

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 30

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 30,
Br. 1, str. X+1-809, Rijeka, 2009.

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, doc. dr. sc. Anamari Petranović, (svi iz Rijeke)

Izvršni urednici/Executive Editors: mag. iur. Marjeta Tomulić Vehovec, mr. sc. Loris Belanić

Medunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: akademik dr. h. c. Lujko 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.

Korektorice/Proofreaders: Patricija Đurić, dipl. iur., Tanja Kruneš

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

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel.: (051) 359-518, fax. (051) 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Digital point tiskara 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

ZBORNIK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 30

BROJ 1

RIJEKA, 2009.

SADRŽAJ

Prilozi za Savjetovanje:**“Vlasništvo – obveze – postupak”****(Poreč, 16. – 18. travnja 2009.)***Mihajlo Dika,*

Novelirani postupci u sporovima male vrijednosti
(izvorni znanstveni članak) 1

Petar Simonetti,

Nekretnine kao objekt prava vlasništva i prava građenja
(izvorni znanstveni članak) 33

Nada Bodiroga-Vukobrat, Adrijana Martinović,

Izazovi novih tehnologija na radnom mjestu (posebnosti pravnih
rješenja) (izvorni znanstveni članak) 63

Jozo Čizmić,

Pravo na pristup podacima u medicinskoj dokumentaciji
(izvorni znanstveni članak) 91

Edita Čulinović Herc,

Povreda obveze objave podataka na tržištu kapitala i sporovi
ulagatelja (dioničara) protiv uvrštenih društava
(izvorni znanstveni članak) 135

Eduard Kunštek, Dejan Bodul,

Stranačka sposobnost entiteta bez pravne osobnosti – podružnice
inozemnih pravnih osoba (izvorni znanstveni članak) 171

Aldo Radolović,

Pravidna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla
(izvorni znanstveni članak) 187

Maja Bukovac – Puvača,

“Sive zone” izvanugovorne odgovornosti – područja moguće
primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne
odgovornosti za štetu (izvorni znanstveni članak) 221

Dario Derđa, Zoran Pičuljan,

Novo hrvatsko upravno postupovno pravo
(izvorni znanstveni članak) 245

Dionis Jurić, Antonija Zubović,

Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljanog društva u postupku
preuzimanja dioničkih društava (izvorni znanstveni članak) 291

Marko Šikić,

Pravo na suđenje u razumnom roku u postupcima pred
Upravnim sudom Republike Hrvatske (izvorni znanstveni članak) 333

Iva Tuhtan-Grgić,

Pravo prvokupa prema Zakonu o otocima (prethodno priopćenje) 373

<i>Zvonimir Slakoper,</i> Ugovori o valutnom i kamatnom swapu (pregledni znanstveni članak) ...	407
<i>Genc Trnavci,</i> Zaključenje, punovažnost i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza (pregledni znanstveni članak)	449
<i>Silvija Petrić,</i> Nacrt zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (pregledni znanstveni članak)	473
<i>Aleksanda Maganić,</i> Pravna sredstva protiv neučinkovitog suca (pregledni znanstveni članak)	515
<i>Loris Belanić,</i> Obvezna osiguranja od odgovornosti izvan djelatnosti prometa i prijevoza u hrvatskom i poredbenom pravu, s osvrtom na određivanje obveznika sklapanja osiguranja i kruga trećih osoba (pregledni znanstveni članak)	551
<i>Jasna Brežanski,</i> Još o stjecanju vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu (pregledni znanstveni članak)	601
<i>Gabrijela Mihelčić,</i> Pravni položaj kupca/vlasnika nekretnine u hipotekarnom režimu (pregledni znanstveni članak)	629
<i>Marinko Đ. Učur</i> Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (stručni članak)	649
<i>Marinko Đ. Učur</i> Zakon o roditeljskim potporama (stručni članak)	665
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i> Zastara – o primjeni građansko-pravnih pravila u poreznom pravu i sudskoj praksi (stručni članak)	683
<i>Damir Kontrec,</i> Upis etažnog vlasništva (vlasništva posebnog dijela nekretnine) u zemljišnoj knjizi (s posebnim osvrtom na upise izvršene prije stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, dvojbe i problemi u praksi) (stručni članak)	703
<i>Dragan Zlatović,</i> “Pravni aspekti parodije” i intelektualno vlasništvo (izvorni rad)	725
Prilozi u povodu Petnaestogodišnjice savjetovanja:	
<i>Petar Simonetti</i> Petnaestogodišnjica savjetovanja pravnika u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1994. – 2009.)	769
Kronološki prikaz tema savjetovanja pravnika u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1994. – 2008.)	783

TABLE OF CONTENTS

“Ownership – Obligations – Procedure”**(Poreč, April, 16 – 18 2009)****Conference Texts:**

<i>Mihajlo Dika,</i> The Amended Proceeding Applicable to Disputes of a Petty Value	1
<i>Petar Simonetti,</i> A Real Property as an Object of the Right of Ownership and Right to Build	33
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Adrijana Martinović,</i> Challenges of the New Technologies at the Working Place (Particularities of Legal Solutions)	63
<i>Jozo Čizmić,</i> The Right of Access to Data Contained in the Medical Documentation	91
<i>Edita Čulinović Herc,</i> Infringement of the Obligation to Disclose Information in the Capital Market and Disputes between Investors (Shareholders) and Listed Companies	135
<i>Eduard Kunštek, Dejan Bodul,</i> Party Capacity of an Entity Having no Legal Personality – Branch-Offices of Foreign Legal Persons	171
<i>Aldo Radolović,</i> Natural Legal Incapacity as a Cause of Invalidity of Legal Transaction	187
<i>Maja Bukovac – Puvača,</i> The Grey Zones of Tortious Liability – The Area of Possible Application of the Fault-Based Liability Rule and Strict Liability Rule for Damages	221
<i>Dario Đerđa, Zoran Pičuljan,</i> The New Croatian General Administrative Procedural Law	245
<i>Dionis Jurić, Antonija Zubović,</i> Anti-Takeover Measures and Position of the Target Company Bord in Takeover Procedures	291
<i>Marko Šikić,</i> The Right to Trial within the Reasonable Time in Procedures in Front of the Administrative Court of the Republic of Croatia	333
<i>Iva Tuhtan-Grgić,</i> The Right of Pre-Emption According to the Law on Islands	373
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Currency Swaps and Interest Rate Swaps	407

<i>Genč Trnavci,</i>	
Meaning and Validity of an Electronic Contract and Providing Evidence for It: The Comparative Analysis	449
<i>Silvija Petrić,</i>	
The Draft Common Frame of Reference for a European Private Law ...	473
<i>Aleksanda Maganić,</i>	
Legal Means against the Inefficient Judge	515
<i>Loris Belanić,</i>	
Mandatory Liability Insurances Except for Insurances in the Field of Traffic and Transport in Croatian and Comparative Law Paying a Special Attention to an Obligated Person to Insure and Third Persons	551
<i>Jasna Brežanski,</i>	
Further Writings on Acquiring the Ownership over the Real Estates in Public Ownership by Means of Adverse Possession	601
<i>Gabrijela Mihelčić,</i>	
Legal Position of a Real Property Owner/Buyer in the Mortgage Regime	629
<i>Marinko Đ. Učur,</i>	
The Law on Job-Finding Services and Rights during the Unemployment	649
<i>Marinko Đ. Učur,</i>	
The Law on Maternity and Parental Benefits	665
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i>	
Statute of Limitations – On Implementation of Civil Legal Rules in the Tax Law and Court Practice	683
<i>Damir Kontrec,</i>	
An Entry of the Tenant Ownership (Ownership of a Separate Part of Real Property) into the Land Register (Paying a Special Attention to Entries Executed Prior to the Law on Ownership and other Property Rights Entering into Force, Dilemmas and Issues in Practice)	703
<i>Dragan Zlatović,</i>	
“Legal Aspects of Parody” and Intellectual Property	725
 <i>Supplements on the Occasion of the Fifteenth Anniversary of the Symposium:</i>	
<i>Petar Simonetti</i>	
The Fifteenth Anniversary of the Symposium for Legal Professionals Organised by the Faculty of Law, University of Rijeka (1994 – 2009) ..	769
A Chronological Overview of Topics Presented at the Symposium for Legal Professionals Organised by the Faculty of Law, University of Rijeka (1994 – 2008)	783

INDICE

“Proprietà – Obbligazioni – Processo”**(Poreč, 16 – 18 aprile 2009)****Contributi per il Convegno:**

<i>Mihajlo Dika,</i> Le modifiche al procedimento nelle liti di modico valore	1
<i>Petar Simonetti,</i> I beni immobili quali oggetti del diritto di proprietà e del diritto a costruire	33
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Adrijana Martinović,</i> Le sfide delle nuove tecnologie sul posto di lavoro (peculiarità delle soluzioni giuridiche)	63
<i>Jozo Čizmić,</i> Diritto all’accesso ai dati nella documentazione medica	91
<i>Edita Čulinović Herc,</i> Violazione dell’obbligo di dichiarazione dei dati sul mercato dei capitali e contenziosi degli investitori (azionisti) contro le società quotate in borsa	135
<i>Eduard Kunštek, Dejan Bodul,</i> Capacità processuale dell’ente privo di personalità giuridiche – le filiali di persone giuridiche straniere	171
<i>Aldo Radolović,</i> L’incapacità naturale d’agire quale causa di invalidità del negozio giuridico	187
<i>Maja Bukovac – Puvača,</i> Le “zone grigie” della responsabilità extracontrattuale – i possibili ambiti applicativi della responsabilità civile per colpa e della responsabilità civile oggettiva	221
<i>Dario Đerđa, Zoran Pičuljan,</i> Il nuovo diritto croato del procedimento amministrativo	245
<i>Dionis Jurić, Antonija Zubović,</i> Le misure difensive e la posizione della società bersaglio nella procedura di acquisizione della società per azioni	291
<i>Marko Šikić,</i> Diritto ad un processo di ragionevole durata nei procedimenti dinnanzi al Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia	333
<i>Iva Tuhtan-Grgić,</i> Diritto di prelazione in base alla Legge sulle isole	373
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Contratti di swap di valuta e di interessi	407

<i>Genč Trnavci,</i>	
Conclusione, validità e prova dei contratti elettronici: analisi comparata	449
<i>Silvija Petrić,</i>	
La bozza del Quadro comune di riferimento del diritto privato europeo	473
<i>Aleksanda Maganić,</i>	
Mezzi legali contro il giudice inefficiente	515
<i>Loris Belanić,</i>	
Assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile al di fuori delle attività di circolazione e trasporto nel diritto croato e comparato, con attenzione all'individuazione dell'obbligato a contrarre l'assicurazione e dell'insieme dei soggetti terzi	551
<i>Jasna Brežanski,</i>	
Ancora sull'acquisto della proprietà per usucapione negli immobili di proprietà sociale	601
<i>Gabrijela Mihelčić,</i>	
Posizione giuridica dell'acquirente/ proprietario di immobile sottoposto ad ipoteca	629
<i>Marinko Đ. Učur,</i>	
Legge sull'intermediazione all'atto dell'assunzione e sui diritti durante il periodo di disoccupazione	649
<i>Marinko Đ. Učur,</i>	
La legge sui contributi alle puerpere ed ai genitori	665
<i>Nataša Žunić Kovačević,</i>	
Prescrizione – sull'applicazione delle regole civilistiche nel diritto tributario e la prassi giurisprudenziale	683
<i>Damir Kontrec,</i>	
Iscrizione della proprietà esclusiva nel condominio (proprietà di una particolare porzione del bene immobile) nel libro fonziario (con particolare attenzione alle iscrizioni anteriori all'entrata in vigore della legge sulla proprietà e sugli altri diritti reali: problemi e questioni nella pratica)	703
<i>Dragan Zlatović,</i>	
"Aspetti legali della parodia" e diritto della proprietà intellettuale	725
 <i>Appendice in occasione del quindicesimo anniversario del Simposio:</i>	
<i>Petar Simonetti</i>	
Quindicesimo anniversario del Simposio dei giuristi organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Rijeka (1994. – 2009.)	769
Indice cronologico degli argomenti del Simposio dei giuristi organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Rijeka (1994. – 2008.)	783

Prilozi za Petnaesto savjetovanje pravnika 2009. g.

Contributions for Fiveteenth Jurist Conference, 2009

Contributi per il XV Convegno di giuristi, 2009

“Vlasništvo – obveze – postupak”

“Ownership – Obligations – Procedure”

“Proprietà – Obbligazioni – Processo”

(Poreč, 16. – 18. travnja 2009.)

Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Presidente)

prof. dr. sc. Petar Simonetti

NOVELIRANI POSTUPAK U SPOROVIMA MALE VRIJEDNOSTI

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

UDK: 347.919.3
Ur.: 9 veljače 2009.
Pr.: 18. veljače 2009.
Izvorni znanstveni članak

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2008. (Novele) radikalno je reformiran postupak u sporovima male vrijednosti. Izmjene se u prvom redu tiču razdvajanja prvostupanjskog postupka na dva osnovna stadija, na tzv. prethodni postupak i stadij glavne rasprave, ali i propisivanjem obvezatnog održavanja prvog ročišta koje u pravilu ima funkciju pripremnog ročišta. Te su izmjene praćene ograničenjem mogućnosti iznošenja novota, ali i modifikacija predmeta spora i odlučivanja do zaključenja prethodnog postupka. Novelom je po prvi put u sporovima male vrijednosti dopušteno izjavljivanja revizije, doduše samo, tzv. izvanredne revizije kao pravnog sredstva nužnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti građana u tim sporovima. U radu se nastoji sustavno izložiti novo uređenje postupka u sporovima male vrijednosti, pri čemu se posebno razrađuju izvori pravnih osnova instituta, određuje pojam tih sporova, utvrđuju njegove kompetencijske osobnosti, analizira struktura i organizacija prethodnog postupka i postupka tijekom stadija glavne rasprave, obrađuju specifičnosti žalbe i novouvedene revizije, ali i ponavljanja postupka te ovršnosti odluka donijetih u tom postupku. Značajna je pozornost poklonjena i implikacijama koje novouvedeno ograničenje mogućnosti iznošenja novota ima za određivanje momenata na koji se odnosi pravomoćnost sudske odluke. Zaključno se nastoji sumarno usporediti reformirano uređenje malične procedure s uređenjem, tzv. europskog postupka u sporovima male vrijednosti prema Uredbi (EZ) br. 861/2007. Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. te iz takve komparacije izvesti neke pouke o mogućim intervencijama de lege ferenda.

Ključne riječi: postupak u sporovima male vrijednosti, prethodni postupak, glavna rasprava.

1. Uvod

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku¹ iz 2008.² (Novela 2008.; ZIDZPP 08) radikalno je reformiran postupak u sporovima male vrijednosti. Samo određenje pojma tih sporova ostalo je, međutim, neizmijenjeno – izmijenjeni su tek vrijednosni kriteriji za njihovo utvrđivanje. *Ratio* obavljenih intervencija treba tražiti u nastojanju da se procedura u sporovima male vrijednosti ubrza i učini efikasnijom i koncentriranijom. To se, najprije, pokušalo postići razdvajanjem prvostupanjskog postupka na dvije funkcionalno posebne cjeline – na stadij prethodnog postupka tijekom kojega se priprema glavna rasprava utvrđivanjem procesnog materijala koji će trebati prikupiti i raspraviti tijekom drugog stadija, stadija glavne rasprave, a zatim ograničavanjem mogućnosti iznošenja novota i s time povezanim promjenama u određivanju predmeta spora i odlučivanja, ali i ograničavanjem ovlaštenja suda da slobodno uređuje dinamiku i redosljed u obavljanju pojedinih radnji. U tom bi se smislu moglo reći da je povećana i opća sumarnost toga postupka. S druge je strane, uvođenjem i mogućnosti izjavljivanja, tzv. izvanredne revizije u sporovima male vrijednosti bitno unaprijeđena jedinstvena primjena prava i zaštita ravnopravnosti građana u tim sporovima.

Neke su od intervencija svoju inspiraciju, iako u ograničenoj mjeri, pronašle i u inovacijama koje su unijete u alimentacijsku proceduru Novelom Obiteljskog zakona iz 2007.³ Ipak, prigodom noveliranja malične procedure odustalo se od radikalnog preuzimanja rješenja uvedenih u toj proceduri.

U ovom će se radu pokušati dati relativno cjeloviti pregled uređenja procedure u sporovima male vrijednosti, pri čemu će se posebno nastojati naglasiti značenje novina koje su unesene Novelom 2008., s posebnim osvrtom na mogućnost i opravdanost njihove (eventualno parcijalne) generalizacije.

2. Zakonske osnove uređenja postupka

Specifičnosti postupka u tzv. sporovima male vrijednosti (bagatelnom, maličnom postupku) uređene su odredbama glave tridesete ZPP-a. Tim su odredbama ti sporovi definirani u pozitivnom (458., 460.)⁴ i negativnom smislu

¹ Zakon o parničnom postupku, NN 26/91., 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 84/08., 123/08.; ZPP.

² NN 84/08., 123/08.

³ Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona (NN 107/07.; Novela ObZ 07.)

⁴ U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke, odvojene od broja članka ili stavka točkom. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti odvojeno zarezom. Crtica između brojeva dva članka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Brojevi odredaba bez naznake kratice propisa odnosit će se na odredbe ZPP-a. Za označavanje odredaba drugih propisa koristit će se uz broj odredbe i njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu.

(459.), određeni su sudovi pred kojima se mogu rješavati (461.) te su utvrđene specifičnosti procedure po kojoj se rješavaju (prvostupanjske – 461.a – 467., i u povodu pravnih lijekova – 462., 466., 467.). Pojam sporova male vrijednosti u postupku pred trgovačkim sudovima impostiran je odredbama članka 502. ZPP.

Dopunski izvori procedure u sporovima male vrijednosti utvrđeni su dvojako. Prvi način određivanja tih izvora tiče se sporova koji se ne rješavaju pred trgovačkim sudovima, drugi sporova koji se rješavaju pred tim sudovima.

Ako za postupak u sporovima male vrijednosti, koji se ne rješavaju pred trgovačkim sudovima nisu izrijekom utvrđena posebna pravila, primjenjuju se izravno, dakle ne tek na odgovarajući način, ostale odredbe ZPP-a (*arg. ex* 457/1.),⁵ osim onih koje se tiču postupka pred trgovačkim sudovima (*arg. ex* 502.). To znači da će se (u pravilu) i u sporovima male vrijednosti primjenjivati opći instituti parničnoga prava te pravila o redovnom parničnom postupku, osim u onim slučajevima za koje je izrijekom predviđeno što drugo. Ipak, u određenim se slučajevima opća pravila ne primjenjuju izravno, nego tek na odgovarajući način zato što je to tako izrijekom propisano. Tako je Novelom 2008. izrijekom naglašeno da će se u postupku u sporovima male vrijednosti, tzv. **prethodni postupak** provoditi uz **odgovarajuću primjenu** (odredaba) glave dvadesete Zakona o parničnom postupku o pripremanju glavne rasprave, ako odredbama glave tridesete nije drukčije određeno (nov. 457/2.). Novelom 2008. je, naime, prvostupanjski postupak u sporovima male vrijednosti razdvojen na dvije osnovne dionice, tzv. prethodni postupak i stadij glavne rasprave. Uvođenjem prethodnog postupka u sporovima male vrijednosti u okviru stadija pripremanja glavne rasprave rehabilitiran je podstadij pripremnog ročišta, kojemu su, ipak, dani posebno značenje i funkcija, bitno veći i drukčiji od onog što ih je imao u razdoblju prije Novele 2003.⁶ kad su se i u redovnom prvostupanjskom postupku primjenjivala pravila o tom ročištu u sporovima u kojima je sudilo vijeće. Zbog toga je i trebalo predvidjeti da će se opće odredbe o pripremanju glavne rasprave u postupku u sporovima male vrijednosti primjenjivati tek na odgovarajući način. Postoje, međutim, i situacije u kojima se neki opći instituti mogu, iako to nije izrijekom rečeno, u postupku u sporovima male vrijednosti primijeniti tek na odgovarajući način zato da bi se uskladili s posebnim izrijekom uređenim institutima toga postupka. To npr. vrijedi za institut vremenskih granica pravomoćnosti – momenta na koji se odnosi pravomoćnost presuda donesenih u postupku u sporovima male vrijednosti morat će slijediti ograničenje mogućnosti iznošenja novota u tom postupku i stoga biti vezan uz moment zaključenja prethodnog postupka, a ne glavne rasprave kao u redovnom postupku (v. *infra ad* 5.21.). Povezano s promjenama u određivanju momenta na koji se odnosi pravomoćnost sudskih odluka, u postupku u sporovima male vrijednosti, ponavljanje postupka može se tražiti samo zbog novih činjenica koje su nastale do

⁵ Odredba članka 457. stavka 1. ZPP glasi: “Ako u ovoj glavi ne postoje posebne odredbe, u postupku u sporovima male vrijednosti primjenjivat će se ostale odredbe ovog zakona.”

⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003. (NN 117/03.).

zaključenja prethodnog postupka, a ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (v. *infra ad* 5.22.).

Ako za postupak u sporovima male vrijednosti, koji se rješavaju pred trgovačkim sudovima, nisu izrijekom utvrđena posebna pravila, podredno se primarno, u pravilu izravno, odnosno u određenim slučajevima na odgovarajući način primjenjuju pravila o postupku pred trgovačkim sudovima (*arg. ex* 502.), a tek sekundarno opći instituti parničnoga prava te pravila o redovnom parničnom postupku (*arg. ex* 488.).

Za izdavanje platnih naloga u sporovima male vrijednosti mjerodavna su opća pravila. Ipak, s obzirom na to da se vrijednosne granice za određivanje sporova male vrijednosti i za izdavanje, tzv. nedokumentarnog platnog naloga djelomično podudaraju (447/1., 458.), u sporovima male vrijednosti u kojima se ističe novčani kondemnatorni zahtjev, mogućnost izdavanja platnih naloga po službenoj dužnosti je bitno šira nego u redovnom postupku. Ona postoji kad se tužbeni zahtjev odnosi na dospjelu glavnu tražbinu u novcu koja ne prelazi svotu od 5.000,00 kn (447/2.), a u sporovima iz nadležnosti trgovačkih sudova kad se tužbeni zahtjev odnosi na dospjelu glavnu tražbinu u novcu koja ne prelazi svotu od 20.000,00 kn (447/3.). Posebna se pravila o postupku u sporovima male vrijednosti primjenjuju tek u postupku u povodu prigovora protiv platnoga naloga (*arg. ex* 460.). V. *infra ad* 3. (*in fine*)

Pravila o postupku u sporovima male vrijednosti ne primjenjuje se u sporovima koji prema kriterijima za pozitivno određenje pojma tih sporova ne spadaju u te sporove (*arg. ex* 458., 502.), a zatim u postupku o sporovima koji bi se po tim kriterijima eventualno mogli smatrati takvima, ali za koje je izrijekom propisano da se takvima ne smatraju (*arg. ex* 459.).

3. *Određenje pojma sporova male vrijednosti*

Kriteriji za određivanje pojma sporova male vrijednosti postavljeni su pozitivno i negativno.

Odredbama članka 358. ZPP utvrđena su tri pozitivna kriterija za određenje toga pojma. Prema tim kriterijima sporovima male vrijednosti smatraju se:

- (1) sporovi u kojima se tužbeni zahtjev odnosi na tražbinu (“potraživanje”) u novcu koji ne prelazi svotu od 10.000,00 kn (458/1.),⁷ a u postupku pred trgovačkim sudovima od 50.000,00 kn (502.).⁸ Postavljena vrijednosna granica tiče se glavnoga zahtjeva (*arg. ex* 35.). Pod pojmom “tužbeni zahtjev koji se odnosi na potraživanje u novcu” treba razumjeti tužbeni zahtjev kojim se traži osuda tuženika na isplata novčanoga iznosa, dakle kondemnatorni novčani tužbeni zahtjev. Pritom bi se vrijednost računala prema vrijednosti glavnog zahtjeva (*arg. ex* 35.);

⁷ Do Novele 2008. taj je iznos bio 5.000,00 kn.

⁸ Novelom 2008. taj iznos nije izmijenjen.

- (2) sporovi u kojima se tužbeni zahtjev ne odnosi na tražbinu u novcu, dakle kada nije kondemnatorni novčani tužbeni zahtjev, a tužitelj je u tužbi naveo da pristaje umjesto udovoljenja postavljenom zahtjevu primiti određeni novčani iznos koji ne prelazi svotu od 10.000,00 kn⁹ (40/1.), (458/2.), (50.000,00 kn u postupku pred trgovačkim sudovima – 502/3.). Riječ, je zapravo, o slučaju u kojemu je tužitelj uz svoj nenovčani tužbeni zahtjev, koji mora biti kondemnatorni (*arg. ex* 40/1.,¹⁰ 327.¹¹), istaknuo tzv. procesno novčano alternativno ovlaštenje – 327.) i time stvorio posebnu osnovu za takvo utvrđivanje vrijednosti predmeta spora (40/1.).
- (3) sporovi u kojima predmet tužbenog zahtjeva nije novčana svota, već predaja pokretne stvari čija vrijednost, koju je tužitelj u tužbi naveo, ne prelazi svotu od 10.000,00 kn¹² (40/2.), (458/3.), (50.000,00 kn u postupku pred trgovačkim sudovima – 502/3.).

Kad su u pitanju sporovi radi predaje pokretnine, o dispoziciji bi tužitelja, zapravo, ovisilo hoće li sporu koji je pokrenuo pridati značenje spora male vrijednosti tako što će uz kondemnatorni zahtjev istaknuti procesno alternativno ovlaštenje (40/1., 327., 458/2.) ili tako što neće istaknuti to ovlaštenje, ali će izravno odrediti vrijednost predmeta spora (40/2.). Sud bi, međutim, neovisno o tomu kako je tužitelj naznačio vrijednost predmeta spora mogao samoinicijativno ili u povodu prigovora tuženika, ako ocijeni da je tužitelj vrijednost predmeta spora očito suviše visoko ili suviše nisko naznačio, tako da se postavlja, između ostaloga, pitanje vrste postupka, najkasnije na pripremnom ročištu, ili ako ono nije održano, onda na prvom ročištu za glavnu raspravu prije nego što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, brzo i na prikladan način provjeriti točnost naznačene vrijednosti te rješenjem protiv kojega nije dopuštena posebna žalba odrediti vrijednost predmeta spora, pa spor koji je tužitelj označio kao spor male vrijednosti pretvoriti u spor u povodu kojega treba provesti redovni postupak i obrnuto (*arg. ex* 40/3.).

Sporovi male vrijednosti, prema navedenim pozitivnim kriterijima, bili bi sporovi u kojima su istaknuti kondemnatorni tužbeni zahtjevi (*arg. ex* 326., 461.m) određene vrste i vrijednosti predmeta spora.

Negativni kriteriji za određivanje pojma sporova male vrijednosti utvrđeni su odredbom članka 459. ZPP. Tom su odredbom, naime utvrđeni sporovi koji se nikada ne smatraju sporovima male vrijednosti, iako bi prema nekom od pozitivnih kriterija za određivanje toga pojma (458.) to mogli biti. Pored tih

⁹ Prije novele 2008. taj je iznos bio 5.000,00 kn.

¹⁰ Prema odredbi članka 40. stavka 1. ZPP, ako se tužbeni zahtjev ne odnosi na novčanu svotu, ali tužitelj u tužbi naveo da pristaje umjesto udovoljenja tom zahtjevu primiti određenu novčanu svotu, kao vrijednost predmeta spora uzet će se ta svota.

¹¹ Prema odredbi članka 327. ZPP, ako je tužitelj u tužbi tražio da se tuženiku naloži ispunjenje neke činidbe, a istodobno je u tužbi ili do zaključenja glavne rasprave izjavio da je voljan umjesto te činidbe primiti neku drugu, sud će ako prihvati tužbeni zahtjev, izreći u presudi da se tuženik može osloboditi činidbe čije mu je ispunjenje naloženo ako ispuni tu drugu činidbu.

¹² Prije Novele 2008. taj je iznos bio 5.000,00 kn.

sporova posebnim je propisima izrijekom predviđeno da se sporovima male vrijednosti nikada ne smatraju i neki drugi sporovi.

Sporovima se male vrijednosti, dakle po kauzalnom kriteriju bez obzira na vrijednost predmeta spora ne smatraju:

- (1) sporovi o nekretninama, zapravo sporovi u kojima je istaknut kondemnatorni tužbeni zahtjev čiji je posredni predmet spora nekretnina (*arg. ex*: 40/1., 2., 448.). Sporovi o nekretninama mogu biti stvarnopravnog (npr. sporovi o vlasništvu, o stvarnim i osobnim služnostima itd. na nekretnini) ili obveznopravnog karaktera (npr. sporovi iz najamnih i zakupnih odnosa koji bi se ticali nekretnine s obzirom na koju su zasnovani; tu ne bi spadali sporovi za isplatu najamnine ili zakupnine). Sporovi o nekretninama, da nisu izrijekom isključeni, mogli bi biti sporovima male vrijednosti – u slučaju u kojem bi uz kondemnatorni tužbeni zahtjev koji se tiče nekretnine bilo istaknuto, tzv. procesno alternativno ovlaštenje (40/1., 327.) na isplatu odgovarajućeg iznosa novca (458/2.);
- (2) sporovi iz radnih odnosa koje je pokrenuo radnik protiv odluke o prestanku ugovora o radu. Sporovi radi isplate plaće i drugih novčanih tražbina na temelju ugovora o radu mogli bi, *a contrario*, imati značenje spora male vrijednosti;
- (3) sporovi zbog smetanja posjeda (438.-445.). Ti bi sporovi, da nisu izrijekom isključeni, mogli inače biti sporovi male vrijednosti prema kriterijima za pozitivno određenje tih sporova iz članka 458. stavka 2. i 3. ZPP, dakle kada bi uz kondemnatorni posesorni bilo istaknuto, tzv. procesno fakultativno ovlaštenje (458/2.), odnosno kada bi se kondemnatorni posesorni zahtjev ticao predaje pokretne stvari, a tužitelj bi kao vrijednost predmeta spora naznačio iznos po kojem bi taj spor trebao biti spor male vrijednosti (458/3.).

Sporovi o uzdržavanju se nikada ne smatraju sporovima male vrijednosti (304. ObZ).

Mogućnost kumuliranja tužbenog zahtjeva male vrijednosti i zahtjeva koji se ne bi smatrali takvima prosuđivala bi se po općim pravilima o pretpostavkama za objektivnu kumulaciju tužbenih zahtjeva. To znači da bi takva kumulacija bila dopuštena ako bi zahtjevi bili povezani istom činjeničnom i pravnom osnovom. Ako ne bi bili povezani, ona ne bi bila dopuštena ako za zahtjeve, koji bi se htjeli kumulirati ne bi bila određena ista vrsta postupka (*arg. ex* 188/1.).

O sporovima male vrijednosti moglo bi se odlučivati po pravilima koje druge, npr. redovne procedure ili po pravilima o postupku pred trgovačkim sudovima, u slučajevima u kojima bi bili ispunjeni uvjeti za atrakciju procedure (34.b, 188/1.). Tako, npr. ako bi uslijed atrakcije nadležnosti za odlučivanje o sporu male vrijednosti postao stvarno nadležan trgovački sud (34.b.5., 34.b.10), tada bi se o tom sporu odlučivalo (ako ne bi bilo mjesta atrakciji koje druge procedure) po pravilima za rješavanje sporova male vrijednosti pred trgovačkim sudovima. Također, u slučaju u kojemu bi bili ispunjeni uvjeti za kumulaciju tužbenih zahtjeva, zato što bi se oni temeljili na istoj činjeničnoj i pravnoj osnovi, vrijednost bi se predmeta spora utvrđivala prema zbroju vrijednosti

pojedinih zahtjeva (37/1.). U tom slučaju moglo dogoditi da se o više kumuliranih tužbenih zahtjeva male vrijednosti odlučuje po pravilima o redovnoj ili nekog drugoj osnovnoj proceduri.

Postupak u sporovima male vrijednosti provodi se i u povodu prigovora protiv platnog naloga ako vrijednost osporenog dijela platnog naloga ne prelazi svotu od 10.000,00 kn¹³ (460.). Citiranom odredbom izrijeком je riješeno pitanje procedure po kojoj će se postupati nakon što bude podnesen prigovor protiv platnoga naloga izdan u novčanom sporu male vrijednosti. Iako to nije izrijeком propisano, treba, *argumento a cohaerentia, a completudine*, uzeti da će se taj postupak provoditi i pred trgovačkim sudovima nakon što protiv platnoga naloga izdanog u sporu, čija je vrijednost predmeta spora ispod 50.000,00 kn bude podnesen prigovor (*arg. ex* 460., 488., 502.).

Nakon podnošenja prigovora protiv platnog naloga postupak se provodi po pravilima koja su općenito predviđena za postupak nakon podnošenja toga prigovora (450.-456.), ali i uz primjenu pravila o postupku u sporovima male vrijednosti, s time da posebna pravila o postupku u povodu prigovora protiv platnoga naloga imaju funkcionalnu prednost.

4. Nadležnost i sastav suda

4.1. Nadležnost

Za određivanje interne jurisdikcije i međunarodne nadležnosti hrvatskih sudova u sporovima male vrijednosti vrijedila bi opća pravila.

Postupak u sporovima male vrijednosti provodi se pred nižim sudovima prvog stupnja, ako ZPP-om nije drugačije određeno (461.). Ova odredba vuče svoje podrijetlo iz vremena kad je stvarna nadležnost prema vrijednosnom kriteriju bila podijeljena između viših i nižih prvostupanijskih sudova određene vrste, npr. između općinskih i okružnih (danas županijskih) sudova te okružnih privrednih (danas trgovačkih) i viših privrednih (danas Visokog trgovačkog suda) sudova. Budući da u Republici Hrvatskoj stvarna nadležnost prvostupanijskih sudova nije raspodijeljena prema vrijednosnom kriteriju, za sporove male vrijednosti mogu biti stvarno nadležni samo općinski i trgovački sudovi kao prvostupanijski sudovi (*arg. ex* 34., 34.b).

Značenje odredbe po kojoj se postupak u sporovima male vrijednosti u pravilu provodi pred nižim sudovima prvog stupnja bilo bi i u tomu što se prema njoj postupak pred višim sudovima prvoga stupnja ne bi provodio po pravilima o postupku u sporovima male vrijednosti čak i kad bi oni bili stvarno nadležni za te sporove. Ti bi sudovi te sporove rješavali po pravilima o redovnom parničnom postupku ili standardnom postupku pred trgovačkim sudovima.

Mjesna bi se nadležnost u sporovima male vrijednosti utvrđivala po općim pravilima.

¹³ Prije novele 2008. taj je iznos bio 5.000,00 kn.

4.2. *Sastav suda*

U postupku u sporovima male vrijednosti sudi uvijek sudac pojedinac.

S obzirom na vrijednosno određenje sporova male vrijednosti u svim bi tim sporovima prvostupanjski postupak mogao voditi sudski savjetnik (*arg. ex* 13. ZPP). On je ovlašten objaviti i uručiti presudu zbog ogluhe (461.g/8.), ali i druge odluke u čijem je donošenju sudjelovao (120. ZS).¹⁴

U sporovima male vrijednosti o žalbi odlučuje sudac pojedinac drugostupanjskog suda (467/6.).

Za odlučivanje o reviziji u sporovima male vrijednosti vrijede opća pravila (44/3., 4.).

5. *Prethodni postupak*

5.1. *Uvod*

Prvostupanjski je postupak u sporovima male vrijednosti radikalno izmijenjen Novelom 2008. uvođenjem, tzv. prethodnog postupka te pomicanjem unaprijed granice do koje se tijekom prvostupanjskog postupka mogu iznositi nove činjenice i predlagati novi dokazi, ali i određivati predmet spora i raspravljanja. Te su intervencije uglavnom izvršene novim odredbama članaka 461.a do 461.m, ali i izmjenom niza drugih odredaba.

Kao što je već rečeno, nakon Novele 2008. u postupku u sporovima male vrijednosti provodi se tzv. **prethodni postupak** uz odgovarajuću primjenu glave dvadesete ZPP-a o pripremanju glavne rasprave, ako odredbama glave tridesete toga zakona nije drukčije određeno (nov. 457/2.). Ključna izmjena koja je time učinjena u organizaciji prvostupanjskog postupka očituje se u obvezatnosti održavanja pripremnog ročišta (v. *infra ad* 5.9.), svakako, ako ne budu ispunjeni uvjeti za održavanje ročišta na kojemu će se objaviti i, eventualno, strankama uručiti presuda zbog ogluhe (461.g/3., v. *infra ad* 5.8.).

5.2. *Ograničenje iznošenja novota*

U postupku u sporovima male vrijednosti stranke su dužne iznijeti činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve i predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, najkasnije do zaključenja prethodnog postupka (461.k/1., v. *infra ad* 5.12.), (461.a). Time se radikalno odstupilo od općeg pravila da se tijekom prvostupanjskog postupka novote mogu iznositi do zaključenja glavne rasprave (299.).

Posljedice su takva ograničenja mogućnosti iznošenja novota tijekom prvostupanjskog postupka višestruke. Zbog pomicanja unaprijed momenta do kojeg se tijekom prvostupanjskog postupka u tim sporovima mogu iznositi novote, bilo je potrebno do tog momenta ograničiti i mogućnost podnošenja protutužbe (461.c/1.),

¹⁴ ZS: Zakon o sudovima (NN 150/05., 16/07.).

naknadne objektivne (461.c/2.) i subjektivne preinake tužbe (461.c/3.) (v. *infra ad* 5.4.) te isticanja prigovora radi prebijanja prigovora zastare (461.h/2., v. *infra ad* 5.11.). Zbog tog je pomicanja trebalo drukčije riješiti i pitanje momenta do kojega treba najkasnije dospjeti tražbina kad se traži osuda na promptno ispunjenje dužne činidbe nakon isteka paricijskog roka. U postupku u sporovima male vrijednosti takva je kondemnacija moguća samo ako je obveza dospjela do zaključenja prethodnog postupka (461.m, v. *infra ad* 6.2.), dakle ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (326/1.).

Ograničenje mogućnosti iznošenja novota u postupku u sporovima male vrijednosti na moment zaključenja prethodnog postupka zahtijeva i redefiniranje stava koje će se zauzeti u pogledu momenta na koji će se odnositi pravomoćnost presude (v. *infra ad* 10.) i s time povezano u pogledu momenta do kojeg bi nastale činjenice mogle biti osnovom za traženje ponavljanje postupka (v. *infra ad* 11.).

Zbog važnosti ograničenja mogućnosti iznošenja novota sud je stranke na to dužan upozoriti, već u pozivu za pripremno ročište (461.g), ali i inače tijekom postupka (461.e).

O mogućnosti ponovnog iznošenja novota u postupku nakon ukidanja pobijane odluke i vraćanja predmeta na ponovno suđenje v. *infra ad* 8.5.

Ograničenje iznošenja novota trebalo bi doslovno primjenjivati u smislu da sud ne bi smio nakon zaključenja prethodnog postupka uzimati u obzir tvrdnje o činjenicama koje su navodno nastale do toga momenta ako ne bi bile iznijete do toga momenta. *A fortiori*, sud ne bi smio uzimati u obzir ni činjenice za koje bi se tvrdilo da su nastale nakon zaključenja prethodnoga postupka. Naime, ako je predmet spora utvrđen i njegovom činjeničnom osnovom koja je i vremenski determinirana (186/1., 461.a), uzimanje u obzir i činjenica koje su izvan tih vremenskih okvira značilo bi suditi o zahtjevu koji nije predmet spora (vremensko prekoračenje tužbenog zahtjeva).

Kad su dokazi u pitanju, oni se moraju ticati samo činjenica koje su nastale do zaključenja prethodnoga postupka i mogu biti uzeti u obzir samo ako su predloženi do tog momenta.

Određeni problem u praksi može predstavljati predlaganje vještačenja s obzirom na to da osoba vještaka ne mora biti individualizirana u prijedlogu stranaka niti bi sud takvim prijedlogom trebao biti vezan (*arg. ex* 251.). Čini se da bi taj problem trebalo prevladati zauzimanjem gledišta da bi, ako bi stranke izvođenje tog dokaza predložile do zaključenja prethodnog postupka, bio zadovoljen zahtjev da dokazi trebaju biti predloženi najkasnije do tog momenta. Nakon toga sud bi odlučivao o imenovanju vještaka te eventualno o njihovoj zamjeni, ponavljanju vještačenja (261.), itd.

Premda bi se novoprihvaćeno rješenje o ograničenju mogućnosti iznošenja novota moglo, u usporedbi s onim koje vrijedi za redovni postupak i s onim koje je vrijedilo i za postupak u sporovima male vrijednosti do Novele 2008., smatrati prekrutim, postoje ozbiljni razlozi zbog kojih bi se na njemu trebalo doslovno inzistirati. Riječ je o svjesno preuzetom riziku. Prihvaćanjem novoga rješenja trebala bi se izmijeniti psihologija stranaka i sudaca, zapravo bi trebalo navesti

(prisiliti) stranke da već tijekom prethodnog postupka iznesu sve bitne činjenice i predlože sve važne dokaze kako bi se glavna rasprava mogla ograničiti samo na izvođenje, već predloženih dokaza radi utvrđivanja, već iznijetih činjenica te na raspravljanje o rezultatima tako provedenog postupka. Ograničenje mogućnosti iznošenja novota trebalo bi pridonijeti povećanju koncentracije u prikupljanju procesnog materijala i općoj ekspeditivnosti i efikasnosti prvostupanjskog postupka. Stranke bi novote koje bez svoje krivnje ne uspiju iznijeti do zaključenja prethodnog postupka mogle u krajnjoj liniji iznijeti u prijedlogu za ponavljanje postupka. U pripremi Novele 2008. svjesno je otklonjeno zakonodavno rješenje po kojemu bi strankama trebalo dopustiti da i nakon zaključenja prethodnog postupka iznose novote do zaključenja glavne rasprave uz uvjet da to nisu učinile bez svoje krivnje jer bi se njegovim prihvaćanjem, s jedne strane, otvorila mogućnost da se u okviru stadija glavne rasprave provode posebni incidentalni postupci radi utvrđivanja te krivnje. To bi svakako dovodilo do nepotrebnog odugovlačenja i usporavanja postupka pa i šikanoznog ponašanja stranaka. S druge strane, kako to iskustvo s nekim drugim rješenjima pokazuje, stvorili bi se uvjeti da se u praksi standard krivnje tako elastično i permisivno tumači da bi na kraju to ograničenje izgubilo svaki smisao.

Rizike povezane s ograničenjem mogućnosti iznošenja novota trebalo je poduzeti već i zbog male vrijednosti sporova o kojima se odlučuje u bagatelnom postupku, što i inače opravdava njegovu sumarnost i ograničenost kognicije. Tomu u prilog govori i okolnost da se kod tih sporova uglavnom radi o sporovima zbog neplaćenih komunalnih usluga, isporučenih energenata, telefonskih računa i sl., sporovi u kojima su tužbeni zahtjevi, kako to iskustvo pokazuje, gotovo redovito utemeljeni.

Ograničenje mogućnosti iznošenja novota će možda, ali ipak ne u pretjeranoj mjeri, navoditi stranke da eventualno, “za svaki slučaj”, “zlu ne trebalo” mnogo potpunije pa i preširoko činjenično i, osobito, dokazno supstanciraju svoje zahtjeve. Riječ je, ipak, o riziku zanemariva značenja u usporedbi s onim što bi se postiglo ako se uspije s nastojanjem da se radikalno unaprijede koncentracija u prikupljanju procesnog materijala i efikasnost u postupanju. Uostalom i Novelom 2003. provedeno isključenje mogućnosti iznošenja novih činjenica i novih dokaza u žalbi (352/1.) nije izazvalo bitnih problema u praksi niti je dovelo do znatnijeg povećanja broja prijedloga za ponavljanje postupka zbog novota.

Sud bi tijekom glavne rasprave smio *ex officio* utvrđivati činjenice i izvoditi radi toga dokaze mimo ograničenja koja vrijede za stranke samo radi kontrole dopustivosti dispozicija stranaka (*arg. ex 3/3., 7/2.*).

5.3. Oglašavanje stvarno i mjesno nenadležnim

U postupku u sporovima male vrijednosti sud se može, po službenoj dužnosti ili u povodu prijedloga stranke, oglasiti stvarno i mjesno nenadležnim najkasnije do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari (461.b/1.). Ipak i u tom se postupku primjenjuju pravila o naknadnoj atrakciji (zasnivanju) stvarne

nadležnosti trgovačkih sudova u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad kojom od stranaka (34.b.5) (461.b/2.).

O upuštanju tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari u postupku u sporovima male vrijednosti (461.h/1.). v. *infra* 5.8.

5.4. Podnošenje protutužbe te objektivna i subjektivna preinaka tužbe

5.4.1. Podnošenje protutužbe

U postupku u sporovima male vrijednosti protutužba (189/1.) se može podnijeti do zaključenja prethodnog postupka (461.k) (4612.c/1.), a ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (189/1.). Protutužbu podnesenu nakon toga momenta trebalo bi odbaciti kao nedopuštenu. Budući da bi se radilo o propuštanju stadija postupka za poduzimanje neprekidne radnje, u načelu zbog toga propuštanja ne bi bilo mjesta traženju povrata u prijašnje stanje (*arg. ex* 117/1.).

5.4.2. Objektivna preinaka tužbe

U postupku u sporovima male vrijednosti tužitelj može objektivno preinačiti tužbu do zaključenja prethodnog postupka (461.k) (461.c/2.1.), a ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (190/1.). Ako je tužba preinačena na ročištu na kojem tuženik nije nazočan, sud neće odgoditi ročište, već će o preinaci odlučiti neovisno o tomu što se tuženik nije izjasnio o preinaci (190/2.) (461.c/2.2.), ipak treba uzeti u obzir uz uvjet da je tuženik bio uredno pozvan na ročište.¹⁵ Budući da protivljenje tuženika objektivnoj preinaci nema značenje apsolutnog veta, sud bi prigodom odlučivanja o preinaci trebao početi od toga kao da joj se tuženik usprotivio ne navodeći za to posebnih razloga. U nedostatku posebnih odredaba o tomu, treba uzeti da bi sud bio dužan odgoditi na zahtjev tuženika ročište na kojem je tužitelj objektivno preinačio tužbu da bi se mogao pripremiti za davanje odgovora na tako preinačenu tužbu (*arg. ex* 190/2.).

Ako tužitelj preinači tužbeni zahtjev tako da vrijednost predmeta spora prelazi svotu od 10.000,00 kn, postupak će se dovršiti prema odredbama o redovnom parničnom postupku (464/1.), dakle neće se nastaviti prema pravilima o postupku u sporovima male vrijednosti. Do preinake tužbe koja može uvjetovati promjenu vrijednosti predmeta spora može doći u svim slučajevima u kojima može doći do preinake tužbe, osim u slučaju preinake promjenom činjenične osnove. Dakle kako u slučaju u kojem je tužitelj umjesto prethodnoga zahtjeva istaknuo novi, tako i u slučajevima u kojima je povećao, već istaknuti

¹⁵ Zaključak o tomu da se u odredbi članka 461.c stavka 2. reč. 1. ZPP ima u vidu objektivna preinaka tužbe proizlazio bi iz okolnosti da se u odredbi članka 461.c stavka 1. reč. 2. ZPP upućuje na odredbu članka 190. stavka 2. ZPP koja se tiče objektivne preinake tužbe, ali i iz okolnosti da se u odredbi članka 461.c stavka 3. ZPP posebno govori o jednom od slučajeva subjektivne preinake tužbe predviđenim u članku 192. ZPP.

zahtjev ili uz taj zahtjev istaknuo novi (*arg. ex 191/1.*). Da bi došlo do promjene procedure, bit će potrebno da preinaka bude odobrena ako do nje dođe nakon dostave tužbe tuženiku (*arg. ex 190/2.*).

U slučajevima u kojima bi došlo do promjene procedure u pravilu neće biti potrebno ponavljati poduzete radnje osim u mjeri u kojoj bi se zbog reduciranoga sadržaja zapisnika u postupku u sporovima male vrijednosti moglo postaviti pitanje sadržaja obrazloženja presude i njegove podudarnosti sa sadržajem zapisnika (*arg. ex 354/2.11.*). Međutim, budući da se i presuda u sporovima male vrijednosti može pobijati zbog nepodudarnosti između sadržaja obrazloženja presude i sadržaja zapisnika (*arg. ex 467/1.*), teško je zamisliti slučaj u kojem bi se u redovnom postupku tome pitanju moglo pristupiti drukčije nego u sporovima male vrijednosti.

U postupku pred trgovačkim sudovima bit će relevantna preinaka koja će dovesti do povećanja vrijednosti predmeta spora iznad 50.000,00 kn (502/1.).

Ako tužitelj do zaključenja glavne rasprave, koja se vodi prema odredbama o redovnom postupku, smanji tužbeni zahtjev tako da više ne prelazi svotu od 10.000,00 kn, daljnji se postupak provodi prema odredbama o postupku u sporovima male vrijednosti (464/2.). U postupku pred trgovačkim sudovima bit će relevantno smanjenje tužbenoga zahtjeva uslijed kojega će vrijednost predmeta spora pasti ispod 50.000,00 kuna (*arg. ex 502/1.*).

Premda to nije izričekom predviđeno, trebalo bi iz razloga pravne sigurnosti deklaratornom odlukom konstatirati da su ispunjeni uvjeti za nastavak postupka po pravilima o drukčijoj proceduri.

5.4.3. *Subjektivna preinaka tužbe*

U postupku u sporovima male vrijednosti tužitelj može sve do zaključenja prethodnog postupka (461.k), a ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (192/1.), svoju tužbu preinačiti i tako da umjesto prvobitnog tuženika tuži drugu osobu (461.c/3.).

Iako to nije izričekom predviđeno, treba uzeti da se u sporovima male vrijednosti samo do zaključenja prethodnog postupka tužba može subjektivno preinačiti i tako što će (1) umjesto prvobitnog tužitelja u postupak stupiti novi (192/3.), (2) uz prvobitnog tužitelja postupku pristupiti novi tužitelj (196/2.) te tako što će se (3) tužba proširiti na novog tuženika (196/2.) (*arg. a cohaerentia, a completudine ex 461.c/3.*) (v. i *infra ad 5.10.*).

5.5. *Imenovanje prethodnika*

U postupku u sporovima male vrijednosti tuženik može imenovati prethodnika (210/1.) do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari (461.h; v. *infra ad 5.8.*) (461.d.).

5.6. Načelo otvorenog pravosuđenja

Ograničenje mogućnosti iznošenja novota u postupku u sporovima male vrijednosti utjecalo je i na vremensko ograničenje dužnosti suda postupati prema zahtjevima što ih postavlja načelo otvorenog pravosuđenja.

U postupku u sporovima male vrijednosti sud može do zaključenja prethodnoga postupka, kad ocijeni da je to svrhovito za pravilno rješenje spora, upozoriti stranke na njihovu dužnost iznositi činjenice i predlagati dokaze na kojima temelje svoje zahtjeve ili kojima pobijaju navode i dokaze protivnika (219/2.) (461.e). U redovnom postupku sud može tijekom (prvostupanjskog) postupka upozoravati stranke da mogu iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze do zaključenja glavne rasprave (219/2., 299/2.).

U postupku u sporovima male vrijednosti sudac je pojedinac dužan postavljanjem pitanja i na drugi svrsishodan način nastojati da se tijekom pripremnog ročišta, (a ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku – 298.) iznesu sve odlučne činjenice, dopune nepotpuni navodi stranaka o važnim činjenicama, označe ili dopune dokazna sredstva koja se odnose na navode stranaka i, uopće, da se dadu sva razjašnjenja potrebna za utvrđenje činjeničnog stanja bitnog za odluku. U mjeri, u kojoj je to potrebno radi ostvarivanja toga cilja, sud će sa strankama razmotriti i pravna pitanja spora (461.i).

5.7. Prethodno ispitivanje tužbe, slanje tužbe na odgovor i pozivanje na prvo ročište

U postupku u sporovima male vrijednosti vrijede opća pravila o tzv. prethodnom ispitivanju tužbe (277. – 283.).

U postupku u sporovima male vrijednosti sud redovito dostavlja tužbu tuženiku na odgovor, pozivajući ga da taj odgovor da u određenom roku.

Sud je, međutim, zajedno s pozivom upućenim tuženiku za davanje odgovora na tužbu dužan pozvati tuženika, ali, posebnim pozivom, i tužitelja na ročište koje će se održati neovisno o tomu hoće li tuženik pravodobno podnijeti odgovor na tužbu (286.) ili neće. U tom pozivu, osim što treba pozvati tuženika da već u odgovoru na tužbu iznese sve bitne činjenice i predloži sve važne dokaze, sud je dužan upozoriti obje stranke da:

- (1) nakon zaključenja prethodnog postupka ne mogu iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze (461.g/1.). (461.g/2.2.; 465/4.);
- (2) će se, ako tuženik podnese odgovor na tužbu, zakazano ročište održati te da će se na tom ročištu, ako za to budu ispunjeni uvjeti, zaključiti prethodni postupak i provesti glavna rasprava (461.g/6.1.);
- (3) će, ako tuženik ne podnese pravodobno odgovor na tužbu, na tom ročištu donijeti i objaviti presudu zbog ogluhe (čl. 331.b) čiji će se pisani otpravak dostaviti (uručiti) izravno strankama (461.g/2.1.; 461.g/2.2.), odnosno kako će im se ta presuda dostaviti ako izostanu s ročišta (461.g/4.) (461.g/6.2.);
- (4) će se smatrati da je tužitelj povukao tužbu ako ne dođe na prvo ročište (465/3.);

- (5) se u postupku u sporovima male vrijednosti ne primjenjuju odredbe o mirovanju postupka te
- (6) se odluka može pobijati samo zbog (apsolutno) bitnih povreda odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava (465/3.).

5.8. Ročište za objavu i dostavu presude zbog ogluhe

Na ročištu koje je dužan održati sud i ako tuženik ne da odgovor na tužbu (461.g/2.) sud je dužan objaviti presudu zbog ogluhe čak i ako jedna ili obje stranke izostanu (461.g/3.1.). Na tom ročištu strankama se uručuje i pismeni otpравak presude (461.g/3.2.). Ako se to ne¹⁶ bude moglo učiniti, sud je dužan na tom ročištu odrediti novo ročište za uručenje presude (461.g/3.3.), o kojemu se stranke posebno ne obavještavaju (461.g/3.4.). One su dužne same pribaviti obavijesti o tomu što se dogodilo na ročištu s kojega su izostale pa i podatak o tomu je li i za kada zakazano to ročište. Stranci izostaloj s ročišta za uručenje presude, presuda se dostavlja stavljanjem na oglasnu ploču suda (461.g/3.5.). Sud smije postupiti na navedeni način samo ako su stranke bile uredno pozvane na navedeno ročište. Smatra se da je dostava obavljena istekom osmog dana od dana stavljanja presude na oglasnu ploču suda (461.g/5.).

Ako s ročišta za uručenje presude izostane stranka koju, kao opunomoćenik zastupa odvjetnik, kojemu se dostava obavlja preko pretinca u sudu u¹⁷ kojem treba uručiti presudu (134.b/2.), dostava se obavlja po pravilima o dostavi preko pretinaca u sudu (134.b) (461.g/4.).

Na ročištu za objavu i uručenje presude zbog ogluhe (461.g/2.) presudu može objaviti i strankama uručiti i sudski savjetnik (461.g/8.).

5.9. Pripremno ročište

U postupku u sporovima male vrijednosti sud je dužan tijekom pripremanja glavne rasprave uvijek zakazati pripremno ročište, u skladu s općim odredbama o zakazivanju i vođenju toga ročišta (285. – 292.; 461.f/1.). Uz uvjet da nisu ispunjene pretpostavke za donošenje presude zbog ogluhe, u kojem će slučaju zakazano ročište održati kao ročište za objavu i (eventualno) uručenje presude te presude (v. *supra ad* 5.8.). Na tom ročištu sud može donositi sve odluke koje može donijeti i na glavnoj raspravi (461.f/2.). To znači da bi sud na tom ročištu bio ovlašten, pored odluka koje je ovlašten donijeti tijekom pripremanja glavne rasprave (277/3., 278. – 282., 285/5., 288/2., 289/1., 290., 293.), nakon prethodnog ispitivanja tužbe (280. – 282.), nakon dobivanja odgovora na tužbu (285/5.),

¹⁶ U članku 461.g stavku 3. reč. 3. ZPP između riječi “to” i “bude” izostavljena je riječ “ne”. Dakle, posebno ročište za uručenje presude se određuje samo ako presuda zbog ogluhe neće biti izrađena u pisanom obliku da bi se mogla uručiti na ročištu na kojem je objavljena.

¹⁷ U članku 461.g stavku 4. ZPP iza riječi “sudu” izostavljena je riječ “u”. Dakle, odvjetniku koji izostane s ročišta presuda zbog ogluhe se dostavlja preko pretinca samo ako ima taj pretinac u sudu koji je donio tu presudu.

na pripremnom ročištu u redovnom postupku (288/2., 289/1., 290.), donijeti i odluke o izvođenju dokaza (300.), odluke koje je ovlašten donijeti u povodu utvrđenja o postojanju ili nepostojanju procesnih pretpostavaka (301.), odluke o isključenju javnosti s glavne rasprave (307. – 309.), odluke o rukovođenju raspravom (311/2.), odluke koje je ovlašten donijeti izvan ročišta za glavnu raspravu (312.), odluke o spajanju i razdvajanju parnica (313.), odluke o odgodi ročišta i pribavljanju dokaza (314.) te odluke o kažnjavanju (318.).

Ako odluči da prethodno ne dostavi tužbu na odgovor (284/2.), sud je dužan izravno zakazati pripremno ročište (461.g/7.), dostavljajući stranci tužbu s prilogima zajedno s pozivom na ročište (*arg. ex* 284/2.). Na tako određenom pripremnom ročištu sud može donijeti presudu zbog izostanka ako za to budu ispunjene propisane pretpostavke (332.).

