u vezi s zaštitom na radu na gradilištu i to „redovito u određenim rokovima“. To mora omogućiti „radnicima ili njihovim predstavnicima... ravnopravno sudjelovanje“. Povjerenici za zaštitu na radu zastupaju sve radnike. U zaštiti na radu radnička participacija se ostvaruje: obavješćavanjem, savjetovanjem, suodlučivanjem, pregovaranjem i nadzorom.⁵²

4. Uvjeti i stručna znanja za imenovanje kordinatora za zaštitu na radu

Kako je već navedeno Pravilnik uređuje (propisuje) uvjete i stručna znanja za imenovanje kordinatora za zaštitu na radu, u skladu sa Zakonom o zaštiti na radu, Zakonom o prostornom uređenju i gradnji, Zakonom o arhitektonskim i inženjerskim poslovima i djelatnostima u prostornom uređenju i gradnji, NN 152/08, direktivama EU i drugim propisima (navedenim u ovom radu).

Pojmove kordinatora za zaštitu na radu (I i II). odredili su navedeni propisi.⁵³ „Kordinator za zaštitu na radu može obavljati poslove koordinacije kod investitora, glavnog projektanta i poslodavca, kao 1. kordinator za zaštitu na radu u fazi izrade projekta – Kordinator I i 2. kordinator za zaštitu na radu u fazi izvođenja radova – Kordinator II.“⁵⁴

U čl. 3. Pravilnik propisuje uvjete stručne spreme i stručna znanja kordinatora I. On „mora imati najmanje završen stručni studij tehničkog smjera (arhitekture, građevinarstva, elektrotehnike, strojarstva i brodogradnje) sa stečenim stručnim

51 Poslodavac o tome obavješćava i radničko vijeće („o opasnostima i štetnostima po sigurnost i zdravlje te mjerama koje je poduzeo i koje će poduzeti radi unapređivanja sigurnosti i zaštiti zdravlja“ – Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 33. st. 1. i 2.

52 U čl. 17. Direktive 92/57/EEZ od 24.06.1992. utvrđuje se da će se savjetovanje s radnicima i njihovo sudjelovanje odvijati „u skladu s člankom 11. Direktive 89/391/EEZ... uz osiguranje, gdje god je to potrebno, primjerene suradnje između radnika i/ili njihovih predstavnika u poduzećima, koja izvode radove na tom mjestu, uz poštivanje stupnja rizika i veličine gradilišta“.

Vidi i Učur, Marinko, *Osnova prava i zakonodavstvo sigurnosti*, Veleučilište, Rijeka, 2005.

53 Zakon o zaštiti na radu, cit., čl. 57. i 57.a; Direktiva Vijeća 92/57/EEZ o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim i pokretnim radilištima – čl. 2. i 3.; Pravilnik o zaštiti na radu na privremenim i pokretnim gradilištima, cit., čl. 10. i 11.

54 Pravilnik – cit., čl. 2.

nazivom prvostupnik (baccalaures) inženjer, položen stručni ispit propisan posebnim propisima iz graditeljstva te položen stručni ispit za koordinatora zaštite na radu.⁵⁵

Zahtjevi su precizni i zahtjevni. Najveći broj koordinatora I (u fazi izrade projekta) radi na poslovima projektiranja (projektant, nadzorni inženjer, suradnici).⁵⁶ Koordinator I, koji je položio stručni ispit po posebnim propisima iz graditeljstva i stručni ispit po posebnom propisu iz zaštite na radu, ne mora polagati stručni ispit za koordinatora I, po ovom Pravilniku. „Koordinator I može obavljati poslove koordinatora II“.⁵⁷ Poslovi koordinatora I (u fazi izrade projekta) i poslovi koordinatora II (u fazi izvođenja radova) propisani su Zakonom i pravilnicima.⁵⁸

Pravo na polaganje stručnog ispita za koordinatora I imaju osobe koje ispunjavaju uvjete iz čl. 3. i čl. 6. Pravilnika, a za koordinatora II, ako ispunjavaju uvjete iz čl. 4. i čl. 7. Pravilnika. „Ispitni program“ za stručni ispit jedinstven je za koordinatora I i koordinatora II.⁵⁹ Kandidat prijavljuje stručni ispit ministarstvu nadležnom za rad uz dokaze da ispunjava uvjete koji su propisani ovim Pravilnikom. „Ministar nadležan za rad rješenjem odobrava polaganje stručnog ispita.“⁶⁰ Stručni ispit polaže se pred ispitnim povjerenstvom od tri člana kojega imenuje odlukom ministar nadležan za rad. Uvjeti za članove povjerenstva i predlagači članova povjerenstva utvrđeni su u čl. 12. Pravilnika.

Stručni ispit polaže se usmeno. O položenom stručnom ispitu Ministarstvo izdaje „uvjerenje“. Ministarstvo vodi Registar izdanih uvjerenja prema propisanom obrascu.⁶¹

Troškovi ispita padaju na teret kandidata ili njegovog poslodavca.⁶²

5. Dodaci pravilniku

Pravilnik ima pet (5) Dodataka. „Dodatak 1. – Sadržaj programa stručnog ispita za koordinatora za zaštitu na radu“, utvrđuje što taj Program „mora sadržavati“ (propise o zaštiti na radu i o gradnji građevina; dužnosti koordinatora za zaštitu na radu; otklanjanje i smanjivanje rizika na radu; primjenu pravila zaštite na radu u fazi pripreme projekta; primjenu pravila zaštite na radu u fazi izvođenja projekta („opći

55 Pravilnik o stručnom ispitu te upotpunjavanju i usavršavanju znanja osoba koje obavljaju poslove prostornog uređenja i graditeljstva, NN 24/08.

56 Zakon o arhitektonskim i inženjerskim poslovima i djelatnostima u prostornom uređenju i gradnji, cit., Glava III.

57 Pravilnik, cit., čl. 5.; Pravilnik o zaštiti na radu na privremenim i pokretnim gradilištima, NN 51/08, čl. 8. i 9.

58 Kao u poz. bilj. 56. i 57. ovoga rada.

59 Pravilnik, cit., čl. 8. Dodatak I

60 Pravilnik, cit., čl. 9. i 10. Kandidat mora udovoljiti pozivu ministarstva da „dostavi potrebnu dokumentaciju“ inače će se smatrati da je „odustao od polaganja ispita“. Propisano je vrijeme i način obavještanja kandidata o polaganju ispita i posljedice ne izlaska na ispit (čl. 10. st. 2. i 3.).

61 Pravilnik, cit., čl. 19. i 20. Obrazac SIK-4 je sastavni dio Pravilnika.

62 Pravilnik, cit., čl. 21. i 22.

ciljevi“, „osnovni sadržaj programa za osposobljavanje“); dužnosti koordinatora za zaštitu na radu; otklanjanje i smanjenje rizika na radu; primjenu pravila zaštite na radu ...⁶³ Dodatak 2. precizno utvrđuje „Obrazac SIK-1 zahtjev za polaganje stručnog ispita za koordinatora za zaštitu na radu“ („redni broj“, m „podatak“, „priloženi dokumenti“ i „potpis kandidata“). Dodatak 3. je obrazac SIK-2 „Zapisnik o stručnom ispitu“. Dodatak 4. SIK-3 „Uvjerenje o položenom stručnom ispitu“ i „Dodatak 5 – Tablica SIK-4“ „Registar izdanih uvjerenja“.

6. Zaključak

6.1. Sustav zaštite na Radu u Republici Hrvatskoj čine odredbe Ustava Republike Hrvatske,⁶⁴ univerzalnih vrela u toj oblasti koji su na snazi u Republici Hrvatskoj,⁶⁵ Zakon o zaštiti na radu i drugih zakona koji su doneseni za pojedine djelatnosti,⁶⁶ pa se primjenjuje kao *lex specialis* za odnose zaštite na radu, brojni provedeni propisi, priznata pravila, kolektivni ugovori i brojne odredbe autonomnih općih akata poslodavaca.⁶⁷

Taj je sustav usklađen s Direktivom EU 89/391/EEZ o uvođenju mjera za poticanje unaprjeđenja sigurnost i zdravlja radnika na radu, koja se smatra okvirnom direktivom, a sada (makar djelomično) i Direktivom 92/57/EEZ od 24.06.1992. o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim i pokretnim radilištima. To se odnosi i na niskogradnju i visokogradnju.⁶⁸ Investitor i nadzorni organ dužni su izraditi plan zaštite sigurnosti i zdravlja “prije otvaranja gradilišta”.

Direktiva obvezuje sve socijalne partnere (državu, poslodavce i radnike odnosno njihove sindikate) urediti zaštitu na radu na zajedničkim gradilištima, na kojima se zapošljava veliki broj mladih radnika, početnika i u pravilu na određeno vrijeme. Tu je i najveći broj ozljeda na radu (pad s visine, u dubinu i na istoj ravnini, uklještenja između strojeva, alata i sl.).

Zakon o zaštiti na radu treba primjenjivati u ovom dijelu zajedno sa Zakonom o prostornom uređenju i gradnji (kao posebnom zakonu) i zahtijevati od osobe odgovorne za koordinaciju zaštite na radu na gradilištu da prilikom izvođenja radova

63 „U fazi pripreme projekta“ i „u fazi izvođenja projekta“. Tu je i „Mjera za siguran rad“.

64 Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01, 55/01; čl. 48.-69.

65 Konvencije MOR-a (ILO, ITO). Republika Hrvatska je od 8. listopada 1991. stranka tih Konvencija, ako ih svojim odlukama potvrdi Vlada Republike Hrvatske (Vidi npr. NN – MU 2/94 i dr.)

66 Npr.: Zakon o gradnji, NN 175/03; Zakon o normizaciji NN 163/03 (koji se primjenjuje od 1.1.2005.); Zakon o šumama, NN 52/90 – 13/02; Zakon o rudarstvu NN 190/03 pa propisi o željeznicama, cestama, vodnom i komunalnom gospodarstvu i dr.

67 UČUR, M., *Radno pravo i pravo zaštite na radu, Rad i sigurnost*, 1999. (3. god.), br. 1., str. 37. – 59.

– Pravilnik o vrsti i objekata namijenjenih za rad kod kojih inspekcija rada sudjeluje u postupku izdavanja građevinskih dozvola i tehničkim pregledima izrađenih objekata NN 48/97.

68 UČUR, M., *Građevinska regulativa: (skripta)*, Građevinski fakultet, Rijeka, 2004., Zakon o prostornom uređenju i gradnji, NN 76/07.

osigura, provede i nadzire da se radovi na privremenom zajedničkom radilištu obavljaju na način da se ne ugrožava sigurnost i zdravlje. Naglasak je na suradnji između poslodavaca izvođača radova i primjena te sprječavanje ozljeda na radu i opasnosti za zdravlje radnika. Pored ostalog, osoba odgovorna za koordinaciju zaštite na radu na gradilištu dužna je voditi dnevnu evidenciju poslodavaca i radnika nazočnih na privremenom zajedničkom radilištu.⁶⁹ Ovaj stručan i odgovoran posao mogu obavljati samo osobe koje posjeduju potrebna stručna znanja vezana uz sigurno izvođenje radova na radilištima.⁷⁰

6.2. Kao i Direktiva 92/57/EEZ, Pravilnik obvezuje na imenovanje koordinatora za pitanje sigurnosti i zdravlja (jednog ili više) za bilo koje gradilište na kojem radi više izvođača, a pogotovo gdje su u pitanju rizični poslovi (bez obzira radi li se o visokogradnji ili niskogradnji).⁷¹

Investitor i nadzorni organ dužni su izraditi plan zaštite sigurnosti i zdravlja „prije otvaranja gradilišta“ i da o tomu obavijeste nadležni upravni organ (s točno određenim sadržajem), opet u skladu sa Zakonom o prostornom uređenju i gradnji i provedbenih propisa uz taj Zakon. Uređenje zaštite na radu je obveza i socijalnih partnera.⁷² „Voditelj građenja dužan je voditi dnevnu evidenciju poslodavca i zaposlenika nazočnih na privremenom zajedničkom gradilištu“.⁷³

Poslodavac je „dužan čuvati na gradilištu dokaze o osposobljenosti zaposlenika, dokaze o ispunjavanju uvjeta za obavljanje poslova s posebnim uvjetima rada, dokaze o ispitivanju strojeva i uređaja s povećanim opasnostima i ostalu dokumentaciju potrebnu za izvođenje radova.“⁷⁴ Ovaj posao u ime navedenih subjekata mogu obavljati samo stručnjaci.⁷⁵

Za povredu odredbi koje reguliraju zajednička i privremena (pokretna) gradilišta, propisane su stroge kazne za poslodavca. Primjerice, ako na privremenom radilištu ne osigura da se radovi obavljaju sukladno pravilima zaštite na radu, ako ne dostavi plan uređenja gradilišta i dr.⁷⁶

6.3. U vrlo zahtjevnim, složenim pa i opasnim, za život i zdravlje radnika, djelatnostima u građenju postoje suvremeni propisi u oblasti zaštite na radu, kao „sastavnog“ dijela te djelatnosti. Zbog toga propise u djelatnostima prostornog

69 **Zakon o zaštiti na radu: čl. 57.**

70 Isto: čl. 57. st. 5. Vidi Pravilnik o zaštiti na radu u građevinarstvu, Sl. list SFRJ 42/68, 45/68 (prema čl. 114. Zakona o zaštiti na radu).

71 UČUR, M., Radno pravo i pravo zaštite na radu, Rad i sigurnost, 1999. (3. god.), br. 1., str. 37-59; UČUR, M., Građevinska regulativa (I. i II), Građevinski fakultet, Rijeka, 2004. i 2007. Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 56.

72 Direktiva 92/57/EEZ obvezuje državu, poslodavca i sindikate uvođenje zaštite na radu na zajedničkim gradilištima, posebno kada se zapošljavaju mladi radnici početnici i kada se zasniva radni odnos na određeno vrijeme. U ovoj je djelatnosti najveći broj ozljeda na radu (pad s visine, u dubinu i na istoj ravnini, uklještenje između strojeva, alata i sl.).

73 Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 57. st. 5.

74 Isto, čl. 58.

75 Pravilnik – cit., čl. 5. i 6.

76 Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 109., u pitanju su prekršajna djela o vođenju evidencija, sklapanju ugovora sa „zajedničkim“ izvođačem i dr.

uređenja i gradnje, arhitektonskim i inženjerskim poslovima treba u okviru zaštite na radu tumačiti i primjenjivati zajedno s propisima zaštite na radu (nacionalnim, regionalnim i univerzalnim). To se odnosi i na propise o koordinatorima za zaštitu na radu kod investitora, glavnog projektanta i poslodavca.

Sastavni dio projektne dokumentacije je i projekt zaštite na radu. To moraju raditi specijalisti, inženjeri za određeni dio projekta (strojari, električari, arhitekti, ing. građevinarstva, brodogradnje, ali i inženjeri sigurnosti na radu). To je još naglašenije u fazi izvođenja radova. Propisi o građenju će se bolje primjenjivati uz dosljedniju primjenu propisa u zaštiti na radu. Pored inženjera na gradilištu (vođitelja, nadzornih inženjera i dr.) nezamjenljiva je funkcija inženjera zaštite na radu i koordinatora II u toj fazi. To zahtijeva određenu stručnu spremu, radno iskustvo i položen stručni ispit, što je javnopravna karakteristika ovog statusa i odnosa. Država mora imati ulogu donositelja norme, subjekta u realiziranju i u njihovu nadzoru. Navedeno se objašnjava analizom i komentarom relevantnih propisa u ovome radu.

Summary

SAFETY AT WORK COORDINATORS AT THE INVESTOR, MAIN DESIGNER AND EMPLOYER

The articles 55 to 58 from the special chapter entitled “Temporary and Shared Workplaces” of the Safety at Work Act contain key provisions regarding the occupational safety issues and relations. Having in mind the purpose of the Act to “introduce measures to stimulate improvement of employee safety and health at work, to prevent injuries at work, occupational diseases, other diseases in relation to work and protection of working environment”, the said provisions contain an obligation imposed upon employers “who perform construction or installation work, harvesting of woods or dockyard works, to organize a workplace and secure work performance in accordance with protection at work regulations before beginning work at the temporary workplace (the Article 55).

If two or more constructors perform the work, i.e. two investors have to have safety at work coordinators during the phase of construction realisation. Coordinator’s tasks are set by the Act. “To be appointed as a coordinator, a person has to meet conditions regulated by special regulations enacted by the Minister competent for work”. The author in this article makes comments on provisions contained within the regulations.

Key words: *occasional and shared temporary workplaces,
safety at work coordinator, conditions, professional knowledge*

Zusammenfassung

KOORDINATOREN FÜR DEN ARBEITSSCHUTZ BEI INVESTITOREN, HAUPTPROJEKTANT UND ARBEITGEBER

Das Arbeitsschutzgesetz regelt die Fragen und Verhältnisse der „vorläufigen und gemeinschaftlichen“ Arbeitsstätte in Verordnungen unter Artikeln 55-58 im Sonderkapitel 10. Zu dem Zweck der „Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Förderung und Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit, Verhütung von Verletzungen bei der Arbeit und von professionellen Krankheiten, wie auch von anderen arbeitsbezogenen Krankheiten, und Arbeitsumgebungsschutz“, ist Arbeitgebern gegenüber eine Verpflichtung aufgestellt, sodass „Arbeitgeber, die Bau- oder Montagearbeiten ausführen, sich mit Aufforstung oder Schiffswerftarbeiten beschäftigen, verpflichtet sind, vor dem Arbeitsbeginn an den vorläufigen Arbeitsstätten abzusichern, dass die Arbeiten gemäß den Arbeitsschutzregeln ausgeführt werden.“ (Art. 55). Wenn Arbeiten von zwei oder mehreren Auftragnehmern, bzw. Investoren ausgeführt werden, müssen auch Koordinatoren für den Arbeitsschutz in der Arbeitsausführungsphase ernannt werden. „Als Arbeitsschutzkoordinatoren können Personen, welche die von dem zuständigen Minister vorgeschriebenen Vorschriften erfüllen, ernannt werden.“ Diesbezügliche Verordnungen stellen das Thema dieser Arbeit dar.

***Schlüsselwörter:** vorläufige und gemeinschaftliche Arbeitsstätten,
Arbeitsschutzkoordinator, Bedingungen, Fachkenntnisse.*

O PRUŽANJU BESPLATNE PRAVNE POMOĆI

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

UDK: 347.921.8
Ur.: 8. veljače 2010.
Pr.: 15. veljače 2010.

Sažetak

Besplatna pravna pomoć je način olakšavanja pristupa sudu i drugim tijelima koja odlučuju o pravima i obvezama hrvatskih državljana i stranaca na način da troškove u cijelosti ili djelomično snosi Republika Hrvatska, uzimajući u obzir njihov materijalni položaj i okolnost da ne bi mogli ostvariti to pravo bez ugrožavanja svojeg uzdržavanja i uzdržavanja članova svojeg kućanstva.

Pravo na besplatnu pravnu pomoć u Republici Hrvatskoj zajamčeno je Ustavom Republike Hrvatske, odredbama nekih zakona poput Zakona o kaznenom postupku, Zakona o parničnom postupku, Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Zakona o odvjetništvu, Zakona o sudskim pristojbama, Zakona o azilu te novoga Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći, kao i brojnim provedbenim podzakonskim propisima.

*S obzirom na dopušteni opseg članka i ograničeno vrijeme izlaganja, autor se kritički osvrnuo **samo na neke pravne propise** kojima je uređen sustav pružanja besplatne pravne pomoći u Republici Hrvatskoj (Zakon o parničnom postupku, Zakon o odvjetništvu i Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći), odnosno **samo na neke aspekte** pružanja besplatne pravne pomoći (pojam i predmet pravne pomoći, vrste i opseg pravne pomoći, korisnici i pružatelji pravne pomoći).*

Ključne riječi: besplatna pravna pomoć, parnični troškovi.

I. UVOD

Besplatna pravna pomoć je zakonom uređeni način pružanja pravne pomoći radi ostvarivanja zaštite povrijeđenih ili ugroženih prava i interesa neke osobe pred nadležnim sudom ili drugim (državnim) organom/tijelom. Besplatna pravna pomoć je oblik ostvarivanja prava pojedinca na pristup sudu i drugim tijelima pred kojima ostvaruju pojedina prava ili obveze, na temelju načela jednakosti, a čije troškove u cijelosti ili djelomično plaća Republike Hrvatska.

Postojanje pravnozaštitnog sustava i slobodan pristup pravosuđu temeljni su preduvjeti efikasnog ostvarivanja prava pojedinaca, ali angažiranje državnog aparata pred korisnika postavlja i financijske zahtjeve u smislu obveze plaćanja troškova postupka.¹ Svaka je država radi osiguranja reda i mira u društvu i funkcioniranja pravnog sustava dužna uspostaviti učinkovit sustav pravne zaštite i omogućiti pristup pravosuđu svim osobama (fizičkim i pravnim) kojima je određeno subjektivno pravo ugroženo ili povrijeđeno.² Pri tome je nužno uzeti u obzir i sve izraženiju potrebu pojedinih grupacija građana za besplatnom pravnom pomoći (nezaposleni, umirovljenici, samohrani roditelji, branitelji i žrtve Domovinskog rata, izbjeglice, prognanici, povratnici, pripadnici nacionalnih manjina i dr.) te im osigurati uvjete kako bi to svoje pravo mogli i ostvariti na što jednostavniji način.³ Način izgradnje sustava besplatne pravne pomoći predstavlja odgovor društvene zajednice na postojanje određenog broja socijalno ugroženih stanovnika koji nisu u mogućnosti sami, bez organizirane društvene pomoći, ostvariti jedno od svojih elementarnih ljudskih prava – pravo na pristup pravdi.⁴ Svakako, besplatnost za građanina – korisnika zaštite, ne znači (uvijek) i besplatnost rada organa koji su ovlašteni pružati besplatnu pravnu pomoć, nego podrazumijeva naknadu tih troškova iz drugih sredstava, u punom ili umanjenom iznosu.

Dostupnost suda mora biti stvarna, a ne formalna. Zbog ekonomskih neprilika nitko ne bi smio biti *de facto* spriječen u nastojanju da ostvari ili obrani svoje pravo pred bilo kojim sudom, odnosno državnim organom. Upravo besplatnom pravnom pomoći realizacija formalne pravne jednakosti i primjene prava i suštinski se omogućava, i pravda se čini dostupnom siromašnim i drugim osobama koje, ponajviše zbog slabog imovnog stanja, nisu u mogućnosti sami realizirati pravo na pravnu zaštitu. Besplatna pravna pomoć, osim snošenja ili participiranja u predujmljivanju i snošenju troškova pravnog zastupanja, obuhvaća i pravo na pomoć u svezi s drugim troškovima kao što

1 Tako MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40., 2006., br. 1, str. 127.

2 Vidi LAZIĆ, M., *Uspostavljanje sistema besplatne pravne pomoći u Republici Srbiji*, tematski zbornik radova «Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije», Niš, 2008., str. 109.

3 Usp. KAUZLARIC, Ž., *Besplatna pravna pomoć*, «Pravo u gospodarstvu», vol. 45., 2006., br. 4, str. 413.

4 Vidi ADAMOVIĆ, A., *Sistem besplatne pravne pomoći u Sloveniji*, tematski zbornik radova «Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije», Niš, 2008., str. 149.

su: sudske pristojbe, troškovi izvođenja dokaza (npr. vještaka), troškovi prijevoda, troškovi predujmova prema odluci suda (npr. aktorska kaucija) i dr.⁵

Pravo na besplatnu pravnu pomoć predstavlja bitnu komponentu prava na pristup pravosuđu.⁶ Uspostavljanje načina pružanja pravne pomoći dijelu stanovništva koji ekonomski ne može sam snositi troškove vođenja postupaka jedan od temeljnih predujveta za ostvarenje prava na pristup pravosuđu. Pravo na pristup sudu (*access to justice*, pravo na pristup pravosuđu) jedno je od temeljnih ljudskih prava i smatra se jednim od najvažnijih aspekata prava na pravično (pošteno, *fair*) suđenje, sintagme koja objedinjuje sve mjere kojima se treba osigurati pravedno i jednako postupanje prema svim osobama koje se pojave pred sudovima i drugim javnopravnim tijelima.⁷

Najznačajniji međunarodni pravni izvor za područje besplatne pravne pomoći jest Europska konvencija o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (*European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, dalje – **Europska konvencija**) s Protokolima. Republika Hrvatska Europsku konvenciju ratificirala je u studenom 1997. godine („Narodne novine“, br. 17/97., 6/99. i 8/99.).⁸ Europska konvencija pravo na besplatnu pravnu pomoć izričito predviđa samo za optuženike, ako to nalažu interesi pravde i materijalni status optuženika, a ne govori izričito i o pravu na besplatnu pravnu pomoć u građanskim predmetima. Stoga se na ovom području kao poseban izvor europskog prava za građanske sporove primjenjuje odluka Europskog suda za ljudska prava (dalje – **ESLJP**) u slučaju *Airey v. Ireland*, od 11. rujna 1979. godine.⁹ U obrazloženju te odluke, ESLJP govori o obvezi država-potpisnica Europske konvencije da osiguraju besplatnu pravnu pomoć kada je to nužno za učinkovitu zaštitu građanskih prava i obveza stranke kod vođenja sudskog postupka, zbog obvezatnog zastupanja ili zbog složenosti konkretnog slučaja.¹⁰

5 Tako KAUZLARIĆ, Ž., *Načelo pružanja pravne pomoći neukoju stranci*, «Pravo i porezi», 2007., br. 9, str. 54.

6 **Pravo na pristup sudu jedno je od prava koje se štiti člankom 6. Europske konvencije** iako u spomenutom članku nije eksplicitno navedeno. Detaljnije kod MARČIĆ, D., *Postupci radi naknade štete i povreda prava na pristup sudu*, «Informator», godina LI, br. 5194. od 17. prosinca 2003., str. 1.

7 Usp. JELINIĆ, Z., *O Prijedlogu Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator», br. 5560. od 20. lipnja 2007., str. 5.

8 Republika Hrvatska je temeljem notifikacije o sukcesiji stranka i drugih međunarodnih konvencija kojima se dijelom uređuje i pružanje pravne pomoći u građanskim stvarima, poput: Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966., Haške konvencije o građanskom postupku iz 1957., Konvencije o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima iz 1988. Tako se, primjerice, Haškom konvencijom o građanskom postupku i Konvencijom o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima uređuje način ostvarivanja prava na pravnu pomoć stranih državljana u drugoj državi u kojoj vode postupak pred nadležnim tijelima. Republika Hrvatska je ove Konvencije primjenjivala kroz čl. 85. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima („Narodne novine“, br. 53/91.), kojim je na temelju reciprociteta omogućeno stranim državljanima oslobađanje od troškova postupka u građanskim postupcima.

9 **Serie A, br. 32 Tekst dostupan na:** <http://www.echr.coe.int/exhr>, 17. veljače 2006.

10 Vidi KAUZLARIĆ, Ž., *Besplatna pravna pomoć*, «Pravo u gospodarstvu», vol. 45., 2006., br. 4, str. 402.-403.

Naime, ESLJP je ocijenio da postoji povreda čl. 6 Europske konvencije (pravo svakog na neovisan i nepristran sud, pravično, javno i u razumnom roku odluči o pravima i obvezama građanske naravi) ako su troškovi postupka takvi da priječe efikasnu zaštitu prava pred nacionalnim sudovima.¹¹ ESLJP je naglasio da ta odluka ne znači da je država dužna osigurati besplatnu pravnu pomoć u svim građanskim postupcima, već potreba besplatne pravne pomoći ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja.¹²

II. PRAVNI OKVIR SUSTAVA BESPLATNE PRAVNE POMOĆI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Institut besplatne pravne pomoći relativno je nova i bez sumnje nedovoljno razvijena pojava u hrvatskom zakonodavstvu i pravnoj praksi.¹³ Pružanje besplatne pravne pomoći građanima Republike Hrvatske uređeno je brojnim propisima, prvenstveno onima kojima se uređuje ostvarivanje prava građana u sudskim i upravnim postupcima. Tako je pravo na besplatnu pravnu pomoć u Republici Hrvatskoj zajamčeno čl. 29. *Ustava Republike Hrvatske* („Narodne novine“, br. 56/90., 153/97., 8/98 proć. tekst, 113/00., 124/00. proć. tekst, 28/01, 41/01. proć. tekst, 55/01.), odredbama nekih zakona poput čl. 6. *Zakona o kaznenom postupku* („Narodne novine“, br. 110/97., 27/98. ispravak, 58/99., 112/90., 58/02., 143/02. ispravak, 115/06.), čl. 172. *Zakona o parničnom postupku* („Narodne novine“, br. 53/91., 91/92., 112/99, 88/01., 117/03., 88/05., 2/07. Odluka USRH, 84/08. i 96/08.,

11 Tako MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 128. Problematika prava na besplatnu pravnu pomoć dodatno je pojašnjena u nekim kasnijim presudama Europskog suda. U tom je smislu Europski sud obvezao države članice da osiguraju jednakost podnositelja pred zakonom (Predmet *Artico v. Italy* (13.5.1980.), Serie A, br. 37. Tekst dostupan na: <http://www.echr.coe.int/echr>, 19. veljače 2006.), da zahtjev da tražitelj izvan svake sumnje dokaže nizak materijalni status predstavlja povredu Konvencije (Predmet *Pakelli v. Federal Republic of Germany* (25.4.2983.), Serie A, br. 64. Vidi: <http://www.echr.coe.int/echr>, 18. veljače 2006.), da odvjetniku koji pruža besplatnu pravnu pomoć mora biti ostavljeno dovoljno vremena za pripremu (Predmet *Goddi v. Italy* (9.4.1983.), Serie A, br. 76. Tekst odluke na <http://www.echr.coe.int/echr>, 19. veljače 2006.), da se besplatna pravna pomoć mora osigurati u svim stupnjevima postupka (Predmet *Granger v. U.K.* (28.3.1990.), Serie A, br. 174. i *Boner v. U.K.* (28.10.1994.), Serie A, br.300-B. V. <http://www.echr.coe.int/echr>, 19. veljače 2006.), te da je dopušten zahtjev za povrat odobrenih i utrošenih sredstava za plaćanje besplatne pravne pomoći u slučaju poboljšanja materijalnih prilika korisnika (Predmet *Croissant v. Germany* (25.9.1992.), Serie A, br. 237-B. Tekst presude dostupan na: <http://www.echr.coe.int/echr>, 19. veljače 2006.). Podatak kod MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40., 2006., br. 1, str. 129. Vidi i BUTORAC, J., *Primjena Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator», br. 5699. od 18. listopada 2008., str. 7.

12 Tako BARIĆ, S., *Pravna pomoć i neprofitne organizacije u RH – s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci*, «Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci», vol. 25, 1991., br. 2, str. 942.

13 *Prijedlog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Kluba zastupnika PGS-a, SBHS-a i MDS-a, Ocjena stanja*, str. 1.

dalje: **ZPP**), čl. 85. *Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima* („Narodne novine”, br. 53/91.), čl. 21. *Zakona o odvjetništvu* („Narodne novine”, br. 9/94., 117/08. i 75/09., dalje: **ZO**), čl. 11. i 19. *Zakona o sudskim pristojbama* („Narodne novine”, br. 26/03, pročišćeni tekst),¹⁴ čl. 20. i 24. *Zakona o azilu* („Narodne novine”, br. 103/03., 179/07.), *odredbama Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći* („Narodne novine”, br. 62/08., dalje - **ZBPP**) te brojnim provedbenim podzakonskim propisima.¹⁵

S obzirom na dopušteni opseg članka i ograničeno vrijeme izlaganja, u radu ćemo se osvrnuti **samo na neke pravne propise** kojima je uređen sustav pružanja besplatne pravne pomoći u Republici Hrvatskoj, odnosno **samo na neke aspekte** pružanja besplatne pravne pomoći korisnicima.

1. Zakon o parničnom postupku

1.1. Uvodno

Država ne pruža besplatnu pravnu zaštitu u postupku pred parničnim sudom, već jedan dio sudskih troškova moraju snositi i stranke kojima se pruža pravna zaštita i poradi koje su angažirale pravosudni sustav. Pružanje zaštite povrijeđenim i/ili ugroženim subjektivnim pravima u parničnom postupku nije besplatno. Izdatke koji nastanu tijekom ili u povodu postupka snosi na kraju stranka koja je izgubila parnicu, odnosno stranka koja je troškove prouzročila svojom krivnjom ili slučajem koji joj se dogodio.

Međutim, u ostvarenju pravne zaštite nužno je otkloniti prepreke koje mogu onemogućiti ili otežati jednaki pristup sudu svim građanima. Sukladno zahtjevu stvarne ravnopravnosti u ostvarivanju pravne zaštite javlja se i institut pružanja pomoći strankama slabijeg imovnog stanja (tzv. siromaško pravo), i to u vidu oslobođenja od plaćanja troškova postupka. Iako neki oslobođenje od parničnih troškova smatraju oblikom pružanja pravne pomoći,¹⁶ s time se ne bismo u potpunosti mogli suglasiti jer se prvenstveno radi o ekonomskoj pomoći ili socijalnim mjerama, koje bi za boljitak

14 Vidi i *Zakon o upravnim pristojbama* („Narodne novine”, br. 8/96, 77/96., 85/97., 131/97., 68/98., 66/99., 116/00., 163/03., 17/04., 110/04., 141/04., 150/05., 129/06., 60/08).

15 Spomenuli bismo, primjerice, Statut Hrvatske odvjetničke komore („Narodne novine”, br. 74/09.) i Kodeks odvjetničke etike („Narodne novine”, 64/07, 72/08.), Tarifu o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika („Narodne novine”, br. 148/09.); Uredbu o tarifi za utvrđivanje vrijednosti iznosa naknade za pružanje primarne i sekundarne pravne pomoći („Narodne novine”, br. 13/09.), Pravilnik o načinu vođenja registra udruga ovlaštenih za pružanje besplatne pravne pomoći („Narodne novine”, br. 93/08), Pravilnik o obrascu zahtjeva za odobravanje korištenja besplatne pravne pomoći, obrascu uputnice i evidenciji izdanih uputnica („Narodne novine”, br. 13/09.), Pravilnik o kriterijima za vrednovanje projekata ovlaštenih pružatelja besplatne pravne pomoći i pravnih klinika te o načinu izvještavanja o izvršenju projekata („Narodne novine”, br. 13/09), Naputak o izdavanju potvrde o imovnom stanju („Narodne novine”, br. 92/95.), Pravilnik o besplatnoj pravnoj pomoći u postupku azila („Narodne novine”, br. 36/08.) i dr.

16 Tako ČALIJA, B., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 1986., str. 503., dalje - ČALIJA.

stranke u pravnoj sferi mogle imati tek posredni utjecaj. Prije svega zbog socijalnih obzira nužno je na ovaj način i ekonomski slabijim strankama omogućiti ostvarivanje zaštite pred sudom. U protivnom bi stranke slabijeg imovnog stanja bile *de facto* prisiljene odustati od ostvarivanja svojih načelno priznatih prava.¹⁷

Ipak, troškove su konačno dužne naknaditi i stranke oslobođene dužnosti prethodnog snošenja troškova. Zakonska sintagma “oslobođenje od plaćanja troškova postupka”, može navesti na pogrešan zaključak da oslobođena stranka nije uopće dužna plaćati parnične troškove, što je pogrešno jer se oslobođenje odnosi samo na obvezu stranke da prethodno snosi (predujmljuje) troškove priuzročene svojim procesnim radnjama.¹⁸

1.2. Pojam i sadržaj parničnih troškova

1.2.1. U parničnom postupku sud odlučuje o zahtjevu koji se tiče glavne stvari i sporednih tražbina. U sporedne tražbine trebalo bi uključiti i zahtjev za naknadu troškova o kojima sud odlučuje bez raspravljanja.¹⁹ **Parnične troškove** čine izdaci učinjeni u tijeku ili u povodu postupka (ZPP, čl. 151.). Djelatnost suda, stranaka i ostalih sudionika u postupku uzrokuje materijalne izdatke. Država ne pruža besplatnu pravnu zaštitu u postupku pred parničnim sudom, već jedan, rekli bi najveći, dio sudskih troškova moraju snositi i stranke kojima se pruža pravna zaštita i radi koje su angažirale pravosudni sustav. Tako da na način da svaka stranka unaprijed snosi troškove koje je prouzročila svojim radnjama, a u konačnici snosi ih ona stranka koja je izgubila parnicu.²⁰ Svakako, dužnost plaćanja parničnih troškova, a posebno sudskih pristojbi, na bi smjela postati smetnja za pokretanje i vođenje postupka, jer bi time bilo dovedeno u pitanje i ustavom zajamčeno pravo na pravnu zaštitu.

1.2.2. Parnični troškovi nastaju na različite načine i javljaju se u više vidova. ZPP ne nabroja taksativno što sve **sačinjava parnične troškove**, već ih definira kao “izdatke učinjene tijekom ili u povodu postupka” (ZPP, čl. 151.), a tu se svakako mogu ubrojiti i izdaci za nagradu odvjetnicima i drugim osobama.²¹

Troškovi nastali tijekom postupka obuhvaćaju troškove učinjene od početka do dovršetka parnice, odnosno neposredno u parnici. Pojam ovih parničnih troškova

17 Usp. TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 386., dalje - TRIVA.

18 *Ibid.*, str. 386.

19 Tako DIKA, M., *Revizibilnost rješenja o troškovima postupka*, “ZPFZG”, 32, 1982, br. 1-2, str. 210.

20 Prema mišljenju nekih teoretičara, prebacivanje tereta i obveze snošenja parničnih troškova na stranke predstavlja, s jedne strane, način nadoknade rashoda koje država ima u ostvarivanju sudske funkcije, a s druge, ova obveza na strani stranaka ima i preventivnu funkciju jer djeluje na stranke da ne pokreću postupak nepromišljeno, nego da nastoje mirnim putem rješavati svoje međusobne sporove. ČALIJA, B. - OMANOVIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000., str. 236.

21 Šire o tome kod TRIVA, S. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., dalje TRIVA - DIKA, str. 462.-473.

je širok i obuhvaća, primjerice izdatke za sudske pristojbe za tužbu,²² presudu, pravne lijekove i druge parnične radnje,²³ za izvođenje dokaza, naknadu troškova i nagradu punomoćniku, nagradu tumaču, dnevnice i putne troškove sudaca i sudskih službenika u slučaju poduzimanja parničnih radnji izvan sudske zgrade, izdatke za prevođenje i ovjeravanje isprava, za objavljivanje sudskih oglasa (npr. o postavljanju privremenog zastupnika), itd.