Ako ocijeni da je to potrebno, sud može odgoditi pripremno ročište (461.j/1.). U rješenju o odgodi toga ročišta sud je dužan odmah zakazati novo pripremno ročište (461.j/2.). Pripremno se ročište može odgoditi samo jednom (461.j/3.). Dužnost da se već prigodom odgode prvog pripremnog ročišta odmah zakaže drugo treba pridonijeti koncentraciji u postupanju i jačanju postupovne discipline te spriječiti (odnosno umanjiti) mogućnost evazije dostave poziva. Ako s pripremnog ročišta izostane neka od stranaka, a ne budu ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog izostanka (v. *supra*) ili za primjenu predmnjeve o povlačenju tužbe, sud bi izostalu stranku bio dužan pozvati po općim pravilima, a ne po pravilima koja vrijede za odgodu ročišta i zakazivanje novog ročišta za uručenje presude zbog ogluhe (v. *supra ad* 5.8.). Treba očekivati da će se prigodom neke od narednih novela Zakona i u postupku u sporovima male vrijednosti, eventualno općim prihvaćanjem toga rješenja, uvesti uređenje obavještavanja stranaka o odgodi i zakazivanju ročišta koje je mjerodavno u alimentacijskim sporovima u kojima je tužitelj maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, po kojem je sud tijekom prvostupanjskog postupka dužan strankama dostaviti samo poziv za prvo ročište, nakon čega su stranke same dužne pribavljati obavijesti o novim ročištima, zaključeno s ročištem za objavu i uručenje presude (305.c ObZ).

Upuštanjem tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari na prvom ročištu s kojega je tužitelj izostao sprječava se primjena predmnjeve o povlačenju tužbe u sporu male vrijednosti (*arg. ex* 465/1.) (v. *infra ad* 5.13.).

O zaključenju prethodnog postupka na pripremnom ročištu te o pretvaranju toga ročišta u ročište za glavnu raspravu *infra ad* 7.

5.10. Upuštanje tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari

U postupku u sporovima male vrijednosti u slučajevima za koje predviđeno da stranka može staviti određeni prigovor, ili prijedlog, ili poduzeti kakvu drugu parničnu radnju, dok se tuženik ne upusti u raspravljanje o glavnoj stvari, takav prigovor, odnosno prijedlog stranka može staviti, odnosno poduzeti drugu parničnu radnju, dok tuženik na pripremnom ročištu ne završi svoj odgovor na tužbu (461.h/1.). Po tome se rješenje prihvaćeno za postupak u sporovima male vrijednosti

razlikuje od redovnog postupka u kojemu se odgovarajuća radnja može poduzeti do zaključenja pripremnog ročišta, a ako ono nije održano dok tuženik ne završi svoj odgovor na tužbu na prvom ročištu za glavnu raspravu (*arg. ex* 297/5.).

Do upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari tuženik može istaknuti prigovor stvarne (17/2., 4., 461.b/1.) i mjesne nenadležnosti i (20., 453/2., 461.b/1.), zatražiti osiguranje parničnih troškova (82/2. ZRSZ) te imenovati prethodnika (210/1.).

Tužitelj može do upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari subjektivno preinačiti tužbu bez pristanka prvobitnog tuženika (192/2.,3., 196/3.) povući tužbu bez pristanka tuženika (193/1., 456/2.).

5.11. Isticanje prigovora radi prebijanja i materijalnopравnih prigovora

U postupku u sporovima male vrijednosti prigovor radi prebijanja (333/3.) i prigovor zastare mogu iznijeti najkasnije na pripremnom ročištu do donošenja rješenja o zaključenju prethodnoga postupka (461.h/2.1.), a ne do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (*arg. ex* 352/2.). Treba uzeti da bi tuženik prigovor građanskopravne kompenzacije mogao istaknuti i nakon zaključenja prethodnog postupka, ali ga ne bi mogao dopunski činjenično i dokazno supstancirati (*arg. ex* 461.a), što bi bitno dovodilo u pitanje njegov mogući uspjeh.

Drugi materijalnopравni prigovori mogu se isticati i nakon toga, ali se radi njihova opravdanja ne mogu iznositi nove činjenice niti se mogu predlagati novi dokazi (461.h/2.2.). Treba uzeti u obzir da bi i u postupku u sporovima male vrijednosti vrijedilo pravilo o redovnom postupku po kojemu se drugi materijalnopравni prigovori, na koje sud ne pazi po službenoj dužnosti, ne mogu iznijeti tek u žalbi (352/2., 457.).

5.12. Zaključenje prethodnog postupka

U postupku u sporovima male vrijednosti, po okončanju pripremnog ročišta, sud je dužan rješenjem zaključiti prethodni postupak (461.k/1.).

Ako ocijeni da je to s obzirom na okolnosti slučaja moguće, sud može, već na pripremnom ročištu zaključiti prethodni postupak i na istom ročištu održati glavnu raspravu (294.-320.) (461.k/2.), na što je inače dužan upozoriti stranke, već u pozivu za pripremno ročište (461.g/6., v. *supra ad* 5.7.).

Za zakazivanje ročišta za glavnu raspravu u sporovima male vrijednosti vrijedila bi opća pravila (293.).

6. Glavna rasprava i prvostupanjska odluka

6.1. Općenito

U postupku u sporovima male vrijednosti sud je dužan zakazati ročište za glavnu raspravu u rješenju o zaključenju prethodnog postupka (članak 461.k) (461.l/1.). Osim ako nije odlučio već na pripremnom ročištu zaključiti prethodni postupak i na istom ročištu održati glavnu raspravu (461.k/2.).

Na to se ročište pozivaju stranke, svjedoci i vještaci koje je sud odlučio pozvati na glavnu raspravu (461.l/2.).

Odredbе o zakazivanju pripremnog ročišta, osobito odredba o roku koji treba proteći prije njegova održavanja (286.) na odgovarajući se način primjenjuju i pri zakazivanju ročišta za glavnu raspravu (461.l/3.).

Posebne odredbe o zapisniku u postupku u sporovima male vrijednosti utvrđene su odredbama članka 463. ZPP.

Glava (uvod) zapisnika u sporovima male vrijednosti sadržajno se podudara s glavom zapisnika po općim propisima (124/1., 463/1.). Razlika, međutim, postoji u sadržaju zapisnika. U zapisnik o ročištu u sporovima male vrijednosti treba najprije unijeti:

- (1) izjave stranaka od bitnog značenja, a osobito one kojima se, u cijelosti ili djelomično, priznaje tužbeni zahtjev (331.), ili se odriče od tužbenog zahtjeva (331.a), ili od žalbe (349.), ili se preinačava (190.-192.), ili povlači tužba (193.), (463/1.1.). Tu treba dodati i važnije prigovore tuženika, npr. prigovor apsolutne (16.) ili relativne nenadležnosti (17., 20.), prigovor dvostruke litispendingije (194.), postojanja sudske nagodbe (323.), presuđene stvari (333.), prigovor da je istekao rok za podnošenje tužbe (282.), nepostojanja legitimacije, pravnoga interesa (288.). U zapisnik treba registrirati i moguću prijavu intervencije (206.), imenovanja prethodnika (210.), obavještenja treće osobe o parnici (211.). Treba unijeti i činjenične navode i dokazne prijedloge stranaka (299.), ali i priznanje činjenica (221.), itd.;
- (2) bitni sadržaj izvedenih dokaza (463/1.2.). Takva konstatacija treba sadržavati podatke o izvedenim dokazima i bitni sadržaj pribavljenih informacija do kojih se došlo njihovim izvođenjem;
- (3) odluke protiv kojih je dopuštena žalba i koje su objavljene na glavnoj raspravi (463/1.3.), pri čemu, pored presude o glavnoj stvari (466.), to mogu biti rješenja protiv kojih je dopuštena samostalna žalba, ali i ona protiv kojih je dopuštena nesamostalna žalba (462.). Iako bi se, *a contrario*, iz te odredbe moglo zaključiti da u zapisnik ne bi trebalo unositi rješenja suda o upravljanju postupkom, dakle odluke protiv kojih žalba nije dopuštena i kojima sud nije vezan (278., 288., 298.-299., 311/5.), i njih će u pravilu biti potrebno unijeti kako bi sud, a osobito, i stranke mogle znati što je o određenim tekućim pitanjima postupka odlučeno i kako se trebaju ponašati;
- (4) jesu li stranke bile prisutne objavi presude i, ako su bile jesu li poučene uz koje uvjete mogu podnijeti žalbu (463/1.4.). Konstatacija o prisutnosti stranaka je bitna s obzirom na posebna pravila o dostavi presude stranci koja je prisustvovala njezinoj objavi te o pouci o pravnom lijeku (466.).

Budući da se i presuda u sporovima male vrijednosti može pobijati zbog toga što ima nedostatke zbog kojih se ne može ispitati, između ostaloga i stoga što postoji proturječnost između onoga što se u obrazloženju navodi o sadržaju isprava i zapisnika i samih tih isprava i zapisnika (354/2.11., 467/1.), pri unošenju određenih konstatacija u zapisnik trebalo bi i o tomu voditi računa. U

obrazloženju presude ne bi se smjelo tvrditi da se na ročištu nešto dogodilo, da je dana neka izjava itd., ako to ne bi bilo istodobno konstatirano i u zapisniku s toga ročišta.

6.2. *Prihvatanje kondemnatornog zahtjeva*

U postupku u sporovima male vrijednosti sud može naložiti tuženiku izvršenje određene činidbe (u paricijskom roku – 328.) samo ako je ona dospjela do zaključenja prethodnog postupka (4612.m), dakle ne i ako je dospjela nakon tog momenta pa do zaključenja glavne rasprave kao u redovnom postupku (326/1.). Izložena je specifičnost uvjetovana rješenjem po kojemu se tijekom prvostupanjskog postupka u sporovima male vrijednosti nove činjenice mogu iznositi samo do zaključenja prethodnog postupka (461.a, 461.k). Opravdanje takva rješenja treba tražiti u okolnosti da se nakon zaključenja prethodnog postupka više ne bi moglo činjenično i dokazno supstancirati eventualno naknadno dospjeće utužene tražbine.

Iznimke od pravila da sud može osuditi tuženika samo na ispunjenje dospjele činidbe (186.c, 326/2., 3.) primjenjuju se i u sporovima male vrijednosti (457.), s time da sud može prihvatiti takve zahtjeve samo uzimajući u obzir činjenice i dokaze koji su izneseni do zaključenja prethodnog postupka (461.a).

6.3. *Objava i dostava presude*

Specifičnosti presude u sporovima male vrijednosti tiču se tek njihove objave i dostave.

Presuda u postupku u sporovima male vrijednosti objavljuje se odmah nakon zaključenja glavne rasprave (466/1.). Pri objavi presude, sud je dužan poučiti prisutne stranke o uvjetima uz koje mogu podnijeti žalbu (467., v. *infra ad* 5.17.) (466/3.).

Pravilo da se presuda u postupku u sporovima male vrijednosti objavljuje odmah nakon zaključenja glavne rasprave nije ni nakon novela iz 2003. i 2008. izgubilo svoj specifični smisao (335., 466.). Naime, u tim sporovima sud ne bi smio odgoditi donošenje presude za petnaest dana od dana zaključenja glavne rasprave i u tom roku održati ročište na kojem bi objavio presudu (335/4.), već bi uvijek bio dužan presudu donijeti i javno objaviti nakon zaključenja glavne rasprave (*arg. ex* 335/3., 466/1.).¹⁸ U tom se smislu sporovi male vrijednosti ne bi smatrali složenijim predmetima. Izuzetak ne bi bila ni presuda zbog ogluhe (*arg. ex* 461.g/3.), u vezi s kojom se naknadno ročište može odrediti samo radi njezina uručjenja (461.g/3., v. *supra ad* 5.8.).

Novelom 2008. brisana je *per nefas* odredba stavka 2. čl. 466. ZPP o načinu dostave presude objavljene na ročištu. Naime, specifična pravila o dostavi presude zbog ogluhe (461.g/3.) ne odnose se i na druge presude, zbog čega se,

¹⁸ U tom smislu i VPSH: Pž-58/87 – PSP 36/167.

nakon te novele, na objavu i dostavu tih presuda primjenjuju pravila o dostavi presuda u redovnom postupku.

O dostavi presude zbog ogluhe v. *supra ad* 5.7.

6.3. Paricijski rok i rok za podnošenje prijedloga za donošenje dopunske presude

U postupku u sporovima male vrijednosti paricijski rok (328/2.) i rok za predlaganje donošenja dopunske presude (339/1.) iznose osam dana (467/5.).

7. Predmnjeva o povlačenju tužbe i mirovanje postupka

7.1. Predmnjeva o povlačenju tužbe

U slučaju u kojemu nisu ispunjene pretpostavke za donošenje i objavu te uručenje presude zbog ogluhe (v. *supra ad* 5.7.), ako tužitelj ne dođe na prvo ročište, a uredno je pozvan, smatrat će se da je povukao tužbu, osim ako se tuženik na tom ročištu ne upusti u raspravljanje (465/1.). Ako s kojeg kasnijeg ročišta izostanu obje stranke, sud će odgoditi ročište (465/2.1.). Ako ni na novo ročište ne dođu obje stranke, smatrat će se da je tužitelj povukao tužbu (465/2.2.). U pozivu za ročište treba, među ostalim, navesti da će se smatrati da je tužitelj povukao tužbu ako ne dođe na prvo ročište za glavnu raspravu (465/4.).

Predmnjeva o povlačenju tužbe je neoboriva i činjenica koja se presumira jest da je nastupila pravna posljedica povlačenja tužbe,¹⁹ a ne da je tužitelj dao izjavu da povlači tužbu s kojom bi se tuženik tek trebao suglasiti da bi došlo do te pravne posljedice (193.). Međutim, da bi se takva predmnjeva mogla izvesti, tužitelj mora biti uredno pozvan na ročište.²⁰ Tužba se smatra povučenom i kad je za tužitelja na prvo ročište pristupila osoba bez punomoći, koja ju nije u roku koji joj je za to određen, podnijela.²¹ S obzirom na prekluzivni učinak ovoga propuštanja, tužitelj bi mogao tražiti povrat u prijašnje stanje (117.-123.a).²² Povrat bi, međutim, mogao tražiti i tuženik koji bi, da nije izostao, predložio da se ročište održi u odsutnosti tužitelja i tako ishodio meritorno okončanje postupka.

Ako prisutni tuženik predloži da se ročište održi u odsutnosti tužitelja, ono će se održati i raspravljat će se samo s tuženikom (*arg. ex* 485/1.).

U slučaju nastupanja pravne posljedice povlačenja tužbe, tuženik bi imao pravo tražiti naknadu troškova postupka (158/1.).²³

U praksi su različito ocijenjeni nedostaci u pozivanju za glavnu raspravu u sporovima male vrijednosti. Prema jednom shvaćanju oni imaju značenje relativno bitne povrede odredaba parničnoga postupka, a ne apsolutno bitne povrede

¹⁹ U tom smislu, čini se, i VPSH: Pž-302/79 – PSP 16/300.

²⁰ VPSH: Pž-1051/80 – PSP 18/225.

²¹ PSH: Pž-2400/90 – PSP 48/132.

²² PSH: Pž-3531/90 – PSP 48/133.

²³ PSH: Pž-373/88 – PSP 43/153.

načela saslušanja stranaka (354/2.6. (prije Novele 2003: 354/2.7.)), pa se zbog te povrede odluka u sporu male vrijednosti ne može pobijati.²⁴ Prema drugom, pozivanje stranaka običnim, a ne posebnim pozivom ima za posljedicu da nisu uredno pozvane zbog čega im nije pružena mogućnost da raspravljaju pred sudom, pa stoga ta povreda ima značenje apsolutno bitne povrede načela saslušanja stranaka (354/2.6., prije Novele 2003.: 354/2.7.).²⁵ Čini se opravdanim gledište da nedostaci u pozivanju, zapravo u upozoravanju stranaka na posljedice nedolaska na ročište, ne mogu imati značenje apsolutno bitne povrede načela saslušanja stranaka (354/2.6.) jer je strankama time, što im je poziv upućen, omogućeno raspravljati pred sudom. Što se tiče pravnih posljedica propuštanja, stranke bi za njih i onako morale znati, čak i kad na to ne bi bile izrijeckom upozorene (*ignorantia iuris nocet*). Pozivanje stranaka običnim, umjesto posebnim pozivom moglo bi imati za posljedicu povredu načela saslušanja stranaka samo ako im zbog toga poziv ne bi bio uredno dostavljen. Ako bi im i obični poziv bio osobno dostavljen, trebalo bi uzeti da je time funkcija pozivanja obavljena, zbog čega raspravljanje bez tako pozvane stranke ne bi smjelo tretirati kao povredu načela saslušanja stranaka.

Dostava poziva za glavnu raspravu bez podnesenog prigovora protiv platnoga naloga ne smatra se urednom dostavom,²⁶ barem ne u smislu da je tužitelj upozoren na to da su ispunjene pretpostavke za provedbu parničnoga postupka pa i za nastupanje pravne posljedice povlačenja tužbe ako izostane s ročišta.

7.2. Mirovanje postupka

U postupku u sporovima male vrijednosti ne primjenjuju se odredbe Zakona o mirovanju postupka (216.-218.) (465/3.).

8. Žalba

8.1. Općenito

Specifičnosti žalbenoga postupka u sporovima male vrijednosti tiču se ograničenja mogućnosti pobijanja rješenja donesenih tijekom prvostupanjskog postupka, razloga i roka za žalbu protiv odluka te sastava u kojemu drugostupanjski sud odlučuje u povodu tog pravnog lijeka.

Protiv apelabilnih odluka u sporovima male vrijednosti stranke mogu podnijeti žalbu u roku od osam dana (467/3.). Taj bi rok vrijedio, i u mjeničnim, i čekovnim sporovima (*arg. ex* 348/1.). Rok za žalbu računa se od dana objave presude, odnosno rješenja. Ako je presuda, odnosno rješenje dostavljeno stranci, rok se računa od dana dostave (467/4.).

²⁴ Zaključak sjednice Građanskog odjela VPSH od 12.3.1977. – PSP 12/401.

²⁵ VPSH: Pž-2319/82 – PSP 23/534; VSH: Gzz-37/92 – IO 1993/276 – glede upozorenja da će se smatrati da je tužba povučena; ŽS BJ: Gž-191/03 – ING PSP 2003-8-100.

²⁶ PSH: Pž-1002/89 – PSP 46/197.

8.2. *Apelabilnost rješenja u sporovima male vrijednosti*

Posebna pravila o rješenjima koja se donose u sporovima male vrijednosti i o pravnim lijekovima protiv tih rješenja utvrđena su odredbama članka 462. ZPP, koja se nisu mijenjala novelama iz 2003. i 2008.

U postupku u sporovima male vrijednosti posebna je žalba dopuštena samo protiv rješenja kojim se završava postupak (462/1.). Time se odstupa od općega pravila, po kojem je taj pravni lijek uvijek dopušten, osim ako izrijekom nije predviđeno da žalba uopće nije dopuštena, odnosno da nije dopuštena posebna žalba (378/1. 2.).

Značenje meritornog rješenja kojim se postupak završava ima, npr. rješenje o troškovima postupka kad se njime odlučuje o njihovu konačnom snošenju (129/5., 167.) ili kad se njime odlučuje u okviru platnoga naloga (450/1.). Značenje procesnoga rješenja kojim se prvostupanjski postupak završava ima npr. rješenje o odbacivanju tužbe (16/2., 83/5., 109/4., 146/1., 186.a/6, 194/3., 282., 288/2., 323., 333.), rješenje kojim se konstatira da je tužba povučena (193.), te rješenje kojim se obustavlja postupak (215.b). Značenje rješenja, kojim se završava postupak u povodu pravnoga lijeka pred sudom prvoga stupanja ima npr. rješenje o odbacivanju žalbe (358.), revizija (389.) i prijedlog za ponavljanje postupka (425.), zatim rješenje kojim se konstatira odustanak od žalbe (349.), revizije (349., 399.) i ponavljanja postupka (425.). Žalba bi trebala biti dopuštena i protiv meritornoga manifestacijskoga rješenja u sporovima male vrijednosti iako to nije rješenje kojim se završava postupak (*arg. ex* 186.b, 457.).

Rješenja kojima se postupak ne završava, a protiv kojih je prema ZPP-u žalba inače dopuštena, bilo kao samostalna ili nesamostalna (378.), mogu se pobijati samo žalbom protiv odluke kojom se postupak završava (462/2.). Imala bi dakle značenje rješenja protiv kojih bi bila dopuštena, tzv. nesamostalna žalba (378.).

Rješenja protiv kojih je dopuštena samo, tzv. nesamostalna žalba (462/2.), ne dostavljaju se strankama, već se objavljuju na ročištu i unose u pisani sastav odluke (462/3.).

Rješenja koja se objavljuju na ročištu unose se u zapisnik o tom ročištu (463.3.).

8.3. *Razlozi za žalbu protiv presude i rješenja kojim se završava spor*

U sporovima male vrijednosti posebna (samostalna) žalba može se izjaviti samo protiv presuda te protiv rješenja kojima se završava spor (462/1.). Ostala rješenja protiv kojih je po zakonu dopuštena žalba mogu se pobijati samo žalbom protiv odluke kojom se postupak završava (462/2.), (v. *supra ad* 5.17.).

Kontradiktorna presuda²⁷ ili rješenje kojim se završava spor u postupku u sporovima male vrijednosti može se pobijati samo zbog nekih od apsolutno

²⁷ Premda bi se iz odredbe stavka 1. članka 467. ZPP, budući da je ona u tom pogledu sasvim neizdiferencirana, mogao izvesti zaključak da se žalbom u sporovima male vrijednosti mogu pobijati sve presude zbog svih razloga navedenih u toj odredbi, očito je da se ona odnosi samo na

bitnih povreda odredaba parničnog postupka zbog kojih se žalba može izjaviti u redovnom postupku te zbog pogrešne primjene materijalnoga prava (467/1.). Ona se, *a contrario*, ne može pobijati zbog određenih apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka, zbog relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka te zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Navedene se odluke mogu pobijati zbog ovih apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka zato što je:

- (1) u donošenju presude sudjelovao sudac koji se po zakonu mora izuzeti (71/1.1.-6.), odnosno koji je rješenjem suda bio izuzet ili ako je u donošenju presude sudjelovala osoba koja nema svojstvo suca (354/2.1.),
- (2) odlučeno o zahtjevu u sporu koji ne ide u sudsku nadležnost (16.) (354/2.2),
- (3) sud protivno odredbama ZPP-a utemeljio svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (3/3.) (354/2.4.),
- (4) sud protivno odredbama ZPP-a donio presudu na temelju priznanja, presudu na temelju odricanja, presudu zbog ogluhe, presudu zbog izostanka ili presudu bez održavanja rasprave (354/2.5.),
- (5) stranci nezakonitim postupanjem, a osobito propuštanjem dostave, nije dana mogućnost da raspravlja pred sudom (354/2.6.),
- (6) u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, ili ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice, odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno (354/2.8.),
- (7) odlučeno o zahtjevu o kojemu već teče parnica, ili o kojemu je već prije pravomoćno presuđeno, ili o kojemu je već zaključena sudska nagodba ili nagodba koja po posebnim propisima ima svojstvo sudske nagodbe (354/2.9.),
- (8) protivno zakonu bila isključena javnost na glavnoj raspravi (354/2.10.) te
- (9) presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati (354/2.11.) (*arg. ex* 354/2., 467/1.).

Te se odluke, *a contrario*, ne mogu pobijati zbog povrede pravila o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti (354/2,3.) i o uporabi jezika (354/2. 7.) te zbog prekoračenja tužbenog zahtjeva (354/2.12.), (354/2., 467/1.).

Presuda ili rješenje kojim se završava spor u postupku u sporovima male vrijednosti ne može se pobijati zbog, tzv. relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka jer kad bi se mogla pobijati i zbog tih razloga, derogiralo bi

tzv. kontradiktorne presude. Inače bi se moralo doći do zaključaka da bi se i presuda na temelju priznanja (331.) i presuda na temelju odricanja (331.a) u sporovima male vrijednosti mogle pobijati zbog razloga zbog kojih se inače ne mogu pobijati u redovnom postupku, naime i zbog pogrešne primjene materijalnoga prava.

se isključenje mogućnosti pobijanja tih odluka zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja budući da su relativno bitne one povrede za koje se učini barem vjerojatnim da su *in concreto* dovele do nepravilnog utvrđenja činjeničnog stanja (nepravilna odluka) ili do pogrešne primjene materijalnog prava (nezakonita odluka (354/1. ZPP). Ipak, isključenje mogućnosti pobijanja presuda u sporovima male vrijednosti zbog relativno bitnih povreda određaba parničnog postupka nije hermetično. Naime, budući da se one mogu pobijati i zbog pogrešne primjene materijalnog prava, time što će se pobijati zbog toga razloga, moći će se (posredno) pobijati i zbog onih povreda postupka koje su *in concreto* dovele ili mogle dovesti do nezakonite odluke, dakle zbog relativno bitnih povreda koje su rezultirale pogrešnom primjenom materijalnog prava.

Presuda na temelju priznanja (331.) i presuda na temelju odricanja (331.a) u sporovima male vrijednosti ne bi se, jednako kao ni u redovnom postupku, mogle pobijati zbog pogrešne primjene materijalnoga prava (*arg. ex* 353/3.). One se svakako ne bi mogle pobijati ni zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, a ni zbog tzv. relativno bitnih povreda određaba parničnoga postupka (*arg. ex*: 353/3.; 467/1.). Mogle bi se pobijati zbog onih apsolutno bitnih povreda određaba parničnog postupka zbog kojih je dopuštena žalba protiv kontradiktorne presude (467/1.) te zbog mana volje (*arg. ex* 353/3., 457.). Kada se pobijaju zbog mana volje, u žalbi se mogu iznijeti i nove činjenice te predložiti novi dokazi koji se tiču tih mana u volji (353/4., 457.).

Presuda zbog izostanka (332.) i presuda zbog ogluhe (331.b) ne bi se mogle pobijati zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex*: 353/2.; 467/1.), a ni zbog, tzv. relativno bitnih povreda određaba parničnoga postupka (354/1.) koje bi dobivale to svojstvo zato što su *in concreto* dovele do pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex* 467/1.). Mogle bi se pobijati zbog apsolutno bitnih povreda određaba parničnoga postupka zbog kojih se može pobijati i kontradiktorna presuda te zbog pogrešne primjene materijalnoga prava (467/1.), ali (posredno) i zbog onih relativno bitnih povreda koje su dovele do pogrešne primjene materijalnog prava.

Presuda bez održavanja rasprave (332.a) mogla bi se pobijati iz istih razloga, kao i kontradiktorna presuda.

U postupku u sporovima male vrijednosti posebna žalba protiv rješenja kojim se postupak završava (462.) može se izjaviti samo zbog razloga zbog kojih se tim pravnim lijekom može pobijati i kontradiktorna presuda (467/1.).

Okolnost da je prvostupanjski sud propustio primijeniti pravila o postupku u sporovima male vrijednosti nije bitna povreda određaba parničnog postupka,²⁸ svakako uz pretpostavku da je umjesto toga spor riješio po pravilima o redovnom postupku koji pruža mnogo višu razinu procesnih garancija od sumarnijeg postupka u sporovima male vrijednosti.

U povodu žalbe zabranjeno je po službenoj dužnosti razmatrati pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja (355., 370., 467/2.). Zapravo odredba članka 467.

²⁸ VSH: Rev-1276/91 – IO 1994-302.

stavka 2. ZPP aludira na odredbu članka 370. stavka 2. ZPP, koja je bila na snazi do Novele 2003. i koja je predviđala mogućnost da drugostupanjski sud u povodu žalbe *ex officio* ukine pobijanu presudu ako posumnja da je utemeljena na pravilno utvrđenom činjeničnom stanju. Po novome se, međutim, isključenje primjene odredbe članka 370. ZPP treba shvatiti u smislu da se u postupku u povodu žalbe činjenična pitanja ne mogu ni u povodu prijedloga stranaka, a niti po službenoj dužnosti otvarati.

8.4. Žalbeni postupak i ovlasti drugostupanjskog suda

O žalbi protiv presude u sporovima male vrijednosti odlučuje sudac pojedinac drugostupanjskoga suda (467/6.).

Budući da glede toga nije ništa posebno propisano za sporove male vrijednosti, opća pravila o žalbenom postupku i o ovlastima drugostupanjskog suda trebalo bi primijeniti i u tim sporovima. Čini se, međutim, da u tim sporovima ne bi bilo mjesta primjeni odredaba, koje su unijete u Zakon Novelom 2008., po kojima je drugostupanjski sud ovlašten preinačiti prvostupanjsku presudu ako sam provede raspravu radi utvrđivanja činjeničnog stanja, raspravu na kojoj je radi utvrđivanja činjenica koje je, već utvrđivao prvostupanjski sud ovlašten ponovno izvoditi dokaze koje je izvodio prvostupanjski sud (373.b, 373.c). Naime, budući da se presuda u sporovima male vrijednosti ne može pobijati zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, drugostupanjski sud ne bi ni mogao doći u prigodu da radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja iznova utvrđuje činjenice koje je, već utvrđivao prvostupanjski sud iznova izvodeći dokaze koje je taj sud izvodio.

Drugostupanjski bi sud, međutim, čini se, bio ovlašten odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu ili preinačiti prvostupanjsku presudu ako prema stanju spisa nađe da bitne činjenice među strankama nisu sporne, odnosno da ih je moguće utvrditi i na temelju isprava i posredno izvedenih dokaza koji se nalaze u spisu, neovisno o tome je li prvostupanjski sud prigodom donošenja svoje odluke uzeo u obzir i te isprave, odnosno posredno izvedene dokaze (373.a/1.), čak i ako nađe da postoji bitna povreda odredaba parničnog postupka zato što presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati (354/2.11.), (373.a). On bi, ipak, takvu odluku mogao donijeti, prvo, ako bi ispitujući pobijanu presudu zbog pogrešne primjene materijalnog prava došao do zaključka da treba, na izloženi način i uz navedena ograničenja – drukčije utvrditi činjenično stanje, svakako vodeći računa o zabrani reformacije *in peius* (374.), drugo, i ako bi našao da prvostupanjska presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati. Time bi pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje posredno moglo biti uzeto u obzir kao (oficijelni) razlog za žalbu i u sporovima male vrijednosti. U svakom slučaju, da bi drugostupanjski sud smio donijeti odbijajuću ili preinačujuću odluku, dakle uzimajući u obzir i činjenice, odnosno dokaze koje prvostupanjski sud nije uzeo u obzir prigodom donošenja svoje odluke, strankama je moralo biti omogućeno da se o tim

činjenicama, odnosno dokazima i rezultatima njihova izvođenja izjasne tijekom prvostupanjskog postupka (*arg. ex 7/3.*, 354/2.6.).

8.5. Postupak nakon ukidanja pobijane odluke

Treba uzeti da bi se u slučaju ukidanja prvostupanjske presude i vraćanja predmeta prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje u postupku pred tim sudom mogle ponovno iznositi nove činjenice i predlagati novi dokazi. Nakon ukidanja prvostupanjske presude trebalo bi iznova provesti prethodni postupak i obvezatno održati pripremno ročište (461.f).

9. Revizija

Nakon Novele 2008. protiv odluke drugostupanjskog suda dopuštena je samo, tzv. izvanredna revizija (382/2.) (467/7.). Dakle, samo revizija koja je dopuštena kada odluka u sporu ovisi o rješenju nekoga materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene zakona i ravnopravnosti građana.

Treba žaliti što je postupak u povodu te izvanredne revizije u sporovima male vrijednosti u svemu jednak kao i u ostalim sporovima. Trebalo je, naime slijedeći redukciju u sastavu žalbenog suda kad odlučuje o žalbi protiv prvostupanjske presude (v. *supra ad*) možda predvidjeti da o njezinoj dopustivosti odlučuje sudac pojedinac revizijskog suda, a meritorno vijeće trojice. Valja se nadati da će se prigodom koje od narednih novela ZPP-a to izrijekom predvidjeti.

Redovna revizija (382/1.) ne bi bila dopuštena ni u slučajevima u kojima bi drugostupanjski sud *ex officio* uzeo u obzir činjenice i dokaze koje prvostupanjski sud nije uzeo u obzir prigodom donošenja svoje odluke (373.a, 382/1.3.; v. *supra ad* 5.19.).

10. Pravomoćnost

Opća pravila o pravomoćnosti sudskih odluka u parničnom postupku, u nedostatku posebnih odredaba o tome, mjerodavna su i u sporovima male vrijednosti. Ipak, ograničenje mogućnosti iznošenja novota u postupku u sporovima male vrijednosti do zaključenja prethodnog postupka nameće potrebu da se bitno drukčije odredi moment na koji se odnosi pravomoćnost presude donesene u tim sporovima.²⁹ Taj se moment, naime mora zbog tog ograničenja pomaknuti unaprijed s momenta zaključenja glavne rasprave (koji je, u pravilu, mjerodavan u redovnom postupku³⁰ i koji je sve do Novele 2008. bio mjerodavan

²⁹ O momentu na koji se odnosi pravomoćnost sudske odluke u redovnom postupku usp. TRIVA-DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., 2004., (GPPP) 656., 657.

³⁰ O momentu na koji se odnosi pravomoćnost sudske odluke u redovnom postupku usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 656., 657.

i u postupku u sporovima male vrijednosti) na moment zaključenja prethodnog postupka. Prvostupanjski sud, budući da stranke mogu tijekom postupka iznositi samo činjenice koje su nastale do toga momenta – može samo do tada pratiti razvitak odnosa među njima. Stoga taj sud svoju odluku može utemeljiti samo na činjeničnom stanju koje je nastalo do tog momenta, on sudi s obzirom na taj moment. U prilog takvog rješenja govore i odredbe o ponavljanju postupka te o isticanju opozicijskih razloga u žalbi protiv rješenja o ovrsi izdanog na temelju odluke donesene u sporovima male vrijednosti (v. *infra ad* 5.22.).

11. Ponavljanje postupka i opozicijska žalba (tužba)

Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti i ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost upotrijebiti nove dokaze na temelju kojih je za nju mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice i dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku (421/1.10.). Nove činjenice na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka u postupku u sporovima male vrijednosti, da su bile upotrijebljene prije pravomoćnosti odluke u povodu koje se traži ponavljanje, mogu biti samo činjenice koje su nastale do zaključenja prethodnog postupka jer se u postupku u sporovima male vrijednosti mogu iznijeti samo činjenice koje su nastale do toga momenta (*arg. ex* 461.a, 461.g/1.). Uz uvjet da ih podnositelj prijedloga bez svoje krivnje nije mogao iznijeti do toga momenta (*arg. ex* 421/1.10., 422/2.) (*nova reperta*). Po tome bi se ponavljanje postupka zbog novih činjenica razlikovalo od ponavljanja postupka u redovnom parničnom postupku tijekom kojega se nove činjenice mogu iznositi sve do zaključenja glavne rasprave (299.). Kad su u pitanju dokazi zbog kojih se traži ponavljanje postupka, ne bi bilo važno kad su nastali, već odnose li se na činjenice koje su nastale do zaključenja prethodnog postupka.³¹

Zbog činjenica koje bi nastale nakon zaključenja prethodnog postupka, tuženik bi mogao u žalbi protiv rješenja o ovrsi određene na temelju odluke donesene u postupku u sporovima male vrijednosti istaknuti, tzv. opozicijske prigovore (46/1.9., 10. OZ),³² odnosno pokrenuti opozicijsku parnicu (48., 51. OZ). To određeno proizlazi iz odredbe po kojoj se protiv rješenja o ovrsi može izjaviti žalba ako je tražbina radi ostvarenja, zbog koje je ovrha zatražena, prestala na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojeg potječe odluka (46/1.9. OZ), odnosno ako je ispunjenje te tražbine, makar i na određeno vrijeme, odgođeno, zabranjeno, izmijenjeno ili na drugi način onemogućeno zbog činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojega potječe odluka (46/1.10. OZ).

³¹ Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 746. U tom smislu i VRH: Rev-2819/90 – PSP 53/153.

³² OZ: Ovršni zakon, NN 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., ako do nje dođe 151/04., 88/05., 121/05., 67/08.).

Dakle, moment zaključenja prethodnog postupka, kao moment do kojega se tijekom postupka u sporovima male vrijednosti mogu iznijeti nove činjenice i stoga kao moment na koji se odnosi pravomoćnost sudske odluke u tom postupku razgraničavao bi činjenice na kojima bi se mogao utemeljiti prijedlog za ponavljanje postupka (nove činjenice u subjektivnom smislu, *nova reperta*) od novih činjenica na kojima bi se mogli utemeljiti opozicijski prigovori u ovršnom postupku, odnosno u opozicijskoj tužbi (nove činjenice u objektivnom smislu, *nova producta*).³³

12. Ovršnost odluka u sporovima male vrijednosti

U pogledu ovršnosti odluka donesenih u sporovima male vrijednosti u osnovi vrijede opća pravila, one redovito postaju ovršne kad steknu svojstvo pravomoćnosti (*arg. ex 23. OZ*). Ipak ima više iznimaka od toga pravila. Jedna se od njih tiče, tzv. malih sporova male vrijednosti. Naime, prvostupanjska sudska odluka, kojom se fizičkoj osobi koja ne obavlja registriranu djelatnost nalaže isplata tražbine čija glavnica ne prelazi 1.000,00 kn, odnosno kojom se fizičkoj osobi, koja obavlja takvu djelatnost u pravnoj stvari u vezi s tom djelatnošću ili pravnoj osobi, nalaže isplata tražbine čija glavnica ne prelazi 5.000,00 kn – postaje ovršna u roku od osam dana od dana dostave osobi kojoj je naložena isplata. Žalba protiv takve odluke ne odgađa ovrhu (23.a OZ).

Iznimka postoji i u radnim sporovima male vrijednosti (*arg. ex 459., v. supra ad 3.*). U radnim sporovima, naime sud može iz važnih razloga odlučiti da žalba ne zadržava ovrhu (437/2.), pa tako i u radnim sporovima male vrijednosti, svakako ako nemaju značenje “malih sporova male vrijednosti”, u kojima ovršnost prvostupanjskih odluka nastupa *ex lege* istekom paricijskog roka (*v. supra*).

13. Prijelazni režim

Novela 2008. bila je opterećena “teškim greškama” u uređenju prijelaznog režima. U tom pogledu ona se može smatrati jednim od najlošijih nomotehničkih uradaka u hrvatskoj zakonodavnoj povijesti. Ipak, problemi izazvani tim uređenjem, barem kad su u pitanju sporovi male vrijednosti, uglavnom su sanirani Ispravkom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2008. (NN 123/08.).

Ovdje će biti izložen samo prijelazni režim novelirane procedure u sporovima male vrijednosti nakon tog ispravka.

Temeljno je pravilo prijelaznog režima inauguriranog ispravljenom Novelom 2008. da se novo uređenje postupka u sporovima male vrijednosti primjenjuje samo na postupke koji su pokrenuti nakon 1. listopada 2008., dakle nakon stupanja na snagu Novele 2008. (*arg. ex 52/1., 52/2., 53. ispr. Novele 2008.*).

³³ O tome usp. pobježe DIKA, *Gradansko ovršno pravo*, I., 2007., 328.

Budući da za odredbu članka 45. Novele 2008., kojom je ukinuta odredba članka 466. stavka 2. ZPP po kojoj se prijepis presude uvijek dostavljao stranci, koja nije bila prisutna objavi, a stranci koja je bila prisutna objavi samo na njezin zahtjev te po kojoj je taj zahtjev stranka mogla postaviti najkasnije na ročištu na kojem se presuda objavila, nije predviđen, čak ni prema ispravljenoj verziji prijelaznih odredaba Novele 2008., poseban prijelazni režim (*arg. ex 52., 53. ZIDZPP 08.*). Novo se zakonodavno stanje njome inaugurirano počelo primjenjivati u svim sporovima male vrijednosti (dakle i u onima pokrenutim prije Novele 2008.) danom stupanja na snagu te novele, dakle 1. listopada 2008. Posljedica je te intervencije da se po novome u svim sporovima male vrijednosti presuda dostavlja svim strankama po općim pravilima, dakle neovisno o tomu jesu li bile ili nisu na ročištu na kojemu je objavljena i jesu li to zatražile ili nisu.

Odredbom je članka 46. ZIDZPP 08. prijašnja odredba članka 467. stavka 7. ZPP, koja je isključivala mogućnost izjavljivanja bilo kakve revizije u sporovima male vrijednosti, zamijenjena novom po kojoj je protiv odluke drugostupanjskog suda u postupku u sporovima male vrijednosti dopuštena samo, tzv. izvanredna revizija (382. st. 2.). Ta se novo otvorena mogućnost izjavljivanja revizije sporovima male vrijednosti primjenjuje od 1. listopada 2008., ali samo u sporovima male vrijednosti u kojima do toga dana nije donesena drugostupanjska presuda (52/4., 53. ZIDZPP 08.). *A contrario*, u postupcima u kojima je do toga dana donesena drugostupanjska presuda vrijedio bi stari režim po kojemu revizija nije bila dopuštena (prij. 467/7.).

14. Europski postupak u sporovima male vrijednosti i novelirani hrvatski malični postupak

Odredbom članka 49. ZIDZPP 08. unesena je u Zakon glava trideset treća (507.a-507.ž) o posebnim odredbama o ostvarivanju pravosudne suradnje u Europskoj uniji. U sklopu tih odredaba unijete su u Zakon i posebne odredbe o postupku za sporove male vrijednosti prema Uredbi (EZ) br. 861/2007. Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o uvođenju europskog postupka za sporove male vrijednosti (u daljnjem tekstu: Uredba, UR). Te će odredbe stupiti na snagu na dan prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju (53. ZIDZPP 08.). Anticipiranim unošenjem tih odredaba u Zakon Republika Hrvatska se pripremila za izravnu primjenu navedene uredbe nakon što postane punopravnom članicom Europske unije.

Odredbes o europskom postupku za sporove male vrijednosti imaju značenje usuglašene pravne matrice o organizaciji i provedbi tih postupaka u sporovima s interunijskim obilježjem. Riječ je o odredbama koje će se neposredno primjenjivati u takvim sporovima, za rješavanje kojih je predviđen pojednostavljen i funkcionaliziran kognicijski (parnični) postupak, ali i postupak priznanja i ovrhe u tom postupku donesenih odluka. Te su odredbe zanimljive radi eventualne komparacije s rješenjima koja su za rješavanje sporova male vrijednosti prihvaćena u internom hrvatskom zakonodavstvu.

Budući da se postupak uređen Uredbom primjenjuje u prekograničnim (uz značajne iznimke) građanskim i trgovačkim stvarima, bez obzira na vrstu suda, kada vrijednost tužbe, u trenutku kad je ona zaprimljena kod nadležnog suda, bez kamata, troškova i izdataka ne prelazi 2 000 EUR (2. UR), pri čemu se prekograničnim predmetom smatra onaj u kojem barem jedna stranka ima svoje prebivalište ili redovno boravište u drugoj državi članici od one u kojoj se nalazi sud koji vodi postupak (3/1. UR),³⁴ Uredbom se ne dira mjerodavnost unutarnjeg uređenja pojedinih država članica za slučajeve na koje se ne primjenjuje. Štoviše, ako Uredbom nije drukčije određeno, za europski je postupak za sporove male vrijednosti mjerodavno procesno pravo države članice u kojoj se postupak vodi (19. UR).

Uspoređujući hrvatsko uređenje postupka u sporovima male vrijednosti s onim prema Uredbi, čini se da bi *de lege ferenda* valjalo razmisliti o tomu da se dopusti dokazivanje (ovjerovljenim) pisanim izjavama svjedoka, odnosno samih stranaka te da se vještačenje pretežno obavlja u pisanom obliku (*arg. ex* 9/1.2. UR). U perspektivi bi trebalo dopustiti i izvođenje dokaza video konferencijom ili nekim drugim sredstvom komunikacijske tehnologije, ako sud raspoláže odgovarajućim tehničkim sredstvima (*arg. ex* 9/1.3. UR). Ne bi nikako trebalo uvesti obvezatno odvjetničko zastupanje (*arg. ex* 10. UR). Trebalo bi razmotriti i mogućnost uvođenja odgovarajućih obrazaca za pokretanje maličnih sporova te povezano s time i organizaciju odgovarajuće pomoći strankama u njihovu ispunjavanju (*arg. ex* 10. UR). U perspektivi bi valjalo razmisliti i o proširenju pravila o nesuspensivnosti žalbe u svim sporovima male vrijednosti, a ne samo u tzv. malim sporovima male vrijednosti (*arg. ex* 15/1. UR; v. *supra ad* 12.).

15. Završne napomene

Novelom 2008. izmijenjena procedura u sporovima male vrijednosti može se u osnovi smatrati uspješnom, barem u smislu da će pridonijeti općoj funkcionalizaciji, pojednostavljenju i ubrzanju postupka u tim sporovima. Ključne se izmjene tiču ograničenja mogućnosti iznošenja novota tijekom prvostupanjskog postupka te razdvajanja toga postupka na dvije posebne funkcionalne cjeline. U tom smislu, ako se te inovacije potvrde u praksi, mogle bi eventualno poslužiti kao temelj za njihovu generalizaciju i na ostale vrste postupka, u prvom redu na postupak pred trgovačkim sudovima, ali i na redovni postupak.

Treba uzeti da se i uvođenjem tzv. izvanredne revizije povećala opća razina pravne sigurnosti u maličnom segmentu sudovanja.

De lege ferenda, trebalo bi razmotriti i mogućnost preuzimanja rješenja u pogledu organizacije prvostupanjskog alimentacijskog postupka i u sporovima male vrijednosti.

³⁴ Prebivalište se određuje u skladu s člancima 59. i 60. Uredbe Vijeća (EZ-a) br. 44/2001. od 22. prosinca 2000. o nadležnosti, priznavanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (3/2. UR). Trenutak koji je relevantan za ocjenu radi li se o prekograničnom predmetu ili ne, je trenutak u kojem je nadležni sud zaprimio obrazac tužbe (3/3. UR).

Čini se opravdanim dopustiti strankama i da ugovore mjerodavnost procedure predviđene za sporove male vrijednosti i u drugim svojim sporovima (uvođenje mogućnosti ugovornog određivanja vrste procedure), barem u određenim vrstama sporova, odnosno u sporovima između određenih subjekata.

Sve bi naznačene inovacije, svakako, imale smisla samo ako se potvrde u praksi.

Summary

THE AMENDED PROCEEDING APPLICABLE TO DISPUTES OF A PETTY VALUE

The Law on Amendments and Supplements to the Law on Civil Procedure from 2008 (the Amendments) has radically reformed the proceeding applicable to petty value disputes. The amendments, first of all, concern a division of the first instance proceeding into two basic stages – on so called preliminary proceeding and trial stage. They also refer to prescribing of mandatory holding of the first hearing, which, as a rule, has a function of preliminary hearing. Described amendments are accompanied by a limited possibility to carry out execution of novelties as well as by modification of a dispute matter and making decisions before the conclusion of preliminary proceeding. For the first time the amendments allow filing a request for revision on points of law in proceedings in which a dispute matter is of a petty value. Nevertheless, a party may file a request only for so called exceptional revision, a legal means which is necessary to secure uniform application of laws and equality of citizens in these proceedings. In the article an effort is given to systematically present new regulations on petty value proceedings paying a special attention to sources of legal basis of the institute, definition of the notion of such proceedings, ascertainment of their adequacy, analysis of the structure and organisation of preliminary proceeding and proceeding at the trial stage, specificity of appeal and newly introduced revision on points of law, renewed proceedings as well as execution of decisions taken in these proceedings. A significant attention is given to implications which newly introduced limitation of possibilities to present novelties has for determination of a moment which is relevant for a court decision to become final. In conclusion, efforts are taken to compare the reformed regulations on malicious procedure with the regulations on so called European proceeding in petty value disputes according to the Regulation (EC) no. 861/2007 of the European Parliament and Council on 11th of July, 2007. The comparison is a basis for drawing a lesson for possible interventions de lege ferenda.

Key words: *proceeding applicable to disputes of a petty value, preliminary proceeding, trial.*

Riassunto

**LE MODIFICHE AL PROCEDIMENTO NELLE LITI DI
MODICO VALORE**

Con la legge di modifica ed integrazione della legge sul procedimento contenzioso del 2008 (Novelle) è stato radicalmente riformato il procedimento nelle liti di modico valore. Le modifiche riguardano innanzitutto la separazione del procedimento di primo grado in due fondamentali fasi, ovvero nel c.d. procedimento preliminare e nel procedimento del dibattimento principale; le modifiche concernono, poi, anche la disciplina della fissazione di una prima udienza, la quale funge da udienza preparatoria. Dette modifiche prevedono anche la limitazione della possibilità di portare fatti nuovi, di modificazioni dell'oggetto del contenzioso e di decisioni fino all'udienza preparatoria. Con la novella, per la prima volta, nei procedimenti di modico valore sono concesse dichiarazioni di revisione; invero, il riferimento è soltanto alla c.d. revisione straordinaria, quale strumento legale necessario per assicurare l'applicazione univoca del diritto e l'uguaglianza dei cittadini in queste liti. Nel contributo si cerca di esporre in modo sistematico la nuova regolazione del procedimento nelle liti di modico valore, esaminando in particolare modo le fonti giuridiche delle basi dell'istituto, stabilendo la nozione di queste liti, accertando le sue caratteristiche, analizzando la struttura e l'organizzazione del procedimento preliminare e di quello dibattimentale, soppesando le peculiarità dell'appello e della neo-introdotta revisione, come pure la ripetizione del procedimento e l'esecutorietà delle decisioni prese in questo procedimento. Particolare attenzione, altresì, viene dedicata alle conseguenze, che la neo-introdotta limitazione delle possibilità di portare fatti nuovi ha ai fini della fissazione del momento in cui la sentenza passa in giudicato. Da ultimo, si tenta sommariamente di comparare la disciplina riformata delle liti di modico valore con la disciplina della c.d. procedimento europeo nei contenziosi di contenuto valore secondo il Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 luglio 2007 e, alla luce di tale comparazione, di suggerire possibili interventi *de lege ferenda*.

Parole chiave: *procedimento nelle liti di modico valore, procedimento preliminare, dibattimento principale.*

NEKRETNINE KAO OBJEKTI PRAVA VLASNIŠTVA I PRAVA GRAĐENJA

Dr. sc. Petar Simonetti,
redoviti profesor u mirovini
Rijeka

UDK: 347.235
Ur.: 11. studenog 2008.
Pr.: 9. veljače 2009.
Izvorni znanstveni članak

Nekretnine kao objekti stvarnih prava su određene zemljišne površine međusobno razgraničene geometrijskim linijama (katastarske i građevinske čestice) i sve što je s njima ljudskim radom trajno spojeno na površini ili ispod nje.

Pravna pretpostavka za pravno jedinstvo nekretnine koje izražava tradicionalno načelo superficies solo cedit je trajna veza spojenih stvari sa zemljištem, trajne zgrade i druge građevine i sve što zemlja rađa na površini bilo da je samoniklo ili posijano, odnosno posađeno. Suvremeni pravni sustavi poznaju ustanove pravnog dualiteta zemljišta i zgrade (pravo građenja, superficijarno pravo, itd.), a neki od njih i pravni dualitet zemljišta i stabala. Prema tome, pravno jedinstvo nekretnine je samo oboriva predmnjeva (praesumptio iuris tantum).

Zemljišne čestice (nekretnine) kao objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava horizontalno su omeđene drugim nekretninama u vlasništvu određene osobe, ili općim dobrom ili javnim dobrom u općoj uporabi. Nekretnine su vertikalno ograničene granicom pravno opravdanog interesa vlasnika isključiti tuđe zahvate u dubinu i visinu. Izvan tih granica prostire se opće dobro koje imaju pravo koristiti svi pod uvjetima i na način koji propisuje država u granicama svoga suvereniteta. Predodžbu o neograničenom pravu vlasništva do zvijezda (usquae ad sidera) srušio je zrakoplov, kao što je predodžbu o neograničenom državnom suverenitetu u zračnom prostoru srušio sovjetski Sputnjik.

Pravo vlasništva na zemljištu može se ograničiti pravom građenja, ali objekt prava građenja kao nekretnina u pravnom pogledu ne potiskuje objekt prava vlasništva, već samo ograničava vlasnikova ovlaštenja. U istom prostoru nalaze se objekt prava vlasništva i objekt prava građenja.

Ključne riječi: pravo vlasništva, pravo građenja, nekretnina.

1. Uvod

Objekt prava vlasništva je prostorno određena nekretnina, zemljište i sve što je sa zemljištem trajno spojeno, na površini ili ispod nje.

Određenje pojma i dimenzija nekretnine kao objekta stvarnih prava aktualizirano je stalnim porastom prometa prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama kao i sve češćim opterećenjem nekretnina radi osiguranja novčanih potraživanja. Ovu problematiku usložnjava pravo građenja. Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo koje ovlašćuje njegovog nositelja da ima vlastitu zgradu na površini ili ispod površine nečijeg zemljišta, a istovremeno se smatra nekretninom u pravnom pogledu. Tako je zgrada pripadnost prava građenja kao da je ono zemljište. Nositelj prava građenja vlasnik je nekretnine koja se sastoji od prava građenja i zgrade. Gubeći iz vida da je pravo građenja istovremeno nekretninu u pravnom pogledu, prema jednom tumačenju osnivanje toga prava u korist stranih osoba i prijenos na te osobe prava građenja sa zgradom ne trpi zakonska ograničenja koja su specifično propisana za prijenos prava vlasništva na nekretninama. U ovom radu obrađuje se objekt prava vlasništva i prava građenja, njihove dimenzije, uz kratki osvrt na ustanovu pravnog razdvajanja zemljišta i stabala jer je taj pravni dualitet zadržan kao pravo stečeno do 1. siječnja 1931. godine (npr. masline na jadranskoj obali i na otocima).

2. Općenito o stvarima kao objektima stvarnih prava

Objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava integralni su dijelovi prirode u vlasti čovjeka i sve tjelesne ljudske tvorevine i drugi entiteti koji su zakonom izjednačeni sa stvarima. Objekti stvarnih prava su tjelesni dijelovi prirode različiti od ljudi, a služe ljudima (fizičkim i pravnim osobama) radi zadovoljavanja njihovih materijalnih (ekonomskih) i duhovnih potreba ako po svojim prirodnim osobinama i po zakonu (pravu) mogu biti u vlasti određenog pravnog subjekta¹. Po ZV-u² prirodne sile su stvari “ako su podložne ljudskoj vlasti” (čl. 2. st. 5.). Prema tomu, tjelesna stvar je uži pojam od stvari kao objekta stvarnih prava.

Razvojem znanosti spoznaju se nova svojstva dijelova prirode (stvari) i nove mogućnosti njihova iskorištavanja, a s tehnološkim napretkom na njima se

¹ O stvarima kao objektima stvarnih prava, Gavella, N., u: Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 59.–98., Svezak 1., Stanković, O., *Stvar*, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU Sl. list SFRJ, Beograd, 1978., T. 3., str. 170.–182.; Krneta, S., *Posjed*, u: *Enciklopedija...*, T. 2., str. 1023.–1025.; Maurović, I., *Nacrt predavanja o općem privatnom pravu*, Kugli, Zagreb, 1919., str. 54.–70.; Marković, L., *Gradansko pravo*. Opšti deo i stvarno pravo, Beograd, 1927., str. 164.–190.; Trabucchi, A., *Instituzioni di diritto civile*, Trentesima settimana ed., CEDAM, Padova, 1997., str. 396.–411.; Messineo, F., *Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1957., Vol. 1., str. 380.–382.; Gambaro, A., *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990., p.p. 1.–5., 14.–30.

² Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06. i 141/06.

obavljaju sve raznovrsnije i sve složenije ljudske djelatnosti. Tehnički (tehno-
loški) razvoj obilježen je nizom otkrića od prapočetaka civilizacije do
suvremenog globalnog društva, od početka izrade kamenog oruđa³ i uporabe
vatre⁴ do stalnih nastambi prelaskom na zemljoradnju u normativno uređenim
ljudskim zajednicama (puno prije nego što su nekretnine postale objekti prava)
pa sve do suvremene informatičke revolucije (nano tehnologija) koja se
nastavlja. Tako je ljudski genij prometejskom snagom gotovo neprekidno širio
granice kruga dobara u “vlasti” čovjeka nad prirodom i otkrivao korisna svojstva
dijelova prirode, kako bi se u naše vrijeme došlo do spoznaje da je obujam
uporabljivih dijelova prirode vrlo ograničen (rudno blago, voda, šume, itd.) i da
se njihova svojstva ne mogu prisvajati preko granice koju je odredila sama
priroda, jer će se inače poremetiti krhke sile ravnoteže elemenata u prirodi, na
našem planetu, u čitavoj ekosferi, osobito u biosferi⁵ i tako ugroziti život u
jedinoj ljudskoj postojbini.⁶ Suvremeni Demiurg može oblikovati “novi svijet”
samo u granicama koje je odredila priroda. S druge strane, aktualna svjetska
ekonomska kriza, otkriva ograničenosti i proturječnosti suvremenog kapita-
lističkog društva – tržišnog gospodarstva koje ne može djelovati bez državne
intervencije. Po nekima kapitalističkom sustavu već “zvoni posmrtno zvono”⁷.
Umjesto “nevidljive ruke” Adama Smitha⁸ (tržište), u gospodarske odnose

³ Vjerojatno prije više od milijun godina. K. J. Narr, *Najranije čovječanstvo i prva kultura*, u: *Povijest svijeta*, skupina autora (prijevod), Cankarjeva založba, Ljubljana, 1976., str. 53.–69. Vidjeti kronološku tablicu povijesnih istraživanja, u: *Povijest svijeta* (prijevod njemačkog izdanja *Die Weltgeschichte* skupine autora, Marijan tisak, Split, 2005, str. 31.) Vidi Praistoriju jugoslovenskih zemalja, I., Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1979., paleolitsko i mezolitsko doba u Hrvatskoj, (M. Melez) , str. 195.–277. i u drugim republikama bivše Jugoslavije.

⁴ Otprilike prije 400 000 – 300 000 godina (*Povijest svijeta*, *ibid.*).

⁵ Vernadski, V., *Biosfera* (s francuskog preveo Siniša Stanković), Kultura, Beograd, 1960.

⁶ U moderno doba počevši od 1771. i 1796. razvila se “znanost o domaćinstvu prirode, o međusobnim odnosima i utjecajima žive i nežive prirode, o međusobnim ovisnostima živih bića i njihove životne sredine” – ekologija (Glavač, V., *Uvod u globalnu ekologiju*, Državna uprava za zaštitu prirode i okoliša i Hrvatske šume, javno poduzeće za gospodarenje šumama i šumskim zemljištem, Zagreb, 1999., str. 16.–23.). Na ovu znanost koja otkriva i objašnjava štetna djelovanja čovjeka na prirodu, posebno na biosferu, nadovezali su se različiti ekološki pokreti u čitavom razvijenom svijetu protiv neograničene eksploatacije našeg planeta – za očuvanje života na Zemlji i povoljnih uvjeta za život čovjeka u dostojanstvu.

⁷ Tako poznati sociolog historije i analitičar svjetskog sustava, Imanuel Volerstin u nedavnom razgovoru sa sociologom i teoretičarom svjetskog sustava Dže Džung Suhom govoreći o budućnosti kaže: “Možemo, naime, imati sistem koji je bolji od kapitalizma i možemo imati sistem koji je gori od kapitalizma. Jedino što ne možemo da imamo je kapitalistički sistem” (prenosi beogradski NIN, od 29.01.2009., str. 69.).

⁸ Vidi: Smit, A., *Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda* (preveo Marijan Hanžeković), Kultura, Beograd, 1970. Ma koliko načelo slobodne trgovine bilo jednostavno i jasno i ma koliko se to načelo moralo osjetiti u većoj ili manjoj mjeri od najranijih vremena, kako kaže jedan njegov učenik (Pit mladi), izražavajući sumnju “da je ikada bilo potpuno izloženo i objašnjeno kao u spisima” autora “slavne rasprave *Bogatstvo naroda*” – “čije će opsežno poznavanje pojedinosti i dubina filozofskog istraživanja ... pružiti najbolje rešenje svakog pitanja koje je u vezi s istorijom

(tržišne) suvremenog kapitalističkog svijeta osobito u doba ekonomske krize i financijske nestabilnosti djeluje vidljiva “ruka države” (državna intervencija). Na taj način država istovremeno osigurava pretpostavke socijalne pravde koje ne može ostvariti tržište jer, kako ističe “otac menadžmenta”, Peter Drucker: “tržište ima jedan i samo jedan motiv – stvaranje profita”^{9,10}.

Pojam stvari kao objekt stvarnih prava jednako kao i prava na stvari tijekom povijesti se mijenjao¹¹. Iako rimski pravници nisu izgradili pojam subjektivnog prava u današnjem značenju, a slijedom toga ni pojam stvarnog prava, rimsko pravo je gotovo do vrhunca razvilo stvarna prava na tuđoj stvari (*iura in re aliena*)¹² koja su uživala posjedovnu i stvarnopravnu zaštitu, a imala su široku primjenu u praksi¹³.

Sve tjelesne stvari dijele se u dvije velike skupine: pokretne i nepokretne stvari – nekretnine. Pokretne su one stvari koje se mogu premješati bez oštećenja njihove biti. Obrnuto, nepokretne stvari se ne mogu premješati bez oštećenja njihovih esencijalnih struktura. I pokretna stvar se smatra nepokretnom ako je po trajnoj namjeni pripadnost nekretnine (pripadak, pertinencija). U sumnji je li određena stvar pokretna ili nepokretna, smatra se da je pokretna (čl. 2., st. 7. ZV-a). Kada je neka vrsta prava ili bilo što drugo izjednačeno sa stvarima, to se ubraja u pokretne stvari, a u nekretnine samo ako je spojeno s vlasništvom nepokretne stvari, ili je njihov teret, ili je zakonom proglašena nekretninom (čl. 2. st. 6. ZV-a). Sve te pretpostavke ispunjava pravo građenja kao nekretnina u pravnom pogledu (čl. 280. ZV-a).¹⁴ Inače, u sumnji je li što pokretna ili nepokretna stvar, smatra se da je pokretna (čl. 2. st. 7. ZV-a).

trgovine i sa sistemom političke ekonomije” (citirano prema Hanžekoviću, iz: Adam Smit, *Vreme, život, delo*, u naprijed citiranoj knjizi, str. 37.–38. pod naslovom “Vreme, život, delo”).

⁹ Drucker, P., *Upravljanje u budućem društvu* (prijevod), M.E.P. Consult, Zagreb, 2006., str. 113.

¹⁰ Jedan od najvećih suvremenih ekonomista, nobelovac Stiglitz, pokazao je prije sedam godina (2002.) kako “država može odigrati ključnu ulogu ne samo u ublažavanju tržišnih propusta nego i u osiguranju socijalne pravde” (Stiglitz, J., *Globalizacija i dvojbe koje izaziva*, (prijevod na hrvatski), Algoritam, Zagreb, 2004., str. 243.). U istom djelu se navodi niz primjera razornog djelovanja Međunarodnog monetarnog fonda u zemljama u tranziciji i drugim zemljama u razvoju širom svijeta uslijed neobuzdane pohlepe kapitala.

¹¹ Windcheid, B., *Diritto delle pandette*, UTET, Torino 1930., str. 1.–330.; Grossi, P., *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1990.; Egersdorfer, A., *O pandektama. Opći dio i stvarna prava*, Zagreb, 1928., str. 170.–190.

¹² Windcheid, *ibid.*, str. 387.–425., Baudry – Lacantinerie, *Dei beni*, in *Trattato teoretico e pratico di diritto civile*, Vallardi, Milano, 1931., pag. 11.–151.; Pacifici – Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, UTET, Torino, 1928., vol. II, parte 1^a Parte generale, pag. 307.–373.; Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1965., vol. secondo, pag. 558.–673.; Krneta, S., *Stvarno pravo*, u: *Enciklopedija...*, T. 3., str. 183.

¹³ Arangio – Ruiz, V., *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1934., p. 225.–259.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Sv. I, Školska knjiga, Zagreb 1954., str. 196.–214.; Pastori, F., *La superficie nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1962., gdje je izložena evolucija superficiesa od obveznog do stvarnog prava koje se u Justinijanovoj kodifikaciji približava pravu vlasništva na površini tuđeg zemljišta.

¹⁴ Šire o tome: Gavella, N., et al., *op. cit.*, str. 72. – 95.

3. Općenito o nekretninama kao objektima stvarnih prava

Nekretnine kao objekti stvarnih prava su prostorno ograničeni dijelovi zemljišne površine i sve što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, dokle dopire pravo vlasništva određene fizičke ili pravne osobe, ako zakonom nije drukčije određeno¹⁵. Na površini zemljišta, ispod i iznad njegove površine grade se različite zgrade, građevine i druge naprave, postrojenja, dalekovodi, naftovodi, vodovod, kanalizacija, sustavi za odvodnju ili navodnjavanje itd.

Općenito se smatra da su nekretnine, kao objekti prava, dijelovi zemljišta horizontalno i vertikalno omeđenih i sve ono što je sa zemljištem trajno spojeno – prirodno ili umjetno, na površini ili ispod nje. Prirodno spajanje sa zemljištem posljedica je uzročnosti; umjetno spajanje posljedica je (po pravilu) svrhovite ljudske djelatnosti (sijanje, sađenje, građenje i ugrađivanje).

Na zemljištu ili ispod njegove površine je sve što je čovjek stvorio, izgradio, a nije razoreno ljudskim radnjama, ili djelovanjem prirodnih sila, ili uzajamnim djelovanjem čovjeka¹⁶ i prirode. Nekretnine su i ostaci tih razaranja koji svjedoče o djelima (dostignućima) ranijih pokoljenja i o minulim civilizacijama.

Nekretnine kao objekti stvarnih prava ograničene su općim i javnim dobrom.

4. Općenito o nekretninama kao općem i javnom dobru

Izvan vertikalnih granica zemljišta, u dubinu i visinu, gdje prestaje opravdani interes¹⁷ vlasnika zemljišta braniti tuđe zahvate, prostire se opće dobro. Opće i javno dobro i na površini zemljišta ograničava dijelove zemljišta koji mogu biti objekti privatnog prava vlasništva¹⁸. Korištenje općeg i javnog dobra u općoj uporabi uređuje država u granicama svoga suvereniteta, a izvan tih granica, korištenje općeg dobra uređuje međunarodno pravo. Ljudski prodori u bliže dijelove svemira obilježavaju granice dobra čovječanstva – domen međunarodnog prava. S novim otkrićima i osvajanjima područja, koje uređuje međunarodno pravo, rapidno se proširuje dobro čovječanstva. U tom prostoru razvojem znanosti i tehnologije spoznaju se nova uporabljiva svojstva prirode – nekretnina kao objekata međunarodnog prava i nove mogućnosti njihova iskorištavanja. S tehnološkim napretkom u njemu se obavljaju sve raznovrsnije znanstvene i gospodarske djelatnosti.

¹⁵ Opsežno o tome Tenella Sillani, Ch., "Limiti verticali" della proprietà fondiaria, Giuffrè, Milano, 1994., str. 1.–92.

¹⁶ Pojam – sintagma "djelovanje čovjeka" u ovom kontekstu obuhvaća i propuštanje, tj. pasivnost kad je trebalo djelovati da bi se otklonio štetni događaj ili tuda štetna radnja.

¹⁷ Opravdani interes je onaj koji je zakonom zaštićen; u slučaju spora utvrđuje ga sud.

¹⁸ Šire o općem i javnom dobru u suvremenoj domaćoj pravnoj literaturi: Omejec, J., *Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (osnove prava javnih stvari)*, doktorska disertacija, Zagreb, 1993., Gavella et al., op. cit., str. 136.–144.; Josipović, T., *Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)*, ZPFR, vol. 22, br. 1 (2001), str. 95.–153.

5. Individualizacija nekretnine

Nekretnine kao objekti prava (privatnog i javnog) su pravno individualizirane nepokretne stvari. Budući da na istom mjestu po zakonu fizike ne mogu istovremeno biti dvije stvari, nekretninu individualizira prostor. Prostorom je određen položaj i identitet nekretnine. Zato ne postoje dvije pravno identične nekretnine. Dvije susjedne katastarske čestice jednake površine i oblika na zemljištu jednakog boniteta, kulture i položaja nisu isto. U tom smislu nekretnina je neponovljivo dobro: uvijek određena, nikada *generička stvar*.

6. Nekretnina po prirodi

Prema naprijed rečenom proizlazi da je nekretnina prostorno ograničena stvar (objekt prava) koja se ne može premjestiti bez razaranja njene strukture, a zemljište je nekretnina po prirodi. Zemljište po našem stvarnom pravu je prostorno omeđena površina – zemljišna čestica, katastarska ili građevinska čestica, objekt određenog stvarnog prava u subjektivnom smislu. Ona ima tri dimenzije: prostire se u visinu i dubinu do općeg dobra dokle se prostire pravno zaštićeni interes vlasnika površine zemljišta¹⁹, a po horizontali je ograničena međama koje je odvajaju od susjednih nekretnina. Nepokretnost zemljišta je njegovo prirodno svojstvo. Pravo ne može negirati tako očiglednu prirodnu činjenicu pa ne može negirati ni pravni individualitet zemljišne površine, prostorno određenu nekretninu, jer na istom mjestu ne mogu postojati dvije površine zemljišta (u prirodnom smislu). Samo zemljišne čestice su izvorno dijelovi prirode. Sve što je čovjek izgradio na površini ili ispod površine zemljišta sačinjeno je od prerađenih dijelova prirode i kao ljudska tvorevina sa zemljištem tvori pravno homogenu nekretninu.

6.1. Pripadnost nekretnini

Trajna zgrada pravno je sastavni dio zemljišta. Ona se eventualno može premjestiti, uz velike izdatke i bez oštećenja njenog građevinskog i arhitektonskog integriteta, njenog izgleda, ali u tom slučaju, kad se premješta na drugu katastarsku ili građevinsku česticu, drugo zemljišnoknjižno tijelo, mijenja svoj pravni identitet. Postajući sastavnim dijelom druge zemljišne čestice, odnosno drugog zemljišnoknjižnog tijela, trajna zgrada sa zemljištem postaje druga nekretnina. Nekretnine su i privremene zgrade, koje pravno nisu sastavni dio zemljišta, ali su mehanički tako vezane za zemljište da se mogu premještati bez oštećenja njihove strukture samo uz nerazmjerne troškove ili se uopće ne mogu premjestiti. Obrnuto, pokretnine su one stvari koje nisu pravno pripadnost

¹⁹ Zakon o vlasništvu propisuje: “Vlasnik nekretnine nije ovlašten braniti tuđe zahvate poduzete na tolikoj visini ili dubini gdje on nema nikakva opravdanog interesa da ih isključi” (čl. 31. podst. 3.).

zemljišta jer nisu s njime tjelesno trajno spojene niti su s njime spojene po trajnoj namjeni (čl. 7. ZV-a), a mogu se premjestiti s jednog mjesta na drugo bez oštećenja, uslijed čega se ne mijenja njihov pravni identitet (čl. 2. st. 4. ZV-a),²⁰ jer su autonomne stvari²¹. Privremene zgrade su pokretne ako se mogu premještati uz razmjerne troškove bez bitnog oštećenja njihove strukture. One se mogu premještati s jedne na drugu katastarsku (građevinsku) česticu, a da ne promjene svoj pravni identitet jer nisu pravno vezane za zemljište baš zbog toga što su privremene.

Sve što je čovjek izgradio radi trajne namjene na površini ili ispod površine zemljišta – sastavni je dio zemljišta, jednako kao i sve što raste na površini zemljišta samoniklo ili oplemenjeno, posijano, odnosno zasađeno, ako nije pravno odvojeno od zemljišta. Pripadnost (pertinencija) nekretnine su sve pokretne stvari koje su s njom trajno spojene radi određene namjene uz suglasnost ili voljom vlasnika spojene stvari. Pravne pretpostavke za pripadnost su, dakle da sporedna stvar (pripadak) služi glavnoj stvari, s glavnom stvari je u takvom prostornom odnosu da može služiti za određenu namjenu i po općem shvaćanju (u pravnom prometu) može biti pripatkom.

7. Odnos objekta prava vlasništva i prava građenja

Pravna norma može odrediti (fingirati) da je neko pravo na zemljište izjednačeno sa zemljištem u pravnom pogledu, npr. pravo građenja, ali time ne negira, niti može negirati pravnu egzistenciju i identitet zemljišne čestice, prirodnog zemljišta na kome je osnovano pravo građenja i koje ga opterećuje dajući njegovom nositelju pravo imanja vlastite zgrade na površini ili ispod njegove površine. Prirodno zemljište u tom slučaju je opterećeno pravom koje je istovremeno samostalna nekretnina u pravnom pogledu, u pravnoj fikciji.

Na istom mjestu postoji zemljište i njime opterećeno pravo građenja koje je istovremeno posebna nekretnina u pravnom pogledu, a zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište (čl. 280. ZV): ono je posebno zemljišnoknjižno tijelo sa zgradom ili bez zgrade, pravno odvojeno od zemljišta (čl. 34. st. 2. i 3. ZZK). Pravo građenja, prema dolje izloženom, ne može se u svemu poistovjetiti s pravom vlasništva na prirodnom zemljištu (čl. 280.-294. ZV-a)²². Pravo vlasništva na zemljištu ograničeno je ovlaštenjima imatelja objekta prava građenja bilo da je pravo građenja konstituirano na površini ili ispod površine zemljišta, jer pravo građenja potiskuje vlasnikovo pravo uporabe zemljišta. Ali time nije umanjen volumen prava vlasništva, jer upravo iz prava vlasništva proizlazi pravo na naknadu za uporabu opterećenog zemljišta koju je nositelj prava građenja dužan plaćati vlasniku zemljišta.

²⁰ §§ 293. bivšeg OGZ-a.

²¹ Ako zakonom nije određeno da se smatraju nekretninom.

²² Simonetti, P., *Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja*, ZPFR, vol. 19, br. 2 (1998), str. 438.-440.

8. Priroda pravne veze zgrade i prava građenja

Prema ZV-u “Zgrada koja je izgrađena, ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je toga prava, kao da je ono zemljište” (čl. 280. st. 3.). Tako i po § 1. austrijskog Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. Budući da izraz pripadnost po austrijskom OGZ-u (§ 294)²³ kao i po ZV-u (čl. 5. st. 3.) ima značenje priraštaja (*Zuwacks*) i pripatka (*Zubehör*) u užem značenju, (tj. pertinencije) u austrijskoj pravnoj literaturi postavilo se pitanje je li izraz *Zubehör* u § 6 Zakona o pravu građenja, upotrijebljen u užem ili širem značenju (pripadak ili pripadnost). Obuljen, koji shvaća taj izraz u užem smislu, smatra da građevina, bilo da je izgrađena prije ili nakon osnivanja prava građenja, služi za stalnu uporabu glavne stvari – prava građenja. Odnosno da se bez građevine, glavna stvar ne bi mogla uporabiti (§ 294 OGZ-a) i da je građevina pravno odvojena stvar različita od prava građenja kome pripada i od zemljišta na kome stoji²⁴. Prema toj interpretaciji pravo građenja poništava privlačnu pravnu snagu zemljišta, ali ne dolazi na mjesto zemljišta pa zgrada nije njegova pripadnost. U tom pogledu pravo građenja je izjednačeno s romanskim superficijarnim pravom (talijansko *diritto di superficie*, francusko *droit de superficie*, španjolsko *derecho de superficie*)²⁵.

Nije jasno, međutim, što Obuljen podrazumijeva pod pojmom uporaba prava građenja kad kaže da se uporaba tog prava ne da zamisliti bez građevine. Međutim, kako god ga shvatili, iz pojma uporaba prava građenja ne može se isključiti građenje, vršenje esencijalnog sadržaja toga prava. Međutim, građevine nema dok se ne izgradi njena osnovna struktura, što znači da se do te faze vrši (iscrpljuje) sadržaj prava građenja bez građevine. Prema tomu, građevina pravom građenja odvojena od zemljišta nije sredstvo za uporabu prava građenja, nego obrnuto, rezultat vršenja i djelovanja toga prava.

Budući da se pripadak uvijek može odvojiti od glavne stvari i da glavna stvar može pripadati jednoj, a pripadak drugoj osobi, posljedica ovog shvaćanja, kako primjećuje Ehrenzweig, dovela bi nas do nesvrshodnog rješenja: da jedna osoba bude nositelj prava građenja, a druga prava vlasništva na zgradu²⁶.

Hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima je izričit: “tko je nositelj prava građenja taj je i vlasnik zgrade koja je pripadnost toga njegovoga prava...” i “svaka tome suprotna odredba je ništava” (čl. 281. st. 1.). Dakle, zgrada se ne može pravno odvojiti od prava građenja ni po kojoj pravnoj osnovi te se “prenosi, nasljeđuje i opterećuje zajedno s pravom građenja” (čl. 385. st. 3.).

Ehrenzweig smatra da su građevina i pravo građenja jedinstvena cjelina – jedna stvar, dijelom tjelesna, a dijelom netjelesna. Pravo vlasništva na građevinu

²³ Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB).

²⁴ Obuljen, Pravo građenja, Mjesečnik, 1912., str. 424.

²⁵ Šire o tomu: Simonetti, P., Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 18.-21.

²⁶ Ehrenzweig, A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien, 1923., str. 413.

proizlazi iz ovlaštenja prava građenja i zato sva opterećenja prava građenja, kaže Ehrenzweig, nužno se protežu na građevinu, bez obzira je li izgrađena prije ili nakon osnivanja prava građenja²⁷. Obuljen, nasuprot tomu, kaže da se hipoteka proteže na zgradu kao pripadak (pertinenciju) prava građenja po § 457 OGZ-a koji određuje da se založno pravo proteže na priraštaj i na pripadak založene stvari.²⁸ Pripatka (zgrade), o kome govori Obuljen, međutim, nema dok se ne izgradi zgrada, a priraštaj prava građenja, ako se ono shvaća kao drugo zemljište, postoji i stalno se povećava njegova vrijednost od početka do zavšetka izgradnje. To znači da se trošenje kredita radi izgradnje zgrade, osiguranog hipotekom na pravu građenja stalno “prelijeva” u bazu hipoteke (zgradu u izgradnji) kao po “zakonu spojenih posuda”. Tako predmet hipoteke dostiže najveću vrijednost, pod pretpostavkom nepromijenjenih okolnosti, upravo u trenutku iscrpljenja kredita, a to se može dogoditi i prije dovršetka izgradnje zgrade. Prema tomu, hipotekarni vjerovnik je maksimalno zaštićen samo ako se pravo građenja izjednači sa zemljištem u pravnom pogledu, jer samo tada je zgrada u izgradnji (građevina) njegova pripadnost (priraštaj) od “kamena temeljca”. Čak se i vrijednost pripremljenih radova na zemljištu (iskopi itd.) pravno povezuje s pravom građenja, jer se ono osniva kao nekretnina u pravnom pogledu.

Praktičan značaj prirode pravne veze prava građenja i zgrade nije, međutim, samo u hipotekarnom zalaganju toga prava i osnivanju drugih stvarnih prava. Od pravne prirode te veze ovise pravne posljedice u slučaju kada bi treći gradio bez pravne osnove na zemljištu na kome postoji pravo građenja. Ako se prihvati koncepcija Ehrenzweiga, tj. da je zgrada priraštaj prava građenja, tada bi nositelj prava građenja, jednako kao i sâm vlasnik zemljišta, koje nije opterećeno pravom građenja, stekao pravo vlasništva zgrade, po načelu *superficies solo cedit*, osim u slučaju kada je graditelj bio pošten, a nositelj prava građenja je znao za građenje i nije se tomu protivio na vrijeme (analogna primjena § 418 OGZ-a). Po njemačkom pravu, izuzev u slučaju prekoračenja granice²⁹ (§§ 912-916 BGB-a), nositelj nasljednog prava građenja (Erbbaurecht) uvijek stječe pravo vlasništva zgrade, koju treći podigne na tom zemljištu. Treći je, po austrijskom, kao i po njemačkom pravu i sam vlasnik zemljišta, koji je, s konstituiranjem prava građenja lišio svoje zemljište atrakcijske snage i time osnovao “pravno zemljište” u korist druge osobe. Naprotiv, ako se prihvati koncepcija da je zgrada samo pripadak (pertinencija) prava građenja, tada nositelj prava građenja ne stječe pravo vlasništva na zgradu, na originaran način. Nositelj prava građenja mogao bi jedino tražiti da nepošteni graditelj ukloni zgradu³⁰, ali ako je graditelj bio pošten, bio bi isključen zahtjev za uklanjanje

²⁷ Ehrenzweig, op. cit., str. 413.

²⁸ Obuljen, op. cit., str. 428.

²⁹ Kada se *ex lege* konstituiraju prava služnosti na zemljištu, odnosno nasljednom pravu građenja koje pokriva onaj dio zgrade koji prelazi granicu.

³⁰ §§ 418., 1036. i 1037. OGZ-a

zgrade i tada bi nositelj prava građenja, iako nije znao za građenje, ostao bez pravne zaštite. Zato se mora prihvatiti Ehrenzweigova koncepcija, prema kojoj je zgrada, kao i po njemačkom pravu, priraštaj, odnosno kako se izražava njemačko pravo, bitni sastavni dio nasljednog prava građenja³¹.

Ove dvojbe otklonio je hrvatski Zakon o vlasništvu koji izričito propisuje da je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom. Zgrada koja je izgrađena, ili koja će biti izgrađena, na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja, pripadnost je toga prava kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 2. i 3.). Zbog toga se po ZV-u pravila koja uređuju pravne posljedice građenja na tuđem zemljištu primjenjuju i na zemljište koje je opterećeno tuđim pravom građenja, tako što nositelju toga prava pripadaju prava i obveze vlasnika zemljišta (čl. 157.). To znači da nositelj prava građenja, a ne vlasnik zemljišta opterećenog pravom građenja, stječe pravo vlasništva zgrade jer je ona priraštaj prava građenja kao da je ono zemljište. U slučaju kada su ispunjene pravne pretpostavke za inverziju načela *superficies solo cedit*, graditelj stječe pravo vlasništva na zauzetom zemljištu pod pretpostavkom da je izgradio zgradu u neskrivljenom uvjerenju da je on vlasnik zemljišta (poštenu posjednik), a nositelj prava građenja koji je znao za građenje nije bez odgode zabranio daljnju gradnju (odgovarajuća primjena čl. 153. na koji upućuje čl. 157. ZV-a).

Gornja polemika o prirodi pravne veze između prava građenja i zgrade u austrijskom pravu neizravan je doprinos objašnjenju pravne prirode i konstrukcije hrvatske ustanove prava građenja.

9. Volumen objekta prava građenja

Pravo građenja "prisvaja" pravo uporabe zemljišta za određenu namjenu koje inače kao korištenje prava vlasništva pripada vlasniku zemljišta, a istovremeno ovlašćuje vlasnika zemljišta da mu nositelj prava građenja za uporabu opterećenog zemljišta radi građenja i držanja vlastite zgrade na tom zemljištu plaća "mjesečnu naknadu za zemljište u iznosu prosječne zakupnine za takvo zemljište, ako nije što drugo određeno" (čl. 381. st. 2. ZV-a). To znači da volumen objekta prava građenja ne potiskuje volumen objekta prava vlasništva (prirodne nekretnine), već samo vlasnikovo ovlaštenje uporabe objekta prava vlasništva. I sam vlasnik zemljišta, kao nositelj prava građenja (čl. 284. st. 2. ZV-a), gradi i drži vlastitu zgradu na pravu građenja, koje, kad se prenese u imovinu trećeg obvezuje njegova nositelja na plaćanje periodične naknade za zemljište, ako nije ugovoreno što drugo. S druge strane, vlasnik može zadržati pravo građenja na površini zemljišta i osnovati pravo građenja u korist treće osobe ispod površine, ako dopuštaju propisi o prostornom uređenju i građenju. Upravo zbog toga, nužno je utvrditi kriterije za utvrđivanje volumena objekta prava građenja *in concreto*, jer izvan toga volumena vlasnik zemljišta može

³¹ § 12. st. 1. njemačke Uredbe o nasljednom pravu građenja od 15. siječnja 1919.

slobodno djelovati u prostoru dokle dopire njegovo pravo vlasništva, ako se to ne protivi pravu građenja ili nije što drugo određeno.

Pravo na naknadu za korištenje zemljišta potvrđuje da postoji objekt prava vlasništva u prostoru koji zauzima objekt prava građenja sa zgradom ili bez nje. U zemljišnoj knjizi pravo građenja se upisuje kao teret zemljišta (C list), uz naznaku zemljišnoknjižnog tijela u koji se pravo građenja upisuje kao samostalna nekretnina (čl. 34. Zakona o zemljišnim knjigama)³².

9.1. Volumen objekta prava građenja kao stvarnog prava koje opterećuje nečije zemljište

Zakon fizike po kome na istom mjestu ne mogu stajati dvije stvari, jer jedna potiskuje drugu, koji vrijedi za materijalni svijet, ne vrijedi u slučaju kada je neko pravo kao duhovna tvorevina, kao što je pravo građenja, izjednačeno s nekretninom (zemljištem) u pravnom pogledu pa ni kada sa zgradom na površini ili ispod površine zemljišta, koju odvaja od zemljišta, čini jednu pravno homogenu nekretninu (pravni monolit) na koju ima pravo vlasništva svakodobni nositelj prava građenja. Ovo zbog toga što je sa stajališta vlasnika opterećenog zemljišta pravo građenja samo ograničeno stvarno pravo koje obvezuje njegova nositelja na plaćanje naknade za uporabu zemljišta vlasniku zemljišta. Općenito volumen prava građenja kao ograničenog stvarnog prava građenja na nečijem zemljištu je ona površina zemljišta na koju se to pravo prostire (po pravilu građevinska čestica) do one dubine i visine koja je nužna za njegovu realizaciju, ostvarenje njegove svrhe. Nasuprot tomu, volumen objekta prava vlasništva nekretnine, u ovom slučaju zemljišta opterećenog pravom građenja, prostire se u dubinu i visinu do koje vlasnik ima pravno opravdani interes isključiti tuđe zahvate³³, osim onih na koje je ovlašten nositelj prava građenja koje je dužan trpjeti svagdašnji vlasnik tog zemljišta” (čl. 280. st. 1. ZV-a).

Prema općoj definiciji volumena objekta prava građenja, proizlazi da u konkretnom slučaju mogu postojati tri specifična volumena istog objekta:

- jedan volumen na onoj površini koja je opterećena postojećom ili budućom zgradom koja se može izgraditi prema aktu o osnivanju prava građenja (pravni posao, odluka suda)³⁴ i u skladu sa zakonom;
- drugi volumen je na onoj površini zemljišta koja je namijenjena za sporedne građevinske objekte – pripatke zgrade: mjesta za parkiranje motornih vozila, smještanje čamaca, uređaja za grijanje, crpljenje ili deponiranje vode (arteški bunari i cisterne), kao i uređene staze i ograde, bazeni za kupanje i sl.;

³² NN 91/96., 114/01., 100/04., 107/07.

³³ Ovo proizlazi iz negativne definicije objekta prava vlasništva koja glasi: “Vlasnik nekretnine nije ovlašten braniti tuđe zahvate poduzete u tolikoj visini ili dubini gdje on nema nikakva opravdanog pravnog interesa da ih isključi” (čl. 31. podst. 3.).

³⁴ Čl. 287. i 289. ZV-a

- treći volumen na prostoru koji obuhvaća zelenu površinu, vrt, voćnjak i sl. jer na toj površini nositelj prava građenja po zakonu ima samo “ovlasti i dužnosti plodouživatelja”, a drukčije se ne može pravnim poslom utanačiti budući da bi svaka tomu suprotna odredba bila ništava (čl. 281. st.1. ZV-a)³⁵.

9.1.1. Ispod površine zemljišta

Objekt prava građenja prostire se u dubinu onog sloja koji je potreban za izgradnju i održavanje stabilnosti zgrade i njenih pripadnosti, koja je sa svojim pripadnostima pravom građenja odvojena od zemljišta ili se na njemu može izgraditi s tim pripadnostima. Ispod toga sloja vlasnik zemljišta može vršiti iskop, graditi i izvoditi druge radove, koji ne ugrožavaju stabilnost građevine na pravu građenja ili njime odvojene od zemljišta, u granicama koje dopuštaju propisi o prostornom uređenju i građenju. U tom prostoru vlasnik može osnivati pravo građenja podzemne zgrade (garaže, skladišta, proizvodnih, trgovačkih, ugostiteljskih ili drugih objekata) u svoju korist³⁶ kao i u korist trećeg³⁷, ako mu to dopuštaju propisi o prostornom uređenju i o građenju.

9.1.2. Iznad površine zemljišta

Objekt prava građenja prostire se do one visine dokle nositelj prava građenja ima opravdani interes isključiti tuđe zahvate, uključujući i zahvate vlasnika opterećenog zemljišta, jer je svagdašnji vlasnik zemljišta dužan trpeti ograničenja koja mu nameće pravo građenja (čl. 280. st. 1.). Zračni stup iznad zemljišta pravno nije stvar, ali vlasnik zemljišta, odnosno nositelj prava građenja je ovlašten zauzeti ga do granica koje su određene u javnom interesu, različito s obzirom na namjenu površine zemljišta (građevinsko zemljište, poljoprivredno zemljište, šume, itd.).

9.1.2.1. Pravo nadogradnje

Ipak, vlasnik opterećenog zemljišta nema, npr. pravo nadogradnje, iako bi se zgrada postojeća ili izgrađena na pravu građenja po propisima o prostornom uređenju mogla nadograditi iznad one visine koja je određena u aktu o osnivanju prava građenja (pravnom poslu ili odluci suda) jer bi se nadograđeni dio naslanjao na nekretninu koju čini zgrada s pravom građenja u vlasništvu nositelja prava građenja. Moguće je, međutim, konstituirati pravo nadogradnje u korist vlasnika zemljišta ili trećeg na temelju pravnog posla ili odluke suda upisom u zemljišnu knjigu (analognom primjenom pravila iz čl. 286.–289. ZV-a). Nositelj prava građenja može osnovati pravo nadogradnje u korist trećega samo u granicama svoga prava, npr. u slučaju da ima pravo izgraditi zgradu na

³⁵ Prema ZV-u “Pravo plodouživanja je osobna služnost koja svojega nositelja (plodouživatelja) ovlašćuje da se u svakom pogledu služi nečijom stvari (poslužna stvar) u skadu s njezinom namjenom, čuvajući njezino sućanstvo.” (čl. 203. st. 1.).

³⁶ Čl. 280. st. 1. i čl. 84. st. 2. ZV-a

³⁷ Čl. 284. st. 1. ZV-a

tri kata, a izgradio je dva, može dati pravo trećemu da nadogradi treći kat, ako nije što drugo ugovoreno između nositelja prava građenja i vlasnika zemljišta. Ali ako je nositelj prava građenja iscrpio svoje pravo izgradnjom dvokatnice, pravo nadogradnje trećeg kata može ustupiti trećoj osobi samo uz suglasnost vlasnika zemljišta. U oba slučaja pod pretpostavkom da je nadogradnja dopuštena po propisima o prostornom uređenju i građenju.

9.1.3. Na površini, iznad ili ispod površine zemljišta na kome nositelj prava građenja ima ovlasti plodoužitelja

Na onoj površini zemljišta na kojoj nositelj prava građenja ima ovlasti plodoužitelja ni vlasnik zemljišta ne može bez njegove suglasnosti izvoditi bilo kakve zahvate koji bi onemogućavali ili otežavali realizaciju te ovlasti nositelja prava građenja.

9.1.4. Usporedba različitih volumena istog prava građenja

Prema naprijed izloženom proizlazi da je najveći volumen prava građenja na onoj površini zemljišta na kojoj postoji zgrada odvojena od zemljišta pravom građenja ili zgrada koja se na njemu može izgraditi. Manji je volumen na kome su izgrađeni ili se mogu izgraditi sporedni građevinski objekti – pripadci zgrade odvojeni od zemljišta pravom građenja. Još je manji volumen objekta prava građenja na onom dijelu zemljišne čestice opterećene pravom građenja na kojoj njegov nositelj ima ovlasti i dužnosti plodoužitelja.

10. Pravno jedinstvo i pravni dualitet zemljišta i stabala

Prirodni dijelovi zemljišta koji se po hrvatskom pravu ne mogu pravno odvojiti od zemljišta su biljke i drveće, sve što raste na površini zemljišta, spontano ili uz sudjelovanje čovjeka u skladu s agrotehničkim dostignućima (sijanje, sađenje, uzgajanje, oplemenjivanje i zaštita).

Pravno razdvajanje zemljišta i stabala, bilo je isključeno i na zemljištu u društvenom vlasništvu³⁸. S prelaskom zemljišta u društveno vlasništvo bio je ukinut dotadašnji pravni dualitet zemljišta i stabala (čl. 39. st. 1. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta)³⁹, koji se zadržao nakon 1. siječnja 1931. kao stečeno pravo (v. *infra*). Zanimljivo je da je mađarsko, kao i istočnonjemačko socijalističko pravo (DDR), dopuštalo autonomno vlasništvo na drveću (zasadima) koje raste na zemljištu u državnom, odnosno “narodnom” vlasništvu⁴⁰. Nositelj prava korištenja na građevinskom zemljištu

³⁸ Tako i VSJ, Rev 95/68 od 25. svibnja 1968., ZSO XIII-2, 260.

³⁹ Sl. list FNRJ 52/58.

⁴⁰ § 151. st. 2. mađarskog Građanskog zakonika iz 1959., izmjene i dopune 1977. (IV) Zakon objavljen u Magyar Közlöni, Budapest, 1977., oktobar, 25. i §§ 288. st. 4. i 292. st. 3. Civilnog zakonika Njemačke Demokratske Republike iz 1975. (prijevodi Instituta za uporedno pravo u Beogradu).

po tim zakonicima imao je pravo vlasništva na stablima na zemljištu u državnom, odnosno "narodnom" vlasništvu.

Po hrvatskom pravu, sastavni dio zemljišta je dubeće stablo bez obzira je li samoniklo ili zasađeno (čl. 9. st. 2. ZV-a). Ono postaje samostalna pokretna stvar kada se posječe ili bilo kako fizički istrigne od zemljišta. Stablo koje je bilo sastavni dio nekretnine u prirodnom stanju ili je bilo samostalna nekretnina pravno odvojena od zemljišta, tek fizičkim izdvajanjem postaje samostalna pokretna stvar. Predmet ugovora o stjecanju prava vlasništva može biti i dubeće stablo, koje nije pravno odvojeno od zemljišta, jer je neposredni predmet takvog ugovora činidba prijenosa prava vlasništva na budućoj samostalnoj pokretnoj stvari (*res sperata*), a ne sama stvar – neodvojeno stablo.

10.1. Pravo vlasništva na stabla

Pravna ustanova podnine (Bodensins) iz OGZ-a §§ 1125.–1150. koja je pravno razdvajala biljke i drveće od zemljišta uklapala se u širu pravnu ustanovu podijeljenog vlasništva (§§ 357.–360. OGZ-a) koja je postupno iščezla u praksi nakon ukidanja kmetskih odnosa u Hrvatskoj (1848.). Prema toj ustanovi s uništenjem biljaka i drveća, kao i s razaranjem zgrade ne gubi se koristovno pravo na površini zemljišta pa je koristovni vlasnik, uz obvezu plaćanja periodične dažbine, imao pravo na istom zemljištu ponovno zasađiti novo drveće, kao i podignuti novu zgradu. OGZ (§ 1150.) propisuje: "Stoga što je nestalo rašća, drva i sgrada, ne gubi se vlastnost koristovna nad površjem. Dokle god ostaje dio kakav zemljišta, može ga posjednik, samo ako plaća svoju daću, novim raščem i drvi nasaditi i sgradama zapačati". Zanimljivo je da je ova stara pravna ustanova imala odjeka krajem devetnaestog stoljeća u Zakonu o osnivanju gruntovnice za Tirol od 17. ožujka 1897. koji je propisao da se i drveće evidentira kao samostalna nekretnina.

U Hrvatskoj se pravo vlasništva na stablu kao samostalnom imovinskom objektu moglo osnivati sve do 1. siječnja 1931. kada je stupio na snagu Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga od 18. svibnja 1930.⁴¹ koji poštuje zatečeno pravno stanje (stečena prava), ali isključuje mogućnost osnivanja takvih odnosa (§ 75.).⁴² Zatečeno je stanje uvažavao i Zakon o likvidaciji agrarnih odnosa na području pokrajine Dalmacije od 19. kolovoza 1930. koji je te odnose ukidao propisujući "prelazak voćke u vlasništvo obrađivača zemlje uz odštetu uživača voćaka u slučaju da je druga osoba imala pravo uživanja voćke" (§ 6.).⁴³ Pravo vlasništva na stablima bilo je uređeno već

⁴¹ Sl. novine 1930. 146.–LIII, §§ 75.-77.

⁴² O tomu, M. Košutić: Tumač k zakonu o zemljišnim knjigama te Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Zagreb, s.a., str. 65., 66., 70. i sljedeće te 361. i 363.

⁴³ U osnovi je isto rješenje imao i Gruntovnički zakon za Bosnu i Hercegovinu od 13. rujna 1884. godine. Po tome zakonu, zgrade, voćke i nasadi, naime na mirijskim nekretninama kao samostalni objekti (mulk objekti) evidentirani su u zemljišnim knjigama odvojeno od zemljišta (§ 6.) jer su po

bizantijskim Zemljoradničkim zakonom (Nomos Georgicos) iz osmoga stoljeća.⁴⁴ Nije nam poznato koliko je taj zakon imao odjeka na području jadranske obale i otoka koje je u to vrijeme bilo pod bizantijskim suverenitetom. Takav pravni dualitet poznao je i talijanski Građanski zakonik (Codice Civile) iz 1865. godine (čl. 448.)⁴⁵ koji se primjenjivao od 1. srpnja 1929. na onom području današnje Republike Hrvatske koji je bio pod suverenitetom Kraljevine Italije po Rapallskom ugovoru (1920.), odnosno po Rimskom ugovoru (1924. – Rijeka). Novi talijanski Codice civile od 20. ožujka 1942., međutim, zabranio je pravno odvajanje zemljišta i stabala (Divieto di proprietà separata delle piantagioni, art. 956.)⁴⁶. Prema francuskom Code civilu načelo *superficies solo cedit* svedeno je na oborivu predmnjevu: nasadi (stabla), zgrade i druge naprave sastavni su dio zemljišta, vlasništvo vlasnika zemljišta, ako se ne dokaže suprotno (čl. 553.). Francuski Code civil bio je na snazi u Istri i Dalmaciji (Ilirske pokrajine) od 30. ožujka 1806. do 1. listopada 1815.⁴⁷

Ovu pravnu ustanovu koja se vjerojatno razvila u običajnom pravu rijetko su prihvaćali gradski statuti na Jadranskoj obali⁴⁸, jer su bili pod utjecajem mletačkog prava koje je slijedilo rimsko načelo *superficies solo cedit*⁴⁹, ali je bila poznata u agrarnim odnosima dalmatinske regije “dalmatinska emfiteuza” koja se zasnivala ugovorom (contractus emphyteuticarius)⁵⁰. U svakom slučaju, pravno razdvajanje zemljišta i stabala, posebno maslina, vrlo je raširena pojava u Dalmaciji do danas, a ovi su odnosi zatečeni 1. siječnja 1931. godine nakon čega se nisu mogli osnivati novi.

Hrvatski Zakon o vlasništvu uspostavio je pravno jedinstvo zemljišta i zgrada koje su po samom zakonu bile pravno odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu ili zato što su bile u etažnom vlasništvu na zemljištu u privatnom vlasništvu, a nije uspostavljeno pravno jedinstvo zemljišta i zgrada koje su na

zakonima od sedmog Ramazana 1274. (1857. po našem kalendaru) te od sedamnaestog Muharema 1284. i od sedmog Muharema 1293., bili samostalni mulk-objekti na vakufskom ili državnom zemljištu (erazi-mirije). Mogućnost pravnog razdvajanja zemljišta i stabala postojala je po ranijim pravnim običajima u Bosni i Hercegovini. Pravo vlasništva na voćno stablo stjecalo se kalemljenjem divljake na državnom zemljištu (erazi – mirije). Vidi npr. M. Filipović, *Svojina voćaka po narodnim pravnim običajima, Istorijski pravni zbornik PF u Sarajevu*, sv. 2., 1949.

⁴⁴ L. Margetić, *Antika i srednji vijek, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1995.*, str. 151.

⁴⁵ Vidi: Pacifici – Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile*, quinta ed., vol. III., parte Ia, UTET, Torino, 1927., str. 296. i 297.

⁴⁶ Barca, A., Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004., *Il diritto di superficie sulle piantagioni*, pag. 523. – 537.

⁴⁷ Čulinović, F., *Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja, Školska knjiga, Zagreb, 1961.*, str. 209.

⁴⁸ Prihvatio ju je npr. Piranski statut (Margetić, L., *Srednjovjekovno hrvatsko pravo – stvarna prava, Zrinski – Čakovec, Zagreb, Rijeka, Čakovec, 1983.*, str. 29.). Načelo *superficies solo cedit* u susjedskim se odnosima tako rigorozno primjenjivalo po istarskim statutima da se vlasnik nije smio nadnijeti nad tuđe zemljište ni pužajući po granama svoga stabla (Margetić, op. cit., str. 30.).

⁴⁹ Margetić, op. cit., str. 81.

⁵⁰ Margetić, op. cit., str. 101.–103.

temelju pravnog posla (privatne volje) pravno odvojene od zemljišta uknjižbom u zemljišnu knjigu (*infra*). Samo pravni poslovi suprotni načelu “jedinstvenosti nekretnine ne proizvode pravne učinke” (čl. 366. st. 3. ZV-a).

Isto vrijedi i za pravni dualitet zemljišta i stabala koji je uspostavljen na temelju pravnog posla za život, ili za slučaj smrti, ili nasljeđivanjem na temelju oporuke i zapisa (legata), posljednjom voljom ostavitelja (oporučitelja).

Pravni poslovi o razdvajanju zemljišta i stabala ne proizvode pravne učinke ako su sklopljeni nakon 1. siječnja 1931. Pravno jedinstvo vlasništva zemljišta i stabala, pravno razdvojenih kao objekata prava vlasništva prije 1. siječnja 1931., nije se moglo uspostaviti zakonom jer bi se time negiralo pravo vlasništva vlasnika stabala stečeno na temelju dopuštenog pravnog posla upisom u zemljišnu knjigu ili po drugoj pravnoj osnovi. Zato se pravno jedinstvo zemljišta i stabala uspostavljalo samo kada bi vlasnik zemljišta po pravnoj osnovi stekao pravo vlasništva na stablo ili kad bi vlasnik stabla po pravnoj osnovi stekao vlasništvo na zemljištu. Ovaj pravni dualitet uspostavljao se pretežno u pogledu maslina. Ali nije isključen i u pogledu drugih stabala koja nisu tako dugovječna kao stabla maslina niti tako značajna za poljoprivredna domaćinstva pa ni za narodno gospodarstvo. Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. je propisivao:

“Pravni odnošaji, koji su prije stupanja na snagu ovoga zakona ustanovljeni u pogledu drveta na takav način, da se ona imaju smatrati kao samostalni imovinski objekti, odvojeni od zemlje, vidljivim će se učiniti na popisnom listu onoga zemljišta, na kojem se drveta nalaze. Vlasnici takvih drveta mogu i ubuduće slobodno s njima raspolagati, a u slučaju, ako pravni odnošaj u pogledu njih obuhvaća i pravo umesto uginulih i uklonjenih saditi nova drveta, mogu oni i ovo pravo vršiti” (§ 75. st. 1.)⁵¹. “Naprotiv, posle stupanja na snagu ovoga zakona odnošaji, spomenuti u st. 1., ne mogu se više ustanoviti”. Prema st. 1. § 76. “drveta” pravno odvojena od zemljišta “smatraće se kao nepokretne stvari”. Unatoč tomu, način stjecanja prava vlasništva na “drvetu” kao samostalnom “imovinskom objektu” jeste predaja, a način stjecanja založnog prava “založni popis” (§ 76. st. 2.), kao da su “drveta” pokretne stvari. “Obaveza vlasnika zemljišta, prema kojoj mora dopuštati upotrebljavanje zemljišta naokolo takvih drveta u svrhu negovanja i uživanja, nije predmetom upisivanja u zemljišnu knjigu” (§ 76. st. 3.) jer ta obveza postoji po samom zakonu: ne osniva se na temelju pravnog posla, a ne može se ni ukinuti na temelju pravnog posla dok traje pravni dualitet zemljišta i stabala.

⁵¹ Vidi § 1152. OGZ-a – podnina. Ustanova podnine (§§ 1125. – 1152. OGZ-a), kao specifični izraz feudalnog podijeljenog vlasništva postupno je iščezavala nakon ukidanja kmetskih odnosa u Banskoj Hrvatskoj (1848.), da bi potpuno nestala na temelju propisa o agrarnoj reformi i kolonizaciji (1919. – 1941. i 1945. – 1947.) i propisa o ukidanju agrarnih odnosa feudalnog karaktera u Istri i Dalmaciji (Knj. 2., dio 1., odjeljak 1., §§ 8. i 9.). Vidi pravne izvore o agrarnoj reformi u Kraljevini SHS / Jugoslaviji od 1919. do 1941., Begić, M., Obespravljani – osiromašeni zemljovlasnici Bosne, Knj. II., Sarajevo, 1998.

Naslijedeni pravni dualitet zemljišta i stabala, odnosno pravo vlasništva stabla na tuđem zemljištu je stečeno pravo koje štiti i današnji Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (čl. 389.). Prema tomu, zatečeni pravni dualitet zemljišta i stabala ostaje dok se pravo vlasništva na te dvije odvojene nepokretne stvari ne sjedini u imovini iste osobe. Isključeno je zasnivanje takvih odnosa *pro futuro*.

Zabrana razdvajanja zemljišta i stabala u talijanskom pravu (čl. 956. Codice civile) obrazlagala se, kako potrebama primjene suvremene agrotehnike⁵², tako i namjerom uklanjanja žarišta permanentnih sporova između vlasnika zemljišta i vlasnika stabala.⁵³ Koliko je, međutim, neutemeljena ova argumentacija pokazuju zakonska rješenja nekih suvremenih građanskih zakonika koji dopuštaju ovaj pravni dualitet.⁵⁴ Ova pravna ustanova zadržana je i do danas u starijim građanskim zakonicima.⁵⁵

10.1.1. Zalaganje za uvođenje ustanove pravnog dualiteta zemljišta i stabala

Zalaganje za uvođenje ove pravne ustanove u hrvatsko pravo vezane za pravo građenja⁵⁶ nije imalo odjeka ni u pravnoj literaturi. Riječ je o pravnoj ustanovi koja je bila duboko ukorijenjena u našoj pravnoj tradiciji, posebno na jadranskoj obali i na otocima gdje je i danas rasprostranjen pravni dualitet zemljišta i stabala (po pravilu maslina) kao stečeno pravo. Ova pravna ustanova, kao samostalna, tj. nevezana uz pravo građenja, imala bi praktičnu primjenu u slučaju razvrgnuća suvlasničkih zajednica (geometrijskih dioba), a i u pravnom prometu. Najširu primjenu bi ustanova pravnog razdvajanja zemljišta i stabala mogla imati u slučaju kada se daje koncesija (dugogodišnji zakup) na državnom zemljištu radi podizanja plantaža maslina, vinograda i voćnjaka. Koncesionar, vlasnik maslinika, vinograda ili voćnjaka mogao bi ih, kao samostalnu nekretninu, hipotekarno založiti ili uvjetno prenijeti pravo vlasništva vjerovniku radi pribavljanja kredita ili osiguranja svoje novčane obveze. Time bi se, dakle, kreirao još jedan objekt osiguranja kredita, nužnog u suvremenom gospodarstvu,

⁵² Barca/Marvasi, op. cit., pag. 527./528.

⁵³ Kako je navedeno u referatu koji je podnesen Kralju (Barca/Marvasi, op. cit., str. 525.).

⁵⁴ Novi nizozemski građanski zakonik (Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek) iz 1992., propisuje da je superficijarno pravo, pravo imati vlasništvo, ne samo na zgradama i napravama, nego i na nasadima (čl. 101. st. 1.). Tako i Građanski zakonik Québeca (Code civil Québec), Édition a jour au 1^{er} juillet 1998 incluant envoi n° 13. (čl. 1115.–1116.).

⁵⁵ Npr. u francuskom Code civilu (art. 553.) i Zakon br. 1253. od 30. prosinca 1967. godine (bail emphyteotique) te u španjolskom Código civilu (čl. 353.), Decho de superficie, 1655y, Base 26.de ley de 11 de mayo de 1888 en Parte I (Código civil), kao i u belgijskom Lois sur le droit de superficie (čl. 2.) iz 1924. Japanski građanski zakonik propisuje da je superficijar ovlašten koristiti zemljište druge osobe u svrhu imanja prava vlasništva građevina, bambusa ili stabala koja se na njemu nalaze (čl. 265.). Po Zakonu o superficijesu od 27. ožujka 1900., osoba koja je prije toga zakona bila ovlaštena koristiti zemljište druge osobe bila bi vlasnik građevine, bambusa i drveća na njemu, smatrala se superficijarom (čl. 1.).

⁵⁶ Simonetti, P., Skica za novo pravo građenja, članak 17.: “Drveće i drugo raslinje pripada nositelju prava građenja ako nije drukčije određeno pravnim poslom o osnivanju prava građenja” Zakonitost, br. 2 – 3/1993., str. 271.

u kome se gotovo ne da zamisliti poslovanje bez kredita, a ni davanje kredita bez realnog osiguranja.

Kako je naprijed rečeno, hrvatski zakonodavac nije prihvatio sugestiju uređenja ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i stabala ni povezanu s pravom građenja. Zato umjesto prava vlasništva na stabla, nositelj prava građenja po ZV – u ima samo “ovlasti i dužnosti plodouživatelja”, pa i u slučaju da ih je sam zasadio jer je “svaka tome suprotna odredba ništava” (čl. 281. st. 1.). Načelo pravnog jedinstva zemljišta i stabala u današnjem hrvatskom pravu ne dopušta iznimke osim u slučaju zatečenog stanja na dan 1. siječnja 1931. godine (supra), koje se održalo do danas.

10.2. Objekt prava koje razdvaja stablo od zemljišta

Objekt prava koje razdvaja stablo od zemljišta pruža se u dubinu zemljišta i visinu iznad zemljišta koja je potrebna za sadenje, uzgoj i optimalnu vegetaciju onih stabala (maslina, voćaka, vinove loze) radi koje je to pravo konstituirano. Ali ni ovaj volumen, kao ni volumen prava građenja, ne potiskuje volumen prava vlasništva na zemljištu, već samo ograničava vlasnikovo ovlaštenje uporabe zemljišta za koje (ograničenje) bi vlasnik imao pravo na periodičnu naknadu ako nije što drugo određeno prilikom osnivanja ovog pravnog dualiteta ili nakon toga.

Vlasnik zemljišta može iskoristavati objekt prava vlasništva na sve moguće načine u okviru javnopravnih ograničenja određenih zakonom, ako time ne ugrožava prava i pravno zaštićene interese vlasnika stabala, ako nije što drugo određeno. Interes vlasnika stabala se ugrožava ako mu se onemogućava, npr. crpljenje podzemne vode radi natapanja plantaže. To znači da u tim granicama vlasnik može koristiti podzemlje, na primjer radi građenja ili izvođenja druge djelatnosti, pa može konstituirati pravo građenja podzemnog objekta u korist trećega ili za sebe (čl. 280. st. 1. i čl. 284. ZV-a) ispod maslinjaka, voćnjaka, vinograda na koji bi imao pravo vlasništva koncesionar dok traje koncesija.

11. Prirodni dijelovi zemljišta kao objekti prava

Ovdje se prikazuju dijelovi zemljišta koji su po prirodi njegovi integralni dijelovi, a pravno su odvojeni od zemljišta zbog gospodarskog, povijesnog, kulturnog, znanstvenog i drugog značaja. Inače, prirodni dijelovi koji nisu pravno odvojeni ili se ne mogu pravno odvojiti od zemljišta, postaju samostalne pokretne stvari samo fizičkim odvajanjem tih dijelova od zemljišta (rudno blago, voda u prirodnom ležištu itd.).

11.1. Integralni dijelovi zemljišta

Nekretnine su, razumije se, i uporabljivi prirodni sastavni dijelovi zemljišta, koji s obzirom na svoja svojstva predstavljaju posebne prirodne cjeline. Sve

prirodne cjeline što je prirodna kauzalnost “svezala” sa zemljištem tijekom duge geološke povijesti planeta Zemlje, koje imaju posebna svojstva, a na određenom stupnju kulturnog, civilizacijskog i tehnološkog razvoja imaju osobitu uporabnu vrijednost kao cjelina, ili dio cjeline, ili kada se njihovi dijelovi fizički odvoje od zemljišta. Uporabna svojstva i potencijalne uporabne mogućnosti prirodnih dijelova zemljišta stalno se umnožavaju zahvaljujući novim znanstvenim spoznajama i tehnološkom napretku, ali njihova eksploatacija ima granicu koju postavlja nepisani imperativ održivog razvoja – prirodne ravnoteže koju određuje sama priroda (zakon kauzaliteta).

11.2. Pravno odvojeni prirodni dijelovi zemljišta

Svaki uporabljivi dio zemljišta koji je djelovanjem prirodnih sila srastao sa zemljištem, a po prirodnom, znanstvenom, gospodarskom ili pravnom određenju nije zemljište, npr. rudno blago: drago kamenje, mineralne sirovine, fosilna goriva, kao i stajaća ili tekuća voda u prirodnom ležištu, prirodni je dio zemljišta. Prema tomu, prirodni dijelovi zemljišta jesu i ležišta opekarske gline, pijeska, šljunka, kamena, kristala, zlata, granita, mramora, boksita, željezne rudače, ugljena, nafte i plina, kao i ležišta svih drugih mineralnih i fosilnih sastojaka (sirovina) u sva tri agregatna stanja (plin, nafta i ugljen).^{57,58} Prirodni dijelovi zemljišta su tekuće i stajaće vode na površini ili ispod površine zemljišta u tekućem ili smrznutom (kristaliziranom) stanju.^{59,60} Svi su ovi dijelovi zakonom odvojeni od zemljišta tako da ne pripadaju vlasniku zemljišta, ako zakon ne propisuje iznimku ili je dopušta, ali time ne postaju pokretne stvari, jer su po prirodi nepokretni i tu prirodnu činjenicu pravo mora uvažiti. Oni su u tom slučaju pravno samostalni prirodni dijelovi zemljišta.

⁵⁷ Rudnim blagom, po Zakonu o rudarstvu, NN 35/95. (pročišćeni tekst), 114/01., 190/03. (pročišćeni tekst), smatraju se sve organske i neorganske mineralne sirovine koje se nalaze u čvrstom, tekućem ili plinovitom stanju u prvobitnom ležištu, u nanosima, jalovištima, tehničkim troskama ili prirodnim rastopinama (čl. 2.). Rudno blago je u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 1. st. 1.), a može se eksploatirati na temelju odobrenja nadležnih tijela vlasti (čl. 30.-56.) i koncesija za eksploataciju sirovina (čl. 9.).

⁵⁸ Vidi Josipović, T., Rudno blago (mineralne sirovine) u: *Nekretnine kao objekti imovinskih prava*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 111.-115.

⁵⁹ Vode su opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne mogu biti ni u čijem vlasništvu (čl. 3. st. 1. Zakona o vodama, NN 107/95.), ali je vodno dobro neotuđivo vlasništvo Države (čl. 61. st. 1.). Vodno dobro je skup zemljišnih čestica koje obuhvaća uređeni i neuređeni inudacijski pojas, otoke koji su nastali ili nastanu u vodonosnom koritu presušivanjem vode, njenom diobom na više rukavaca, naplavlivanjem zemljišta i ljudskim djelovanjem (čl. 57. st. 1.). Vodno dobro može se koristiti za gospodarske i druge djelatnosti na temelju koncesije (čl. 57.-67.). Šire o tome: Omejec, J., *Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (Osnove prava javnih stvari)*, doktorska disertacija, Zagreb, 1993. (komparativno i povijesno).

⁶⁰ Vidi Josipović, op. cit., str. 123.-127.