Troškovima u povodu postupka smatraju se izdaci koji mogu nastati ne samo za vrijeme trajanja postupka, (a nisu neposredni izdaci), već i prije pokretanja postupka, ali pod uvjetom da su nastali povodom postupka u kojemu treba biti donesena odluka i o njima. To su najčešće izdaci: za osiguranje dokaza, neuspjeli pokušaj nagodbe prije parnice, fotokopiranja dokumenata, izvansudske opomene, troškovi postupka nastali pred nekim drugim organom koji je rješavao prethodno pitanje, troškovi poštarine i ostali izdaci poradi pripremanja za sudjelovanje u parnici, troškovi prouzročeni zaključenjem ugovora o prorogaciji (ZPP, čl. 70.) ili o izbranom sudu (ZPP, čl. 469.) i sl.²⁴ Često se troškovima nekog kasnijeg postupka pribrajaju troškovi ranijih parničnih, izvanparničnih i izvansudskih radnji poduzetih poradi osiguranja ili uspješnog okončanja toga kasnijeg postupka. Tako se, npr. parničnom postupku pribrajaju i troškovi prethodnog postupka radi sudske nagodbe, osiguranja dokaza, poduzimanja privremenih mjera za osiguranje tužbenog zahtjeva.²⁵

Parnični troškovi obuhvaćaju i **nagradu za rad odvjetnika** i drugih osoba kojima zakon priznaje pravo na nagradu, primjerice troškovi vještaka, umješača, svjedoka i dr. (ZPP, čl. 151. st. 2.).²⁶ Svaka stranka ima pravo angažirati punomoćnika - odvjetnika, te se zastupanje po odvjetniku smatra potrebno i svrsishodno, pa se i nagrada odvjetniku uvijek mora tretirati kao sastavni dio parničnih troškova.²⁷ Međutim, stranka kojoj je osigurano besplatno pružanje pravne pomoći nema pravo

22 "Sankcija za neplaćanje sudske pristojbe na tužbu je nepostupanje suda, osim u slučajevima propisane hitnosti postupanja". VTSH, Pž-72/97, od 4. veljače 1997. godine.

23 Obveza stranaka na plaćanje sudskih pristojbi predstavlja utvrđenu obvezu po Zakonu o sudskim pristojbama, koje također sačinjavaju dio troškova postupka. Potanje o sudskim pristojbama kod POGARČIĆ, Z., *Sudske pristojbe*, „Slobodno poduzetništvo”, V, 1998., br. 11-12, str. 250.-258.

24 Usp. GRBIN, I., *Zakon o parničnom postupku, sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2001., str. 114., dalje - GRBIN.

25 Usp. ZUGLIA, S., *Gradansko procesno pravo FNRJ*, Zagreb, 1957., dalje - ZUGLIA, str. 297.

26 Visina i način isplate naknade troškova svjedocima, vještacima, stručnim i drugim osobama, pod uvjetima propisanim u ZPP-u, određuje se Pravilnikom o naknadi troškova u sudskim postupcima, "Narodne novine", br. 8/88.

27 Usp. TRIVA, str. 378.

od protivne stranke tražiti naknadu parničnog troška za zastupanje.²⁸ Odvjetniku ne pripada naknada po odvjetničkoj tarifi u vlastitoj parnici, već samo onda kada zastupa druge stranke.²⁹ Parnični troškovi pripadaju i stranci koja je po zanimanju odvjetnik, ali ne po odvjetničkoj tarifi, nego kao stvarni izdaci - pristojbe, putni troškovi i sl.³⁰ Ipak, smatramo kako i stranka koja je po profesiji odvjetnik ima pravo na naknadu troškova koji su nastali zbog toga što je angažirala drugog odvjetnika da kao njezin punomoćnik poduzima radnje u postupku.³¹

1.3. *Uvjeti i predmet oslobađanja od plaćanja troškova postupka*

1.3.1. Sud će osloboditi plaćanja troškova postupka stranku koja prema svome **općem imovnom stanju** ne može podmiriti te troškove bez štete za nužno uzdržavanje sebe i obitelji (ZPP, čl. 172. st. 1.). U ZPP-u se, dakle, ne propisuje izričito određeni porezni cenzus kao uvjet za oslobođenje, već je sudu prepušteno da s obzirom na sve okolnosti slučaja, ocijeni jesu li ispunjeni svi uvjeti za oslobođenje stranke od plaćanja troškova postupka. Pod "općim imovnim stanjem" podrazumijeva se strankin redoviti prihod ostvaren iz radnog odnosa ili drugih djelatnosti kojima se bavi, kao i drugi izvori prihoda koje ostvaruje u dužem vremenskom razdoblju (primjerice, dopunskim radom) te isti ili slični prihodi članova njezine obitelji s kojima živi zajedno.³² Sud može osloboditi kao stranku od plaćanja sudskih pristojbi samo fizičku osobu.³³ Oslobođanje od parničnih troškova je osobno pravo i važi samo za stranku kojoj je priznato i samo u parnici u kojoj je priznato. Ovo pravo nije nasljedivo i sukcesori se njime ne mogu koristiti.³⁴ Oslobođanje od plaćanja troškova postupka, odnosi se samo na oslobađanje od obveze prethodnog snošenja troškova prouzročenih procesnim radnjama stranke. Time stranka nije konačno i u cijelosti

28 Vidi odluku Županijskog suda (dalje – ŽS) u Zagrebu, Gž- 10631/98. od 3. srpnja 2000., Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje – IO), 2/00-143. Ni stranka koja je bila oslobođena plaćanja sudskih pristojbi nema pravo od protivne stranke tražiti naknadu parničnog troška za sudsku pristojbu na presudu. ŽS u Zagrebu, Gž- 551/99. od 8. lipnja 1999. god., Pregled sudske prakse (dalje – PSP), 2000-8-75.

29 U tom su smislu i odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje – VSH), Gž- 33/84. od 21. lipnja 1984. god., PSP 26/128 te OS u Bjelovaru, Gž- 875/80. od 3. lipnja 1980. god., PSP 17/142.

30 Takvo su stajalište u odlukama zauzeli VSH, Gž 1678/75. od 18. ožujka 1976.; i OS Bjelovar, Gž 875/80 od 3. lipnja 1980. - PSP 17-142.

31 Potanje o tome kod ČIZMIĆ, J., *Naknada parničnih troškova u postupku pred hrvatskim sudovima*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol. 23, 2002., br. 1, str. 215.-242.

32 Tako JANKOVIĆ, M. - KARAMARKOVIĆ, H. - PETROVIĆ, D. - JANKOVIĆ, Ž., *Komentar zakona o parničnom postupku*, Beograd, 1990., str. 213., dalje - JANKOVIĆ.

33 U tom je smislu odluka ŽS u Bjelovaru, Gž- 1813/00. od 5. listopada 2000. god., PSP 8/01-13. Primjerice, prema stajalištu ŽS u Bjelovaru, općina nije tijelo državne vlasti, već jedinica lokalne samouprave i nije oslobođena od plaćanja sudskih pristojbi u smislu čl. 16. Zakona o sudskim pristojbama. Gž- 1435/00. od 27. srpnja 2000. god., PSP 8/01-12.

34 U tom je smislu i odluka VSH, Gž- 1288/56., objavljena kod CRNIĆ, I., *Parnični postupak u praksi - primjeri, sudska praksa, objašnjenja*, Zagreb, 1987., str. 269.

oslobođena obveze plaćanja parničnih troškova.³⁵ Stranka ne može biti oslobođena obveze da svom protivniku naknadi parnični trošak.³⁶ Stranka je dužna naknaditi protivniku troškove koje mu je prouzročila.³⁷

1.3.2. Oslobođanje od plaćanja troškova postupka obuhvaća oslobođenje od plaćanja pristojbi i oslobođenje od polaganja predujma za troškove svjedoka, vještaka, uviđaja i sudskih oglasa (ZPP, čl. 172. st. 2.).³⁸ Sud može osloboditi od plaćanja **pristojbe** fizičku osobu, a ne pravnu osobu koja, primjerice, obavlja trgovačku djelatnost.³⁹ Prijedlog pravne osobe za oslobođanje od plaćanja sudskih pristojbi sud će odbaciti, a ne odbiti, jer se radi o nedostatku procesnopravne pretpostavke.⁴⁰ Sud može osloboditi stranku plaćanja pristojba, ako bi plaćanjem pristojba bila znatno umanjena sredstva iz kojih se uzdržava stranka i članovi njene obitelji (ZPP, čl. 172. st. 3.). Međutim, ne može stranka tražiti oslobođenje od plaćanja onih pristojbi od čijeg je plaćanja oslobođena protivna stranka, već samo od onih koji se odnose na njezine parnične radnje.⁴¹ Oslobođenje od plaćanja pristojbe može se dati samo tijekom postupka.⁴² Rješenje suda o oslobođenju stranke od plaćanja pristojbe ima učinak od podnošenja molbe, a ne retroaktivno, tako da je stranka, i pored donesenog rješenja, dužna platiti sve pristojbene obveze nastale prije podnošenja njezina prijedloga za oslobođenje od plaćanja pristojbi.⁴³

1.3.3. Oslobođenje, dakle, može biti **potpuno** (za stranku koja prema općem imovnom stanju ne može snositi troškove bez štete za nužno uzdržavanje sebe i obitelji) i **djelomično** (za stranku čija bi sredstva za uzdržavanje sebe i obitelji, makar i djelomičnim plaćanjem ovih izdataka bila znatno umanjena). Stranka, koja je potpuno oslobođena od plaćanja troškova postupka nije dužna (prethodno) plaćati pristojbe niti polagati predujam za troškove svjedoka, vještaka, očevida i sudskih oglasa. Stranka koja je djelomično oslobođena prethodnog plaćanja troškova postupka, oslobođena je samo od plaćanja sudskih pristojbi. Ako pored stranke, koja je oslobođena plaćanja pristojbi, u postupku sudjeluje i stranka koja nije oslobođena te obveze, sud je dužan voditi popis pristojbi koje bi trebala platiti oslobođena

35 Tako GRBIN, str. 130.

36 Vidi odluku ŽS u Zagrebu, Gž- 11913/99. od 13. lipnja 2000. god., IO 2/00-144.

37 Usp. odluku OS u Zagrebu, Gž- 8274/83, objavljena u "Sudskoj praksi", br. 7/84, odluka br. 52.

38 Usp. ŠEPAROVIĆ, M., *Primjena zakona o sudskim pristojbama*, "Odvjetnik", 68, 1995., br. 11-12, str. 81-85.

39 Tako i u odluci VTSH, Pž- 2959/96, od 3. prosinca 1996. godine.

40 U tom je smislu odluka ŽS u Bjelovaru, Gž- 754/96, od 16. svibnja 1996. godine. Suprotno, Čalija smatra kako, zbog ostvarenja stvarne stranačke ravnopravnosti pred sudom, pravo na oslobođenje od plaćanja pristojbi pripada svima, kako fizičkim tako i pravnim osobama, domaćim i inozemnim građanima. ČALIJA, B., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 1986., dalje – ČALIJA, str. 505.

41 U tom smislu vidi odluku OS u Splitu, Gž- 2016/80 od 19. rujna 1980. god., PSP 18/135.

42 Vidi odluku VSV, Gž- 1080/64, GAKV 1/65.

43 Tako i u odluci VSS, Gž- 3613/72, ZSP 9-10/73.

stranka, a taj se popis zaključuje po završetku postupka.⁴⁴ O samoj obvezi stranke, koja nije oslobođena plaćanja pristojbi da plati pristojbu, u omjeru u kojem bi to bila dužna stranka koja je oslobođena te obveze, sud može odlučivati tek nakon pravomoćnog završetka postupka. Pri tomu sud ne donosi rješenje o obvezi plaćanja sudskih pristojbi, već izdaje nalog za plaćanje pristojbe stranci koja je u obvezi platiti pristojbu (v. Zakon o sudskim pristojbama, čl. 20., u svezi s odredbama čl. 19. i 39. istog Zakona).⁴⁵

1.3.4. Pri donošenju odluke o oslobođenju od plaćanja troškova postupka sud će **brižljivo ocijeniti sve okolnosti**, a osobito će uzeti u obzir vrijednost predmeta spora, broj osoba koje stranka uzdržava i prihode koje imaju stranka i članovi njezine obitelji (ZPP, čl. 172. st. 4.). Prilikom ocjene vrijednosti spora sud bi trebao uzeti u razmatranje najnepovoljniji ishod parnice, odnosno potpuni gubitak parnice stranke koja predlaže donošenje odluke o oslobađanju. Zato se može dogoditi da i stranka slabog imovnog stanja ne bude oslobođena u parnicama u kojima je vrijednost predmeta spora relativno mala. Čak se u parnicama u kojima je vrijednost predmeta spora relativno visoka, troškova postupka može osloboditi i ona stranka koja je dobrog imovnog stanja. Stranka ne može zahtijevati oslobađanje od plaćanja troškova koje je svojim parničnim radnjama prouzročila protivnoj stranci, jer se ovo pravo odnosi samo na obvezu stranke da prethodno snosi troškove prouzročene svojim parničnim radnjama.⁴⁶ Kada prijedlog za oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi podnese maloljetna stranka zastupana po roditelju, sud ocjenjuje materijalne prilike roditelja kojem je maloljetna stranka povjerena na čuvanje i odgoj, odnosno sredstva iz kojih se uzdržavaju roditelji i maloljetna stranka, jer sud mora ocijeniti prihode koje ima ne samo stranka, veći i članovi njezine obitelji.⁴⁷

1.4. Donošenje odluke o oslobođenju od plaćanja troškova

1.4.1. Stranka koja želi ostvariti svoje pravo na oslobađanje od troškova postupka, podnosi u tom smislu **prijedlog** (prvostupanjskom) sudu. Prijedlog za oslobođenje od plaćanja troškova stranka može postaviti sve do pravomoćnog okončanja spora. Stranka može i prije pokretanja postupka pred sudom zahtijevati donošenje odluke o oslobođenju od plaćanja sudskih pristojbi u sporu koji namjerava pokrenuti, uz uvjet da u prijedlogu određeno navede stranku protiv koje namjerava povesti spor, predmet

44 Vidi Sudski poslovnik (NN, 80/97), čl. 112. i 117.; i Zakon o sudskim pristojbama (NN, br. 74/95. i 57/96.), čl. 20.

45 Podrobnije kod ČIZMIĆ, J., O tzv. "siromaškom pravu" u parničnom postupku - I. dio, "Informator", br. 5030. od 22. svibnja 2002. god., str. 9.-11. i ČIZMIĆ, J., O tzv. "siromaškom pravu" u parničnom postupku - II. dio, "Informator", br. 5032.-5033. od 29. svibnja i 1. lipnja 2002. god., str. 13.-14.

46 Usp. odluku OS u Zagrebu, Gž- 8274/83, od 31. siječnja 1984. godine.

47 Vidi u tom smislu odluku ŽS u Bjelovaru, Gž- 843/99-2. od 27. svibnja 1999. god., "Sudska praksa Županijskog suda u Bjelovaru", br. 21., 1999., str. 32.

spora i njegovu vrijednost.⁴⁸ **Odluku** o oslobođenju od plaćanja troškova postupka donosi prvostupanjski sud na prijedlog stranke (ZPP, čl. 173. st. 1.), čak i ako se oslobođenje od plaćanja troškova postupka predlaže za postupak pred višim sudom. Predsjednik vijeća je ovlašten donijeti odluku o oslobođenju od plaćanja troškova postupka tijekom pripremanja glavne rasprave i izvan ročišta za glavnu raspravu (v. ZPP, čl. 278. st. 1. i čl. 312. st. 1.). Od trenutka kada je podnijela prijedlog za oslobađanje troškova pa sve dok rješenje kojim je odbijen njezin zahtjev ne postane pravomoćno, stranka nije dužna plaćati pristojbe niti položiti predujam za izvođenje dokaza. U tom smislu, prema odredbama st. 2. čl. 13. Zakona o sudskim pristojbama, ni sud neće postupati u postupku u kojemu je podnesen prijedlog za oslobođenje plaćanja sudskih pristojbi sve dok ne donese odluku o tom prijedlogu.⁴⁹ Zahtjev se najčešće ističe već u tužbi, ali se može istaknuti i u podnescima tijekom postupka, kao i na zapisnicimapripremnog ročišta ili ročišta za glavnu raspravu.

1.4.2. Stranka je dužna uz prijedlog **podnijeti potvrdu** nadležnog tijela (porezne) uprave o imovnom stanju (ZPP, čl. 173. st. 2.),⁵⁰ te **dati izjavu** na sudski zapisnik o svom imovnom stanju i imovnom stanju svoga supružnika (Zakon o sudskim pristojbama, čl. 15.). Sud nije dužan pozivati stranku da uz prijedlog dostavi i potvrdu nadležnog poreznog tijela o imovnom stanju.⁵¹ Stranka koja uz prijedlog za oslobođenje ne priloži potvrdu o imovnom stanju (svome i svog supružnika) i o tomu ne da izjavu na sudski zapisnik, nema pravo na oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi.⁵² Ako stranka ne priloži potvrdu o imovnom stanju, prijedlog za oslobođenje od parničnih troškova smatrat će se nepotpunim. Ako stranka nije dala izjavu na sudski zapisnik o svom imovnom stanju i imovnom stanju svoga supružnika, prijedlog se neće smatrati nepotpunim, već to može biti, uz druge pretpostavke, razlog za odbijanje prijedloga.⁵³ Svakako, stranka u pozivu mora biti upozorena da se poziva radi davanja takve izjave. Sud će odbiti prijedlog stranke za oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi ako se stranka ne odazove na poziv suda radi davanja izjave o svom imovnom stanju i imovnom stanju svog supružnika.⁵⁴ U potvrdi o imovnom stanju mora se naznačiti iznos poreza koji plaća domaćinstvo i pojedini članovi domaćinstva te drugi izvori njihovih prihoda i uopće imovno stanje stranke kojoj se izdaje potvrda. Ako tužitelj, uz prijedlog za oslobođenje od plaćanja troškova, ne podnese potvrdu

48 Takvo je stajalište zauzeo VSSr u odluci Gž- 3808/75, v. JANKOVIĆ, str. 214.

49 U tom je smislu odluka ŽS u Bjelovaru, Gž 665/97, od 27. ožujka 1997. godine.

50 U potvrdi o imovnom stanju mora se naznačiti iznos poreza koji plaća domaćinstvo i pojedini članovi domaćinstva te drugi izvori njihovih prihoda i uopće imovno stanje stranke kojoj se izdaje potvrda.

Potanje propise o izdavanju potvrde o imovnom stanju donosi organ određen republičkim propisom. ZPP, čl. 173. st. 3. i 4.

51 Vidi odluku OS u Zagrebu, Gž- 7747/77. od 5. srpnja 1978. god., objavljena kod CRNIĆ, I., *Parnični postupak u praksi - primjeri, sudska praksa, objašnjenja*, Zagreb, 1998., str. 216.

52 Tako i u odluci ŽS u Zagrebu, Gž- 700/98. od 28. travnja 1999. god., PSP 8/00-7.

53 Takvo je stajalište zauzeo ŽS u Bjelovaru u odluci Gž- 2271/00. od 30. studenog 2000. god., PSP 8/01-11.

54 Vidi odluku ŽS u Bjelovaru, Gž- 170/99. od 4. veljače 1999. god., PSP 8/99-57.

nadležnog tijela uprave sve do pravomoćnog okončanja postupka, prekludiran je to učiniti po pravomoćnosti presude.⁵⁵ Kada stranka koja ima punomoćnika u parničnom postupku zatraži oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi, tada je sud dužan u postupku zaprimanja izjave o imovnom stanju na ročište pozvati i njezina odvjetnika.⁵⁶ Potvrdu o imovnom stanju, koja se prilaže prijedlogu za oslobođenje od plaćanja sudske pristojbe, izdaje Porezna uprava Ministarstva financija (Zakon o sudskim pristojbama, čl. 14.), a pobliže propise o izdavanju potvrde o imovnom stanju donosi Ministarstvo financija.⁵⁷

1.4.3. Kada je to potrebno, i sam sud može, **po službenoj dužnosti**, pribaviti potrebne podatke i obavijestiti o imovnom stanju stranke koja traži oslobođenje, a o tome može saslušati i protivnu stranku (ZPP, čl. 173. st. 5.). Sud bi to, primjerice, mogao uraditi i onda kad je od izdavanja uvjerenja o imovnom stanju proteklo dosta vremena ili ako ima saznanja o tomu da su u međuvremenu nastale promjene u imovnom stanju stranke te ako posumnja u točnost podataka u uvjerenju o imovnom stanju.

1.4.4. Sud ne mora formalno izraditi rješenje kojim usvaja zahtjev za oslobođenje, već je dovoljno da odluku **konstatira službenom bilješkom** na spisu i to na onom podnesku u kojem je sadržan zahtjev.⁵⁸ Protiv rješenja sudu, kojim se prihvaća prijedlog stranke nije dopuštena **žalba** (ZPP, čl. 173. st. 6.). Protiv rješenja kojim se odbija prijedlog stranke za oslobođenje od plaćanja troškova postupka, dopuštena je posebna žalba. Rješenje suda drugog stupnja kojim je potvrđeno rješenje suda prvog stupnja o odbijanju prijedloga stranke za oslobađanje od plaćanja sudskih pristojbi, nije rješenje kojim postupak pravomoćno završava. Stoga protiv takva rješenja revizija nije dopuštena, jer stranke, po odredbi čl. 382. st. 1. ZPP-a, mogu izjaviti reviziju samo protiv rješenja suda drugog stupnja kojim je postupak pravomoćno završen.⁵⁹

1.5. Postavljanje punomoćnika stranci oslobođenoj od plaćanja troškova postupka

1.5.1. Kada je stranka **potpuno oslobođena** plaćanja troškova postupka, prvostupanjski će sud na njezin zahtjev, a ne po službenoj dužnosti, odrediti da je zastupa punomoćnik, ako je to nužno radi zaštite prava stranke (ZPP, čl. 174. st. 1.). Pitanje nužnosti određivanja punomoćnika je u dispoziciji suda u svakoj parnici. Predstavlja činjenično pitanje koje zavisi od vrste i složenosti spora, te od procjene suda u kojoj je mjeri stranka sposobna sama zastupati svoje interese tijekom postupka. Uvjet "nužnosti" bio bi, primjerice, ispunjen ako se radi o nekoj stranci u paternitetskom sporu, stranci u parnici radi naknade štete u kojoj je istaknuto više

55 U tom je smislu i odluka ŽS u Splitu, Gž-1407/96, od 19. veljače 1997. godine.

56 Usp. odluku ŽS Rijeka, Gž 1101/96, od 11. prosinca 1996. godine.

57 Vidi u tom smislu Napatuk o izdavanju potvrde o imovnom stanju (NN, br. 92/95.).

58 Usp. STANKOVIĆ, G., *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 1989., str. 250., dalje - STANKOVIĆ.

59 Vidi odluku VSH, Rev-670/97, od 11. lipnja 1997. godine.

tužbenih zahtjeva i sl. Rješenje o postavljanju besplatnog punomoćnika akt je sudske uprave i njime se samo utvrđuje pravo na besplatnog punomoćnika te određuje konkretni besplatni punomoćnik. Ako stranka prihvati određenog punomoćnika, izdaje mu punomoć, a opseg punomoći zavisi od toga je li punomoćnik odvjetnik ili nije. Postavljeni punomoćnik nije u ugovornom odnosu sa strankom, već vrši javnu funkciju u skladu s ovlaštenjima utvrđenim u rješenju o postavljanju.

1.5.2. Stranka, kojoj je postavljen punomoćnik, oslobađa se plaćanja stvarnih izdataka i nagrade postavljenom punomoćniku (ZPP, čl. 174. st. 2.), a koje bi inače trebala platiti izabranom punomoćniku. Ako je propisana tarifa za nagrade odvjetnika ili za druge troškove, odmjerit će se takvi troškovi prema toj tarifi (ZPP, čl. 155. st. 2.). **Naknada i nagrada odvjetniku** određuje se u skladu s odredbama odvjetničke tarife,⁶⁰ prema cjeniku koji vrijedi u vrijeme pružanja tih usluga,⁶¹ i obuhvaća, npr., stvarne izdatke potrebne za izvršenje povjerenih poslova, izdatke za poštanske, telefonske i bankarske usluge, troškove prijevoza, dnevnice, zastupanje na ročištima, sastavljanje podnesaka,⁶² pravnih lijekova i sl. Stranka može povjeriti odvjetniku da joj sastavi tužbu i druge podneske, a da ga ne ovlasti da je zastupa na ročištima. Tada stranka može zatražiti i trošak koji je imala u obliku isplaćene nagrade odvjetniku za sastav tužbe i tih podnesaka.⁶³ Ali, ako je stranka angažirala odvjetnika iz mjesta izvan sjedišta suda, a u mjestu sjedišta suda ima ovlaštenih odvjetnika, priznat će joj se samo troškovi na koje bi imala pravo da je odvjetnik iz mjesta sjedišta suda.⁶⁴ U parnične troškove spada i iznos koji je stranka platila svom punomoćniku na ime poreza na promet odvjetničkih usluga.⁶⁵ Međutim, stranci koju zastupa odvjetnik ne pripada posebno pravo na troškove koje ima odvjetnik radi obavještavanja stranke u svezi s obavljenim radnjama u postupku.⁶⁶ Budući da se tu ne radi o obavještavanju stranke sa navođenjem činjeničnog stanja, nego o dopisivanju, što je obuhvaćeno odvjetničkom tarifom.⁶⁷ Usto, stranka nema posebno pravo na materijalne troškove poslovanja odvjetnika (struja, papir, amortizacija kompjutera, režijski troškovi

60 Međutim, privremenom zastupniku postavljenom stranci od suda u osobi odvjetnika ne pripada pravo na nagradu po odvjetničkoj tarifi, već se glede njegova prava na naknadu primjenjuju propisi o naknadi troškova organa starateljstva. ŽS u Bjelovaru, Gž- 1630/97. od 29. siječnja 1997. god., ING PSP 1998-8-31.

61 Vidi odluku VSH, Rev- 1993/90. od 27. prosinca 1990. god. - PSP, 53/146.

62 Prema stajalištu VSH, kad su postojale pretpostavke za podnošenje mandatne tužbe, odvjetniku pripada naknada za sastavljanje te tužbe, iako tužbu nije tako nazvao niti je predložio izdavanje platnog naloga. Rev- 2125/98. od 26. kolovoza 2000. god., SP 1/01-2.

63 Tako i u odluci OS u Puli, Gž- 1052/84. od 4. prosinca 1984. god., PSP 27/127.

64 Takvo je stajalište zauzeo VSH u odluci Gž-3003/78 od 27. 9. 1978. god., PSP 14/363. i VPSH u odluci Pž- 494/80. od 15. travnja 1980. god., PSP 18/220.

65 Vidi odluke VSH, II Rev- 61/1994 od 19. travnja 1994. i Gzz- 2/1994 od 23. veljače 1994. godine, IO 2/95-125.

66 Prema stajalištu koje je u jednoj odluci zauzeo ŽS u Splitu, nema mjesta dosuđenju troška sastavljanja obavijesti strankama (prema odvjetničkoj tarifi) ako se nije radilo o obrazloženim obavijestima iz tarifnog broja 33 Tarife. Gž- 2307/97. od 29. prosinca 1997. god., IO 1/98-159.

67 U tom je smislu i odluka ŽS u Gradu Zagrebu, Gž-2806/97, od 1. srpnja 1997. godine, IO 2/97-111.

odvjetničke pisarnice i sl.), jer su to troškovi koje odvjetnički ured ima da bi uopće mogao funkcionirati i ti su troškovi uključeni u nagradu koja odvjetniku pripada. Te troškove nema u vidu Tbr. 44 Tarife.⁶⁸ Ali troškovi fotokopiranja dokumenata za stranku su nužni izdaci i protivna stranka ih je dužna nadoknaditi.⁶⁹ Trošak odvjetničke obavijesti vlastitoj stranci i trošak nastao zbog uporabe stranog jezika u sporu ne ide na teret protivne, nego vlastite stranke.⁷⁰ Međutim, punomoćnik - odvjetnik nema pravo na 100%-no povišenje svoje nagrade samo zbog toga što je sa svojom strankom razgovarao i razmjenjivao pisma na stranom jeziku.⁷¹ Kada je stranka tijekom parnice opozvala punomoć svom punomoćniku - odvjetniku, nagrade za rad punomoćnika obračunavaju se prema Tarifi o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika koja je bila na snazi u vrijeme prestanka ugovora o punomoći.⁷²

1.5.3. Za punomoćnika se **postavlja** odvjetnik. Ali ako u sjedištu suda nema dovoljno odvjetnika, za punomoćnika se može postaviti i druga osoba s pravnom spremom, sposobna dati potrebnu pravnu pomoć (ZPP, čl. 174. st. 3.).⁷³ Sud je dužan voditi računa o osobi punomoćnika, a posebno o eventualnom postojanju kolizije interesa stranke i postavljenog punomoćnika. Punomoćnika iz reda odvjetnika postavlja predsjednik suda. Ako se niži sud prvog stupnja nalazi u sjedištu višeg suda prvog stupnja, punomoćnika određuje predsjednik višeg suda prvog stupnja (ZPP, čl. 174. st. 4.). Stranka nije dužna prihvatiti određenog punomoćnika i ne mora mu izdati punomoć. Stranka može odlučiti sama voditi parnicu ili sama pronaći punomoćnika koji će je besplatno zastupati. Suprotno, postavljeni punomoćnik dužan je, za razliku od običnog punomoćnika, prihvatiti zastupanje, a postavljeni punomoćnik može iz opravdanih razloga tražiti razrješenje. O tomu odlučuje izvan glavne rasprave predsjednik vijeća, a na raspravi vijeće (ZPP, čl. 174. st. 5.).

1.6. Predujmljivanje troškova iz sredstava suda

Kad je stranka potpuno oslobođena plaćanja troškova postupka, iz **sredstava suda** isplaćuje se predujam za troškove svjedoka, vještaka, uviđaja i izdavanja sudskog oglasa, te stvarni izdaci postavljenog punomoćnika (ZPP, čl. 175.). Ako stranku zastupa odvjetnik kao postavljeni punomoćnik, dužan je sačiniti troškovnik s popisom svih parničnih radnji koje je poduzimao tijekom parnice te iznosom nagrade koja mu pripada po Tarifi, s tim da se na zahtjev odvjetnika isplata dospjelih troškova može vršiti sukcesivno. Na isti način određuju se i troškovi punomoćnika koji nije

68 Usp. odluku ŽS u Gradu Zagrebu, Gž-2806/97, od 1. srpnja 1997. godine, IO 2/97-111.

69 Tako i u odluci OS u Varaždinu, Gž- 138/81. od 19. veljače 1981. - PSP, 19/195.

70 Vidi odluku VPSH, Pž- 53/82. od 23. veljače 1982. god.

71 Tako i u odluci VSH, II Rev- 61/91. od 3. rujna 1991. god., IO 1993/252.

72 Tako je stajalište zauzeo VSH u odluci Rev- 32/93 od 18.2.1993. godine., IO 1/95-108.

73 Tako i TRIVA – DIKA, str. 475. Vidi i DIKA, M., *Gradansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Zagreb, 2008., str. 223.-225.

odvjetnik, osim što mu ne pripada pravo na nagradu za zastupanje.

1.7. Ukidanje rješenja o oslobođenju od plaćanja troškova postupka

Prvostupanjski sud može tijekom postupka **ukinuti rješenje o oslobođenju od plaćanja troškova postupka** i o postavljanju punomoćnika, ako utvrdi da je stranka u stanju podmirivati troškove postupka (ZPP, čl. 176.). Do primjene ove odredbe dolazi kada dođe do promjene u općem imovnom stanju stranke jer je stranka naknadno ostvarila prihode iz raznih izvora. Svakako, sud može ukinuti rješenje o oslobođenju od plaćanja troškova postupka i o postavljanju punomoćnika i ako naknadno utvrdi da uopće nisu postojali uvjeti za donošenje tog rješenja. Donošenje takve odluke može predložiti i protivna stranka ili neko državno tijelo. Tom prilikom sud će riješiti hoće li stranka potpuno ili djelomično nadoknaditi i one troškove i takse od kojih je prije bila oslobođena te stvarne izdatke i nagradu postavljenog punomoćnika. Protiv rješenja, kojim se ukida ranije priznato oslobođenje od plaćanja troškova postupka i sudskih pristojbi, dopuštena je posebna žalba. Kada sud odluči da stranka samo djelomično nadoknadi ranije troškove, mora voditi računa da naknada **prvenstveno** obuhvati one troškove koji su isplaćeni iz sredstava suda.⁷⁴

1.8. Konačno snošenje pristojbi i troškova isplaćenih iz sredstava suda

1.8.1. Obveza **konačnog snošenja troškova** parničnog postupka od kojih je stranka prethodno oslobođena, uvjetovana je ishodom postupka, odnosno (ne)uspjehom u parnici. Ako se parnica okonča neuspjehom stranke koja je oslobođena plaćanja parničnih troškova, ona se definitivno oslobađa plaćanja troškova postupka od kojih je prethodno bila oslobođena, a izdaci učinjeni tijekom postupka konačno padaju na teret sredstava suda. Tada niti jedna stranka nije dužna naknaditi te troškove jer priznato oslobođenje obuhvaća i konačno oslobođenje od izdataka za sudske pristojbe i predujma za one sudske radnje koje je bila dužna podmiriti oslobođena stranka. Ipak, oslobođena stranka nije oslobođena od konačnog snošenja troškova parničnom protivniku, jer je izgubila parnicu.⁷⁵ Pristojbe i troškovi isplaćeni iz sredstava suda te stvarni izdaci i nagrada postavljenog punomoćnika čine u tom slučaju dio parničnih troškova (ZPP, čl. 177. st. 1.).

1.8.2. O naknadi tih troškova od **protivnika stranke koja je oslobođena plaćanja troškova** postupka sud će odlučiti prema odredbama o naknadi troškova (ZPP, čl. 177. st. 2.). Naime, prema odredbama ZPP-a (v. čl. 151.-167.) predviđena su dva načela, odnosno dvije metode naknade troškova: naknada troškova po načelu odgovornosti za uspjeh (načelo *causae*) i naknada troškova po načelu odgovornosti za krivnju (načelo *culpa*).

⁷⁴ Opširnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Oslobođenje od plaćanja troškova postupka i troškovi izvođenja i osiguranja dokaza*, "Hrvatska pravna revija", god. I., 2001., br. 10., str. 111.-122.

⁷⁵ Usp. STANKOVIĆ, str. 251.

Ako je protivnik stranke koja je oslobođena plaćanja troškova postupka osuđen da nadoknaditi parnične troškove, a utvrdi se da **nije u stanju te troškove platiti**, sud može odrediti naknadno da te troškove u cijelosti ili djelomično plati stranka koja je oslobođena plaćanja troškova postupka iz onog što joj je dosuđeno. Time se ne dira u pravo stranke da za ono što je platila traži naknadu od protivnika. U situaciji kada pored stranke koja je oslobođena plaćanja pristojbi u postupku sudjeluje i stranka koja nije oslobođena te obveze, o obvezi stranke koja nije oslobođena plaćanja pristojbi da plati pristojbu u omjeru u kojem bi bila dužna stranka koja je oslobođena te obveze, sud može odlučivati tek nakon pravomoćnog završetka postupka.⁷⁶

2. Zakon o odvjetništvu

2.1. Zakon o odvjetništvu pravo na besplatnog punomoćnika ne ograničava vrstom postupka, pa ga je načelno moguće koristiti u svim vrstama postupaka. Besplatna pravna pomoć osigurava se imenovanjem punomoćnika za zastupanje bez prava na nagradu. Besplatna pravna pomoć koju osigurava Hrvatska odvjetnička komora (dalje – **HOK**) ne odnosi se na davanje pravnih savjeta.

Temeljem čl. 21. ZO-a i glave III. Kodeksa odvjetničke etike („Narodne novine“, broj 64/07., 72/08., dalje - **Kodeks**), HOK osigurava besplatnu pravnu pomoć socijalno ugroženim osobama i žrtvama Domovinskog rata u pravnim stvarima u kojima te osobe ostvaruju prava koja su u svezi s njihovim položajem, kao i u drugim slučajevima predviđenim općim aktima Komore (ZO, čl. 21.).⁷⁷ Odvjetnik je dužan preuzeti zastupanje socijalno ugroženih osoba i žrtava Domovinskog rata u građanskim i krivičnim predmetima kada to odredi nadležno tijelo HOK-a, a u pravnim stvarima u kojima te osobe ostvaruju prava koja su u svezi s njihovim položajem, kada mu

⁷⁶ *Zakon o sudskim pristojbama*, čl. 20. Vidi u tom smislu i odluku ŽS u Rijeci, Gž- 1378/97. od 11. veljače 1998. god., IO 1/98-158.

⁷⁷ Radi ostvarivanja besplatne pravne pomoći potrebno je HOK-u u Zagrebu, Koturaška 53/ II, dostaviti: molbu za imenovanje punomoćnika za zastupanje bez prava na nagradu u kojoj treba navesti za kakav postupak se traži punomoćnik. Ako se postupak već vodi, navesti radi čega se vodi, pod kojim brojem i pred kojim tijelom te dostaviti preslik tužbe; potvrdu nadležne porezne uprave o imovnom stanju; potvrdu o visini mjesečnih primanja, odnosno potvrdu Zavoda za zapošljavanje o nezaposlenosti; presliku domovnice; ukoliko se radi o postupcima radi uzdržavanja maloljetne djece ili osporavanja, odnosno utvrđivanja očinstva, treba dostaviti i njihove domovnice, odnosno rodne listove (u kopiji).

Radi ostvarivanja besplatne pravne pomoći u postupcima radi **uzdržavanja maloljetnog djeteta** potrebno je da zakonski zastupnik maloljetnog djeteta HOK-u u Zagrebu, Koturaška 53/ II dostavi: molbu za imenovanje punomoćnika za zastupanje bez prava na nagradu u kojoj treba navesti za kakav postupak se traži punomoćnik (radi utvrđivanja uzdržavanja, ovrhe uzdržavanja ili povišenja uzdržavanja) i imena djece o čijem se uzdržavanju radi. Ako se postupak već vodi treba navesti radi čega se vodi, pod kojim brojem i pred kojim tijelom te dostaviti preslik tužbe, presliku rodnog lista ili domovnice zakonskog zastupnika i djeteta.