Prirodne šupljine ispod površine zemljišta (špilje, jame, ponornice i sl.) također su samostalni prirodni dijelovi zemljišta.⁶¹ Oni se razlikuju od zemljišta po prirodnim svojstvima pa i po namjeni, a od zemljišta su pravno odvojeni kao opća ili javna dobra kojima upravlja država preko svojih tijela i ustanova ili javnih poduzeća (trgovačkih društava), a mogu se dati na korištenje drugim osobama (pravnim ili fizičkim) na temelju koncesije koja omogućava da ovi prirodni dijelovi budu svima dostupni pod određenim uvjetima, ako to zahtijeva njihova javna namjena. Takav položaj imaju i neki drugi “spomenici” prirode koji imaju gospodarsku, znanstvenu, estetsku ili kulturno-povijesnu vrijednost, npr. mineraloška i fosilna nalazišta,⁶² zatim oni dijelovi koji imaju izrazito znanstvenu i kulturnu vrijednost kao povijesna nalazišta, arheološke zone te nepokretne stvari umjetničkog, povijesnog, arheološkog, paleontološkog, geološkog ili drugog znanstvenog značenja.^{63,64} Takvu vrijednost imaju i prirodno (geološki) oblikovani dijelovi litosfere ispod ili na površini zemljišta, npr. pećinski prirodni ukrasi: stalagmiti i stalaktiti,⁶⁵ ukrasne litice na površini zemljišta ili pojedini krajobrazi (pejzaži).⁶⁶

Neki od ovih pravno izdvojenih dijelova mogu se iskorištavati samo fizičkim izdvajanjem iz ležišta, npr. mineralne sirovine i drago kamenje; drugi – isključivo u svom ležištu ne dirajući njihovu strukturu (npr. špilje s njihovim prirodnim ukrasima, pa i s ugrađenim artefaktima u izvornom obliku, npr. likovna djela anonimnih drevnih umjetnika koja tisućljećima ukrašavaju njihove prostore)⁶⁷; treći se mogu iskorištavati prema određenim okolnostima na jedan i

⁶¹ Po Zakonu o zaštiti prirode, NN 162/03. i 100/04. špilje, jame, prirodne ponornice su speleološki objekti, ako su ti otvori duži od pet metara u koje može ući čovjek, a dimenzije ulaza su im manje od dubine i duljine objekta (čl. 7. t. 51.). Speleološki objekti su u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 235. st. 2.), a mogu se gospodarski iskorištavati samo na temelju koncesije nadležnog tijela (čl. 206.-219.), Zakon o zaštiti prirode propisuje da speleološki objekti predstavljaju prirodne vrijednosti, uživaju zakonsku zaštitu i u vlasništvu su Republike Hrvatske (čl. 35.). Njihova zaštita je uređena odredbama iz čl. 36.-39., sada Zakon o zaštiti prirode NN br. 70/05.

⁶² Čl. 10. ranijeg Zakona o zaštiti prirode, NN 30/94., 72/94., 107/03.; čl. 142.-149. sadašnjeg Zakona o zaštiti prirode, NN 162/03. i 100/04.

⁶³ Čl. 2. st. 2. i 3. Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN 69/99., 151/03., 157/03.

⁶⁴ Radi usporedbe, vidjeti: Amorosino, S., *Beni ambientali culturali e territoriali*, CEDAM, Padova, 1995.

⁶⁵ Šire o tome u talijanskoj pravnoj literaturi Tenella Sillani, Ch., *I “limiti verticali” della proprietà fondiaria*, str. 424.-571.

⁶⁶ Krajobraz je po zakonskoj definiciji određeno područje, opaženo ljudima, čija je “osobnost” rezultat međusobnog djelovanja prirodnih i / ili ljudskih čimbenika i koje obilježava prevladavajuća prisutnost prirodnih sastojina. Krajobrazne vrijednosti su svojstvenosti prirodnog, kultiviranog ili kulturnog krajobraza, koje određuju njegovu prirodnu, kulturno-povijesnu i estetsku “osobitost” (čl. 2. st. 1. t. 8. i 9. Zakona o prostornom uređenju i gradnji, NN 76/07.).

⁶⁷ Prve spiljske slikarije iz ledenog doba otkrivene su u spilji Altamiri kod mjesta Santillana del Mar u Španjolskoj godine 1875. (Povijest čovječanstva, Dio I. str. 32). Kasnije je otkriven lokalitet Lascaux kod Montignaca u Francuskoj sa spiljom u kojoj je 1940. slučajno nađen “najmonumentalniji poznati ansambl spiljskog slikarstva mlađeg paleolita” (Enciklopedija likovnih umjetnosti, izd. i naklada Jugoslavenskog leksikografskog zavoda u Zagrebu, MCMLXI., t. 3., str. 280.). O najstarijoj likovnoj umjetnosti – slikanja i crtanja po stijenama i svodovima spilja i na

drugi način, npr. neki paleontološki i arheološki ostaci pa i geološki slojevi ili vode u prirodnom ležištu i zahvaćene vode odvojene od prirodnog ležišta u velikim akumulacijama (umjetnim jezerima) namijenjene za snabdijevanje stanovništva, za gospodarske, rekreativne i druge svrhe.

11.3. Stvari fizički odvojene od zemljišta

Pokretne stvari su oni dijelovi nepokretnih dijelova zemljišta koji su fizički i pravno izdvojeni od zemljišta. Posječeno ili na drugi način od zemljišta istrgnuto drveće, ubrani šumski plodovi, pokošena trava (sijeno), ubrano: žito, voće, grožđe, masline, drugi plodovi zemlje itd. Kao i oni koji su ljudskim radom odvojeni iz Zemljinog ležišta, npr. rudno blago, mineralne sirovine, fosilna goriva. Također i pokretnom napravom zahvaćena voda, nafta, plin itd. Ali je nepokretna stvar, npr. voda u bunaru, bazenu, akumulaciji, jer je naprava kojom je zahvaćena – nekretnina, bilo da je ta naprava sastavni dio zemljišta ili je pravno odvojena od zemljišta pravom građenja, pravom služnosti ili koncesijom te pripada drugoj osobi ili vlasniku druge nekretnine, a ne vlasniku zemljišta na kome se nalazi. Pokretna stvar je npr. voda u spremnicima koji nisu sastavni dio ili pripadnost zemljišta, kakve zgrade ili građevine, već su pokretne stvari po prirodi (npr. voda u autocisterni ili u nekom drugom spremniku koji je fizički i pravno odvojen od nekretnine). Napravama zahvaćene nafta, plin i sl., također su nepokretne stvari, dok se fizički ne odvoje od naprava i postrojenja koje su sastavni dio zemljišta ili pravno odvojene od zemljišta pravom građenja, stvarnom služnošću ili koncesijom na površini ili ispod površine zemljišta ili na dnu mora (naftovod, plinovod).

Pravno izdvojeni dijelovi stječu svoju autonomnost, postaju samostalni objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava dok se ponovno ne integriraju s nekretninom u istom ili prerađenom obliku, npr. preradom, građenjem ili ugrađivanjem na površini, ispod ili iznad površine zemljišta ili s pokretninom: spajanjem, miješanjem i slijevanjem u sva tri agregatna stanja.

12. Prisvajanje i korištenje prirodnih dijelova zemljišta koji su po zakonu pravno odvojeni od zemljišta

Odstupanja od načela pravnog jedinstva nekretnine u odnosu na prirodne sastavne dijelove zemljišta koja će se pobliže izložiti, postoje i u drugim

“malim pločicama itd., i reljef”, a do “određenog stupnja prirodi blisko skulpturalno oblikovanje upotrebnih predmeta”, Narr, u: *Povijest svijeta*, op. cit. st. 71.–73. Nađeni su crteži – likovna djela i na stijenama izvan pećina, kao npr. na stijeni u Badnju kod Stoca u Hercegovini koji se veže “za spomenike mediteranske regije paleolitske umjetnosti” (P. Graziosi). Vidi, Basler, Đ., u, *Praistorija jugoslovenskih zemalja* – op. cit str. 352., crtež Tab XLVI; isti crtež u knjizi, Lovrenović, I., *Unutarnja zemlja*, Durieux, Zagreb, 2004.

suvremenim pravima u većem ili manjem opsegu,⁶⁸ ali će se rasprava usredotočiti na domaće pravo. Nasuprot tomu, prema američkom pravu nalaznik rudnog blaga pod određenim zakonskim pretpostavkama stječe pravo vlasništva, kako na rudno blago, tako i na državno (federalno) zemljište gdje se nalazi ležište rudnog blaga.⁶⁹

Za razliku od trave, drveća, plodova zemlje, svih uporabljivih stvari koje zemlja rađa na svojoj površini, koje se od nje po našem pravu ne mogu pravno odvojiti, rudno blago, podzemne i površinske vode, ako nisu zahvaćene odgovarajućim napravama uz odobrenje nadležne vlasti (bunari, bazeni, umjetna jezera, akumulacije itd.), nisu sastavni dijelovi zemljišta, već su po zakonu izdvojeni kao javna dobra kojima upravlja država preko svojih tijela, ustanova ili javnih poduzeća ili njima upravljaju općine, gradovi, županije. Ova se dobra mogu prisvajati fizičkim odvajanjem od zemljišta ili iskorištavanjem njihovih svojstava u prirodnom stanju (npr. mehanička snaga vode kao pogonska snaga ili za proizvodnju električne energije ili iskorištavanje vode za plovidbu, rekreaciju), ali samo uz odobrenje (koncesiju) nadležne vlasti.

12.1. Rudno blago

Rudno blago u prirodnom ležištu po zakonu je pravno odvojeno od zemljišta. Ovo je pravilo imperativno, zakonom propisano tako da se od njega ne može odstupiti podzakonskim propisom ili pravnim poslom, odnosno privatnom voljom. Zakon o rudarstvu⁷⁰ propisuje: “Rudno blago je u vlasništvu Republike Hrvatske” (čl. 1. st. 2.), bez obzira što je sastavni dio zemljišta na koje ima pravo vlasništva neka druga osoba (fizička ili pravna). Rudnim blagom prema ovom zakonu (čl. 2.) smatraju se sve organske i neorganske mineralne sirovine koje se nalaze u čvrstom, tekućem ili plinovitom stanju u prvobitnom ležištu, u nanosima, jalovištima, tehničkim troskama ili prirodnim rastopinama (u daljnjem tekstu: mineralne sirovine). Mineralne sirovine zakonom su razvrstane u sedam skupina (čl. 3.)⁷¹. Rudno blago je kao javno dobro pravno odvojeno od zemljišta i kada se nalazi na površini zemljišta, što znači da ni u tom slučaju ne pripada vlasniku zemljišta (npr. treset, boksit, ugljen). Slično tomu, bila su definirana prirodna

⁶⁸ U postklasično doba rimskog prava bilo je određeno “pod kojim uslovima mora vlasnik dozvoliti da drugi vadi mramor, kamen i rudu, koje je otkrio na njegovom zemljištu, uz davanje po jedne desetine fisku i vlasniku zemlje” (Horvat, op. cit., str. 171.). Za suvremeno pravo vidi npr., Tenella Sillani, Ch., I “limiti verticali” della proprietà fondiaria, Giuffrè, Milano, 1994., str. 93.-225. i 308.-395.; Messineo, F., Manuale di diritto civile e commerciale, 9. ed., Giuffrè, Milano, 1965., vol. 2., str. 551.-557.

⁶⁹ Prema zakonu iz 1872. koji je uz neke izmjene i dopune i danas na snazi. Vidi Mining Law Administration (Bureau of Land Management solid minerals), 5.2. <http://www.blm.gov/nhp/300/wo.320mmlaw.htm>, Gerard, D., The Mining Law of 1872., Digging a Little Deeper, page 5 of 18 – <http://www.perc.org/perc.http?.id=646> – 9.10.2007. Rudarenje se adekvatno oporezuje pa na taj način država naplaćuje iskorištavanje i prisvojenje prirodnih dobara.

⁷⁰ Zakon o rudarstvu, NN 35/95., (proč. tekst.) 114/01. i 107/03.

⁷¹ Zakon o rudarstvu, NN 190/03. (pročišćeni tekst).

bogatstva i mineralne sirovine te njihova pripadnost po propisima ranijeg Zakona o rudarstvu (čl. 1.-3.)⁷² koji je bio na snazi u sustavu društvenog vlasništva.

Vlasnik zemljišta nije ovlašten braniti iskopavanja ili potkopavanja zemljišta poduzeta radi istraživanja i eksploatacije rudnog blaga. Naprotiv, njegova nekretnina se može izvlastiti uz naknadu tržišne vrijednosti kada je to u interesu Republike Hrvatske (javni interes) radi “istraživanja i eksploatacije rudnog i drugog blaga” (čl. 1. st. 2. i čl. 32. – 42. ZI)⁷³ ili se na njoj može osnovati služnost – nepotpunim izvlaštenjem (čl. 4. st. 1. i 2. ZI) radi iste svrhe, a za slične svrhe može se ustanoviti i zakup do pet godina (čl. 4. st. 3. ZI). Za takve svrhe mogla se eksproprijirati nekretnina u općem interesu i po ranijem pravnom sustavu.⁷⁴

Po ranijem Zakonu o rudarstvu eksploatacija rudnog blaga odobravala se specijaliziranim organizacijama udruženog rada (rudarske organizacije). Samo eksploatacija tehničkog građevnog kamena, pijeska i šljunka te opekarske gline mogla se odobriti, pod određenim uvjetima, mjesnim zajednicama, općinama i gradovima.⁷⁵

Budući da vlasnik zemljišta nije bio vlasnik ležišta pijeska, šljunka, kamena, granita, mramora, gline i sl., ni sam nije smio eksploatirati ove mineralne sirovine, bez odobrenja nadležnog tijela, ako zakonom nije bilo drukčije određeno. Vlasnik zemljišta nije bio ovlašten, zbog toga, ni braniti drugome eksploatiranje ovih sirovina, a ni tražiti naknadu zbog njihovog prisvajanja.⁷⁶ Od osobe koja je neovlašteno eksploatirala pijesak, kamen itd., vlasnik je mogao tražiti samo naknadu štete zbog oštećenja zemljišta ili onoga što je sa zemljištem spojeno samoniklo, zasađeno, izgrađeno ili ugrađeno (čl. 154. i 155. ZOO-a) kao i naknadu zbog uporabe zemljišta bez pravne osnove⁷⁷ (*versio in rem*) po čl. 219. ZOO-a⁷⁸. Vlasnik je mogao, naravno, zabraniti ili tražiti zabranu samovlasnog pristupa ležištu rudnog blaga štiteći svoje pravo vlasništva na zemljištu vlasničkim i posjedovnim tužbama (čl. 37.–43. i čl. 77.–81. ZOVO-a).⁷⁹

Pravo prisvajanja rudnog blaga ima ona osoba kojoj ga je dala nadležna upravna vlast u skladu sa zakonom⁸⁰ radi istraživanja ili eksploatacije (rudarska koncesija).

⁷² Zakon o rudarstvu, NN 19/83. i 20/83.

⁷³ Zakon o izvlaštenju, NN 9/94., 35/94. (ispr.), 112/00. – USRH, 114/01. i 79/06.

⁷⁴ Čl. 1. st. 3. al. 7. Zakona o eksproprijaciji iz 1957., pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ 11/68. i 30/68.; čl. 1. i 3.; republički Zakon o eksproprijaciji iz 1978., pročišćen tekst, NN 46/82., 28/87. i 39/88.

⁷⁵ (Čl. 118.–133. Zakona o rudarstvu).

⁷⁶ Zaključak sjednice VSH od 19. studenog 1963., VSH Gž 206/66 od 12. lipnja 1966.; Gž 4833/74 od 24. rujna 1973., VPSM 195/80 od 10. listopada 1980., Žuvela (3) str. 448.–452.

⁷⁷ VSH Gž 1354/73 od 13. studenog 1973.; Gž 1814/73 od 29. kolovoza 1974. Gž 831/86 od 12. svibnja 1976., Žuvela (3), str. 448.–452., Vidi čl. 219. ZOO-a.

⁷⁸ Cigoj, S., u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima I (redaktor: Blagojević, T.B. – Krulj, V.), Savremena administracija, Beograd 1980., uz navedene članke.

⁷⁹ Stojanović, D., Pop-Georgijev, D., Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd 1980., uz navedene članke; Gavella, N., Sadržaj vlasnikovih indikacionih i publicijskih zahtjeva i posjednikovih protuzahhtjeva, Privreda i pravo, br. 12., 1981.

⁸⁰ Čl. 9. – 10. Zakona o rudarstvu, proć. tekst, NN 35/95., 114/01., 190/03.

12.1.1. Zaštićeni minerali, sigovine i fosili

Zaštićeni minerali⁸¹, sigovine⁸² i fosili⁸³ spadaju u kategoriju “prirodnih vrijednosti”. Zaštićeni minerali po ZZP-u “može se utvrditi onaj mineral, nakupina minerala i sigovine koji zbog svoje rijetkosti, izuzetne veličine ili izgleda, ili izvanrednog znanstvenog značaja predstavlja prirodnu vrijednost u smislu ovoga zakona” (čl. 20. st. 1.). “Zaštićenim fosilom može se utvrditi onaj fosil koji zbog svoje rijetkosti, izuzetne veličine ili izgleda, izvanrednog znanstvenog značenja predstavlja prirodnu vrijednost u smislu ovoga zakona” (čl. 20. st. 2.). Minerali, sigovine i fosili vlasništvo su Republike Hrvatske (čl. 20. st. 3.). Zabranjeno je uništavanje tih prirodnih vrijednosti i njihovih nalazišta (čl. 20. st. 4.). Koji minerali, sigovine i fosili predstavljaju prirodnu vrijednost utvrđuje nadležni ministar na prijedlog ovlaštenog Zavoda (čl. 29.). Oni se unose u Upisnik zaštićenih prirodnih vrijednosti (čl. 30. st. 1.).

12.2. Vode

Voda kao uvjet života čovjeka i svih živih bića, cjelokupne flore i faune, predstavlja opće dobro koje pripada svima zajedno, nikome isključivo pa u prirodnom ležištu ne može biti predmet privatnog prava vlasništva i drugih stvarnih prava.⁸⁴

Po zakonu, vode su pravno odvojene od zemljišta kao opće dobro koje zbog svojih prirodnih osobina ne mogu biti ni u čijem vlasništvu (čl. 3. st. 1. Zakona o vodama⁸⁵, u nastavku ZoV). Razvrstane su po njihovom prirodnom položaju i svojstvima u:

- površinske i podzemne kopnene vode uključujući i ušća rijeka koje se slijevaju u more ili kanale spojene s morem do crte razgraničenja iz čl. 4. t. 6. ZoV-a;
- mineralne i termalne vode, osim mineralnih i geotermalnih voda iz kojih se mogu izdvojiti mineralne sirovine ili koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe što se određuje Zakonom o rudarstvu⁸⁶ te
- nalazišta vode za piće u teritorijalnom moru.

Općenito zalihe vode se obnavljaju po prirodnim zakonima, ovisno o klimatskim i hidrometeorološkim uvjetima, ali se potrošnja vode stalno povećava. S

⁸¹ “Minerali su samorodni, homogeni kemijski elementi ili spojevi u vidu kristalizirane ili amorfne tvari, određene strukture, oblika i sastava. Minerali u smislu ovoga zakona nisu mineralne sirovine” (čl. 7. t. 17. Zakona o zaštiti prirode, NN 70/2005.).

⁸² Sigovine su nakupine minerala u podzemnim prostorima različitih oblika (stalaktiti, stalagmiti, stalagnati, helektiti i dr.), čl. 2. t. 35. ZZP-a.

⁸³ Fosili predstavljaju sačuvane cjeline, dijelove ili tragove izumrlih organizama i njihovih životnih aktivnosti (čl. 2. t. 11. ZZP-a).

⁸⁴ Šire o tomu, Omejec, J., *Površinske tekuće vode kao dobro u općoj uporabi (osnove prava javnih stvari)*, doktorska disertacija, Zagreb, 1993., str. 26.-32. i dalje gdje je citirana značajna pravna literatura o vodama.

⁸⁵ Zakon o vodama, NN 107/95.

⁸⁶ Zakon o rudarstvu, NN 190/03. (pročišćeni tekst).

druge strane, zbog raznovrsnih ljudskih djelatnosti, vode se sve više onečišćuju i troše na razne načine i u različite namjene, a klimatske promjene koje uzrokuju ljudske djelatnosti mogu dovesti do dubokih i trajnih poremećaja režima voda i već dovode do njihove nestašice u pojedinim područjima našeg planeta (šire se područja pustinja).

Vode kao opće dobro imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske, a za njihovo korištenje moraju se ispuniti uvjeti propisani Zakonom o vodama i drugim posebnim zakonom (čl. 3. st. 2. i 3.). Vode se mogu koristiti na sve dopuštene načine⁸⁷ pa i prisvajati određene količine po samom zakonu na temelju koncesije (obvezno pravo) koja je zakonom i ugovorom ograničena.

13. Umjetni dijelovi zemljišta prema hrvatskom pravu

Umjetni su oni dijelovi koji su sa zemljištem spojeni ljudskim radom ili su to ljudske tvorevine nenamjerno spojene sa zemljištem, skriveno blago, kao i arheološki⁸⁸ i paleontološki ostaci, ostaci građevina i naselja, ostaci davno potonulih brodova i brodskih tovara⁸⁹ itd. Ovo se odnosi na postojeće trajne zgrade i sve druge trajne građevine, sve pokretne stvari koje su inkorporirane u zemljište, odnosno u trajne zgrade i sve druge trajne građevine na njegovoj površini i ispod površine, na dnu rijeka i ispod površine dna rijeka, jezera i teritorijalnog mora.

Pretpostavka pravnog jedinstva zemljišta i zgrade i svih pokretnih stvari koje su spojene sa zemljištem je – trajna veza.

13.1. Ljudske tvorevine koje imaju kulturnopovijesno značenje

Od zemljišta su pravno odvojene, po samom zakonu, i one po prirodi pokretne stvari koje su sa zemljištem trajno spojene kroz duga vremenska razdoblja, kao što su: ljudske tvorevine koje imaju kulturnopovijesno značenje, npr. arheološki ostaci minulih civilizacija⁹⁰. Svi “spomenici”, (tj. kulturna i

⁸⁷ Glavač, op. cit., str. 95. – 102.

⁸⁸ Razvijena je i podvodna arheologija u Republici Hrvatskoj koja je do sada identificirala oko četiri stotine arheoloških lokaliteta.

⁸⁹ S potonulim brodovima potonule su i mnoge dragocjene povijesne, kulturne i umjetničke vrijednosti. Nedavno je restaurirana kopija Apoksiomena, brončanog kipa starogrčkog atleta koji je stotine godina ležao na dnu mora kod Lošinja do 1999. godine, a sada je vlasništvo Republike Hrvatske, iako pripada antičkoj kulturi koju baštini druga država. Detaljni podaci o ovom likovnom djelu u Enciklopediji likovnih umjetnosti Jugoslavenskog leksikografskog zavoda FNRJ, Zagreb, MCMLIX, T. 1., str. 118.

⁹⁰ Vidi Arheološka iskopavanja i istraživanja, u: Pravna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd, 1985., T. 1., str. 63.; Rudolf, D., Enciklopedijski rječnik međunarodnog prava mora, Split, 1989., str. 26. (arheološki i povijesni predmeti u moru zaštićeni Konvencijom UN-a o pravu mora iz 1982.). O prisutnosti čovjeka i njegovoj djelatnosti od prvih početaka do zaključno brončanog doba u Hrvatskoj i susjednim zemljama, vidi: Praistorija jugoslavenskih zemalja, u četiri toma enciklopedijskog formata, Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1979., (T. 2. i 3.), 1983. (T. 4.). Jedno od najznačajnijih arheoloških nalazišta u Europi je Lepenski Vir na desnoj obali Dunava u Đerdapskoj klisuri (Srbija), otkriveno 1965. Kultura Lepenskog Vira trajala

povijesna baština) koji su poslije 31. srpnja 1945. bili izvađeni iz zemlje ili iz vode ili nađeni pri iskopavanju i istraživanju, smatrali su se po ZZSK⁹¹ društvenim vlasništvom, odnosno općenarodnom imovinom. Spomenicima kulture po Zakonu smatrali su se “nepokretni i pokretni predmeti, kao i grupe predmeta koji su zbog svoje arheološke, povijesne, sociološke, etnografske, umjetničke, arhitektonske, urbanističke, tehničke i druge naučne ili kulturne vrijednosti od značaja za društvenu zajednicu” (čl. 2. ZZSK). Jednako tako i skriveno blago na površini ili ispod površine zemlje, u zgradama i drugim građevinama (stvari i dragocjenosti nepoznatog vlasnika).^{92,93}

13.1.1. *Spomenici kulture*

Od gore navedenog treba razlikovati spomenike kulture koji su, u načelu i u razdoblju od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991. mogli biti u vlasništvu fizičkih i građanskopravnih osoba (po pravilu vjerskih zajednica i vjerskih ustanova) koje je bilo ograničeno propisima o njihovoj zaštiti (čl. 17.–29., 75. ZZSK), kao i pravom prvokupa u korist lokalnih društvenopolitičkih zajednica (čl. 12.–16. ZZSK).⁹⁴ Spomenici kulture u privatnom vlasništvu mogli su se eksproprijirati i radi istraživanja⁹⁵.

je od otprilike 5800. do otprilike 4950. god. prije Krista. (Vidi Povijest svijeta (Weltgeschichte), preveli s njemačkog Alka Škiljan, et al., Marijan tisak, Split, 2005., I. Dio, str. 41).

⁹¹ Čl. 10. st. 1. Zakona o zaštiti spomenika kulture, NN 7/67., 13/67., 25/77., 31/86., 47/86., 47/89., 19/91., 26/93., 52/94.; Zakon o zaštiti spomenika kulture i prirodjačkih retkosti Demokratske Federativne Jugoslavije, Sl. list DFJ 54/45. – Zakon o potvrdi Zakona (Opći Zakon o zaštiti spomenika kulture i prirodnih retkosti – pročišćeni tekst, Sl. list FNRJ 81/46., 4/51.); Opći zakon o zaštiti spomenika kulture od 16. travnja 1959., Sl. list FNRJ 17/59. i Osnovni zakon o zaštiti spomenika kulture koji je bila preuzela SRH na temelju Ustavnih amandmana iz 1971., NN 52/71. Na snazi je Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara, NN 69/99., 151/03., ispr. 157/03. Vidi odredbe Zakona o plovidbi unutarnjim vodama, NN 19/98. i 151/03. koje se tiču vadenja potonulih stvari. Po tome Zakonu, ako vlasnik ne izvadi potonulu stvar u roku od pet godina, ta stvar “postaje vlasništvo Republike Hrvatske” (čl. 194. st. 1.). Spašavanje imovine za koju se pretpostavlja da ima svojstvo kulturnog dobra ne može se poduzeti bez odobrenja ministarstva nadležnog za poslove kulture (čl. 787. st. 1. Pomorskog zakonika, NN 181/04.).

⁹² §§ 395. i 398. OGZ-a, vidi Uputstvo o postupku s nađenim stvarima od 31. listopada 1949., Sl. list FNRJ 93/49. i 52/57.

⁹³ Rajačić, Č., *Stvarno pravo-predavanja*, Zagreb, 1956., str. 161.-162.; Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, 5. izmijenjeno i dopunjeno izd., NIU, Sl. list SFRJ, Beograd, str. 185., 1990.

⁹⁴ Tomić, S., *Pravna zaštita spomenika kulture u Jugoslaviji*, Savezni institut za zaštitu spomenika kulture, Beograd, 1958.; Brguljan, V., *Pravna zaštita spomenika kulture*, Opština, vol. XVII., br. 8., 1965., str. 30. – 38.; Maksimović, M., *Povodom prodaje i ustupanja na korištenje spomenika kulture u društvenoj svojini privatnim licima*, Zbornik za zaštitu spomenika kulture, tom XII., Beograd, 1961.; *Zaštita spomenika kulture*, Narodna uprava, god. 10., br. 4.-5., 1959., str. 312. – 316.

⁹⁵ J. R., *Opšti zakon o zaštiti spomenika kulture*, Nova administracija, god. VIII., br. 2., 1959., str. 206. – 208.

13.2. *Skriveno blago*

Skriveno blago po OGZ-u sastoji se “u novcu, nakitu ili inim dragocjenostima koje su tako dugo ležale sakrivene, da se njihov prijašnji vlasnik više saznati ne može” (§ 398.)⁹⁶. Tako i po ZV-u blagom “se smatraju novac, dragocjenosti i druge stvari od vrijednosti koje su bile skrivene tako dugo da se više ne može utvrditi tko im je vlasnik” (čl. 140. st. 1.)⁹⁷. Prema tome, “blagom” se smatraju one “dragocjenosti” koje su nekad bile nečije vlasništvo, a ne one dragocjenosti ili druge stvari koje se nalaze u svome prirodnom ležištu ili koje nikad nisu bile nečije vlasništvo.

13.2.1. *Pravna pravila OGZ-a i pozitivni propisi do 1. siječnja 1997.*

Prema pravnim pravilima OGZ-a prvobitno je treći dio nađenog blaga pripadao “državnoj imovini”, jedna trećina nalazniku i jedna trećina vlasniku zemljišta (§ 399.). Jedna trećina pripada i radnicima, koji slučajno nađu blago, ali ako ih je vlasnik “naročito najmio... da traže blago, treba da se zadovolje svojom urednom plaćom” (§ 401.)⁹⁸. Ova ustanova novelirana je Dekretom dvorske kancelarije od 16. lipnja 1846. tako što se nađeno blago dijeli na jednu polovinu nalazniku, a drugu vlasniku zemljišta (državi ne pripada ništa).⁹⁹ Ako je vlasništvo zemlje razdijeljeno (feudalno vlasništvo) onaj dio koji pripada vlasniku dijeli se između “vlasnika vrhovnoga i koristovnoga”. Prema Rušnovu skriveno blago se ne može smatrati pripadnošću zemljišta “jer je već činom što ga je nalaznik zauzeo odijeljeno od zemljišta”¹⁰⁰. Budući da su pravni propisi koji su bili na snazi do 6. travnja 1941., “izgubili pravnu moć”,¹⁰¹ skriveno blago, koje je od 31. srpnja 1945., smatrano općenarodnom imovinom i time pravno odvojeno i od zemljišta u općenarodnoj imovini, kao poseban entitet, nalazi se pod ovim pravnim režimom retroaktivno od 6. travnja 1941.¹⁰² Ono je

⁹⁶ Gotovo prepisana definicija thesaurusa u rimskom pravu (D. 41. 1. 31. § 1.) “vetus quedam depositio pecuniae cuius non exstat memoria, ut iam dominium non habeat”. Vidi, Arangio – Ruiz, V., *Instituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1834., p. 184. Slično suvremenom talijanskom pravu, Barassi, L., *La proprietà nel nuovo Codice civile*, Giuffrè, Milano, 1941., § 4., p. 426. – 441.

⁹⁷ Gavella, N., et al., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, str. 376.-377.

⁹⁸ Vidi *Commentario sopra il Codice civile universale della Monarchia austriaca* di Francesco nobile de Zeiller, vol. secondo, Venezia, str. 170.–173.

⁹⁹ Tako je bilo riješeno i u rimskom pravu, iako su se u nekim razdobljima carskog doba isticali i “zahtjevi fiska na dio pronađenog blaga” (Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1954., Tom I., str. 181.).

¹⁰⁰ Gornji Dekret je u cijelosti citiran u komentaru, A., *Rušnov: Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, Knj. 1., Zagreb 1893., str. 550.

¹⁰¹ Čl. 2. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, pročišćeni tekst, Sl. list FNRJ 86/46.

¹⁰² Vidi Opći zakon o zaštiti spomenika kulture, Sl. list FNRJ 17/59. i potonji Zakon o zaštiti spomenika kulture SRH-a, NN 7/67., 13/67., 25/77., 31/86., 47/86., 47/89., 19/91., 26/93., 54/94. Rajačić, *Stvarno pravo*, str. 161.-162.; Čepulić, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb, 1925., str. 231.-232.; Spaić, V., *Građansko pravo*, Opšti dio i stvarno pravo, Sarajevo, 1971., str. 568.-569.

pravno odvojeno i od zemljišta u općenarodnoj imovini (društvenom vlasništvu) jer pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja društvenopravne osobe na zemljište, ne proteže se na skriveno blago koje po zakonu pripada državi¹⁰³. Iznimka je postojala samo u odnosu na zemljište na koje je država imala pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja.

13.2.2. *Zakon o vlasništvu*

Prema Zakonu o vlasništvu nađeno blago “ako zaista nema vlasnika” u cijelosti je vlasništvo Republike Hrvatske (čl. 140. st. 2.). Interpolacija “ako zaista nema vlasnika” je nepotrebna jer po zakonskoj definiciji skriveno blago nema vlasnika (čl. 140. st. 1.)¹⁰⁴. Za nađeno skriveno blago Republika Hrvatska duguje odgovarajuću naknadu nalazniku i vlasniku nekretnine. Ona se može osloboditi ove obveze ako nalazniku i vlasniku nekretnine preda blago u samostalni posjed “u kojem će se slučaju na odgovarajući način primjenjivati odredbe ovoga Zakona o predaji stvari nalazniku i o stjecanju vlasništva nađene stvari” (čl. 140. st. 7.). Ove odredbe na odgovarajući način primjenjuju se i na nositelja prava građenja, ako je blago nađeno u zgradi koja je pripadnost zemljišta na kojem on ima pravo građenja (čl. 140. st. 8.)¹⁰⁵. Prema tomu, skriveno blago je *ex lege* po sadašnjem pravu pravno odvojeno od nekretnine, osim u slučaju kada je vlasnik nekretnine, odnosno zgrade na pravu građenja, u kojoj je nađeno blago, Republika Hrvatska, koja je po zakonu, inače, vlasnik skrivenog blaga.

¹⁰³ Vuković, M., *Pravila građanskih zakonika*, Školska knjiga, Zagreb, 1961., str. 211.

¹⁰⁴ Novac, dragocjenosti i druge stvari od vrijednosti koje su bile skrivene tako dugo da se više ne može uvrđiti tko im je vlasnik.

¹⁰⁵ Zakon se pogrešno izražava jer zgrada, u tom slučaju, nije pripadnost zemljišta, nego prava građenja kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3. ZV-a).

Summary

A REAL PROPERTY AS AN OBJECT OF THE RIGHT OF OWNERSHIP AND RIGHT TO BUILD

Real properties as objects of property rights are certain land areas which are among themselves divided with geometrical lines (cadastral and building plots) and everything what is at their surface or under it being affixed by man's work.

A legal presumption of legal unity of real property, which is expressed by the traditional principle *superficies solo cedit*, is a permanent bond between objects affixed to land, permanent buildings and other structures as well as everything what is generated by a soil at its surface, either being self-grown or sown, that is, planted. Modern legal systems are familiar with the institute of legal duality of a land and a building (right to build, right of superficies etc.), and some of them with the legal duality of a land and a tree. Therefore, the legal unity of real property is only a rebuttable presumption (*praesumptio iuris tantum*).

The building plots (real properties) as objects of the right of ownership and other property rights are horizontally bordered with other real properties being owned by a certain person, or with a common good or public good in common use. The real properties are vertically bordered by the border of owner's legally justified interest to exclude interventions of others in depth and height. Out of these borders a common good has been spread and it can be used by everyone according to conditions and in a manner prescribed by the state within its sovereignty limits. The idea according to which the ownership right is unlimited and reaches the stars (*usquae ad sidera*) was stroked down by an aeroplane as it happened with the idea on unlimited state sovereignty in air traffic which was stroked down by Soviet Sputnjik.

The right of ownership over land can be limited by the right to build, however, the object of the right to build as a real property in legal sense does not suppress the object of the right of ownership, rather it only limits owner's titles. In the same area there is the object of the right of ownership and the object of the right to build.

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

Riassunto

**I BENI IMMOBILI QUALI OGGETTI DEL DIRITTO
DI PROPRIETÀ E DEL DIRITTO A COSTRUIRE**

I beni immobili, quali oggetti dei diritti reali, sono determinate porzioni di terreno, separate con delle linee geometriche (particelle catastali ed edili) congiuntamente a tutto ciò che sopra o sotto il suolo con esse è unito durevolmente attraverso l'intervento umano.

Il presupposto giuridico per l'unicità giuridica del bene immobile, che tradizionalmente si esprime con il principio *superficies solo cedit*, rappresenta il legame duraturo delle cose congiunte al suolo, dell'edificio durevole e delle altre costruzioni, come pure tutto ciò che la terra produce sulla superficie, sia ciò sorto spontaneamente oppure seminato e/o piantato. Gli ordinamenti giuridici contemporanei conoscono ipotesi di dualità giuridica del suolo e della costruzione (diritto a costruire, diritto di superficie, etc.), mentre alcuni di loro addirittura conoscono la dualità giuridica del suolo e degli alberi. Alla luce di un tanto, l'unicità giuridica dell'immobile rappresenta soltanto una presunzione relativa (*praesumptio iuris tantum*).

Le particelle tavolati (immobili), quali oggetti del diritto di proprietà e degli altri diritti reali sono localizzate orizzontalmente da altri immobili di proprietà di una determinata persona, oppure da beni comuni o da beni demaniali di cui tutti godono. Gli immobili sono circoscritti verticalmente dal confine dell'interesse giuridico del proprietario, affinché i terzi non intervengano in profondità od in altezza. Al di fuori di questi confini si estende il bene comune, che può essere utilizzato da tutti alle condizioni fissate dallo Stato nei limiti della sua sovranità. Il concetto dell'illimitatezza del diritto di proprietà fino alle stelle (*usquae ad sidera*) è stato abbattuto dall'aeroplano, così come nello spazio aereo l'idea della sovranità statale illimitata è stato smantellata dallo Sputnik sovietico.

Il diritto di proprietà sul suolo può essere limitato dal diritto a costruire, ma l'oggetto del diritto a costruire, quale immobile in senso giuridico non comprime gli oggetti del diritto di proprietà, bensì limita soltanto le facoltà del proprietario. Nello stesso spazio si trovano l'oggetto del diritto di proprietà e l'oggetto del diritto a costruire.

Parole chiave: *diritto di proprietà, diritto a costruire, terreno.*

IZAZOVI NOVIH TEHNOLOGIJA NA RADNOM MJESTU (posebnosti pravnih rješenja)

Dr. sc. Nada Bodiroga Vukobrat,
izvanredna profesorica
Adrijana Martinović, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.738:004
Ur.: 27. siječnja 2009.
Pr.: 26. veljače 2009.
Izvorni znanstveni članak

*“Ljudsko dostojanstvo je sinteza razuma, moralnog izbora,
jednakosti, duhovnosti, moći osjećaja, svijesti i savjesti.”*

F. Fukuyama

U radu se analiziraju novi izazovi koji su se otvorili novim informacijskim i komunikacijskim tehnologijama.

Otvorio se i čitav niz novih pravnih pitanja. Prvu skupinu koja je analizirana u radu čine pitanja zaštite dostojanstva i osobnih podataka zaposlenika i poslodavčeve kontrole i nadziranja zaposlenika tijekom radnog vremena.

Drugu skupinu pitanja čini upotreba interneta, intraneta i e-maila za vrijeme radnoga vremena u privatne svrhe te njihova zloraba kao razlog otkaza o radu.

Analizira se recentna sudska praksa njemačkih sudova i hrvatska rješenja de lege lata te daju prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: *nadziranje radnika, radno vrijeme, zloraba interneta, dostojanstvo radnika, otkaz ugovora o radu.*

1. Uvod

U suvremenim uvjetima rada, nove informacijske i komunikacijske tehnologije (e-mail, internet i intranet) postali su dijelom naše svakodnevnice na radu.

Nova komunikacijska sredstva otvaraju čitav niz kompleksnih pravnih pitanja koja se postavljaju pred pravnu znanost i struku.

Broj otvorenih pitanja svakim je danom sve veći kako je na tržištu sve više programa kojima se može nadzirati i koji se veoma lako mogu nabaviti.

Kako bi zaštitile vlastite informacijske sustave tvrtke koriste nadzor (system monitoring) i analizu (security analysis) kojima provjeravaju pristup korištenju računalnog ili mrežnog sustava, analize rada te sigurnosne slabosti.

Sve češći zahtjevi za daljinskim načinom rada postavljaju pitanja glede osiguranja komunikacije između zaposlenika, zajedničkog rada na projektima, daljinskog načina rada elektroničkom razmjenom podataka, otvarajući pitanje zaštite dostojanstva i osobnih podataka zaposlenika i poslodavčeve kontrole i nadziranja zaposlenika tijekom radnog vremena.

Tvrtke imaju pristup ogromnoj količini informacija, koje se uz pomoć magnetske pohrane i digitalne obrade i interneta, mogu ponovno povezati i primijeniti u različite svrhe i u različitim kontekstima. To sve stvara nevjerojatan pritisak, kako na poslodavce, tako i na posloprimce. Bez zaposlenika sposobnih upravljati, i tehnički, i kontekstualno, obiljem različitih informacija, što ih organiziraju, fokusiraju, preobražavaju u posebna znanja glede obavljanja određenih radnih zadataka i poslova, globalna gospodarstva i tvrtke ne bi mogli funkcionirati.

Nove tehnologije, trendovi potaknuti tržišnim natjecanjem u kontekstu globalizacije ili, pak, vođeni tehnologijom k fleksibilnosti, nalaze se u fundusu preobražaja radnih odnosa. Tako tradicionalni oblici rada utemeljeni na stalnoj zaposlenosti, jasno određenim zadacima unutar zanimanja polako, ali sigurno blijede i nestaju.¹

Fleksibilnost rada, promjenjivi obrasci zaposlenja, različiti uvjeti rada, individualizacija radnih odnosa obilježja su jezgre *new economy*, dajući doprinos novome obliku društvene strukture. Fleksibilnost i prilagodljivost novih tehnologija omogućava koordiniranje zadataka te upravljanje složenošću. Kombinacija fleksibilnosti i uspješnosti u rješavanju zadataka, koordinirano donošenje odluka te decentralizirana izvedba, individualni izraz nehijerarhijske komunikacije omogućava nove oblike ljudskog i poslovnog djelovanja.

Vrednovanja na financijskom tržištu određuju realnu uspješnost tvrtke, a zaposlenici su izvor produktivnosti, inovacija i konkurentnosti.

Rad u e-ekonomiji ovisan je o zaposlenikovoju sposobnosti prikupljati, obraditi i primijeniti informaciju (najčešće online).

Digitalna je revolucija stvorila i novu generaciju zaposlenika. Temeljne osobine koje karakteriziraju nove zaposlenike na tržištu rada su: natprosječne vještine pretraživanja i korištenja informacija, simultano obavljanje više zadataka te diskontinuirano i nelinearno učenje.

Zapravo, nelinearnost, brzina, logičnost, inteligencija su dio pozitivnog iskustva stečenog novim informacijskim tehnologijama.

Standarde koji su uobičajeni i čak prihvaćeni (npr. na internetu) nova generacija zaposlenika implementira u stvarnost izvan digitalnog prostora. Uobičajene društvene norme ponašanja, kako na radnom mjestu, tako i u privatnom životu

¹ Castells, M., *Informacijsko doba. Ekonomija, društvo i kultura*, Svezak I, *Uspón umreženog društva*, Golden Marketing, Zagreb, 2000., str. 293-296.

za novu generaciju zaposlenika su vrlo često neprihvatljive. Problem će biti u budućnosti, sustav vrijednosti koji je stvoren u virtualnom svijetu (na internetu) i čini se ugraviran kod eventualnih konflikata pri postojećim radnopravnim propisima i interpretaciji istih.

Generacija zaposlenika koja je danas već ušla ili ulazi na tržište rada odrasla je uz tvrdnje: “internet je tkivo naših života” ili “internet je beskrajno područje slobode”.

U ovome radu pokušavamo odgovoriti na pitanja, točnije osvijetliti zasjenčena područja ovoga problema koji se pojavio i koji će biti sve aktualniji u budućnosti.

2. Radno pravo i nove tehnologije

Ključne riječi IT – radnoga prava postali su management znanja/upravljanje znanjem, “telework”, zaštita osobnih podataka, tehnička kontrola i nadzor zaposlenika.

Pitanja koja se najčešće postavljaju možemo grupirati u dvije velike skupine te ćemo ih u ovome radu tako i razmatrati.

Prvu skupinu čine pitanja:

- Koje mehanizme nadzora i kontrole ima poslodavac?
- Kako štititi osobne podatke zaposlenika?

Drugu skupinu čine pitanja glede uporabe interneta u privatne svrhe na radnom mjestu:

- Zašto i kako praviti razliku uporabe interneta u privatne i/ili poslovne svrhe?
- Koje pravne posljedice proizvodi uporaba interneta u privatne svrhe?

Također se moramo zapitati jesu li potrebne nove forme u radnome pravu ili nove tehničke izazove treba promatrati kao stare probleme u novom virtualnom svijetu i primjenjivati postojeće institute.

Znanja zaposlenika danas su često pohranjena u njihovim osobnim računalima na radnom mjestu i na taj način dostupna su trećim osobama. “Management znanja” i baza podataka vještina i znanja zaposlenika (*njem.* “*Skilldatenbanken*”) danas su uobičajeni termini i u radnome pravu. Vrlo često najvrjednije dijelove tvrtki predstavljaju tehnički i organizacijski postupci i njihov “output” je svakim danom značajniji.

2.1. Osažena i pojačana informacijska moć poslodavca

Informatizacija na radnome mjestu dala je sasvim drugi sadržaj i kontekst kontroli koju može sprovoditi poslodavac. Metafora koju je u naslovu jednoga rada uporabio Däubler čini nam se veoma prikladnom *Gläserne Belegschaft*² (hrv. stakleno, prozirno, lomljivo osoblje, tj. zaposlenici).

² Däubler, W., *Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte*, 3. Auflage, Köln, 1993.

Kako je na radnome mjestu najkorišteniji internet, poslodavac se najčešće za nadzor³ koristi *vatrenim zidom (firewall)*⁴ kako bi se kontrolirali podaci.

Firewall sustav je od velikoga značaja za poslodavca jer mu omogućava nadzor protokoliranja i obrade podataka. Posebice kroz pristup preko tzv. *proxy-servera*⁵ poslodavac može utvrditi koje stranice i koliko dugo su posjećivane od strane zaposlenika (npr. porno sadržaji i sl.).

Mogućnost nadzora zaposlenika pruža i Spyware⁶. Pored ovih tehničkih mogućnosti i sistem administratori mogu ulaziti u "informatičku privatnost".

U njemačkoj se literaturi navodi i metoda istražitelja, tzv. *investigation*⁷. Najčešće se radi o trećim osobama, vrlo često odvjjetničkim uredima koji naziru aktivnosti "sumnjivih" posloprimaca.

Ono što je do jučer bilo nezamislivo danas je stvarnost. Poslodavac uz pomoć GPS-a u svakome trenutku može locirati gdje se nalazi zaposlenik sa službenim vozilom ili pak službenim mobitelom točno odrediti lokaciju gdje se nalazi zaposlenik, a ispisom telefonskih računa gdje i kada je, te s kime kontaktirao.

U svim je zemljama EU radno pravo reagiralo zaštitom osobnih podataka i pitanjem privole zaposlenika žele li, i uolikoj mjeri, biti nadzirani sukladno nacionalnim zakonima o zaštiti osobnih podataka i radnopravnog zakonodavstva.

U pravu Europske zajednice direktive su glavni izvor harmonizacije propisa u području zaštite osobnih podataka u državama članicama.⁸

³ Uz pomoć "firewalla" može se utvrditi pristup kada i koliko određenim mrežnim stranicama i sadržajima, pitanje *downloada* i registriranje istih.

⁴ Firewall sustav "je jedan od načina zaštite u kompjutorskim mrežama sa svrhom da spriječi neovlašten pristup podacima i programima. Koristi se da bi sudionicima omogućio pristup internetu bez opasnosti za podatke na lokalnoj mreži s koje se pristupa, kao i kada se želi zaštititi veza između javnog web servera poduzeća dostupnog svima, i interne mreže s kojom je povezan. Moguće ih je koristiti kao zaštitu i interno, unutar same lokalne mreže kako bi se neki važniji segmenti zaštitili od neovlaštenog pristupa." Dragičević, A. i D., Leksikon ekonomije i informatike, A. i D. Dragičević, 1999., cit. prema Dragičević, D., Kompjutorski kriminalitet, Informator, Zagreb, 1999., str. 90. Sigurnosni stručnjaci smatraju da firewall nisu sretna rješenja u zaštiti komunikacijskih sustava, jer imaju velika ograničenja za korisnike interneta.

⁵ Proxy-Server je program za računalne mreže. Zajedno s "firewall" sustavom ima funkciju kontrole mrežnih stranica i podataka koji su obrađivani.

⁶ Pod imenom "Spector", "CyberPatrol" ili "Surfwatch". Takvi programi omogućavaju posloдавcima redoviti "screenshots" ekrana i sadržaja na njima.

⁷ Vidi šire Mengel; A. / Ullrich, Th., Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations, NZA, 2006., Heft 5, str. 240-246. i Mengel, BB, 2004., str. 2014.

⁸ Direktive (smjernice, engl. Directives, njem. Richtlinien) su sukladno čl. 249. Ugovora o Europskoj zajednici akti obvezujući za državu članicu u pogledu rezultata koji se njima trebaju postići, a na nacionalnim tijelima je odabrati oblik i način transpozicije direktiva u vlastiti pravni sustav.

3. *Zaštita osobnih podataka u pravu Europske zajednice*

Najvažniji pravni instrument u području zaštite osobnih podataka na razini Europske zajednice je Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti fizičkih osoba s obzirom na postupanje s osobnim podacima te o slobodnom prometu tih podataka⁹, čiji je cilj zaštita temeljnih prava i sloboda fizičkih osoba, osobito prava na privatnost pri obradi osobnih podataka. U preambuli Direktive 95/46/EZ ističe se da je u procesu izgradnje i djelovanja unutarnjeg tržišta nužno omogućiti slobodan promet osobnih podataka iz jedne države članice u drugu, uz istovremenu zaštitu temeljnih prava i privatne sfere pojedinca.

Poštujući ciljeve Direktive 95/46/EZ i krećući se u okvirima direktivom zadanih parametara, države članice svojim nacionalnim propisima uređuju opće uvjete obrade i zaštite osobnih podataka. Direktiva 95/46/EZ sadrži načela glede zaštite temeljnih prava i sloboda, posebno vodeći računa o privatnosti te konkretizira i proširuje Konvenciju Vijeća Europe od 21. siječnja 1981.¹⁰ Načela zaštite prava i sloboda vrijede za sve vrste obrade podataka i sve osobe koje obavljaju obradu podataka, koji potpadaju u polje primjene prava EZ.¹¹

Direktivom je osobni podatak definiran kao svaka informacija koja se odnosi na fizičku osobu koja je identificirana ili se može identificirati.¹² Osobni podaci smiju se prikupljati i obrađivati samo u skladu sa zakonom, za točno određenu svrhu i razmjerno svrsi prikupljanja (čl. 6. Direktive 95/46/EZ). Obveza je voditelja baze podataka skrbiti se o točnosti i ažuriranju prikupljenih podataka. Podaci koji nisu točni ili potpuni moraju biti ispravljani, izbrisani ili pristup takvim podacima mora biti onemogućen (čl. 12. st. 1. toč. b) Direktive).

Za prikupljanje podataka nužan je izričiti pristanak osobe na koju se odnose. Iznimke od ovog pravila točno su određene, primjerice ukoliko su određeni podaci potrebni za izvršenje ugovora koji je sklopljen s tom osobom ili izvršenje predugovornih radnji koje se poduzimaju na zahtjev te osobe, ili radi ispunjenja neke zakonske obveze ispitanika, ili radi zaštite interesa od životnog značaja za ispitanika, ostvarenja zadatka od javnog interesa, ili povezanog s izvršavanjem javnih ovlasti koje ima voditelj zbirke podataka ili treća osoba kojoj se daju ti podaci, ili je prikupljanje osobnih podataka potrebno radi zaštite određenog

⁹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; Official Journal, L 281, 23.11.1995., str. 31–50 (dalje u tekstu: Direktiva 95/46/EZ).

¹⁰ Convention for the Protection of Individuals with Regards to Automatic Processing of Personal Data, Council of Europe, Strassbourg, 1981. Šire o ovoj temi vidi u: Bodiroga-Vukobrat, N.; Dulčić, K., *Zaštita osobnih podataka u europskom i hrvatskom pravu*, Split, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, 29/2005; str. 327-356.

¹¹ Bodiroga-Vukobrat, N.; Dulčić, K., op. cit., str. 336.

¹² Osobom koja se može identificirati smatra se ona osoba čiji se identitet može utvrditi neposredno ili posredno, osobito određenim identifikacijskim brojem, ili jednim ili više specifičnih elemenata karakterističnih za njen fizički, fiziološki, psihički, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet - čl. 2. st. 1. a) Direktive 95/46/EZ.

legitimnog interesa voditelja baze podataka ili treće osobe (ili osoba) kojoj se daju osobni podaci, pod uvjetom da ne prevladavaju osobni interesi ispitanika koji se štite Direktivom (čl. 7. st. 1. toč. b) – f) Direktive 95/46/EZ).

O koliko teškom zahvatu u tuđi privatni život će se raditi prvenstveno ovisi o samom načinu i kontekstu u kojem se koriste podaci, a manje o vrsti podataka. Glede prikupljanja i obrade posebnih kategorija podataka, tzv. *senzitivnih* podataka koji se odnose, primjerice, na rasno ili etničko podrijetlo, vjerska ili filozofska uvjerenja, političko mišljenje, članstvo u sindikatima, zdravlje ili seksualni život (čl. 8. st. 1. Direktive 95/46/EZ) i koji predstavljaju bit prava pojedinca na privatnost, pored izričitog pristanka ispitanika postoji i čitav niz drugih mjera kojima se osigurava zaštita pojedinaca. Na primjer, “(...) *Dopušteno je prikupljati senzitivne osobne podatke u slučaju kada je voditelj baze podataka na to obavezan sukladno propisima koji reguliraju radne odnose, te ga obvezuju na prikupljanje tih podataka za ispunjenje svojih zakonskih obveza uz pružanje adekvatnih jamstava. (...) Tako primjerice poslodavac ima pravo prikupljati podatke o zdravstvenom stanju svojih zaposlenika, kako bi regulirao njihovo pravo na izostanak s posla zbog bolesti ili u slučaju zapošljavanja ima dužnost utvrditi je li osoba koja se javila na njegov natječaj zdravstveno sposobna za obavljanje poslova na određenom radnom mjestu*”.¹³

3.1. Hrvatska rješenja de lege lata glede zaštite osobnih podataka

U Republici je Hrvatskoj Ustavom zajamčena sigurnost i tajnost osobnih podataka. Osobni podaci mogu se prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz privolu ispitanika ili uz uvjete predviđene zakonom, dok je uporaba suprotna svrsi njihova prikupljanja zabranjena.¹⁴ Nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava uređuje se zakonom.¹⁵

Zakoni koji reguliraju ovu problematiku su: Zakon o zaštiti osobnih podataka¹⁶, Zakon o pravu na pristup informacijama¹⁷ te podzakonski akti: Uredba o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka¹⁸ te Uredba o načinu vođenja i obrascu evidencije o zbirkama osobnih podataka.¹⁹

Zakonom o zaštiti osobnih podataka uređuje se zaštita osobnih podataka o fizičkim osobama te nadzor nad prikupljanjem, obradom i korištenjem osobnih podataka u Republici Hrvatskoj. Svrha zaštite osobnih podataka, jednako kao i u prethodno spomenutim međunarodnim izvorima, je u zaštiti privatnog života i

¹³ Bodiroga-Vukobrat, N.; Dulčić, K., op. cit., str. 338.

¹⁴ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine 44/01 – pročišćeni tekst i 55/01 – pročišćeni tekst; čl. 37.

¹⁵ Ustav RH, čl. 37. st. 2.

¹⁶ Narodne novine, br. 103/2003, 118/06, 41/08.

¹⁷ Narodne novine, br. 172/03.

¹⁸ Narodne novine, br. 139/2004.

¹⁹ Narodne novine, br. 105/2004.

ostalih ljudskih prava i temeljnih sloboda u prikupljanju, obradi i korištenju osobnih podataka. Zaštita osobnih podataka u Republici Hrvatskoj osigurana je svakoj fizičkoj osobi bez obzira na državljanstvo i prebivalište te neovisno o rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama.²⁰

Definicija osobnog podatka iz čl. 2. Zakona o zaštiti osobnih podataka gotovo je izrijeком prenesena iz Direktive 95/46/EZ.²¹

Osobni podaci mogu se prikupljati u svrhu s kojom je ispitanik upoznat, koja je izričito navedena i u skladu sa zakonom i mogu se dalje obrađivati samo u svrhu u koju su prikupljeni, odnosno u svrhu koja je podudarna sa svrhom prikupljanja.²² Načelo razmjernosti dolazi do izražaja u odredbi prema kojoj se podaci ne smiju prikupljati u većem opsegu od onog koji je nužan za postizanje utvrđene svrhe.²³

Za prikupljanje i obradu osobnih podataka nužna je privola ispitanika, tj. njegovo slobodno i izričito očitovanje volje kojom izražava svoju suglasnost s obradom njegovih osobnih podataka u određene svrhe.²⁴ Ispitanik ima pravo u svako doba odustati od dane privole i zatražiti prestanak daljnje obrade njegovih podataka, osim ako se radi o obradi podataka u statističke svrhe kada osobni podaci više ne omogućuju identifikaciju osobe na koju se odnose.²⁵

Direktivom 95/46/EZ je predviđen širok krug ovlasti koje ima tijelo za nadzor, ali i obveza istog tijela postupati transparentno, odnosno sve svoje odluke i postupke izložiti javnosti iz dva razloga: kako bi odluke bile poznate širokom krugu osoba, da se javno uvidi koja ponašanja nisu dopuštena te, drugo, da se omogući uvid u rad i spriječe eventualne zlouporabe danih ovlasti.

U Republici Hrvatskoj nadzor nad obradom osobnih podataka provodi Agencija za zaštitu osobnih podataka, u čiji djelokrug spadaju poslovi nadzora nad provođenjem zaštite osobnih podataka, na prijedlog ispitanika, treće strane ili po službenoj dužnosti.

Agencija je do sada donijela više desetaka rješenja iz svoje nadležnosti.²⁶ Valja pohvaliti rad Agencije, ali i dati zamjerku da se ažuriraju podaci na web stranicama Agencije kako bi bili dostupni širem kugu zainteresiranih.²⁷

²⁰ Zakon o zaštiti osobnih podataka, čl. 1. st. 3.

²¹ U terminologiji Zakona o zaštiti osobnih podataka "ispitanik" je termin kojim se označava identificiranu fizičku osobu ili fizičku osobu koja se može identificirati, a na koju se odnosi osobni podatak.

²² Zakon o zaštiti osobnih podataka, čl. 6. st. 1.

²³ Zakon o zaštiti osobnih podataka, čl. 6. st. 2.

²⁴ Prikupljanje i obrada osobnih podataka moguća je u drugim zakonom izričito predviđenim slučajevima (čl. 7. st. 1. Zakona o zaštiti osobnih podataka).

²⁵ Zakon o zaštiti osobnih podataka, čl. 7. st. 2.

²⁶ www.azop.hr.

²⁷ Zahvaljujući ljubaznosti i susretljivosti djelatnika Agencije objavljujemo, još neobjavljene odluke, rješenja i mišljenja, te smo ih anonimizirali. Valjalo bi da što skorije Agencija ažurira

U ovom radu iznosi se nekoliko mišljenja i odluka Agencije za zaštitu osobnih podataka u kojima se Agencija imala priliku očitovati o primjeni novih tehnologija evidentiranja nazočnosti radnika na radu, zanimljivih i u kontekstu zaštite privatnosti i dostojanstva radnika.

Tako hrvatska Agencija za zaštitu osobnih podataka u svojem mišljenju²⁸ od 6. studenoga 2006. utvrđuje:

“Temeljem odredbe članka 32. stavka 3. Zakona o zaštiti osobnih podataka, Agencija je dana 30. listopada 2006. godine izvršila neposredan nadzor provođenja zaštite osobnih podataka o čemu je sastavljen zapisnik Klasa: 004-02/06-01/162, ur. broj: 567-02/05-06-06. Navedenim zapisnikom utvrđeno je da sustav evidencije nazočnosti radnika na poslu koji se temelji na biometrijskom otisku prsta još nije u funkciji, te da se u bazi podataka elektronskog registratora koji vodi tvrtka XY nalaze samo predložci otisaka prsta onih radnika koji su za to dali pisanu privolu dok su za radnike koji su navedenu privolu uskratili predložci izbrisani. Također je utvrđeno da će se za radnike koji nisu dali pisanu privolu za uzimanje predložka otiska prsta osigurati drugi način evidencije dolazaka i odlazaka s posla.

Budući da se kod uzimanja predložka otiska prsta metodom biometrije radi o osobnom podatku, u provedenom postupku od strane Agencije utvrđeno je da je tvrtka XY u tijeku prikupljanja osobnih podataka postupila sukladno odredbama Zakona o zaštiti osobnih podataka te je prema odredbi članka 9. stavka 1. Zakona prije prikupljanja osobnih podataka informirala radnike o svrsi obrade u koju su podaci namijenjeni, o korisnicima tih osobnih podataka te da li se radi o dobrovoljnom ili obveznom davanju osobnih podataka u narečenoj Obavijesti radnicima od 4. listopada 2006. godine. Također, sukladno citiranoj odredbi članka 7. stavka 1. podstavka 1. Zakona, od svakog radnika zatražena je privola za prikupljanje i daljnje obrađivanje osobnih podataka-predložaka otiska prsta te je navedenu privolu dala većina zaposlenih radnika u pisanom obliku dok mali broj radnika nije dao privolu.

Slijedom navedenog, evidentiranje prisutnosti na radnom mjestu uz pomoć sustava evidencije koji se temelji na biometrijskom predložku prsta može se primijeniti samo na one radnike koji su dali privolu o uzimanju otiska prsta kao načina evidencije dolaska i odlaska s posla sukladno citiranoj odredbi članka 7. stavka 1. podstavka 1. Zakona o zaštiti osobnih podataka dok je za sve radnike koji nisu dali pisanu privolu za uzimanje predložka otiska prsta potrebno osigurati drugi način evidencije dolazaka i odlazaka s posla.”

Na tome tragu nalazi se i mišljenje Agencije dano radniku W. glede obrade osobnih podataka u svrhu evidencije dolazaka i odlazaka s posla korištenjem otiska prsta²⁹.

mrežne stranice, kako bi rad Agencije, koji je na europskoj razini, te praksa, bio dostupan široj javnosti što je i jedan od ciljeva, a to je transparentnost rada i ujednačavanje prakse.

²⁸ Svi podaci glede osoba i gospodarskih subjekata su anonimizirani.

²⁹ “U smislu članka 2. stavka 1. točke 1. Zakona o zaštiti osobnih podataka (“Narodne novine”, broj 103/03., 118/06. i 41/08.) osobni podatak je svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku

Posebno osjetljivo pitanje koje je regulirano u čl. 29. Zakona o radu³⁰ je zaštita privatnosti.

Članak 29. Zakona o radu valja tumačiti u kontekstu naprijed navedenih zakona i podzakonskih akata glede osobnih podataka zaposlenika. Kontrola i nadzor zaposlenika video kamerama bila je predmetom rješenja Agencije od 22. listopada 2007. Zaposlenici tvrtke XX obratili su se Agenciji s upitom jesu li nezakonito postavljene kamere za nadzor i je li nezakonito uvođenje video nadzora sa svrhom prikupljanja podataka radnika.

osobu ili fizičku osobu koju se može identificirati – osoba koja se može identificirati je osoba čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovu i jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet. (...) Budući da prikupljanje i daljnja obrada osobnih podataka korištenjem otiska prsta nije propisana zakonom, za prikupljanje i daljnju obradu osobnog podatka radnika - otiska prsta, potrebna je privola osobe sukladno članku 7. Zakona o zaštiti osobnih podataka, a prije prikupljanja osobnih podataka potrebno je informirati radnike na način kako je propisano člankom 9. Zakona o zaštiti osobnih podataka.

Iz navedenog proizlazi da je otisak prsta jedinstveno tjelesno obilježje koji je osobni podatak te se smije prikupljati i obrađivati samo uz privolu ispitanika i samo u svrhu za koju je ispitanik dao privolu. Privola ispitanika znači slobodno dano i izričito očitovanje volje ispitanika kojom on izražava svoju suglasnost s obradom njegovih osobnih podataka u određene svrhe, i koja može biti dana pisano i usmeno. Isto tako postoji zakonska mogućnost da ispitanik opozove privolu i zatraži prestanak daljnje obrade njegovih podataka.

Ako poslodavac kao voditelj zbirke ne postupi u skladu s prethodno navedenim odredbama Zakona o zaštiti osobnih podataka, kontrola dolaska i odlaska s posla uređajem koji se bazira na čitaču otiska prsta bit će nezakonita. (...) Nadzorom je utvrđeno da je YY kao voditelj zbirke osobnih podataka uveo sustav za kontrolu dolazaka i odlazaka s posla korištenjem otiska prsta. Utvrđeno je da je radnicima dana mogućnost potpisivanja izjave kojom su dali suglasnost za provedbu postupka snimanja predloška karakterističnih točaka prsta, koji će se koristiti isključivo u funkciji evidencije radnog vremena za potrebe poslodavca YY i koji se u druge svrhe ne smije upotrijebiti. Za radnike koji nisu dali privolu, poslodavac YY kao voditelj zbirke osobnih podataka osigurao je alternativan način vođenja evidencije radnog vremena upisivanjem u bilježnicu.” Agencija za zaštitu osobnih podataka, odgovor na upit građanina, Klasa: 041-02/08-01/120, urbroj: 567-02/05-08-09 od 01.12.2008.

³⁰ Čl. 29. Zakona o radu glasi:

- (1) Osobni podaci radnika smiju se prikupljati, obrađivati, koristiti i dostavljati trećim osobama samo ako je to određeno ovim ili drugim zakonom ili ako je to potrebno radi ostvarivanja prava i obveza iz radnoga odnosa, odnosno u svezi s radnim odnosom.
- (2) Ako je osobne podatke iz stavka 1. ovoga članka potrebno prikupljati, obrađivati, koristiti ili dostavljati trećim osobama radi ostvarivanja prava i obveza iz radnoga odnosa, odnosno u svezi s radnim odnosom, poslodavac mora unaprijed Pravilnikom o radu odrediti koje će podatke u tu svrhu prikupljati, obrađivati, koristiti ili dostavljati trećim osobama.
- (3) Osobne podatke radnika smije prikupljati, obrađivati, koristiti i dostavljati trećim osobama samo poslodavac ili osoba koju za to posebno opunomoći poslodavac.
- (4) Netočni osobni podaci moraju se neodgodivo ispraviti.
- (5) Osobni podaci za čije čuvanje više ne postoje pravni ili stvarni razlozi moraju se brisati ili na drugi način ukloniti.
- (6) Poslodavac je dužan imenovati osobu koja je osim njega ovlaštena nadzirati da li se osobni podaci radnika prikupljaju, obrađuju, koriste i dostavljaju trećim osobama u skladu sa zakonom.
- (7) Osoba iz stavka 6. ovoga članka mora uživati povjerenje zaposlenih, a podatke koje sazna u obavljanju svoje dužnosti mora brižljivo čuvati.

Tako se u rješenju navodi: “Člankom 9. stavkom 1. Zakona o zaštiti osobnih podataka propisano je da je voditelj zbirke osobnih podataka ili izvršitelj obrade dužan informirati ispitanika o identitetu voditelja zbirke osobnih podataka, o svrsi obrade u koju su podaci namijenjeni, o korisnicima ili kategorijama korisnika osobnih podataka te da li se radi o dobrovoljnom ili obveznom davanju podataka i o mogućim posljedicama uskrate davanja podataka. U slučaju obveznog davanja osobnih podataka navodi se i zakonska osnova za obradu osobnih podataka. Stavkom 2. navedenog članka propisano je da prije davanja osobnih podataka na korištenje drugim korisnicima voditelj zbirke osobnih podataka dužan o tome informirati ispitanika.

U provedenom postupku je utvrđeno da nije došlo do povreda odredbi Zakona o zaštiti osobnih podataka budući da svrha postavljanja video nadzora nije prikupljanje podataka o radnicima već tehnička zaštita objekta.

Međutim, kako voditelj zbirke osobnih podataka prije postavljanja kamera i uvođenja video nadzora nije informirao radnike o svrsi obrade u koju su podaci namijenjeni, nalaže se voditelju zbirke osobnih podataka da prije prikupljanja osobnih podataka radnika putem video nadzora informira iste sukladno članku 9. Zakona o zaštiti osobnih podataka.”

U ovome kontekstu valja razmotriti što se podrazumijeva pod dostojanstvom, jer to će pitanje izazivati i u budućnosti traženje adekvatnih odgovora u kontekstu novih tehnologija.

4. Dostojanstvo na radu

Što je to ljudsko dostojanstvo općenito, teško je definirati. Smisao ljudskom dostojanstvu daje kontekst u kojem se tumači. To je kategorija koja prostorno, vremenski i sadržajno može imati različita značenja koja se temelje na društvenim, povijesnim, pravnim i vjerskim okvirima.³¹ “U svom minimumu, ljudsko dostojanstvo zahtijeva priznanje svakog pojedinca jednako vrijednim. Život jedne osobe vrijedan je i samo zbog činjenice da je ljudsko biće, niti jedan život nije vrijedniji od drugog.”³²

Još je Filadelfijskom deklaracijom o pravima čovjeka, u čl. 1. utvrđeno: “Svi ljudi se rađaju jednaki u dostojanstvu i pravima”. Nadalje se navodi “Sva ... ljudska bića... imaju pravo dostići materijalno blagostanje i duhovni razvitak u uvjetima slobode i dostojanstva, ekonomske jednakosti i jednakih mogućnosti” (čl. II,(a)).³³

³¹ Rao, N., *On the Use and Abuse Dignity in Constitutional Law*, 14 Colum. J. Eur. L. 201, str. 205.

³² Mišljenje neovisnog odvjetnika Madura od 31.01.2008., Europski sud, predmet C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law.

³³ Betten, L., *International Labour Law*, Kluwer, 1993., str. 158.

Usporedo s idejom jednakosti svih ljudi rasla je i svijest da uskraćivanje i nijekanje prava drugima znači i upitnost vlastitoga pravnoga statusa.³⁴

Sukladno socijalnim standardima ILO jamči se dostojan standard življenja ("decent standard of living").

Europska socijalna povelja u čl. 4. st. 1. govori o "pristojnom/dostojanstvenom standardu življenja."

Valja istaknuti da je Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda preuzela načela iz Opće deklaracije o pravima čovjeka, dodatno ih razradila i dodala specifičan mehanizam nadzora sprovođenja prava zajamčenih konvencijom. Međutim u konvenciji se izrijeком ne navodi ljudsko dostojanstvo. Ali, zato Povelja temeljnih ljudskih prava EU izrijeком štiti nepovredivost ljudskog dostojanstva.³⁵

Povelja temeljnih ljudskih prava EU u glavi I Dostojanstvo, utvrđuje kako je dostojanstvo temeljno vrijednosno i moralno ishodište koje se nalazi u fundusu vrijednosti EU. Tako se u preambuli utvrđuje:

"...Unija je utemeljena na nedjeljivim i univerzalnim vrijednostima ljudskog dostojanstva, slobode, jednakosti i solidarnosti...postavlja pojedinca u središte svojih aktivnosti...". Zapravo, prava iz glave I čine temelj kataloga ljudskih prava³⁶, što su i redaktori Povelje posebice naglasili u čl. 1.: "Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Ono se mora poštovati i štiti."

Ako usporedimo ovaj članak s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda razvidno je da je to novina i mogli bismo reći novi kvalitativni iskorak. Uzdižući ovo načelo na razinu temeljnog načela u svjetlu kojega se moraju tumačiti sva druga načela proizlazi ne samo iz njegovog mjesta u Povelji, nego i u ustavnosudskoj praksi zemalja članica.³⁷

Ustavne tradicije pojedinih zemalja članica, a posebice Njemačke³⁸ zbog povijesnih činjenica jamče zaštitu dostojanstva osobe, kako to formulira Luhmann³⁹ stvoren je "postulat pravno zaštitne tehnike", dok Düring smatra da se "statična priroda odredbe čl. 1. st. 1. Ustava treba razlikovati od dinamike ostalih ustavnopravnih odredbi ne samo u smislu djeljivosti osobnosti"⁴⁰.

³⁴ Zbog toga se naglašava briga ne samo za vlastite probitke, nego i za dobro drugih. Vidi šire: Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrissen*, Reclam, Stuttgart, 2002., str. 134.

³⁵ Vidi supra bilješku 40.

³⁶ Bodiroga-Vukobrat, N.; Barić, S. (ur.), *Povelja temeljnih ljudskih prava Europske unije s komentarom*, Zagreb, Organizator, 2002., str. 31-32.

³⁷ Npr. njemački Grundgesetz čl. 1.

³⁸ Čl. 1. st. 1. njemačkog Ustava (Grundgesetz): "*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*" (Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Poštivanje i zaštita ljudskog dostojanstva obveza je svih tijela državne vlasti.)

³⁹ Luhmann, N., *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965., str. 68.

⁴⁰ Prijevod autora (u izvorniku: "*der statische Charakter des Art. 1. Abs. 1. GG soll sich von der dynamik anderer Grundrechtsbestimmungen nicht etwa in Sinne der Teilbarkeit der Persönlichkeit unterscheiden*").

Pod utjecajem njemačke pravne teorije ljudsko dostojanstvo i vrijednosti koje štiti ušli su i u najnovije akte EU.

Ljudsko dostojanstvo je temeljna pretpostavka ljudskih prava. Ljudsko dostojanstvo obvezuje čovjeka na ponašanje dostojno vlastitoga dostojanstva. Poštivanje načela koja proistječu iz ljudskog dostojanstva zajamčeno je nizom pravnih akata.

Vrlo često se u literaturi navodi kako su ljudska prava temeljna odrednica i produkt političke Moderne.⁴¹ Valja se podsjetiti na rad Georga Jelineka koji je 1895. objavio "Tumačenje ljudskih i građanskih prava" (Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte) što predstavlja značajan prilog povijesti ljudskih prava. Također valja ukazati na njegovo obimno djelo "Sustav subjektivnih javnih prava" (System der subjektiven öffentlichen Rechte) u kojemu razvija ideju o socijalnim ljudskim pravima.

Pored filozofskoga opusa, ljudsko dostojanstvo ("Dostojanstvo čovjeka kao apsolutna svrha"-Kant) te druga temeljna ljudska prava doživjela su kodifikaciju tijekom XX. stoljeća.

U kontekstu novih tehnologija i ojačane snage poslodavca fenomen "pojačane ranjivosti na radu" (*increasing vulnerability at work*) dobija i nova značenja.

U različitim društvima postoje različita shvaćanja o tomu što je to prihvatljivo ili neprihvatljivo ponašanje, koja se odražavaju u normativnim rješenjima.

Najočitiji primjer tog 'novog' pristupa dostojanstvu u Europi je francuski Kazneni zakon (*Code Pénal*) koji propisuje kažnjivim moralno zlostavljanje i sankcionira svaku radnju zlostavljanja opetovanim djelovanjem čiji je cilj ili učinak degradacija uvjeta rada koji se može smatrati napadom na *prava i dostojanstvo* druge osobe (radnika), ili utječe na fizičko i mentalno zdravlje, ili profesionalni napredak.⁴²

Stoga valja ukazati na različiti razvitak i dati pojašnjenje fenomena. U zadnjih desetak godina najviše zanimanja glede europske paradigme dostojanstva su izazvala stajališta Friedmana i Whitmana.⁴³

Posljedica europske paradigme dostojanstva je razvoj europskih pravnih sustava i u njima inkorporirane ideje zaštite svih radnika na radnom mjestu i zaštita njihovoga dostojanstva na radu i u svezi s radom.

⁴¹ Politička Moderna predstavlja raskid sa srednjevjekovnom tradicijom i rušenjem dotadašnjih vrijednosti. U političkoj literaturi najčešće su tvrdnje kako se odvijala u dva vala: prvi val započinje oko 1500. godine, a drugi je val trajao od XVII. do XIX. stoljeća. Za nas je zanimljiv drugi val Moderne zbog donošenja prvih deklaracija o ljudskim pravima.

⁴² Article 222-33-2 Code Pénal, créé par Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 - art. 170 JORF 18 janvier 2002: "*Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.*"

⁴³ Friedman, G. S.; Whitman, J. Q., op. cit.

Svaka osoba, odnosno radnik ima urođeno dostojanstvo, ali dostojanstvo se može i steći radnjama koje zaslužuju poštovanje, zbog kojih radnik osjeća dostojanstvo. Rad s dostojanstvom znači i obranu vlastitih urođenih prava i poduzimanje radnji koje zaslužuju i vlastito i poštovanje drugih osoba⁴⁴.

Kako održati dostojanstvo na radnom mjestu, u izmijenjenim uvjetima rada kao potencijalnom izvorištu socijalnih konflikata između poslodavaca i radnika u vremenu ubrzanih promjena i novih tehnologija je pitanje koje će biti svakim danom sve aktualnije.

Čini nam se da će još neka pitanja biti predmetom i budućeg interesa Agencije za zaštitu osobnih podataka i pravne javnosti, a to su naizgled neutralno tehničko praćenje sredstava rada, ali i nadzor nad ponašanjem radnika za vrijeme opravdanog odsustva s posla (npr. u slučaju bolovanja).

U prvom slučaju zanimljivo je mišljenje Agencije glede uporabe GPS sustava pozicioniranja službenih vozila i zaštite osobnih podataka. U danom mišljenju Agencija se referirala na članke Zakona o zaštiti osobnih podataka, ali i čl. 29. i čl. 30. Zakona o radu. Mišljenje je Agencije “(...) *da je za implementaciju i uporabu sustava koji mogu (tehnoški su sposobni) prikupljati i biometrijske i druge osobne podatke osoba, potrebna privola ispitanika (radnika) (...)*” budući da se “ (...) *vršenjem takvog neprekidnog nadzora radnika, ako isti nije nužan i uvjetovan vrlo specifičnim zahtjevima radnih zadaća i procesa, te radnog okružja i samog radnog mjesta, prikupljaju osobni podaci radnika nesukladne vrste i u većem opsegu nego što to opravdavaju potrebe ostvarivanja prava i obveza iz radnog odnosa, odnosno u svezi sa radnim odnosom, te se time i na takav način vrši neopravdana kontrola radnika koja ugrožava i ograničava privatnost i dostojanstvo radnika.*”⁴⁵

⁴⁴ Hodson, R., *Dignity at Work*, Cambridge University Press, 2001., str. 4.

⁴⁵ Mišljenje Agencije za zaštitu osobnih podataka: Klasa: 004-05/08-01/111, urbroj: 567-04/10-08-02 od 22. kolovoza 2008.

“(...) Kako osim navoda iz vašeg dopisa te tekstova priložene “Izričite privole o korištenju sustava za pozicioniranje službenog vozila ...” i “Pravilnika o korištenju i održavanju službenih vozila i strojeva” tvrtke XX, ne raspoložemo informacijama o tehničkim (hardware i software) specifikacijama sustava koji bi se koristili, to možemo odgovoriti samo načelno na razini raspoloživih činjenica kako slijedi:

Slijedom svih navedenih odredbi Zakona o zaštiti osobnih podataka a uvažavajući i odredbe Zakona o radu, načelni je stav Agencije za zaštitu osobnih podataka, da prikupljanje osobnih podataka radnika GPS sustavom pozicioniranja službenih vozila u svrhu očuvanja službenih vozila koja predstavljaju osnovna sredstva tvrtke te u cilju poboljšanja kvalitete ... održavanja ... i smanjenja troškova, nije u osnovnoj postavci u suprotnosti sa navedenim zakonima, uz uvjet da se osobni podaci ispitanika (radnika) prikupljaju i dalje obrađuju sukladno odredbama Zakona o zaštiti osobnih podataka i drugih odnosnih propisa.

No uvažavajući činjenice da navedeni GPS sustavi ovisno o proizvođaču i instaliranoj konfiguraciji mogu osim samog trenutnog položaja vozila u jedinici vremena i prostora prikupljati (bilježiti) tijekom cijelog radnog procesa (uporabe službenog vozila) i raznolike parametre povezane sa ponašanjem i aktivnostima (reakcijama) samog vozača (radnika) tijekom njegovog rada na tom radnom mjestu koje je stacionarno (vezano uz upravljanje vozilom), te time mogu prikupljati i njegove biometrijske značajke ponašanja, što tada nije odgovarajuće i sukladno navedenim

Razvidno je da su u ovom mišljenju došla do izražaja dva načela europskoga prava. To su načelo razmjernosti⁴⁶ i načelo zaštite privatnosti i dostojanstva.⁴⁷

Drugi slučaj odnosi se na nadzor nad radnikovim ponašanjem u vrijeme kada on nije na radnom mjestu, posredstvom trećih osoba. U konkretnom slučaju, koji se pojavio pred Agencijom za zaštitu osobnih podataka, podnositelj zahtjeva za zaštitu prava na zaštitu osobnih podataka YY tražio je da se utvrdi povreda ustavnog i zakonskog prava radnika XX, nepoštivanjem odredbe članka 8. Zakona o zaštiti osobnih podataka. Naime, tvrtka ZZ naručila je od Agencije za obavljanje detektivske djelatnosti "D", provođenje nadzora i praćenja radnika XX.

zakonskim odredbama, osim u slučajevima kada vrlo specifične radne zadaće ili radno okruženje takav nadzor nužno zahtijevaju.

Stoga je mišljenje Agencije za zaštitu osobnih podataka da je za implementaciju i uporabu sustava koji mogu (tehnološki su sposobni) prikupljati i biometrijske i druge osobne podatke osoba, potrebna privola ispitanika (radnika) kao dokaz o činjenici da je isti u potpunosti upoznat sa svim relevantnim podacima (koji podaci se utvrđuju postupkom certificiranja i potvrđuju ovlaštenim nadzorom takvih sustava) odnosnim na prikupljanje i daljnju obradu osobnih (i biometrijskih) podataka, tj. točno koji njegovi osobni podaci će se i na koji način prikupljati i dalje obrađivati te da je sa istim suglasan. To iz razloga što se vršenjem takvog neprekidnog nadzora radnika, ako isti nije nužan i uvjetovan vrlo specifičnim zahtjevima radnih zadaća i procesa, te radnog okruženja i samog radnog mjesta, prikupljaju osobni podaci radnika nesukladne vrste i u većem opsegu nego što to opravdavaju potrebe ostvarivanja prava i obveza iz radnog odnosa, odnosno u svezi sa radnim odnosom, te se time i na takav način vrši neopravdana kontrola radnika koja ugrožava i ograničava privatnost i dostojanstvo radnika.

Zaključno, potrebno je još jednom istaknuti da u slučajevima kada određeni podaci sadrže osobne podatke u smislu Zakona o zaštiti osobnih podataka, moraju se u potpunosti poštivati odredbe Zakona o zaštiti osobnih podataka i drugih odnosnih propisa, te zadovoljiti svi propisani uvjeti glede prikupljanja, obrade i korištenja osobnih podataka."

⁴⁶ Načelo razmjernosti preuzeto je u europski pravni poredak iz njemačkog prava, te danas predstavlja jedno od općih načela prava Zajednice, izraženo u čl. 5. st. 3. Ugovora o Europskoj zajednici i Protokolu (br. 30) o primjeni načela supsidijarnosti i razmjernosti. U tom smislu test razmjernosti podrazumijeva identifikaciju legitimnih interesa u konkretnom slučaju te provjeru je li poduzeta mjera prikladna i nužna za postizanje cilja te je li teret koji se nameće pretežak u odnosu na cilj koji se mjerom nastoji postići. O načelu razmjernosti u europskom pravu vidi šire u, npr.: Craig, Paul; De Burca, Gráinne, *EU Law, Text, Cases and Materials*, 3. ed., Oxford University Press, Oxford. Usp. i Vugić, M., *Videonadzor radnika i uporaba snimke kao dokaza u parničnom postupku*, Zagreb, Informator, broj 5701 od 25. listopada 2008., str. 8-10: "S obzirom na pravo radnika na poštovanje i zaštitu privatnosti i dostojanstva, te s obzirom na pravo poslodavca da unutar svog legitimnog interesa uspostavi video nadzor, jedan od temeljnih problema je i utvrđivanje razmjernosti toga ograničenja u odnosu na legitimnu svrhu koja se njime želi postići. U sklopu tumačenja pravnog standarda razmjernosti, a to je da svako ograničenje prava mora biti razmjerno prirodi potrebe za ograničenjem, zasigurno nema razloga za uspostavu videonadzora koji je isključivo usmjeren na radnika, a ne na radni proces koji obavlja."

⁴⁷ Zapravo, prava iz glave I Povelje temeljnih ljudskih prava EU čine temelj kataloga ljudskih prava. I redaktori Povelje su to posebice naglasili u čl. 1.:

"Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Ono se mora poštovati i štiti."

Dajući dostojanstvu ovakvu važnost kao temeljnom načelu u svjetlu kojega se moraju tumačiti sva druga načela razvidno je značenje koje se ovom načelu pridaje, ne samo u Povelji nego i u ustavnosudskoj praksi zemalja članica.

Podnositelj drži problematičnom činjenicu da je direktor tvrtke ZZ naručio praćenje za vrijeme privremene spriječenosti za rad, a ista je nastavljena i nakon prestanka te privremene spriječenosti, jer se radnik vratio na rad protivno preporukama liječnika da nastavi s privremenom spriječeñošću. Podnositelj je uz zahtjev priložio i izvješće detektivske Agencije o provedenim detektivskim poslovima, prikupljenim dokazima te drugim provedenim mjerama i radnjama od 23. travnja 2007. godine, te Izvješće inspektora rada o provedenom inspekcijskom nadzoru provedenom dana 18. lipnja 2007. godine, u kojemu nije utvrđena povreda odredbi čl. 29. Zakona o radu.

U obrazloženju rješenja od 11. studenoga 2007.⁴⁸ Agencija za zaštitu osobnih podataka je utvrdila:

“Odredbom članka 7. stavka 1. i 2. Zakona o zaštiti osobnih podataka propisano je da se osobni podaci smiju prikupljati i dalje obrađivati uz privolu ispitanika ili u slučajevima određenim zakonom. U slučaju prikupljanja i obrade osobnih podataka uz privolu ispitanika, osobni se podaci smiju prikupljati i dalje obrađivati samo u svrhu za koju je ispitanik dao privolu.

Obrada osobnih podataka je, sukladno čl. 2. st. 1. t. 2. istog Zakona svaka radnja ili skup radnji izvršenih na osobnim podacima, bilo automatskim sredstvima ili ne, kao što je prikupljanje, snimanje, organiziranje, spremanje, prilagodba ili izmjena, povlačenje, uvid, korištenje, otkrivanje putem prijenosa, objavljivanje ili na drugi način učinjenih dostupnim, svrstavanje ili kombiniranje, blokiranje, brisanje ili uništavanje, te provedba logičkih, matematičkih i drugih operacija s tim podacima.

U provedenom postupku bilo je potrebno utvrditi pravni osnov za prijenos osobnih podataka od poslodavca prema detektivskoj Agenciji kao i sam sadržaj osobnih podataka koji su prosljeđeni detektivskoj Agenciji.

Iz Izvješća o provedenim detektivskim poslovima, prikupljenim dokazima, te drugim provedenim mjerama i radnjama, te iz očitovanja tvrtke nesporno je da je voditelj zbirke prilikom angažiranja detektivske Agencije istoj dostavio podatak o imenu i prezimenu te o prebivalištu osobe koja je predmet nadzora detektivske Agencije.

Što se tiče pravnog osnova za prosljeđivanje trgovačko društvo ZZ se očitovalo da je prosljeđivanje bilo sukladno zakonu, odnosno da je isto izvršeno od radnice koja je Odlukom Uprave uz suglasnost radničkog Vijeća imenovana ovlaštenom osobom za prikupljanje, korištenje i dostavljanje trećim osobama osobnih podataka radnika, sve sukladno čl. 29. st. 3. Zakona o radu. Podnositelj zahtjeva pak navodi kako ovakvo prosljeđivanje osobnih podataka nije u skladu s odredbama Zakona o zaštiti osobnih podataka.

Sukladno odredbi članka 29. Zakona o radu osobni podaci radnika smiju se prikupljati, obrađivati, koristiti i dostavljati trećim osobama samo ako je to određeno Zakonom o radu ili drugim zakonom ili ako je to potrebno radi

⁴⁸ Agencija za zaštitu osobnih podataka, rješenje klasa: UP/I-041-02/07-1/80, urbroj: 567-02/03-07-01 od 11.11.2007.

ostvarivanja prava i obveza iz radnoga odnosa, odnosno u svezi s radnim odnosom.

Nadalje, ako je osobne podatke potrebno prikupljati, obrađivati, koristiti ili dostavljati trećim osobama radi ostvarivanja prava i obveza iz radnoga odnosa, odnosno u svezi s radnim odnosom, poslodavac mora unaprijed Pravilnikom o radu odrediti koje će podatke u tu svrhu prikupljati, obrađivati, koristiti ili dostavljati trećim osobama.

Osobne podatke radnika smije prikupljati, obrađivati, koristiti i dostavljati trećim osobama samo poslodavac ili osoba koju za to posebno opunomoći poslodavac.

Iz svega navedenog je nesporno da je ovlaštena osoba iz tvrtke ZZ dostavila podatke radniku detektivskoj Agenciji, ali njezino postupanje nije bilo u skladu s odredbom iz čl. 29. Zakona o radu, s obzirom da svrha zbog koje su navedeni podaci dostavljani nije u vezi s ostvarivanjem prava i obveza iz radnog odnosa.

Stoga su navedenim postupanjem povrijeđene odredbe čl. 6. i 7. Zakona o zaštiti osobnih podataka, imajući u vidu da su se bez zakonskog uporišta i bez privole ispitanika/radnika, kao i bez postojanja bilo kojeg drugog zakonom propisanog uvjeta te protivno zakonom utvrđenoj svrsi obrađivali osobni podaci radnika.”

Dali smo prikaz nekih rješenja i mišljenja Agencije za zaštitu osobnih podataka. Do sada objavljene odluke⁴⁹ su dostupne na mrežnim stranicama Agencije. Nije poznato je li Upravni sud imao priliku odlučivati o upravnim tužbama protiv prikazanih rješenja, čije bi stajalište u svakom slučaju dalo dodatnu težinu ovoj problematici.⁵⁰

5. Uporaba online medija na radnom mjestu u privatne svrhe

Danas je bez modernih telekomunikacijskih sredstava praktički nezamislivo obavljanje svakodnevnih poslova i zadataka na radnom mjestu. Nužno se stoga nameće pitanje pravnog uređenja nadzora nad korištenjem telekomunikacijskih tehničkih uređaja.

Naime, uporaba elektroničke pošte, intraneta i interneta tijekom radnog vremena i na uređajima poslodavca u privatne svrhe postala je realnošću najvećeg broja tvrtki.

⁴⁹ O upravnim aktima vidi šire u Borković, I., *Upravno pravo*, Narodne novine, 2002., str. 357-398., također vidi Krbek, I., *Upravni akt*, Hrestomatija upravnog prava, Pravni fakultet Zagreb i Društveno veleučilište, 2003., str. 3-145.

⁵⁰ O sudskoj praksi Općinskog i Županijskog suda u Zagrebu glede videonadzora radnika vidi šire u: Vugić, M., op. cit., str. 10. Iz prikazanih odluka čini se da je sudska praksa prihvatila stajalište da je za uvođenje videonadzora u poslovnim prostorijama potrebna suglasnost radničkog vijeća, jer se radi o odluci važnoj za položaj radnika u smislu čl. 152. st. 1. Zakona o radu, odnosno da je nužno drugim aktima propisati i osigurati mjere za zaštitu privatnosti i dostojanstva radnika na radu. Autor također ističe mišljenje da je u slučaju neovlaštenog videonadzora poslodavac odgovoran za naknadu štete radniku temeljem čl. 109. st. 1. Zakona o radu.

Za poslodavca se nerijetko postavlja pitanje što je s izgubljenim radnim vremenom, treba li ga i kako sankcionirati. Može li uporaba online medija u privatne svrhe biti razlog za izvanredni⁵¹ ili redovni otkaz utemeljen na skrivljenom ponašanju radnika, odnosno postoje li osnove za naknadu štete?

Nama se čini kako u budućnosti i u Republici Hrvatskoj neće biti dovoljna rješenja Zakona o radu i Zakona o zaštiti osobnih podataka, nego će tvrtke morati donositi akte autonomnoga prava i pokušati odgovoriti koja je to granica, upotrebe online medija na radnom mjestu. Također se čini kako će trebati formulirati, odrediti se i prema, kako se to u njemačkoj literaturi naziva, “socijalnoj adekvatnosti”⁵² uporabe online medija na radnom mjestu.

5.1. Izabrane presude njemačkih sudova

Odgovori na neka od navedenih pitanja mogu se pronaći u pravnostvaralačkoj praksi njemačkih sudova.

U njemačkoj su pravnoj javnosti zanimanje izazvale dvije presude Landesarbeitsgerichte Mainz (LAG Mainz).

U prvom je slučaju LAG Mainz smatrao da gledanje mrežnih stranica s pornografskim sadržajem na radnom mjestu nije ponašanje koje može opravdati izvanredni otkaz, bez prethodne opomene radniku, uzevši u obzir da je radnik bio uviđavan i da sam događaj nije izazvao nikakve vanjske posljedice.⁵³

U drugoj je odluci sud također odlučivao o dopuštenosti odluke o otkazu zbog zabranjenog privatnog ‘surfanja’ na internetu tijekom radnog vremena i pristupa mrežnim stranicama s pornografskim sadržajem.⁵⁴ U konkretnom slučaju poslodavac je preko različitih medija (intranet početna stranica, radne novine,

⁵¹ U predmetnom radnom odnosu ugovoreno je da se pristup internetu smije koristiti samo u poslovne svrhe. Osim toga, zabranjeno je preuzimanje podataka protuzakonitog, ekstremističkog ili pornografskog sadržaja. Temeljem postojeće odluke o privatnim razgovorima preko službenog telefona, Arbeitsgericht Düsseldorf je utvrdio da se radi o dopuštenom izvanrednom otkazu, jer je počinjena povreda očite zabrane (presuda od 01.08.2001. – 4 Ca 3437/01, NZA 2001., str. 1386). Sud je u svojoj odluci utvrdio: “Opomena je suvišna ukoliko se iz načina (pristup pornografskim datotekama preko interneta) i opsega korištenja (preko 3 mjeseca oko 10 sati mjesečno) može zaključiti da poslodavac s tim ne bi bio suglasan.”

Čak i ako poslodavac tolerira privatnu e-mail komunikaciju u ograničenom opsegu unatoč obvezujućim pravilima, korištenje interneta od strane otpuštenog radnika uveliko premašuje uobičajenu mjeru. Na teret radnika se uzima da je značajan udio korištenja interneta u privatne svrhe uslijedio tijekom radnog vremena.

⁵² Ernst, S., *Privates Surfen am Arbeitsplatz als Kündigungsgrund, Datenschutz und Datensicherheit* 30 (2006) 4, str. 223. U novijoj sudskoj praksi njemačkog Saveznog radnog suda (BAG-a) sve se više napušta shvaćanje o “socijalnoj adekvatnosti” uporabe interneta na radnom mjestu u privatne svrhe, osim kada se radi o kratkotrajnom korištenju i pod uvjetom da ne postoji izričita zabrana. Već i 15-minutno korištenje interneta u privatne svrhe može se smatrati zlouporabom radnog vremena i razlogom za otkaz zbog kršenja radnih obveza (neispunjenje radnih zadataka).

⁵³ LAG Mainz, presuda od 18. 12. 2003.- 4 Sa 1288/03., MMR 2004, 475.

⁵⁴ LAG Mainz, presuda od 12. 07. 2004. – 7 Sa 1243/03., MMR 2005, 176.

online-reporter) istaknuo zabranu korištenja intra- i interneta osim u svrhu obavljanja radnih zadataka te upozorio da se svaki pristup mrežnim stranicama s pornografskim, nasilnim ili rasističkim sadržajem s uredskog računala registrira i pohranjuje te povlači za sobom radnopravne sankcije. Njemački Savezni radni sud (Bundesarbeitsgericht – BAG) ipak je ukinuo odluku kojom se poništava otkaz radniku. Naime, LAG Mainz je ništavost otkaza prvenstveno utemeljio na činjenici da poslodavac nije mogao dokazati da je otpušteni radnik stvarno imao saznanja o upozorenju, kao i na činjenici da prethodno nije bio opomenut zbog sličnog postupanja. BAG je ustvrdio⁵⁵ da **čak i ako ne postoji izričita zabrana, povreda radne obveze od strane radnika na način da za vrijeme radnog vremena intenzivno koristi internet u privatne svrhe može predstavljati bitan razlog za izvanredni otkaz**, osobito ukoliko radnik pristupa mrežnim stranicama s pornografskim sadržajem.

To će biti slučaj onda kada radnik zbog opsega korištenja više ne može pretpostaviti da je poslodavac suglasan s njegovim postupanjem.

Valja se složiti sa stajalištem BAG-a, kojeg prenose Göbbels⁵⁶ i Ernst⁵⁷, kako je u svakom pojedinačnom slučaju bitno ocijeniti težinu individualne povrede obveze, odnosno koji je opseg privatne uporabe, jesu li i kojoj mjeri povrijeđene radne obveze, jesu li i u kojem opsegu prouzročeni troškovi poslodavcu te može li poslodavac zbog posjeta pornografskim mrežnim stranicama pretrpjeti gubitak reputacije (imagea).

“Ukoliko se temeljem navedenih detalja utvrdi da je povreda obveze dovoljno ozbiljna da opravdava otkaz na tom temelju, LAG mora nadalje utvrditi da li je bilo potrebno opomenuti radnika odnosno da li je otkaz nesrazmjeran svrsi, uzevši u obzir dugogodišnji radni odnos (17 godina) te prema utvrđenim činjenicama, nejasnu zabranu korištenja interneta.”⁵⁸

Razvidno je da se mora voditi računa o socijalno tipičnom ponašanju na radnome mjestu.

“Radnik može pretpostaviti da se tolerira privatno korištenje poslovnih uređaja tijekom radnog vremena u manjem opsegu, koje poslodavcu ne nameće primjetne troškove i kada u poduzeću ili u konkretnom radnom odnosu ne postoji odgovarajući suprotan propis. U slučaju rizika ili oštećenja poslovnih uređaja radnik više ne može pretpostaviti da će se njegovo ponašanje tolerirati.”⁵⁹

U kontekstu toleriranja uobičajenog društveno prihvatljivog ponašanja unatoč postojanju (načelne) zabrane značajna je i presuda LAG-a Nürnberg.

LAG Nürnberg⁶⁰ je ocijenio nedopuštenim prekid radnog odnosa od strane poslodavca, iako je radnik protivno poznatoj mu radnoj uputi službeni pristup

⁵⁵ BAG, presuda od 07. 04. 2005. – 2 AZR 581/04.

⁵⁶ Göbbels, F., *Private Nutzung von Online-Medien am Arbeitsplatz, Arbeit und Arbeitsrecht-Personal-Profi* 8/05, str. 472.

⁵⁷ Ernst, S., *op. cit.*, str. 225.

⁵⁸ Göbbels, F., *op. cit.*, str. 472.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 475.

⁶⁰ LAG Nürnberg, presuda od 26.10.2004. – 6 Sa 348/03.

internetu koristio za preuzimanje softwera za osobnu uporabu, jer prema stajalištu suda za to nisu ispunjeni konkretni zahtjevi. Sporna je bila 'načelna' formulacija zabrane privatne uporabe interneta.⁶¹ Čak i u slučaju postojanja jasne zabrane, preuzimanje s njom sadržajno nespojivih programa predstavlja povredu obveze koja ne može dovesti do otkaza bez izricanja prethodne opomene.

Prema Göbbelsu, sljedeći ključni dio odluke je utvrđenje suda da i osobito pretjerano korištenje može biti dovoljan razlog za otkaz, što u konkretnom slučaju nije dokazano.⁶² Puka sumnja nije dovoljno opravdan razlog za otkaz.

"Pretjerano korištenje poslodavac nije mogao dokazati, jer u ovom slučaju postoji samo sumnja. Nije međutim izrečen, tzv. *Verdachtkündigung* (op. *temelji se na sumnji*), kod kojeg je nužno prethodno saslušanje radnika, već tzv. *Tatkündigung* kod kojeg je nužno prethodno saslušanje radnika i kod kojeg poslodavac mora dokazati sve sporne činjenice. (...)

Financijska šteta poslodavca koja također može biti razlog za otkaz u ovom slučaju nije istaknuta, a za optužbu za gubljenje radnog vremena u pravilu se zahtijeva odgovarajuća prethodna opomena."⁶³

Do suprotnog zaključka došao je *Arbeitsgericht Frankfurt/M*⁶⁴ u slučaju pretjeranog korištenja interneta u privatne svrhe kada je radniku bila poznata izričita zabrana (vlastitim je potpisom potvrdio na dopisu odgovarajućeg sadržaja da je upoznat sa zabranom). Otklonjen je i prigovor da se radi o povredi privatnosti radnika s obrazloženjem da u slučaju izričite zabrane privatnog korištenja privatni podaci uneseni u uredsko računalo nisu zaštićeni.

Još jedna presuda izazvala je pozornost, kako stručne, tako i šire javnosti. Radilo se o uvredi poslodavca u e-mailu koji je zaštićen lozinkom.

U predmetnom slučaju *LAG Köln*⁶⁵ nije smatrao da su ispunjeni uvjeti za otkaz utemeljen na skrivljenom ponašanju radnika, iako je radnica privatne e-mailove s uvredljivim izjavama o *glupom* i *nesposobnom* šefu u značajnom

⁶¹ Tako je *LAG Nürnberg* ustvrdio da privatna uporaba interneta predstavlja opravdani razlog za otkaz samo u slučaju da postoji zabrana korištenja i ukoliko je počinjena povreda te zabrane u značajnom opsegu (nije dovoljna obična povreda) ili ukoliko postoji prethodna opomena. "U slučaju nedostatka zabrane korištenja otkaz se nužno mora opravdati načinom ili opsegom korištenja. To će biti npr. u slučajevima kada radnik s interneta preuzima podatke kažnjivog ili pornografskog sadržaja." – iz navedene presude.

⁶² Göbbels, F., op. cit., str. 473.

⁶³ Loc. cit.

⁶⁴ *Arbeitsgericht Frankfurt/M.*, presuda od 14.07.2004., 9 Ca 10256/03, MMR 2004, str. 829.

⁶⁵ *LAG Köln*, Presuda od 15.12.2003. – 2 Sa 816/03, NZA-RR 2004, str. 527.

"U nedostatku jasne definicije o tome koje su okolnosti dopuštene, a koje ne, s obzirom na uobičajenost postupanja ne može se pretpostaviti da je radnik bio svjestan da je njegovo ponašanje protivno propisima. Stoga je opomena prije mogućeg otkaza nužna." U konkretnom slučaju nije bilo opomene. Niti presumirano neispunjenje radnih obveza nije se uzelo u obzir, jer se prema mišljenju suda slanje privatnih e-mailova u umjerenoj količini može tolerirati čak i tijekom radnog vremena. Nije se mogao dokazati pretjeran opseg korištenja u privatne svrhe. Ono što je posebno naglašeno je "Izjave radnika zaštićene lozinkom nisu namijenjene informiranju poslodavca te radnik zbog zaštite putem lozinke ne mora pretpostaviti da će do toga doći." (vidi i odluku *LAG Hamm*, presuda od 04.02.2004. – 9 Sa 502/03).

opsegu pisala i slala tijekom radnog vremena.⁶⁶ Poslodavac nije izdao nikakva pravila postupanja glede ovlasti za korištenje poslovnog računalnog sustava.

LAG Köln je posebno razmatrao i zanimljivo pitanje je li poslodavac pristupom podacima koji su zaštićeni lozinkom počinio kažnjivo djelo temeljem čl. 202a StGB (kaznenog zakona). Naime, radnica je vanjskom administratoru mreže morala dati privatnu lozinku, kako bi se otvorio pristup ukupnom računalnom uređaju. Zbog toga je u presudi utvrđeno da nije bilo neopravdanog zahvata u podatke. Dodjela lozinke radniku ne služi zaštititi privatne sfere u okviru računalnog sustava, već zapravo tomu da administrator može uređivati i osigurati pojedinačne unose.

5.2. Upotreba online medija na radnom mjestu u Republici Hrvatskoj – radnopravni aspekti

Čini se kako ova tema nije niti otvorena u Republici Hrvatskoj. Stoga ćemo pokušati otvoriti pitanja koja će biti temom još dugi niz godina.

Njemačka je sudska praksa pokazala jasne naznake kriterija na čijim se temeljima može ispitati je li radnik privatnim korištenjem elektroničkih medija na radnom mjestu počinio povredu radne obveze ili ne.

Izgleda kako bi i u našem, kao i njemačkom pravu polazno pitanje bilo **postoji li u gospodarskom subjektu zabrana korištenja, je li jasno formulirana i imaju li radnici o njoj saznanja (koja se mogu dokazati).**

Ukoliko ne postoji zabrana, o povredi obveze će se raditi samo onda kada privatno korištenje premašuje društveno uobičajeno ponašanje, tj. neprimjereno je zbog načina ili opsega.

Hrvatska sudska praksa morat će dati odgovor na ova složena pitanja. Sukladno praksi njemačkih sudova ukoliko postoji povreda obveze, da bi se mogao opravdati izvanredni otkaz mora se dokazati da je prethodna opomena suvišna jer ne bi postigla svoju svrhu (tj. omogućiti radniku ispravljanje svog ponašanja u budućnosti) te da je srazmjeran povredi s obzirom na sve okolnosti odnosno radnog odnosa.

Zapravo valja u svakom pojedinačnom slučaju primijeniti načelo razmjernosti kao opće pravno načelo, ali i kao načelo radnoga prava.

Nužno je pri tome obratiti pozornost i na pravo radnika na dostojanstvo na radu i zaštitu privatne sfere od neopravdanog i prekomjernog nadzora nad komunikacijom, ali je jednako nužna zaštita opravdanih interesa poslodavca, prvenstveno glede funkcionalnosti računalnog sustava i uređaja i osiguranja stabilnosti baza podataka poduzeća, ali i zaštita od zlouporabe radnog vremena u privatne svrhe, zaštita privatnog vlasništva (uređaja) poslodavca te zaštita poslovne tajne.

⁶⁶ U dosadašnjoj hrvatskoj praksi Revr-96/04-2, od 1. lipnja 2004. slanje telefaks poruka upravi poslodavca i različitim ispostavama poslodavca u kojima se članove uprave nazivalo različitim pogrdnim imenima, ocijenjeno je opravdanim razlogom za otkaz.

No vratimo se hrvatskim pozitivnopravnim rješenjima.

U hrvatskoj pravnoj literaturi otkaz ugovora o radu se definira “kao jednostrano očitovanje volje strane toga ugovora (poslodavca ili radnika) kojim ta strana izražava svoju namjeru (volju) da ugovor o radu okonča, a to očitovanje, nakon što je dostavljeno drugoj strani, dovodi do prestanka ugovora o radu”.⁶⁷

Valja se složiti s Potočnjakom kako sličnu definiciju otkaza nalazimo i u njemačkoj literaturi.⁶⁸

Ovo ne čudi jer je i iz nekih drugih primjera vidljiv očit utjecaj njemačkog zakonodavstva na hrvatska radnopravna rješenja.⁶⁹

Hrvatski zakonodavac u Zakonu o radu predviđa dvije vrste otkaza o radu, a to su redoviti i izvanredni otkaz ugovora o radu.

Za ovaj rad su zanimljivi otkazi o radu uvjetovani skrivljenim ponašanjem radnika. Otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika omogućuje poslodavcu od sebe otkloniti štetne posljedice koje za njega nastaju zbog radnikovog ponašanja kojim se krše obveze iz radnog odnosa. Valja naglasiti da je i u hrvatskom, kao i u njemačkom radnom zakonodavstvu uzrok otkaza o radu na strani radnika.

Sukladno temeljnoj koncepciji kako je radni odnos građanskopravni odnos, Zakon o radu je regulirao otkaz uvjetovan ponašanjem radnika kao otkaz ugovora zbog kršenja ugovorne obveze jedne od ugovornih stranaka. Otkaz zbog skrivljenog ponašanja radnika je sredstvo za otklanjanje nerazmjernih opterećenja koja zbog takvog ponašanja radnika mogu u budućnosti nastati za poslodavca. Ovdje je važno naglasiti da otkaz zbog skrivljenog ponašanja nije kazna za prošla djela, kako s pravom zaključuje Potočnjak.⁷⁰

Sljedeće pitanje koje se postavlja u literaturi i praksi u Republici Hrvatskoj je treba li propisivati razloge za otkaz uvjetovan ponašanjem radnika pravilnikom. Zakon o radu ne navodi koja bi se ponašanja radnika mogla smatrati povredom radne obveze koja bi mogla dovesti do otkaza.⁷¹

Iako u Republici Hrvatskoj ne postoji zakonska obveza utvrđivanja povreda radnih obveza u pravilniku, autorice smatraju kako bi ipak ovo pitanje valjalo urediti posebnim pravilnikom.

⁶⁷ Potočnjak, Ž., (ur.) Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, Zagreb, 2007., str. 379.

⁶⁸ Weiss, M., *European Employment & Industrial Relations Glossary: Germany*, London: Sweet and Maxwell, 1992., str. 206., također o otkazu u njemačkoj literaturi vidi šire: Hromadka, W. / Maschmann, F., *Arbeitsrecht Band 1-Individualarbeitsrecht*, 2. Auflage, Berlin, 2002., Hanau, P. / Hoeren, Th., *Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer*, Verlag C. H. Beck, München, 2003., str. 35.

⁶⁹ Primjerice, kod sudjelovanja radnika u donošenju odluka u poduzeću hrvatski se zakon oslanja na rješenja njemačkog Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) iz 1952. godine. Vidi šire: Bodiroga - Vukobrat, N., *Grundlage des kroatisches Arbeitsrecht*, u: *Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, Breidenbach, S., (ur.), München, Verlag C. H. Beck, 1996., str. 1-14.

⁷⁰ Potočnjak, Ž., op. cit., str. 391.

⁷¹ O neopravdanim razlozima za otkaz vidi primjerice, čl. 112. st. 2. te čl. 115. st. 1. i st. 2. Zakona o radu.

Ukoliko postoji potpuna ili djelomična (u odnosu na određene sadržaje) zabrana privatnog korištenja interneta u gospodarskom subjektu, zahtjev za takvim postupanjem, odnosno zabrana mora biti jasno i nedvosmisleno formulirana.⁷² Ukoliko je dopušteno ograničeno privatno korištenje trebalo bi se ako je moguće utvrditi u kojem opsegu i na koji način je dopušteno korištenje, odnosno što poslodavac neće tolerirati.

Ukoliko postoji potpuna zabrana korištenja onda bi formulacija mogla glasniti:

“Komunikacijska sredstva i elektronički mediji gospodarskog subjekta smiju se koristiti isključivo u poslovne svrhe. Zabranjena je uporaba istih od strane radnika u privatne svrhe.”

Drugi je mogući model ograničenog privatnog korištenja:

Komunikacijska sredstva i elektronički mediji poduzeća smiju se u načelu koristiti samo u poslovne svrhe. Korištenje istih od strane radnika u privatne svrhe dopušteno je samo u ograničenom opsegu i to, osim u slučaju hitnoće, izvan radnog vremena (npr. za vrijeme stanke).

Neće se raditi o primjerenom opsegu osobito u slučaju kada privatno korištenje premašuje 15 ili 20 minuta dnevno ili ukoliko izaziva neuobičajeno visoke odnosno posebne troškove.

U svakom slučaju je zabranjen pristup, spremanje i prosljeđivanje podataka koji su protuzakonitog, ekstremističkog ili pornografskog sadržaja.

Radnicima je važno predočiti da je pridržavanje zabrane od osobitog značaja poslodavcu, da se neće tolerirati nikakva povreda i da se može računati čak i s izvanrednim otkazom radnog odnosa.

Postavlja se pitanje, što znače dobro formulirane zabrane ako poslodavac u postupku ne može dokazati da je radnik bio upoznat s njegovim sadržajem, jer poslodavac nužno mora dokazati da je radnika upoznao sa zabranom.

To je u prvom redu moguće preko pisane potvrde primitka na znanje od strane svakog pojedinog radnika.

U slučaju sklapanja novih ugovora o radu (zasnivanja radnog odnosa) preporučljivo bi bilo u ugovor o radu integrirati pravila ponašanja preko modela potpune ili modela djelomične zabrane (npr. odredba ugovora, prilog koji je sastavni dio ugovora, samostalna potpisana isprava).

Nužno je u svjetlu okolnosti svakog pojedinog slučaja utvrditi postojanje svih zakonskih pretpostavki za otkaz, bez obzira jesu li pravila ponašanja propisana pravilnikom ili nekim drugim aktom poduzeća.

Autoricama se čini da će se se glede privatnog surfanja i zlouporabe istoga na radnom mjestu kao razloga za prestanak radnog odnosa u praksi ipak češće (iako će to izazivati zasigurno prijepore) primjenjivati izvanredni otkaz ugovora o radu.⁷³ Možda odgovor treba tražiti u činjenici da razlog izvanrednog otkaza

⁷² U njemačkoj literaturi vidi šire: Hanau, P. / Hoeren, Th., *Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer*, Verlag C. H. Beck, München, 2003., str. 123.

⁷³ Zbog toga navodimo odluku njemačkoga Suda: LAG Hamm je u radnikovoj namjerno izazvanoj prijetnji sposobnosti tržišnog natjecanja, i time postojanju poduzeća, prepoznao

ne mora biti uzrokovan skrivljenim ponašanjem radnika, što poslodavcu olakšava dokazivanje opravdanosti razloga, odnosno izvanredni otkaz može se temeljiti i na nekoj drugoj činjenici zbog koje, uz uvažavanje interesa i poslodavca i radnika, nastavak radnog odnosa nije moguć.⁷⁴

Prema definiciji, do izvanrednog otkaza može doći ukoliko tijekom trajanja radnog odnosa nastupe ozbiljne i teške okolnosti koje su takve prirode da nije razumno očekivati nastavak izvršavanja prava i obveza iz ugovora o radu.

Analiza sudske prakse glede ove materije u Republici Hrvatskoj dovodi do zaključka da se kao razlozi za otkaz izazvan skrivljenim ponašanjem radnika najčešće javljaju:

- obavljanje privatnih poslova za vrijeme rada⁷⁵,

razlog za izvanredni otkaz, bez potrebe prethodne opomene, budući da je radnik mogao znati da poslodavac ne može ni pod kojim uvjetima tolerirati takvo postupanje (presuda od 04.02.2004. – 9 Sa 502/03).

Činjenično stanje: *Poslodavac je proizvođač s vodećim položajem na svjetskom tržištu tehnologije, u čijem se računalnom sustavu Odjela za konstrukciju u predmetnom vremenskom razdoblju upravljalo s oko 100 000 nacrti i pratećih dokumenata za konstrukciju. Radnik koji je dobio izvanredni otkaz je bio zaposlen u tom odjelu. Bilo mu je poznato da nije dopušteno kopirati vanjske programe na računalo poduzeća. Upozorenje na virus uputilo je na računalo poduzeća kojeg je on koristio što je dovelo do opsežnih istraga i rezultata. Temeljem mnogobrojnih hakerskih programa koje je otpušteni radnik kopirao na svoje računalo te kojima je omogućio pristup jednom kolegi, ovome je uslijed toga omogućeno pristupiti lozinkama zaštićenim datotekama određenih radnika. Pri tome su njegovom kolegi na raspolaganju stajali i konstrukcijski nacrti i prateći dokumenti kako u računalo poduzeća tako i na privatnom računalu za spremanje i izmjenu i na taj način je otvoren široki pristup tehnološkom znanju i iskustvu ('know-how') poduzeća.*

Sud je posebno naglasio u pravorijeku: "Dopušten je pristup hakerskom programu koji je inficiran virusom radi prevencije konkretno prijeteće štete i time do realizacije opravdanih interesa poslodavca (funkcionalnost računalnog sustava i uređaja i osiguranje stabilnosti podataka poduzeća), nasuprot kojem ne stoje zaštićeni ineresi posloprimca u smislu Saveznog zakona o zaštiti podataka (BDSG). Propisno utvrđeni podaci mogu se koristiti u svrhu dokazivanja pred sudom."