Podnošenje molbe HOK-u radi imenovanja punomoćnika za zastupanje bez prava na nagradu ne prekida protek rokova propisanih za podnošenje tužbi, ulaganje pravnih lijekova, odnosno drugih propisanih rokova. Podatak na stranici: <http://www.hok-cba.hr/Default.aspx?sec=169>.

pružanje te pravne pomoći povjeri HOK u skladu s općim aktom. Stranka ne može slobodno birati odvjetnika-punomoćnika koji bi joj pružio besplatnu pravnu pomoć na temelju odredbe čl. 21. ZO-a. Predsjednik HOK-a rješenjem određuje odvjetnika koji će zastupati stranku u konkretnom parničnom predmetu i to na temelju abecednog popisa odvjetnika koji imaju sjedište pisarnice na području suda pred kojim bi se postupak trebao voditi ili se vodi. Ako bi stranka bila nezadovoljna s imenovanim punomoćnikom ili ako bi postojao neki drugi opravdani razlog koji onemogućava urednu komunikaciju stranke i odvjetnika, tada se može promijeniti osoba odvjetnika na način da se određuje novi odvjetnik koji će zastupati stranku.⁷⁸

U slučaju uspjeha u besplatnom zastupanju socijalno ugroženih osoba ili žrtava Domovinskog rata, odvjetnik može od zastupanih osoba tražiti nagradu za pružene usluge u mjeri u kojoj to zastupanje neće izgubiti svoje socijalno i humano obilježje. U svakom slučaju smije tražiti onu nagradu koju je zastupana stranka ostvarila po osnovi njegovog zastupanja na teret protivne stranke (Kodeks, poglavlje III/35-39).⁷⁹

Kako se mogućnost pružanja besplatne pravne pomoći od strane odvjetnika odnosi isključivo na žrtve Domovinskog rata i socijalno ugrožene osobe i to u pravnim stvarima u kojima te osobe ostvaruju prava koja su u svezi s njihovim položajem, razvidno je da je u praksi skupina stranaka koje ostvaruju besplatnu pravnu pomoć odvjetnika vrlo uska, glede u glede osoba koje je mogu ostvariti (samo hrvatski državljani), i pravnih stvari za koje se može odobriti (u pravnim stvarima u kojima te osobe ostvaruju prava koja su u svezi s njihovim položajem). Usto, takva „besplatna pravna pomoć“ uključuje samo oslobođenje od nagrade odvjetniku, a ne i oslobođenje od stvarnih izdataka, dakle, troškova koje je odvjetnik imao tijekom zastupanja, a koje, primjerice, ZPP uključuje u besplatnu uslugu određujući mogućnost da sud koji vodi postupak imenuje besplatnog punomoćnika. Također, odvjetnici će uz spomenuta ograničenja, ipak moći tražiti nagradu od besplatno zastupanih osoba u slučaju uspješnog zastupanja.⁸⁰

O pružanju besplatne pravne pomoći odvjetnika, dodatno će biti riječi u poglavlju u kojem će se govoriti o odvjetnicima kao pružateljima pravne pomoći po odredbama ZBPP-a (v. poglavlje 3.4.2.).

2.2. Odredbama čl. 5. ZO-a uređeno je, odnosno dopušteno je i pružanje pravne pomoći za nagradu docentima i (izvanrednim i redovitim) profesorima pravnih predmeta na sveučilištima u Republici Hrvatskoj.

78 Tako i detaljnije o tome kod SUČEVIĆ, M., *Novi položaj odvjetnika kao punomoćnika u parničnom postupku prema Noveli ZPP-a iz 2008.*, rad objavljen u zborniku DIKA, M. i dr., *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2008.*, „Narodne novine“, Zagreb, 2008., str. 23.

79 Postoji mišljenje da bi se odvjetnik, ipak, trebao zadovoljiti samo iznosom naplaćenim na teret protivnika jer bi se svaka suprotna praksa odričala zastupanju karakter besplatnosti. MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 135.

80 Usp. BARIĆ, S., *Pravna pomoć i neprofitne organizacije u RH – s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci*, «Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci», v. 25, 1991., br. 2, str. 944.

Odstupajući donekle od načela ekskluziviteta odvjetništva u pružanju pravne pomoći, ZO je ovlastio, odnosno dopustio pružanje pravne pomoći za nagradu profesorima i docentima pravnih predmeta na sveučilištima u Republici Hrvatskoj (ZO, čl. 5.). Bitno je napomenuti da slična rješenja sadrže i neka zapadnoeuropska zakonodavstva. Navedeni krug osoba ovlašten je za nagradu **davati pravne savjete i mišljenja**, ali ne i druge oblike pravne pomoći (ZO, čl. 5. st. 2.). Drugim riječima, navedeni krug osoba nije ovlašten za nagradu sastavljati isprave (ugovore, oporuke, izjave i dr.) niti sastavljati tužbe, prijedloge, zahtjeve, molbe, izvanredne pravne lijekove i druge podneske (ZO, čl. 5. st. 3.), a držimo niti zastupati stranke uz naknadu. Odredbama ZO-a omogućava se određenom krugu znanstvenika, uskospecijaliziranim i osposobljenim stručnjacima za pojedina područja prava, pružanje pravne pomoći koju standardno odvjetništvo zbog niza razloga uglavnom ne pruža niti bi moglo pružiti na razini na kojoj to mogu sveučilišni nastavnici. Tako se navedeni krug osoba prilikom pružanja pravne pomoći podvrgava nadzoru HOK-a na način da imaju za obvezu o svojoj nakani pružanja pravne pomoći izvijestiti HOK poradi evidentiranja te su dužni u pružanju pravne pomoći pridržavati se odredaba ZO-a, općih akata HOK-a i Kodeksa (ZO, čl. 5. st. 4. i 5.). HOK je dužna nadzirati nastavnike pravnih predmeta na sveučilištima u pružanju pravne pomoći radi zaštite prava i interesa stranaka. U tom smislu HOK vodi imenik nastavnika pravnih predmeta na sveučilištima koji namjeravaju pružati pravnu pomoć (Statut HOK, „Narodne novine” broj 74/09., čl. 17).

Istina je da ZO određuje da su se profesori pri pružanju pravne pomoći dužni pridržavati odredaba Zakona, općih akata HOK-a i Kodeksa. Međutim, držimo da se, zbog niza razloga, odredbe tih propisa ne mogu u potpunosti učinkovito primijeniti na taj krug osoba, kao što se mogu i moraju primijeniti na odvjetnike. Prije svega jer profesori nisu članovi HOK-a pa ne mogu ostvarivati određena prava i pogodnosti koje mogu članovi HOK-a (npr. odvjetnički imunitet i odvjetnička tajna). Ne mogu im se nametnuti ni obveze i odgovornosti koje članovi HOK-a moraju prihvatiti (npr., odredbe o uskrati pravne pomoći i članarini itd.). Između ostalog ni o **besplatnom pružanju pravne pomoći**. S druge strane, držimo da su profesori u potpunosti ovlašteni odlučiti hoće li pružati besplatnu pravnu pomoć. Štoviše i nenaplatnu, bez kasnije naknade Republike Hrvatske (prema odredbama ZBPP-a), pa čak i strankama koje ne ostvaruju uvjete da mogu biti korisnici besplatne pravne pomoći po odredbama ZBPP-a.⁸¹

81 Podrobnije o tome vidi kod ČIZMIĆ, J., *Neka zapažanja o pružanju pravne pomoći od strane nastavnika pravnih fakulteta u Republici Hrvatskoj*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu”, god. 38., 2001., br. 1 (61), str. 143.-147.

3. Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći

3.1. Predmet zakona

Do donošenja ZBPP-a pružanje besplatne pravne pomoći u građanskim predmetima u jednom uskom segmentu bilo je uređeno ZO-om i to samo za državljane Republike Hrvatske u točno određenom (malom) broju postupaka, čime su se isključivali stranci i apatridi od prava na besplatnu pravnu pomoć. S obzirom na to da je time besplatna pravna pomoć bila zajamčena i osigurana samo određenoj kategoriji građana, javila se potreba za pronalaženjem drugih organizacijskih oblika pružanja besplatne pravne pomoći. Usto, jedan od razloga tome leži i u činjenici da su početkom devedesetih godina ukinuti tadašnji uredovni dani na općinskim sudovima gdje su se građani obraćali sa svojim pravnim pitanjima, odnosno gdje su im bili pružani besplatni pravni savjeti.⁸² Na potrebu unaprjeđenja sustava besplatne pravne pomoći unatrag nekoliko godina upozoravao je i Pučki pravobranitelj Republike Hrvatske koji je isticao da je taj institut bitan element prava na pristup pravosuđu i na jednakost pred zakonom. Osobito se to odnosilo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim parnicama. Sve je to uzrok najvećeg problema u našem pravosuđu, a to je dugotrajnost postupaka, koja najviše pogađa slabe i siromašne. Zakonodavac je držao da će se uspostavljanjem primjerenog sustava instituta besplatne pravne pomoći osnažiti proces demokratizacije te da će se ispuniti određeni politički uvjeti za priključenje Republike Hrvatske Europskoj uniji usklađivanjem hrvatskog zakonodavstva u segmentu besplatne pravne pomoći s pravnom stečevinom EU, gdje je institut besplatne pravne pomoći vrlo razvijen.⁸³

Stupanjem na snagu ZBPP-a 1. veljače 2009. godine u Republici Hrvatskoj je uspostavljen sveobuhvatan sustav pružanja besplatne pravne pomoći osobama slabijeg imovnog stanja pri rješavanju njihovih egzistencijalnih pitanja. ZBPP i podzakonski propisi uspostavljaju sustav u kojem se omogućava građanima slabijeg imovnog stanja angažiranje odvjetnika i dobivanje pravne pomoći za pojedine pravne radnje i ravnopravan pristup sudskim i upravnim postupcima. Time se stvara cjelovit sustav pravne pomoći bez diskriminacije s obzirom na imovno stanje pojedinca. Novim sustavom uspostavljen je sveobuhvatan nadzor nad kvalitetom pružene pravne pomoći te su predviđeni mehanizmi sankcioniranja nestručnog i nesavjesnog postupanja u pružanju pravne pomoći.⁸⁴ ZBPP-om se uređuju pojam, vrste i opseg besplatne pravne pomoći, korisnici pravne pomoći, nadležnost, postupak i uvjeti za ostvarivanje pravne pomoći, pružatelji pravne pomoći, pravna pomoć iz razloga pravičnosti, prekogranično ostvarivanje pravne pomoći, financiranje pravne pomoći i nadzor nad provedbom ovoga Zakona (ZBPP, čl. 1.).

Odredbama čl. 2. ZBPP-a definiran je **pojam pravne pomoći** kako je uređena

82 Vidi NACRT PRIJEDLOGA ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI - RADNI TEKST ZA RASPRAVU, *Ocjena stanja*, str. 1.

83 U tom smislu vidi *Prijedlog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći Kluba zastupnika PGS-a, SBHS-a i MDS-a, Ocjena stanja*, str. 1.

84 Usp. *Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440.

ZBPP-om. Tako se pravna pomoć definira kao način olakšavanja pristupa sudu i drugim tijelima koja odlučuju o pravima i obvezama hrvatskih državljana i stranaca na način da troškove u cijelosti ili djelomično snosi Republika Hrvatska, uzimajući u obzir njihov materijalni položaj i okolnost da ne bi mogli ostvariti to pravo bez ugrožavanja svojeg uzdržavanja i uzdržavanja članova svojeg kućanstva. Dakle, u prvom redu polazi se od činjenice da se radi o pravu na jednakost svih pred zakonom, koje je zajamčeno Ustavom Republike Hrvatske i međunarodnim dokumentima. Također, u skladu s međunarodnim dokumentima, a posebice Direktivom 2003/8/EZ od 27. 01. 2002., pravo na pravnu pomoć se jamči svim fizičkim osobama bez obzira na državljanstvo. Pravna pomoć uređena ZBPP-om pruža se u cijelosti ili djelomično uz financijsku potporu države.

3.2. Vrste i opseg pravne pomoći

Što se **vrsta pravne pomoći** tiče, odredbama čl. 4. ZBPP-a, pravna pomoć utvrđuje se i ostvaruje kao primarna ili sekundarna pravna pomoć. U tom smislu **primarna** pravna pomoć obuhvaća osobito:⁸⁵ opću pravnu informaciju;⁸⁶ pravni savjet;⁸⁷ pravnu pomoć u sastavljanju pismena pred tijelima uprave i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti;⁸⁸ zastupanje u upravnim stvarima; pravnu pomoć u mirnom izvansudskom rješavanju sporova; te zastupanje pred ESLJP i međunarodnim organizacijama, ako je u skladu s međunarodnim ugovorima i pravilima o radu tih tijela. S druge strane, **sekundarna** pravna pomoć obuhvaća: zastupanje pred sudom; pravnu pomoć za mirno rješavanje sporova pred sudom; sastavljanje pismena u sudskim postupcima. Ovakva podjela omogućava davanje ovlasti pojedinom pružatelju na pružanje točno utvrđenih oblika pravne pomoći.⁸⁹ **Odobranje bilo kojeg oblika pravne pomoći uključuje i oslobođenje od plaćanja pristojbi i troškova postupka (ZBPP, čl. 4. st. 4.).**

Odredbama ZBPP-a propisano je da će se korištenje pravne pomoći odobriti u svim postupcima pred sudovima, upravnim tijelima i drugim pravnim osobama s javnim ovlastima kada rješavaju egzistencijalna pitanja korisnika (ZBPP, čl. 5. st. 1.).⁹⁰

85 Formulacija riječi „osobito“ u smislu definiranja područja pravne zaštite kojima se štite egzistencijalna pitanja korisnika besplatne pravne pomoći, očigledno dopušta i druga područja pravne zaštite koja čl. 5. Zakona nisu izričito navedena. FREIBERGER, S., *U očekivanju početka primjene Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator», br. 5322/5323. od 28. rujna 2008., str. 7.

86 *Opća pravna informacija* je nenaplatni oblik pravne pomoći koji sadrži opću i načelnu uputu o pravnom uređenju pojedinog područja (ZBPP, čl. 3. t. 7.).

87 *Pravni savjet* je cjelovita uputa o načinu i mogućnostima rješavanja pojedina pravnog pitanja (ZBPP, čl. 3. t. 10.).

88 *Sastavljanje pismena u postupcima* je izrada pismena kojim se postupak pokreće ili se podnosi u pojedinoj fazi postupka, a za koji nije izdana punomoć (ZBPP, čl. 3. t. 13.).

89 Vidi PRIJEDLOG ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI, *Obrazloženje*, str. 35.

90 Tako i *podrobnije Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440.

Kao pitanja od egzistencijalne važnosti posebno su istaknuta pitanja koja se odnose na: statusna pitanja, prava iz sustava socijalne skrbi, prava iz sustava mirovinskog, invalidskog osiguranja i drugi oblici pomoći, radnopravne stvari, zaštita djece i mladih punoljetnika, zaštita žrtava kažnjivih djela, žrtava trgovanja ljudima, obiteljskog nasilja i kada je to predviđeno međunarodnim ugovorima kojih je Republika Hrvatska stranka, kao i imovinsko-pravna pitanja u vezi sa zaštitom nekretnina do veličine zadovoljavajućega stambenog prostora, odnosno zaštitom sredstava za rad neophodnih za uzdržavanje korisnika i članova kućanstva te novčanih sredstava do dvadeset najnižih mjesečnih osnovica za obračunavanje i plaćanje doprinosa za obvezna osiguranja na dan podnošenja zahtjeva prema Zakonu o doprinosima za obvezna osiguranja, po članu njegovog kućanstva. Iznimno, u sudskim postupcima sud može na zahtjev stranke koja ne ispunjava ZBPP-om propisane uvjete odobriti pravnu pomoć iz razloga pravičnosti (ZBPP, čl. 5. st. 2. i 3. u svezi s čl. 42.-44.).

Odredbama čl. 6. ZBPP-a predviđena je mogućnost da korisnik pravne pomoći, zavisno od svojih materijalnih prilika sudjeluje u troškovima postupka u određenom postotku. U tom smislu, odobravanje pravne pomoći odnosi se na potpuno ili djelomično osiguravanje plaćanja troškova pravne pomoći, a odobrena pravna pomoć može biti ograničena samo iz razloga koji su propisani ZBPP-om. To bi trebalo omogućiti racionalno korištenje sredstava kao i jačanje odgovornosti pojedinca pri pokretanju i vođenju postupaka. Ujedno se omogućava ostvarivanje prava na pravnu pomoć većem broju korisnika uz ista raspoloživa sredstva.⁹¹

3.3. *Korisnici pravne pomoći*

U smislu odredaba ZBPP-a, **korisnik** pravne pomoći je fizička osoba koja koristi ZBPP-om propisane oblike pravne pomoći (ZBPP, čl. 3. t. 4.). Tako se korisnicima pravne pomoći smatraju hrvatski državljani, stranci na privremenom boravku, stranci na stalnom boravku, azilanti, stranci pod supsidijarnom zaštitom i stranci pod privremenom zaštitom, koji ne mogu snositi troškove pravne pomoći bez opasnosti od egzistencijalne ugroženosti (ZBPP, čl. 7. st. 1.). Definira se, dakle krug osoba koje mogu ostvariti pravo na pravnu pomoć u skladu s pravnim stečevinama Europske unije, Direktivom 2003/8/EZ, od 27.01. 2003. o poboljšanju pristupa sudu u prekograničnim sporovima uspostavom minimalnih zajedničkih pravila o pravnoj pomoći u takvim sporovima, koja propisuje osiguravanje prava na pravnu pomoć hrvatskim državljanima s prebivalištem u inozemstvu i strancima kada se postupak vodi pred domaćim sudom.⁹² Usto, korisnici pravne pomoći su i tražitelji azila u postupcima za koje pravna pomoć tražiteljima azila nije predviđena posebnim

91 Usp. MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 142. Vidi i PRIJEDLOG ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI, *Obrazloženje*, str. 35.

92 Vidi PRIJEDLOG ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI, *Obrazloženje*, str. 36.

zakonom (ZBPP, čl. 7. st. 2.).⁹³ Odnosno Zakonom o azilu, koji utvrđuje pravo na besplatnu pravnu pomoć u čl. 34. i 47. na način da propisuje dopuštene oblike besplatne pravne pomoći, pružatelje pravne pomoći, način stjecanja svojstva pružatelja pravne pomoći (sklapanjem ugovora s Ministarstvom) i krug ovlaštenih primatelja besplatne pravne pomoći (azilante i strance pod supsidijarnom zaštitom). Besplatna pravna pomoć u smislu Zakona o azilu obuhvaća isključivo pružanje općih informacija koje se odnose na prava i obveze koje nastaju odobrenjem azila i supsidijarne zaštite, pomoć u žalbenom postupku i zastupanje pred Povjerenstvom u svezi s negativnim odlukama o pravu na azil, odnosno supsidijarnu zaštitu.⁹⁴ Stranci na privremenom boravku i stranci na stalnom boravku mogu ostvariti pravo na pravnu pomoć ako u zemlji državljanstva ispunjavaju uvjete za odobravanje prava na pravnu pomoć u postupcima za koje se pravna pomoć može odobriti prema odredbama ZBPP-a i u postupcima za koje se pravna pomoć može odobriti hrvatskim državljanima (ZBPP, čl. 7. st. 3). Korisnici pravne pomoći mogu biti i djeca stranci koja su u Republici Hrvatskoj zatečena bez pratnje roditelja ili zakonskog zastupnika (ZBPP, čl. 7. st. 4.).

Uvjet za odobravanje besplatne pravne pomoći jest **imovno stanje** podnositelja zahtjeva i članova njegova kućanstva. Imovno stanje podnositelja zahtjeva su ukupni dohodak, ukupni primici i imovina podnositelja zahtjeva i članova njegova kućanstva (ZBPP, čl. 3. t. 3.). Sa stajališta pristupa pravosuđu visoki troškovi na koje pojedinci mogu naići prilikom ostvarivanja nekog oblika pravne zaštite ne mogu se uvijek smatrati prihvatljivim,⁹⁵ a posebno kada su u pitanju osobe slabog imovnog stanja. U tom smislu besplatnu pravnu pomoć trebalo bi osigurati osobama koje **ne mogu snositi troškove pravne pomoći bez egzistencijalne ugroženosti** podnositelja

93 Odredba st. 2. predstavlja i usklađivanje s odredbama Haške konvencije o građanskom postupku (1957.) i Konvencije o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima (1988). PRIJEDLOG ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI, *Obrazloženje*, str. 36.

94 Tako FREIBERGER, S., U *očekivanju početka primjene Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator», br. 5322/5323. od 28. rujna 2008., str. 5.

95 Vidi JELINIĆ, Z., *O Prijedlogu Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator», broj 5560. od 20. lipnja 2007., str. 5.

zahtjeva i članova njegova kućanstva.⁹⁶

3.4. Pružatelji pravne pomoći

3.4.1. Pružatelj pravne pomoći može biti odvjetnik, udruga ili visoko učilište koje izvodi sveučilišne studije u znanstvenom području prava (a pruža pravnu pomoć preko pravnih klinika), koji u skladu s odredbama ZBPP-a pružaju pojedini oblik pravne pomoći (ZBPP, čl. 3. t. 12.). Na ovaj je način prihvaćena uobičajena praksa većine država Europske unije.⁹⁷

Pružatelji pravne pomoći pružaju pravnu pomoć uz naknadu, a iznimno pružatelji pravne pomoći ne naplaćuju pružanje opće pravne informacije (ZBPP, čl. 9. st. 2. i 3.). Dakle, opća pravna informacija je nenaplatni oblik pravne pomoći koji sadrži opću i načelnu uputu o pravnom uređenju pojedinog područja (ZBPP, čl. 3. t. 7.). Visine utvrđenih naknada propisane su odredbama Uredbe o tarifi za utvrđivanje vrijednosti iznosa naknade za pružanje primarne i sekundarne pravne pomoći. Odredbe Uredbe o tarifi temelje se na iznosima utvrđenim u odvjetničkoj tarifi, a vrijednost boda svake godine utvrđuje se Odlukom Vlade.⁹⁸

Pružatelji ne smiju koristiti bilo koji oblik **promidžbe** o pružanju pravne pomoći prema odredbama ZBPP-a (ZBPP, čl. 9. st. 4.). U slučaju nedopuštene promidžbe

96 Prema odredbama čl. 8. ZBPP-a, „smatrat će se (1) da osoba ne može snositi troškove pravne pomoći bez egzistencijalne ugroženosti ako ostvaruje prava iz sustava socijalne skrbi i drugih oblika pomoći, odnosno pravo na opskrbninu prema Zakonu o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji i Zakona o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata ili ako imovno stanje podnositelja zahtjeva i punoljetnih članova njegovog kućanstva odgovara sljedećim uvjetima: a) kad imovina, u novčanom obliku, podnositelja zahtjeva i članova njegovog kućanstva ne iznosi više od dvadeset najnižih mjesečnih osnovica za obračunavanje i plaćanje doprinosa za obvezna osiguranja, na dan podnošenja zahtjeva, prema Zakonu o doprinosima za obvezna osiguranja, po članu njegovog kućanstva; b) kad podnositelj zahtjeva ili punoljetni članovi njegovog kućanstva posjeduju imovinu, osim imovine u novčanom obliku, čija ukupna vrijednost ne prelazi iznos od dvadeset najnižih mjesečnih osnovica za obračunavanje i plaćanje doprinosa za obvezna osiguranja na dan podnošenja zahtjeva prema Zakonu o doprinosima za obvezna osiguranja; c) kad podnositelj zahtjeva odnosno punoljetni članovi njegova kućanstva, imaju u vlasništvu stan ili kuću koji se smatraju zadovoljavajućim stambenim prostorom u smislu članka 3. ovoga Zakona, te ako imaju u vlasništvu automobil čija vrijednost ne prelazi osamnaest najnižih mjesečnih osnovica za obračunavanje i plaćanje doprinosa za obvezna osiguranja na dan podnošenja zahtjeva, prema Zakonu o doprinosima za obvezna osiguranja; d) kad ukupni dohodak i ukupni primici podnositelja zahtjeva i punoljetnih članova njegovog kućanstva mjesečno ne prelaze po članu kućanstva iznos najniže osnovice za obračun i plaćanje doprinosa za obvezna osiguranja na dan podnošenja zahtjeva, prema Zakonu o doprinosima za obvezna osiguranja.

(2) Besplatna pravna pomoć odobrit će se djeci, koju su roditelji i drugi obveznici uzdržavanja po odredbama zakona dužni uzdržavati, u postupcima koji se vode pred nadležnim tijelima radi ostvarivanja prava djeteta na uzdržavanje neovisno o materijalnim prihodima obitelji“. Drži se da navedena imovina predstavlja minimalne uvjete za život, bez kojih bi njihova egzistencija mogla biti ugrožena.

97 Vidi mrežnu stranicu *Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440.

98 *Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440.

primjenjuju se mjere propisane ZBPP-om za nesavjesno pružanje pravne pomoći. Kad tijelo pred kojim se vodi postupak u kojem stranka ostvaruje pravo na pravnu pomoć utvrdi da je pravna pomoć pružena nesavjesno ili nestručno, odnosno da se koristio bilo koji oblik promidžbe o pružanju pravne pomoći prema odredbama ZBPP-a, sastavit će o tomu bilješku u spisu i upozorit će na tu okolnost pružatelja pravne pomoći, korisnika pravne pomoći, tijelo koje je izdalo uputnicu i ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa (ZBPP, čl. 62. st. 3.).⁹⁹

3.4.2. Pružanje pravne pomoći od strane odvjetnika – Odredbama čl. 10. ZBPP-a uređeno je postupanje odvjetnika kada pružaju pravnu pomoć **na temelju uputnice**. Odvjetnici su ovlašteni pružati primarnu i sekundarnu pravnu pomoć (ZBPP, čl. 10. st. 1.). Za razliku od udruga i visokih učilišta kao pružatelja pravne pomoći, odvjetnici su jedini ovlašteni za pružanje sekundarne pravne pomoći korisnicima. Odnosno jedini su ovlašteni za: zastupanje pred sudom, pravnu pomoć za mirno rješavanje sporova pred sudom te sastavljanje pismena u sudskim postupcima. ZBPP o odvjetnicima kao pružateljima pravne pomoći ne sadrži posebna pravila, pa se na njih primjenjuju norme koje reguliraju status odvjetnika (ZO, Statut Hrvatske odvjetničke komore, Kodeks).¹⁰⁰

Odvjetnik ne smije odbiti pružiti pravnu pomoć u skladu s odredbama ZBPP-a, osim u slučajevima predviđenima ZO-om za uskratnu pravnu pomoć (ZBPP, čl. 10. st. 2.). Odvjetnik je tako **dužan uskratiti** pružanje pravne pomoći: ako je on ili koji drugi odvjetnik koji je radio ili radi u istom uredu u istoj stvari ili stvari koja je s njome pravno povezana zastupao protivnu stranku ili obje stranke, dao im pravni savjet ili od njih primio uputu; ako je u istoj stvari ili stvari koja je s njome pravno povezana radio kao odvjetnički vježbenik kod odvjetnika koji je zastupao protivnu stranku; ako je u istoj stvari ili stvari koja je s njome pravno povezana radio kao sudac, državni odvjetnik ili kao službena osoba u upravnom ili drugom postupku (ZO, čl. 9.). Odvjetnik **može odbiti** zahtjev stranke za pružanje pravne pomoći samo

⁹⁹ „(1) Korisnik pravne pomoći koji je upozoren na nestručno ili nesavjesno pružanje pravne pomoći ima pravo povući uputnicu i odabrati drugog pružatelja pravne pomoći. Pružatelj pravne pomoći ima pravo obračunati troškove do povlačenja uputnice osim za pravnu radnju koja je neposredno prethodila povlačenju uputnice. (2) Korisnik pravne pomoći dužan je obavijestiti ured o promjeni pružatelja pravne pomoći ili, ako odustane od pravne pomoći, vratiti uputnicu prema odredbama ovoga Zakona“ (ZBPP, čl. 63.).

„(1) Kad je pravnu pomoć pružao odvjetnik, ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa će o nestručnom ili nesavjesnom pružanju pravne pomoći obavijestiti Hrvatsku odvjetničku komoru. (2) Kad je pravnu pomoć pružala ovlaštena udruga, ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa će preispitati ovlast za pružanje pravne pomoći i o tome unijeti zabilješku u registar. U slučaju višekratnog ponavljanja slučajeva nesavjesnog ili nestručnog pružanja pravne pomoći od strane udruga, donijet će se rješenje o zabrani pružanja pravne pomoći i brisanju iz registra udruga koje pružaju pravnu pomoć. (3) Kad je pravnu pomoć pružala pravna klinika, o nesavjesnoj i nestručno pruženoj pravnoj pomoći ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa obavijestit će visoko učilište koje izvodi sveučilišni studij u znanstvenom području prava“ (ZBPP, čl. 64.).

¹⁰⁰ Tako MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 147.

zbog važnih razloga, npr. zbog preopterećenosti, slabih izgleda na uspjeh, nedostatka posebnog iskustva u toj grani prava, zbog toga što je općepoznato da je stranka sklona obijesnom parničanju, nemoralnosti razloga iz kojih se pružanje pomoći traži, nesposobnosti stranke da plaćanja gotovih izdataka i sl. (Kodeks, t. 43.). Odvjetnik, koji osobno poznaje protivnu stranku smije odbiti zastupanje protiv nje, a ako je ipak pripravan preuzeti zastupanje, mora prije toga svoju stranku upozoriti na to poznanstvo (Kodeks, t. 44.). Odvjetnik, kojemu je HOK odobrio pružanje specijalizirane pravne pomoći smije uskratiti pružanje svih oblika pravne pomoći koji ne pripadaju njegovoj specijalnosti (Kodeks, t. 45.). Odvjetnik, koji obavlja neki pravni posao za dvije ili više stranaka treba otkloniti zastupanje bilo koje od tih stranaka dođe li do spora između njih u vezi s tim pravnim poslom (Kodeks, t. 47.).

Podnositelj zahtjeva za odobravanje pravne pomoći može odbijanje pružanja pravne pomoći prijaviti ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa, a neosnovano odbijanje pružanja pravne pomoći smatrat će se u smislu odredaba ZBPP-a nesavjesnim pružanjem pravne pomoći. Podnositelj zahtjeva mogao bi u slučaju odbijanja pružanja pravne pomoći odvjetnika, uputiti i pritužbu HOK-u.¹⁰¹

3.4.3. Udruge kao pružatelji pravne pomoći - Budući da su početkom devedesetih godina ukinuti tadašnji „uredovni dani“ na općinskim sudovima gdje su građanima pružani besplatni pravni savjeti, različite udruge počele su pružati pojedine oblike besplatne pravne pomoći na način da su pravnici zaposleni u udrugama ili pravnici koji surađuju s udrugama, korisnicima pružali pravne savjete te izrađivali podneske u upravnim stvarima, dok su u sudskim postupcima udruge angažirale odvjetnike za pružanje besplatne pravne pomoći svojim korisnicima. Broj korisnika besplatne pravne pomoći pružene od udruga, bio je znatan i postojala je stalna potreba postojanja takvog oblika pravne pomoći.¹⁰² Takva potreba postoji i danas (posebno za neke kategorije korisnika poput izbjeglica, stranaca ili azilanata) pa su (ovlaštene) udruge našle svoje mjesto i u ZBPP-u.¹⁰³

101 *Ibid.*, str. 146.

102 **Vidi** *Besplatna pravna pomoć*, Vi pitate - odgovaramo mi, «Informator» broj 5482. od 20. rujna 2006., str. 15.

103 Potreba za pružanjem besplatne pravne pomoći neprofitnih organizacija u RH posljedica je nekoliko čimbenika: velike migracije stanovništva zbog ratnih okolnosti i s tim povezana izloženost kršenju ljudskih prava velikih razmjera; raspad pravnog sustava SFRJ i uspostava država sljednica, što je dovelo u pitanje različita statusna prava stanovništva (državljanstvo, mirovinska prava, priznavanje diploma, različita imovinska prava, itd.); sposobnost neprofitnih organizacija u ostvarivanju komunikacije između područja različitih država sljednica u razdoblju kada izbjeglice nisu mogle ostvariti kontakt s tijelima matične države; diskriminacija određenih skupina stanovništva, najčešće po nacionalnoj ili vjerskoj osnovi; znatno povećanje udjela stanovništva teškog imovinskog položaja uz istovremeno ukidanje besplatnog pružanja pravne pomoći u sudovima; netransparentnost, često i nekonzistentnost velikog broja zakonskih, a još više podzakonskih propisa, itd. BARIĆ, S., *Pravna pomoć i neprofitne organizacije u RH – s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci*, «Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci», v. 25, 1991., br. 2, str. 936.

U smislu odredaba ZBPP-a, **ovlaštena udruga** je udruga koja je ispunila ZBPP-om propisane uvjete i koja se na temelju rješenja kojim se ovlašćuje na pružanje pravne pomoći upisuje u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć (ZBPP, čl. 3. t. 8.).

Ovlaštene udruge pružaju primarnu pravnu pomoć prema odredbama ZBPP-a (ZBPP, čl. 11. st. 1.), odnosno ovlaštene su davati: opću pravnu informaciju, pravni savjet, pravnu pomoć u sastavljanju pismena pred tijelima uprave i pravnim osobama koje imaju javne ovlasti, zastupanje u upravnim stvarima, pravnu pomoć u mirnom izvansudskom rješavanju sporova, zastupanje pred Europskim sudom za ljudska prava i međunarodnim organizacijama, ako je u skladu s međunarodnim ugovorima i pravilima o radu tih tijela (arg. ZBPP, čl. 4. st. 2.).

Ovlaštene udruge ne smiju odbiti pružiti pravnu pomoć donositelju uputnice (ZBPP, čl. 11. st. 2.). Neosnovano odbijanje pružanja pravne pomoći može se smatrati u smislu odredaba ZBPP-a nesavjesnim pružanjem pravne pomoći. Nadzor nad savjesnim i stručnim pružanjem pravne pomoći ovlaštenih udruga obavlja po službenoj dužnosti tijelo pred kojim se vodi postupak u kojem stranka ostvaruje pravo na pravnu pomoć, te neposredno i ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa koje treba najmanje jednom u dvije godine izvršiti nadzor nad pružanjem pravne pomoći udruga. Ako tijelo pred kojim se vodi postupak utvrdi da je pravna pomoć pružena nesavjesno ili nestručno, treba sastaviti o tome bilješku u spisu i upozoriti na tu okolnost pružatelja pravne pomoći, korisnika pravne pomoći, tijelo koje je izdalo uputnicu i ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa (arg. ZBPP, čl. 62.). U slučaju višekratnog ponavljanja slučajeva nesavjesnog ili nestručnog pružanja pravne pomoći udruga, treba donijeti rješenje o zabrani pružanja pravne pomoći i brisanju iz registra udruga koje pružaju pravnu pomoć (arg. ZBPP, čl. 64.).

Udruga stječe ovlast za pružanje pravne pomoći upisom u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć pri ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa. Da bi stekla ovu ovlast, udruga u prvom redu mora biti osnovana prema odredbama Zakona o udrugama i registrirana kod nadležnog ureda državne uprave, odnosno ureda Grada Zagreba.¹⁰⁴ Davanje ovlaštenja udrugama za pružanje pravne pomoći uključuje ih u jednu vrstu javne službe. Država je dužna osigurati da javne službe ispunjavaju

104 „(1) Udruga podnosi zahtjev za upis u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa.

(2) Zahtjevu za upis u registar prilažu se statut udruge, rješenje o upisu u registar udruga, dokazi o osiguranoj suradnji osobe koja prema odredbama ovoga Zakona može pružati pravnu pomoć u udruzi te kopija police osiguranja od odgovornosti za štetu.

(3) Na postupak upisa udruge u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć, odgovarajuće se primjenjuju odredbe Zakona o udrugama.

(4) O upisu udruga u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć izdaje se rješenje kojim se udruga ovlašćuje za pružanje primarne pravne pomoći.

(5) Protiv rješenja kojim se odbija upis u registar nije dopuštena žalba, već se može pokrenuti upravni spor.

(6) Ministar nadležan za poslove pravosuđa pravilnikom će propisati način vođenja i oblik registra udruga ovlaštenih za pružanje pravne pomoći.“ (ZBPP, čl. 12.).

kriterije stručnosti, kako bi se građanima koji njihove usluge koriste omogućilo pružanje usluga koje su na potrebnoj stručnoj razini. Stoga se od ovlaštenih udruga zahtijeva suradnja s osobom koja ispunjava uvjete stručne spreme, određenog radnog iskustva i dodatnu kvalifikaciju u vidu položenog državnog stručnog ili pravosudnog ispita.¹⁰⁵ U tom smislu, udruga se upisuje u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć kada pruži dokaze da je osigurala pružanje pravne pomoći od strane osobe koja ima diplomski studij prava, položen državni stručni ili pravosudni ispit i najmanje dvije godine radnog staža u struci, odnosno znanstveno zvanje, te kada pruži dokaze o uplati osiguranja od odgovornosti za štetu nanесenu stranci pružanjem pravne pomoći u visini od 50% osiguranja propisanog ZO-om.^{106 107}

Ovlaštene udruge mogu pružati pravnu pomoć i osobama koje nisu korisnici pravne pomoći prema odredbama ZBPP-a, ali izvan sredstava odobrenih na temelju projekta iz Državnog proračuna i bez prava na naknadu (ZBPP, čl. 11. st. 4.).¹⁰⁸

Rad udruga prati se i analizom kvartalnih i godišnjih izvješća o pruženoj besplatnoj pravnoj pomoći koja su udruge dužna redovito podnositi na propisanom obrascu (*Izvješće pružatelja pravne pomoći*). Rad udruga financira se projektima uz napomenu da se sredstva za projekte dodjeljuju unaprijed.¹⁰⁹

3.4.4. Visoka učilišta kao pružatelji besplatne pravne pomoći – Kliničko pravno obrazovanje (*clinical legal education*) je interaktivna metoda edukacije studenata prava, koja ima za cilj obučiti ih nekim praktičnim vještinama koje će im biti potrebne da bi svoju buduću profesiju mogli obavljati kompetentno, savjesno i s visokim profesionalnim moralom. To je metoda “učenja iz iskustva” (*learning from experience*) ili “učenja na temelju činjenja” (*learning by doing*). Ideja o kliničkom pravnom obrazovanju pojavila se kao rezultat procjene da tradicionalni akademski kurikulum na pravnim fakultetima može dobro podučavati pravna načela, ali da je nužno stjecati i praktično iskustvo da bi se znalo kako primijeniti ta pravna načela korektno i s razumijevanjem. Kliničko pravno obrazovanje postalo je standardni dio nastavnih programa na velikom broju pravnih fakulteta, na svim kontinentima. Kliničko pravno obrazovanje može imati različite forme. Izbor optimalnog modela programa, koji će biti provođen zavisi od različitih činitelja, kao što su stupanj podrške koji ideja dobije na pravnim fakultetima, državna politika u području obrazovanja,

105 Detaljnije PRIJEDLOG ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI, *Obrazloženje*, str. 36.

106 Prema dostupnim nam podacima zajamčeni iznos osiguranja od odgovornosti za štetu nanесenu stranci od strane odvjetnika iznosi 800. 000, 00 kn (osamstotinatisuća kuna).