Ocjena dopuštenosti dokaza ne slijedi iz činjenice da je pristup podacima moguć samo uz primjenu određene lozinke poznate radniku. Prema mišljenju LAG Hamma određivanje osobne lozinke služi ispunjenju zakonskih zahtjeva iz dodatka čl. 9. BDSG-a. *Pri tome poslodavac mora jamčiti da korisnik sustava obrade podataka ima pristup samo onim podacima koji su nužni za ispunjenje određenog zadatka te da onemogućiti pristup ili kopiranje odgovarajućih osobnih podataka neovlaštenim osobama pri ispunjenju zadataka. Pri tome se kod lozinke radi o primjeni zakonom propisanih sigurnosnih mjera, koje ne utječu na mogućnost pristupa podacima od strane poslodavca. Ako ne postoje posebne okolnosti, radnik se ne može pouzdati u to da mu je preko lozinke stavljen na raspolaganje osobni slobodni prostor.*

Zanimljivo je i pravnostvaralačko stajalište njemačkoga suda gdje utvrđuje i to da se u svakom slučaju zaštita koja proizlazi iz osobne lozinke, ustavnog prava na informacijsko samodređenje ("informationelle Selbstbestimmung") ili iz čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda o pravu na privatnost, radi obrane od konkretne štete poduzeća mora povući iza opravdanih interesa poslodavca. Ovdje je opet došla do izražaja primjena načela razmjernosti.

⁷⁴ U tom smislu vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revr-53/2003 od 17.11.2004. "Osobito važna činjenica, kao opravdani razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu, ne mora biti uzrokovana skrivljenim ponašanjem radnika."

⁷⁵ Vidi, primjerice odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revr-81/2005-2 od 20. srpnja 2005.: "Neuredno i neažurno vođenje poslovnih knjiga, nepodnošenje poreznih prijava za

- neuredno izvršavanje posla⁷⁶,
- nesavjestan rad i
- gubitak povjerenja u radnika⁷⁷.

Čini se da bi zlouporaba online medija mogla biti podvedena u Republici Hrvatskoj pod obavljanje privatnih poslova za vrijeme rada koristeći se pritom sredstvima poslodavca. Za ocjenu dopuštenosti otkaza bit će važno o kakvoj se vrsti privatnog posla radi, u kojem se obujmu obavlja i s kojim posljedicama.⁷⁸

Sudska praksa glede dopuštenosti redovnog otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika te razloga za izvanredni otkaz u Republici Hrvatskoj je vrlo šarolika i uglavnom uvjetovana konkretnim okolnostima slučaja. Stoga, iako bi (neovlaštena i/ili ekscesivna) uporaba online medija na radnom mjestu mogla predstavljati razlog za otkaz, pri odluci treba li i koji otkaz dati radniku, osim ostalih zakonskih uvjeta, poslodavac mora itekako oprezno odvagnuti i prosuditi sve parametre povrede.

Autorice smatraju, da u svjetlu prethodno iznijetih njemačkih iskustava, u svakom slučaju prednost treba dati postupku redovitog otkazivanja ugovora o radu zbog skrivljenog ponašanja radnika, osim u slučaju najtežih povreda, koje ujedno predstavljaju i kazneno djelo. Ovo prvenstveno zbog toga što se u postupku redovitog otkazivanja radniku opomenom može ukazati na povredu njegovih radnih obveza čime se radniku daje mogućnost ispraviti vlastito ponašanje, tj. prestati koristiti online medije u privatne svrhe za vrijeme radnog vremena.

Zanimljiva usporedba i smjernica za daljnji razvoj sudske prakse glede korištenja online medija u privatne svrhe može se pronaći u sudskoj praksi glede korištenja telefonskog priključka poslodavca za obavljanje privatnih poslova⁷⁹.

komitente u roku, i nedopušteno obavljanje poslova za treće osobe na radnom mjestu, ocijenjeno je kao opravdan razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu.”

⁷⁶ Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revr-205/02 od 12. lipnja 2002.: “Osobito tešku povredu radne obveze predstavlja i učestalo kršenje radnih obveza u duljem i neprekinutom trajanju, s time da radnik odbija promijeniti svoj odnos prema radu i nakon upozorenja poslodavca.”

⁷⁷ Vidi primjerice, sljedeće odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske: Revr-620/07 od 16.01.2008.: “Naime, ovakvim ponašanjem tužitelja (op. odbijanje postupiti po radnom nalogu direktora i upućivanje psovke istome) nedvojbeno je narušen ugled i dignitet poslodavca i sasvim je logično da je zbog takvog ponašanja poslodavac izgubio povjerenje u radnika u toj mjeri da nastavak radnog odnosa nije moguć, što predstavlja opravdani razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu tužitelju temeljem odredbe čl. 107. st. 1. ZR-a. To posebice imajući na umu da je ovdje riječ o malom trgovačkom društvu u kojem je rad zasnovan na obostranom povjerenju i uvažavanju i čiji je proces rada uvjetovan ostvarenjem punog angažmana svakog pojedinog radnika.”; Revr-820/2005-2 od 23. veljače 2006.: “Za dopušteni izvanredni otkaz dovoljno je utvrditi da je poslodavac, zbog određenog ponašanja radnika, opravdano u njega izgubio povjerenje.”; Revr 239/04-2 od 7. rujna 2004.: “Utvrđeni manjak na šanku disco-bara i izgubljeno povjerenje poslodavca u radnika (barmena) ocijenjeni su kao opravdan razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu.”

⁷⁸ Vidi odluku Vrhovnog suda, Rev-2618/98, od 23. veljače 2000.

⁷⁹ Načela utvrđena u sudskim presudama glede privatne uporabe telefonskog priključka na radnom mjestu u njemačkoj su sudskoj praksi, već s uspjehom primijenjena u slučajevima

Naime, “(...) radniku je zakonito izjavljen otkaz radi skrivljenog ponašanja nakon što je utvrđeno da je u radno vrijeme telefonski kontaktirao osobe u inozemstvu radi obavljanja privatnih poslova za trgovačko društvo u svojem vlasništvu, a koristeći se telefonskim priključkom poslodavca kao sredstvima rada poslodavca, te također nakon što je utvrđeno da se to trgovačko društvo koristilo sjedištem poslodavca kao svojim sjedištem. (...) Vrhovni sud napominje da je ovakvim ponašanjem radnika nanesena poslodavcu i određena šteta, a navod radnika da se u njegovom ponašanju radi o “neznatnoj društvenoj opasnosti” što ne može biti razlog za otkaz, ocijenjen je pogrešnim (...)”.⁸⁰

Ono što je bitno i što se mora naglasiti i u Republici Hrvatskoj, ali i u SR Njemačkoj je pregovaranje i utvrđivanje pravila korištenja elektroničkih komunikacijskih uređaja u privatne svrhe između poslodavca i radničkog vijeća (ako postoji), odnosno zastupnika radnika. Vjerojatnije je da će takva pravila postupanja naići na prihvatanje i primjenu od strane radnika, a time se otklanja i rizik da poslodavac mora dokazati da je radnika upoznao s pravilima postupanja.

6. Zaključak

Put prema pravnom labirintu u najvećem broju slučajeva vodi kroz vaganje, s jedne strane zaštite prava osobnih podataka zaposlenika, a s druge zaštite interesa poslodavaca.

Kako smo i u tekstu naznačili, pitanje nadzora zaposlenika novim tehnologijama nadzora pored zakonske regulative, treba biti regulirano i aktima autonomnoga prava. Pravilnicima također treba biti regulirana privatna uporaba online medija na radnom mjestu. Granica nadzora je do točke gdje je osobnost i zaštita osobnih podataka radnika ugrožena.

Akti autonomnoga prava u gospodarskim subjektima glede nadzora zaposlenika trebaju sadržavati polje primjene, ciljeve i razloge uvođenja sustava nadzora. Formulacije pravilnika moraju biti jasne i razumljive kako ne bi bilo nesporazuma između poslodavca i radničkog vijeća. Kod uvođenja mjera tehničkog nadzora treba postojati suglasnost radničkoga vijeća za uvođenje istih.

Također pravilnikom valja regulirati uporabu online medija na radnom mjestu.

Poslodavac se može odlučiti na potpunu zabranu uporabe interneta u privatne svrhe na radnom mjestu ili se može dati djelomična zabrana.

korištenja internet priključka poslodavca; vidi šire o tome: Göbbels, op. cit., str. 476.

⁸⁰ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr-197/04 od 25. kolovoza 2004., Županijski sud u Puli, Gž-140&/02 od 08. prosinca 2003., Općinski sud u Bujama, P-271/01 od 28. veljače 2002., sve citirano prema: Pezo, Ivica, Razlozi za redoviti otkaz ugovora o radu uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika kroz sudsku praksu, Zagreb, Radno pravo, 10/06, 2006., str. 12-16, 16.

Ukoliko se poslodavac odluči za opciju dopuštenosti uporabe interneta u privatne svrhe onda mora biti propisano koja uporaba, u koje vrijeme i u kojemu opsegu je dopuštena.

Bez obzira za koju se opciju poslodavac odluči svi pravilnici moraju sadržavati odredbe da se svaki pristup mrežnim stranicama s pornografskim, nasilnim ili rasističkim sadržajem s uredskog računala registrira i pohranjuje tako da se u slučaju poziva navedenih mrežnih stranica mogu očekivati radnopravne posljedice.

Sudska praksa glede dopuštenosti redovnog otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika te razloga za izvanredni otkaz u Republici Hrvatskoj je veoma šarolika i uglavnom uvjetovana konkretnim okolnostima slučaja. Stoga, iako bi (neovlaštena i/ili ekscesivna) uporaba online medija na radnom mjestu mogla predstavljati razlog za otkaz, pri odluci da li i koji otkaz dati radniku, osim ostalih zakonskih uvjeta, poslodavac mora itekako oprezno odvagnuti i prosuditi sve parametre povrede.

Autorice smatraju, da u svjetlu prethodno iznijetih njemačkih iskustava, u svakom slučaju prednost treba dati postupku redovitog otkazivanja ugovora o radu zbog skrivljenog ponašanja radnika, osim u slučaju najtežih povreda, koje ujedno predstavljaju i kazneno djelo. Ovo prvenstveno zbog toga što se u postupku redovitog otkazivanja radniku opomenom može ukazati na povredu njegovih radnih obveza čime se radniku daje mogućnost ispraviti vlastito ponašanje, tj. prestati koristiti online medije u privatne svrhe za vrijeme radnog vremena.

Autoricama se također čini da će glede privatnog surfanja i zlouporabe istoga na radnom mjestu kao razloga za prestanak radnog odnosa u praksi ipak češće (iako će to izazivati zasigurno prijepore) primjenjivati izvanredni otkaz ugovora o radu.

To smatramo i predmnijevamo jer razlog izvanrednog otkaza ne mora biti prouzročen skrivljenim ponašanjem radnika, što poslodavcu olakšava dokazivanje opravdanosti razloga, odnosno izvanredni otkaz može se temeljiti i na nekoj drugoj činjenici zbog koje, uz uvažavanje interesa, i poslodavca, i radnika, nastavak radnog odnosa nije moguć.

Summary

CHALLENGES OF THE NEW TECHNOLOGIES AT THE WORKING PLACE

(Particularities of Legal Solutions)

In the article the author analyses new challenges which came out by a breakthrough of new information and communication technologies.

The whole range of legal issues appeared also. The first group of issues which has been analysed in the article consists of issues concerning the protection of employees' dignity and their personal data as well as issues concerning the employer's control and supervision of employees during the working time.

The author pays a special attention to Internet using and writing e-mails for private purposes during the working time and to their misuse being a basis for employee's dismissal. Recent German court practice and Croatian solutions *de lege lata* are scrutinised also. Furthermore, the author presents proposals *de lege ferenda*.

Key words: *supervision of employees, working time, Internet misuse, dignity of employees, termination of an employment contract.*

Riassunto

LE SFIDE DELLE NUOVE TECNOLOGIE SUL POSTO DI LAVORO

(peculiarità delle soluzioni giuridiche)

Nel lavoro si esaminano le nuove sfide, che sono state lanciate dalle nuove tecnologie nel campo informatico e delle comunicazioni.

S'è aperta tutta una serie di nuove questioni giuridiche. Il primo insieme di questioni, che vengono trattate nel presente lavoro concernono la tutela della dignità e dei dati personali del lavoratore, come pure il controllo del datore di lavoro e la vigilanza sul lavoratore durante l'orario di lavoro.

Il secondo insieme di questioni riguarda, invece, l'utilizzo di *internet*, di *intranet* e dell'*e-mail* a fini personali durante l'orario di lavoro, come anche l'uso smodato di questi mezzi, quale motivo di licenziamento.

Si analizzano sia la giurisprudenza recente delle corti tedesche, che le soluzioni croate *de lege lata*, ma si offrono anche proposte *de lege ferenda*.

Parole chiave: *vigilanza sui lavoratori, orario di lavoro, uso smodato di internet, dignità del lavoratore, licenziamento.*

PRAVO NA PRISTUP PODACIMA U MEDICINSKOJ DOKUMENTACIJI

Dr. sc. Jozo Čizmić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 61:002
342.732:007
Ur.: 5. studenog 2008.
Pr.: 10. prosinca 2008.
Izvorni znanstveni članak

Medicinska dokumentacija jest dokument o tijeku pacijentove bolesti i liječenja, odnosno o zdravstvenom stanju pacijenta, načinu rada na mjestu pružanja zdravstvene zaštite te uputa danih u svrhu ostvarivanja pacijentovih prava na zdravstvenu zaštitu, koji je nastao u zdravstvenoj ustanovi i koji je potpisan od ovlaštenog zdravstvenog radnika (najčešće liječnika).

U radu autor nakon objašnjenja pojma medicinske dokumentacije, ukazuje na: svrhu, sadržaj i vrste medicinske dokumentacije, dužnost i način vođenja medicinske dokumentacije, pravo pacijenta na uvid u svoju medicinsku dokumentaciju, ali i na pravo trećih osoba na uvid u medicinsku dokumentaciju, neke podzakonske propise kojima se uređuje dužnost vođenja, sadržaj i čuvanje medicinske dokumentacije, kao i posljedice nepridržavanja navedenih dužnosti te na kraju, i na odgovornost za vođenje medicinske dokumentacije i čuvanje tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije.

Ključne riječi: *medicinska dokumentacija, medicinsko pravo, medical documentation, medical law.*

I. Uvod

1/ Zdravstvene ustanove i drugi organizacijski oblici obavljanja zdravstvene djelatnosti vode razne **evidencije** koje služe kao izvor podataka za statistička istraživanja u području zdravstva, a koriste se za praćenje i proučavanje zdravstvenog stanja stanovništva, programiranje i planiranje zdravstvene zaštite, odnosno poduzimanje potrebnih mjera zdravstvene zaštite, za potrebe društvene zajednice, obrane, izvješćivanje javnosti, za izvršavanje međunarodnih obveza te druge službene svrhe. Evidencija u području zdravstvene zaštite vodi se

upisivanjem podataka na sredstvima za vođenje evidencije – **medicinskoj dokumentaciji** (*medical documentation*).¹

Jedno od pacijentovih prava u ostvarivanju zdravstvene zaštite jest i **pravo na pristup medicinskoj dokumentaciji**, koje se temelji na pravu pacijenta na obaviještenost o svom zdravstvenom stanju, zajamčenu odredbama čl. 8 – 15. Zakona o zaštiti prava pacijenata (“Narodne novine”, broj 169/04., dalje – **ZOZPP**).² Pravo pacijenta na pristup medicinskoj dokumentaciji je strogo **osobno pravo**³ pa je pacijent jedini ovlašten koristiti se ovim pravom – pravom na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje njegova zdravlja, uz mogućnost da ovo ovlaštenje može prenijeti i na druge osobe.⁴ Podaci o zdravstvenom stanju pacijenta nesumnjivo spadaju u osobne podatke, ne smiju se, u pravilu, otkrivati trećim osobama, a pravila o njihovoj zaštiti moraju poštivati svi subjekti.⁵

Treba ipak kazati da neke od **trećih osoba** iznimno imaju pravo na uvid u medicinsku dokumentaciju pacijenta i bez njegove suglasnosti. Tako je, primjerice, liječnik dužan medicinsku dokumentaciju na zahtjev predočiti

¹ Usp. TIMOTIĆ, B. – ANĐELSKI, H., *Zdravstveno zakonodavstvo*, Beograd, 2004., str. 174.-175.

² Više o tome kod TURKOVIĆ, K., *Informirani pristanak i pravo na odbijanje tretmana u Republici Hrvatskoj*, objavljen u zborniku radova sa savjetovanja “Aktualna pravna problematika u Zdravstvu”, Topusko 9. i 10. listopada 2008., str. 57.-85.; ČIZMIĆ, J., *Pravo pacijenata na obaviještenost, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, vol. 29, 2008., br. 1, str. 227.-275.; DULČIĆ, K. – BODIROGA VUKOBRAT, N., *Zaštita osobnih podataka pacijenta u europskom i hrvatskom pravu*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, vol. 29, 2008., br. 1, str. 371.-411.

³ Pravo na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje zdravlja pacijenta proizlazi iz **prava osobnosti** koje raznim sredstvima štiti personalitet čovjeka, budući da osobnost čovjeka nije samo psihološka kategorija, nego je i pravni pojam. Tako RADOLOVIĆ, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, vol. 27., 2006., br. 1, str. 133. Opće je prihvaćeno stajalište da je jedno od subjektivnih prava osobnosti i pravo na privatnost, odnosno zaštitu privatnog života, koje pak jamči i tajnost podataka o čovjekovom privatnom životu, pa time i o stanju njegova zdravlja. Podrobnije o pravu osobnosti kod GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000. i BODIROGA, N. – DULČIĆ, K., *Zaštita osobnih podataka u europskoj i hrvatskoj pravu*, “Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu”, god. 42, 2005., str. 327.-356.

⁴ “**Pacijent**” je svaka osoba, bez obzira na dob, spol, rasnu, vjersku i drugu pripadnost, imovno stanje, vrstu i stupanj zdravstvenih potreba, bolesna ili zdrava, koja u bilo kojoj zdravstvenoj ustanovi i/ili privatnoj praksi zatraži određenu uslugu ili nastoji zadovoljiti svoju zdravstvenu potrebu. U tom smislu pacijenti u najširem smislu riječi su svi građani s obzirom na svoju obvezu podvrgavanja mjerama primarne prevencije, odnosno onog dijela zdravstvene zaštite koji je od najšireg nacionalnog interesa i kojim su obuhvaćeni svi građani Republike Hrvatske koji su to rođenjem i državljanstvom. U uvjetima utvrđenima ZOZPP-om, drugim zakonima i međunarodnim ugovorima, pacijentima se smatraju i strani državljani koji koriste bilo koji oblik zdravstvene zaštite u zdravstvenim ustanovama i/ili privatnim praksama na području Republike Hrvatske” (ZOZPP, čl. 3. t. a/).

⁵ Tako i opširnije kod JELENC PUKLAVEC, A., *Zdravstvena dokumentacija, zasebnost in kazenski postopek*, zbornik “Medicina in pravo”, god. 1996.-1998., Maribor, 1998., str. 219.-220.

ministarstvu nadležnom za zdravstvo, tijelima državne uprave u skladu s posebnim propisima, Hrvatskoj liječničkoj komori ili sudbenoj vlasti.

Svaki pacijent ima pravo uvida u svu medicinsku dokumentaciju koja se tiče njegova zdravstvenog stanja. Pravo na pristup, odnosno uvid pacijenta u svoju medicinsku dokumentaciju odnosi se, kako na dokumentaciju koja se uručuje pacijentu nakon završenog liječničkog pregleda, tako i na **njegovu cjelokupnu medicinsku dokumentaciju**.⁶

Problemi koji se tiču zaštite pacijentove privatnosti i prava pacijenta na pristup i kopiranje medicinske dokumentacije predmet su i posebnog uređenja i ulaze u sadržaj, tzv. **ugovora o medicinskom tretmanu**, temeljem kojega je liječnik, kao davatelj zdravstvene usluge, dužan unijeti u medicinsku dokumentaciju podatke koji se tiču zdravlja pacijenta i postupaka izvršenih nad njim, uključujući i druge dokumente koji sadrže informacije nužne za potrebni standard pažnje. Pacijent, pak kao principal, primatelj zdravstvene usluge, ima pravo na pristup medicinskoj dokumentaciji, ali ne i onda kada bi time bila povrijeđena privatnost drugih osoba.⁷

Pravo na uvid, odnosno na pristup osobnoj medicinskoj dokumentaciji **pridonosi odnosu povjerenja** između liječnika i pacijenta. Kada bi liječnik pacijentu odbio dopustiti razgledavanje njegove medicinske dokumentacije, to bi moglo dovesti u sumnju kvalitetu i ispravnost pružene zdravstvene zaštite, što bi svakako štetilo i ugledu liječnika.⁸

2/ Medicinska dokumentacija je svaki dokument koji je nastao u zdravstvenoj ustanovi, potpisan od zdravstvenog radnika, najčešće liječnika.⁹ Po svom sadržaju medicinska dokumentacija je skup svih pisanih ili na drugi način priređenih dokumenata (na elektronskom mediju i sl.),¹⁰ u kojima su sadržani stručno relevantni podaci o pacijentovoj bolesti i o njegovu zdravstvenom stanju te upute o liječenju i upute dane u svrhu ostvarivanja pacijentovih prava na zdravstvenu zaštitu (ZOZPP, čl. 3. t. c/). Medicinska dokumentacija može se definirati i kao dokument o tijeku pacijentove bolesti i liječenja,¹¹ odnosno svaki zapis koji sadrži podatke o zdravstvenom stanju pacijenta, kao i o načinu rada na mjestu pružanja te zaštite.¹²

⁶ Usp. GRBČIĆ, Ž., *Kakva prava pruža Zakon o zaštiti pacijenata*, "Informator", god. LII, 2005., br. 5145, str. 41.

⁷ Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Ugovor o medicinskom tretmanu*, "Strani pravni život", 2001., br. 1-3, str. 260.-261.

⁸ Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 149.

⁹ Vidi ČUKIĆ, D., *Pravo na medicinsku istinu preko medicinske dokumentacije – teškoće, greške, predlog mjera za njihovo otklanjanje*, "Pravni život", vol. LI, 2002., br. 9, str. 260.

¹⁰ *Dokument* (lat.) jest isprava, odnosno pisani dokaz, a dokumentacija jest materijal koji služi za dokumentiranje (*Leksikon JLZ*, Zagreb, 1974., str. 222.), odnosno pisani ili službeni podaci o nekom predmetu. FILIPOVIĆ, M., *Rječnik stranih riječi*, Zagreb, 1988., str. 88.

¹¹ Tako TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 116.

¹² Vidi PETROVIĆ, F. – STANOJEVIĆ, S. – MARČETIĆ, LJ., *Zaštita i valorizacija medicinske dokumentacije*, Beograd, 1995., str. 16.

Medicinska dokumentacija nije nužno istovjetna **zdravstvenom kartonu** (*medical record*) pacijenta,¹³ a posebno to nije u onim zemljama u kojima se liječenje u pravilu odvija na različitim mjestima.¹⁴

U medicinsku dokumentaciju bi svakako trebalo ubrojiti i podatke, odnosno dokumentaciju o zdravstvenom stanju pacijenta s kojom **raspolože i koju čuva sam pacijent**. Naime, ponekad je korisno (primjerice, zbog mogućeg gubitka ili zamjene pojedinih podataka i/ili priloga iz medicinske dokumentacije, zbog eventualne zaštite prava pacijenta pred drugim tijelima i sl.) ili, čak, nužno da se takva dokumentacija nalazi kod pacijenta, štoviše i uz pacijenta (npr., knjižica dijabetičkih bolesnika, trudnička knjižica; razni lančići, značke, narukvice, koji upozoravaju na postojanje neke bolesti, preosjetljivost na neke lijekove, krvnu grupu i sl.).¹⁵

Na žalost, problematika medicinske dokumentacije i njezina pravnog značenja vrlo se rijetko ili nikako tumači studentima prava i pravnicima, a neprijeporno zaslužuje njihovu punu pozornost i poznavanje vrsta, sadržaja i forme medicinske dokumentacije, posebno zbog njezina značenja za pravosuđe gdje predstavlja izvor važnih podataka.¹⁶

II. Svrha i cilj medicinske dokumentacije

Medicinska dokumentacija ima višestruku svrhu. U prvom redu, zadatak joj je **omogućiti pravilno liječenje** pacijenta i **znanstveno istraživanje**, pa mora biti tako vođena da može u svakom trenutku drugim liječnicima i pacijentu dati točne podatke o poduzetim dijagnostičkim i terapijskim mjerama. Ti su podaci značajni i onima koji u konačnici snose troškove liječenja.¹⁷ Cilj medicinske dokumentacije je, dakle praćenje i utvrđivanje tijeka bolesti u postupku liječenja bolesnika, koje provode određeni zdravstveni djelatnici i zdravstvene ustanove odgovorni za liječenje konkretnog pacijenta.¹⁸

¹³ (Elektronski) **zdravstveni karton** je skup svih podataka pacijenta, koji su nastali tijekom različitih epizoda liječenja pacijenta. On predstavlja pregled povijesti pacijentovog zdravstvenog stanja i kao takav temeljni je izvor podataka u tijeku liječenja pacijenta. Pruža zdravstvenim djelatnicima mnoštvo iscrpnih mogućnosti koja im pomažu u liječenju, povećavaju efikasnost i profirabilnost te pomaže biti usuglašena sa standardima i propisima. Podatak na stranici http://www.info-grad.hr/c85/elektronski_zdravstveni_karton/.

¹⁴ Zakon o evidencijama u oblasti zdravstva ("Službeni list SFRJ", broj 22/78., 18/88., dalje – **ZEOZ**) na posredan način definira oblik "osnovne medicinske dokumentacije" kao individualni karton, registar knjiga, povijest bolesti, sredstva za automatsku obradu podataka te druga sredstva za vođenje evidencije određena propisom nadležnog organa (ZEOZ, čl. 3. st. 1.).

¹⁵ JAKŠIĆ, Ž. *Medicinska dokumentacija*. U: Jakšić, Ž. i sur., *Socijalna medicina*. Praktikum II., 5. izd., Zagreb, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 355.-372.

¹⁶ Usp. JELAČIĆ, O., *O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", XIV, 1977., str. 235.

¹⁷ Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 144.-145.

¹⁸ Vidi OPDERBECKE, H. W. – WEISSAUER, W., *Aerztliche Dokumentation und Pflege dokumentation*, "Medizinrecht", 1984., br. 6, str. 211.

Na temelju medicinske dokumentacije **pišu se dnevna i periodična izvješća** za potrebe evidencija, a **izdaju se i financijski dokumenti za plaćanje zdravstvenih usluga**.¹⁹

Medicinska dokumentacija (bilješke i prilozi) liječniku služi da bi se **podsjetio** na rezultate pretraga, situaciju, svoja razmišljanja i namjere, kad se sretne s istim bolesnikom nakon nekog vremena.²⁰

Mogli bi, primjerice spomenuti i da magistar farmacije ne smije bez recepta ili medicinske dokumentacije izdati lijek koji ima odobrenje za stavljanje u promet na recept sukladno posebnome zakonu (Zakon o ljekarništvu, "Narodne novine", broj 121/03., dalje – **ZOLK**, čl. 22.).²¹ Magistar farmacije u dežurstvu obvezan je izdati samo lijek na recept koji ima oznaku hitnosti, odnosno samo lijek na temelju drugoga relevantnog medicinskog dokumenta koji ima oznaku hitnosti (ZOLK, čl. 23.). Tijekom rada, magistar farmacije dužan je uskratiti izdavanje lijeka ili medicinskoga proizvoda u slučaju neispravne medicinske dokumentacije (ZOLK, čl. 24.).

Uredno vođena dokumentacija ne služi samo kao oslonac liječniku za podsjećanje, nego je i u interesu pacijenta imati urednu medicinsku dokumentaciju.²² Naime, zbog loše, odnosno nepravilno vođene medicinske dokumentacije, pacijenti često ne mogu **dokazati i ostvariti svoja prava**.²³ Uredno vođena medicinska dokumentacija od osobite je važnosti za zaštitu prava pacijenata **pred sudom**,²⁴ ali isto tako ona može poslužiti i liječnicima za obranu njihovih prava ako pacijent protiv njih pokrene sudski postupak.²⁵ Naime, medicinska dokumentacija, odnosno (neki) njezini sastavni dijelovi imaju dokaznu snagu javnih isprava, pa sud, na temelju zakona mora uzeti kao istinito ono što se u medicinskoj dokumentaciji potvrđuje ili određuje (arg. Zakon o parničnom postupku, "Narodne novine", broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 84/08, dalje – **ZPP**, čl. 230. st. 1.).²⁶ Svakako, dopušteno je dokazivati da su u

¹⁹ Tako i podrobnije kod JAKŠIĆ, Ž. *Medicinska dokumentacija*. U: Jakšić, Ž. i sur., *Socijalna medicina*. Praktikum II., 5. izd., Zagreb, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 355.-372.

²⁰ *Ibid.*, str. 355.-372.

²¹ Tako RADIĆ, M., *Zakon o ljekarništvu*, u knjizi Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 188.

²² Potanje o tome kod MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 6.

²³ Vidi ČUKIĆ, D., *Pravo na medicinsku istinu preko medicinske dokumentacije – teškoće, greške, predlog mjera za njihovo otklanjanje*, "Pravni život", vol. LI, 2002., br. 9, str. 259.; NIKOLIĆ, K., *Krivično-pravna odgovornost ljekara zbog neurednog vođenja medicinske dokumentacije*, "Pravni život", 1998., br. 9., str. 268.

²⁴ Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 44., 2005., br. 1, str. 90.

²⁵ Vidi kod TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i prilogima*, Zagreb, 2001., str. 116.

²⁶ U tom je smislu Vrhovni sud Republike Hrvatske donio odluku, Rev 930/94. od 4. svibnja 1994., prema kojoj je potvrdio nadležnog liječnika o nesposobnosti radnika za rad javna isprava čija

medicinskoj dokumentaciji neistinito utvrđene činjenice ili da je nepravilno sastavljena, a ako sud posumnja u autentičnost medicinske dokumentacije, odnosno pojedinih njezinih dijelova, može zatražiti da se o tomu izjasni zdravstvena ustanova i/ili zdravstveni djelatnik od kojega bi ona trebala potjecati (arg. ZPP, čl. 230. st. 3. i 4.).²⁷

III. Sadržaj i vrste medicinske dokumentacije

1/ Medicinsku dokumentaciju **sačinjavaju različiti dokumenti**, kao što su: otpusno pismo, liječničko uvjerenje,²⁸ rendgenološki snimci, rezultati laboratorijskih pretraga, temperaturno – terapijsko – dijetetske liste,²⁹ uputnice (drugim specijalistima, laboratorijima, ustanovama), operacijske liste, CT nalazi, anamneze, potvrda o smrti i sl.³⁰ Što je medicinska dokumentacija potpunija, to je i kvalitetnija.^{31 32}

Medicinska dokumentacija sastoji se ponajviše od **liječnikovih zabilješki** o nalazima glede pacijentovog zdravstvenog stanja i o poduzetim terapijskim mjerama. Medicinska dokumentacija treba sadržavati podatke o onome što je liječniku priopćio pacijent, onome što je liječnik sam uočio, dijagnosticirao,

se istinitost može osporavati u parnici svim dokaznim sredstvima. Odluka je objavljena u Izboru odluka Vrhovnog suda RH, br. 1994/244.

²⁷ Podrobnije o tome kod TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 512.-515.

²⁸ Liječničko uvjerenje je po svom sadržaju i obliku isprava, odnosno pismeno u kojemu autor (liječnik) upisuje svoja neposredna opažanja i svoje stručno mišljenje o opaženim okolnostima. Po sadržaju je slično iskazu svjedoka, jer služi kao izvor informacija o neposrednim opažanjima liječnika, a isto tako je uvelike slično iskazu vještaka, jer izražava nalaz i mišljenje liječnika kao stručno verzirane osobe. Tako PETROVIĆ, V., *Lekarsko uverenje kao dokazno sredstvo u krivičnim stvarima*, "Pravni život", god. IV, 1955., br. 4, str. 1.

²⁹ Svrha je temperaturne liste definiranje svakodnevnih terapijskih postupaka, a davanje lijekova mora biti identično zapisu na listi. Liječnik mora upisivati na temperaturnu listu sve lijekove i njihove doze, infuzijske otopine, transfuzije itd., a ti podaci moraju biti sadržani i u otpusnom pismu.

³⁰ Usp. ČUKIĆ, D., *Pravo na medicinsku istinu preko medicinske dokumentacije – teškoće, greške, predlog mjera za njihovo otklanjanje*, "Pravni život", vol. LI, 2002., br. 9, str. 261.

³¹ Tako TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 116.

³² U pogledu sadržaja medicinske dokumentacije, Weed je u stručnu literaturu i praksu uveo pojam, tzv. "problemima orijentirane dokumentacije". Naime, držao je da se zbog velikog broja nalaza i drugih priloga te zbog uključenosti u liječenje pacijenta većeg broja zdravstvenih djelatnika, može ponekad izgubiti iz vida temeljni problem zbog kojeg je pacijent pristupio liječenju. Zbog toga je nužno sustavno urediti medicinsku dokumentaciju, pa drži da se ona mora sastojati od 4 temeljna dijela: a/ temeljnih podataka o bolesniku (generalije, socijalne prilike, psihološki profil i sl.); b/ lista problema (svi medicinski problemi u užem smislu i socijalnomedicinski problemi) i c/ plan za rješenje svih problema (dijagnostički, terapijski, pouke bolesniku, druge aktivnosti za ispunjenje plana) d/ bilješke o praćenju stanja. WEED, L. L., *Medical record that guide and teach*, N. Eng. J. Med., 1968, str. 593.-600. Vidi o tome detaljnije kod JAKŠIĆ, Ž. *Medicinska dokumentacija*. U: Jakšić, Ž. i sur., *Socijalna medicina*. Praktikum II., 5. izd., Zagreb, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 355.-372.

zaključio i proveo (primjerice, plan liječenja, stupanj uključenosti samoga pacijenta u njegovo liječenje, detalje o primijenjenim metodama liječenja i lijekovima, koji su lijekovi i koliko često davani, kakva je bila reakcija pacijenta na njih, informacije koje su dane pacijentu glede liječenja i njegovih prava, usmene ili pisane pristanke koje je davao pacijent tijekom liječenja, ocjene njegove sposobnosti za davanje pristanka i sl.).³³ Usto, liječnik je dužan u pacijentovom zdravstvenom kartonu čuvati i laboratorijske nalaze, razne tehničke pokazatelje, kao i svoje osobne dojmove i zapažanja, a obvezno anamnezu, tegobe pacijenta, dijagnostičke mjere i dijagnozu, terapiju i rezultate terapije, savjete date pacijentu i datume.³⁴ Dakle, posebnost medicinske dokumentacije je u tomu što ona, pored **objektivnih nalaza**, sadrži i **subjektivne ocjene liječnika** koje objašnjavaju njegove postupke.³⁵

Osim pisane dokumentacije, prikupljaju se i brojni (**tehnički**) **zapisi** druge vrste, primjerice rendgenske slike, laboratorijski nalazi, EKG i drugi biosignali te ostala pomoćna dijagnostička sredstva.³⁶

U medicinskopravnoj teoriji postoji **klasifikacija medicinske dokumentacije** na: osnovnu medicinsku dokumentaciju; pomoćna sredstva za vođenje evidencije (dnevna evidencija o radu i posjetama, registar kartoteke, primjerice) te na izvješća – individualna (primjerice, prijava porođaja, pobačaja, profesionalnih oboljenja, nesreća na poslu, zaraznih bolesti, primjerice) i periodične/zbirne (primjerice, izvješća službe medicine rada; specijalističkih službi; o broju i vrsti izvršenih operacija po odjelima). Osnovna medicinska dokumentacija predstavlja primarno registriranje podataka o svakoj osobi kojoj je pružena zdravstvena zaštita, a vodi se u svim zdravstvenim ustanovama i na svim radnim mjestima na kojima se ostvaruje kontakt s korisnicima zdravstvenih usluga.³⁷ U tu bi dokumentaciju mogli, primjerice, svrstati: zdravstveni karton, protokol bolesnika, protokol umrlih, protokol operiranih; protokol intervencija, protokol kućne njege i liječenja; matičnu knjigu osoba smještenih u stacioniranoj zdravstvenoj ustanovi, povijest bolesti; temperaturno-terapijske liste; dijetetske liste; otpusne liste s epikrizom; liste anestezije; karton o potrošnji lijekova; razne knjige evidencije itd.³⁸

2/ U bivšoj SFR Jugoslaviji propisi su predviđali i uređivali različite **vrste** medicinske dokumentacije. Tako se medicinska dokumentacija dijelila s obzirom

³³ Podrobnije kod TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 116.

³⁴ Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 6.

³⁵ Usp. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 143.

³⁶ Tako i podrobnije kod JAKŠIĆ, Ž. *Medicinska dokumentacija*. U: Jakšić, Ž. i sur., *Socijalna medicina. Praktikum II.*, 5. izd., Zagreb, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 355.-372. Vidi i BOCKELMANN, P., *Die Dokumentationspflicht des Arztes und ihre Konsequenzen*, Berlin, 1985., str. 700.

³⁷ Vidi TIMOTIĆ, B. – ANĐELSKI, H., *Zdravstveno zakonodavstvo*, Beograd, 2004., str. 175.

³⁸ *Ibid.*, str. 175.-176.

na mjesto nastanka (bolnička, ambulantna, zavodska); s obzirom na sadržaj i značaj za državu (ona koja je namijenjena za određene evidencije/registre, koja je namijenjena za medicinske svrhe, odnosno liječenje te ona koja služi pacijentu za ostvarivanje određenih njegovih prava); s obzirom na njezino vremensko važenje (aktivna i pasivna, odnosno ona u uporabi i arhivirana); s obzirom na nosač sadržaja zdravstvenih podataka (papir, rendgenske snimke, biozapisi, informatički zapisi, elektronske osobne kartice, magnetski i laserski nosači i sl.) te na primarnu i sekundarnu dokumentaciju (nastalu u neposrednom odnosu liječnika i pacijenta, odnosno nastalu kao sinteza različitih primarnih dokumenata).³⁹

Iako se pod pojmom "medicinska dokumentacija" misli prvenstveno na liječničku dokumentaciju, medicinska dokumentacija po svom izvoru nastanka svakako obuhvaća i dokumentaciju koju su priredili i drugi zdravstveni djelatnici. Tako medicinska dokumentacija u **ljekarničkoj djelatnosti** obuhvaća: očevidnike koji se vode pri obavljanju ljekarničke djelatnosti; medicinsku dokumentaciju za propisivanje i izdavanje lijekova i medicinskih proizvoda (ZOLK, čl. 30.). Način propisivanja, vrstu i sadržaj recepta, doznake i medicinski dokumenti korisnika na temelju kojeg magistar farmacije može izraditi, odnosno izdati lijek ili medicinski proizvod te se postupak izdavanja propisuje posebnim pravilnikom na prijedlog nadležnih komora ministar nadležan za zdravstvo.⁴⁰ **Stomatološka dokumentacija** sastoji se od kartona sa statusom, povijesti bolesti, rendgenskih snimaka te fotografija (Zakon o stomatološkoj djelatnosti, "Narodne novine", broj 121/03., dalje – **ZOSD**, čl. 29. st. 3.).

Vođenje **sestrinske dokumentacije**, kojom se evidentiraju svi provedeni postupci tijekom 24 sata, jedna je od dužnosti medicinske sestre (Zakon o sestrištvu, "Narodne novine", broj 121/03., dalje -**ZOS**, čl. 16.). Sestrinska dokumentacija sadrži: sestrinsku listu;⁴¹ sažetak praćenja stanja pacijenta tije-

³⁹ Tako i detaljnije kod FLIS, V., *Medicinska dokumentacija in pravice bolnikov*, zbornik "Medicina in pravo", god. 1996.-1998., Maribor, 1998., str. 234.-235.

⁴⁰ Vidi detaljnije kod BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 133.

⁴¹ Medicinska sestra obvezna je evidentirati sve provedene postupke na **sestrinskoj listi** za svakog pojedinog pacijenta na svim razinama zdravstvene zaštite. Sestrinska lista jest skup podataka koji služe kontroli kvalitete planirane i provedene zdravstvene njege, a sadržaj i obrazac sestrinske liste na prijedlog Hrvatske komore medicinskih sestara propisuje ministar nadležan za zdravstvo (ZOS, čl. 17.). Sestrinska lista je jedna od novosti u našem zdravstvenom sustavu, a u Europi i svijetu, gdje već postoji, pokazala se vrlo korisnom za pacijente, medicinske sestre i zdravstvene ustanove, jer se na temelju nje u svakom trenutku može utvrditi je li planirana zdravstvena njega stvarno i provedena. Vidi RADIĆ, M., *Zakon o sestrištvu*, u knjizi *Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem*, Zagreb, 2003., str. 166. i BOŠKOVIĆ, Z., *Medicina i pravo*, Zagreb, 2007., str. 77. Sestrinska lista predviđena je za upotrebu na bolničkim odjelima, za pacijente koji borave duže od 24 sata. Sestrinska skrb dokumentira se na različite načine, ovisno o organizaciji sestrinske službe, kategoriji pacijenta, potrebama tih pacijenata, vrsti odjela, razini zdravstvene zaštite te o obrazovanosti medicinskih sestara. Primjenom Sestrinske liste, što neće biti nimalo jednostavno ni lako, bitno će se poboljšati kvaliteta zdravstvene skrbi, a time i zadovoljstvo pacijenata.

kom hospitalizacije; sažetak trajnog praćenja postupaka trajno praćenje stanja pacijenta (*decursus*); plan zdravstvene njege; lista provedenih sestrinskih postupaka; evidencija ordinirane i primijenjene terapije; unos i izlučivanje tekućina; procjena bola; lista za praćenje dekubitusa; nadzorna lista rizičnih postupaka u zdravstvenoj njezi; izvješće o incidentu (spriječenom ili nastalom); otpusno pismo zdravstvene njege; sestrinske dijagnoze proizašle iz obrazaca po Gordonovoj; lista okretanja pacijenta; Braden skala za procjenu sklonosti dekubitusu; Knoll skala; Norton skala; Glasgow koma skala; trauma score; Morseova ljestvica za procjenu rizika za pad i upute o vođenju sestrinske liste.⁴² Primjena sestrinske dokumentacije osigurava mogućnost praćenja kvalitete i količine provedenih postupaka, a posebno naglašavamo mogućnost trajnog praćenja stanja bolesnika. Bez evidencije sestrinskog rada izuzetno je teško evaluirati zdravstvenu njegu provedenu u bolničkoj skrbi, a gotovo nemoguće planirati potreban broj medicinskih sestara. Sestrinska dokumentacija također predstavlja zbir podataka koji mogu služiti u istraživačke i statističke svrhe. Dijelovi sestrinske dokumentacije osiguravaju kontinuitet skrbi i pravovremeno uključivanje patronažne službe i djelatnosti zdravstvene njege u kući. Bitno je također naglasiti da dokumentiranjem sestrinskog rada, bolesnik postaje partner u skrbi, čime se uvažavaju odredbe ZOZPP-a. Uvođenje sestrinske dokumentacije predstavlja veliki doprinos poboljšanju bolničke skrbi i njezina primjena može donijeti samo pozitivne učinke, kako za pacijente, tako i za nadležno ministarstvo.⁴³

Dokumentiranje sestrinskog rada učinit će sestrinski rad vidljivim. Dobiveni podaci poslužiti će i za izračunavanje broja medicinskih sestara potrebnih za provođenje 24 – satne zdravstvene njege, a medicinske sestre će poticati na istraživački rad. STUŽIĆ, V., *Sestrinska dokumentacija*, "Sestrinski list KB Merkur", 2006., br. 4, str. 6.

⁴² Hrvatska komora medicinskih sestara objavila je Sestrinsku dokumentaciju u službenom glasilu Komore "Plavom fokusu", čime je ispunila obavezu koja proizlazi iz članka 27., točke 3. ZOS-a.

⁴³ Usp. ŠIMUNEC, D., **vms, predsjednica HKMS, izvadak iz** dopisa ministru zdravstva i socijalne skrbi, 03. srpanj 2006. (Klasa: 011-02/06-02/03Ur. broj: 381-1-06-02.). Podatak na stranici www.hkms.hr/.

Sestrinska dokumentacija pokazatelj je kvalitete i kontinuiteta zdravstvene skrbi. Važnost dokumentiranja isticale su i F. Nightingale i V. Henderson, a osobito dolazi do izražaja primjenom procesa zdravstvene njege 70- ih godina prošlog stoljeća u SAD-u. Sestrinska dokumentacija je: 1. dio odgovornosti medicinske sestre za pruženu skrb, osigurava prikupljanje podataka o pacijentovim potrebama, ciljevima sestrinske skrbi, provedenim intervencijama i učinkovitosti, 2. služi za pravnu zaštitu, osigurava najbolje dokaze o pacijentovu stanju, 3. sadržava kronološki pregled skrbi, osigurava kontinuitet, olakšava komunikaciju među članovima tima, 4. utječe na troškove u zdravstvu, omogućava sestrama da uz što manje troškova udovolje sve većim zahtjevima i očekivanjima te pružaju visokokvalitetnu zdravstvenu skrb na najučinkovitiji način, 5. standard sestrinske prakse, potiče na sestrinska istraživanja, služi u obrazovne svrhe. STUŽIĆ, V., *Sestrinska dokumentacija*, "Sestrinski list KB Merkur", 2006., br. 4, str. 6.

IV. Dužnost vođenja medicinske dokumentacije

Ranije, dok se držalo da medicinska dokumentacija ima isključivo privatni karakter te služi liječnicima kao podsjetnik o poduzetim dijagnostičkim i terapijskim mjerama, njezino vođenje nije bilo obvezno. Danas je, pak u medicinskopravnoj teoriji i praksi prevladavajuće stajalište, a u tom smislu su i brojna zakonodavna rješenja, da je **vođenje medicinske dokumentacije opća (javnopravna) dužnost** liječnika, odnosno zdravstvenih djelatnika i zdravstvenih ustanova. Štoviše, ako između pacijenta i liječnika, odnosno zdravstvene ustanove postoji ugovor o medicinskim uslugama, dužnost vođenja medicinske dokumentacije ima istovremeno i zaseban obveznopravni karakter.⁴⁴ Upisivanje podataka u medicinsku dokumentaciju je dužnost nadležnih osoba i organa i obavlja se na temelju rezultata pregleda i dokumentacije zdravstvene ustanove odnosno na temelju javnih i drugih isprava te na temelju izjave osobe od koje se uzimaju podaci koji se upisuju u dokumentaciju (ZEOZ, čl. 20.).

Liječnik je dužan voditi točnu, iscrpnu i datiranu medicinsku dokumentaciju u skladu s propisima o evidencijama na području zdravstva, koja u svakom trenutku može pružiti dostatne podatke o zdravstvenom stanju pacijenta i njegovu liječenju (Zakon o lječništvu, "Narodne novine", broj 121/03., dalje – **ZOLJ**, čl. 23. st. 1.). U slučaju preseljenja pacijenta, odnosno ako pacijent izabere drugog liječnika, tada su liječnik, zdravstvena ustanova, trgovačko društvo, odnosno druga pravna osoba koja obavlja zdravstvenu djelatnost, dužni novoizabranom liječniku predati svu zdravstvenu dokumentaciju o pacijentu te, sukladno propisima o vođenju i čuvanju medicinske dokumentacije, pohraniti potpisanu izjavu o preuzetoj medicinskoj dokumentaciji (ZOLJ, čl. 25.).

I zdravstveni radnici **privatne prakse** dužni su voditi zdravstvenu dokumentaciju i drugu evidenciju o osobama kojima pružaju zdravstvenu zaštitu i podnositi izvješće o tomu nadležnoj zdravstvenoj ustanovi u skladu s propisima o evidencijama u djelatnosti zdravstva (Zakon o zdravstvenoj zaštiti, "Narodne novine", broj 121/03., 48/05., 85/06., dalje – **ZOZZ**, čl. 149. st. 1. t. 3.).

Doktor stomatologije dužan je voditi točnu, iscrpnu i datiranu stomatološku dokumentaciju o stanju pacijenta i njegovu liječenju u skladu s propisima o evidencijama na području zdravstva. Tu je dokumentaciju dužan na zahtjev predočiti ministarstvu nadležnom za zdravstvo, tijelima državne uprave u skladu s posebnim propisima, Komori ili sudbenoj vlasti (ZOSD, čl. 29. st. 1.).

Medicinski biokemičar dužan je voditi točnu, iscrpnu i datiranu medicinsku dokumentaciju u skladu s propisima o evidencijama na području zdravstva, koja u svakom trenutku može pružiti dostatne podatke (Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti, "Narodne novine", broj 121/03., dalje – **ZOMBD**, čl. 18. st. 1.). Ova odredba posebno je značajna u medicinsko-biokemijskoj djelatnosti, jer je dijagnostika temelj za postavljanje dijagnoza i daljnje liječenje.⁴⁵

⁴⁴ Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 145.

⁴⁵ Usp. RADIĆ, M., *Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti*, u knjizi *Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem*, Zagreb, 2003., str. 142.

V. Uredno vođenje medicinske dokumentacije

1/ Potpuna, precizna, jasno i uredno vođena medicinska dokumentacija najznačajniji je činitelj za dobivanje relevantnih podataka o kakvoći obnašanja liječničke djelatnosti.⁴⁶ Medicinska dokumentacija je uredno vođena i onda ako zabilježeni podaci nisu jasni medicinskom laiku, jer je bitno da budu razumljivi stručnjaku.

Medicinska dokumentacija koja se uručuje pacijentu po završenom liječničkom pregledu, odnosno po završenom liječenju, propisuje se posebnim zakonom/zakonima kojim(a) se uređuju vrste i sadržaj te način vođenja, čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom (ZOLJ, čl. 23. st. 3.). Način vođenja, čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom treba podrobnije propisati pravilnikom ministar nadležan za zdravstvo (ZOZZ, čl. 122. st. 5.).

Zbog nevođenja ili neurednog vođenja medicinske dokumentacije pacijent može doživjeti značajnu **štetu**. Primjerice, zbog nedostatka podataka ili pogrešnih podataka u medicinskoj dokumentaciji liječnik može steći pogrešnu predstavu o zdravstvenom stanju pacijenta, postaviti pogrešnu dijagnozu i odrediti neodgovarajuću terapiju. Zbog nedostataka u vođenju ili nevođenja medicinske dokumentacije pacijentu može biti onemogućeno dokazati svoje pravo na naknadu štete zbog liječničke pogreške. Uvidom u praksu u (stacioniranim) zdravstvenim ustanovama mogu se naći brojni primjeri neurednog vođenja dokumentacije, s puno pogrešaka, mijenjanja dokumentacije, naknadnog dodavanja podataka i sl. Donošenjem ZOZPP-a nastojalo se otkloniti navedene propuste.⁴⁷

2/ Za točnost i potpunost upisanih podataka **odgovoran je (zdravstveni) radnik** koji upisuje podatke, kao i osoba od koje se podaci uzimaju i koja je dala izjavu o podacima koji se upisuju u medicinsku dokumentaciju (ZEOZ, čl. 22.).⁴⁸

Ako pacijenta liječi više zdravstvenih djelatnika zajedno (primjerice, kod obavljanja operativnog zahvata),⁴⁹ svaki od njih bi trebao zasebno sačiniti zabilješku o svojim radnjama, svakako ako se te radnje mogu odvojiti (primjerice,

⁴⁶ Vidi NIKOLIĆ, K., *Krivično-pravna odgovornost ljekara zbog neurednog vođenja medicinske dokumentacije*, "Pravni život", 1998., br. 9., str. 263.

⁴⁷ Podrobnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 44., 2005., br. 1, str. 90.

⁴⁸ Vidi šire o tome kod IVANJKO, Š., *Medicinska dokumentacija pri opravljavanju zavarovalne djelatnosti*, zbornik "Medicina in pravo", god. 1996.-1998., Maribor, 1998., str. 257.-258.

⁴⁹ **Zdravstveni djelatnik** je doktor medicine ili stomatologije te svaki drugi stručno obrazovani medicinski djelatnik koji je uključen u sustav pružanja zdravstvene zaštite i koji temeljem posebnih zakona ima odgovarajuća prava, obveze i odgovornosti, a zaposlen je u zdravstvenoj ustanovi/ privatnoj praksi. Kada se ostvarivanje određenih pacijentovih prava odnosi na nemedicinske usluge koje su mu potrebne tijekom pružanja zdravstvene zaštite, tada se odredbe ZOZPP-a odnose i na djelatnike čije obrazovanje nije medicinsko, ali su zaposleni u zdravstvenoj ustanovi (ZOZPP, čl. 3. t. e/).

anesteziolog i operater). U protivnom, odgovorni liječnik treba upisati i radnje svojih suradnika.⁵⁰

U slučaju preseljenja pacijenta, odnosno ako pacijent izabere drugog liječnika, tada su liječnik, zdravstvena ustanova, trgovačko društvo, odnosno druga pravna osoba koja obavlja zdravstvenu djelatnost, dužni novoizabranom liječniku predati svu zdravstvenu dokumentaciju o pacijentu te sukladno propisima o vođenju i čuvanju medicinske dokumentacije pohraniti potpisanu izjavu o preuzetoj medicinskoj dokumentaciji (ZOLJ, čl. 25.).

Liječnik je ovlašten izdavati **liječničke svjedodžbe** samo nakon liječničkog pregleda i uvida u postojeću medicinsku dokumentaciju osobe za koju se izdaje svjedodžba i nakon točno utvrđenih činjenica koje treba potvrditi u svjedodžbi, prema svom najboljem znanju i savjesti (ZOLJ, čl. 24.).

3/ Liječnik je dužan medicinsku dokumentaciju voditi **pravovremeno**. Trebao bi sukcesivno unositi zabilješke u medicinsku dokumentaciju, neposredno nakon poduzetih dijagnostičkih i terapijskih mjera, dok su mu još svježije impresije o pojedinostima liječenja pacijenta. Dužnost pravovremenog vođenja medicinske dokumentacije svakako uključuje i dužnost pravovremenog izdavanja dokumentacije pacijentu. Primjerice, pravovremenog izdavanja otpusnog pisma pacijentu radi ostvarenja preporučene daljnje zdravstvene zaštite.

4/ Osim što mora biti pravovremena, medicinska dokumentacija mora biti **potpuna i istinita**, odnosno točna.⁵¹

Pacijentu se mora priznati pravo da od liječnika koji ga je liječio zatraži **sačiniti, ispraviti ili dopuniti** medicinsku dokumentaciju.⁵² Dakle, pacijent svakako ima pravo tražiti ispravak, dovršenje, poništenje i ažuriranje osobnih i medicinskih podataka, koji se odnose na njega, a koji nisu točni, dovršeni, jasni i ažurirani ili nisu bitni za dijagnozu, liječenje i skrb.⁵³ Pogrešni podaci o zdravstvenoj skrbi ne smiju se brisati, nego ih se ispravlja tako da je uvijek moguće rekonstruirati podatke koji su prvotno bili uneseni.

Prema stajalištu sudske prakse, u pravilu se drži da je ono što je upisano u medicinskoj dokumentaciji **istinito**, odnosno stvarno i učinjeno, a da se ono o čemu nema pisanog traga nije ni dogodilo.⁵⁴

⁵⁰ Tako SCHMID, H., *Ueber den notwendigen Inhalt arztlichen Dokumentation*, "Neue Juristische Wochenschrift", 1987., br. 12, str. 682., podatak kod RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 148.

⁵¹ Usp. MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 6.

⁵² Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 152.

⁵³ Vidi *Europsku konvenciju o unapređenju prava pacijenata*, Amsterdam 1994., detaljnije kod GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., br. 2, str. 4.

⁵⁴ Usp. TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i prilozima*, Zagreb, 2001., str. 116.

5/ Medicinska dokumentacija mora biti **pisana čitkim i razumljivim** stilom (najbolje pisaćim strojem ili na računalu) i mora biti adekvatan odraz tretmana koji je pacijentu pružen.⁵⁵

Odredbama čl. 12. st. 5. ZOZZ-a predviđeno je da će se način vođenja, čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom propisati **pravilnikom** kojeg treba donijeti ministar nadležan za zdravstvo.⁵⁶ Ova je odredba u **suprotnosti** s odredbom čl. 23. st. 3. ZOZPP-a prema kojoj se medicinska dokumentacija, koja se uručuje pacijentu po završenom liječničkom pregledu, odnosno po završenom liječenju propisuje treba propisati **posebnim zakonom** kojim se uređuju vrste i sadržaj te način vođenja, čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom.

Koliko nam je poznato zakonodavac, odnosno ministar nadležan za zdravstvo nije još donijelo niti posebni zakon niti (sveobuhvatni) pravilnik kojim bi se uredilo vrste i sadržaj, te način vođenja, čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom. Treba ipak napomenuti da su doneseni i neki provedbeni pravilnici kojima se izravno ili posredno uređuje i problematika medicinske dokumentacije, ali samo za pojedina područja zdravstvene djelatnosti,⁵⁷ o čemu će se detaljnije elaborirati u poglavlju VII/. Do donošenja ovih posebnih propisa, vođenje i sadržaj medicinske dokumentacije u Republici Hrvatskoj još uvijek je uređen, između ostalog, i preuzetim ZEOZ-om. Naime, Republika Hrvatska preuzela je ZEOZ kao republički zakon Zakonom o preuzimanju saveznih zakona iz oblasti zdravstva koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni ("Narodne novine", br. 53/91., v. čl. 1. točka 1.).⁵⁸ ZEOZ propisuje da pri vođenju evidencije treba primjenjivati jedinstvena

⁵⁵ *Ibid.*, str. 116.

⁵⁶ Treba napomenuti da je ovaj st. 5. čl. 122. ZOZZ-a promijenjen, odnosno formuliran odredbom čl. 47. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti ("Narodne novine", broj 85/06.). Dotadašnji st. 5. čl. 122. propisivao je da će se način vođenja, čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom urediti posebnim zakonom. U javnosti su se povodom ove izmjene pojavile određene dvojbe i neslaganja zbog toga što se drži da ovako osjetljivu materiju ne bi trebalo uređivati podzakonskim propisom (pravilnikom kojeg treba donijeti ministar nadležan za zdravstvo) jer to nije u skladu s jačanjem čovjekove (pacijentove) osobnosti i čini se suprotnim ustavnom načelu pravne sigurnosti. Tako i detaljnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti*, "Informator", br. 5475-5476. od 26. i 30. kolovoza 2006.