107 Drži se da će ovako visoko postavljeni uvjeti kojima udruge i njihovi djelatnici moraju udovoljiti, pružanje pravne pomoći od neprofitnih organizacija učiniti praktički neizvedivim. MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 147.

108 **Sindikati pružaju primarnu pravnu pomoć na način i pod uvjetima koji su ZBPP-om propisani za ovlaštene udruge. Ovlašt za pružanje pravne pomoći sindikati stječu također upisom u registar udruga koje pružaju pravnu pomoć na način i pod uvjetima koji su propisani i za udruge.** *Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440.

109 Podatak kod *Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440.

opća razina pravne svijesti i pravne kulture u društvu itd.¹¹⁰

ZBPP-om je propisano da pravni fakulteti mogu pružati pravnu pomoć preko pravnih klinika. Međutim, ZBPP se zadržao samo na otvaranju mogućnosti djelovanja pravnih klinika te propisivanja načina pružanja pravne pomoći, kada i ako klinike budu ustrojene. Ovakvo rješenje predloženo je i utvrđeno iz razloga što pravne klinike do donošenja ZBPP-a nisu postojale u sustavu visokog obrazovanja na pravnim fakultetima, osim pojedinih pojednostavljenih oblika na pojedinim fakultetima.¹¹¹ Držalo se da bi svako pobliže uređivanje ustrojstva pravnih klinika moglo predstavljati narušavanje autonomije sveučilišta,¹¹² pa njihov ukupan položaj i status trebaju urediti posebni propisi o visokom obrazovanju.¹¹³

Pravne klinike predstavljaju način pružanja besplatne pravne pomoći povezivanjem studija prava i davanja pravnih savjeta građanima. Pravne klinike su mjesta gdje se studenti praktičnim radom osposobljavaju za obavljanje budućeg zanimanja istodobno pomažući osobama ugroženog ekonomskog statusa.¹¹⁴ Drži se da su niski troškovi i stručni nadzor najvažnije prednosti klinika. Najvećim nedostacima smatraju se ograničeno vrijeme koje studenti u klinikama provode i nedostatak znanja potrebnog za rješavanje zamršenijih slučajeva.¹¹⁵ Mogli bi zaključiti da kliničko pravno obrazovanje ima dvije glavne svrhe. Prvenstveni cilj je da studente uči praktičnim vještinama i profesionalnoj odgovornosti, dajući im mogućnost da primenjuju pravo na žive ljude u stvarnim životnim situacijama te da na taj način

110 Podatak na stranici *Pravna klinika*, <http://www.ius.bg.ac.yu/Pravna%20klinika/PRAVNA%20KLINIK.A.htm>.

111 Vidi *Besplatna pravna pomoć*, www.pravosudje.hr/default.asp?ru=440

112 Usp. PRIJEDLOG ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI, *Obrazloženje*, str. 38.

113 **Sukladno odredbama čl. 66. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju** („Narodne novine”, broj 123/03., 198/03., 105/04., 174/04., 46/07.), **sveučilište te fakulteti i umjetničke akademije**, uz suglasnost sveučilišta, mogu osnovati organizacije ili svoje unutarnje organizacijske cjeline u kojima se obavlja djelatnost kojom se povezuje praksa, znanost, umjetnost i visoko obrazovanje i u čijem radu mogu sudjelovati i studenti (inženjerski biro, radionice, **pravni centri**, centri za socijalni rad i drugu pomoć građanima, veterinarske i druge ambulante, sveučilišne i/ili kliničke bolnice, pokušališta, proizvodni centri, turističke i slične organizacije, studiji, umjetnički sastavi, galerije, radio i TV postaje i drugo). Dakle, iako se izričito ne spominje mogućnost osnivanja pravnih klinika, držimo da se radi samo o terminološkoj nesuglasnosti (*falsa nominatio non nocet*), jer se svakako navodi mogućnost osnivanja pravnih centara. U slučaju kada je pojedina djelatnost uređena posebnim propisima, kao što je to pružanje pravne pomoći, pravne klinike trebalo bi osnivati i njihov rad uređivati uz suglasnost ministra nadležnog za to područje (arg. čl. 66. st. 3.).

114 Smisao je pravnih klinika da se studentima omogući analiza stvarnih slučajeva, na temelju kojih bi bili u mogućnosti dati pravni savjet određenim kategorijama osoba ili im pomoći u sastavljanju određenih pravnih dokumenata. Na taj bi se način osposobili studenti za praktičnu primjenu prava, a bez velikih troškova ostvarila bi se mogućnost pružanja pravne pomoći osobama koje nisu u dovoljnoj mjeri osposobljene samostalno ostvariti neko od svojih prava. KAUZLARIĆ, Ž., *Besplatna pravna pomoć*, «Pravo u gospodarstvu», vol. 45., 2006., br. 4, str. 412.

115 Tako MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 137.

postanu svjesni vlastite odgovornosti pred klijentima, sudom i svojom profesijom. Rad u pravnoj klinici studenti obavljaju pod nadzorom profesora, asistenata (negdje sudaca i odvjetnika) koji su im supervizori. Drugi zadatak pravnih klinika je osigurati besplatnu pravnu pomoć za siromašne, izbjeglice, žrtve obiteljskog nasilja, ratne stradalnike i sl., jednom riječi, za one društvene skupine koje se nalaze u riziku od socijalne ugroženosti i isključenosti. Zadovoljavajući obje ove potrebe, kliničko pravno obrazovanje može općenito imati pozitivni utjecaj na kvalitetu obrazovanja na pravnim fakultetima. Rješavajući stvarne probleme konkretnih osoba i učeći se profesionalnim vještinama pod nadzorom onih koji su za to dodatno kvalificirani, studenti dobivaju priliku suštinski zainteresirati se za pravo i s boljim znanjem i više zadovoljstva završiti svoj studij. Obuka na pravnoj klinici omogućuje studentima naučiti preuzimanje odgovornosti za pitanja koja imaju ogroman značaj za njihove klijente, vodeći računa ne samo o općim pravnim izvorima nego i o vrijednostima koje su od najveće važnosti za efikasan pravni sustav, kao što su vladavina prava, pravda, poštenje, visoki etički standardi.¹¹⁶

Prema odredbi čl. 14. st. 1. ZBPP-a, visoka učilišta koja izvode sveučilišne studije u znanstvenom području prava mogu preko pravnih klinika, u skladu sa svojim općim aktima, u okviru primarne pravne pomoći davati opću pravnu informaciju, pravne savjete i izrađivati pismena. Dakle, za razliku od odvjetnika i ovlaštenih udruga, pravne klinike nisu ovlaštene pružati sve oblike primarne pravne pomoći, odnosno ne mogu obavljati zastupanje u upravnim stvarima, pravnu pomoć u mirnom izvansudskom rješavanju sporova, zastupanje pred ESLJP-om i međunarodnim organizacijama, kada je u skladu s međunarodnim ugovorima i pravilima o radu tih tijela (arg. ZBPP, čl. 4. st. 2.). S druge strane, pravni fakulteti mogu pružati pravnu pomoć i osobama koje nisu korisnici pravne pomoći prema odredbama ZBPP-a, ali izvan sredstava odobrenih na temelju projekata i bez prava na naknadu (ZBPP, čl. 14. st. 4.).

Pravne klinike imaju pravo odlučivanja o pružanju pravne pomoći u skladu s ciljem za koji su osnovane i programom svojeg djelovanja (ZBPP, čl. 14. st. 3.).

IV. ZAKLJUČAK

1. Neprijeporno je da je Republika Hrvatska donošenjem ZBPP-a učinila značajan iskorak prema osiguranju i ostvarenju prava na pristup pravosuđu, a posebno socijalno ugroženim kategorijama, te da je time uskladila svoje propise na području pružanja besplatne pravne pomoći s propisima Europske unije.

Prema mišljenju predlagatelja, donošenjem ZBPP-a u prvom redu će se omogućit građanima, čije imovno stanje ne omogućava angažiranje odvjetnika, dobivanje pravne pomoći za pojedine pravne radnje i ravnopravan pristup sudskim i upravnim

¹¹⁶ Podatak na mrežnoj stranici *Pravna klinika*, <http://www.ius.bg.ac.yu/Pravna%20klinika/PRAVNA%20KLINIKA.htm>.

postupcima. Usto, kvalitetnijom pripremom postupaka i stručnim zastupanjem stranaka, omogućit će se učinkovitiji rad, kako sudova, tako i drugih tijela koja odlučuju o pravima i obvezama građana. Pravodobno informiranje i pružanje pravnih savjeta građanima prije početka postupka trebalo bi dovesti do smanjenja broja postupaka koji se pokreću zbog neznanja stranke o pravima i obvezama te mogućnostima uspjeha u pojedinoj pravnoj stvari. Nadalje, uspostavlja se sustav nadzora nad stručnosti pružene pravne pomoći i mehanizmi sankcioniranja nestručnog i nesavjesnog postupanja u pružanju pravne pomoći. Također se ustrojavaju specijalizirana tijela za odobravanje pravne pomoći te osigurava odgovarajući postupak po pravnim lijekovima. Provedba ZBPP-a bit će poduprta nizom aktivnosti, kao što je uspostava odgovarajućeg informatičkog sustava, edukacija službenika i informiranje javnosti, a koje trebaju doprinijeti dosljednoj primjeni ZBPP-a u postupku, svođenju mogućnosti diskrecionog odlučivanja na najmanju moguću mjeru te podizanjem svijesti javnosti o načinima i uvjetima za korištenje pravne pomoći koja se u cijelosti ili djelomično financira sredstvima Državnog proračuna.¹¹⁷

2. Već i prije stupanja na snagu ZBPP-a bilo je primjedbi da je u pojedinim bitnim elementima nedorečen, konfuzan i da sadrži unutarnje proturječnosti koje bi mogle onemogućiti njegovo ispravno tumačenje i primjenu.¹¹⁸ Značajni prigovori na pojedina rješenja ZBPP-a upućeni su i nedugo nakon početka njegove primjene, do te mjere da neki smatraju kako je, “niti pola godine otkako se primjenjuje, ZBPP praktično pred slomom”.¹¹⁹

ZBPP-u se najviše prigovara upućuje zbog mišljenja da je propisani postupak ostvarivanja prava na besplatnu pravnu pomoć pretjerano birokratiziran. Propisana procedura te sustav nadzora nad provedbom ZBPP-a neučinkviti su, dugotrajni i neće dovesti do adekvatnog rješavanja problema onih građana koji nemaju novaca za odvjetničke nagrade i ostale troškove.¹²⁰ Zbog čega će u konačnici, najviše štete imati upravo oni kojima je zakon namijenjen - siromašni građani kojima pravna pomoć treba, a ne mogu si ju priuštiti.

Zbog iznimno **komplikirane procedure** izdavanja uputnice te zbog **prestroгих kriterija** koji određuju tko uopće ima pravo na takvu pomoć, odnosno zbog toga što je imovinski **census prestrogo postavljen, veliki broj osoba koje žive na rubu egzistencije ostaje bez prava na besplatnog punomoćnika**. „U praksi veliki broj zahtjeva za pružanje besplatne pravne pomoći nije odobren jer su osobe navodno prekoračile imovinski cenzus, pa se procjenjuje da će se na kraju sve završiti tako da besplatne pravne pomoći zapravo neće biti“, što ima za posljedicu da „desetke tisuća kuna koje su udruge temeljem natječaja dobile iz proračuna je nemoguće

117 Vidi Vidi NACRT PRIJEDLOGA ZAKONA O BESPLATNOJ PRAVNOJ POMOĆI - RADNI TEKST ZA RASPRAVU, *Posljedice koje će donošenjem Zakona proisteći*, str. 7.

118 Vidi kod UZELAC, A., *Osvrtu na konačni prijedlog Zakona o ostvarivanju prava na pravnu pomoć*, podatak na mrežnoj stranici <http://www.humanrights.hr>.

119 Podatak kod *Besplatna pravna pomoć pred slomom*, podatak na stranici <http://www.tportal.hr/vijesti/hrvatska/27043/Besplatna-pravna-pomoc-pred-slomom.html>.

120 Podatak kod *Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći*, na stranici http://gradjanska-akcija.org/index.php?option=com_content&task=view&id=255&Itemid=38.

potrošiti¹²¹. Ispunjavanje zahtjeva za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć iznimno je komplicirano i velika većina stranaka bez stručne pravne pomoći naprosto ga ne može ispuniti.¹²² Preko 50 % odredaba ZBPP-a odnosi se na upravnu proceduru upravnih tijela, dok je u drugim europskim zakonima taj omjer oko 10 %. ZBPP pred sebe postavlja osobu za koju presumira da dobro poznaje pravo, a u stvari se radi o osobi kojoj je zbog kompliciranosti postupka i složenosti ispunjavanja zahtjeva besplatna pravna pomoć potrebna kako bi uopće dobila besplatnu pravnu pomoć.¹²³ Nadalje, čini se da je zakonodavac prišao potencijalnim korisnicima kao onima koji bi nastojali izigrati intencije zakona. Iako će zasigurno biti i takvih, ne bi trebalo graditi zakon polazeći od one manjine koja bi nastojala izigrati njegove intencije.¹²⁴

Drži se, također, da se ZBPP-om ustrojava novi sustav za koji se ne može u cijelosti ocijeniti u kojoj će mjeri zahtijevati osiguravanje sredstava u Državnom proračunu, budući da se broj potencijalnih korisnika prava na pravnu pomoć može procijeniti samo s obzirom na dosadašnju praksu udruga i HOK-a.¹²⁵

Već je pri prvim raspravama bio uočen podatak o mogućoj trećini utrošenih sredstava od ukupno predviđenih sredstava samo za organizacijske potrebe. Međutim praksa Europske unije dopušta maksimalan iznos sredstava za organizaciju i sporedne troškove u visini od 10% dok ostalih 90% treba služiti za direktne troškove ostvarivanja prava na besplatnu pravnu pomoć.¹²⁶

ZBPP-u je upućen i niz drugih primjedbi. Tako se tvrdi da ZBPP nije u potpunosti usklađen s drugim zakonima i podzakonskim propisima kojima se uređuje pružanje besplatne pravne pomoći, što u konačnici može dovesti do nesnalazjenja u primjeni propisa i pravne nesigurnosti; nedostatak vremenskih rokova određenih ZBPP-om je njihova instruktivnost i nepostojanje sankcije za prekoračenje rokova;¹²⁷ krug pravnih stvari (vrsti predmeta/sporova) u kojima je moguće odobriti pravnu pomoć je preuzak (primjerice, isključeni su /radni/ sporovi u nadležnosti trgovačkih sudova u kojima se kao stranke javljaju fizičke osobe, kao i sporovi za naknadu štete), što diskriminira građane jer će morati plaćati pravnu zaštitu u drugim vrstama predmeta;¹²⁸ s obzirom na pristupačnost građanima, možda bi bilo bolje, dopustiti da i općine i gradovi te

121 Vidi *Besplatna pravna pomoć pred slomom*, <http://www.tportal.hr/vijesti/hrvatska/27043/Besplatna-pravna-pomoc-pred-slomom.html>.

122 Usp. *Besplatna pravna pomoć pred slomom*, <http://www.tportal.hr/vijesti/hrvatska/27043/Besplatna-pravna-pomoc-pred-slomom.html>.

123 Tako na stranici *Pravosudna Kvaka 22: Besplatna pravna pomoć za besplatnu pravnu pomoć*, podatak na stranici <http://www.poslovni.hr/70668.aspx>.

124 Vidi CRNIĆ, J., *U povodu Konačnog prijedloga Zakona o ostvarivanju prava na pravnu pomoć – Kako (ne)pisati zakon*, «Informator» broj 5589. od 29. rujna 2007., str. 1.

125 Tako BUTORAC, J., *Primjena Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator» broj 5699. od 18. listopada 2008., str. 7.

126 Usp. FREIBERGER, S., *U očekivanju početka primjene Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći*, «Informator», br. 5322/5323. od 28. rujna 2008., str. 16.

127 Vidi MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 143.

128 Podatak kod *Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći*, na mrežnoj stranici http://gradjanska-akcija.org/index.php?option=com_content&task=view&id=255&Itemid=38.

njihova upravna tijela odlučuju, ili makar zaprimaju zahtjeve, a ne samo županijski uredi;¹²⁹ uloga udruga u pružanju pravne pomoći minorizira se te ograničava, čime se zanemaruje kultura građanskog djelovanja za opće dobro i poštivanje ljudskih prava pa će građani uvelike ostati zakinuti jer su udruge do sada pružile pravnu pomoć u više od 100.000 slučajeva;¹³⁰ ZBPP-om se kreira sustav koji stvara plodno tlo za zlouporabe i korupciju; pogoduje pružatelje pravne pomoći čiji je doprinos do sada bio najmanji, a stvara poteškoće i obeshrabruje pružatelje pravne pomoći koji su se najviše afirmirali na ovom području; kreira sustav koji je skup za državu i čija sredstva se većim dijelom nesvrshodno troše; stimulira loše prakse u radu sudova i drugih tijela koja bi trebala pomoći građanima da ostvare svoja prava; ne uspostavlja jedinstven i cjelovit sustav čime se onemogućava usklađivanje pojedinih elemenata i praćenje troškova i učinaka novog sustava; izrađen je bez prethodnog prikupljanja relevantnih podataka i bez realističkih projekcija ukupnih budućih troškova koje će novi sustav izazvati; nije dovršen, tj. bitne elemente sustava ostavlja za kasnije provedbene propise,¹³¹ i dr.

129 Vidi MARŠIĆ, M., *Pravo na besplatnu pravnu pomoć u građanskim postupcima (de lege lata i de lege ferenda)*, «Pravnik», vol. 40, 2006., br. 1, str. 149.

130 Podatak kod Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, na mrežnoj stranici http://gradjanska-akcija.org/index.php?option=com_content&task=view&id=255&Itemid=38.

131 Detaljnije kod UZELAC, A., *Osvrt na konačni prijedlog Zakona o ostvarivanju prava na pravnu pomoć*, <http://www.humanrights.hr>.

Summary

SOME THOUGHTS ON PROVIDING FREE LEGAL AID

Free legal aid is a method used to facilitate access to the courts and other state bodies which make decisions about the rights and obligations of Croatian citizens and foreigners in a way that expenses are fully or partially covered by the Republic of Croatia taking into account their material and other circumstances according to which it would be impossible to fulfil the right without jeopardizing themselves and support of dependents living in the same household.

The right to free legal aid in the Republic of Croatia has been guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia, provisions of certain laws, for example the Criminal Procedural Law, Law on Civil Procedure, Law on Conflicts of Law, Law on the Legal Profession, Law on Court Fees, Law on Asylum and the new Law on Free Legal Aid as well as of numerous implementing sub-law regulations.

Due to the limited size of the article and presentation time, the author has critically considered **just a few legal regulations** which govern a free legal aid system in the Republic of Croatia (Law on Civil Procedure, Law on the Legal Profession and Law on Free Legal Aid), that is, **just a few aspects** of free legal aid providing (notion and subject-matter of legal aid, types and extent of legal aid, legal aid users and providers).

Key words: free legal aid, litigation expenses.

Zusammenfassung

ZUR LEISTUNG KOSTENLOSER RECHTSHILFE

Kostenlose Rechtshilfe erleichtert den Zugang zu Gerichten und zu anderen Behörden, die über die Rechte und Verpflichtungen kroatischer Bürger und Ausländer entscheiden. Dabei werden die Kosten entweder im Ganzen oder nur teilweise von der Republik Kroatien getragen, unter Berücksichtigung der materiellen Lage der Betroffenen, und insbesondere der Tatsache, dass die Letzteren dieses Recht nicht in Anspruch nehmen könnten, ohne ihren Unterhalt und den Unterhalt ihrer Haushaltsmitglieder zu gefährden.

Außer der Verfassung der Republik Kroatien wird das Recht auf kostenlose Rechtshilfe in der Republik Kroatien durch Verordnungen verschiedener Gesetze gewährleistet, wie z.B. Verordnungen der Strafprozessordnung, der Zivilprozessordnung, des Gesetzes zum Kollisionsrecht (Kroatisches Gesetz über die Lösung von Konflikten der Gesetze mit Vorschriften anderer Staaten in bestimmten Verhältnissen), des Anwaltschaftsgesetzes, des Gerichtsgebührengesetzes, des Asylgesetzes, des neuen Gesetzes zur kostenlosen Rechtshilfe, wie auch zahlreiche Durchführungsbestimmungen.

Angesichts des begrenzten Artikelumfangs und der begrenzten Referatsdauer, bezieht sich der Autor kritisch **nur auf einige Rechtsvorschriften**, die das System der kostenlosen Rechtshilfeleistung innerhalb der Republik Kroatien regeln (Zivilprozessordnung, Anwaltschaftsgesetz und Gesetz zur kostenlosen Rechtshilfe). Mit anderen Worten, er nimmt **nur einige Aspekte** der kostenlosen Rechtshilfeleistung (den Begriff der Rechtshilfe, die Arten und den Umfang der Rechtshilfe wie auch Rechtshilfebeneutzer und -erbringende) unter die Lupe.

Schlüsselwörter: kostenlose Rechtshilfe, Prozesskosten.

SUDSKE ODLUKE U UPRAVNOM SPORU - POZITIVNO I BUDUĆE PRAVNO UREĐENJE -

Dr. sc. Dario Đerđa, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 35.077.2(094.9)
Ur.: 21. prosinca 2009.
Pr.: 10. ožujka 2010.

Sažetak

Cilj je ovoga rada razmotriti novi režim prvostupanjskih sudskih odluka u upravnom sporu prema Prijedlogu Zakona o upravnim sporovima te zaključiti do kojih će konceptualnih izmjena doći stupanjem na snagu novog zakona. Razmatraju se vrste sudskih odluka, sudske ovlasti prilikom prvostupanjskog odlučivanja, objava, sadržaj i dostava sudskih odluka te ispravljanje pogrešaka u presudama. Kako bi se utvrdile promjene koje bi se trebale dogoditi u hrvatskom zakonodavstvu vezano uz režim odluka u upravnom sporu najprije se analizira pozitivno uređenje iste problematike. Zatim se utvrđuju sličnosti i razlike sadašnjeg i budućeg režima sudskih odluka u upravnom sporu u odnosu na austrijsko i njemačko pravno uređenje. Uspoređujući navedeno može se uočiti značajan iskorak u upravnosudskom odlučivanju do kojega bi u Hrvatskoj uskoro trebalo doći.

Ključne riječi: *upravni spor, upravni sud, sudska odluka, presuda, rješenje, Hrvatska, Njemačka, Austrija.*

1. Uvod

Upravnosudski nadzor uprave jedan je od najsnažnijih mehanizama zaštite prava i pravnih interesa građana i društvenih subjekata povrijeđenih odlukama i drugim postupanjem javnopravnih tijela, tj. tijela državne uprave i drugih državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba koje imaju javne ovlasti. Ustavno jamstvo sudskog nadzora zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti, propisano člankom 19. stavak 2. *Ustava*¹ provodi se ponajprije upravnim sporom.² Iako je sudski nadzor nad radom uprave usmjeren u prvom redu na zaštitu prava građana, on vrlo snažne implikacije ima i na gospodarstvo svake države, s obzirom na to da trgovina, ali ulaganja općenito velikim dijelom ovise upravo o odlukama javnopravnih tijela.³ Konačno, učinkoviti rad upravnih sudova uvelike pridonosi i transparentnosti rada uprave, predstavlja važan segment u borbi protiv korupcije te je osnovna poluga u ustroju zakonite, učinkovite i moderne javne uprave.

Upravo iz navedenih razloga sudske odluke donesene u upravnom sporu imaju izniman značaj na ostvarivanje prava i pravnih interesa građana. No, teorijskoj i praktičnoj raščlambi sudskih odluka u Hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj literaturi posvećeno je vrlo malo prostora.⁴ I dok se u posljednje vrijeme prilično raspravlja o razumnosti roka u rješavanju upravnih stvari, velikim zaostacima u radu Upravnog suda Republike Hrvatske, potrebi uvođenja obvezne usmene rasprave, davanju širih ovlasti Upravnom sudu u utvrđivanju činjenica, nužnosti osiguravanja prava na žalbu protiv odluka donesenih u upravnom sporu slijedom čega i potrebi ustroja

1 *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. i 55/01.

2 Dupelj primjerice ističe kako već i sama mogućnost pokretanja upravnog spora utječe na službenu osobu tijela koje vodi upravni postupak, tako da ovaj prilikom rješavanja upravne stvari daleko više obraća pozornost kako na sam postupak, tako i na utvrđivanje svih činjenica i okolnosti relevantnih za donošenje zakonitog rješenja. Dupelj, Željko, *Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravom, Pravo i porezi*, god. 7., br. 10., 1997., str. 31.

3 Vidi Woehrling, Jean-Marie, *Judicial Control of Administrative Authorities in Europe: toward a common model, Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 3., 2006., str. 36.

4 Sudske odluke uglavnom se analiziraju u udžbenicima i monografijama iz upravnog prava te komentarima *Zakona o upravnim sporovima*. Vidi Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 513-515., Babac, Branko, *Upravno pravo: odabrana poglavlja iz teorije i praxisa*, Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2004., str. 967., Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Informator, Zagreb, 2001., str. 191-202. i sl.

dvostupanjskog upravnog sudovanja,⁵ relativno je malo pozornosti usmjereno na jednu od posebnih novina koja bi u značajnoj mjeri trebala izmijeniti upravni spor u Hrvatskoj, osiguravajući jednostavnije i brže ostvarivanje prava i obveza građana – ovlasti suda pri donošenju odluke u upravnom sporu. Konkretno, *Prijedlog Zakona o upravnim sporovima*, koji je Hrvatski sabor nakon prvog čitanja prihvatio na sjednici 3. srpnja 2009. godine,⁶ člankom 58. obvezuje upravne sudove da u upravnim sporovima svojim odlukama riješe upravnu stvar, a ne više samo ponište pojedinačnu odluku.

Može se činiti da ova novina ide iznimno u prilog pravima građana jer bi ubuduće upravni sudovi svojim odlukama trebali rješavati upravne stvari. Također se može činiti da je to redovita posljedica koja se nadovezuje na obvezno reformacijsko odlučivanje drugostupanjskog tijela po žalbi u upravnom postupku.⁷ Međutim, stavljanjem sudu obveze da svojom odlukom riješi upravnu stvar, u hrvatskom je upravnosudskom zakonodavstvu učinjen kopernikanski obrat, te se s primarnog rješavanja spora kao spora o zakonitosti prelazi na rješavanje sporova pune jurisdikcije u ekstremnom shvaćanju ovoga pojma, čemu svakako treba posvetiti potrebnu pozornost.

Cilj je ovoga rada razmotriti novi režim prvostupanjskih sudskih odluka u upravnom sporu prema *Prijedlogu Zakona o upravnim sporovima* te zaključiti do kojih će konceptualnih izmjena doći stupanjem na snagu novog zakona. Razmatraju se vrste sudskih odluka, sudske ovlasti prilikom prvostupanjskog odlučivanja, objava, sadržaj i dostava odluka te ispravljanje pogrešaka u presudama. Kako bi se utvrdile izmjene koje bi se trebale dogoditi u hrvatskom zakonodavstvu vezano uz režim odluka u upravnom sporu najprije se analizira pozitivno uređenje iste problematike. Zatim se utvrđuju sličnosti i razlike sadašnjeg i budućeg režima sudskih odluka u

5 Vidi *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 97-114., Omejec, Jasna, Prilog reformi upravnog spora – odnosi između upravnog i ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 8-22., Đerđa, Dario, Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29., br. 1., 2008., str. 111-147., Koprić, Ivan, Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 58-63., Kujundžić, Ivica, Nova organizacija upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 3-6., Kujundžić, Ivica, Europeizacija upravnog sudstva – predstojeće reforme, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 3-6., Kujundžić, Ivica, Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Europske unije, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 3-7., Šikić, Marko, Pravo na suđenje u razumnom roku u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30., br. 1., 2009., str. 333-372., Šikić, Marko, Pravna zaštita od nerješavanja upravne stvari u Republici Hrvatskoj, *Aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse – 2009.*, Inženjerski biro, 2009., str. 155-180., Marušić-Babić, Gordana, Temeljne odrednice novog Zakona o upravnim sporovima, *Aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse – 2009.*, Inženjerski biro, 2009., str. 93-108.

6 *Prijedlog Zakona o upravnim sporovima*, www.vlada.hr/hr/content/download/94071/1342574/file/86_03.pdf.

7 Članak 117. stavak 1. *Zakona o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

upravnom sporu u odnosu na austrijsko i njemačko pravno uređenje. Uspoređujući sve navedeno može se uočiti značajan iskorak u upravnosudskom odlučivanju do kojega bi u Hrvatskoj uskoro trebalo doći. Zbog ograničenog opsega rada razmatraju se samo prvostupanjske sudske odluke dok se odluke u žalbenom postupku ili po izvanrednim pravnim lijekovima, baš kao i odluke o ocjeni zakonitosti općih akata jedinica lokalne samouprave i pravnih osoba koje imaju javnu ovlast neće detaljnije razmatrati. Također se neće razmatrati niti izvršenje sudskih odluka, s obzirom na to da ono zaslužuje zasebnu analizu.

2. Ovlasti suda u odlučivanju

Razmatranje odluka upravnog suda svakako se nadovezuje na ovlast suda u postupanju po tužbi u upravnom sporu. Zbog specifičnosti predmeta upravnog spora, koji se ponajprije ogleda u pojedinačnim odlukama, ali i drugim postupanjima, a ponekad čak i općenormativnim aktima javne uprave i razlikovanja predmeta upravnog spora ponajprije od predmeta građanskog spora, upravnim sudovima na raspolaganju, općenito i teorijski promatrano stoje tri sudske ovlasti: konstatirati povredu zakonitosti, anulirati je iz pravnog sustava ili riješiti konkretnu upravnu stvar u kojoj je povrijeđen zakon. Sve ove tri sudske ovlasti, od kojih svaka viša u sebi podrazumijeva i niže, usmjerene su na zaštitu prava i pravnih interesa građana od odluka i postupanja uprave.⁸

Konstatacija je najslabija sudska ovlast koja danas više i nije tipična za upravne sudove. Ona je usmjerena na utvrđivanje da je u nekoj odluci ili postupanju uprave povrijeđen zakon.⁹ Međutim, u nekim pravnim sustavima, npr. u Njemačkoj, ovaj način rješavanja upravnih sporova može se i danas pronaći u svezi s tužbama za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja pravnog odnosa, koje se mogu podnijeti kada tužitelj drugom tužbom ne može ostvariti svoje pravo.

Kasacija ili poništavanje upravnog akta najraširenija je sudska ovlast. Njome je sud ovlašten s učinkom *ex tunc* staviti izvan snage odluku uprave, ali bez mogućnosti da je izmjeni. Tada sud prepušta upravi da, kada to smatra potrebnim, donese novu odluku sukladno sudskoj odluci o poništavanju. U većini država svijeta ova sudska ovlast vezuje se uz opći režim rješavanja upravnih sporova te je u praksi najčešća.

Konačno, meritorno rješavanje upravnom sudu daje mogućnost da svojom odlukom odluči u upravnoj stvari, najčešće sudskom odlukom zamjenjujući poništeni upravni akt. Također se u brojnim državama susreće kao sudska ovlast, no najčešće samo u zakonom taksativno propisanim slučajevima. Iako je meritorno rješavanje

8 O ovome više vidi u Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: III knjiga, funkcioniranje i upravni spor*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 290. O ovome vidi i Babac, op. cit., str. 948-949.

9 Krbek ističe kako je konstatiranje obično slab oblik upravnog sudovanja koji može biti samo etapa u razvoju upravnog sudstva prema kasaciji ili meritornom rješavanju. Primjer ovoga nalazi u Francuskoj do 1872. godine kada Državni savjet nije donosio odluke u svoje ime, već je samo davao mišljenja. Krbek, op. cit., str. 291-292.

sudska ovlast koja jamči najbrže ostvarivanje prava građana, sa sobom povlači i neke teorijske dvojbe.

Neke su sudske ovlasti specifične za pojedine situacije. Tako npr. u sporu zbog štutnje uprave sud ne može koristiti kasacijsku ovlast, jer ne postoji predmet, tj. odluka, koji bi se mogao poništiti. Tada sud može meritorno riješiti upravnu stvar. Spor može riješiti i utvrđivanjem da je propuštanje donošenja odluke ili propuštanje postupanja nezakonito. Međutim, koje od ovih ovlasti će imati upravni sudovi u pojedinoj državi i u kojim slučajevima ovisi o specifičnom zakonskom uređenju upravnog spora.

Upravo ovisno o ovlastima suda u odlučivanju u upravnom sporu često se upravni sporovi dijele na sporove o zakonitosti i sporove pune jurisdikcije.¹⁰ Primjerice Borković navodi kako je osnovna karakteristika podjele upravnih sporova na spor o zakonitosti i spor pune jurisdikcije upravo u distinkciji objekta. Spor o zakonitosti pokreće se i vodi sa svrhom ocjene je li neki upravni akt utemeljen na zakonu ili nije. Predmet ove vrste spora je postojanje zakonitosti. Nakon konstatacije nezakonitosti, pa čak i nakon poništavanja akta stranka mora novim zahtjevom usmjerenim prema upravi zaštititi odnosno ostvariti svoje subjektivno pravo ili pravni interes. U ovom, posrednom učinku, koji proizlazi iz objekta spora, Borković pronalazi razliku prema sporu pune jurisdikcije u kojem sud sam rješava predmet budući da pravnu osnovu ovog spora predstavlja povreda subjektivnog prava tužitelja. Cilj vođenja spora pune jurisdikcije je, prema njegovom mišljenju, u tomu da sud svojom odlukom utvrdi, zasnjuje, izmjeni ili ukine neku pravnu situaciju, s čime vezuje ovlast suda da sam meritorno riješi upravnu stvar. Konačno, zaključuje kako presuda u sporu pune jurisdikcije u svemu zamjenjuje poništeni upravni akt.¹¹ Na isti način zaključuje i Krbeć koji ističe kako u sporu o zakonitosti sud rješava pitanje je li neki upravni akt zasnovan na zakonu ili nije, odnosno je li njime povrijeđeno neko zakonsko pravno pravilo. Dakle, predmet spora o zakonitosti je sama zakonitost upravnog akta. S druge strane, kod spora pune jurisdikcije sud rješava neki pojedinačni pravni slučaj te se pred njim javlja pitanje čije je rješavanje slično onome u postupku građanskog prava. Spor o zakonitosti upravnog akta, smatra Krbeć može u krajnjem slučaju dovesti do poništenja nezakonitog upravnog akta.¹² No, ako sud ide preko toga, sam meritorno riješi predmet i time zamijeni upravni akt sudskom odlukom, automatski je izmijenjen i objekt takvog spora. Predmet spora više nije samo pitanje zakonitosti upravnog akta, već je primarno pitanje rješavanje određene pravne situacije. Tada je, zaključuje on, spor o zakonitosti prerastao u

10 Tomić primjerice navodi kako je kriterij podjele sporova na spor ograničene jurisdikcije, tj. spor za poništavanje upravnog akta i spor pune jurisdikcije upravo u prirodi i širini sudskih ovlasti u upravnom sporu. Tomić, Zoran, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Službeni glasnik, Beograd, 2009., str. 347. I Pičuljan i Britvić Vetma zaključuju kako se odgovor na pitanje radi li se o sporu pune jurisdikcije ili sporu o zakonitosti izvodi upravo iz sadržaja sudske odluke kojom je spor riješen. Pičuljan, Zoran, Britvić Vetma, Bosiljka, *Primjena i evolucija upravnog spora pune jurisdikcije*, u objavi. O razlikovanju spora o zakonitosti i sporu pune jurisdikcije vidi i Babac, op. cit., str. 942-944.

11 Borković, op. cit., str. 492. i 520.

12 Prema francuskom uređenju upravnog spora sud samo poništava upravni akt, a ne naređuje donositelju poništenog akta što mora učiniti. No, ipak, posredno, iz obrazloženja sudske odluke proizlazi kako donositelj novog upravnog akta mora postupiti kako bi novodoneseni akt bio zakonit te bi se izbjeglo ponovno poništavanje akta.

spor pune jurisdikcije.¹³

Upravo iz navedene razlike proizlazi i razlikovanje sudskih ovlasti u sporu o zakonitosti i sporu pune jurisdikcije. U sporu pune jurisdikcije sudske ovlasti mnogo su šire negoli u sporu o zakonitosti. U sporu pune jurisdikcije sud je primarno ovlašten meritorno rješavati. Ako je predmet spora ocjena zakonitosti upravnog akta, upravni sud ga može sam izmijeniti tek kada su ispunjene određene pretpostavke. Ovdje je sud ovlašten donijeti reformacijsku, a ne samo kasacijsku odluku. U sporu o zakonitosti temeljna ovlast suda jest poništiti nezakoniti upravni akt. Ovdje je, s druge strane sud ovlašten kasacijskom odlukom staviti akt izvan snage, ali nema ovlast isti i reformirati.¹⁴

Današnja praksa u pojedinim državama pokazuje da se u nekim državama veliki broj upravnih sporova rješava kao spor pune jurisdikcije, primjerice u Francuskoj ili Njemačkoj. U drugim državama upravni sporovi primarno se rješavaju kao sporovi o zakonitosti, dok su sporovi pune jurisdikcije pravi izuzetak, primjerice u Austriji.¹⁵ Pičuljan i Britvić Vetma navode kako se u Francuskoj broji na tisuće presuda donijetih u upravnom sporu pune jurisdikcije čemu je uzrok „stavljanje” stranke u što povoljniji položaj.¹⁶ Zanimljivo je još spomenuti kako Krbek smatra da je prednost spora o zakonitosti stroga, ali isključiva sudska kontrola zakonitosti, koja se u njemu provodi. Donoseći novi akt na temelju sudske presude, uprava može, u granicama zakona, slobodno odlučivati. No, kada bi sud u baš svakome slučaju meritorno rješavao upravne stvari. Tada bi, upozorava Krbek, zakoračio u sferu uprave i pretvorio se stvarno u neku vrhovnu upravnu vlast.¹⁷ Dakle, postoje područja djelovanja uprave koja nisu pogodna za rješavanje meritornim odlukama suda, npr. odlučivanje temeljem slobodne ocjene. S druge strane, ukoliko uprava ne želi postupiti prema sudskoj presudi donesenoj u sporu o zakonitosti, sud najčešće može samo svojom odlukom zamijeniti poništeni upravni akt i tako meritorno riješiti upravnu stvar. Stoga isključivo prihvaćanje niti jedne od ove dvije sudske ovlasti u nekom pravnom sustavu nije dobro rješenje. U nastavku rada pokušat će se raščlaniti pojedina konkretna zakonska rješenja vezana uz ova pitanja.

3. *Sudske odluke*

U vođenju upravnog spora upravni sudovi u pravilu odlučuju s dvije vrste odluka. Iako se nazivi ovih odluka od države do države znaju razlikovati, zbog jednostavnosti praćenja u nastavku ovoga rada koristit će se pojmovi „*presuda*“ i „*rješenje*“. Razlikovanje presuda i rješenja u upravnom sporu nikako se ne bi smjelo zaobići u analizi sudskih odluka. Upravo o ovoj klasifikaciji uvelike ovisi njihov

13 Krbek, op. cit., str. 280. i 290-291. I Pičuljan i Britvić Vetma utvrđuju kako spor pune jurisdikcije podrazumijeva ovlaštenja viša od ovlaštenja za poništenje upravnog akta, tj. podrazumijeva ovlast suda da svojom odlukom mijenja ili supstituira upravni akt. Upravni sud trebao bi u sporu pune jurisdikcije ocijeniti ne samo zakonitost upravnog akta, već kada utvrdi postojanje nezakonitosti trebao bi sam meritorno riješiti sporno pitanje. Na taj način sud djeluje prilikom rješavanja konkretnog pitanja umjesto nadležnog tijela. Pičuljan, Britvić Vetma, op. cit.

14 Razlika između spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije, postupanja, pa tako i ovlasti suda u svakom od ovih sporova jasno je razvidna u francuskom pravu gdje se spor o zakonitosti pokreće s *recours pour excès de pouvoir*, a spor pune jurisdikcije s *recours de pleine juridiction*. Vidi Krbek, op. cit., str. 280-281.

15 Borković, op. cit., str. 492. Zanimljiv je zaključak sudske prakse u Francuskoj prema kojoj spor pune jurisdikcije ima primat pred sporom o zakonitosti. Drugim riječima, ako stranka može sporom pune jurisdikcije postići cilj, spor o zakonitosti se ne može voditi. Krbek, op. cit., str. 281.

16 Pičuljan, Zoran, Britvić Vetma, Bosiljka, op. cit.

17 Krbek, op. cit., str. 291.

pravni režim, tj. način donošenja, oblik i sadržaj, priopćavanje, mogućnost ulaganja žalbe, a nerijetko i pravni učinak. Stoga je zbog preciznosti, ali i boljeg tumačenja zakonskih odredbi, važno da se u zakonu koristi precizna i dosljedna terminologija vezana uz vrste sudskih odluka.

Razlikovanje između ovih vrsta sudskih odluka danas je u Hrvatskoj prilično dobro riješeno. *Zakon o upravnim sporovima*¹⁸ je precizan kada propisuje odlučuje li Upravni sud presudom ili rješenjem te se u tekstu zakona ova dva pojma koriste dosljedno. Članak 42. stavak 1. propisuje kako Upravni sud spor rješava presudom. O kojim pitanjima sud odlučuje rješenjem nije općenito propisano, pa se odgovori trebaju potražiti u više zakonskih odredbi. Tako sud rješenjem odbacuje tužbu jer nisu ispunjene pretpostavke za vođenje upravnog spora, ili je odbacuje kao neurednu, jer su nedostaci tužbe takvi da sprječavaju rad suda, a tužitelj u ostavljenom roku nije otklonio nedostatke iz tužbe, ili obustavlja upravni spor jer je tužitelj odustao od tužbe, odnosno zato što je tužitelj radnjom tuženika kojom je stavio pobijani akt izvan snage ili ga izmijenio zadovoljan te ne postoji razlog za daljnje vođenje spora i sl.¹⁹ Iz navedenih odredbi može se zaključiti kako Upravni sud presudom odlučuje o osnovanosti ili neosnovanosti tužbenog zahtjeva, a rješenjem odlučuje o postupovnim pitanjima u upravnom sporu.²⁰ No, zanimljivo je primijetiti da sukladno članku 64., kada nadležno javnopravno tijelo nakon poništenja upravnog akta po proteku roka od 30 dana ne donese novi upravni akt ili akt u izvršenju presude zbog šutnje uprave, stranka može posebnim podneskom tražiti donošenje takvog akta. Ako nadležno tijelo ne donese akt ni za sedam dana od toga traženja, stranka može tražiti donošenje tog akta od Upravnog suda. Sud će onda, ako na zahtjev ne dobije od nadležnog tijela obavijest o razlozima zbog kojih upravni akt nije donio ili ako njegova obavijest ne opravdava neizvršenje sudske presude, donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog javnopravnog tijela. Ovdje je sud, dakle, ovlašten svojom odlukom meritorno riješiti upravnu stvar, ali je donosi u svrhu izvršenja svoje presude, a ne povodom tužbe, stoga se i naziva rješenje. Također je zanimljivo naglasiti kako je iz članka 41., 43. i 44. *Zakona* razvidno da u svezi s donošenjem, objavom, oblikom, sadržajem i dostavom presuda i rješenja, između njih u Hrvatskoj nema razlike.

Austrijski *Zakon o Upravnom sudu*²¹ također razlikuje dvije vrste sudskih odluka. I u ovom je *Zakonu* razlikovanje vrlo precizno provedeno. Upravni sud također odlučuje s presudom (njem. *Erkenntnis*) i rješenjem (njem. *Beschluß*). Austrijski

18 *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

19 Članak 28., članak 29. stavak 2., članak 30. i članak 32. stavak 2. *Zakona o upravnim sporovima*.

20 No, tako precizna razlika u *Zakonu o upravnim sporovima* nije provedena između pojmova kojim se označava pojedinačna odluka o upravnoj stvari donesena u upravnom postupku, pa se primjerice u članku 6. koristi pojam „*upravni akt*“ dok se u istom značenju u članku 17. stavak 2., članku 26. i članku 42. stavak 5. koristi pojam „*rješenje*“.

21 *Verwaltungsgerichtshofsgesetz*, Bundesgesetzblatt, 10/85., 136/01., 124/02., 89/04. i 4/08.

Upravni sud presudu donosi u svim slučajevima osim kada je tim *Zakonom* propisano da treba donijeti rješenje.²² Sud rješenjem, primjerice, odlučuje o odgovornom učinku tužbe, o izuzeću suca, o obustavi postupka jer je tuženik tijekom spora postupio po tužbi, rješenjem, zatim odbacuje tužbu zbog neispunjavanja uvjeta za vođenje spora, odlučuje o isključenju javnosti s usmene rasprave, o zahtjevima stranaka iznesenim u postupku,²³ i sl. Dakle, o meritumu stvari, baš kao i u Hrvatskoj, austrijski Upravni sud odlučuje presudom, dok o postupovnim i drugim pitanjima koja se kao sporedna jave u upravnom sporu odlučuje rješenjem. Na oblik i sadržaj rješenja te njegovu objavu i dostavu u Austriji se na odgovarajući način primjenjuju odredbe kojima se uređuje oblik, sadržaj, objava i dostava presude pri čemu se niti u Austriji presude i rješenja ne razlikuju po ovim pitanjima.²⁴

Razlikovanje između ove dvije vrste odluka upravnih sudova uočava se i u njemačkom pravnom sustavu. Sukladno članku 107. *Uredbe o upravnim sudovima*²⁵ upravni sudovi o tužbi odlučuju presudom (njem. *Urteil*) kada god nije drugačije propisano. Pored presuda donose se i rješenja (njem. *Beschluß* odnosno *Gerichtsbeschluß*). Međutim, razlika između ovih sudskih odluka u Njemačkoj nije tako jasna kao Hrvatskoj i Austriji. Tako primjerice upravni sudovi rješenjem odlučuju o odbijanju izvođenja nekog dokaza kojeg stranka predlaže na usmenoj raspravi, o izričitom ili prešutnom povlačenju tužbe, spajanju i razdvajanju sporova, predmetima o kojima će se rješavati u oglednom postupku te u kojima će se prekinuti postupak, sudovi izriču rješenjem kazne strankama i svjedocima koji se ne odazovu pozivu suda, ispravljaju pogreške u presudi, izdaju privremenu mjeru, odbacuju nedopuštenu žalbu, odlučuju o povlačenju žalbe²⁶ i sl. Iz ovih se primjera može zaključiti kako se rješenjem u Njemačkoj također odlučuje o postupovnim pitanjima i drugim sporednim pitanjima u upravnom sporu. Međutim, zanimljivo je primijetiti i neke iznimke od ovoga pravila. Tako, sukladno članku 47. stavak 5. viši upravni sud u sporu odlučuje presudom, ali ako nije održao usmenu raspravu u sporu odlučuje rješenjem. Ovdje se, dakle, razlikovanje između ove dvije vrste odluka ne povlači na osnovi predmeta koji se odlukom uređuje, već ovisno o tomu je li stranka imala mogućnost neposredno pred sudom zaštititi svoja prava. Slično odstupanje od navedenog pravila ogleda se i u odredbi članka 130a. koji propisuje da viši upravni sud o žalbi odlučuje rješenjem, a ne presudom, kada vijeće jednoglasno odluči o osnovanosti ili neosnovanosti žalbe, a usmena rasprava nije održana. Stoga valja zaključiti kako se u Njemačkoj ne provodi čisto razlikovanje između presuda i rješenja, jer iako se o postupovnim pitanjima odlučuje rješenjem, njime se ponekad odlučuje i o meritornom pitanju. Ujedno,

22 Članak 42. stavak 1. *Zakona o Upravnom sudu*.

23 Članak 30. stavak 2., članak 31. stavak 2., članak 33. stavak 1., članak 34. stavak 1. i članak 40. stavci 4. i 6. *Zakona o Upravnom sudu*.

24 Jedina razlika u ovim pitanjima između presuda i rješenja je što se rješenja ne objavljuju i izvršavaju „u ime Republike Austrije“. Članak 43. stavak 9. *Zakona o Upravnom sudu*.

25 *Verwaltungsgerichtsordnung*, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991., I s. 1010/2008.

26 Članak 86. stavak 2., članak 92., članak 93., članak 93a., članak 95., članak 118. stavak 2., članak 119. stavak 2., članak 123. stavak 4., članak 125. stavak 2. i članak 126. stavak 2. *Uredbe o upravnim sudovima*.

valja naglasiti kako niti pojmovi koji se odnose na rješenje u njemačkoj *Uredbi* nisu u potpunosti ujednačeni.²⁷ I u Njemačkoj se na rješenja suda primjenjuju odredbe o presudama, ali tek na odgovarajući način. Tako se primjerice, na rješenje može podnijeti žalba samo kada je to propisano. Rješenje mora biti obrazloženo samo kada se protiv njega može podnijeti žalba, kada se njime odlučuje o pravnom lijeku te kada se njime odlučuje o odgodnom učinku tužbe ili privremenoj mjeri. Konačno, niti rješenje doneseno u žalbenom postupku ne mora biti obrazloženo ako je sud žalbu odbio iz razloga iznesenih u pobijanoj prvostupanjskoj presudi.²⁸

Konačno, pored presuda i rješenja u njemačkoj *Uredbi o upravnim sudovima* pronalaze se i neki drugi pojmovi koji dodatno kompliciraju shvaćanje sudskih odluka. Tako se u članku 84. *Uredbe* pojavljuje, primjerice, pojam „*sudska odluka*“ (njem. *Gerichtsbescheid*). Ovu odluku sud donosi kada u sporu odlučuje bez vođenja usmene rasprave, predmet o kojem odlučuje u činjeničnim i pravnim pitanjima nije posebno složen, a sve činjenice u sporu su utvrđene.²⁹ No, kako se ovom odlukom rješava predmet spora, ona ima pravni učinak presude što potvrđuje i odredba članka 84. stavak 3. *Uredbe*. Međutim, nejasno je čemu se koristi toliko različitih pojmova za istovrsnu sudsku odluku. Neujednačenost terminologije nije dobra za zakonski tekst jer ga je teško pratiti, značajno je otežano jezično i logičko tumačenje zakona, a samim se time utječe i na pravnu sigurnost građana, koji se u razumijevanju takvih zakonskih tekstova teško snalaze.

Konačno, u Njemačkoj je zanimljivo uočiti i više vrsta presuda koje donosi sud u upravnom sporu. Tako, pored presude kojom se odlučuje o tužbenom zahtjevu (njem. *Urteil*) sud još može donijeti međupresudu (njem. *Zwischenurteil*) i djelomičnu presudu (njem. *Teilurteil*). Sud donosi međupresudu kada tuženik osporava i osnovu tužbenog zahtjeva i iznos tužbenog zahtjeva, a s obzirom na utvrđene činjenice sud u tom trenutku može odlučiti samo o osnovi tužbenog zahtjeva.³⁰ Djelomičnu presudu sud može donijeti kada je u određenoj fazi spora, s obzirom na činjenično stanje i druge postupovne zahtjeve, moguće odlučiti samo o jednom dijelu tužbenog zahtjeva, dok o ostalim dijelovima treba nastaviti s ispitnim postupkom.³¹ Međupresuda i djelomična presuda nisu propisane u hrvatskom *Zakonu o upravnim sporovima*, ali su uređene u parničnom postupku. No, kako sukladno članku 60. *Zakona o upravnim sporovima* ako ovaj *Zakon* ne sadrži odredbe o postupku u upravnom sporu, na odgovarajući

27 Tako se ponekad koristi pojam *Beschluß*, a ponekad *Gerichtsbeschluß*.

28 Članak 122. *Uredbe o upravnim sudovima*.

29 Stranku je potrebno prije donošenja ove odluke ipak saslušati. Specifičnost ove sudske odluke jest što je stranka u roku od mjesec dana od dostave može pobijati žalbom, revizijom ili zahtijevati održavanje usmene rasprave.

30 Primjerice, ako je tužbeni zahtjev usmjeren na isplatu nekog novčanog davanja, sud međupresudom može odlučiti o obvezi plaćanja davanja, a spor zatim nastaviti samo o iznosu isplate. Sud međupresudom može odlučiti i o dopuštenosti tužbe, te tek po donošenju ove odluke, započeti s razmatranjem činjeničnih i pravnih pitanja relevantnih za odlučivanje o tužbenom zahtjevu. Članci 109. i 111. *Uredbe o upravnim sudovima*.

31 Članak 110. *Uredbe o upravnim sudovima*. Međupresuda i djelomična presuda uređene su člancima 329. i 330. *Zakona o parničnom postupku*.

se način primjenjuju odredbe *Zakona o parničnom postupku*,³² ne postoji formalna zapreka da i hrvatski Upravni sud donese takvu presudu. Međutim, Upravni sud u praksi ovu mogućnost ne koristi.

Prijedlogom Zakona o upravnim sporovima u Hrvatskoj se i ubuduće nastoji održati precizna razlika između dvije temeljne vrste odluka upravnog suda. Tako se člancima 55. i 65. *Prijedloga Zakona* propisuje da sud o tužbenom zahtjevu koji se odnosi na glavnu stvar i sporedna traženja odlučuje presudom, dok o postupovnim pitanjima odlučuje rješenjem. Ovakvo zakonsko određenje vrlo jasno postavlja razliku između presuda i rješenja. Iz razmatranja konkretnih zakonskih odredbi također se može zaključiti da se ovi pojmovi u *Prijedlogu Zakona* koriste dosljedno. Tako se rješenjem, primjerice odlučuje o izuzeću suca, sud se oglašava nenadležnim za postupanje po tužbi, odbacuje se tužba kao neuredna ako tužitelj u ostavljenom roku ne otkloni naznačene nedostatke u tužbi, a oni su takvi da sprječavaju rad suda ili je odbacuje jer ne postoje pretpostavke za vođenje spora, odlučuje se o isključenju javnosti s usmene rasprave, prekida spor, obustavlja spor, izdaje privremenu mjeru, odlučuje koji će predmet riješiti u oglednom sporu, a u kojim predmetima će se prekinuti spor, odlučuje se o povratu u prijašnje stanje, ispravlja pogreška u presudi, sud i Visoki upravni sud odbacuju nepravovremenu žalbu, žalbu podnesenu od neovlaštene osobe i neurednu žalbu, sud odbacuje prijedlog za obnovu postupka ako utvrdi da je prijedlog podnijela neovlaštena osoba ili da je prijedlog nepravodoban ili da stranka nije učinila vjerojatnom postojanje zakonske osnove za obnovu³³ i sl.

Bitno je naglasiti kako bi se presude prema odredbama *Prijedloga Zakona* trebale nalaziti u različitom režimu u odnosu na rješenja, što onda i opravdava precizno postavljeno razlikovanje ovih vrsta sudskih odluka. Presude i rješenja trebala bi se razlikovati u svezi s objavljivanjem i dostavom, sadržajem, ali i u mogućnosti ulaganja žalbe te trenutka izvršenosti i izvršenja. Tako bi protiv presude upravnog suda stranke trebale moći podnijeti žalbu kada god je upravni sud presudom sam odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke. S druge strane, protiv rješenja upravnog suda žalba bi se mogla podnijeti samo kada je to propisano *Zakonom o upravnim sporovima*, dok protiv rješenja Visokog upravnog suda žalba ne bi trebala biti dopuštena. Žalba protiv presude ne bi trebala odgađati izvršenje pobijane presude, iako bi na prijedlog žalitelja Visoki upravni sud trebao moći odgoditi izvršenje pobijane presude, dok žalba protiv rješenja ne bi odgađala izvršenje rješenja. Presuda bi postala izvršna nakon dostave stranci, ako presudom nije određen drugi rok za izvršenje, dok bi rješenje postalo izvršno nakon objave, odnosno dostave stranci, ako tim *Zakonom* nije drukčije propisano. I konačno, izvršenje presude kojom je sud riješio stvar trebao bi osigurati tuženik sukladno pravilima o izvršenju propisanim

32 *Zakon o parničnom postupku*, Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84./74/87., 57/89., 20/90. i 35/91. te Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 112/99., 117/03., 84/08. i 123/08.

33 Članak 15. stavak 2., članak 28. stavak 2., članak 29. stavak 2., članak 30., članak 39. stavak 3., članak 45., članak 46., članak 47., članak 48., članak 52. stavak 4., članak 64., članak 71. i članak 77. stavak 1. *Prijedloga Zakona*.

Zakonom o općem upravnom postupku, dok bi rješenje trebao izvršiti sud koji je donio rješenje, a izvršenje novčanih obveza određenih rješenjem provodilo bi se u skladu s propisima kojima je uređeno sudsko izvršenje.³⁴ Čini se da će *Prijedlog Zakona* ako u ovom obliku bude usvojen u Hrvatskom saboru vrlo dobro urediti ove dvije vrste sudskih odluka.

4. Odlučivanje o tužbenom zahtjevu

Sloboda suda u rješavanju upravnih sporova ogleda se upravo u ovlastima suda pri donošenju odluke o tužbenom zahtjevu. Međutim, zakoni koji uređuju upravne sporove sudovima često ne prepuštaju veliku slobodu u odlučivanju, već kogentnim pravnim normama izričito propisuju što sud smije činiti. Štoviše, ovlasti sudova u nekim su zakonodavstvima usko vezane uz vrstu tužbe kojom se pokreće upravni spor, a nerijetko su ograničene i okvirima tužbenog zahtjeva unutar kojega se odluka suda mora kretati. Iz svega toga može se zaključiti kako upravni sudovi imaju značajno uže ovlasti pri odlučivanju od sudova opće nadležnosti.

Hrvatski *Zakon o upravnim sporovima* člankom 42. detaljno propisuje ovlasti suda pri odlučivanju. Kako je predmet upravnog spora u Hrvatskoj postavljen vrlo usko, upravni spor se može voditi samo protiv upravnog akta,³⁵ i odluke o tužbenom

34 Članak 66., članak 67. stavci 1. i 2. te članak 80., članak 81. i članak 82. *Prijedloga Zakona*.

35 Članak 6. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*. Ovaj *Zakon* člankom 6. stavak 2. ujedno je propisao i što se sve podrazumijeva upravnim aktom, definirajući ga kao svaki akt kojim državna tijela i pravne osobe u vršenju javnih ovlasti rješavaju o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili pravne osobe u kakvoj upravnoj stvari. Međutim, ova se definicija u brojnim slučajevima u praksi nije pokazala dovoljno preciznom, ponajprije stoga što je izravno vezana uz nedovoljno određen pojam „*upravne stvari*“, te je Upravni sud donio cijeli niz odluka u kojima određuje je li konkretan akt koji je donijelo neko javnopravno tijelo upravni akt ili nije. O aktualnosti ovoga pitanja svjedoči i izuzetno bogata praksa Upravnog suda Republike Hrvatske, koji je u svojem izboru odluka od 1977. do 2008. godine istaknuo preko 270 presuda koje se vezuju uz pravnu prirodu akata javnopravnih tijela. Vidi primjerice Upravni sud Republike Hrvatske, Us-6497/97, od 25. studenog 1999., Upravni sud Republike Hrvatske, Us-1294/00, od 7. prosinca 2000., Upravni sud Republike Hrvatske, Us-11421/2000, od 27. ožujka 2002., Upravni sud Republike Hrvatske, Us-4597/96, od 5. svibnja 1999., Upravni sud Republike Hrvatske, Us-7273/96, od 4. ožujka 1998., Upravni sud Republike Hrvatske, Us-3696/96 od 5. veljače 1998., Upravni sud Republike Hrvatske, Us-9027/99, od 6. prosinca 2000. i sl. Medvedović upozorava kako o ovom pitanju ima i promjena stavova Upravnog suda. Međutim razlog tomu ponajprije nalazi u izmijenjenoj materijalnojpravnoj regulaciji pojedinih područja ili materija. Medvedović, Dragan, Glavni smjerovi modernizacije općeg upravnog postupka, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 45. U istom kontekstu vidi i Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-665/95, od 28. travanja 1999., Narodne novine, br. 49/99., Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-722/1995, od 2. travanja 1997., Narodne novine, br. 41/97., Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-261/1996, od 6. travanja 1998., Narodne novine, br. 57/98., Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-168/96, od 14. siječanja 2000., Narodne novine, br. 14/00. i sl. Člankom 10. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima* precizno su propisani i razlozi pobijanja upravnog akta.

zahtjevu koje Upravni sud u sporu donosi vrlo su precizno postavljene. Zakonitost osporenoga upravnog akta Upravni sud ispituje u granicama zahtjeva iz tužbe, ali pri tomu nije vezan razlozima tužbe. Samo na ništavost upravnog akta Sud pazi po službenoj dužnosti. Razlog pokretanja upravnog spora u Hrvatskoj je i šutnja uprave pa se tako upravni spor može pokrenuti i kada nadležno tijelo o zahtjevu, odnosno žalbi stranke nije donijelo odgovarajući upravni akt. Štoviše, u upravnom sporu danas se u Hrvatskoj, akcesornim zahtjevom može tražiti i povrat oduzetih stvari, kao i naknada štete koja je tužitelju nanesena izvršenjem akta koji se osporava.³⁶ No, kako je predmet upravnog spora u Hrvatskoj danas usmjeren isključivo na ocjenu zakonitosti upravnog akta te ocjenu zakonitosti odbijanja, odnosno propuštanja donošenja upravnog akta i ovlasti Suda u odlučivanju prilagođene su ovim posebnostima.

Ovlasti suda u odlučivanju u upravnom sporu u Hrvatskoj, prilagođene su još jednoj posebnosti našeg pravnog sustava – rješavanju spora, u pravilu, na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku.³⁷ Međutim, unatoč ovoj temeljnoj odredbi, hrvatski *Zakon* ipak nije u potpunosti onemogućio sudu da i sam utvrđuje činjenično stanje. Tako je člankom 39. stavak 3. propisao da, ako bi poništenje osporenoga upravnog akta i ponovno vođenje postupka kod nadležnog tijela za tužitelja izazvalo štetu koja bi se teško mogla popraviti, ili ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje drugačije od onoga utvrđenog u upravnom postupku, ili ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležno tijelo nije u potpunosti postupio po presudi, sud može i sam utvrditi činjenično stanje i na podlozi tako utvrđenoga činjeničnog stanja donijeti presudu, odnosno rješenje. Tada Sud činjenično stanje utvrđuje po potrebi na raspravi, ili preko jednog člana vijeća, ili preko drugoga redovnog suda, ili preko drugog tijela. Na ovo načelno pravilo sudskog neutvrđivanja činjenica, nadovezuje se i zakonsko uređenje usmene rasprave u upravnom sporu. Člankom 34. propisano je kako upravni spor Sud u pravilu rješava na nejavnoj sjednici te da sud može održati usmenu raspravu ako zbog složenosti upravne stvari ili nekog drugog razloga utvrdi da usmena rasprava može doprinijeti boljem razjašnjenju stanja stvari. Iako usmena rasprava ne pridonosi samo utvrđivanju činjeničnoga stanja, već i zaštiti drugih prava stranaka u sporu, Upravni sud je vrlo rijetko održava. Štoviše, stajališta o tomu kako usmenu raspravu u upravnom sporu ne bi trebalo provoditi susreću se i u dijelu

36 Članak 8., članak 11. i članak 40. *Zakona o upravnim sporovima.*

37 Članak 39. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima.*

hrvatske stručne i znanstvene literature.³⁸ No, Garešić smatra kako odredbe članka 34. *Zakona o upravnim sporovima* nisu u skladu s člankom 6. *Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*³⁹ koja je prihvaćena u Hrvatskoj te da bi usmenu raspravu svakako trebalo održavati.⁴⁰ Međutim, Upravni sud u praksi ne koristi mogućnost održavanja ove rasprave.

Sukladno članku 42. *Zakona o upravnim sporovima* prilikom odlučivanja Upravni sud može uvažiti tužbu presudom ili je može odbiti kao neosnovanu. Ako uvaži tužbu, sud će poništiti osporeni upravni akt, iz čega se opravdano zaključuje kako je temeljna ovlast Upravnog suda u Hrvatskoj kasacijske naravi. Međutim, ako Upravni sud utvrdi da pobijani upravni akt treba poništiti, on može sam meritorno odlučiti o upravnoj stvari ako mu priroda stvari to dopušta te ako mu podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to. Takva presuda, tada, u svemu zamjenjuje poništeni upravni akt. Bitno je naglasiti da sukladno članku 39. stavak 2. *Zakona*, ako sud utvrdi da se spor ne može raspraviti na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom

38 Tako je Dupelj isticao kako se u Hrvatskoj usmena rasprava treba održati samo u onom slučaju kada se radi o složenoj upravnoj stvari i kada je sudskom vijeću – uz nazočnost stranaka – potrebno određeno objašnjenje kako bi se otklonile određene nejasnoće i kontradiktornosti. Dupelj, Željko, Donošenje odluka u upravnom sporu, *Pravo i porezi*, god. 12., br. 3., 2003., str. 39. I Krijan je sugerirao da se u upravnom sporu usmenu raspravu treba održati samo u složenim upravnim stvarima, kada je potrebno sudskom vijeću neko razjašnjenje stanja stvari uz sudjelovanje stranaka, tako što će one na raspravi iznijeti potrebna objašnjenja kojima će se otkloniti određene nejasnoće, kontradiktornosti i sl. Nastavlja kako bi se u Hrvatskoj utvrđivanje činjeničnog stanja na usmenoj raspravi trebalo činiti iznimno, posebno stoga što Upravni sud upravni spor rješava na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Krijan, op. cit., str. 164.

39 *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97.

40 Ona smatra da bi Upravni sud kada odlučuje o građanskom pravu ili obvezi stranke „u pravilu trebao zakazati usmenu raspravu da bi omogućio ostvarenje načela usmenog saslušanja stranke, načela kontradiktornosti, te što bolje jednakost procesnopravnih sredstava stranaka, jer ta načela predstavljaju srž prava na pravičan postupak iz članak 6. Konvencije“. Ujedno je mišljenja i da bi Sud morao odrediti usmenu raspravu kada god to stranka zahtijeva, a ne sam procjenjivati opravdanost zahtjeva stranke. Garešić, Jasna, O upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u svjetlu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19., Supp., 1998., str. 999-1000. Čini se da je, kada je ratificirao ovu Konvenciju, Hrvatski sabor i sam bio svjestan neusklađenosti *Zakona o upravnim sporovima* i *Europske konvencije*, s obzirom na to da je tom prigodom stavio rezervu u pogledu održavanja javne rasprave u upravnosudskom postupku prema članku 6. *Konvencije*. Pozivajući se na odredbu članka 34. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*, prema kojoj o upravnim sporovima Sud rješava u nejavnoj sjednici, člankom 4. *Zakona o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* i *Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02., propisano je da Republika Hrvatska ne može jamčiti održavanje javne rasprave kad Upravni sud odlučuje o zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti, jer on u pravilu odlučuje u nejavnoj sjednici. Ovom je rezervom, iako zakonito, u Hrvatskoj znatno umanjena razina i kvaliteta zaštite koja se građanima i ostalim subjektima pruža u okviru upravnog spora, a što je dovelo i do kritiziranja ovoga rješenja. Do zaključka kako u Hrvatskoj nisu ispunjene pretpostavke tražene *Konvencijom* došao je i Ustavni sud Republike Hrvatske još 2000. godine. Vidi Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I/745/1999, od 8. studenog 2000. godine, Narodne novine, br. 112/00.

postupku zbog toga što kod utvrđenih činjenica postoji proturječnost u spisima, ili zato što su one u bitnim točkama nepotpuno utvrđene, ili što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak glede činjeničnog stanja, ili ako Sud utvrdi da se u upravnom postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koja bi bila od utjecaja na rješavanje stvari, Sud osporeni upravni akt presudom može samo poništiti,⁴¹ iz čega se također ogleda njegova temeljna kasacijska ovlast. Presudom kojom poništava upravni akt Sud će odlučiti i o zahtjevu tužitelja za povrat stvari, odnosno za naknadu štete, ali opet, samo ako mu podaci postupka daju za to pouzdanu osnovu. U protivnom, Sud će tužitelja uputiti da svoj zahtjev ostvari u parničnom postupku pred općinskim sudom. Konačno, zanimljivo je osmotriti ovlasti suda i u odlučivanju u sporu pokrenutom zbog šutnje uprave. Sud tada može uvažiti tužbu presudom ili ju odbiti kao neosnovanu. Ako uvaži tužbu, Sud može tuženiku naložiti u kojem će smislu donijeti rješenje ili može sam riješiti presudom upravnu stvar.⁴² Dakle, Sud može meritorno riješiti upravnu stvar u slučaju šutnje uprave. Valja naglasiti kako je ovo mogućnost, ali ne i obveza Suda, jer u drugom slučaju on može konstatirati kako je upravno tijelo nezakonito propustilo donijeti upravni akt i naložiti mu njegovo donošenje. No, iako je Upravni sud u više navrata o šutnji uprave meritorno riješio na način da je odbio zahtjev tužitelja, ovu mogućnost meritornog rješavanja ipak često ne koristi.

Dakle, može se zamijetiti kako u Hrvatskoj prema *Zakonu o upravnim sporovima* Sud ima vrlo precizna pravila za donošenje odluka. Precizno je postavljen predmet upravnog spora, propisuje se vezanost suda tužbenim zahtjevom, obveza suda da na ništavost akta pazi po službenoj dužnosti, sud je u rasuđivanju dobrim dijelom ograničen dokazima utvrđenim u upravnom postupku, a spor rješava u pravilu na nejavnoj sjednici bez vođenja usmene rasprave. Mogućnost Suda da sam ili putem drugoga suda ili tijela utvrdi činjenično stanje ili održi usmenu raspravu već je u *Zakonu* postavljeno kao iznimka, a Upravni sud je prihvaća vrlo restriktivno. Konačno ovlast Suda kada usvoji tužbeni zahtjev u najvećoj je mjeri usmjerena na poništavanje pobijanog akta, a kada je sud ovlašten meritorno riješiti upravnu stvar u praksi ovu ovlast najčešće izbjegava.

Ovlasti Upravnog suda u odlučivanju po tužbi *Zakonom o Upravnom sudu* i u Austriji vrlo su detaljno propisane. Predmet upravnog spora u Austriji također je samo odluka (njem. *Bescheid*) javnopravnog tijela, tj. upravni akt, odnosno propuštanje donošenja ove odluke. I u Austriji Sud može odlučivati samo u okviru tužbenog zahtjeva te ne smije po službenoj dužnosti premašiti granice koje je u tužbi postavio tužitelj. Baš kao i u Hrvatskoj Upravni sud ocjenjuje zakonitost pobijane odluke na temelju činjenica koje je utvrdio tuženik. Jedino je u slučaju šutnje uprave Sud obvezan utvrditi činjenice putem suda ili upravnog tijela koje sam odredi. Međutim, ako Sud utvrdi da bi za ocjenu zakonitosti odluke mogao biti relevantan i neki razlog kojeg stranke nisu navele, stranke se o tomu mogu saslušati, a može se održati i

41 Tada je tuženik dužan postupiti kako je određeno u presudi i donijeti novi upravni akt.

42 Članak 42. stavci 4. i 5. *Zakona o upravnim sporovima*.

usmena rasprava.⁴³ Međutim, baš kao i u Hrvatskoj danas, i u Austriji je usmena rasprava iznimka.⁴⁴

Ovlasti Suda u odlučivanju također su vrlo precizno postavljene ponajprije zbog precizno i usko postavljenog predmeta upravnog spora. Austrijski Upravni sud presudom može odbiti tužbu kao neosnovanu ili usvojiti tužbu, a pobijanu odluku poništiti. Iznimka od ovoga pravila propisana je samo u slučaju donošenja odluke zbog šutnje uprave. Razlozi poništavanja pobijane odluke taksativno su navedeni u *Zakonu*. Tako će Sud poništiti odluku upravnog tijela: ako je materijalni zakon pogrešno primijenjen, ako ju je donijelo nenadležno tijelo, ako su tijekom njezinog donošenja povrijeđena pravila postupka. Budući da je tuženik pogrešno utvrdio bitne činjenice u postupku, tuženik nije utvrdio sve činjenice u postupku ili nije postupio prema pravilima postupka, a što može rezultirati drugačijom odlukom tuženika. U slučaju poništavanja pobijane odluke, predmet se vraća u stanje u kojem je bio prije njezinog donošenja.⁴⁵ Važno je zamijetiti kako sud ovdje ima samo kasacijsku ovlast, a ne i ovlast meritornog rješavanja upravne stvari. Naravno da ovakvo uređenje značajno usporava ostvarivanje prava stranaka koje tada ponovo moraju pokrenuti upravni postupak. Međutim, kada postupa po tužbi zbog šutnje uprave, Upravni sud svojom odlukom rješava samo pojedina relevantna materijalnoppravna pitanja u sporu te nalaže tuženiku da donese odluku u određenom roku, koji ne smije biti duži od šest tjedana. Pri donošenju svoje odluke tijelo je tada vezano odlukom Suda o pravnim pitanjima. Međutim Upravni sud u ovome slučaju može i sam meritorno riješiti upravnu stvar, što će učiniti i kada god tuženik ne postupi prema nalogu Suda. Ovlast meritornog odlučivanja Suda u ovom je slučaju toliko snažna, da on može odlučiti čak i temeljem slobodne ocjene koja je inače svojstvena samo upravnim tijelima.⁴⁶ Dakle, i austrijski Upravni sud ima primarno kasacijske ovlasti, dok meritorno riješiti upravnu stvar može samo u slučaju šutnje uprave.

Odlučivanje suda po tužbi i u Njemačkoj je detaljno uređeno *Uredbom o upravnim sudovima*. Ovdje su postupanje i ovlasti suda u odlučivanju prilagođeni vrlo širokim konceptu predmeta upravnog spora. Već *Temeljni zakon* propisuje kako mogućnost obratiti se sudu ima svaka osoba kojoj je javna vlast povrijedila neko

43 Članak 41. *Zakona o Upravnom sudu*.

44 Ona se, prema članku 39. stavak 1. *Zakona o Upravnom sudu*, mora održati samo ako tužitelj, u roku za podnošenje tužbe, odnosno tuženik ili zainteresirana osoba, u roku za davanje odgovora na tužbu, zahtijevaju da se održi te kada sudac izvjestitelj, predsjednik vijeća ili vijeće u cjelini smatraju da je za rješavanje spora potrebno provesti usmenu raspravu. Strankama je dana mogućnost kada god ocjene da će svoja prava zaštititi na usmenoj raspravi, inzistirati na njezinom održavanju. No, iako bi se iz ove odredbe moglo zaključiti da Sud mora provesti usmenu raspravu, kako bi spriječio stranku da, pozivajući se na svoje pravo, zlonamjerno opstruira vođenje upravnog spora, članak 39. stavak 2. *Zakona o Upravnom sudu* ovlašćuje Upravni sud da unatoč zahtjevu stranaka za provođenjem usmene rasprave odluči da se rasprava ipak ne održi u taksativno navedenim slučajevima.

45 Članak 42. stavci 1. do 3. *Zakona o Upravnom sudu*.

46 Članak 42. stavak 4. *Zakona o Upravnom sudu*.

pravo.⁴⁷ Sudska zaštita pred upravnim sudovima u Njemačkoj nije uvjetovana vrstom radnje odnosno odluke javnopravnog tijela, kao što je to slučaj u Hrvatskoj i Austriji. Stoga se upravni spor može voditi protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela, postupanja javnopravnih tijela i upravnih ugovora.⁴⁸ Zbog određivanja upravnog spora generalnom klauzulom sa sustavom negativne enumeracije, njemački pravni sustav sadrži propisane vrste tužbi kojima se spor može pokretati.⁴⁹ I upravo o vrsti tužbe koju tužitelj podnosi uvelike ovise i sudske ovlasti u rješavanju spora. Dvije prvonavedene tužbe usmjerene na poništavanje, odnosno donošenje upravnog akta nalaze se u posebnom pravnom režimu u brojnim pitanjima vođenja upravnog spora te sud po njima, u nekim pitanjima postupka, postupa drugačije negoli u sporovima pokrenutim drugim tužbama.