⁵⁷ Vidi primjerice Pravilnik o provedbi zakona o evidencijama u oblasti zdravstva za primarnu i specijalističko-konzilijarnu zdravstvenu zaštitu ("Narodne novine", broj 4/95.) i Pravilnik o provedbi zakona o evidencijama u oblasti zdravstva na području zdravstvene zaštite gerijatrijskih bolesnika ("Narodne novine", broj 82/02.).

⁵⁸ Treba napomenuti da su se neke odredbe ZEOZ-a izmijenile odredbama Zakona o izmjenama i dopunama zakona kojima su određene novčane kazne za privredne prijestupe i prekršaje ("Narodne novine", broj 26/93.), na način da se spomenutim Zakonom, radi povećanja novčanih kazni, mijenjaju i dopunjuju odredbe ZEOZ-a koje sadrže novčane kazne za privredne prijestupe i prekršaje, i to: u članku 25. stavku 1. riječi: "200.000 do 2.000.000 dinara" zamjenjuju se riječima: "u dinarskoj protuvrijednosti 250 do 1200 DEM". U stavku 2. riječi: "40.000 do 400.000 dinara" zamjenjuju se riječima: "u dinarskoj protuvrijednosti 120 do 300 DEM". U članku 26. riječi: "100.000 do 400.000 dinara" zamjenjuju se riječima: "u dinarskoj protuvrijednosti 120 do

metodološka načela i statističke standarde (definicije, klasifikacije, nomenklature – v. ZEOZ, čl. 4.). Zdravstvene ustanove, trgovačka društva za obavljanje zdravstvene djelatnosti i zdravstveni radnici koji obavljaju privatnu praksu dužni su voditi evidenciju o posjetima, zdravstvenim uslugama, utvrđenim bolestima, stanjima i ozljedama (ZEOZ, čl. 1. t. 7.), koja treba sadržavati podatke o: 1/ datumu posjeta i vrsti pružene usluge; 2/ rezultatu pregleda, dijagnozi odnosno utvrđenom stanju; 3/ terapiji; 4/ komplikacijama za vrijeme liječenja; 5/ rehabilitaciji; 6/ uzroku privremene nesposobnosti, odnosno spriječenosti za rad; 7/ trajanju privremene nesposobnosti odnosno spriječenosti za rad; 8/ ocjeni radne sposobnosti te 9/ uzroku smrti. Usto, zdravstvene ustanove koje pružaju stacionarnu zdravstvenu zaštitu, trebaju, pored navedenih podataka, voditi i evidenciju koja sadrži podatke o: 1/ trajanju i ishodu stacionarnog liječenja i 2/ datumu i vrsti izvršenih kirurških zahvata (v. ZEOZ, čl. 12.). Osim navedenih, u medicinskoj dokumentaciji treba evidentirati i opće podatke o pregledanim, oboljelim, ozlijeđenim, liječenim i drugim osobama kojima je pružena zdravstvena zaštita, i to: 1/ ime, prezime i jedinstveni matični broj; 2/ spol; 3/ dan, mjesec i godina rođenja; 4/ bračno stanje; 5/ zanimanje; 6/ mjesto i adresu stalnog boravka; 7/ oblik zdravstvene zaštite; 8/ registarski broj i šifru djelatnosti; 9/ kategoriju zdravstvenog osiguranja i 10/ osobni broj osiguranika (ZEOZ, čl. 18.).

6/ Podatke, koji se unose u evidenciju o posjetima, zdravstvenim uslugama, utvrđenim bolestima, stanjima i ozljedama treba **čuvati kao podatke trajne vrijednosti** (ZEOZ, čl. 23.), a mogu se čuvati i na mikrofilmu.⁵⁹ Primjerice, javno arhivsko gradivo koje se odnosi na osobne podatke, pa tako i na liječničku dokumentaciju, dostupno je za korištenje 70 godina nakon svoga nastanka, odnosno 100 godina od rođenja osobe na koju se odnosi (Zakona o arhivskom gradivu i arhivima, "Narodne novine", br. 105/97., dalje – **ZAGA**, čl. 21. st. 1.),⁶⁰ a pravo na njezino korištenje imaju svi korisnici pod jednakim uvjetima (ZAGA, čl. 18.). Medicinska dokumentacija, kao javno arhivsko gradivo u arhivima, daje se na korištenje u službene svrhe, za znanstveno istraživanje i u publicističke svrhe, potrebe nastave, izložbe i objavljivanje, radi ostvarenja ili zaštite osobnih prava i u druge opravdane svrhe (ZAGA, čl. 19.).

Čuvanje medicinske dokumentacije ne može, ipak, trajati beskonačno. Usto, svi oblici medicinske dokumentacije nemaju trajnu vrijednost i vrijeme za koje ih treba čuvati različito je i nedovoljno precizno određeno. U medicinskopravnoj teoriji postoji mišljenje da bi medicinsku dokumentaciju, kao dokazno sredstvo,

250 DEM". U članku 27. riječi: "40.000 do 200.000 dinara" zamjenjuju se riječima: "u dinarskoj protuvrijednosti 50 do 120 DEM". U članku 28. riječi: "40.000 do 400.000 dinara" zamjenjuju se riječima: "u dinarskoj protuvrijednosti 50 do 120 DEM".

⁵⁹ Vidi Zakon o izmjenama i dopunama ZEOZ-a ("Službeni list SFRJ", broj 18/88.), čl. 1.

⁶⁰ Navedeno arhivsko gradivo, odnosno medicinska dokumentacija, može se koristiti i prije predviđenoga roka, ako je od nastanka namijenjena javnosti ili ako na to pristane osoba na koju se ona odnosi, odnosno njezin bračni drug, djeca ili roditelji poslije njezine smrti (ZAGA, čl. 21. st. 2.).

trebalo čuvati **najmanje do isteka zastarnog roka** gonjenja zbog kaznenog djela nesavjesnog liječenja i potraživanja za naknadu štete zbog liječničke pogreške.⁶¹

Posebno značajna odredba ZOLJ-a jest ona o dužnosti čuvanja medicinske dokumentacije koju bi svaki **liječnik** morao dobro proučiti i primjenjivati u svome radu.⁶² Naime, liječnik ili odgovorna osoba zdravstvene ustanove, trgovačkog društva ili druge pravne osobe koja obavlja zdravstvenu djelatnost dužni su čuvati podatke o ambulantom liječenju bolesnika deset godina nakon završenog liječenja, a nakon toga roka obvezni su postupiti prema propisima o čuvanju dokumentacije (ZOLJ, čl. 23. st. 4.). Vidjeli smo da ako pacijent preseli, odnosno ako pacijent izabere drugog liječnika, tada su liječnik ili odgovorna osoba zdravstvene ustanove, trgovačkog društva ili druge pravne osobe koja obavlja zdravstvenu djelatnost, dužni novoizabranome liječniku predati svu medicinsku dokumentaciju o pacijentu te sukladno propisima o vođenju i čuvanju medicinske dokumentacije pohraniti propisanu izjavu o preuzetoj medicinskoj dokumentaciji.⁶³

I **doktor stomatologije** obavezan je čuvati podatke o liječenju pacijenta deset godina nakon završenog liječenja, a nakon toga roka, obavezan je postupiti prema propisima o čuvanju dokumentacije (ZOSD, čl. 29. st. 5.).⁶⁴ Kod pretrage stomatološke ordinacije ne smije biti povrijeđena tajnost stomatološke dokumentacije i predmeta na štetu pacijenata, a pregled stomatološke ordinacije treba ograničiti samo na one dokumente i predmete koji su u izravnoj vezi s kaznenim djelom zbog kojeg se vodi postupak (ZOSD, čl. 29. st. 4.). Dokazi pribavljeni u protivnosti s ovim odredbama ne mogu se upotrijebiti u postupku protiv doktora stomatologije i njegovih pacijenata.⁶⁵

ZOMBD ne određuje rok čuvanja **medicinsko-biokemijske dokumentacije**, ali bi taj rok trebao biti jednak, kao i za čuvanje dokumentacije u ostalim zdravstvenim djelatnostima, odnosno deset godina.⁶⁶ Kod pretrage medicinsko-biokemijskog laboratorija ne smije biti povrijeđena tajnost medicinsko-biokemijske dokumentacije i predmeta na štetu pacijenata. Pregled medicinsko-biokemijskog laboratorija treba ograničiti samo na pregled onih dokumenata i predmeta koji su u izravnoj svezi s kaznenim djelom zbog kojeg se vodi postupak (ZOMBD, čl. 19. st. 4.). Dokazi pribavljeni u protivnosti s ovim

⁶¹ Tako i podrobnije kod DEUTSCH, E. – SPICKHOFF, A., *Medizinrecht*, Berlin, 2002., str. 303.

⁶² Vidi kod IVANČEVIĆ, N., *Zakon o lječništvu*, u knjizi Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 91.

⁶³ Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 107.

⁶⁴ Vidi POLIĆ, J., *Zakon o stomatološkoj djelatnosti*, u knjizi Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 118.

⁶⁵ Podrobnije kod BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 114.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 120.

odredbama ne mogu se upotrijebiti u postupku protiv medicinskog biokemičara i njegovih pacijenata.

Liječnička dokumentacija o liječenju osobe s duševnim smetnjama dostupna je isključivo sudu za potrebe postupka koji je u tijeku i sadržava samo one podatke koji su prijeko potrebni za ostvarenje svrhe zbog koje se zahtijeva njezina dostava (Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, "Narodne novine", broj 111/97., 128/99., dalje – **ZZODS**, čl. 18. st. 1. i 2.). Izjave osobe s duševnim smetnjama sadržane u liječničkoj dokumentaciji koje se odnose na počinjenje nekoga kaznenog djela, ne mogu se koristiti kao dokaz u sudskom postupku. Podaci iz liječničke dokumentacije, koji su potrebni za ostvarenje zdravstvene, socijalne, obiteljskopravne ili mirovinske zaštite mogu se dati za službene svrhe na zahtjev tijela nadležnih za tu zaštitu samo uz suglasnost osoba s duševnim smetnjama. Ako one nisu sposobne dati suglasnost onda samo ukoliko se osnovano vjeruje da se osoba s duševnim smetnjama ne bi protivila davanju navedenih podataka (ZZODS, čl. 18. st. 4.). Dakle, za službene svrhe na zahtjev tijela nadležnih za tu zaštitu mogu se dati samo podaci iz liječničke dokumentacije koji su potrebni za ostvarenje zdravstvene, socijalne, obiteljskopravne ili mirovinske zaštite, a ne i cijela medicinska dokumentacija.⁶⁷

7/ Prema stajalištu medicinskopravne teorije, **pogreške, odnosno propusti** u vođenju medicinske dokumentacije mogu se, u pravilu svrstati u nekoliko skupina: **a/** pogreške i propusti nastali zbog nepoznavanja vrsta povreda; **b/** pogreške i propusti nastali zbog nenavođenja točne lokalizacije povreda; **c/** greške i propusti nastali zbog nepotpunog opisivanja povreda i **d/** pogreške i propusti nastali zbog nekritičnog postavljanja dijagnoze.⁶⁸

Pacijenti najčešće imaju pritužbe na nemogućnost dobivanja medicinske dokumentacije te na naknadno mijenjanje, brisanje i dodavanje podataka, ovisno o potrebi onoga od koga se traži medicinska dokumentacija.⁶⁹ Pogreške se, primjerice očituju i u tomu što se ne navode sve povrede koje je pacijent imao prilikom prijema, nego samo one opasne po život, potom što nije prepoznata vrsta povrede, ili je pogrešno upisana lokalizacija povrede.⁷⁰ Veličine povreda mjere se uspoređivanjem s nekim predmetima, kao dječji dlan, orah, jaje i sl., a lokalizacija se navodi krajnje neprecizno.⁷¹ Ponekad su recepti nečitljivi, a uputnice specijalistu ne sadrže sve potrebne podatke.⁷²

⁶⁷ Tako TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 114.

⁶⁸ Usp. NIKOLIĆ, K., *Krivično-pravna odgovornost ljekara zbog neurednog vođenja medicinske dokumentacije*, "Pravni život", 1998., br. 9., str. 265.-266.

⁶⁹ Vidi "Pacijent danas", 2004., br. 11-12, str. 15.

⁷⁰ Tako ČUKIĆ, D., *Pravo na medicinsku istinu preko medicinske dokumentacije – teškoće, greške, predlog mjera za njihovo otklanjanje*, "Pravni život", vol. LI, 2002., br. 9, str. 260.

⁷¹ Vidi JELAČIĆ, O., *Sudsko-medicinski aspekt kvalifikacije tjelesnih povreda*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu", god. XVII, 1980., str. 87.

⁷² Usp. JAKŠIĆ, Ž. *Medicinska dokumentacija*. U: Jakšić, Ž. i sur., *Socijalna medicina*. Praktikum II. 5. izd., Zagreb, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 355.-372.

Jedan od uzroka loše kvalitete medicinske dokumentacije leži i u neafirmativnom (nemarnom, nehajnom, površnom) pristupu liječnika u vođenju medicinske dokumentacije.⁷³ Uzrok pogreškama treba tražiti i u tomu što liječnik, koji pruža prvu pomoć pacijentu ponekad mora prvenstveno misliti na to da mu hitno pomogne i eventualno ga spasi od smrti, a pri tome ne misli da mu treba osigurati i mogućnost da kasnije ostvari neka svoja prava.⁷⁴

VI. Pravo pacijenta i drugih osoba na uvid u medicinsku dokumentaciju

1/ Pravo pacijenta na uvid u svoju medicinsku dokumentaciju –

1.1. Liječnik je dužan na zahtjev dati na uvid pacijentu svu medicinsku dokumentaciju koja se odnosi na dijagnostiku i liječenje njegove bolesti (ZOLJ, čl. 23. st. 3.).⁷⁵ Drugim riječima, pacijent ima pravo na pristup cjelokupnoj medicinskoj dokumentaciji koja se odnosi na dijagnostiku i liječenje njegove bolesti (ZOZPP, čl. 23. st. 1.). Dakle, pravo na pristup medicinskoj dokumentaciji ne odnosi se na **podatke o trećim osobama**.

Međutim, bez obzira na postojanje propisa, u praksi još uvijek postoje poteškoće oko davanja i dobivanja dokumentacije na uvid, ponajviše zbog toga jer još uvijek nije eksplicitno riješeno pitanje **vlasništva medicinske dokumentacije**, odnosno je li ta dokumentacija vlasništvo pacijenta ili liječnika (zdravstvenog radnika) koji mu pruža zdravstvenu uslugu/zaštitu, odnosno zdravstvene ustanove u kojoj mu se ta zaštita pruža.⁷⁶

Odredbe ZOZZ-a i ostalih zakona iz područja zdravstva kojima se jamči pravo pacijentima na pristup svojoj medicinskoj dokumentaciji utemeljene su, među ostalim, i na rješenjima utvrđenim **Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine** ("Narodne novine – Međunarodni ugovori", br. 13/03., 18/03., 3/06., objavom stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 1. ožujka 2003.),⁷⁷ koja u članku 10.

⁷³ Tako NIKOLIĆ, K., *Krivično-pravna odgovornost ljekara zbog neurednog vođenja medicinske dokumentacije*, "Pravni život", 1998., br. 9, str. 267.

⁷⁴ Vidi JELAČIĆ, O., *Sudsko-medicinski aspekt kvalifikacije tjelesnih povreda*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu", god. XVII, 1980., str. 86.

⁷⁵ Primjerice, i doktor stomatologije obavezan je na zahtjev pacijenta dati mu na uvid svu stomatološku dokumentaciju koja se odnosi na dijagnostiku i liječenje njegove bolesti (ZOSD, čl. 29. st. 4.).

⁷⁶ Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 114. Postoji, suprotno, mišljenje da je liječnička dokumentacija kao pisani dokument vlasništvo bolnice, odnosno liječnika privatne prakse, te da oni imaju dužnost osigurati povjerljivost, privatnost i sigurnost te dokumentacije. Vidi TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i prilogama*, Zagreb, 2001., str. 113.

⁷⁷ Podrobnije o ovoj Konvenciji vidi kod: HERVEY, T. K. – McHALE, J. V., *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004., str. 164.-65.; HLAČA, N., *O bioetici u povodu potpisa u Vijeću Europe dvaju međunarodnih dokumenata s bioetičnim sadržajima*, "Vladavina prava", god. II, 1998., br. 3-4, str. 45.-52.; MUJOVIĆ ZORNIĆ, H., *Perspektive medicinskog prava u svjetlosti*

jamči pravo na privatni život i informaciju u pogledu svoga zdravlja. Naime, svatko je ovlašten znati za svaku prikupljenu informaciju o svome zdravstvenom stanju, ali ipak treba uvažiti želje pojedinaca da ne budu informirani, a usto, u iznimnim slučajevima, zakonom se mogu postaviti ograničenja u korištenju navedenog prava u interesu pacijenta.⁷⁸ Zaštita osobnih prava, kao jednog od temeljnih ljudskih prava, zajamčena je i konvencijom Vijeća Europe – *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* iz 1981. godine (European Treaty Series, No. 108). Konvencija za zaštitu određenih vrsta podataka predviđa dodatne strožije uvjete, među ostalim i za podatke o zdravstvenom stanju pacijenta koji ne smiju biti predmetom automatske obrade podataka ako nacionalnim propisima nije zajamčena učinkovita zaštita. Osoba na koju se medicinski podaci odnose ne bi imala pravo neposrednog pristupa podacima koji su elektronski pohranjeni, nego bi to pravo mogla ostvariti posredstvom liječnika ili druge osobe koja radi u zdravstvenoj ustanovi.⁷⁹ I *Europska deklaracija o unapređenju prava pacijenata* jamči pacijentima pravo na pristup svojoj medicinskoj dokumentaciji, tehničkim zapisima i svim drugim podacima i zapisima koji se odnose na njihovu dijagnozu, liječenje i njegu te im jamči i pravo na primjerak njihova dosjea (zdravstvenog kartona) i zapisa ili njihovih dijelova.⁸⁰

Pacijent ima pravo o svome trošku zahtijevati **presliku svoje medicinske dokumentacije** (ZOZPP, čl. 23. st. 1.). Pravo pacijenta na pristup njegovoj medicinskoj dokumentaciji sadrži, pored prava na uvid i preslikavanje izvorne medicinske dokumentacije, i pravo na obavijest o **bitnim aspektima medicinskog tretmana** koji je nad njim obavljen, uključujući i **imena zdravstvenih djelatnika** koji su sudjelovali u njegovom liječenju, kao i podatak gdje se, odnosno kod koga **nalazi medicinska dokumentacija** i njegovi drugi osobni podaci.⁸¹

Treba napomenuti kako je ponekad davanje dokumentacije na uvid u koliziji s dužnosti čuvanja profesionalne tajne, što zdravstvene radnike često dovodi u dvojbu.⁸²

Evropske konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Neum – Mostar, 2004., str. 137.-145.

⁷⁸ Vidi o tome kod JADRO, D. – HRABRIĆ, M. – KRAMARIĆ, D., *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, u knjizi Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 16.-17.

⁷⁹ Tako i detaljnije o tome kod ČEBULJ, J., *Načela varstva osebnih podatkov na području medicine*, zbornik “Medicina in pravo”, god. 1996.-1998., Maribor, 1998., str. 212.-215.

⁸⁰ Detaljnije o tome kod MUJOVIĆ ZORNIĆ, H., *Perspektive medicinskog prava u svjetlosti Evropske konvencije o ljudskim pravima i biomedicini*, zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Neum – Mostar, 2004., str. 137.; DRAŠKIĆ, M., *Prava pacijenata – kraj paternalističkog koncepta medicine*, “Pravni život”, 1998., br. 9, str. 254.-256.; BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, “Informator”, br. 5343. od 21. svibnja 2005., str. 18.; URLEP, F., *Pojasnilna dolžnost v splošni medicini*, rad u zborniku “Medicina in pravo – pojasnilna dolžnost”, Maribor, 1995., str. 129.-131.

⁸¹ Usp. DEUTSCH, E. – SPICKHOFF, A., *Medizinrecht*, Berlin, 2002., str. 310.

⁸² BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 114. Dužnost čuvanja liječničke tajne nije apsolutna, pa liječnik ne postupa neovlašteno, odnosno protupravno ako

1.2. Pravo pacijenta na pristup njegovoj medicinskoj dokumentaciji, zajamčeno odredbom čl. 23. ZOZPP-a, ipak može biti podložno određenim **ograničenjima**. Prema stajalištu medicinskopravne teorije, liječnik bi mogao pacijentu, primjerice uskratiti uvid u dokumentacije koja sadrži podatak da boluje od neizlječive bolesti,⁸³ uvid u bilješke o subjektivnim dojmovima liječnika o pacijentu i njegovim srodnicima, o privremenoj dijagnozi koja je kasnije odbačena kao pogrešna, o neopravdanim primjedbama pacijenta tijekom liječenja i sl. Ograničenje prava na pristup (uvid) medicinskoj dokumentaciji posebno je izraženo u odnosu na pacijente koji se liječe od psihičkih bolesti. Liječnici bi trebali odrediti koji dijelovi medicinske dokumentacije podliježu navedenim ograničenjima.⁸⁴ Prema odredbama *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* iz 1981. godine, pravo na uvid u medicinsku dokumentaciju može biti ograničeno samo u onim slučajevima u kojima je to određeno zakonom, odnosno kada to nalažu razlozi državne i javne sigurnosti ili sprječavanja kaznenih djela; ako bi pristup medicinskoj dokumentaciji štetio zdravlju osobe na koju se ti podaci odnose i koja zahtjeva uvid u dokumentaciju te ako bi uvid u medicinsku dokumentaciju štetio drugim osobama.⁸⁵

Kao što pacijent ima pravo dati usmenu ili pisanu izjavu o osobama koje mogu biti obaviještene o njegovu prijemu u stacionarnu zdravstvenu ustanovu, kao i o njegovom zdravstvenom stanju, tako pacijent može imenovati i osobe kojima zabranjuje davanje tih podataka (ZOZPP, čl. 25. st. 2.). Pristup medicinskoj dokumentaciji ograničen je na **određeni krug ovlaštenih osoba** koje moraju biti upoznate sa zakonskom regulativom i ograničenjima koja postoje u svezi s pristupom medicinskoj dokumentaciji.⁸⁶

tajnu otkrije iz **opravdanih razloga**. Tako liječnik nema obvezu čuvanja tajne: ako su ga pacijent ili njegov zakonski zastupnik oslobodili te obveze; ako okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju pretpostavku da je ovlaštena osoba (pacijent ili njegov zakonski zastupnik) suglasna s otkrivanjem tajne; ako podatke koji predstavljaju liječničku tajnu radi liječenja pacijenta treba odati drugom liječniku; ako čuvanje tajne bitno ugrožava život ili zdravlje pacijenta, ili život, zdravlje ili neki drugi pretežniji interes trećih osoba; ako ga na odavanje tajne obvezuju zakonski propisi (i u tom slučaju liječnik o tome treba izvijestiti pacijenta); ako podatke koji predstavljaju liječničku tajnu treba dostaviti ovlaštenim tijelima; ako podatke koji predstavljaju liječničku tajnu objavljuje na predavanjima ili u znanstvenim publikacijama (uz zaštitu identiteta pacijenta); te ako čuvanje tajne bitno ugrožava neki pretežniji interes samog liječnika. Tako i podrobnije kod ČIZMIĆ, J., *Pravno uređenje instituta liječničke tajne u hrvatskom pravu*, "Pravo i porezi", god. XVI., 2007., br. 2., str. 19.-23.

⁸³ Ovo je stajalište u skladu i s odredbom čl. 2. t. 9. Kodeksa medicinske etike i deontologije (stupio na snagu 14. prosinca 2003.), kojom se propisuje da bolesnik ima pravo saznati istinu, kao i dobiti na uvid cjelokupnu medicinsku dokumentaciju o svojoj bolesti, ali iznimno od ovog pravila, ako liječnik ocijeni da će time bolesnik doći u težu zdravstvenu situaciju, nije dužan bolesniku reći istinu niti mu dati na uvid medicinsku dokumentaciju. Isto tako treba uzeti želju bolesnika da ne bude obaviješten o svojoj bolesti.

⁸⁴ RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 149.

⁸⁵ Tako i podrobnije o tome kod ČEBULJ, J., *Načela varstva osebnih podatkov na području medicine*, zbornik "Medicina in pravo", god. 1996.-1998., Maribor, 1998., str. 214.-215.

⁸⁶ Vidi TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 113.

Nakon smrti pacijenta njegova medicinska dokumentacija ne može biti dostupna trećim osobama, nego se mora čuvati kao profesionalna (liječnička) tajna. Ipak, u određenim se slučajevima odstupa od ovako strogog pravila, ponajviše u korist **bliskih srodnika i nasljednika**. Tako u slučaju smrti pacijenta pravo na uvid u njegovu medicinsku dokumentaciju ima bračni drug pacijenta, izvanbračni drug, punoljetno dijete, roditelj, punoljetni brat ili sestra te zakonski zastupnik, odnosno skrbnik pacijenta (ZOZPP, čl. 24. st. 1.). Svakako, ako to pacijent nije za života izrijekom zabranio. Protivljenje uvidu u medicinsku dokumentaciju tom krugu osoba, pacijent je dužan dati pisanom izjavom solemniziranom od strane javnog bilježnika (ZOZPP, čl. 24. st. 3.). Javni bilježnik je tada dužan cjelovito informirati pacijenta o značenju takve izjave.⁸⁷ Navedene (ovlaštene) osobe imaju pravo o svom trošku zahtijevati i presliku medicinske dokumentacije. Bliskim srodnicima se priznaje pravo na uvid u medicinsku dokumentaciju umrlog pacijenta, primjerice i zbog toga da bi mogli dokazati pogrešku liječnika i/ili drugih zdravstvenih djelatnika koji su pacijenta liječili, kako bi ostvarili pravo na naknadu štete. To pravo izvode iz osobnog prava pacijenta koje ne prestaje ni nakon njegove smrti.⁸⁸

2/ Pravo trećih osoba na uvid u medicinsku dokumentaciju, odnosno na saznanje o podacima iz medicinske dokumentacije

2.1. Tijekom obavljanja svoje profesije liječnik može otkriti ili utvrditi određene činjenice kod pacijenta koje nisu općepoznate i za koje pacijent ne želi da ih drugi doznaju. Saznanje takvih činjenica naziva se i predstavlja **liječničku tajnu** (engl. *medical professional secret*, franc. *secret professionnel des medecins*, *secret medical*, tal. *segreto medico*, njem. *artzliches Berufsgeheimnis*). Liječnička tajna je vrsta pozivne ili profesionalne tajne koja je vezana na obavljanje liječničkog poziva.⁸⁹ Pojam “čuvanja tajne” uvijek je pratio i uvijek će neminovno pratiti zdravstvenu struku, a sam će se sadržaj pojma prilagođavati razvitku znanosti i društva.⁹⁰ Sve ono što je liječnik obavljajući svoju dužnost saznao smatra se liječničkom tajnom (Kodeks medicinske etike i deontologije, “Narodne novine”, broj 55/08., čl. 2. st. 13.)⁹¹ a posebno sve ono što liječnik sazna o pacijentu koji mu se obrati za liječničku pomoć, a u svezi s njegovim zdravstvenim stanjem,

⁸⁷ Usp. JADRO, D. – KRAMARIĆ, D. – KATIĆ BUBAŠ, J., *Zakon o zaštiti prava pacijenata*, Zagreb, 2005., str. 9.

⁸⁸ Tako LAUFS, A. – UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 2002., str. 492.

⁸⁹ Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

⁹⁰ Vidi BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 161.

⁹¹ Kodeks predstavlja rezultat zajedničkog rada Hrvatske liječničke komore i Hrvatskog liječničkog zbora na definiranju i donošenju jedinstvenog Kodeksa medicinske etike i deontologije. Tekst Kodeksa medicinske etike i deontologije objavljen je na oglasnoj ploči Komore dana 07. veljače 2008. godine, a stupio je na snagu dana 15. veljače 2008. godine. Kodeks je objavljen u “Narodnim novinama”, broj 55/08.

mora čuvati kao liječničku tajnu (ZOLJ, čl. 19.).⁹² Da bi neki podatak, odnosno činjenica imala karakter tajnosti, nije potrebno da pacijent posebno i izričito napomene njezinu povjerljivost, nego liječnik mora sam prosuditi stupanj povjerljivosti pojedinih činjenica.⁹³ Korist od čuvanja liječničke tajne ne bi trebalo procjenjivati po objektivnom kriteriju (kako bi se netko drugi na pacijentovom mjestu prema njoj odnosio), nego prema subjektivnom kriteriju, bez pravnog i moralnog vrednovanja,⁹⁴ odnosno osoba na koju se tajna odnosi mora i sama željeti da podatak bude nedostupan trećima. Apsolutna obveza čuvanja liječničke tajne mogla se zahtijevati i poštivati dok je postojao samo neposredni odnos između liječnika i pacijenta. Sa socijalizacijom medicine, pored liječnika u liječenju bolesnika, sudjeluje čitav niz osoba kao što su medicinske sestre, ljekarnici, stomatolozi, laboranti, bolničari, studenti, pa i administrativno osoblje, i sve su te osobe na neki način upućene u određenu tajnu. Zaštita liječničke tajne postaje sve teža i zbog kompjuterizacije medicinske dokumentacije, telemedicine i elektroničke obrade podataka,⁹⁵ obavljanja medicinske intervencije u različitim ustanovama, sudjelovanja u pružanju medicinske usluge sve većeg broja osoba i sve više vrsta zdravstvenih djelatnika, ali i zbog sve većeg opravdanog ili neopravdanog interesa javnosti i medija za informiranjem o zdravstvenom stanju pojedinih pacijenata (javnih osoba, mogućih zaraznih bolesti i sl.). Usto, medicinski podaci danas služe i potražuju ih, primjerice osiguravatelji (zbog ocjene rizika na strani osiguranika), poslodavci,⁹⁶ proizvođači lijekova (u marketinške svrhe), banke (ocjena rizika kreditiranja), državna tijela,⁹⁷ kao i u (druge) komercijalne svrhe.⁹⁸ Zbog svega navedenog, danas bi mogli govoriti i o službenoj, a ne samo o pozivnoj tajni. Odavanje liječničke tajne ima svoje **uzroke i pojavne oblike**. Do povrede liječničke tajne dolazi najčešće usmeno ili pismeno, ali postoje i drugi načini povrede čuvanja liječničke tajne, primjerice objavljivanje fotografskih snimaka, neopreznim objavljivanjem podataka o pojedinim bolesnicima u stručnoj literaturi i sl.⁹⁹ Do odavanja liječničke tajne može doći nepažnjom, iz neznanja (o pravu na privatnost i o propisima kojom je to pravo zaštićeno) ili namjerno (primjerice, zbog samoisticanja ili koristoljublja). Kao psihološki uzroci koji dovode do odavanja liječničke tajne mogu se navesti

⁹² Usp. IVANČEVIĆ, N., *Zakon o liječništvu*, rad u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 91.

⁹³ Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

⁹⁴ Usp. ULSENHEIMER, K., *Die arztliche Schweigepflicht*, objavljen u LAUFS-UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 2002., dalje – ULSENHEIMER, str. 551., podatak i kod RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", god. L., 2002., broj 3-4, str. 328.

⁹⁵ O tome podrobnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Profesionalna liječnička tajna*, "Informator", broj 5329. od 2. travnja 2005., str. 12.

⁹⁶ Usp. RISTIĆ, J., *Medicina i društvo*, Beograd, 1975., str. 82.-84.

⁹⁷ Vidi VRHOVAC, B., *Liječnička tajna*, "Liječničke novine", 2001., broj 5, str. 19.-20.

⁹⁸ Tako SANDOR, J., *Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use*, "Frontiers of European Health Law", Yearbook 2002., str. 76.

⁹⁹ Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.-295.

lakoumnost, zabluda, prinuda, strast za saznavanjem i odavanjem tajne, koristoljubivi uzroci i psihološka neuračunljivost, ljutnja, tuga i sl.¹⁰⁰ Pri tomu je nebitno na koji je način izvršeno otkrivanje tajne, je li tajna otkrivena jednoj ili više osoba, je li otkrivanje podataka objektivno moglo prouzročiti ili je prouzročilo neke štetne posljedice i sl., Ove okolnosti mogu, u pravilu, biti ocjenjivane kao otegotne okolnosti.¹⁰¹ Kontakti sa službama i profesijama nastalim radi zadovoljavanja egzistencijalnih potreba ljudi u velikom broju slučajeva dovode čovjeka u situaciju nužnog odavanja tajnih dijelova osobnosti.¹⁰² Primjerice, pri izlasku iz bolnice bolesnik dobije otpusnicu u kojoj je ispisana dijagnoza, koju je dužan pokazati poslodavcu radi pravdanja izostanka i odobravanja bolovanja.¹⁰³ Do otkrivanja liječničke tajne može doći i posredno, na zahtjev sudova ili drugih državnih tijela. Primjerice, sud može zahtijevati povijest bolesti nekog pacijenta radi sudsko-medicinskog vještačenja. Međutim, u povijesti bolesti i drugoj dokumentaciji mogu se pored relevantnih nalaziti i takvi podaci koji za sud nisu važni i potrebni u pogledu rješavanja konkretnog spora, a koje je liječnik saznao, utvrdio i zaveo u povijest bolesti i koji kao takvi predstavljaju liječničku tajnu. Otkrivanje i tih podataka zasigurno predstavlja nedopušteno otkrivanje liječničke tajne.¹⁰⁴ U bolnicama na krevetu svakog bolesnika izvještene su tzv. temperaturene liste s velikim brojem podataka o bolesniku (ime i prezime, godina rođenja, dijagnoza, zabilješke o temperaturi, pulsu, krvnom tlaku, ordiniranim lijekovima, datumima kirurških intervencija i raznih laboratorijskih pretraga i sl.). Liste stoje otvoreno i pristupačne su svakome tko dođe posjetiti toga ili drugog bolesnika u sobi.¹⁰⁵ Radnja otkrivanja može se obaviti, primjerice i tako što liječnik razgovara telefonom o tajnim podacima u prisustvu treće osobe koja može identificirati pacijenta na kojega se podaci odnose.¹⁰⁶ Otkrivanje liječničke tajne može se izvršiti i nečinjenjem, odnosno propuštanjem, primjerice ako liječnik pacijentovu medicinsku dokumentaciju ne pohrani na propisani način i time omogućujući neovlaštenim trećim osobama da je razgledaju ili odnesu.¹⁰⁷ Zdravstveni radnici dužni su čuvati kao profesionalnu tajnu sve što znaju o zdravstvenom stanju pacijenta. Na čuvanje profesionalne tajne obvezni su i drugi radnici u zdravstvu koji za nju saznaju u obavljanju svojih dužnosti, te studenti i učenici škola zdravstvenog usmjerenja, kao i sve druge osobe koje u obavljanju svojih dužnosti

¹⁰⁰ *Ibid.*, str. 295.

¹⁰¹ Vidi RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217.

¹⁰² Tako GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 5.

¹⁰³ Usp. JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god X, 1973., str. 21.

¹⁰⁴ Tako MARIĆ, J. – LUKIĆ, M., *Pravna medicina*, Beograd, 1998., str. 344.

¹⁰⁵ Vidi JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god X, 1973., str. 21.

¹⁰⁶ Tako REHBERG, J., *Handbuch des Arztrechts*, Zurich, 1994., dalje – REHBERG, str. 345.

¹⁰⁷ Usp. RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", god. L., 2002., broj 3-4, str. 329.

dođu do podataka o zdravstvenom stanju pacijenta. Iznimno, navedene osobe dužne su podatke o zdravstvenom stanju pacijenta priopćiti na zahtjev ministarstva nadležnog za zdravstvo, drugih tijela državne uprave u skladu s posebnim propisima, nadležne komore ili sudbene vlasti (ZOZZ, čl. 122.).¹⁰⁸

2.2. Razvidno je da se obveza čuvanja liječničke tajne odnosi i proteže i na čuvanje tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije, jer upravo medicinska dokumentacija sadrži najviše podataka o zdravstvenom stanju pacijenta.

Isto tako, kod **pretrage liječničke ordinacije** ne smije biti povrijeđena tajnost liječničke dokumentacije i predmeta na štetu pacijenata. Pregled liječničke ordinacije treba se ograničiti na pregled samo onih dokumenata i predmeta koji su u izravnoj svezi s kaznenim djelom zbog kojeg se vodi postupak (ZOLJ, čl. 26. st. 4.). U suprotnom, pribavljeni dokazi ne mogu se upotrijebiti u postupku protiv liječnika i njegovih pacijenata (ZOLJ, čl. 26. st. 5.).

Kako ne postoji idealna zaštita digitalnih podataka, posebne mjere zaštite treba posvetiti medicinskoj dokumentaciji, odnosno podacima o zdravstvenom stanju pacijenta **pohranjenim na elektronskim nosačima podataka**, jer su posebno podložni i izloženi zlouporabama, ponajviše u obliku neovlaštenog korištenja podataka od strane drugih osoba.¹⁰⁹ Liječnik ili odgovorna osoba zdravstvene ustanove, trgovačkog društva ili druge pravne osobe koja obavlja zdravstvenu djelatnost dužni su dokumentaciju koja se čuva na elektronskom mediju osigurati od mijenjanja, prijevremenog uništenja ili nedopuštenog korištenja (ZOLJ, čl. 23. st. 2.).

2.3. Međutim, dužnost čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije nije apsolutna, pa liječnik ne postupa neovlašteno, odnosno protupravno ako te podatke otkrije iz opravdanih razloga. Ukazat ćemo na neke od tih opravdanih razloga.

2.3.1. Ovlaštenje od strane pacijenta – Liječnik ili drugi zdravstveni djelatnik oslobođen je dužnosti šutnje o podacima iz medicinske dokumentacije u svim slučajevima u kojima pacijent pristaje na iznošenje tih podataka, odnosno, **samo uz odobrenje pacijenta**, roditelja ili skrbnika za malodobne osobe, a u slučaju njegove psihičke nesposobnosti ili smrti, uz odobrenje uže obitelji, skrbnika ili zakonskog zastupnika (ZOLJ, čl. 19.).¹¹⁰ Pacijent može osloboditi liječnika od dužnosti čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije, ali ga ne može prisiliti na odavanje tih podataka.¹¹¹ Osobito, ako liječnik drži da pacijent nije bio svjestan negativnih posljedica koje bi mu moglo prouzročiti otkrivanje liječničke tajne te ako smatra da pacijent želi da se podaci

¹⁰⁸ Podrobnije o liječničkoj tajni vidi kod ČIZMIĆ, J., *Pravno uređenje instituta liječničke tajne u hrvatskom pravu*, "Pravo i porezi", god. XVI., 2007., br. 2., str. 12-25.

¹⁰⁹ Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o liječništvu – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. III., 2003., br. 9., str. 80.

¹¹⁰ Vidi IVANČEVIĆ, N., *Zakon o liječništvu*, rad u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem", Zagreb, 2003., str. 91.

¹¹¹ Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

otkriju iz nekih posebnih razloga koji ne bi bili u skladu s njegovim ugledom i liječničkom etikom i sl.¹¹²

Temeljnu pretpostavku za obznanjivanje podataka čini kompatibilnost pacijenta. Odnosno, pristanak za odavanje vlastitih podataka bit će valjan ako je pacijent koji ga je dao bio svjestan, punoljetan i duševno zdrav. Ovaj vid (ovlaštenog) odavanja tajne svoje uporište ima u pravu svakog čovjeka raspolaganja svojim vlastitim dobrom.¹¹³

2.3.2. Pretpostavljena suglasnost pacijenta – Izjava volje pacijenta koja znači pristanak na otkrivanje podataka iz medicinske dokumentacije može se dati u bilo kojem obliku, na izričit način ili prešutno, konkludentnim radnjama. Pretpostavljeni pristanak pacijenta značajan je posebno u slučaju kada se pacijent nije sam u stanju izjasniti, primjerice ako je izgubio svijest ili zbog toga što je mentalno bolestan, kao i onda kada se iz okolnosti može zaključiti da pacijent nema interesa za čuvanjem tajnosti podataka.¹¹⁴ U dvojbi, liječnik treba polaziti od pretpostavke da pacijent ima volju da se njegovi podaci drže u tajnosti.¹¹⁵

U tom smislu ako pacijent u sudskom postupku imenuje svoga liječnika kao svjedoka, smatra se da ga je prešutno oslobodio obveze čuvanja liječničke tajne, odnosno čuvanja tajnosti podataka iz njegove medicinske dokumentacije.¹¹⁶ Ili, ako pacijent po uputi svoga izabranog liječnika (opće prakse, obiteljskog liječnika) ode specijalistu na pregled, drži se da prešutno pristaje da u nalaze, koje utvrdi specijalist, može imati uvid i njegov liječnik.¹¹⁷

2.3.3. Odavanje podataka drugom liječniku pacijenta – Ako više liječnika istovremeno ili jedan za drugim liječe istoga pacijenta, oni nemaju međusobnu obvezu čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije, svakako ukoliko je pacijent s time suglasan ili se njegova suglasnost može pretpostaviti.¹¹⁸ S obzirom na to da moderna medicinska praksa u liječenju uobičajeno uključuje liječničke timove i druge zdravstvene djelatnike, kao i osobe izvan toga kruga, liječnik mora biti siguran da pacijent razumije zašto i kada podaci iz medicinske dokumentacije, koji predstavljaju liječničku tajnu, mogu biti dostavljeni drugim članovima tima, kao i da drugi članovi tima razumiju da te podatke moraju čuvati kao liječničku tajnu.¹¹⁹ Liječnik koji upućuje bolesnika drugom liječniku dužan je obavijestiti ga o pojedinostima koje bi mogle na bilo koji način

¹¹² Tako JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 37.

¹¹³ Vidi POZAIĆ, V., *Teološki vidici liječničke tajne*, "Obnovljeni život", (56), 2001., broj 4, str. 447.-449.

¹¹⁴ Tako ULSENHEIMER, str. 556. Usp. STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 224.

¹¹⁵ Usp. REHBERG, str. 135.

¹¹⁶ Vidi DEUTSCH, E. – SPICKHOFF, A., *Medizinrecht*, Munchen, 2003., str. 318.

¹¹⁷ Tako REHBERG, str. 349.

¹¹⁸ Vidi MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 9.

¹¹⁹ Tako STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 223.

naškoditi, odnosno ugroziti zdravlje ili život liječnika (Kodeks medicinske etike i deontologije, čl. 9. st. 4.). Tako, kada liječnik upućuje drugom liječniku ili u drugu ustanovu, trgovačko društvo, odnosno drugu pravnu osobu koja obavlja zdravstvenu djelatnost pacijenta koji bi zbog svog stanja ili ponašanja mogao ugroziti zdravlje, odnosno život liječnika, drugih zdravstvenih radnika ili drugih pacijenata, dužan ih je o tomu pravodobno obavijestiti telefonom, elektronički ili na drugi odgovarajući način (ZOLJ, čl. 28.), primjerice i stavljanjem odgovarajuće zabilješke u medicinskoj dokumentaciji.

2.3.4. Odavanje podataka iz medicinske dokumentacije na temelju propisa – Liječnik nije povrijedio dužnost čuvanja liječničke tajne ako je podatke iz medicinske dokumentacije obznanio, odnosno učinio dostupnim trećim osobama zbog toga što su ga na odavanje tih podataka obvezali zakonski (ili drugi) propisi. U takvom slučaju liječnik o tomu treba izvijestiti pacijenta. Zakonsko dopuštenje za zadiranje u privatnost treba, kao iznimku, tumačiti restriktivno.

Zdravstveni interesi trećih osoba mogu dovesti liječnika u moralnu dvojbu treba li odati ili prešutjeti podatke iz medicinske dokumentacije, kao, primjerice, kod postojanja zarazne bolesti. U takvim je slučajevima, u pravilu, dužnost liječnika jasno (zakonski) definirana, jer je on u prvom redu čuvar javnoga zdravlja.¹²⁰ U smislu kaznenopravne odgovornosti, KZ ne postavlja zaštitu apsolutno, jer određuje da kazneno djelo neovlaštenog otkrivanja profesionalne (liječničke) tajne ne postoji ako je otkrivanje tajne počinjeno u općem interesu ili interesu druge osobe, koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne.^{121,122}

¹²⁰ Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

¹²¹ Vidi BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 163.

¹²² Tako liječnik i drugi zdravstveni djelatnici ne mogu kao svjedoci uskratiti iskaz o onome što su u obavljanju svoga zanimanja saznali od okrivljenika, odnosno o liječničkoj tajni, ako se radi o kaznenom djelu kaznenopravne zaštite djece i maloljetnika iz članka 117. Zakona o sudovima za mladež (Zakon o kaznenom postupku, "Narodne novine", broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 62/03. – pročišćeni tekst, 115/06., dalje – ZKP, čl. 244. t. 5.), a liječnici, zubari, ljekarnici i primalje ne mogu kao svjedoci uskratiti iskaz o onome što su u obavljanju svoga zanimanja saznali od okrivljenika ako postoji zakonska osnova po kojoj su te osobe oslobođene dužnosti čuvanja tajne (ZKP, čl. 244. st. 2.). Liječnik je dužan podnijeti prijavu policiji ili državnom odvjetništvu kada tijekom obavljanja liječničke djelatnosti posumnja da je malodobnoj ili nemoćnoj osobi zdravstveno stanje ozbiljno ugroženo zapaštanjem ili zlostavljanjem (ZOLJ, čl. 22.). Liječnik je dužan obavijestiti policiju i o zlostavljanju djece od strane pacijenta, a posebno kad postoji opasnost da se ono ponovi, a o tome je dužan upozoriti i odgovorna tijela, obazrivo čuvajući privatnost i interes djeteta, odnosno malodobne osobe općenito (Kodeks medicinske etike i deontologije, čl. 2. st. 4.). Liječnik je dužan podnijeti prijavu policiji ili državnom odvjetništvu kada tijekom obavljanja liječničke djelatnosti posumnja da je smrt ili tjelesna ozljeda osobe nastala nasilno (ZOLJ, čl. 22.), bez obzira na to što bi time odao liječničku tajnu.

Prema odredbama Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti ("Narodne novine", broj 60/92., 29/94., dalje – ZPPZB), obvezi prijavljivanja zaraznih bolesti podliježu: a/ svako oboljenje ili smrt od zarazne bolesti navedene u čl. 3. ZPPZB-a ili od zarazne bolesti koju takvom odredi Vlada Republike Hrvatske; b/ svaka sumnja na oboljenje od Brill-Zinsserove bolesti, kolere, kuge, pjegavca, žute groznice ili virusnih hemoragijskih groznica; c/ svaka epidemija zaraznih bolesti; d/ svako izlučivanje klica trbušnog tifusa i e/ svako nošenje antigena virusne žutice tipa B i C i

2.3.5. Odavanje podataka iz medicinske dokumentacije na zahtjev ovlaštenog tijela – Dužnost čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije može prestati i na temelju odluka sudova ili javnim izjavama predstavnika službi koje brinu o javnoj sigurnosti zajednice. Tako je liječnik, odnosno drugi zdravstveni djelatnik, dužan medicinsku dokumentaciju na zahtjev predočiti **ministarstvu nadležnom za zdravstvo, tijelima državne uprave** u skladu s posebnim propisima, **Hrvatskoj liječničkoj komori ili sudbenoj vlasti** (ZOLJ, čl. 23. st. 1., ZOZZ, čl. 122. st. 4.). Budući da navedene institucije iznose samo jedan dio privatnosti i tajnosti podataka o pacijentima, onaj najnužniji vezan uz odgovarajuću odluku ili izjavu, za očekivati je da će sve ono što nije izrečeno, a ima razinu zaštite privatnosti i neodavanja tajne, ostati obvezom šutnje medicinskih i zdravstvenih djelatnika.^{123,124} U suprotnom, moglo bi na posredan način doći do otkrivanja liječničke tajne u pogledu podataka koji su sadržani u medicinskoj dokumentaciji, a nisu relevantni za postupak zbog kojeg je medicinska dokumentacija i zatražena.

Kada ovlaštena osoba, sukladno posebnome zakonu, preuzme medicinsku dokumentaciju dužna je izdati liječniku, odgovornoj osobi zdravstvene ustanove, trgovačkog društva, odnosno pravne osobe koja obavlja zdravstvenu djelatnost, **službenu potpisanu potvrdu o preuzimanju** s popisom preuzete medicinske dokumentacije (ZOLJ, čl. 23. st. 5.).

Liječnik nije dužan čuvati tajnost podataka iz medicinske dokumentacije prema **trećoj (pravnoj) osobi** u čije bi ime, uz pristanak pacijenta, vršio pregled. Primjerice, liječnik osiguravajućeg društva nije vezan tajnom prema svojem nalogodavcu. Tako liječnik nije vezan liječničkom tajnom niti ako treba dati obavijest nadležnom tijelu o teškom oboljenju pacijenta koje ga čini nesposobnim

antitijela na virus sindroma stečenog nedostatka imuniteta (ZZPZB, čl. 16. st. 1.). Prijavu treba podnijeti organizacija zdravstva i zdravstveni djelatnik koji obavlja poslove zdravstvene zaštite samostalno osobnim radom, nadležnom organu, odnosno ovlaštenoj organizaciji (ZZPZB, čl. 16. st. 2.). Štoviše, liječnik ili drugi zdravstveni djelatnik koji utvrdi oboljenje, sumnju da postoji oboljenje, ozljeda ili smrt od zarazne bolesti iz stavka 1. ovoga članka, a ne nalazi se na dužnosti u organizaciji zdravstva, dužan je o tomu bez odlaganja izvijestiti najbližu organizaciju zdravstva (ZZPZB, čl. 16. st. 3.). Prema odredbi čl. 72. ZZPZB-a novčanom kaznom od 5.000 do 25.000 kn kaznit će se za prekršaj liječnik ili drugi zdravstveni djelatnik ako organizaciju zdravstva ne izvijesti o oboljenju, ozljedi ili smrti od zarazne bolesti (ZZPZB, čl. 16. st. 3.), a prema odredbi čl. 70. ZZPZB-a, novčanom kaznom od 10.000 do 100.000 kn kaznit će se za prekršaj zdravstveni djelatnik koji obavlja poslove zdravstvene zaštite samostalno osobnim radom, ako ne obavlja prijavljivanje zaraznih bolesti, na način predviđen zakonom i propisima donesenim na temelju zakona (ZZPZB, čl. 16.).

¹²³ Usp. GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 10.

¹²⁴ Europski sud za ljudska prava u slučaju *Z. protiv Finske* (Appl. No 22009/93 – no 9/1996/627/811, od 25. siječnja 1997.) zauzeo je stajalište kako povreda prava ne predstavlja to što je Sudu predana cjelokupna medicinska dokumentacija te što je cjelokupna uključena u sudski spis, ali bi povreda prava na privatnost nastala kad bi se spis s prijepisom medicinske dokumentacije dao u javnost. Podatak i opširnije kod DULČIĆ, K. – BODIROGA VUKOBRAT, N., *Zaštita osobnih podataka pacijenta u europskom i hrvatskom pravu*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol. 29, 2008., br. 1, str. 376.

za vožnju automobila i opasnim po ostale sudionike u prometu.¹²⁵ Slično, liječnik koji je na zahtjev roditelja obavio pregled djevojke, pa je utvrdio da je trudna, smije im priopćiti rezultate pregleda, što ne bi smio ako je pregled obavio na zahtjev same djevojke.¹²⁶

2.3.6. Odavanje podataka iz medicinske dokumentacije zbog pretežnog interesa trećih osoba – Ponekad su u pogledu čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije u sukobu interesi pojedinca (očuvati tajnost podataka) i interesi javnosti (primjerice, saznati o nekoj zaraznoj bolesti). Javni interes u pravilu je u drugom planu i dolazi do izražaja u prosudbi pretežnog interesa (načelo vaganja dobara).¹²⁷ Ocjenu o tome koji je interes pretežan predstavlja *quaestio facti* u svakom konkretnom slučaju.¹²⁸

Liječnik je tajnost podataka iz medicinske dokumentacije dužan čuvati osim u slučaju kad bi čuvanjem (liječničke) tajne **ugrozio život i zdravlje drugih ljudi** (arg. Kodeks, čl. 2. st. 13.). Naime, postoje situacije u kojima šutnja i neodavanje spomenutih podataka predstavlja opasnost i rizik za zajednicu. To su slučajevi u kojima zaštita zajednice ima prednost pred privatnosti pacijenta. Međutim, bitno je naglasiti da i u tim slučajevima zdravstveni djelatnici ne smiju odavati podatke izravno u javnost, nego se moraju obraćati odgovarajućim/nadležnim institucijama i službama koje mogu pomoći u rješavanju određenog problema.¹²⁹

Postoje i slučajevi u kojima bi šutnja, odnosno neodavanje podataka iz medicinske dokumentacije nanijelo štetu **konkretnim trećim (fizičkim) osobama**. Dio tih slučajeva uređen je zakonskim odredbama (primjerice, prenošenje spolnih i zaraznih bolesti).¹³⁰ Tako se drži da ne predstavlja povredu dužnosti čuvanja liječničke tajne obavijest supruzi da je njezin suprug zaražen HIV virusom, (a vrijedi i za ostale zarazne bolesti), jer se smatra da su život i zdravlje žene

¹²⁵ Vidi RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 140.

¹²⁶ Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

¹²⁷ Vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika*, Zagreb, 1998., str. 31.

¹²⁸ Usp. RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 219.

¹²⁹ Najčešće je riječ o socijalnoj skrbi (primjerice u slučaju zlostavljanja djece i žena), policiji (slučajevi prometnih nesreća, izazvanih konzumiranjem alkohola ili nekih drugih opojnih droga, prijetnja ubojstvom, predoziranje ovisnika o drogama i sl.), odvjetništvu, sudovima (za slučajeve u kojima medicinski i zdravstveni djelatnici nisu postigli pristanak s pacijentima ili članovima njihove rodbine, a riječ je o intervencijama koje mogu spasiti život, medicinski i zdravstveni djelatnici – kako praksa nekih zemalja pokazuje – mogu se obratiti sudu za pomoć), institucijama i službama čije članove isto tako obvezuje profesionalna tajna. Na taj način u zaštiti zajedničkog dobra, na poziv medicinskih i zdravstvenih djelatnika, sudjeluju i svi oni koji su od društva zaduženi za zaštitu zajedničkog i društvenog dobra. POZAIĆ, V., *Teološki vidici liječničke tajne*, "Obnovljeni život", (56), 2001., broj 4, str. 447.-449.

¹³⁰ U tom smislu Pozaić navodi i primjer osobe koja je nasilna i predstavlja opasnost na radnom mjestu i u obitelji, odnosno kojoj psihofizičke sposobnosti ne dopuštaju dalje obavljanje javne djelatnosti te dovodi u pitanje živote drugih ljudi (primjerice, vozači javnog prijevoza, osobe čije radno mjesto zahtijeva rukovanje različitim kemijskim tvarima, otrovnim supstancama i eksplozivom), te drži da i za te slučajeve vrijedi isto profesionalno pravilo odavanja privatnih podataka, kao i u slučajevima prijetnje zajedničkog dobra. POZAIĆ, V., *Teološki vidici liječničke tajne*, "Obnovljeni život", (56), 2001., broj 4, str. 447.-449.

vrijedniji od dužnosti čuvanja tajne. Pored bračnog druga, liječnik bi morao biti ovlašten o tomu izvijestiti i druge osobe koje su bliske pacijentu, a posebno ako je prethodno bez uspjeha pokušao uvjeriti pacijenta da sam poduzme mjere zaštite.¹³¹

2.3.7. Otkrivanje podataka iz medicinske dokumentacije u znanstvenim publikacijama – Posebno pitanje upotrebe identifikacijskih podataka i saznanja koja imaju težinu tajne postavlja se kod upotrebe tih podataka i saznanja u znanstvene, nastavne, odnosno obrazovne svrhe, a pri tomu je posebno upitna količina identifikacijskih i drugih podataka koji omogućuju prepoznavanje određenog pacijenta ili dovođenje u svezu s njim.¹³² Iznošenje konkretnih slučajeva u **stručnim društvima ili stručnoj literaturi** s navođenjem imena bolesnika ili njegovom fotografijom, smatra se neovlaštenim odavanjem liječničke tajne.¹³³ Klinički i drugi materijali, pa i medicinska dokumentacija, koji se koriste u predavanjima ili znanstvenim tiskovinama moraju prikriti identitet osoba (s duševnim smetnjama) o kojima govore (arg. ZZODS, čl. 17. st. 7.). Dakle, ako podatke iz medicinske dokumentacije iznosi u znanstvenim publikacijama, na predavanjima i u stručnim priopćenjima, liječnik je dužan onemogućiti identifikaciju pacijenta na kojega se odnose objavljeni podaci.¹³⁴

2.3.8. Otkrivanje podataka iz medicinske dokumentacije zbog zaštite opravdanih interesa liječnika – Otkrivanje podataka iz medicinske dokumentacije pacijenta od strane njegova liječnika može biti opravdano ako bi na taj način liječnik **branio vlastite interese**. U medicinskopravnoj literaturi navodi se primjer kada pacijent ne želi liječniku platiti honorar, pa ga liječnik mora tužiti, odnosno, drugo, kada pacijent tuži liječnika i traži naknadu štete prouzročene liječenjem tvrdeći da poduzete medicinske mjere nisu bile indicirane. Drži se da u takvim situacijama ne bi trebalo očekivati da liječnik i dalje mora poštivati dužnost čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije, nego se smatra opravdanim da može izložiti te podatke kako bi se suprotstavio neutemeljenim zahtjevima pacijenta, odnosno kako bi ostvario svoje pravo na honorar.¹³⁵ U takvom slučaju, zdravstveni djelatnici brane sebe i svoju profesiju upravo onim podacima koje bi trebali čuvati kao tajnu.¹³⁶

¹³¹ Tako SCHLUND, G., *Specifische arztliche Mitteilungsmöglichkeiten*, objavljen kod LAUFS-UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 2002., str. 581., podatak i kod RADIŠIĆ, str. 141.

¹³² Vidi GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 10.

¹³³ Usp. JELAČIĆ, O., *Pravni i deontološki aspekt lekarske delatnosti*, "Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo", god. IX, 1971., br. 3, str. 472.

¹³⁴ Tako MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 9.; STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 250.

¹³⁵ Tako RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", god. L., 2002., broj 3-4, str. 334.-335.

¹³⁶ Vidi GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 9.