U odlučivanju po tužbi upravni sudovi su i u Njemačkoj vezani tužbenim zahtjevom, no nisu vezani razlozima iznesenim u tužbi. Upravni sporovi se vode prema inkvizitornom načelu, pa sve činjenice na kojima zasniva odluku sud utvrđuje po službenoj dužnosti.⁵⁰ Međutim, za razliku od austrijskog i hrvatskog prava upravni sudovi u Njemačkoj ne samo da su u potpunosti ovlašteni, već su i obvezni sami utvrđivati činjenično stanje i provoditi dokazni postupak. Članak 86. stavak 1. *Uredbe o upravnim sudovima* izričito propisuje da sud izvodi dokaze tijekom usmene rasprave te da ih izvodi uvidom u isprave, očevidom, ispitivanjem svjedoka, vještačenjem te saslušanjem stranaka sukladno pravilima *Zakona o građanskom postupku*.⁵¹ Ovlast suda da sam utvrđuje činjenice vrlo je važno pravo suda koje značajno doprinosi ocjeni zakonitosti predmeta spora te sud ne ograničava samo na uvid u isprave i zapisnik o izvedenim dokazima sačinjen u upravnom postupku. Upravo ova ovlast suda dobra je podloga za meritorno rješavanje, a ne samo korištenje kasacijskih ovlasti. S druge strane, u upravnom sporu u Njemačkoj usmena rasprava je jedno od temeljenih načela spora te se redovito provodi. Usmena rasprava služi za izjašnjavanje stranaka te razjašnjenje svih pravnih i činjeničnih pitanja o kojima se sudionici imaju pravo izjasniti, a sud može riješiti upravni spor bez vođenja usmene

47 Članak 19. stavak 4. *Temeljnog zakona. Grundgesetz, Bundesgesetzblatt, 1/1949., I s. 606/2009.*

48 Konačno, upravni spor se u Njemačkoj može voditi i o zakonitosti podzakonskih propisa donesenih temeljem saveznog zakona te zakonitosti drugih općih akata jedinica lokalne samouprave i drugih javnopravnih tijela.

49 Tako se prema člancima 42. i 43. *Uredbe o upravnim sudovima* razlikuju tužba za poništavanje upravnog akta (njem. *Anfechtungsklage*), tužba za donošenje upravnog akta u slučaju šutnje uprave (njem. *Verpflichtungsklage*), opća tužba za postupanje (njem. *allgemeine Leistungsklage*), kojom stranka od suda zahtijeva da naloži javnopravnom tijelu poduzimanje ili uzdržavanje od poduzimanja neke radnje koja nema obilježja upravnog akta, tužba za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja nekog pravnog odnosa ili utvrđivanje ništavosti upravnog akta (njem. *Feststellungsklage*), koja se može uložiti samo kada se spor ne može voditi temeljem drugih vrsta tužbi itd. Međutim, vrste tužbi nisu ograničene samo na ove četiri, već ih svaka savezna država može propisivati i svojim zakonima.

50 Članak 86. stavak 1. i članak 88. *Uredbe o upravnim sudovima.*

51 Članak 98. *Uredbe o upravnim sudovima.*

rasprave samo iznimno.⁵² Ovdje je vrlo zanimljivo primijetiti i formulaciju članka 108. stavak 2. *Uredbe* sukladno kojoj se radi zaštite prava stranaka u Njemačkoj presuda smije temeljiti samo na činjenicama i dokazima o kojima su se stranke imale priliku izjasniti. Dakle, ako stranci nije dana mogućnost izjasniti se o nekoj činjenici i dokazu, odluka suda se na istome ne smije zasnivati, čime su prava i pravni interesi stranaka u upravnom sporu u Njemačkoj dodatno zaštićeni.

Njemačka *Uredba o upravnim sudovima* ovim sudovima daje prilično široke ovlasti u odlučivanju u upravnim sporovima. Tako upravni sud presudom može poništiti upravni akt, a može ga i izmijeniti. Kada god utvrdi da je upravni akt nezakonit, a prava tužitelja su povrijeđena, sud mora poništiti upravni akt. Kada god je pored poništavanja upravnog akta potrebno poduzeti i neku radnju, sud može naložiti presudom i poduzimanje takve radnje.⁵³ Tako primjerice, ako je upravni akt već izvršen, sud može, na zahtjev tužitelja, naložiti javnopravnom tijelu da izvrši povrat u stanje stvari prije izvršenja akta.⁵⁴ Zanimljivo je kako upravni sud u Njemačkoj može, kada god tužitelj ima zakoniti interes za tim, utvrditi da je upravni akt nezakonit čak i ako je tijekom upravnog spora takav akt već stavljen izvan snage, npr. opozivom ili poništavanjem od tijela koje ga je donijelo.⁵⁵ U tom slučaju sud koristi ovlast konstatacije nezakonitosti. Ako sud u sporu ocjeni da sve činjenice nisu utvrđene te je potrebno provesti daljnje utvrđivanje činjenica, on presudom može poništiti upravni akt, ne odlučujući o meritumu upravne stvari. Naravno, ovo dolazi u obzir samo kada je poništavanje upravnog akta dostatno kako bi se zaštitili pravni interesi stranaka. Međutim, i u tom slučaju sud može, na zahtjev tužitelja, rješenjem privremeno urediti upravnu stvar do donošenja novog upravnog akta.⁵⁶ Sud u Njemačkoj može i izmijeniti upravni akt. Tako, ako pobijani upravni akt propisuje plaćanje nekog novčanog davanja u određenom iznosu, presudom može odrediti

52 Zakonom je propisano da se usmena rasprava u upravnom sporu ne mora provesti samo ako su se s tim suglasile sve stranke u sporu. Međutim, obveza održavanja usmene rasprave odnosi se isključivo na donošenje presuda, ali ne i rješenja, što znači da se usmena rasprava neće nužno provesti niti u slučajevima kada se upravna stvar ne rješava presudom. Članak 101. *Uredbe o upravnim sudovima*.

53 Članak 113. stavak 4. *Uredbe o upravnim sudovima*.

54 Takav povrat, naravno, moguće je naložiti samo kada je njegovo izvršenje i stvarno moguće.

55 Članak 113. stavak 1. *Uredbe o upravnim sudovima*. U Austriji će kada god je očito da je tužbeni zahtjev tuženik usvojio i postupio prema njemu, sud o tomu na nejavnoj sjednici saslušati tužitelja te obustaviti postupak. Članak 33. stavak 1. *Zakona o Upravnom sudu*. U Hrvatskoj će primjerice u takvome slučaju Sud tužitelja pozvati da se u roku od 15 dana izjasni je li naknadno donesenim aktom zadovoljan ili ostaje pri tužbi i u kojem opsegu, odnosno proširuje li tužbu i na novi akt, pa ako on izjavi da je zadovoljan ili se u roku ne očituje Sud će rješenjem obustaviti postupak. Članak 32. stavci 1. i 2. *Zakona o upravnim sporovima*.

56 Članak 113. stavak 3. *Uredbe o upravnim sudovima*. Ovo se rješenje može poništiti ili izmijeniti u svako doba.

drugi iznos koji je tužitelj dužan platiti,⁵⁷ kada ponovo meritorno rješava upravnu stvar. Konačno, vezano uz ovlasti suda u sporovima zbog šutnje uprave, treba spomenuti da kada sud utvrdi da je odbijanje ili propuštanje donošenja upravnog akta nezakonito, a time su prava tužitelja povrijeđena može, kada god utvrđene činjenice to dopuštaju, naložiti tuženiku poduzimanje službene radnje u svrhu koje je tužbeni zahtjev i postavljen. Međutim, ako s obzirom na utvrđeno činjenično stanje sud to ne može učiniti, on će tuženiku naložiti donošenje akta.⁵⁸ Dakle, može se zaključiti kako njemačka *Uredba* ne daje prednost, niti kasacijskim ovlastima suda, niti meritornom rješavanju, već ovlašćuje sud na donošenje one odluke koja će u konkretnom slučaju potpunije ostvariti cilj tužbenog zahtjeva.

Ovlasti suda pri odlučivanju u upravnim sporovima u novom hrvatskom konceptu ustroja i funkcioniranja upravnog spora značajno bi se trebale izmijeniti u odnosu na dosadašnje. U *Prijedlogu Zakona* one su u značajnoj mjeri prilagođene proširenom predmetu upravnog spora u odnosu na važeći *Zakon*. Prema članku 3. *Prijedloga Zakona* predmet upravnog spora u Hrvatskoj trebao bi biti 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;⁵⁹ ocjena zakonitosti postupanja javnopravnog tijela kojim je povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes stranke protiv kojeg nije dopušteno izjaviti redoviti praviti lijek; te ocjena 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.⁶⁰ Dakle, *Prijedlogom Zakona o upravnim sporovima* predmet upravnog spora u Hrvatskoj nastoji se značajno proširiti te uskladiti s predmetom regulacije novog *Zakona o općem upravnom postupku*. Tako će se u upravnom sporu ubuduće odlučivati o zakonitosti upravnih akata, ali i o zakonitosti drugih postupanja uprave te o zakonitosti i izvršavanju upravnih ugovora.⁶¹

Sukladno članku 31. *Prijedloga Zakona* sud bi trebao odlučivati u granicama tužbenog zahtjeva, ali ne bi trebao biti vezan razlozima tužbe. Upravni sudovi bi po službenoj dužnosti trebali paziti samo na razloge ništavosti pojedinačne odluke

57 Javnopravno tijelo tada će neformalno što prije obavijestiti stranku o utvrđenom iznosu, a po donošenju novoga upravnog akta, on se opet može pobijati tužbom. Članak 113. stavak 2. *Uredbe o upravnim sudovima*.

58 Članak 113. stavak 5. *Uredbe o upravnim sudovima*.

59 Ovdje se podrazumijeva ocjena zakonitosti upravnog akta koja je i danas predmet upravnog spora.

60 No, velika novina u hrvatskom pravnom sustavu svakako bi trebalo biti i otvaranje mogućnosti ocjene zakonitosti općih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih osoba koje imaju javne ovlasti i obavljaju javnu službu, koji nisu u nadležnosti Ustavnog suda Republike Hrvatske, kao predmeta vođenja objektivnog upravnog spora, čime se hrvatsko pravo po ovome pitanju značajno približilo njemačkom.

61 Širenje koncepta upravnog spora na sva postupanja uprave svakako je pohvalno s aspekta zaštite prava građana, koja mogu biti povrijeđena ne samo upravnim aktima već i drugim postupanjima uprave.

i ništetnosti upravnog ugovora. Zanimljivo je spomenuti da *Prijedlog Zakona* unosi značajnu novinu vezanu i uz utvrđivanje činjenica u upravnom sporu. Tako članak 33. ovlašćuje, ali i obvezuje sud da slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice. Sud bi u obzir trebao uzimati činjenice utvrđene u postupku donošenja osporene odluke, kojima nije vezan, ali i činjenice koje sam utvrdi u dokaznom postupku. Propisuje se kako se kao dokazna sredstva mogu koristiti isprave, saslušanje stranaka, iskaz svjedoka, mišljenje i nalaz vještaka, očevid, ali i neka druga dokazna sredstva, koja bi sud izvodio prema pravilima o dokazivanju iz *Zakona o parničnom postupku*. Značajna novina u postupanju i odlučivanju suda u upravnim sporovima svakako se ogleda i u obveznom održavanju usmene rasprave u upravnom sporu. Tako je člankom 7. *Prijedloga Zakona* već u „*Temeljnim odredbama*“ utvrđeno načelo usmene rasprave sukladno kojem sud odlučuje o tužbenom zahtjevu na temelju usmene, neposredne i javne rasprave. Bez održavanja usmene rasprave upravni spor bi se mogao riješiti samo u slučajevima propisanim tim *Zakonom*.⁶² No, valja primijetiti kako je obveznim propisivanjem usmene rasprave položaj stranaka značajno ojačan, no samo s aspekta mogućnosti zaštite prava, ali ne i ostvarivanja pravovremene upravne pravde.⁶³

Prijedlog Zakona o upravnim sporovima, kao i ostali analizirani zakoni, detaljno razrađuje ovlasti upravnih suda pri odlučivanju o tužbi. Tako članak 57. propisuje kako će sud odbiti tužbeni zahtjev ako utvrdi da je neosnovan. Dalje propisuje kako sud mora odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan čak i kada utvrdi da je u postupku, koji je prethodio donošenju pojedinačne odluke bilo nedostataka, ali nisu utjecali na rješavanje predmeta postupka, kao i ako utvrdi da je pojedinačna odluka zasnovana na zakonu, ali zbog drugih razloga od onih navedenih u odluci. Dakle, ovdje zbog razloga efikasnosti *Prijedlog Zakona* opravdano izbjegava vođenje novoga postupka koji se odlukom o upravnoj stvari neće razlikovati od odluke osporene pred sudom. *Prijedlog Zakona* člankom 58. uređuje slučajeve u kojima će sud usvojiti tužbeni zahtjev. Tako će sud, kad utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita, presudom 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. Kada sud utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela ništava, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i oglasiti odluku ništavom. Kada utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je

62 Razlozi za rješavanje upravnog spora bez vođenja usmene rasprave propisani su člankom 39. *Prijedloga Zakona*. Tako se usmena rasprava ne mora održati kada je tuženik priznao tužbeni zahtjev u cijelosti; zatim u predmetu u kojem se rješava temeljem pravomoćne presude donesene u oglednom postupku; ako sud utvrdi da pojedinačna odluka ili postupanje sadrži nedostatke koji sprječavaju ocjenu njihove zakonitosti; ili, konačno, ako su činjenice nesporne, a stranke izričito ne zahtijevaju održavanje rasprave.

63 Jurić-Knežević smatra kako usmena rasprava u upravnim stvarima ipak ne bi trebala biti obvezna, posebno ako se u obzir uzmu dva stupnja odlučivanja u upravnom i eventualna dva stupnja u sudskom postupku, ističući da ovdje ipak „*treba naći pravu mjeru*“. Prema njezinom mišljenju, Upravnom sudu bi trebalo omogućiti da usmenu raspravu provede kada god je to prema ocjeni suda potrebno, ali ga i obvezati da je provodi uvijek kada to zatraži jedna od stranaka u sporu. Jurić-Knežević, Dunja, u *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 100.

prema propisima trebalo donijeti, sud će presudom 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 sud treba tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok. Ako sud utvrdi da tuženik nije postupio sukladno propisima, pojedinačnoj odluci ili upravnom ugovoru, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i narediti postupanje u primjerenom roku. Ako sud utvrdi da je upravni ugovor ništetan, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i ugovor oglasiti ništetnim te, konačno, ako utvrdi da je javnopravno tijelo neopravdano raskinulo upravni ugovor, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i poništiti odluku o raskidu upravnog ugovora. *Prijedlog Zakona* člankom 59. ujedno uređuje i odlučivanje suda u svezi s naknadom štete i povratom stvari. Stoga bi sud, u okviru tužbenog zahtjeva, morao odlučiti i o naknadi štete te povratu stvari. O naknadi štete bio bi obavezan odlučiti i kada presudom upravni ugovor oglasi ništetnim. Međutim, sud bi trebao odbiti tužbeni zahtjev glede naknade štete i povrata stvari ako utvrdi da je tužitelj svojim postupanjem prouzročio štetu ili pridonio nastanku takve štete.

Vrlo je važno naglasiti kako je prema konceptu *Prijedloga Zakona o upravnim sporovima* upravni sud svojom odlukom obavezan meritorno riješiti upravnu stvar, a ne, kao danas, samo koristiti kasacijske ovlasti. Time je u Hrvatskoj učinjen veliki konceptualni iskorak, koji je otišao korak dalje čak i od njemačke *Uredbe o upravnim sudovima*. No, valja naglasiti kako meritornom odlučivanju prednost daje i **Europski sud za ljudska prava, a što je vrlo dobro razvidno iz članka 6. stavak 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda**. Dakle, ovdje se ne radi o ovlasti, već o obvezi suda da svojom presudom rješava pravnu situaciju. Sasvim je izvjesno da će meritorno rješavanje upravne stvari, umjesto donošenja samo kasacijskih odluka značajno ubrzati ostvarivanje prava građana u upravnim stvarima. Sud kasacijsku odluku može donijeti samo kada u upravnoj stvari ne može sam odlučiti zbog prirode same stvari ili zato što je tuženik odluku donio slobodnom ocjenom. Kada tijelo o upravnoj stvari odlučuje slobodnom ocjenom upravni sud ne može meritorno rješavati jer bi izašao iz okvira sudske vlasti i zakoračio u kompetencije upravne. No, u praksi će vrlo teško biti ocijeniti kada priroda stvari sud sprječava da sam riješi upravnu stvar. Ako sud ovu odredbu bude tumačio preekstenzivno prekoračit će svoje ovlasti. S druge strane, ako je bude tumačio prerestriktivno neće obaviti zakonom povjerenu zadaću. Stoga će posebnu pozornost ovome pitanju trebati posvetiti svaki upravni sud, a još veću pozornost trebao bi mu posvetiti Visoki upravni sud unificirajući praksu upravnih sudova. Konačno, čini se da bi sud, s obzirom na svoju stručnost, ipak trebao biti jamac kvalitetnom odlučivanju u upravnim stvarima u spomenutim zakonskim okvirima, barem u trenutnoj kadrovskoj situaciji u dijelu javnopravnih

tijela.⁶⁴ Međutim u praksi će se posebna pozornost morati usmjeriti na izbjegavanje zadiranja sudske vlasti u izvršnu, a što bi pogrešnom praksom upravne sudove učinilo najvišim tijelima izvršne vlasti.

5. Objava, sadržaj i dostava sudskih odluka

Posebno važno pitanje vezano uz ostvarivanje upravne pravde usmjereno je i na objavu, sadržaj i dostavu presude. Kako presuda pravni učinak ostvaruje tek od trenutka svoje objave i dostave, a strankama se uvijek dostavlja u pisanom obliku, u razmatranju sudskih odluka neizostavno se treba osvrnuti i na ova pitanja.

Važeći hrvatski *Zakon o upravnim sporovima* člankom 43. propisuje kako će sud presudu, odnosno rješenje usmeno objaviti odmah nakon rasprave, ako je ona održana, zajedno s najvažnijim razlozima zbog kojih je donesena. No, u složenim slučajevima sudu je dana mogućnost odustati od usmene objave presude, odnosno rješenja te presudu ili rješenje donijeti najkasnije u roku od osam dana. Međutim, ako sud u vijećanju održanom nakon usmene rasprave ne može izreći presudu, odnosno rješenje, jer smatra kako prije donošenja odluke treba utvrditi još kakvu činjenicu, a u svrhu utvrđivanja koje nije potrebno provesti novu usmenu raspravu, presudu odnosno rješenje donijet će bez rasprave i to najkasnije u roku od osam dana od dana kada je tu činjenicu utvrdio. *Zakon o upravnim sporovima* člankom 44. stavak 3. ujedno izričito određuje da se presuda, odnosno rješenje strankama u svakom slučaju izdaje u ovjerenom prijepisu. Iako se iz ovakvog propisivanja objave presuda i rješenja može shvatiti kako je objava presuda pravilo u hrvatskoj upravnosudskoj praksi, istina je sasvim drugačija. Presude se strankama ne objavljuju, već im se samo dostavljaju u pisanom obliku. Ovo pitanje uvelike utječe na javnost i transparentnost vođenja upravnih sporova u Hrvatskoj, a što su temeljni europski zahtjevi postavljeni u ovome smjeru.

Zakon o upravnim sporovima nadalje detaljno propisuje što svaka presuda, odnosno rješenje moraju sadržavati. Tako sukladno članku 44. u njima treba stajati oznaka suda, ime i prezime predsjednika vijeća, članova vijeća i zapisničara, oznaka stranaka i njihovih zastupnika, kratko izlaganje predmeta spora i dan kad je presuda, odnosno rješenje izrečeno i objavljeno, izreka, obrazloženje te, kako u zakonu stoji: „*pouka o žalbi, ako je žalba dopuštena*“. Polazeći od presumpcije neukosti nekih

64 Zbog nedostatne stručnosti brojnih službenika u javnopravnim tijelima te nezakonitog ili nepravodobnog odlučivanja ovih službenika, Upravni sud u prosjeku usvaja čak 49% upravnih tužbi, što je izuzetno visok postotak. Gagro i Jurić-Knežević upozoravaju kako je npr. u 2005. godini u upravnom sporu poništeno čak 55% upravnih akata jednog te istog središnjeg tijela državne uprave. Oni ističu kako razlozi zbog kojih se ti akti poništavaju, ponekad upućuju na nepoznavanje najosnovnijih stvari iz upravnog postupka te neshvaćanje položaja, uloge i ovlaštenja Upravnog suda u odnosu na položaj i ovlaštenja upravnih tijela. Gagro, Božo, Jurić-Knežević, Dunja, *Kvaliteta upravnog postupanja prema iskustvima Upravnog suda RH s prijedlozima za unaprjeđenje, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 33-34.

stranaka u sporu,⁶⁵ tj. tužitelja i zainteresiranih osoba, posebno je naglašeno kako izreka mora biti odvojena od obrazloženja, kako bi se razlučio preskriptivni dio odluke, koji je predmet pravomoćnosti i izvršnosti, od deskriptivnog, koji strankama treba ukazati zašto je donesena odluka upravo takva. Zanimljivo je naglasiti kako unatoč izričitoj odredbi žalbu na presudu Upravnog suda nije moguće podnijeti pa tako niti pouka o žalbi u praksi nije sastavni dio presude. Izvornu presudu, odnosno rješenje potpisuje predsjednik vijeća i zapisničar.

Dakle, iako su odredbe o objavi, dostavi i sadržaju presude u Hrvatskoj prilično detaljno razrađene, čini se da su u praksi od veće koristi samo odredbe o sadržaju presude. Unatoč činjenici da su odredbe o objavi presude propisane dobro, s obzirom na to da su rokovi precizni i vezani uz konkretne radnje, nejavne sjednice Upravnog suda na kojima se rješavaju sporovi pretvorile su ove odredbe u običnu deklaraciju, a ne u pravilo postupanja suda. Kako se usmena rasprava u Hrvatskoj ne provodi i odredbe o objavi presude se ne primjenjuju. Također, stranke ne znaju kada je sud utvrdio sve činjenice i izveo sve dokaze pa prema tomu ne mogu niti ocijeniti kada bi presuda trebala biti otpremljena iz Suda. Ovo naravno ima učinak na pravovremenost rješavanja sporova, jer, kako se ne održava usmena rasprava pa se ona tako ne može niti zaključiti, stranke ne znaju je li sud donio i kada će otpremiti odluku u sporu.

Posebne odredbe o objavi i dostavi sudskih odluka sadrži i austrijski *Zakon o Upravnom sudu*. Ako je u sporu provedena usmena rasprava, predsjednik u pravilu odluku objavljuje odmah po okončanju rasprave te navodi bitne razloge za njezino donošenje. No, ako su stranke ranije napustile raspravu, odluka će im se dostaviti u pisanom obliku. Isto kao i u Hrvatskoj, bez obzira na činjenicu je li odluka objavljena ili nije, ona se strankama dostavlja u pisanom obliku, dakle čak i kada su stranke bile nazočne objavi. No, kako je i u Austriji usmena rasprava iznimka, objava presude iznimno je rijetka. Odredbe o sadržaju odluke u Austriji nisu tako detaljne kao i u Hrvatskoj. Ovdje se samo propisuje da se odluka donosi i objavljuje u ime Republike te da mora biti obrazložena. Iznimno, ako razlog rješavanja pravnog pitanja dovoljno jasno proizlazi iz same odluke u sporu, iz razloga ekonomičnosti je to dovoljno samo naglasiti. Tada se odluka može donijeti i bez detaljnijeg obrazloženja. Odluku potpisuje predsjednik vijeća i zapisničar.⁶⁶ U Austriji, dakle, sadržaj sudske odluke nije vrlo detaljno propisan. Sadržaj sudske odluke svakako se može prepustiti i sudskoj praksi, posebno kada o posebnoj vrsti sporova odlučuje samo jedan sud, što je onda ujedno jamstvo jednoobraznosti ovih odluka. Međutim, očito austrijski zakonodavac obrazloženje drži izuzetno bitnim za zaštitu prava stranaka pa je ovo smatrao potrebnim posebno istaknuti.

Odredbe o objavi, dostavi i sadržaju presude sadržane su i u njemačkoj *Uredbi o upravnim sudovima*. Presuda se također objavljuje na ročištu na kojem je zaključena usmena rasprava, no ako to zahtijevaju posebne okolnosti slučaja, presuda se može objaviti i naknadno, ali ne kasnije od dva tjedna od dana zaključenja rasprave. I u

65 Ovo načelo upravne prakse u Hrvatskoj utvrđeno je u članku 14. *Zakona o općem upravnom postupku* iz 1956. godine, pa je tako prošireno i na upravni spor.

66 Članak 43. stavci 1. do 6. *Zakona o Upravnom sudu*.

Njemačkoj se, baš kao i u Hrvatskoj i Austriji, presuda dostavlja strankama u sporu. Međutim, kako objava presude u Njemačkoj nije obvezna, presuda se strankama može samo dostaviti u pisanom obliku, kada je također presudu potrebno iz suda otpremiti u roku dva tjedna od zaključenja rasprave. Kada usmena rasprava nije održana, presuda se, naravno, neće objaviti, već će se samo dostaviti strankama.⁶⁷

Sadržaj presude člankom 117. *Uredbe o upravnim sudovima* vrlo je detaljno propisan. Tako se presuda donosi „u ime naroda“ i mora sadržavati: osobno ime, zanimanje i prebivalište svih stranaka i njihovih zakonskih zastupnika ili osoba ovlaštenih za zastupanje, naziv suda i osobna imena članova vijeća koji su sudjelovali u donošenju presude, izreku, opis činjeničnog stanja, obrazloženje razloga za donošenje odluke i uputu o pravnom lijeku. U opisu činjeničnog stanja trebaju biti navedene sve odlučne činjenice te se poseban naglasak treba staviti na sadržaj tužbenog zahtjeva. Detaljne podatke ovdje ipak nije nužno izlagati već se u svezi s njima u presudi može samo pozvati na podneske, druge isprave, zapisnik o vođenju spora i sl. u kojima su oni naznačeni. Kada sud utvrdi da je pobijani upravni akt zakonit, u obrazloženju presude iz razloga učinkovitosti i ekonomičnosti ne treba ponovo isticati činjenično stanje niti razloge za donošenje odluke, već je dovoljno samo pozvati se na razloge iznesene u obrazloženju pobijanog upravnog akta. Međutim, u presudi moraju biti navedeni svi razlozi na kojima se zasniva odluka o tužbenom zahtjevu.⁶⁸ Presudu potpisuju svi suci koji su sudjelovali u postupku njezina donošenja, osim sudaca porotnika.⁶⁹ Bitno je naglasiti da *Uredba o upravnim sudovima* propisuje da se ovako sastavljena presuda mora otpremiti iz suda u roku dva tjedna od objave. No, ako u navedenom roku presuda ipak nije u cijelosti sastavljena, u navedenom je razdoblju treba ipak otpremiti. Ona se tada može otpremiti bez opisa činjeničnog stanja, obrazloženja razloga za donošenje odluke i upute o pravnom lijeku, no moraju je potpisati svi suci. Tada se u svezi s opisom činjeničnog stanja, obrazloženjem razloga donošenja presude i uputom o pravnom lijeku u pisanom obliku donosi nadopuna presude, koju treba što ranije otpremiti stranci.⁷⁰

Dosta se pozornosti posvećuje objavi, sadržaju i dostavi presude i u *Prijedlogu Zakona o upravnim sporovima*. Sukladno članku 61. presuda bi se trebala objaviti na ročištu na kojem je rasprava zaključena. Objava presude odvijala bi se na način da predsjednik vijeća, odnosno sudac pojedinac javno pročita izreku presude i ukratko je obrazloži. Pri objavi presude sud bi mogao obavijestiti stranke da će o troškovima odlučiti naknadno. Konačno, ako zbog složenosti predmeta spora sud nije u mogućnosti odlučiti odmah nakon zaključenja rasprave, objava presude bi se mogla odgoditi najviše osam dana od dana zaključenja rasprave. No, datum objave presude

67 Članak 116. *Uredbe o upravnim sudovima*.

68 Članak 108. stavak 1. *Uredbe o upravnim sudovima*.

69 Članak 117. stavak 1. *Uredbe o upravnim sudovima*. Ako je neki sudac koji je sudjelovao u sporu spriječen potpisati presudu, predsjednik vijeća to naznačuje zabilješkom u presudi. Ako je presudu spriječen potpisati predsjednik vijeća, zabilješku sastavlja najviše rangirani sudac u vijeću, uz obvezno navođenje razloga nemogućnosti potpisivanja.

70 Članak 117. stavak 4. *Uredbe o upravnim sudovima*.

sud bi trebao odmah odrediti. Sukladno članku 62. *Prijedloga Zakona* presuda bi se strankama morala otpremiti u roku 15 dana od dana objave. Kako bi vođenje usmene rasprave u upravnom sporu u Hrvatskoj trebalo biti pravilo, tako bi pravilo trebala postati i objava presude. Štoviše, čak i kada sud zbog složenosti predmeta spora ne može odmah odlučiti, donošenje i objava presude ne bi se mogli prolongirati na vrijeme duže od osam dana, čime se uvelike ide u susret strankama i što bržem okončanju upravnog spora. Dostava odluke u pisanom obliku je, naravno, neizostavna, čime se također ide u susret obaviještenosti stranaka, ali i lakšem dokazivanju prava koje će proizići ponajprije iz meritornog rješavanja sudova.

Presuda bi, kao i sada, trebala sadržavati uvod, izreku, obrazloženje i uputu o pravnom lijeku. Uvod bi sadržavao: naznaku da se odluka izriče u ime Republike Hrvatske, naziv suda, ime i prezime predsjednika i članova sudskog vijeća, odnosno suca pojedinca i zapisničara, ime i prezime ili naziv te adresu stranaka i osoba ovlaštenih za zastupanje, kratku oznaku predmeta spora i datum odluke. Izreka presude sadržavala bi odluku suda. U obrazloženju presude sud bi trebao izložiti zahtjeve stranaka, činjenice koje su iznijele i dokaze koje su predložile, koje je činjenice sud utvrđivao, zašto i kada ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koje je dokaze izvodio i kako ih je ocijenio. Sud bi trebao posebno navesti koje je odredbe materijalnog prava primijenio odlučujući u sporu i izjasniti se o prijedlozima i prigovorima stranaka o kojima nije iznio razloge tijekom spora. Konačno, uputom o pravnom lijeku stranka bi se trebala obavijestiti može li protiv presude podnijeti žalbu, kojem sudu, u kojem roku i na koji način. Izvornik presude trebao bi potpisati predsjednik vijeća, odnosno sudac pojedinac.⁷¹ Dakle, lako je uočiti da je sadržaj presude u Hrvatskoj *Prijedlogom Zakona* vrlo detaljno, gotovo školski propisan. Jedan od razloga tomu svakako može biti okolnost da se ovim *Prijedlogom Zakona* nakon više od 50 godina pokušavaju ustanoviti novi temelji vođenja upravnog spora. Činjenica je da upravne sporove više neće voditi samo jedan, već četiri prvostupajnska suda, pa se ovako detaljnim propisivanjem svakako jamči jednoobraznost sudskih odluka.

No, svakako valja naglasiti kako hrvatski *prijedlog Zakona* vrlo detaljno uređuje i objavu, dostavu i sadržaj rješenja. Za razliku od austrijskog *Zakona* koji samo propisuje koje se odredbe kojima je uređena presuda u upravnom sporu propisuju i na rješenje, *Prijedlog Zakona* rješenju posvećuje znatno više pozornosti po uzoru na članak 122. njemačke *Uredbe o upravnim sudovima*. Tako u Hrvatskoj rješenja, koja se donose na raspravi, objavljuje predsjednik vijeća odnosno sudac pojedinac, a ovo rješenje prema strankama ima učinak od trenutka objave. Rješenje doneseno izvan rasprave sud će strankama dostaviti pisano ili elektroničkim, a ono će prema strankama imati učinak od trenutka uredne dostave. Pisani otpravak rješenja mora sadržavati uvod i izreku, a rješenje mora biti obrazloženo samo ako se njime odbija prijedlog stranke ili ako se njime rješava o suprotnim prijedlozima stranaka. Međutim, rješenje može biti obrazloženo kada god sud to smatra potrebnim. Ako

71 Članak 60. *Prijedloga Zakona*.

je protiv rješenja dopuštena žalba, tada pisani otpravak rješenja mora sadržavati i uputu o pravnom lijeku.⁷² Na ovaj je način objava, izrada i dostava sudskih odluka u Hrvatskoj potpuno i u usporedbi s usporednopravnim rješenjima, prilično detaljno uređena.

Čini se da u novom hrvatskom upravnosudskom pravu u svezi s objavom, dostavom i sadržajem rješenja većih novina ipak ne bi trebalo biti. Ove se odredbe u najvećoj mjeri oslanjaju na pozitivno pravno uređenje, no niti u usporednom pravu ne susreću se veća odstupanja. Može se zaključiti kako je *Prijedlog Zakona* prilagodio ove odredbe obveznom održavanju usmene rasprave i objavi presude kao pravilu te vrlo detaljno propisao što sve presuda mora sadržavati i kada se mora otposlati. Posebno je pohvalno i prilično detaljno uređenje objave, dostave i sadržaja rješenja, koje u ostvarivanju prava stranaka tijekom vođenja spora ima vrlo važnu ulogu.

6. Ispravljanje pogrešaka u presudi

Konačno, posljednje pitanje koje se postavlja u svezi sa sudskim odlukama, ali koje nije manje važno od ostalih svakako je pitanje ispravljanja pogrešaka u presudi. Ovdje se ne misli na postupovne povrede do kojih je došlo tijekom vođenja spora, nepotpuno i pogrešno utvrđeno činjenično stanje, baš kao niti na pogrešnu primjenu materijalnog prava, već na ispravljanje pravopisnih pogrešaka i očitih pogrešaka u računanju.

Hrvatski *Zakon o upravnim sporovima* ne sadrži odredbe o ispravljanju pogrešaka u presudi. Razlog tomu svakako je supsidijarna primjena *Zakona o parničnom postupku*, koji se onda primjenjuje i na ovo pitanje. Niti, austrijski *Zakon* detaljno ne razrađuje ispravljanje pogrešaka u odlukama suda. Ovdje se samo kratko propisuje kako sve očite pravopisne pogreške i pogreške u izračunima Upravni sud može ispraviti po službenoj dužnosti u svako doba.⁷³

No, za razliku od austrijskog i hrvatskog upravnosudskog zakonodavstva, njemačka *Uredba o upravnim sudovima* ispravljanju navoda u presudi posvećuje značajnu pozornost. Tako člankom 118. utvrđuje da sud može pravopisne pogreške, pogreške u računanju i druge očite netočnosti u presudi, bez vođenja usmene rasprave, ispraviti u svako doba. No, netočno ili nejasno opisano činjenično stanje u presudi u Njemačkoj se smatra težim oblikom povrede, ali ipak ne i dovoljnim razlogom za ulaganje žalbe. Tada stranka mora u roku od dva tjedna od dostave presude podnijeti zahtjev za ispravkom opisanog činjeničnog stanja. O ovome zahtjevu sud odlučuje rješenjem bez izvođenja dokaza. Dakle, treba naglasiti kako se ovdje ne radi o pogrešno ili nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju niti o slučaju kada je iz potpuno i pravilno utvrđenog činjeničnog stanja izveden pogrešan zaključak, već o slučaju kada je činjenično stanje pogrešno prezentirano u aktu. Iako se ovaj slučaj smatra jednim od oblika pogrešaka u činjeničnom stanju, posebno prema

72 Članak 65. *Prijedloga Zakona*.

73 Članak 43. stavak 7. *Zakona o Upravnom sudu*.

francuskoj pravnoj teoriji utemeljenoj na praksi Državnog savjeta,⁷⁴ zbog istovjetnog rješenja o meritumu stvari ipak nije dovoljno dobar razlog za ponovno vođenje spora te crpljenje kadrovskih, materijalnih i vremenskih resursa upravnih sudova. O ispravku se odlučuje rješenjem u donošenju kojega mogu sudjelovati samo suci koji su sudjelovali i u donošenju presude čiji se ispravak traži. Protiv ovog rješenja ne može se podnijeti žalba. Rješenje o ispravci zabilježiti će se u presudi i svim njezinim preslikama,⁷⁵ a ako je presuda donesena u elektorničkom obliku u istom obliku treba donijeti i rješenje o ispravkama i trajno ga povezati s presudom. Međutim, kada o nekim dijelovima tužbenog zahtjeva u Njemačkoj presudom nije odlučeno, kao npr. o troškovima spora u cijelosti ili djelomično, tada se ne radi o ispravci presude, već je potrebno u tom smjeru nadopuniti spor. Stranka tada mora zatražiti da sud o tom pitanju naknadno odluči te da se takva odluka unese u presudu. U tu svrhu stranka treba podnijeti zahtjev sudu u roku dva tjedna od dostave presude, a usmena rasprava održat će se samo o dijelovima tužbenog zahtjeva koji već nisu raspravljeni.⁷⁶

Buduće hrvatsko uređenje ispravljanja pogrešaka u presudi *Prijedlogom Zakona o upravnim sporovima* značajno se približava njemačkim pravnim rješenjima, pa mu je posvećena i potrebna pozornost. Članak 64. propisuje kako pogreške u imenima i brojevima, očite pogreške u pisanju i računanju te druge očite pogreške sud može ispraviti rješenjem u svako doba. O ispravljanju presude sud bi trebao moći odlučiti bez izjašnjavanja stranaka. Rješenje o ispravku priložilo bi se izvorniku i ovjerenim prijepisima presude. Ako je presuda pohranjena u elektroničkom obliku, rješenje o ispravku trebalo bi pohraniti kao zasebnu elektroničku ispravu. Protiv rješenja o ispravku, za razliku od njemačkog prava, trebalo bi moći podnijeti žalbu.

Još jednom valja naglasiti kako se ovdje radi o „*očitim pogreškama*“ ponajprije pravopisne i računske naravi, a ne o slučajevima nezakonitosti. Međutim, čini se da bi prema formulaciji *Prijedloga Zakona* nenavođenje činjeničnog stanja ili pogrešno navođenje činjeničnog stanja u obrazloženju presude u Hrvatskoj i dalje bio razlog za podnošenje žalbe, a ne za ispravak rješenja. Čini se da je takav pristup bolji od njemačkog, jer iz obrazloženja presude strankama, ali i zainteresiranim osobama, državnom odvjetništvu, pa i Visokom upravnom sudu trebalo bi jasno proizlaziti koje su činjenice utvrđene, kojim dokaznim sredstvima i je li iz činjeničnog stanja izveden pravilan zaključak. Posebice u kontekstu meritornog rješavanja upravnih sudova koje bi, sukladno novom konceptu *Prijedloga Zakona*, trebalo prevladavati u odlučivanju u upravnim sporovima.

74 Vidi Borković, op. cit., str. 75.

75 Članak 119. *Uredbe o upravnim sudovima*.

76 Članak 120. *Uredbe o upravnim sudovima*.

7. Zaključak

Upravni spor u Hrvatskoj danas je uređen *Zakonom o upravnim sporovima*, koji je kao savezni zakon donesen 1977. godine. Ovaj je *Zakon Zakonom o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima* 1991. godine u određenoj mjeri izmijenjen te prilagođen pravnom sustavu Republike Hrvatske. Međutim, posljednjih se godina u javnosti sve više govori o neodgovarajućem uređenju upravnog spora u Hrvatskoj, posebno zbog neusklađenosti *Zakona o upravnim sporovima* s modernim trendovima europskog upravnog prava i europskog upravnog sudovanja. Činjenica je da je Hrvatska jedna od rijetkih država koja nema višestupanjski ustrojen upravni spor te predviđenu mogućnost ulaganja žalbe na presudu prvostupanjskog upravnog suda. Predmet upravnog spora vrlo je usko postavljen što rezultira ostavljanjem nekih radnji uprave izvan sudskog nadzora. Niti postupovna pravila koja se primjenjuju u upravnim sporovima nisu usklađena s odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, pa tako Upravni sud činjenično stanje u pravilu ne utvrđuje, a odluku donosi na nejavnoj sjednici bez provođenja usmene rasprave. Konačno, sudske odluke koje se donose u upravnom sporu, unatoč zakonskim okvirima u najvećem su broju slučajeva kasacijske naravi.

Po završetku prvog čitanja *Prijedloga Zakona o upravnim sporovima* u Hrvatskom saboru, mogu se uočiti konture budućeg pravnog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj. Jedna od najvećih novina, pored dvostupanjskog ustroja upravnog spora, osnivanja četiri prvostupanjska upravna suda i Visokog upravnog suda, uvođenja obveze sudskog utvrđivanja činjeničnog stanja u upravnom sporu, popraćenog obveznim održavanjem usmene rasprave, svakako je i obvezno meritorno rješavanje sporne upravne stvari od strane samoga prvostupanjskog suda, a što predstavlja veliki zakonski, a još veći praktični iskorak u upravnosudskoj zaštiti u Hrvatskoj.

Iz ranijih navoda razvidno je kako *Prijedlog Zakona* vrlo precizno uređuje odluke koje upravni sudovi donose u upravnom sporu. Također su precizno propisane obveze suda tijekom vođenja samoga postupka, ali i odlučivanja. Sud u brojnim konkretnim slučajevima više neće moći sam odlučiti hoće li poništiti pravni akt ili presudom ujedno i odlučiti o upravnoj stvari, jer će mu obvezno postupanje nalagati zakonska norma. Iako odlučivanje po slobodnoj ocjeni koje ostaje u nadležnosti javnopravnih tijela ne bi trebalo izazivati veće dvojbe, bit će zanimljivo razmotriti slučajeve u kojima se sud zbog prirode stvari neće upustiti u meritorno rješavanje predmeta te kriterije po kojim će slučajeve unificirati Visoki upravni sud. Može se ustvrditi kako će, ako *Prijedlog Zakona* bude usvojen u ovome obliku, hrvatsko pravno uređenje upravnog spora u svezi s donošenjem sudskih odluka značajno odstupiti od pozitivnog uređenja, baš kao i od austrijskoga koncepta, te će se značajno približiti njemačkom. Pravodobno ostvarivanje upravne pravde ovime bi trebalo biti maksimalno ubrzano, baš kao što će se građanima zajamčiti stručnost u donošenju odluka. No, na sudovima će biti veliki teret ocjene do koje mjere im priroda stvari dopušta da o upravnoj stvari odluče sami, a da pritom ne izađu iz okvira sudske vlasti i preuzmu ulogu najvišeg upravnog tijela.

Summary

COURT DECISIONS IN ADMINISTRATIVE DISPUTES - DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA -

The aim of this article is to scrutinise a new regime governing decisions of the court of first instance in administrative dispute according to the Bill on Administrative Disputes Act and to foresee conceptual alterations which will be introduced by entering into force of the new Law. The author pays a special attention to types of court decisions, powers of the court while making first instance decisions, announcement, content and delivery of the court decisions as well as correcting errors in judgments. With a view to determine the aforementioned alterations, the author, first of all, analyses legal provisions governing identical legal issues currently in force. Further on, he singles out similarities and differences of the current and future regime governing court decisions in administrative dispute with respect to Austrian and German legal system. According to the results obtained by the above mentioned comparison, in next to no time we could expect a significant lunge in administrative court deciding in Croatia.

Key words: *administrative dispute, administrative court, court decision, judgment, court's ruling, Croatia, Germany, Austria.*

Zusammenfassung

ENTSCHEIDUNGEN IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN POSITIVE UND KÜNFTIGE GESETZESREGELUNG

Die vorliegende Arbeit betrachtet die neue Regelung über erstinstanzliche Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Gesetzesvorschlag über Verwaltungsstreitverfahren und erschließt daraus, welche konzeptionelle Änderungen das Inkrafttreten des neuen Gesetzes mit sich bringt. Es werden weiterhin verschiedene Entscheidungsarten, Gerichtsbefugnisse im ersten Instanzenzug, die Verkündung, der Inhalt und die Zusendung von Entscheidungen wie auch Beseitigung von Fehlern in Urteilen betrachtet. Um die zukommenden Veränderungen kroatischer Gesetzgebung hinsichtlich Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren festzustellen, wird zuerst die positive Regelung der genannten Problematik analysiert. Darüber hinaus werden sowohl Ähnlichkeiten als auch Unterschiede der gegenwärtigen und der künftigen Regelung über Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren in Betracht genommen, und dies in Bezug auf die österreichische und die deutsche Gesetzesreglung. Auf Grund dieser Vergleichen sei ein bedeutender Fortschritt im Verwaltungsrechtspruch zu beobachten, welcher sich bald in Kroatien verwirklichen könnte.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsstreitverfahren, das Verwaltungsgericht, Entscheidung, Kroatien, Deutschland, Österreich*

MEDIJACIJA U OSIGURANJU

Mr. Nataša Petrović Tomić, asistentica
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

UDK: 347.919:368
Ur.: 10. rujna 2009.
Pr.: 10. ožujka 2010.

Sažetak

S obzirom na sve prednosti medijacije, kao forme alternativnog rešavanja sporova, ona predstavlja najbrži i najjeftiniji način njihovog rešavanja. Poziciju u ponudi usluga pravne zaštite jedne države, medijacija može graditi na temelju dokazane neefikasnosti i preterane sporosti državnih sudova. Kao protivteža državnom sistemu pružanja zaštite, strogo formalnom i vrlo skupom, medijacija pruža stranama osećaj da je rešenje spora u njihovim rukama. Ova razlika u odnosu na druge načine rešavanja sporova izdvaja medijaciju i deluje podsticajno na njeno prihvatanje. Članak se bavi utvrđivanjem razloga koji opravdavaju uvođenje medijacije u osiguranju. Nakon navođenja argumenata u prilog medijacije uopšte, autor izdvaja uštedu troškova parničenja, izbegavanje negativnog imidža osiguravača, interesnu orijentaciju i nepostojanje ovlašćenja medijatora da donese obavezujuću odluku kao faktore koji bi mogli uticati na prihvatanje ovog metoda ADR u oblasti osiguranja. U drugom delu rada se postavlja pitanje medijabilnosti sporova iz osiguranja. Polazeći od osnovnih obeležja savremene regulative osiguranja, a pre svih potrebe zaštite osiguranika i korisnika usluga osiguranja, autor dolazi do zaključka da implementiranje prakse rešavanja sporova medijacijom, a ne sudskim putem, nije u suprotnosti sa najnovijim tendencijama u ovoj oblasti. Autor se zalaže za stvaranje pravne infrastrukture i društvene klime pogodne za promenu parničnog mentaliteta i usvajanje pristupa po kome je medijacija u oblasti osiguranja prethodan i redovan tok stvari, koji će, u velikom broju slučajeva, rezultirati prevencijom ovih sporova. Najzad, poslednji deo rada kritički razmatra rešenja srpskog prava, a najviše pažnje posvećuje pitanju da li je Narodna banka Srbije najpogodnija institucija za vršenje funkcije posredovanja u osiguranju. Autor zaključuje da je opredeljenje za uvođenje medijacije u osiguranju u interesu i osiguravača i korisnika njegovih usluga, jer pored neposrednih koristi (poput uštede u vremenu i novcu), donosi i posredne koristi (poput očuvanja dugoročnih poslovnih odnosa i unapređenja poslovanja).

Ključne reči: medijacija, osiguranje, rešavanje sporova, interes strana, sigurnost.

1. Uvodna razmatranja

Dvadeset prvi vek - kao vek uvećanih rizika – karakteriše stalna pojava novih vidova osiguranja. Osiguranje je delatnost koja se stalno razvija.¹ Stalno širenje delatnosti osiguranja, kao faktora sigurnosti i komoditeta, praćeno je velikim brojem sporova upravo u vezi sa ugovorom o osiguranju.² Osim toga, odnos osiguravača i osiguranika karakteriše *velika tenzija* izazvana činjenicom da „prvi sumnja u namere drugog (koje često smatra fraudoloznim), a koji je često sklon mišlju da su za osiguravača dobri svi izgovori kako ne bi platio ono što duguje u času nastanka osiguranog slučaja“.³ Osim toga, tržište osiguranja se ne može pohvaliti *dobrim imidžom*, zbog čega postoji potreba za stalnim poboljšavanjem komunikacije između učesnika ovog tržišta.⁴ Svesna potrebe za brzim i efikasnim odgovorom na stalne zahteve osiguranika i trećih oštećenih lica, društva za osiguranje unose u opšte uslove osiguranja arbitražne i klauzule o medijaciji.⁵ Takvo stanje stvari deluje podsticajno na razvoj *alternativnih metoda rešavanja sporova*, među kojima posebno mesto

1 Danas se osiguranje može dobiti za najrazličitije rizike: od onih koje se mogu nazvati tradicionalnim (poput rizika požara ili odgovornosti usled upotrebe motornih vozila) do onih koji su se razvili tek pre nekih desetak ili dvadesetak godina (poput rizika lošeg vremena u toku godišnjeg odmora ili odgovornosti članova organa upravljanja kompanijama). Detaljnije: Krajeski D., *Droit des assurances*, 2 édition, Paris, Montchrestien, 2008, str. 19-21. O vrstama osiguranja koje predviđa Zakon o osiguranju Republike Srbije („Sl. Glasnik RS“, br. 55/04., dalje: ZOS), čl. 10.

2 Sudovi su, zapravo, pretrpani brojem sporova iz osiguranja. Takva situacija utiče na to da strane moraju čekati određeno vreme od pokretanja postupka da „dođu na red“! Suočene sa nemogućnošću suda da odmah odluči o njihovom sporu, strane moraju biti svesne da „razumni rok“ u balkanskoj verziji ne može biti iste sadržine kao u okvirima pravosudnih sistema evropskih država, koje preduzimaju mere u cilju rasterećenja sudova! (U: Matešić I., *Kultura komunikacije umjesto dugih sudskih sporova*, Zagreb, *Osiguranje*, Hrvatski časopis za teoriju i praksu osiguranja, 4/2008, str. 37). Posmatrano iz ovog ugla, pribegavanje medijaciji povlači inicijalnu prednost, koja se sastoji u tome da se spor odmah uzima u razmatranje, zbog čega su strane lišene stresa i neizvesnosti oko toga koliko će trajati „odbrojavanje“ do izricanja pravde! (*A Different Approach to Resolve Disputes – Mediation and Collaborative Law*. Dostupno na: www.brethertones.co.uk).

3 Viret B., *Modes de règlement non contentieux des indemnités d'assurance*, Paris, *Revue générale des assurances terrestres*, 4/1991, str. 992-996.

4 Lambert-Faivre Y., Leveneur L., *Droit des assurances*, 12 édition, Paris, Dalloz, 2005, str. 144.

5 Medijacija je svaki postupak, bez obzira na njegov naziv u kojem strane žele da sporni odnos reše mirnim putem uz pomoć jednog ili više posrednika – medijatora koji stranama pomažu da postignu sporazum (Zakon o medijaciji, „Sl. Glasnik RS“, br. 18/05., (dalje: ZOM), čl. 2., st. 1.). Za hrvatsko pravo: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o mirenju, („Narodne novine“, br. 79/09), čl. 2.; za pravo BiH, Zakon o postupku medijacije, („Službeni Glasnik BiH“), br. 37/04., čl. 2.

pripada medijaciji.⁶ Broj predmeta koji se poslednjih godina iznose pred medijatore je sve veći, ali još uvek nedovoljan, imajući u vidu broj ukupan broj sporova iz osiguranja.⁷

2. Razlozi pristupanja medijaciji

2. 1. Uopšte

Uvođenje novih načina alternativnog rešavanja sporova je višestruko korisno. Država, čiji pravni sistem pruža mogućnost rešavanja sporova i putem medijacije, može se pohvaliti *boljom ponudom pravne zaštite*. Ta ponuda svakako utiče na ocenu stepena pravne sigurnosti i atraktivnosti jedne države za strana ulaganja. Kada se govori o razlozima u prilog uvođenja medijacije u jedan pravni sistem, ima ih više, ali će na ovom mestu biti posebno istaknuti samo oni koje smatramo ključnim ne samo zbog toga što govore u prilog medijacije u osiguranju, već i zato što legitimišu uvođenje ovog instituta u oblasti poslovnih odnosa.⁸

Prvo, uvođenje medijacije predstavlja pružanje još jedne mogućnosti stranama u sporu. Jedan od načina da se unapredi *pravo na pravnu zaštitu* iz čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je rasterećenje sudova.⁹ Samo rasterećeni sudovi mogu biti ažurni. Ostvarenju tog cilja služi medijacija, na koju se može gledati ne kao na alternativu, već kao na način rešavanja sporova, koji je u

6 Druge metode alternativnog rešavanja sporova su: mirenje (consiliation), arbitraža, hibridna kombinacija medijacije i arbitraže (med-arb), mini parnica (mini trial), evaluacija (evaluation), veštačenje (certification), itd. (Detaljnije: Uzelac A., Mirenje kao alternativa suđenju u Uzelac A., Gotovac V., Blažević B., Šimac S., Sever K., Grba K., Tuškan B., (urednici), Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima, Zagreb, 2004, str. 19-20; Jakšić A., Međunarodna trgovinska arbitraža, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2003, str. 52-62; Knežević G., Pavić V., Arbitraža i ADR, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, str. 226-254). Iako postoji više metoda rešavanja sporova koji se s pravom mogu nazvati alternativnim, termin ADR prvenstveno se koristi za označavanje medijacije i arbitraže!

7 Potrebno je, pri tom, praviti razliku između internih procedura rešavanja sporova iz osiguranja, koje i same predstavljaju vrstu alternativnog rešavanja sporova, ali koje se odvijaju u okviru društava osiguranja, i medijacije kao alternativne metode rešavanja sporova, koja se najčešće odvija van društava osiguranja. U: Baudez P., *A l'écoute des assurés*, Paris, Risques, 2/1990, str. 103.

8 O značaju ovog načina rešavanja sporova iz poslovnih odnosa govori činjenica da je 1979. godine osnovan Međunarodni institut za prevenciju i rešavanje sporova (International Institut for Conflict Prevention and Resolution, www.cpra.org). Osim toga, UNCITRAL je 2002. godine predstavio Model Zakona o međunarodnom trgovačkom mirenju, koji je izvršio odgovarajući uticaj i na zakone o medijaciji donete od strane zemalja iz regiona. V: UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, A/57/17. Dostupno na: <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-conc-e.pdf>.

9 Medijacija se u tom smislu može posmatrati kao prilika da se rastereti neefikasni državni sudski aparat. U: Šimac S., Mirenje – alternativni način rješavanja sporova“, Rijeka, ZPFR, Vol. 27, 1/2006, str. 612.

određenim situacijama (kada su strane raspoložene da se dogovore) i u određenoj vrsti sporova (po pravilu proizašlih iz poslovnih i uopšte dugoročnih odnosa) mnogo pogodniji od sudske (ili čak (!) arbitražne) zaštite.¹⁰ Medijacijom se pruža jedna nova usluga, koja je podjednako značajna za ostvarenje prava na zaštitu i sprečavanje nastanka situacija koje se mogu okvalifikovati kao odbijanje pravde (eng: „deny of justice“).¹¹ Mirenje bi, dakle, trebalo tretirati kao još jedan *redovan tok stvari*, tj. put kojim se redovno ide kada dođe do spora.¹²

Drugo, *elastičnost* postupka mirenja. Podatak da se medijaciji pristupa pre pokretanja sudskog postupka i da se ne sprovodi prema unapred propisanoj proceduri predstavlja u isto vreme i najveću prednost i najveću manu. Činjenica da postupak mirenja nije zakonom propisan, već ga određuju same strane, za njih može biti vrlo korisna, jer stvara ubeđenje da se mogu dogovoriti oko svih pitanja procedure i izbeći sve nepogodnosti parnične ili arbitražne procedure.¹³ S druge strane, to ne sme navesti na zaključak da je medijacija postupak bez pravila!¹⁴ Očekivanja strana u sporu u vezi sa medijacijom ne smeju biti „iskrivljena“, jer mogu dovesti do pokušaja da se medijacija zloupotrebi i diskredituje.¹⁵ Ova bojazan naročito stoji kada je reč o pravima u kojima se institut tek uvodi.

Treće, *poverljivost* medijacije. Najveća komparativna prednost medijacije u odnosu na sudski i arbitražni postupak je upravo očuvanje poverljivosti svih podataka

10 “Mirenje nije alternativa, već drugi put do pravde!” V: Osiguranje, Hrvatski časopis za teoriju i praksu osiguranja, br. 4, 2008, str. 33.

11 La médiation dans le secteur bancaire et des assurances en Europe: Synthèse des questions pour la conférence du 22 mai 2006, str. 2. Dostupno na: www.euroinfo-kehl.com.

12 Redovan tok stvari, zapravo, podrazumeva da se medijaciji pribegava samo ako nije moguće postići direktno poravnanje osiguravača i osiguranika. Smatra se da je to slučaj ako osiguravač ne odgovori na najmanje dva pismena zahteva istog osiguranika u vezi sa istim prigovorom. Detaljnije: Basenach K., „The ADR-System in Luxembourg“, Conference: Alternative Consumer Dispute Resolution: Proposed ADR Mechanism in Slovenia and Experience of the ECC-Net, Ljubljana, 2008, str. 3.

13 “U dogovoru stranaka, spor se može rešiti ne samo primenom prava, već i pravičnosti“. V: Turgné F., L’arbitrage en matière d’Assurances et de Réassurances, Paris, Economica, 2007, str. 232. U teoriji se može sresti i tvrdnja da medijacija deluje u „senci prava“ (eng: „in the shadow of the law“.) V: Stitt A. J., Mediation: A Practical Guide, Portland, Cavendish Publishing Limited, 2004, str. 9.

14 Lambert-Faivre Y., Leveneur L., op. cit., str. 146.

15 Suština medijacije je u mnogo većoj fleksibilnosti od sudskog (ili arbitražnog) postupka. Nema apsolutnih pravila procedure, koja se uvek i po svaku cenu moraju slediti. Postoje različiti načini da se stranama pomogne u rešavanju spora, a na medijatoru je da proceni šta je najbolji pristup imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja. U: Stitt A. J., op. Cit., str. 1.

o stranama u sporu i predmetu spora.¹⁶ Ova osobina se najviše ceni u poslovnom svetu, kome je pored ishoda spora, svakako najbitnije da isti ne postane izvor negativnog *publiciteta*. Imajući u vidu poverljivost medijacije, može se tvrditi da je ona neophodna kao faza koja prethodi arbitraži ili sudskom postupku u sporovima iz poslovnih odnosa.¹⁷ U osiguranju (i reosiguranju) postoji nekoliko razloga zašto se poverljivost pokrenutih postupaka toliko ceni. Prvo, zarad zaštite imidža profesije i stranaka. Delatnost osiguranja se zasniva na poverenju korisnika usluga i svaki negativan publicitet joj škodi. Afera u koju je upleteno jedno društvo za osiguranje može se negativno odraziti na predstavu o čitavoj delatnosti. Međutim, iznošenje podataka o sporovima iz osiguranja može naneti štetu ne samo osiguravačima, već i osiguranicima. Otkrivanje sporova u vezi sa poništajem ugovora zbog namernog netačnog prijavljivanja činjenica i okolnosti od značaja za ocenu rizika je loša reklama za osiguranike, naročito ako su i sami privredna društva. Ona bi, naime, mogla biti suočena sa odbijanjem društava za osiguranje kojima se obrate u budućnosti da sa njima zaključe ugovor. Drugo, zaštita korisnika usluga osiguranja od konkurencije. Osiguraniци ne žele da konkurencija na osnovu postupka ili odluke sazna puno o njihovim proizvodima ili biznisu. Poverljivi karakter predstavlja adut u rešavanju osetljivih sporova, koji uključuju strateške interese zainteresovanih strana.¹⁸ Treće, izbegavanje nepogodnosti vezanih za stvaranje presedana u sudskoj ili arbitražnoj praksi. Iako presedan prvenstveno može naškoditi zainteresovanim stranama, on je opasan zbog uticaja na rešavanje budućih sličnih sporova.¹⁹

Četvrto, *okončanje postupka medijacije*, obustavljenjem postupka ili zaključenjem sudskog ili vansudskog poravnanja, predstavlja najjači adut ovog alternativnog načina rešavanja sporova.²⁰ Ma kako da se posredovanje završi,

16 Iako se isto obeležje vezuje i za arbitražu, ono je krajnje diskutabilno. Arbitri koji rešavaju spor, administracija arbitraže, advokati stranaka, svedoci, veštaci, samo su neka od lica čije prisustvo znatno otežava očuvanje poverljivosti arbitraže. Osim toga, postojanje arbitražne prakse dodatno otežava ostvarenje poverljivosti arbitražnog rešavanja sporova. Detaljnije: Parker R., Bramley M., „Insurance Litigation“, Goldrein I., Merkin R. (urednici), Insurance Disputes, London, Hong Kong, LLP, 2003, str. 236-240.

17 U Americi se smatra da svaki spor čija vrednost ne prelazi 25. 000 \$ treba da se rešava medijacijom! U: F. Turgé, op. cit., str. 25.

18 Ibid, str. 38.

19 Ibid, str. 39.

20 Pored navedenih, prednosti medijacije su i: 1) ušteda u vremenu i omogućavanje strankama da svoje vreme koriste na produktivniji način; 2) izbegavanje nematerijalnih troškova (stresa, ugrožavanja zdravlja i „besanih noći ispunjenih pitanjem šta se moglo učiniti“); 3) stvaranje povoljne klime za nalaženje kreativnijeg rešenja; 4) pružanje prilike stranama da ispolje emocije i stavove u vezi sa svim pitanjima od značaja za prevazilaženje problemske situacije, što ne bi mogle u sudskom postupku; 5) izbor medijatora specijalizovanog za oblast iz koje potiče spor; 6) očuvanje kontrole nad postupkom, postupak medijacije je u rukama strana i isključivo od njih zavisi kako će se završiti; 7) spor se ne završava isključivo pobedom jedne, odnosno gubitkom druge strane, već obe mogu biti pobednici; 8) sprečavanje i rešavanje budućih sporova. Detaljnije: Stitt A. J., op. cit., str. 9-17; Nelson N., Stipanowich T. J., Commercial Mediation in Europe, Better Solutions for Business, CPR Institut, 2002, str. 10-19.

situacija po strane nije nepovoljnija od one u kojoj su bile pre nastanka spora.²¹ Za njih je, naravno, najbolje ako postignu poravnanje i ako je ono sudsko.²² Nešto manju sigurnost dobijaju ako zaključe vansudsko poravnanje.²³ Najmanji uspeh vezuje se za obustavljanje postupka odlukom posrednika, a posle konsultacija sa strankama. Međutim, to ne mora značiti da nije ostvaren nikakav napredak u odnosima stranaka. One se, naime, mogu dogovoriti o činjeničnim pitanjima i to uneti u svoj

21 Prilikom davanja ocene o uspešnosti postupaka medijacije, treba uzeti u obzir ne samo procenat medijacija okončanih poravnanjem, već i stadijum postupka u kome je do toga došlo. Što je ranije poravnanje postignuto, to je ostvarena veća ušteda dva najznačajnija resursa (vremena i novca) i postupak se može oceniti efikasnim. U: Stitt A. J., op. cit., str. 7.

22 Sporazum koji strane postignu imaće snagu sudskog poravnanja ako ga na zapisnik uzme sudija i ako nije u suprotnosti sa javnim poretkom (ZOM, čl. 16. st. 6.). Na ovakav ishod postupka medijacije primenjuje se ZPP. Primenom odredi ZPP, dolazi se do zaključka da sud neće dozvoliti zaključenje sudskog poravnanja ukoliko se radi o nekom od slučajeva nedozvoljenog raspolaganja zahtevom (suprotnost prinudnim propisima, moralu i javnom poretku). Zaključeno sudsko poravnanje ima snagu presuđene stvari (*res iudicata*) i povodom istog predmeta ne može se ponovo pokretati postupak (*ne bis in idem*). Osim toga, ono predstavlja i izvršnu ispravu prema Zakonu o izvršnom postupku i na osnovu njega se može zahtevati i prinudno izvršenje. Iz svega rečenog jasno proizlazi da okončanje postupka medijacije zaključenjem sudskog poravnanja predstavlja veliku pogodnost za strane, koje mogu računati na to da se isti spor ne može ponovo isprečiti u njihovim odnosima i da mogu nastaviti dalju saradnju. Sve to u mnogo kraćem roku nego da su spor rešavale pred redovnim sudovima, mnogo jeftine i uz obezbeđenje poverljivosti! Dovoljno jaki razlozi da se da sve do sebe i dođe do ovakvog ishoda medijacije. Osim toga, strane treba da znaju da se uspešno okončanje postupka medijacije prati od strane centara za medijaciju i da svojim uspehom šalju pozitivan signal drugim zainteresovanim stranama da je mirno rešavanje sporova moguće i korisno!

23 Za razliku od sudskog poravnanja, vansudsko poravnanje ne predstavlja izvršnu ispravu i na osnovu njega se ne može tražiti prinudno izvršenje. Međutim, ono unosi element izvesnosti u odnosima između strana. Budući da predstavlja saglasnost strana o sadržini materijalnopravnog odnosa, eventualni ponovni spor o istom bi se mogao baviti samo sadržinom samog poravnanja, a ne i činjenicama koje su prethodile zaključenju poravnanja. Kako vansudsko poravnanje predstavlja ugovor obligacionog prava, tužilac bi mogao da pokrene parnicu i zahteva pravnosnažnu presudu koja bi glasila na izvršenje preuzetih obaveza. Jasno je da je ovakva situacija manje povoljna od one u kojoj postoji sudsko poravnanje, ali ni ona nije primer „gubljenja vremena“, jer stranama omogućava da se pozovu na činjenice utvrđene sporazumom i da izbegnu ponovno raspravljanje o njima. Zapravo, da li će do toga doći zavisiće samo od strana tj. njihove spremnosti da se pridržavaju preuzetih obaveza. Drugim rečima, moral strana igra ključnu ulogu u dejstvima vansudskog poravnanja. Znajući kako stvari stoje u našem okruženju sa izvršavanjem ugovornih obaveza i uopšte poslovnim poštenjem strana, uporedo sa uvođenjem medijacije potrebno je raditi na edukaciji stanovništva i ukazivanju na to koliko je za uspeh medijacije bitno da se „data reč drži“. Čini se da posebno pogodno tle za sprovođenje ovakve akcije predstavljaju poslovni ljudi, koji moraju postati svesni značaja poslovnog morala za izgradnju imidža odgovornog poslovanja i privlačenja klijenata na osnovu toga. Za kritiku vansudskog poravnanja kao ishoda medijacije V: Knežević G., Pavić V., op. cit., str. 238.

sporazum.²⁴

2. 2. U oblasti osiguranja

Brojne su prednosti pribegavanja medijaciji u odnosu na redovni (sudski) put rešavanja sporova iz osiguranja:

1) *Ušteda troškova parničenja* i do 10 %. Troškovi postupka medijacije su neuporedivo manji u odnosu na troškove koji nastaju ukoliko se strane odluče da pokrenu sudski postupak.²⁵ Potrebno je, pri tom, praviti razliku između uštede na strani osiguravača i na strani osiguranika, s jedne strane, i ušteda u novcu i ušteda u vremenu, s druge strane. Ušteda koju ostvaruje osiguravač meri se neplaćanjem sudskih taksi, troškova veštačenja, svedočenja, itd. Budući da se centri za medijaciju osnivaju pri udruženjima osiguravača i da društva osiguranja plaćaju odgovarajuću članarinu za članstvo u njima, troškovi postupka medijacije odgovaraju tom iznosu.²⁶ Pored materijalnih ušteda, za osiguravača je još značajnije da je „pošteđen“ vođenja dugotrajnog postupka,²⁷ koji oduzima puno vremena i u zavisnosti od čijeg ishoda može imati troškove, koji se mogu negativno odraziti na poslovanje.²⁸ S druge

24 Takva saglasnost ih obavezuje u daljem postupku, ako je saglasnost overio posrednik ili drugi ovlašćeni organ i ako su se strane odrekle tajnosti podataka iz te saglasnosti (ZOM, čl. 16. st. 7.). Ova odredba ZOM ima ogroman praktični značaj! Ona je u skladu sa prvim pravilom medijacije, prema kome medijacija ne sme škoditi stranama. Medijacija treba da bude tako vođena da se obezbedi da je strane ne napuste u gorim odnosima od onih koji su prethodili nastanku sporne situacije (Detaljnije: A. J. Stitt, *nav. delo*, str. 1). Ona omogućava da se iskoristi i najmanja mogućnost ostvarenja napretka u odnosima strana. Ako već nisu mogle „uzajamnim popuštanjem“ da se dogovore o spornim pravnim pitanjima, za dalji tok postupka je neizmerno korisno ako se dogovor postigne bar (!) o činjeničnim pitanjima. To omogućava da medijacija ni u kom slučaju ne postane puko odugovlačenje postupka i trošenje resursa kakvi su vreme i ugled medijacije kao novog metoda rešavanja sporova!

25 Navedena prednost medijacije postoji i u odnosu na arbitražu kao alternativni metod rešavanja sporova. Troškovi korišćenja ovog načina rešavanja sporova su vrlo često jedna od ključnih stavki kada se odlučuje o isplativosti unošenja u ugovor arbitražne klauzule.

26 Tako je u Hrvatskoj 2007. godine osnovan Centar za mirenje pri Uredu za osiguranje. Specifičnost ovog centra ogleda se u tome da je za oštećene osobe medijacija besplatna, dok troškove postupka (honorar medijatora i ostale troškove) snose osiguravači koji su pristali ili inicirali postupak medijacije. Detaljnije: Grgurić N., *Mirenje (medijacija) u sporovima iz osigurateljskih i odštetnih odnosa, Dani hrvatskog osiguranja 2007, 6/7 Studeni 2007, Opatija*. Dostupno na: www.hgk.hr.

27 Medijacija je vremenski ograničena i strane moraju da se u toku tog roka dogovore ili im preostaje da spor nastave pred sudom ili arbitražom.

28 U svim pravima postoji obaveza društva osiguranja, bez obzira na to kojim poslovima osiguranja se bave, da obezbede tehničke rezerve za rezervisane štete (ZOS, čl. 107. st. 1. tač. 2. i st. 2. tač. 2.). Rezervisane štete obrazuju se u visini procenjenog iznosa obaveza za nastale prijavljene, a nerešene štete i za nastale neprijavljene štete u tekućem periodu (ZOS, čl. 109. st. 1.). Ukoliko isto društvo osiguranja bude „upleteno“ u više sudskih afera, troškovi kojima će biti izloženo mogu znatno premašiti iznos rezervisanih šteta i odraziti se negativno na poslovanje.

strane, „najopipljivija“ prednost medijacije za osiguranika je ako je ona besplatna.²⁹ Osiguranicima koji se tek upoznaju sa medijacijom kao mogućim načinom rešavanja sporova sa osiguravačem može mnogo značiti podatak da ovu vrstu usluge ne plaćaju!

2) Saznanja o sporovima iz osiguranja utiču negativno na imidž osiguravača i ustanove osiguranja. Budući da svaki iole vredan spor ne može „proći“ bez medijskih izveštaja i spekulacija, jasno je u kojoj meri osiguravači imaju interes da se sporovi rešavaju medijacijom. Shodno izreci „dobra vest daleko se čuje, a loša još dalje“, saznanja potencijalnih korisnika usluga osiguranja o tome da osiguravač ne ispunjava dobrovoljno obaveze prema osiguranicima utiču na to da izbegavaju da stupe u kontakt sa „ozloglašanim“ osiguravačem (tzv. „*public shaming*“). Negativne medijske slike nema kada se spor rešava medijacijom.³⁰

3) Medijacija je *interesno orjentisana*. Ona podjednako odgovara interesima osiguravača (koji žele da se spor reši u miru, bez medijske buke i sa što manje troškova),³¹ osiguranika (koji, bez plaćanja troškova postupka, koriste usluge trećeg nepristrasnog i stručnog lica, čije ih mišljenje ne obavezuje) i trećih oštećenih lica (koja se mogu obratiti centru za medijaciju pre pokretanja sudskog postupka).³² Ideja medijacije je da stranke same dođu do rešenja koje im najviše odgovara (rešenje spora je u njihovim rukama), ali ne u smislu potpunog udovoljenja njihovih zahteva, već u smislu uzajamnog popuštanja i unapređenja poslovnih odnosa i očuvanja poslovne saradnje.³³

29 Po ovoj osobini medijacija je uporediva sa sudskom zaštitom, ali samo ukoliko se radi o osiguranicima koji su lošeg imovnog stanja. Ne treba gubiti iz vida činjenicu da je oslobođenje od plaćanja troškova postupka uslovljeno pružanjem dokaza da je reč o licu koje ispunjava uslove za oslobođenje (ZPP, čl. 164. i sled). Za razliku od sudskog postupka, strane koje odluče da koriste mogućnost medijacije ne treba da pružaju nikakve dokaze, nezavisno od toga da li su dobrog ili lošeg imovinskog stanja.

30 Ali, opasnost od negativnog medijskog publiciteta ima i dobre strane. Ona, naime, posredno štiti korisnike usluga osiguranja od loše prakse osiguravača. Ukoliko je veća opasnost da se ona otkrije, utoliko će osiguravači biti pažljiviji. Posmatrana u tom svetlu, medijacija se može smatrati više zaštitnički nastrojenom prema osiguravačima, nego prema osiguranicima. Za sličan stav kada se radi o arbitraži: Randall S., *Mandatory Arbitration in Insurance Disputes: Inverse Preemption of the Federal Arbitration Act*, Connecticut Insurance Law Journal, Vol. 11, 2/2005, str. 263.

31 Interes osiguravača u vezi sa uvođenjem medijacije ne završava se izbegavanjem negativnog publiciteta i uštedom troškova, već se sastoji i u tome da ovaj metod alternativnog rešavanja sporova omogućava precizan uvid u elemente odnosa osiguranja koji daju povod izbijanju sporova. Razvijanjem prakse iznošenja sporova iz osiguranja pred medijatore omogućava se centralizacija svih zahteva podnetih protiv osiguravača i sticanje uvida u „slabe tačke“ uspostavljenog sistema osiguranja. Uvidom u podatke o sporovima rešenim medijacijom, osiguravači mogu ukloniti izvore nesporazuma i sporova sa osiguranicima.

32 Stevens N., *Get Ready for Mediation: Your Client Deserves It*, New Jersey Law Journal, 07/2004, str. 1-2.

33 Milutinović Lj., *Sud ili medijacija*, Beograd, IFC, 2006, str. 9.

4) *Medijator nema ovlaštenje za donošenje konačne i obavezujuće odluke.*³⁴ U tome se ogleda velika prednost medijacije u odnosu na arbitražu. Kako će u daljem radu biti pokazano, medijabilnost je širi pojam od pojma arbitralnosti. Razlog tome je upravo činjenica da mandat koji strane daju medijatoru ne zatvara vrata sudskom ili arbitražnom rešavanju sporova. Zato društva osiguranja imaju interes da u opšte uslove osiguranja unose klauzulu o medijaciji kao prethodnom načinu rešavanja sporova iz osiguranja, dok osiguranici i uopšte korisnici prava iz osiguranja imaju interes da je prihvate.

Međutim, i pored nesumnjivih prednosti, medijacija se još uvek nedovoljno koristi u osiguranju. Među razlozima koji uslovljavaju takvo stanje stvari treba posebno istaći:

5) *Neobaveštenost strana*, a posebno osiguranika. Budući da je posredi relativno mlad metod alternativnog rešavanja sporova, treba raditi na njegovoj *popularizaciji*. Nije dovoljno samo upoznati osiguranike sa mogućnošću rešavanja sporova putem medijacije, već je potrebno stvoriti ubeđenje da je to ravnopravan metod rešavanja sporova, poput bilo kog drugog. Akcenat treba staviti na prilagođenost medijacije sporovima iz osiguranja i prednostima kako u odnosu na sudski, tako i u odnosu na arbitražni put. Ključno je ubediti ih u nezavisnost i nepristrasnost medijatora.³⁵ Budući da se centri za medijaciju osnivaju pri udruženjima osiguravača i da je za osiguranike njihovo korišćenje besplatno, to stvara sumnju na strani osiguranika u nezavisnost medijatora.

6) *Parnični mentalitet*. Kod nas je uobičajeno da se i najmanje nesuglasice u međusobnim poslovnim (i ugovornim) odnosima rešavaju iznošenjem pred sud.³⁶ Poznajući psihologiju i mentalitet naroda, potrebno je raditi na njegovoj edukaciji i upoznavanju sa drugim načinima rešavanja sporova. Ovo naročito kada se radi o poslovnim odnosima, gde se očekuje da strane poseduju veći stepen svesti o značaju prevazilaženja problemskih situacija i očuvanja poslovnih odnosa.

7) *Nepostojanje odgovarajuće pravne infrastrukture* pogodne za uvođenje medijacije u oblasti osiguranja.³⁷ Potrebno je sprovesti organizovanu akciju u cilju edukacije stručne i laičke javnosti o svim prednostima uvođenja ovog načina

34 Goltsman M., Hörner J., Pavlov G., Squintani F., „Mediation, arbitration and negotiation“, *Journal of Economic Theory*, 144/2009, str. 1398.

35 Nicolas V., *La procédure extrajudiciaire: arbitrage et médiation*, u J. Bigot, *Traité de droit des assurances*, Le contrat d'assurance, tome 3, Paris, LGDJ, 2002, str. 1288.

36 Parnični mentalitet u kombinaciji sa svetskim trendom konzumerizma ima svoj danak u „eksploziji parničenja“ i daljem opterećivanju sudova! Danas su oštećene i nezadovoljne strane mnogo spremnije nego ranije da svoje nezadovoljstvo pruženom uslugom ispolje i podnošenjem tužbenog zahteva za naknadu štete. U eri promocije koncepta zaštite potrošača, korisnici usluga su sve svesniji svojih prava i sve spremniji da se bore za njihovo ostvarenje. V: Hadgin R., *Professional Indemnity Insurance Law*, London, Sweet & Maxwell, 1996, str. 80.

37 Stern D., *Resolution of Commercial Insurance and Reinsurance Disputes*, Kings Bench Chambers, 06/2009, str. 1.

rešavanja sporova u oblasti osiguranja.³⁸ Stvaranje društvene klime koja ne podržava „svadalački mentalitet“ i koja glorifikuje svaki pokušaj mirnog rešavanja sporova je *conditio sine qua non* uspešnog korišćenja medijacije.

3. Medijabilnost sporova iz osiguranja

3. 1. Da li su sporovi iz osiguranja medijabilni?

Osnovno pitanje koje treba postaviti je da li su sporovi iz osiguranja medijabilni? Odgovor na ovo pitanje treba tražiti u Zakonu o medijaciji. Ovaj zakon pojam medijabilnosti vezuje za sporove o imovinskopравnim odnosima fizičkih i pravnih lica, trgovinskim, porodičnim, radnim i drugim građanskopравnim odnosima, upravnim i krivičnim, u kojima strane mogu slobodno da raspolazu, ukoliko zakonom nije propisana isključiva nadležnost suda ili drugog organa.³⁹ Potrebno je, pri tom, praviti razliku između *objektivne i subjektivne medijabilnosti*. Dok u pogledu druge ne postoje zakonska ograničenja (jer se medijaciji može pribeći uvek kada stranke na to pristanu, bez obzira da li je reč o fizičkim ili pravnim licima), objektivna medijabilnost zahteva posebnu analizu. Spor je medijabilan ukoliko proizlazi iz nekoga od pomenutih odnosa i ukoliko je strankama dopušteno slobodno raspolaganje zahtevima, pod uslovom da za konkretni odnos nije propisana isključiva nadležnost nekog od državnih organa?⁴⁰ Imajući u vidu ovako definisani pojam medijabilnosti, postavlja se pitanje da li se pod njega mogu podvesti sporovi iz osiguranja?! Čini se da je, generalno posmatrano, odgovor pozitivan. Osim toga, medijabilnost sporova iz osiguranja proizlazi iz ZOS i Odluke NBS. Pomenuti zakon i Odluka ne isključuju

38 Implementiranje prakse rešavanja sporova iz osiguranja medijacijom zahteva predizimanje niza mera, u kojima je neophodna saradnja javnog i privatnog sektora. Institucije koje imaju odgovornost u vezi sa ovim su: sudovi, advokatska komora, privredne komore, centri za medijaciju, fakulteti. Posebno naglašavamo ulogu fakulteta, koji treba da osposobe buduće „pravničke umove“ i usade im pravničku kulturu, čiji su značajan segment prevencija sporova i korišćenje alternativnih načina rešavanja istih. U: Mirimanoff J. A., *Mise en oeuvre de la médiation en Suisse: Comment accompagner l'évolution de notre culture judiciaire?*, *Pratique de la Médiation en Espagne et en Europe, Colloque de Valence, 16/17 Novembre 2007*, str. 3. Dostupno na: www.gemme.ch. (Slično i: Šimac S., *nav. članak*, str. 630).

39 ZOM, čl. 1. st. 1.

40 Za poređenje medijabilnosti sa arbitralnošću V: Zakon o arbitraži, („SL. Glasnik RS“, br. 46/06.), čl. 5. st. 1.

ni jednu vrstu sporova iz osiguranja kao nemedijabilne.⁴¹ S druge strane, čak i da nema ovog uporišta medijabilnosti sporova iz osiguranja u *lex specialis* zakonu, ono bi se dalo izvesti iz ZOM. Ovo zato što sporovi iz osiguranja (bilo da se kvalifikuju kao građanskopravni ili kao trgovinskopravni) predstavljaju primer sporova u kojima stranke mogu slobodno da raspolažu svojim zahtevima i za njih nije predviđena isključiva nadležnost sudova.

Sporovi iz osiguranja mogu se navesti kao primer sporova pogodnih za rešavanje putem medijacije. Uzroci sporova između osiguravača i osiguranika često nisu pravne prirode, već više posledica *nesporazuma*. Ako znamo da se u velikom broju slučajeva, osiguranik (i uopšte korisnici prava iz osiguranja) može nazvati neukom i slabijom ugovornom stranom, jasno je da se ne može računati sa njegovim poznavanjem pozitivnog prava osiguranja. Oni ugovorne klauzule ili ne čitaju ili ih pogrešno interpretiraju.⁴² U takvim okolnostima, pokretanje postupka nije najbolje rešenje, naročito ako finansijski interes u igri nije prevelik, a osiguranici impulsivno reaguju i odbijanje osiguravača da odmah ispuni ugovornu obavezu dožive kao nepravdu. Posmatrana iz ovog ugla, medijacija predstavlja neku vrstu spone između osiguravača i osiguranika. Medijator treba da ubedi osiguranika da sasluša osiguravača i da shvati da bi mu pokretanje sudskog postupka donelo samo troškove, a ne priznanje prava na koje pretenduje!

Međutim, jedno su zakonske odredbe o tome da su sporovi iz osiguranja medijabilni, a drugo je *faktičko stanje*. Iako ne postoje pozitivnopravne smetnje za iznošenje sporova iz osiguranja pred medijatore, postoje situacije koje čine bespredmetnim pokušaj rešavanja ovih sporova putem medijacije.⁴³ To će biti slučaj ukoliko se radi o nekom sporu koji svojim trajanjem znatno prevazilazi „razumni rok“ iz čl. 6 Evropske konvencije i čl. 10 Zakona o parničnom postupku.⁴⁴ Osim *dugih i nasleđenih postupaka*, problematični su i postupci gde se iz psihološkog profila stranaka (a pre svega osiguranika) da zaključiti da oni ne bi mogli pristati ni

41 Međutim, i pored toga, praksa je da se neki sporovi iz osiguranja ne iznose pred medijatore. To je, najpre, slučaj sa sporovima između osiguranika i brokera osiguranja. Ovo isključenje se podrazumeva, s obzirom da funkciju medijatora prema propisima evropskih država mogu vršiti samo ovlašćeni posrednici osiguranja. U Francuskoj postoji praksa da medijatori ne rešavaju sporove povezane sa pitanjem odgovornosti osiguranika, a naročito profesionalne odgovornosti (detaljnije: Lambert-Faivre Y., Leveneur L., op. cit, str. 146). Naspram tome, u državama anglosaksonskog prava, postoji praksa da se i ovi sporovi rešavaju medijacijom. Zapravo, medijacija se u ovim državama posebno koristi kada se istom prilikom postavi pitanje odgovornosti osiguranika i opsega osiguravajućeg pokrića (detaljnije: Pryor E. S., Pryor, W., *Concurrent Mediation of Liability and Insurance Coverage Disputes*, Connecticut Insurance Law Journal, Vol. 4, 2/1998, str. 486-520).

42 Groutel H., Leduc F., Peirre P., Asselain M., *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LexisNaxis, 2008, str. 675.

43 Detaljnije: Baum H., Schwittek E., *Tradierte Moderne? Zur Entwicklung, Begrifflichkeit und Bedeutung von Schlichtung und Mediation in Japan*, K. J. Hopt, F. Steffek (Hrsg), *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, 2008, str. 5-31.

44 Brojni su primeri sporova iz osiguranja koji traju i do deset godina. Njih obeležavaju negativne emocije i teško je očekivati da ugovorne strane posle toliko vremena sede za istim stolom i pregovaraju o prevazilaženju problema.

na šta manje od „pobede“.⁴⁵ Ovo je posebno bitno kada u sporu učestvuje više lica, od kojih neka mogu biti raspoložena za medijaciju, a neka izričito protiv.⁴⁶ Bitno je pravilno proceniti sve okolnosti konkretnog slučaja i sprečiti da medijacija posluži odugovlačenju postupka.⁴⁷

3. 2. *Argumenti u prilog medijabilnosti*

Budući da su sporovi iz osiguranja, u najvećem broju slučajeva, *nearbitrabilni*,⁴⁸ postavlja se pitanje šta opravdava potpuno drugačiji pristup kada se radi o rešavanju ovih sporova putem medijacije?⁴⁹ Da li je opravdano prihvatiti medijaciju kao način rešavanja sporova iz osiguranja, nepraveći, pri tom, razliku između komercijalnih i potrošačkih osiguranja? Opredeljujemo se za medijabilnost *sporova iz osiguranja*

45 Ovo zato što kod pravno neukih lica postoji predrasuda da pristanak na medijaciju otkriva njihovu slabost, koja bi mogla biti iskorišćena od druge strane. V: Kelson S., *Small Claims Mediation: Thoughts for Practitioners*, Utah Bar Journal, 05/2009, str. 1.

46 Problematična su kolektivna i uopšte osiguranja gde se na jednoj strani može naći više lica, kao i osiguranja gde ishod spora može negativno uticati i na druge pravne odnose. Medijator treba da ubedi strane da je uspostavljanje međusobne komunikacije neophodno, jer može doći do razrešenja ne jednog, već više spornih odnosa značajnih za nastavak dalje saradnje. Primera radi, ukoliko je nastao spor između osiguravača i osiguranika, koji je izvođač radova, i koji se osigurao od odgovornosti za štetu usled izvođenja građevinskih radova, a kome naručilac preti otkazom posla ukoliko ne obezbedi osiguranje. Pomenuti spor iz osiguranja je odličan primer kako ishod spora iz osiguranja može imati implikacije na poslovnu situaciju osiguranika. Medijator u ovakvoj situaciji treba da se obrati stranama sa zahtevom da razmisle o interesima „u igri“ i koliko mogu izgubiti ukoliko se odluče da spor zaista rašavaju, a ne da ga prevaziđu zajedničkim popuštanjem i uvažavanjem interesa i druge strane. Na osiguravača bi trebalo da deluje uverljivo argument prevazilaženja spora radi zadržavanja izvođača radova kao klijenta i u budućnosti, dok bi ovaj drugi trebalo da pristane na pomirenje želeći da izbegne gubitak angažmana i reputacije. Isto tako, sporovi koji nastanu između osiguravača i osiguranika koji su kupili osiguranje od profesionalne odgovornosti prete da svojim izbijanjem nanesu štetu interesima više lica. Korisnici usluga delatnosti osiguranika mogu odustati od saradnje sa njim ukoliko saznaju da je u sporu sa svojim osiguravačem i da ne mogu sigurno računati na osiguravajuću zaštitu u slučaju da im vršenjem delatnosti nanese štetu! Zapravo, ovi primeri pokazuju da medijacija služi uspostavljanju narušene ravnoteže u pravnim odnosima osiguranja!

47 Sudija koji odlučuje o tome da li će strane uputiti na medijaciju mora biti svestan odgovornosti koju povlači takva odluka. Ukoliko pogrešno proceni i uputi na medijaciju strane čiji spor ne mora biti nemedijabilan, ali koje nisu motivisane i raspoložene da se dogovore, takva odluka može imati negativan odjek na imidž medijacije. U sredini koja nije dovoljno upoznata sa prednostima medijacije i sa nacijom kojoj se može „prikačiti“ atribut svadljive, svaki neuspeh medijacije se teško prašta!

48 To nije slučaj sa sporovima iz reosiguranja, koje u najvećem broju slučajeva rešavaju arbitraže. Međutim, novije vreme karakteriše trend unošenja i klauzula o medijaciji u ugovore o reosiguranju. V: Mann P., Giblett R., „Mediation – a rival to arbitration in reinsurance disputes?“, *International Arbitration Insights*, 10/2006, str. 1 i sled.

49 Arbitražna klauzula se može smatrati zloupotrebom moći jače strane i načinom da se osiguraniku onemogući zaštita njegovih legitimnih interesa. U: Classens H., *L'arbitrage en matière d'assurances*, *Revue de l'arbitrage*, No. 2, 1978, str. 218.

i to argumentujemo sledećim razlozima. Prvo, unošenju u ugovor o osiguranju (ili opšte uslove osiguranja) klauzule o medijaciji ne može se prigovoriti da čini primer *zloupotrebe prava* i nametanja potrošačima osiguranja samo jednog načina rešavanja sporova kao što je to slučaj sa arbitražnom klauzulom.⁵⁰ Kako medijator ne može doneti obavezujuće mišljenje, niti prinuditi stranke da se poravnaju, s jedne strane, i kako im na raspolaganju ostaju i drugi načini rešavanja njihovog spora, s druge strane, to medijacijom nisu ni najmanje ugrožena *prava potrošača osiguranja kao slabije ugovorne strane*.⁵¹ Drugo, osnovni principi ustanove osiguranja govore u prilog uvođenja medijacije u ovoj oblasti. Princip zaštite interesa osiguranika i korisnika usluga osiguranja, kao i opšti princip zaštite slabije strane, su u potpunosti zadovoljeni ako se osiguranicima omogući korišćenje usluga medijacije, kojom se ne dira u pravo na sudsku zaštitu i koja je besplatna. Zapravo, u prilog medijacije u osiguranju mogla bi se primeniti i *teorija razumnih očekivanja osiguranika*.⁵² Osiguranik, kao slabija i neuka strana, očekuje od osiguravača – kao profesionalca i vičnog pravu – da ponudi sredstva u cilju prevazilaženja spora i njegovog rešavanja izvan mreže redovnog sudstva. Pored principa zaštite slabije strane, u korist medijacije govori i princip razvoja delatnosti osiguranja u skladu sa standardima osiguranja u Evropskoj uniji.⁵³ Činjenica da su podržali uvođenje medijacije kao načina rešavanja sporova sa osiguranicima šalje signal stranim društvima osiguranja, zainteresovanim za ulaganja ili stvaranje strateškog partnerstva sa domaćim društvima, da mogu računati na njihovu poslovnost i odvijanje poslovanja prema evropskim standardima.⁵⁴ Treće, posredovanjem između osiguravača i osiguranika, medijacija može vršiti funkciju *prevencije sporova iz osiguranja*.⁵⁵ Ovo naročito ako se medijacija institucionalizuje kao metod rešavanja sporova iz osiguranja kome se najpre pribegava. Sprečavanjem nastanka i eskalacije sporova iz osiguranja doprinosi se razvoju dobre prakse i dobrih običaja osiguranja, što je nezaobilazni faktor pravne sigurnosti. Četvrto, praksom rešavanja sporova u vezi sa tumačenjem opštih uslova osiguranja medijatori utiču na osiguravače da određene nejasnoće u njima otklone i na taj način smanje tužbeni

50 Pelletier Cf. C., *Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation*, JCPE, No, 11, 2005, str. 68.

51 Uostalom, Direktiva o nekorektnim klauzulama u potrošačkim ugovorima, explicite među klauzulama zloupotrebe prava navodi i „klauzule koje imaju za cilj ili posledicu...ukidanje ili otežavanje podnošenja tužbe ili pravnih lekova potrošača“ (Directive 93/19/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95, str. 29).

52 Detaljnije o teoriji razumnih očekivanja u osiguranju: Abraham K. S., *The Expectations Principle As a Regulative Ideal*, Connecticut Insurance Law Journal, Vol. 5:1, 1998, str. 59-68.

53 Osiguravači koji smanje broj sporova korišćenjem ovog (ili nekog drugog) metoda alternativnog rešavanja sporova, moćiće da se posvete unapređenju pružanja usluga korisnicima osiguranja i uopšte unapređenju poslovanja.

54 Države članice Evropske unije obezbeđuje Direktiva o medijaciji u osiguranju: Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, OJL 009, 15. 01. 2003, str. 3-10.

55 H. Groutel i dr, op. cit, str. 675.

potencijal.⁵⁶ Ali, za razliku od sudske ili arbitražne prakse, praksa medijatora ostaje nepoznata trećim licima i ne može naneti štetu interesima osiguravača ili osiguranika.

Međutim, ne mogu se prenebregnuti ni opasnosti koje sa sobom nosi optiranje za medijabilnost svih sporova iz osiguranja. Problematična su posebno *osiguranja sa slabijom ugovornom stranom* i ona čije postojanje tangira javni poredak. Naime, u teoriji je izražena opravdana bojazan od zloupotrebe mehanizma medijacije od strane jačeg i nametanja nepovoljnog rešenja slabijem.⁵⁷ Ali, da li je ona tolika da opravdava potpuno drugačiji pristup potrošačkim osiguranjima? Čini se da se, uz primenu odgovarajućih mera predostrožnosti, rizik od povrede prava slabije strane može u potpunosti eliminisati. Medijator treba da obezbedi da strane donesu informisane odluke.⁵⁸ Budući da su osiguranici u većini slučajeva pravno neuki i nedovoljno informisani o dobrim i lošim stranama ovakvog načina rešavanja sporova, treba im obezbediti da odluku donesu u prisustvu i po savetu advokata. Drugo, medijator treba da se odvojeno sastane sa svakom od strana i da slabijoj strani predoči kakva su njena prava u slučaju bilo kakvog nedozvoljenog uticaja osiguravača kao jače strane. Adekvatna priprema slabije strane i sprečavanje da ona postane „žrtva“ alternativnog rešavanja spora je dovoljna brana od zloupotrebe medijacije od strane osiguravača kao jače strane. Što se tiče osiguranja čije funkcionisanje tangira *javni poredak*, jasno je da se ne može dozvoliti rešavanje ovakvih sporova medijacijom,⁵⁹ nezavisno od toga da li uključuju slabiju stranu ili ne.

3. 3. Koji sporovi iz osiguranja se najčešće rešavaju medijacijom?

Jedno od pitanja koje se obavezno otvara kada se iznose argumenti u prilog uvođenja medijacije u oblasti osiguranja je koji sporovi se najčešće rešavaju na ovaj način? Izveštaji država koje imaju dugogodišnju praksu u rešavanju sporova iz osiguranja medijacijom pokazuju da se 61,4 % sporova proizlazi iz osiguranja lica, dok na imovinska osiguranja otpada preostalih 38,6%.⁶⁰ Kada se radi o *ličnim osiguranjima*, 54 % sporova se odnosi na pojedinačne ugovore. Među njima treba posebno istaći životna osiguranja (koja su apsolutni rekorder medijacije).⁶¹ Od sporova poreklom iz *imovinskih osiguranja*, najviše su zastupljeni sporovi u vezi sa

⁵⁶ “U stvari, medijatori vrše značajan uticaj na formulisanje tj. na sadržinu i tumačenje opštih uslova osiguranja!” Detaljnije: Viret B., op. cit, str. 1002-1003.

⁵⁷ Mnogi protivnici medijacije upravo ovo ističu kao ključni argument. Oni, naime, veruju da jedino sudski sistem, iza koga stoji državna prinuda, može pružiti adekvatnu zaštitu slabijoj strani!

⁵⁸ Stitt A. J., op. cit, str. 121.

⁵⁹ Primer takvih sporova su sporovi u vezi sa osiguranjem zaštite životne sredine. Tu postoji vrlo izražen javni interes da se delovanjem osiguranja obezbedi naknada štete (materijalne i nematerijalne) oštećenim licima.

⁶⁰ Rapport 2004 du médiateur de la FFSA.

⁶¹ Turgné F., op. cit, 2007, str. 231.

osiguranjem od odgovornosti imalaca motornih vozila.⁶² Posebno je korisna uloga medijacije u slučaju elementarnih nepogoda (i uopšte događaja koji imaju ogroman odštetni potencijal, poput terorističkih napada), kada se broj sporova iz osiguranja drastično povećava, a sudovi postaju pretrpani i u nemogućnosti da predmete procesuiraju u iole razumnom roku.⁶³ Prema podacima iz istog izvora, iako mišljenje medijatora nije obavezujuće za strane, ono se u 95% slučajeva sledi.⁶⁴

4. Slučaj srpskog prava

Pojam medijacije uveden je u srpski pravni sistem donošenjem ZPP i ZOM. Budući da je reč o *lex generalis* zakonu, jasno je da se odnosi na sve sporove za koje se može vezati kvalifikativ medijabilnih. Međutim, Zakon o osiguranju kao *lex specialis* za oblast osiguranja izričito normira medijaciju u ovoj specifičnoj oblasti pravnih odnosa. Naime, ovaj zakon govori o posredovanju u rešavanju odštetnih zahteva, radi sprečavanja nastanka sporova iz osnova osiguranja, razmatranju prigovora osiguranika, korisnika usluga osiguranja i trećih oštećenih lica, kao i zaštiti prava i interesa tih lica.⁶⁵ Ove funkcije poverene su Narodnoj banci Srbije, koja je donela Odluku o načinu zaštite prava i interesa osiguranika, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica i postupku posredovanja radi mirnog rešavanja spornih odnosa nastalih iz osnova osiguranja (u daljem tekstu: Odluka).⁶⁶

Postavlja se pitanje koliko je ova odredba ZOS-a u skladu sa evropskim standardima sprovođenja medijacije? Da li je opravdano postupak medijacije poveriti instituciji nadležnoj za izdavanje i oduzimanje dozvola za rad i uopšte vršenje nadzora na finansijskom tržištu? Zar nije postojala neka institucija pogodnija za uvođenje ovako značajnog instituta u pravni život ustanove osiguranja? Čini se da je to - po ugledu na relevantna uporednopravna iskustva - moralo biti Udruženje osiguravača Srbije. Davanjem NBS još jednog ovlašćenja doprinosi se koncentraciji prevelike moći u njenim rukama, a što je još bitnije, postavlja se pitanje koliko će ona moći da izvrši tako značajan zadatak u tako osetljivoj fazi razvoja instituta - nepoznatog i nedovoljno prilagođenog - našoj pravnoj kulturi i psihologiji našeg naroda!?

Odlukom su regulisane dve sfere mirnog rešavanja sporova iz osiguranja: postupak povodom prigovora osiguranika na rad društva osiguranja i postupak

62 Brojnost sporova u vezi sa osiguranjem od odgovornosti imalaca motornih vozila svakako je jedan od razloga koji su uticali na sazrevanje svesti o potrebi uvođenja medijacije kao načina mirnog rešavanja sporova iz osiguranja. Pretrpanost sudova ovim sporovima, s jedne strane, i značaj njihovog brzog razrešenja za odvijanje savremenog života, s druge strane, svakako su bili preovlađujući u uvidanju značaja alternativnog rešavanja sporova!

63 Zato u Americi postoje posebni forumi medijacije i arbitraže namenjeni rešavanju sporova između osiguravača i osiguranika u slučaju prirodnih katastrofa. V: Disaster Insurance Mediation Program. Dostupno na: www.adrforum.com.

64 Rapport 2004 du médiateur de la FFSA.

65 ZOS, čl. 144. st. 1.

66 Odluka, „Sl. Glasnik RS“, br. 46/05.

posredovanja u rešavanju sporova. Postupak medijacije u režiji NBS ima nekoliko obeležja, koja ga čine nedovoljno prilagođenim potrebama strana koje tek treba da sagledaju blagodeti ovakvog načina rešavanja sporova i odnosa osiguranja. Prvo, postupak posredovanja je u ingerenciji NBS. Ona pismeno predlaže posredovanje, ako oceni da u vezi sa osnovom predmeta prigovora može doći do sudskog spora.⁶⁷ To znači da, po slovu zakona, medijacija treba da posluži prevenciji sporova iz osiguranja. Iako se ovakvo rešenje može kritikovati (jer je na prvi pogled u suprotnosti sa načelom dobrovoljnosti kao jednim od osnovnih načela medijacije), početni stupanj razvoja instituta medijacije i potreba za upoznavanjem strana sa njim može predstavljati opravdanje za ovakav pristup. Osim toga, ni načelo dobrovoljnosti nije povređeno, jer se medijaciji ne može pristupiti bez saglasnosti obeju strana.⁶⁸ Ovakvo rešenje je usklađeno sa rešenjem ZOM, koji omogućava medijaciju kako kao prethodni, tako i kao postupak do koga može doći nakon pokretanja parničnog postupka (tzv. princip dualizma). Dakle, ukoliko se spor reši posredovanjem NBS, medijacija vrši funkciju prevencije sporova iz osiguranja. Ukoliko se, pak, spor ne reši medijacijom, može se pokrenuti sudski postupak!

Drugo, postupkom posredovanja rukovodi radnik zaposlen u NBS. On određuje rokove, može tražiti od strana da dostave dokaze na kojima zasnivaju svoje zahteve. Radnik zaposlen u NBS, dakle, sprovodi postupak posredovanja! Ovaj deo postupka posredovanja se može oceniti vrlo negativno. Usporednopravna analiza pokazuje da se postupak posredovanja može poveriti samo licima koja ispunjavaju uslove, koji ih čine „fit and proper“ za vršenje posredovanja.⁶⁹ Zapravo, cilj uslova koje zakoni propisuju je da se odrede standardi profesije medijatora. Ako se već radi na „profesionalizaciji“ medijatora kao dokazu nezavisnosti i nepristrasnosti (i lakšeg zadobijanja poverenja od strane potencijalnih korisnika njihovih usluga), ovakva odredba se mora kritikovati. Iako se može kontraargumentovati da lica zadužena za sprovođenje posredovanja u okviru NBS mogu proći obuku za posrednike i tako ispuniti standarde, formulacija je takva da ostavlja mesta sumnji. Pitanje je koliko će nekoj strani (osiguraniku ili oštećenom licu) uliti poverenje saznanje da će postupak posredovanja voditi lice koje je deo tela zaduženog za vršenje nadzora u osiguranju?⁷⁰

Treće, *troškove posredovanja* predujmljuje podnosilac prigovora ili strana zainteresovana za postizanje sporazuma. Ovo znači da osiguranik, koji je podneo prigovor protiv osiguravača (ili treće oštećeno lice), mora biti finansijski sposoban da

67 Odluka, tač. 9. st. 1.

68 Odluka, tač. 9. st. 2.

69 Detaljnije o ovim uslovima u pravu Portugala: De Almeida V., *Insurance Mediation*, International Financial Law Review, 1/ 2007, str. 1.

70 Strane poveravaju rešavanje svog spora medijatoru zato što ga smatraju neutralnim licem, vrednim poverenja, koje će na osnovu svog najboljeg znanja i iskustva pomoći da se njihov spor prevaziđe. Ne treba gubiti iz vida da je uspeh medijacije u velikoj meri rezultat činjenice da u ovom postupku akcenat nije na tome ko će dobiti više ili ko će više „poptustiti“, već na tome da se spor ostavi po strani i da se odnos (poslovni, ugovorni ili neki drugi) nastavlja. Detaljnije: Goltsman M. i dr., op. cit, str. 1401.

unapred plati svoj deo troškova postupka ako želi da se njegov spor rešava mirnim putem. *A contrario*, osiguranicima koji nisu u stanju da predujme troškove medijacije biće uskraćen ovaj metod vansudskog rešavanja sporova.⁷¹ Formulacija po kojoj troškove medijacije predujmljuje „strana zainteresovana za postizanje sporazuma“ pravno ništa ne znači. Obe strane su *per defitionem* zainteresovane za postizanje sporazuma, to je osnovni preduslov uspeha medijacije.⁷² Osim toga, ovo rešenje je neusklađeno sa ZOM, koji propisuje da troškove medijacije strane predujmljuju na jednake delove.⁷³ Postavlja se pitanje šta je moglo da stoji iza opredeljenja NBS da pitanje troškova posredovanja u osiguranju uredi na način koji odstupa ne samo od režima ustanovljenog *lex specialis*-om za oblast medijacije, već i opšteprihvaćenih principa u uporednom pravu? Smatramo da nije reč o originalnosti rešenja, nastalog kao rezultat dobrog poznavanja karakteristika instituta medijacije i njegovog prilagođavanja potrebama srpskog tržišta osiguranja, već o činu nastalom kao rezultat dodeljivanja ovlašćenja subjektima nedovoljno osposobljenim i nedovoljno spremnim da implementiraju tako značajan institut u naš sistem osiguranja.

Iako je NBS pozitivnopravno ovlašćena za sprovođenje posredovanja u osiguranju, čini se da de lege ferenda treba razmisliti i o uključivanju Privredne komore Srbije u proces medijacije. Ona bi mogla da pristupi Centru za medijaciju kao naknadni osnivač i da preuzme odgovornost u vezi sa popularisanjem ovog metoda rešavanja sporova svojih članova.⁷⁴

5. Zaključak

Iako je medijacija način rešavanja sporova sa kojim se pravni poredak Srbije tek nedavno upoznao, prva iskustva navode na zaključak da se radi o institutu koji obećava. Imajući u vidu sve pozitivne efekte posredovanja, osiguravači imaju interes da medijacija, kao metod mirnog rešavanja sporova, bude deo njihove *poslovne strategije*. Osiguranje je delatnost koja po vokaciji treba da služi obezbeđenju sigurnosti i osećaja zaštićenosti potrošača njenih usluga, a jedan od načina da se taj osećaj sačuva je pribegavanje medijaciji. *Spokoj* i sigurnost osiguranika i uopšte korisnika usluga osiguranja je ono čemu osiguravači treba da pridaju posebnu

71 To ga čini manje privlačnim od sudskog puta, koji se može koristiti i ako strana nije dobrog imovnog stanja.

72 Čisto jezičko tumačenje navedene formulacije Odluke NBS vodilo bi zaključku da su osiguranik ili treće oštećeno lice zainteresovani za postizanje sporazuma i da je to u njihovom, a ne i u interesu društva za osiguranje! Takav pristup svedoči o nepoznavanju elementarnih obeležja ustanove medijacije, a još više neuvažavanju potreba osiguranika i ostalih korisnika usluga osiguranja. Na kraju, takvo rešenje nije *in favorem* korisnika usluga osiguranja i unapređenja delatnosti osiguranja.

73 ZOM, čl. 29.

74 Ovo utoliko pre što PKS ima dovoljno iskustva u ovoj oblasti, jer Sud časti pri PKS vrlo često koristi posredovanje kao način rešavanja sporova koji se pred njega iznose! Osim toga, više tipujemo na uspeh medijacije u komercijalnim, nego u potrošačkim osiguranjima.

pažnju. Vrlo često ishitreni potezi i međusobno nerazumevanje, a ne istinski spor, dovode do narušavanja harmoničnog odnosa, što u krajnoj liniji vodi prestanku odnosa osiguranja. Medijacija je najdragocenija upravo u ovakvim situacijama. Ona omogućava da osiguranik i ovlašćeni predstavnik osiguravača u prisustvu stručnog i nepristrasnog medijatora postignu dogovor oko spornog pitanja i, što je najbitnije, povrate izgubljeno poverenje i nastave dalju saradnju. Sistematski i disciplinovan pristup medijaciji (i uopšte alternativnim metodama rešavanja sporova) u osiguranju štedi vreme i novac i služi legitimnim ciljevima unapređenja poslovanja i odnosa sa klijentima. Posmatrano dugoročno, može se očekivati smanjenje sporova iz osiguranja delovanjem medijacije i poboljšanje imidža tržišta osiguranja.

Prednost medijacije posebno dolazi do izražaja u poređenju sa pokretanjem sudskog postupka. Prvo, sudski postupak je negativna reklama prvenstveno za osiguravača, ali i za osiguranika ako je i sam privredni subjekt. Drugo, sudski postupak - kao dokaz da je osiguravač odbio da dobrovoljno ispuni ugovornu obavezu prema osiguraniku - dovodi do nezadovoljstva klijenata i njihovog okretanja drugim osiguravačima. Treće, resursi poput vremena i novca koriste se za dobijanje sudskog spora, umesto za *unapređenje poslovnih odnosa*. Četvrto, potencijalni poslovni partneri osiguravača, naročito strani, dobijaju vrlo negativan signal o spremnosti tog društva da sporove rešava mirnim putem, što im sugerise da i sami mogu očekivati isti tretman. Poslednje, osiguravač koji dozvoli sebi taj „luksuz“ da uđe u sudski spor sa svojim osiguranikom mora da zna da trajno gubi dobru komunikaciju sa njim i da će ga izgubiti kao klijenta.

Summary

MEDIATION OF INSURANCE DISPUTES

As a form of alternative disputes resolution the mediation has numerous benefits, e.g. it presents the quickest and most convenient way to settle disputes. Its position of offering legal services in a country the mediation can build on a basis of already proved inefficient and excessively slow judiciary. It is a counterpoise to strictly formal and overexpensive state system for providing legal protection, and therefore, in mediation parties feel that the resolution of their dispute is in their hands. This characteristic singles out the mediation from other methods of dispute resolution and has a positive effect on its acceptance. The article deals with reasons to justify implementation of insurance mediation. In the first part of the article, the author explains arguments in favour of mediation in general. Furthermore, she stresses litigation cost savings, negative image avoidance of the insurer, interest orientation of the mediator and lack of powers to deliver a binding decision as factors which could have an effect on this ADR model's acceptance in the field of insurance. In the second part of the article the author pays a special attention to the issue of mediability of disputes over insurance. Having in mind basic characteristics of modern insurance regulations, in particular the need to protect a policy holder and insurance customer, the author draws a conclusion that implementation of practice to resolve disputes by mediation, but not in front of the court, has not been contrary to the most recent tendencies in this legal field. The author calls for creation of legal infrastructure and social climate which could change people thinking about litigation and accept mediation of insurance disputes as a prior and regular course of dispute resolution, which could, in numerous cases, prevent future disputes. The last part of the article presents critical assessments of Serbian law paying special attention to the question whether the Serbian National Bank is best institution to take a function of mediator in insurance disputes. The author firmly believes that mediation of insurance disputes is in the interest of insurer and policy holders benefiting them directly (reducing costs and time) and indirectly (maintaining long-lasting business relationships and improving business performance).

Key words: *mediation, insurance, dispute resolution, interest of parties, safety.*

Zusammenfassung

SCHLICHTUNG IM VERSICHERUNGSBEREICH

Schlichtung, als eine Form alternativer Beilegung von Rechtsstreitigkeiten, stellt die schnellste und die günstigste Form der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten dar. Zu Gunsten der Schlichtung, als einer Methode für den Rechtsschutz eines Staates, spricht die bewiesene Ineffizienz und Langsamkeit der staatlichen Gerichte. Im Gegensatz zu dem staatlichen Schutzsystem, das sowohl streng formell als auch sehr teuer sei, haben die Parteien bei einem Schlichtungsverfahren das Gefühl, die Beilegung der Streitigkeit liege in ihren Händen. Dadurch unterscheidet sich Schlichtung von anderen Formen der Rechtsstreitigkeitenbeilegung was zur Förderung und zur Annahme dieser Art von Konfliktregelung beiträgt. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Feststellung von Gründen, die Einführung von Schlichtung in das Versicherungsbereich rechtfertigen. Außer allgemeiner Argumente zu Gunsten der Schlichtung, betont die Autorin als besonders wichtig Ersparen von Prozesskosten, Meidung des negativen Images der Versicherer; Interessenorientierung, und das Nichtvorhandensein der Ermächtigung von Schlichtern, eine verbindliche Entscheidung zu treffen, was die Annahme dieser Methode alternativer Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im Versicherungsbereich beeinflussen könnte. Im zweiten Teil dieser Arbeit stellt sich die Frage, welche Streitigkeiten aus dem Versicherungsbereich für Schlichtung geeignet seien. Weiterhin betrachtet die Autorin die Grundmerkmale gegenwärtiger Versicherungsregulative, vor allem den Bedarf an Schutz vor den Versicherern und den Benutzern von Versicherungsdienste. Daraus schließt sie, dass die Einführung von Schlichtung an Stelle Gerichtsverfahren für Streitigkeitenbeilegung, nicht den neusten Trends in diesem Bereich entgegengesetzt ist. Daher setzt sich die Autorin für die Schaffung einer Rechtsinfrastruktur und gesellschaftlicher Klima ein, welche nicht nur für die Änderung der Gerichtsverfahrenorientierten Mentalität erforderlich ist, sondern zur Annahme von Schlichtung als üblicher Vorgehensweise im Versicherungsbereich beitragen könnte, was wiederum zur Verhinderung diesbezüglicher Streitigkeiten führen würde. Zum Schluss werden die Lösungen des serbischen Rechts kritisch unter die Lupe genommen, und es wird betrachtet, ob die Nationalbank Serbiens die meist geeignete Institution sei, als Vermittler in Versicherungsbereich zu fungieren. Letztendlich stellt die Autorin fest, dass die Einführung von Schlichtung in das Versicherungsbereich im Interesse sowohl der Versicherer als auch der Benutzer ihrer Dienste liegt, weil dies neben direkten Vorteilen (wie Zeit- und Geldersparung), auch indirekte Vorteile (wie z.B. Bewahrung von langzeitigen Geschäftsverhältnissen und Förderung von Geschäftsabwicklung) bewirkt.

Schlüsselwörter: *Schlichtung, Versicherung, Beilegung von Streitigkeiten, Parteieninteresse, Sicherheit.*