Svakako, liječnik ne bi trebao biti dužan čuvati tajnost podataka iz medicinske dokumentacije ni onda kada bi to bitno **ugrozilo njegovo zdravlje i život**, odnosno ako i kada mu prijete izravna opasnost od pacijenta. U takvom slučaju liječnik bi mogao u ograničenom opsegu odati podatke iz medicinske dokumentacije, odnosno u onoj mjeri koja je potrebna za zaštitu njegova zdravlja i života.¹³⁷

VII. Podzakonski propisi

Dužnost vođenja, sadržaj i čuvanje medicinske dokumentacije, kao i posljedice nepridržavanja navedenih dužnosti, uređeni su, osim navedenim ZOZZ-om, ZOLJ-om, ZOZPP-om, ZOS-om, ZOBMD-om, ZOLK-om, ZOSD-om, ZZODS-om i brojnim **podzakonskim propisima**. U pravilu se radi o propisima kojima se uređuje usko specijalizirano područje djelovanja pojedinih zdravstvenih službi, pri čemu se koristi i medicinska dokumentacija, kako ona koju stvara ta zdravstvena služba, tako i ona nastala izvan nje. U pojedinim propisima vođenje, sadržaj i čuvanje medicinske dokumentacije podrobno su uređeni, dok se u drugima medicinska dokumentacija tek uzgredno spominje.

Naveli bismo samo neke od tih propisa.

1/ Vlada Republike Hrvatske je na sjednici održanoj 9. rujna 1999. godine donijela **Uredbu o opsegu i sadržaju medicinske dokumentacije** ("Narodne novine", broj 94/99., dalje – **UOSMD**), kojom se utvrđuje opseg i sadržaj medicinske dokumentacije koju je izabrani doktor medicine primarne zdravstvene zaštite koji je liječio osiguranika dužan prethodno pripremiti i sa svojim nalazom i mišljenjem dostaviti Hrvatskom zavodu za mirovinsko osiguranje radi vještačenja, u slučajevima određenim u članku 111. stavku 1. i 2. Zakona o mirovinskom osiguranju i članku 29. stavku 2. Zakona o zdravstvenom osiguranju (UOSMD, čl. 1.). Pod navedenom medicinskom dokumentacijom podrazumijeva se "Izvešće s nalazom i mišljenjem liječnika" propisano u članku 15. stavku 2. Uredbe o medicinskom vještačenju u mirovinskom osiguranju, otpusno pismo, prijepis povijesti bolesti zdravstvene ustanove u kojoj se osiguranik liječi, specijalističke i laboratorijske nalaze. U iznimnim slučajevima, kada to ovlašteni vještak smatra potrebnim, može se zatražiti od doktora medicine primarne zdravstvene zaštite i prijepis povijesti bolesti, prijepis zdravstvenog kartona, nalaze prethodnog pregleda, sistematskih i periodičnih pregleda (UOSMD, čl. 2.).

Pod opsegom medicinske dokumentacije, koja je potrebna za verifikaciju dijagnoze glavne bolesti, podrazumijeva se medicinska dokumentacija koja sadržava podatke: o početku bolesti ili ozljede, uzroku i okolnostima pod kojima je nastala bolest ili ozljeda; tijeku liječenja osiguranika s naznakom dana do kojeg se liječio, pod kojom dijagnozom i s kakvim uspjehom te tijeku medi-

¹³⁷ Usp. MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 9.; GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 10.

cinske rehabilitacije s naznakom zdravstvenih ustanova u kojima se osiguranik rehabilitirao, razdoblje u kojem je obavljena rehabilitacija, pod kojom dijagnozom i s kakvim uspjehom. Navedena medicinska dokumentacija treba sadržavati i sve podatke o postojećem zdravstvenom stanju, a posebno podatke o: opsegu anatomske oštećenja; opsegu funkcionalnog oštećenja; prognozi bolesti, odnosno, očekuje li se s vremenom poboljšanje zdravstvenog stanja, nepromijenjeno ili progredijentno pogoršanje zdravstvenog stanja. Medicinska dokumentacija potrebna za verifikaciju drugih bolesti koje utječu na radnu sposobnost treba dokazati postojeće stanje, tj. stanje anatomske i funkcionalne oštećenja (UOSMD, čl. 5.).

Medicinska dokumentacija mora biti jasna i precizna te sadržavati sve podatke iz pretraga i nalaza koji omogućavaju postavljanje dijagnoze bolesti. Nalaz i mišljenje liječnika mora biti napisano, u pravilu, pisačim strojem s iscrpnom anamnezom koja daje uvid u obiteljske, nasljedne i ranije bolesti, u početak, tijek i trajanje sadašnjih tegoba i bolesti. Opis nalaza liječnika mora biti precizan i iscrpan i ne smije sadržavati samo dijagnozu bolesti. Otpusno pismo ili prijepis povijesti bolesti zdravstvene ustanove u kojoj se osiguranik liječio, a koje se prilaže izvješću liječnika, mora sadržavati podatke o svim nalazima i pretragama koje su obavljene prije dolaska u zdravstvenu ustanovu tijekom liječenja ili nakon završenog liječenja, kako bi se verificirala dijagnoza bolesti osiguranika. Specijalistički nalazi moraju biti ispisani čitko, po mogućnosti pisačim strojem, na propisanim obrascima, a osim utvrđene dijagnoze moraju biti opisane i anatomske i funkcionalne promjene utvrđene pri specijalističkom pregledu. Klinički nalazi (EKG, spirometrija, B.M., scintigrafija, endoskopija itd.) prilažu se samo ako su učinjeni ambulantno i ako su potrebni za verifikaciju dijagnoze glavne bolesti. Laboratorijski nalazi prilažu se također ako su učinjeni ambulantno i ako su bitni radi verifikacije dijagnoze bolesti (UOSMD, čl. 6.).

Dakle, pod cjelokupnom medicinskom dokumentacijom podrazumijeva se medicinska dokumentacija koju je liječnik pripremio držeći se odgovarajućih odredaba UOSMD koje se odnose na konkretni slučaj, podrazumijevajući pod tim realizaciju medicinskih pretraga samo u onom opsegu koji je potreban za utvrđivanje zdravstvenog stanja. Treba napomenuti da medicinska dokumentacija ne obuhvaća: medicinsku dokumentaciju koju vještak tijekom vještačenja naknadno pribavlja, a koja UOSMD-om nije utvrđena kao obvezna; medicinsku dokumentaciju koju vještak pribavlja u iznimnim slučajevima, prema odredbi članka 2. stavka 2. UOSMD-a (UOSMD, čl. 7.).

2/ *Pravilnikom o provedbi zakona o evidencijama u oblasti zdravstva za primarnu i specijalističko-konzilijarnu zdravstvenu zaštitu* ("Narodne novine", broj 4/95.) propisuju se obrasci za izvješćivanje u primarnoj zdravstvenoj zaštiti i specijalističko-konzilijarnoj zdravstvenoj zaštiti prilagođeni desetoj reviziji Međunarodne klasifikacije bolesti i srodnih zdravstvenih problema,¹³⁸ koji se

¹³⁸ Primjena desete revizije *Međunarodne klasifikacije bolesti i srodnih zdravstvenih problema* stupila je na snagu 1. siječnja 1995. godine Odlukom Ministarstva zdravstva, Klasa 950-01/94-01/02 Ur. broj 534-02-20-94-02 od 12. srpnja 1994. godine.

objavljaju kao prilog Pravilniku i čine njegov sastavni dio (Pravilnik, čl. 2.). Hrvatski zavod za javno zdravstvo dužan je sačiniti upute o popunjavanju i primjeni objavljenih izvještajnih obrazaca (Pravilnik, čl. 3.). Propisane obrasce dužne su ispunjavati te dostavljati u propisanim rokovima sve zdravstvene ustanove i zdravstveni djelatnici privatne prakse.

3/ *Pravilnikom o provedbi zakona o evidencijama u oblasti zdravstva na području zdravstvene zaštite gerijatrijskih bolesnika* ("Narodne novine", broj 82/02.), propisuju se obrasci za izvješćivanje na području zdravstvene zaštite gerijatrijskih bolesnika, tj. bolesnika starijih od 65 godina života.

Na području zdravstvene zaštite gerijatrijskih bolesnika popunjavaju se: a/ Evidencijska lista za praćenje zdravstvenih potreba starijih osiguranih osoba specifične zdravstvene zaštite u domovima za starije i nemoćne osobe te drugim ustanovama socijalne skrbi (Evidencijska lista br. 1); b/ Evidencijska lista za praćenje zdravstvenih potreba gerijatrijskih bolesnika u gerijatrijskim ustanovama (Evidencijska lista br. 2) te c/ Evidencijska lista za praćenje zdravstvenih potreba starijih osiguranih osoba opće medicine (Evidencijska lista br. 3). Propisani obrazac Evidencijske liste br. 1 obvezni su popunjavati domovi za starije i nemoćne osobe te druge ustanove socijalne skrbi u kojima su smješteni gerijatrijski bolesnici, a propisani obrazac Evidencijske liste br. 2 dužni su popunjavati gerijatrijske zdravstvene ustanove u kojima su smješteni gerijatrijski bolesnici. Propisani obrazac Evidencijske liste br. 3 obvezni su popunjavati doktori opće medicine u ordinacijama primarne zdravstvene zaštite. Popunjeni propisani obrasci dostavljaju se Centru za gerontologiju Zavoda za javno zdravstvo Grada Zagreba.

4/ Prema odredbi čl. 9. *Pravilnika o uvjetima i postupku ostvarivanja prava iz osnovnog zdravstvenog osiguranja s osnove ozljede na radu i profesionalne bolesti* ("Narodne novine", broj 32/03.), prijava o ozljedi na radu, odnosno profesionalnoj bolesti podnosi se na tiskanicama koje, u pogledu **prijave o ozljedi na radu**, sadrži: podatke o Zavodu i radnjama područnog ureda Zavoda; osnovne podatke o podnositelju prijave; osobne podatke o stradaloj, odnosno oboljeloj osobi; podatke o prezimenu, imenu te funkciji radnika pod čijim neposrednim rukovođenjem je obavljan rad pri kome je nastao događaj na radu; podatke o prezimenu, imenu i funkciji radnika koji su se u vrijeme događaja na radu nalazili na mjestu gdje je on nastao; podatke o prezimenu, imenu i funkciji te vlastoručni potpis ovlaštenog radnika – poslodavca koji podnosi prijavu; podatke o događaju na radu, podatke u vezi s pružanim zdravstvenim uslugama, a koji se odnose na doktora medicine koji je pregledao ozlijeđenog, odnosno oboljelog radnika, zdravstvenu ustanovu u kojoj je pregledan ozlijeđeni, odnosno oboljeli radnik, ozlijeđeni dio tijela (šifra prema MKB), bolesti od kojih boluje ozlijeđeni radnik (šifra prema MKB) te predviđeno trajanje nesposobnosti za rad radnika.

Što se **prijave o profesionalnoj bolesti** tiče, pored podataka o Zavodu i radnjama područnog ureda Zavoda; osnovnih podataka o podnositelju prijave; osobnih podataka o stradaloj, odnosno oboljeloj osobi; podataka o prezimenu,

imenu te funkciji radnika pod čijim neposrednim rukovođenjem je obavljan rad pri kome je nastao događaj na radu; podataka o prezimenu, imenu i funkciji te vlastoručnog potpisa ovlaštenog radnika – poslodavca koji podnosi prijavu, prijava treba sadržavati i podatak o bližoj oznaci mjesta na kojem je radnik obolio od profesionalne bolesti; podatak o nazivu ovlaštene zdravstvene ustanove, odnosno ovlaštenog specijalista medicine rada u privatnoj praksi koji su utvrdili profesionalno oboljenje; podatak o datumu kada je utvrđeno da je radnik obolio; podatak o nazivu profesionalne bolesti utvrđene Zakonom o listi profesionalnih bolesti, važećim na dan nastanka profesionalne bolesti; podatak o nazivu štetnog agensa – uzročnika oboljenja; podatak o vremenu koje je radnik proveo na obavljanju poslova i zadaća na mjestu rada gdje je utvrđeno profesionalno oboljenje; jesu li obavljene odgovarajući zdravstveni pregledi radnika u propisanim rokovima; jesu na osnovi rezultata zdravstvenih pregleda radnika, te rezultata dobivenih ispitivanjem radne okoline, predlagane i provedene mjere zaštite i sanacije te predviđeno trajanje nesposobnosti za rad radnika.

Prijava o ozljedi na radu, odnosno profesionalnoj bolesti, osim navedenih podataka obvezno sadrži i podatke o izvršenoj obvezi obavještanja mjesno nadležne službe inspekcije rada o nastaloj ozljedi na radu, odnosno profesionalnoj bolesti u skladu sa Zakonom o zaštiti na radu. Prijava o ozljedi na radu, odnosno profesionalnoj bolesti ispunjava se u šest primjeraka od kojih prvi pripada podnositelju prijave, drugi osiguranoj osobi Zavoda, treći izabranom doktoru medicine primarne zdravstvene zaštite, četvrti Hrvatskom zavodu za javno zdravstvo, peti nadležnom inspektoratu rada Državnog inspektorata i šesti Zavodu. Podnositelj prijave o ozljedi na radu, odnosno profesionalnoj bolesti, odnosno osigurana osoba Zavoda na traženje podnositelja prijave obvezna je priložiti uz prijavu **medicinsku i drugu dokumentaciju** koja predstavlja činjeničnu osnovu za utvrđivanje uzročno-posljedične veze između mjesta nastalog događaja i nastale posljedice, odnosno za prihvaćanje ili neprihvaćanje podnijete prijave.

5/ Prema odredbama čl. 27. **Pravilnika o pravima, uvjetima i načinu ostvarivanja prava iz osnovnog zdravstvenog osiguranja** ("Narodne novine", broj 93/03.), osigurana osoba mjere primarne zdravstvene zaštite, u skladu sa Zakonom o zdravstvenoj zaštiti, ostvaruje kod izabranog doktora primarne zdravstvene zaštite. Izabrani doktor opće medicine, među ostalim, upućuje osiguranu osobu temeljem njezinog prigovora s potrebnom dokumentacijom liječničkom povjerenstvu Zavoda radi davanja ocjene, nalaza i mišljenja, a isto tako odlučuje i o potrebi upućivanja osiguranika na ocjenu invalidnosti, upućuje ga na potrebnu dijagnostičku obradu te s kompletiranom medicinskom dokumentacijom upućuje osiguranika na ocjenu invalidnosti.

Kada izabrani doktor primarne zdravstvene zaštite izdaje uputnicu za bolničko liječenje, uz nju je dužan priložiti cjelokupnu raspoloživu medicinsku dokumentaciju osigurane osobe (Pravilnik, čl. 43.).

O pravu na novčanu naknadu zbog privremene nesposobnosti, Zavod odlučuje, rješenjem po prethodno pribavljenom nalazu, ocjeni i mišljenju liječničkog povjerenstva područnog ureda Zavoda, a na temelju pisanog zahtjeva osiguranika

koji podnosi područnom uredu Zavoda nadležnom prema mjestu svog prebivališta, odnosno boravišta. Osiguranik je uz zahtjev među ostalim dužan priložiti i povijest bolesti izdanu od izabranog doktora medicine primarne zdravstvene zaštite ne stariju od 3 dana te medicinsku dokumentaciju o nastaloj bolesti. Na temelju zahtjeva osiguranika i priložene dokumentacije, nadležni područni ured Zavoda upućuje osiguranika liječničkom povjerenstvu područnog ureda Zavoda radi utvrđivanja privremene nesposobnosti, a osiguranik je dužan javiti se liječničkom povjerenstvu odmah, odnosno najkasnije u roku od tri dana (Pravilnik, čl. 75.). Liječničko povjerenstvo područnog ureda Zavoda, nalaz, ocjenu i mišljenje donosi na temelju navedene dokumentacije i pregleda osiguranika (Pravilnik, čl. 76.).

6/ Prema odredbi čl. 22. **Pravilnika o krvi i krvnim sastojcima** ("Narodne novine", broj 14/99.), davatelji plazme koji su podvrgnuti plazmaferezama uz udovoljavanje općim uvjetima za davatelje krvi, osim učestalosti davanja moraju među ostalim ispuniti i uvjet da doktor medicine treba najmanje jedanput godišnje pregleda cjelokupnu davateljevu (medicinsku) dokumentaciju. Zdravstvena ustanova koja je priredila krvne sastojke u dokumentaciji treba čuvati identifikacijski broj svake doze iz koje je pripremljen taj pripravak (Pravilnik, čl. 57. st. 2.). U slučaju vitalne ugroženosti bolesnika, njegov doktor medicine može zahtijevati skraćenje laboratorijskih testova ili izdavanje doze krvi ili krvnog pripravka prije završetka testova podudarnosti, ali takav zahtjev mora biti praćen pismenom dokumentacijom i njegovim potpisom (Pravilnik, čl. 70.).

7/ **Pravilnikom o ortopedskim i drugim pomagalima** ("Narodne novine", broj 93/03.), propisuje se pravo osiguranih osoba Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje iz obveznoga zdravstvenog osiguranja na pomagala (ortopedska, očna, tiflotehnička, slušna, surdotehnička, za omogućavanje glasnog govora, stomatološka te druga pomagala); popravak pomagala, rezervne dijelove i potrošni materijal te izradu pomagala određene kakvoće (Pravilnik, čl. 1.). Osigurana osoba ostvaruje pravo na određeno pomagalo, rezervni dio, potrošni materijal i popravak pomagala na temelju prethodnog odobrenja povjerenstva za ortopedska i druga pomagala (Pravilnik, čl. 6.). Povjerenstvo za ortopedska i druga pomagala iznimno može odobriti i pomagalo koje nije utvrđeno ovim Pravilnikom, i to na prijedlog ugovornog doktora te na temelju priložene odgovarajuće medicinske dokumentacije (Pravilnik, čl. 14.). Tako, primjerice, osigurana osoba može iznimno, zbog kongenitalnih anomalija i traume zubi i čeljusti, ostvariti pravo i na ortodontske uređaje i mostove i nakon 18. godine života, a liječničko povjerenstvo za ortopedska i druga pomagala Direkcije Zavoda može joj to odobriti na temelju priložene medicinske dokumentacije (Pravilnik, čl. 74. st. 6.).

8/ Prema odredbi čl. 25. **Pravilnika o uvjetima, organizaciji i načinu rada izvanbolničke hitne medicinske pomoći** ("Narodne novine", broj 146/03.), o radu djelatnosti izvanbolničke hitne medicinske pomoći vodi se **dokumentacija** na propisanim obrascima i to na: obrascu za prijam poziva hitne medicinske pomoći; obrascu za prijam poziva za hitni prijevoz; obrascu o kretanju timova

na terenu; obrascu za primopredaju vozila; obrascu o izvanrednom događaju; obrascu za trijažu kod većih nezgoda; obrascu medicinske dokumentacije o bolesniku; obrascu za praćenje postupka oživljavanja te obrascu provedenih postupaka medicinske sestre/medicinskog tehničara.

Popunjene navedene propisane obrasce zadržava za potrebe svoje evidencije ustanova za hitnu medicinsku pomoć i dom zdravlja. Popunjeni propisani obrazac za trijažu kod većih nezgoda sastavni je dio medicinske dokumentacije bolesnika koji se upućuje u zdravstvenu ustanovu radi postupka završnoga liječenja. Propisani obrasci medicinske dokumentacije o bolesniku te provedenih postupaka medicinske sestre/medicinskog tehničara popunjavaju se u dva primjerka, od kojih jedan za potrebe svoje evidencije zadržava ustanova za hitnu medicinsku pomoć i dom zdravlja, a drugi je sastavni dio medicinske dokumentacije bolesnika koji se upućuje u zdravstvenu ustanovu radi postupka završnoga liječenja (Pravilnik, čl. 26.).

9/ Pravilnikom o načinu pregleda umrlih te o utvrđivanju vremena i uzroka smrti ("Narodne novine", broj 121/99., 112/00.) utvrđuje se način pregleda umrlih osoba te način utvrđivanja vremena i uzroka smrti (Pravilnik, čl. 1.).

Pri pregledu mrtvozornik utvrđuje smrt, odnosno mrtvorodenost te vrijeme i uzrok smrti. Nakon što je utvrdio smrt, odnosno mrtvorodenost, mrtvozornik treba ispitati okolnosti pod kojima je nastupila te utvrditi uzrok smrti. Podatke o mjestu, vremenu i uzroku smrti umrle osobe prikuplja od ukućana i drugih osoba, koristeći za to i **medicinsku dokumentaciju** o liječenju umrlog. Građani su obvezni dati mrtvozorniku podatke koji su im poznati i omogućiti mu nesmetano obavljanje pregleda, a doktor medicine koji je u posljednjoj bolesti prije smrti liječio umrlu osobu, dužan je na traženje mrtvozornika dati izvješće radi lakšeg utvrđivanja uzroka smrti (Pravilnik, čl. 8.).

10/ Pravilnikom o utvrđivanju uvjeta zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe ("Narodne novine", broj 111/02.,) utvrđuju se uvjeti zdravstvene sposobnosti članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe te se određuje sadržaj i način obavljanja: prethodnih zdravstvenih pregleda prije izdavanja pomorske ili brodarske knjižice, prije prvog zapošljavanja i prije upisa u obrazovne ustanove svih razina obrazovanja za pomorska i brodarska zvanja; sadržaj, način i rokovi obavljanja redovnih zdravstvenih pregleda kod produženja važenja pomorske ili brodarske knjižice i prije svakog novog zapošljavanja, odnosno ukrcaja na brod te nadzornih zdravstvenih pregleda po odluci specijaliste medicine rada, odnosno prilikom izdavanja ovlasti za određena zvanja na brodu (Pravilnik, čl. 1.).

Prilikom prethodnog, redovnog i nadzornog zdravstvenog pregleda, specijalist medicine rada može zatražiti uvid u **zdravstvenu dokumentaciju** osobe na pregledu, a koja je pohranjena kod njegovog izabranog doktora primarne zdravstvene zaštite, drugih doktora medicine ili u drugim zdravstvenim ustanovama (Pravilnik, čl. 6.). U ordinaciji specijalista medicine rada vode se i pohranjuju kartoni zdravstvenog pregleda članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe (Pravilnik čl. 33.). Navedenu medicinsku dokumen-

taciju, na temelju koje je dana ocjena zdravstvene sposobnosti, ovlaštena zdravstvena ustanova ili privatna ordinacija medicine rada ovlaštena za pregled članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe, dužna je trajno čuvati. U slučaju da joj je oduzeto ovlaštenje za obavljanje zdravstvenih pregleda članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe, ista je dužna svu medicinsku dokumentaciju o obavljenim pregledima dostaviti Hrvatskom zavodu za medicinu rada koji je treba trajno čuvati, odnosno predati zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj ordinaciji medicine rada ovlaštenoj za obavljanje pregleda članova posade pomorskih brodova i brodova unutarnje plovidbe, a koja će preuzeti poslove (Pravilnik, čl. 34.).

Drugostupanjском zdravstvenom povjerenstvu mora biti dostupna medicinska dokumentacija o prethodnim zdravstvenim pregledima, a po potrebi i medicinska dokumentacija od izabranog doktora primarne zdravstvene zaštite, drugih doktora medicine ili drugih zdravstvenih ustanova, osobe koja je pozvana na pregled (Pravilnik, čl. 38.). Treba napomenuti da drugostupanjско zdravstveno povjerenstvo može dati ocjenu zdravstvene sposobnosti i bez ponovnog zdravstvenog pregleda, samo na temelju medicinske dokumentacije, i to u roku od 30 dana od dana primitka zahtjeva (Pravilnik, čl. 37.).

11/ *Pravilnikom o poslovima na kojima radnik može raditi samo nakon prethodnog utvrđivanja zdravstvene sposobnosti* (“Narodne novine”, broj 59/02.), utvrđuju, među ostalim, i poslovi na kojima radnik može raditi samo nakon prethodnog utvrđivanja zdravstvene sposobnosti za obavljanje tih poslova te način utvrđivanja zdravstvene sposobnosti, rokovi u kojima se mora ponoviti utvrđivanje zdravstvene sposobnosti, sadržaj i način izdavanja svjedodžbe o zdravstvenoj sposobnosti (Pravilnik, čl. 1.).

Radnik, odnosno poslodavac, imaju na ocjenu zdravstvene sposobnosti pravo žalbe u pisanom obliku, u roku od 15 dana od dana primitka svjedodžbe o zdravstvenoj sposobnosti radnika, komisiji pri Hrvatskom zavodu za medicinu rada koju imenuje ravnatelj Hrvatskog zavoda za medicinu rada za svaki pojedini slučaj podnošenja žalbe. Komisija može donijeti konačnu ocjenu zdravstvene sposobnosti bez ponovnog zdravstvenog pregleda radnika, samo na temelju priložene **medicinske dokumentacije** i to u roku od 30 dana od dana primitka žalbe. Komisiji mora biti dostupna i medicinska dokumentacija o prethodnim zdravstvenim pregledima radnika, a po potrebi i medicinska dokumentacija od izabranog liječnika primarne zdravstvene zaštite o čijoj se zdravstvenoj sposobnosti odlučuje. Ocjena zdravstvene sposobnosti komisije je konačna i dostavlja se pregledanoj osobi, poslodavcu i Hrvatskom zavodu za medicinu rada (Pravilnik, čl. 7.).

12/ *Pravilnikom o načinu vođenja evidencije o izvršenim laboratorijskim ispitivanjima* (“Narodne novine”, broj 23/94.), propisuje se **način vođenja evidencije** o izvršenim laboratorijskim ispitivanjima i način dostavljanja izvješća o uzročnicima zaraznih bolesti, odnosno epidemije zaraznih bolesti (Pravilnik, čl. 1.). Evidenciju su dužne voditi zdravstvene ustanove u kojima se obavlja laboratorijsko ispitivanje uzročnika zaraznih bolesti, odnosno epidemije

zaraznih bolesti i provjera (verifikacija) laboratorijskog ispitivanja uzročnika zaraznih bolesti radi utvrđivanja dijagnoze (Pravilnik, čl. 2.) te su dužne voditi i knjigu bolesničkih uzoraka za bakteriološku obradu koja mora sadržavati: redni broj pod kojim je zaprimljen uzorak; datum primitka uzorka; ime i prezime bolesnika čiji je uzorak zaprimljen; naziv zdravstvene ustanove iz koje je uzorak poslan; vrstu uzorka i rezultat laboratorijskog ispitivanja (Pravilnik, čl. 3.). Zdravstvene ustanove dužne su dostaviti rezultat laboratorijskog ispitivanja doktoru medicine, odnosno doktoru medicine specijalisti koji je zatražio pretragu, te su dužne dostavljati i izvješće o uzročnicima zaraznih bolesti, odnosno epidemije zaraznih bolesti, svakih šest mjeseci Hrvatskom zavodu za javno zdravstvo (Pravilnik, čl. 4. i 5.).

13/ Pravilnikom o načinu i rokovima provedbe neposrednog nadzora nad izvorima ionizirajućih zračenja, načinu mjerenja ozračenja djelatnika i bolesnika koji su izloženi ionizirajućim zračenjima, vođenju i sadržaju evidencija i registara te načinu izvješćivanja u vezi s tim zračenjima ("Narodne novine", broj 63/00.), propisuju se način i rokovi provedbe neposrednog nadzora nad izvorima ionizirajućih zračenja, način mjerenja osobnog ozračenja djelatnika i bolesnika koji su izloženi ionizirajućim zračenjima, obvezatan sadržaj izvješća o nadzoru i mjerenjima, **način vođenja i rokovi čuvanja potrebitih evidencija** te postupak izvješćivanja nadležnih tijela (Pravilnik, čl. 1.).

Hrvatski zavod za zaštitu od zračenja dužan je, na obrascima čiji oblik i sadržaj utvrđuje ravnatelj Hrvatskog zavoda za zaštitu od zračenja i/ili elektroničkim putem, **voditi evidencije** o ovlaštenim pravnim osobama, o pravnim i fizičkim osobama koje obavljaju djelatnosti s izvorima ionizirajućih zračenja, izvorima ionizirajućih zračenja, o djelatnicima i njihovom ozračenju tijekom rada s izvorima ionizirajućih zračenja i drugim podacima u svezi s ionizirajućim zračenjima. Podaci upisani u evidenciju koja se vodi na elektroničkom računalu upisuju se na odgovarajući medij kao sigurnosna kopija nakon upisa ili nakon upisa promjene (Pravilnik, čl. 37.). Hrvatski zavod za zaštitu od zračenja dužan je voditi i evidencije o pravnim ili fizičkim osobama koje obavljaju djelatnosti s izvorima ionizirajućih zračenja (Pravilnik, čl. 38.) te evidenciju rendgenskih uređaja, akceleratora i drugih uređaja i postrojenja koji proizvode ionizirajuće zračenje, a koriste se u medicini i stomatologiji, gospodarstvu, istraživanjima i javnim djelatnostima, koja sadrži ove podatke (Pravilnik, čl. 39.).

14/ Pravilnikom o obrascu suglasnosti te obrascu izjave o odbijanju pojedinog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka ("Narodne novine", broj 10/08.) uređuje se sadržaj obrasca suglasnosti kojom se prihvaća pojedini preporučeni dijagnostički, odnosno terapijski postupak (u daljnjem tekstu: Suglasnost) te sadržaj obrasca izjave o odbijanju pojedinog preporučenog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka (u daljnjem tekstu: Izjava o odbijanju) u zdravstvenim ustanovama, trgovačkim društvima koja obavljaju zdravstvenu djelatnost te kod privatnih zdravstvenih radnika (u daljnjem tekstu: nositelj zdravstvene djelatnosti), (Pravilnik, čl. 1.). Obrazac Suglasnosti treba sadržavati sljede-

će podatke: naziv preporučenog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka; naziv nositelja zdravstvene djelatnosti; ustrojstvena jedinica; ime i prezime pacijenta; datum rođenja, spol, mjesto rođenja, adresa stanovanja, matični broj osigurane osobe u obveznom zdravstvenom osiguranju; ime i prezime zakonskog zastupnika, odnosno skrbnika, (za pacijenta koji nije pri svijesti, za pacijenta s težom duševnom smetnjom te za poslovno nesposobnog ili maloljetnog pacijenta); potpis i faksimil doktora medicine; mjesto i datum ispunjavanja Suglasnosti (dan, mjesec, godina) te vlastoručni potpis pacijenta/zakonskog zastupnika/skrbnika (Pravilnik, čl. 2.). Sadržaj obavijesti o pojedinom preporučenom dijagnostičkom, odnosno terapijskom postupku koja se prilaže Suglasnosti treba utvrditi nositelj zdravstvene djelatnosti uz prethodno pribavljeno mišljenje nadležnih komora i uz suglasnost Agencije za kvalitetu i akreditaciju u zdravstvu (Pravilnik, čl. 3.). Odbijanje pojedinog preporučenog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka pacijent mora izraziti potpisivanjem obrasca Izjave o odbijanju (Pravilnik, čl. 4.). Obrazac Izjave o odbijanju treba sadržavati sljedeće podatke: naziv preporučenog dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka; naziv nositelja zdravstvene djelatnosti; ustrojstvena jedinica; ime i prezime pacijenta, datum rođenja, spol, mjesto rođenja, adresa stanovanja, matični broj osigurane osobe u obveznom zdravstvenom osiguranju; ime i prezime zakonskog zastupnika, odnosno skrbnika, (za pacijenta koji nije pri svijesti, za pacijenta s težom duševnom smetnjom te za poslovno nesposobnog ili maloljetnog pacijenta); potpis i faksimil doktora medicine; mjesto i datum ispunjavanja Izjave o odbijanju (dan, mjesec, godina) te vlastoručni potpis pacijenta/zakonskog zastupnika/skrbnika (Pravilnik, čl. 5.).

VIII. Umjesto zaključka – odgovornost za vođenje medicinske dokumentacije i tajnost podataka

1/ Svaki liječnik koji zabilježi određene podatke u medicinsku dokumentaciju snosi odgovornost za ono što je zabilježio.¹³⁹ Loše vođena i neodgovarajuća medicinska dokumentacija može se smatrati oblikom **nesavjesnog liječenja**.¹⁴⁰

Dužnost vođenja medicinske dokumentacije liječnici mogu **povrijediti na različite načine** – propuštanjem (ako dokumentaciju uopće ne vode ili je ne vode potpuno i pravovremeno, odnosno ako je ne čuvaju i pohranjuju u skladu s propisima)¹⁴¹ i činjenjem (unošenjem netočnih podataka, oštećenjem ili uništenjem, preinakom ili prikriivanjem podataka iz medicinske dokumentacije),

¹³⁹ Usp. MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 6.

¹⁴⁰ Vidi TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 116.

¹⁴¹ Primjerice, ako ne upiše, odnosno priloži u medicinsku dokumentaciju podatak o namjeri pacijenta da napusti zdravstvenu ustanovu ili ne upiše, odnosno priloži u medicinsku dokumentaciju podatak o samovoljnom napuštanju zdravstvene ustanove bez najave pacijenta (ZOZPP, čl. 42. t. 4. u svezi s čl. 27.).

a povredu svakako predstavlja i nedopuštanje pacijentu upoznati se sa sadržajem svoje medicinske dokumentacije.¹⁴²

U obavljanju **inspeksijskih** poslova zdravstveni inspektor osobito nadzire i način vođenja i korištenja odgovarajuće medicinske dokumentacije i evidencije (ZOZZ, čl. 173. t. 5.). Zdravstvene ustanove, trgovačka društva i privatni zdravstveni radnici kod kojih se obavlja inspeksijski nadzor dužni su zdravstvenom inspektoru omogućiti obavljanje nadzora i pružiti potrebne podatke i obavijesti. Inspektor u provođenju inspeksijskog nadzora pregledava, među ostalim, i medicinsku dokumentaciju zdravstvene ustanove, trgovačkog društva, odnosno zdravstvenog radnika, a inspektor tijekom inspeksijskog nadzora zbog mogućeg prikrivanja dokaza ima pravo privremeno izuzeti predmete i izvornu dokumentaciju, uz potvrdu (ZOZZ, čl. 170.).

2/ Neovlašteno odavanje podataka iz medicinske dokumentacije može, za osobu koja je povrijedila dužnost čuvanja tajnosti tih podataka, imati različite posljedice i odgovornosti. Zbog propusta u vođenju medicinske dokumentacije zdravstveni djelatnici i zdravstvene ustanove mogu **odgovarati** prekršajno, stegovno/disciplinski, kazнено i građanskopravno.

2.1. Moralne i psihološke posljedice – Uvodno treba kazati da nepoštivanje dužnosti čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije ima ponajviše štetne psihološke i moralne posljedice. Nepridržavanje etičkih načela od strane liječnika može dovesti do njegove stegovne i kaznene odgovornosti, ali je ono ipak najviše podvrgnuto sudu vlastite savjesti.¹⁴³ Za razliku od ostalih pravila medicinskog prava, etička su pravila redovito kodificirana u posebnim etičkim, odnosno deontološkim kodeksima,¹⁴⁴ u našem pravu u Kodeksu medicinske etike i deontologije.

2.2. Kaznena odgovornost – Ako se osobni podaci iz medicinske dokumentacije koriste suprotno zakonom dopuštenoj svrsi njihova prikupljanja, može se raditi i o **kaznom djelu** nedopuštene uporabe osobnih podataka (KZ, čl. 133.).¹⁴⁵ Moralna obveza liječnika da čuva tajnost podataka iz medicinske dokumentacije “pojačana” je, dakle i pravnim normama koje propisuju kaznenu odgovornost liječnika ako neovlašteno otkrije tajnu koju je saznao u obavljanju svoga poziva.¹⁴⁶ KZ propisuje da će se doktor medicine, doktor stomatologije, primalja ili drugi zdravstveni djelatnik, koji neovlašteno otkrije tajnu, koju je saznao u obavljanju svoga zvanja kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do šest mjeseci (arg. KZ, čl. 132. st. 1.), a kazneni postupak za navedeno kazneno djelo pokreće se povodom prijedloga (KZ, čl. 132. st. 3.). Ovom

¹⁴² U tom smislu RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 151.

¹⁴³ Usp. ZEČEVIĆ, D. i dr., *Sudska medicina i deontologija*, Zagreb, 2004., str. 320.

¹⁴⁴ Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Kodeks medicinske etike i deontologije*, “Informator”, broj 5046-5047, od 17. i 20. srpnja 2002. godine, str. 1.

¹⁴⁵ Usp. TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 115.

¹⁴⁶ Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Profesionalna liječnička tajna*, “Informator”, broj 5329, od 2. travnja 2005., str. 11.

inkriminacijom osigurava se kaznenopravna zaštita podataka osobnog značaja, odnosno podataka koji se tiču određenog pojedinca i njegovog intimnog područja života.¹⁴⁷ Kazneno djelo odavanja liječničke tajne, pa time i podataka iz medicinske dokumentacije, spada u kategoriju *delicta propria*, odnosno mogu ga izvršiti samo one osobe koje vrše zdravstvenu službu, što u širem tumačenju pojma “zdravstvene službe” može obuhvatiti i zdravstvenu administraciju.¹⁴⁸ Radnja počinjenja je svako ponašanje liječnika kojom se tajna stavlja do znanja, kojom se prenosi, iskazuje nekoj trećoj, neovlaštenoj osobi.¹⁴⁹ Da bi ovo kazneno djelo postojalo, mora se raditi o neovlaštenom otkrivanju podataka iz medicinske dokumentacije, a u protivnom djelo neće postojati jer neće biti protupravno.¹⁵⁰

2.3. Prekršajna odgovornost – Zbog neovlaštenog odavanja podataka iz medicinske dokumentacije liječnik može odgovarati i prekršajno.¹⁵¹ **Liječnik** se može kazniti za **prekršaj** novčanom kaznom u iznosu od 5. 000, 00 do 10. 000,

¹⁴⁷ Usp. RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217.

¹⁴⁸ Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

¹⁴⁹ Tajna doznana pri obavljanju poziva nije pristupačna širem krugu osoba. Interes i volja njezina vlasnika je da ostane u diskreciji, da ne postane dostupna i da ju ne sazna neovlaštena osoba. Vidi BAČIĆ, F. – PAVLOVIĆ, Š., *Komentar kaznenog zakona*, Zagreb, 2004., str. 548. Uvijek se radi o tajnama koje se tiču pojedinca, a ne i o onima koje se tiču ustanova, trgovačkih društava, organizacija i sl., jer su one obuhvaćene posebnim kaznenim djelima, kao što su djela otkrivanja službene, vojne, poslovne ili državne tajne. Tako BAČIĆ, F. – ŠEPAROVIĆ, Z., *Krivično pravo – posebni dio*, Zagreb, 1997., str. 111. Tajna se ne mora ticati samoga pacijenta, već se može odnositi i na sasvim druge osobe. *Ibid.*, str. 111. Zaštitni objekt je pravo građana na osobnu tajnu, odnosno podaci saznati u vršenju određenog poziva. Vidi RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217. Štiti se intimnost osobe, a preko nje i potreba pravilnog funkcioniranja određenih javnih poziva i djelatnosti, jer se odnos djelatnika ovih službi i građana temelji na međusobnom povjerenju, uključujući jamstvo da će osobna tajna biti poštovana. Usp. BAČIĆ, F. – PAVLOVIĆ, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2004., str. 548.

¹⁵⁰ Tako BAČIĆ, F., *Krivično pravo – Posebni dio (I)*, Zagreb, 1979., str. 205. Ovo kazneno djelo neće postojati ako su otkriveni podaci čije držanje u tajnosti nije bitno za očuvanje pacijentova intimteta (objektivno beznačajni podaci). Kao poseban temelj isključenja protupravnosti ovog kaznenog djela slučaj je dopuštenog otkrivanja liječničke tajne, neovisno o stajalištu pacijenta, u općem interesu ili interesu druge osobe koji je pretežniji od interesa čuvanja liječničke tajne. Pod općim interesom može se smatrati slučaj potrebe otkrivanja kaznenog djela, sprječavanja zaraze i sl. Dopušteno otkrivanje liječničke tajne u interesu druge osobe postojalo bi, primjerice ako roditelju treba kazati da mu dijete boluje od teške bolesti, dakle osobi čiji je interes otkrivanja veći od interesa neotkrivanja. Vidi BAČIĆ, F. – PAVLOVIĆ, Š., *Komentar kaznenog zakona*, Zagreb, 2004., str. 549. Ne bi se radilo o ovom djelu ni onda ako bi, primjerice liječnik obavijestio suprugu o spolnoj bolesti muža ili kad bi o određenoj bolesti profesionalnog vozača obavijestio nadležnu ustanovu. Usp. BAČIĆ, F. – ŠEPAROVIĆ, Z., *Krivično pravo – posebni dio*, Zagreb, 1997., str. 111.; ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika*, Zagreb, 1998., str. 32. Djelo neće biti protupravno ni onda ako je tajna odana uz pristanak pacijenta, a takav učinak mogu imati i opći razlozi isključenja protupravnosti, kao na primjer krajnja nužda ili pretpostavljeni pristanak. Vidi BAČIĆ, F. – ŠEPAROVIĆ, Z., *Krivično pravo – posebni dio*, Zagreb, 1997., str. 112.

¹⁵¹ Za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kn i trgovačko društvo koje obavlja zdravstvenu djelatnost sukladno Zakonu o zdravstvenoj zaštiti, kao i odgovorna osoba u trgovačkom društvu koja obavlja zdravstvenu djelatnost i to novčanom

00 kn ako ne vodi i ne čuva medicinsku dokumentaciju u skladu s odredbama čl. 23. ZOLJ-a (ZOLJ, čl. 59. t. 5.). Novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kn može se kazniti za prekršaj **magistar farmacije** ako bez recepta ili propisane medicinske dokumentacije izda lijek koji ima odobrenje za stavljanje u promet na recept sukladno posebnome zakonu (ZOLK, čl. 53. t. 4.).¹⁵² Novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kn kaznit će se za prekršaj **doktor stomatologije** ako ne vodi i ne čuva stomatološku dokumentaciju u skladu s odredbama ZOSD-a (ZOSD, čl. 66. t. 5.).

Zdravstvena ustanova i trgovačko društvo koje obavlja zdravstvenu djelatnost mogu se kazniti za **prekršaj** novčanom kaznom u iznosu od 10. 000, 00 do 50. 000, 00 kn ako pacijentima i drugim ovlaštenim osobama uskrati pravo na informiranje o pitanjima koja se tiču njihova zdravlja, što svakako uključuje i pristup medicinskoj dokumentaciji, a odgovorna osoba u zdravstvenoj ustanovi i trgovačkom društvu, te privatni zdravstveni radnik mogu se za navedeni prekršaj kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10. 000,00 kn (v. ZOZZ, čl. 192. i 195.). I prema odredbama ZOZPP-a, zdravstvena ustanova i trgovačko društvo koje obavlja zdravstvenu djelatnost mogu se kazniti za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kn ako uskrati pacijentu i drugoj ovlaštenoj osobi uvid u medicinsku dokumentaciju protivno odredbama čl. 23. i 24. ZOZPP-a, a za isti prekršaj mogu se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5. 000, 00 do 10. 000, 00 kuna i odgovorna osoba u trgovačkom društvu koje obavlja zdravstvenu djelatnost te privatni zdravstveni radnik (ZOZPP, čl. 41.). **Psihijatrijska ustanova** treba se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 300.000,00 kuna za prekršaj ako vodi i postupa s medicinskom dokumentacijom suprotno čl. 18. i 19. ZZOSD-a (ZZOSD, čl. 64. st. 1. t. 6.), a za navedene prekršaje kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 1.000,00 do 10.000,00 kuna osoba čijom je radnjom ostvaren navedeni prekršaj, kao i odgovorna osoba u psihijatrijskoj ustanovi (ZZOSD, čl. 64. st. 2.).

2.4. Stegovna (disciplinska) odgovornost – Eventualna kaznena i prekršajna odgovornost liječnika ili disciplinska odgovornost u zdravstvenoj ustanovi, trgovačkom društvu ili drugoj pravnoj osobi koja obavlja zdravstvenu djelatnost zbog nepoštivanja odredbi kojima se uređuje medicinska dokumentacija, ne isključuje **disciplinsku odgovornost** liječnika pred Hrvatskom liječničkom komorom. Naime, liječnik je disciplinski odgovoran ako: povrijedi odredbe ZOLJ-a, povrijedi Kodeks medicinske etike i deontologije Komore,¹⁵³ kada

kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna, a također će se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kn i privatni zdravstveni radnik (ZOZPP, čl. 41.).

¹⁵² Tako i podrobnije kod JAKŠIĆ, Ž. *Medicinska dokumentacija*. U: JAKŠIĆ, Ž. i sur., *Socijalna medicina. Praktikum II.*, 5. izd., Zagreb, Medicinski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1989., str. 355.-372.

¹⁵³ Povrede odredaba Kodeksa disciplinske su povrede. Postupak utvrđivanja i izricanje kazni i mjera za iste propisan je Pravilnikom o disciplinskom postupku Hrvatske liječničke komore (Kodeks, čl. 10. st. 1.).

svojim ponašanjem prema pacijentu povrijedi ugled liječničke profesije te ako ne ispunjava Statutom ili drugim općim aktom određene članske obveze prema Komori (ZOLJ, čl. 50.). Navedene povrede imaju značenje teških povreda ako imaju teže značenje s obzirom na važnost, prirodu povrijeđenog dobra, visinu materijalne štete ili težinu druge posljedice te s obzirom na okolnosti pod kojima je radnja izvršena, odnosno propuštena. Suprotno, navedene povrede imaju značenje lakih povreda ako imaju lakše značenje s obzirom na važnost, prirodu povrijeđenog dobra, visinu materijalne štete ili težinu druge posljedice te s obzirom na okolnosti pod kojima je radnja izvršena, odnosno propuštena (Pravilnik o disciplinskom postupku Hrvatske liječničke komore,¹⁵⁴ čl. 4.). Povreda čuvanja profesionalne, liječničke tajne, pa time i čuvanja tajnosti podataka iz medicinske dokumentacije, **teža je povreda obveze iz radnog odnosa** (arg. ZOZZ, čl. 122. st. 3.). Za tu se povredu mogu izreći sljedeće disciplinske mjere i kazne: ukor, javni ukor, novčana kazna, privremeno oduzimanje odobrenja za samostalan rad od mjesec dana do godine dana, trajno oduzimanje odobrenja za samostalan rad. Uz svaku navedenu mjeru i kaznu, osim uz mjeru trajnog oduzimanja odobrenja za samostalan rad, liječniku se može odrediti disciplinska mjera dodatne izobrazbe. Disciplinska mjera oduzimanja odobrenja za samostalan rad može se izreći uvjetno s rokom kušnje od 6 mjeseci do dvije godine. Iznos novčane kazne određen Statutom Komore, koji ne može biti niži od 1.000,00 kn niti veći od 5.000,00 kn, određuje Sud Komore u svakom pojedinom slučaju (arg. Pravilnik o disciplinskom postupku Hrvatske liječničke komore, čl. 55.).¹⁵⁵

2.5. Građanska odgovornost – Kako vođenje medicinske dokumentacije nije samo javnopravna, nego i **građanskopravna obveza**, ispunjenje ove dužnosti moralo bi biti osigurano i sankcijama iz domene građanskog prava, tužbom za ispunjenje i naknadu štete zbog neispunjenja.¹⁵⁶ Pacijent ima pravo na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje njegova zdravlja, sukladno propisima o čuvanju profesionalne tajne i zaštiti osobnih podataka (ZOZPP, čl. 25.), a u slučaju povrede toga njegovoga prava, pacijent ima pravo na naknadu štete sukladno općim propisima obveznog prava (ZOZPP, čl. 29.). Dakle, osobi čije je pravo osobnosti,¹⁵⁷ odnosno pravo na privatnost, povrijeđeno protupravnim odavanjem podataka iz medicinske dokumentacije, pripada pravo da protiv osobe koja je izvršila povredu stavlja i ostvaruje odgovarajuće građanskopravne

¹⁵⁴ Pravilnik je objavljen na oglasnoj ploči Komore 04. studenog 2003. godine, a stupio je na snagu 13. studenog 2003. godine. Tekst Pravilnika objavljen je i u "Liječničkim novinama, broj 29/04.

¹⁵⁵ Podrobnije o disciplinskoj/stegovnoj odgovornosti liječnika i radu Suda časti HLJK vidi kod RUMEK ČRNE, R. – ROKSANDIĆ, S., *Sud Hrvatske liječničke komore – pravni aspekti*, objavljen u Hrvatska liječnička komora 193-1995-2005., Zagreb, 2005., str. 237.-244.; BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 223.-226.

¹⁵⁶ Vidi RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 152.

¹⁵⁷ Detaljnije o tome kod RADOLOVIĆ, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol. 27., 2006., br. 1, str. 129.-170.

zahtjeve¹⁵⁸ i to zahtjev za prestanak povrede (kvazinegatorijski zahtjev), zahtjev za popravljjanje neimovinske (nematerijalne) štete nenovčanim i/ili novčanim zadovoljenjem, zahtjev za utvrđenje, kao i zahtjev zbog stjecanja bez osnove.¹⁵⁹ Odštetna odgovornost zdravstvenih djelatnika determinirana je veličinom rizika koji nosi ta profesija, jer je liječnička djelatnost, unatoč temeljnom humanom i plemenitom cilju da se pacijentu očuva ili popravi zdravstveno stanje, ponekad neizbježno povezana s rizikom gubitka života ili pogoršanja zdravlja.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Usp. GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000., str. 219.

¹⁵⁹ *Ibid.*, str. 241.

¹⁶⁰ Vidi KLARIĆ, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 388.; BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. V., 2005., br. 1, str. 90.

Summary

**THE RIGHT OF ACCESS TO DATA CONTAINED
IN THE MEDICAL DOCUMENTATION**

Medical documentation is a document containing information on course of patient illness and treatment, i.e. on patient health condition, working methods at the place of providing health protection and guidelines which are given to achieve patient's right to health protection. The described document is issued in medical facility and it is signed by the authorized health professional (in most cases by the physician).

After providing the explanation of the notion of medical documentation, the author in his article points at: purpose, content and types of medical documentation, duty to and modes of keeping the medical documentation, patient's right to have an insight into his / her medical documentation as well as third party's right of access to medical documentation, certain subordinate legislative acts governing medical documentation, content and duty to keep and safeguard it as well as consequences of breaching such duties. The final part of the article deals with responsibility for medical documentation keeping and protecting the privacy of data contained within.

Key words: *medical documentation, medical law.*

Riassunto

DIRITTO ALL'ACCESSO AI DATI NELLA DOCUMENTAZIONE MEDICA

La documentazione medica rappresenta un documento inerente al decorso della malattia del paziente e la cura, ovvero inerente alle condizioni di salute del paziente, inerente alle modalità di lavoro nel luogo dove viene prestata la cura medica, come pure inerente alle disposizioni date al fine di realizzare il diritto del paziente alla tutela sanitaria; tale documento viene elaborato nella struttura sanitaria ed è sottoscritto dall'operatore sanitario autorizzato (solitamente da un medico).

Nel lavoro l'autore, dopo avere spiegato la nozione di documentazione medica, pone in rilievo: lo scopo, il contenuto ed i tipi di documentazione medica; l'obbligo e le modalità di tenuta della documentazione medica; il diritto del paziente di prendere visione della propria documentazione medica, ma anche il diritto dei terzi soggetti ad accedere alla documentazione medica; alcuni regolamenti che regolano l'obbligo di tenuta della documentazione, il contenuto e la conservazione della documentazione medica, come pure le conseguenze della violazione di tali obblighi; infine, la responsabilità per la tenuta della documentazione medica e la salvaguardia della segretezza dei dati contenuti nella documentazione medica.

***Parole chiave:** documentazione medica, diritto sanitario.*

POVREDA OBVEZE OBJAVE PODATAKA NA TRŽIŠTU KAPITALA I SPOROVI ULAGATELJA (DIONIČARA) PROTIV UVRŠTENIH DRUŠTAVA

Dr. sc. Edita Čulinović Herc,
izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.72:347.72.031
Ur.: 7. siječnja 2009.
Pr.: 26. veljače 2009.
Izvorni znanstveni članak

Dionička društva, koja su uvrštena na burzu, objavljuju temeljem Zakona o tržištu kapitala o sebi brojne informacije. Te se informacije mogu grupirati u tri temeljne skupine. U prvoj skupini nalaze se objave prilikom izlaska na primarno tržište. Kada dioničko društvo ide u prvu javnu ponudu svojih vrijednosnih papira, informacije koje tada treba objaviti sadržane su u prospektu. U drugoj skupini, nalaze se periodične objave ili objave na sekundarnom tržištu. Do njih dolazi kada se izdavatelj, već uvrstio na burzu, odnosno koji je prošao već inicijalnu ponudu vrijednosnih papira, te u unaprijed utvrđenim vremenskim razmacima objavljuje financijska izvješća. U trećoj skupini nalaze se tzv. ad hoc objave budući da se one ne objavljuju u nekim unaprijed utvrđenim vremenskim razmacima, već onda kada nastanu. To je slučaj s cjenovno osjetljivim informacijama. Ako društvo objavi neistinitu ili nepotpunu informaciju ili je ne objavi pravovremeno ulagatelji mogu pretrpjeti štetu, a to, naravno, daje povoda sporu u kojem će ulagatelji zahtijevati od izdavatelja i/ili drugih odgovornih osoba naknadu štete. S obzirom na to da su takve povrede na inozemnim tržištima kapitala izazvale val kolektivnog parničenja, u radu se analizira o kojim se sporovima radi, tko ima aktivnu, a tko pasivnu legitimaciju te koji su sudovi nadležni za rješavanje takvih sporova. Svi se ovi elementi u radu ispituju na širokom komparativnom uzorku. Otvorena je rasprava o pitanju trebaju li u našem pravu novi procesnopravni instrumenti za rješavanje ovih sporova, gdje se na aktivnoj strani može pojaviti i nekoliko tisuća dioničara, s obzirom na izložena komparativna iskustva posebice njemačkog prava. Također se pledira da se svi ovi sporovi de lege ferenda stave u nadležnost trgovačkog suda s obzirom na to da sadašnja pravila vode podijeljenoj nadležnosti općinskog i trgovačkog suda ovisno o tomu tko se nalazi na aktivnoj, a tko na pasivnoj strani.

Ključne riječi: tržište kapitala, kolektivne tužbe, uvrštena dionička društva, prospekt, povlaštene informacije, odgovornost izdavatelja

1. Uvod

S donošenjem sada već opsoletnog Zakona o tržištu vrijednosnih papira (ZTVP) 2002.¹ godine otvorio se novi katalog pravozaštitnih zahtjeva dioničara, odnosno ulagatelja prema javnom dioničkom društvu. Radilo se o zahtjevima koje postavljaju dioničari, tj. ulagatelji ako dioničko društvo ne ispunjava obvezu objavljivanja informacija koje po zakonu mora objavljivati zbog toga što su njegovi vrijednosni papiri uvršteni na burzu. S donošenjem novog Zakona o tržištu kapitala² svi su ti instituti zaštite ulagatelja *vis-à-vis* izdavatelja preuzeti, doručeni, a pridodani su im još neki instituti. Kako obveza objavljivanja pojedinih podataka postoji samo u odnosu na uvrštena društva, tužbe ulagatelja zbog povrede dužnosti objave, zapravo su regulatorna dopuna onim pravozaštitnim zahtjevima koje dioničari postavljaju prema dioničkom društvu temeljem propisa sadržanih u Zakonu o trgovačkim društvima.³

Radi se, dakle o obvezi dioničkog društva da objavljuje određene podatke, koja se u komparativnom pravu naziva *mandatory disclosure*.⁴ Dio tih objava vezan je uz objavu podataka u prospektu, a dio njih se odnosi na objavljivanje podataka u financijskim izvješćima ili podataka koji se smatraju povlaštenim informacijama i sl. Ulagateljska javnost nije nakon donošenja ZTVP-a te objave percipirala kao instrumente zaštite svojih prava, a izdavatelji vrijednosnih papira su ih mehanički ispunjavali, s obzirom na to da je neispunjavanje tih obveza povlačilo za sobom mjere Komisije za vrijednosne papire kao nadzornog tijela, koja je podnosila prekršajne prijave protiv društava. U početku primjene ZTVP-a prevladavala je percepcija da se te obveze moraju izvršavati radi mogućih sankcija nadzornog tijela.

U međuvremenu je koncept javnih dioničkih društava napušten, jer se s donošenjem novog Zakona o tržištu kapitala obveza prisilnog uvrštenja ukida. Ta društva nisu više obveznici prisilne kotacije samom činjenicom da njihov kapital prelazi određeni iznos, a pritom imaju disperziranu dioničarsku strukturu, već samo ako nude dionice javnom ponudom, a na to ih nitko ne može prisiliti. S obzirom na to da je prilikom uvođenja tog koncepta bilo otpora, pa su dionička društva – obveznici uvrštenja, smanjivala temeljni kapital ili konsolidirala svoju dioničarsku strukturu ili se jednostavno preoblikovala u društva s ograničenom odgovornošću, bit će zanimljivo pratiti hoće li ukidanje obveze uvrštenja predviđeno novim zakonom dovesti do masovnog *delistinga* s burze.

¹ NN, br. 84/02., 138/06. a od 31.12.2008. izvan snage.

² Zakon o tržištu kapitala, NN, br. 88/08.

³ Zakon o trgovačkim društvima, NN br. 111/93., 34/99., 118/03., 107/07. Vidi rad Čulinović-Herc, Obveza dioničkog društva da objavljuje podatke i obavještava treće osobe, *Zbornik radova XLI susreta pravnika u gospodarstvu 2003*, str. 57-96.

⁴ Čulinović-Herc, *Objave i obavijesti javnog dioničkog društva prema Zakonu o tržištu vrijednosnih papira i Zakonu o preuzimanju dioničkih društava*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 40 (2003), 3-4, 289-319.

Bez obzira na to što se može očekivati smanjenje broja uvrštenih društava, novi alternativni oblici trgovanja (multilateralne trgovinske platforme) zadržat će određeni broj društava na tržištu kapitala, kada se bude vidjelo na koji način će ta nova tržišna infrastruktura zaživjeti. Naime, stvaranjem istog institucionalnog aparata u cijeloj ujedinjenoj Europi, zahvaljujući MiFID-u,⁵ doći će do još većeg prožimanja i povezivanja malih partikularnih tržišta, tim više što se načelo koncentracije (ponude i potražnje) na jednom mjestu trgovanja sve više relativizira.⁶

S obzirom na izmijenjenu sliku domaćeg tržišta kapitala, koje su obilježile dvije velike javne ponude vrijednosnih papira (INA i T-HT), prekogranično preuzimanje Plive s dvije konkurentske ponude, snažan rast, a nakon toga, srozavanje prinosa investicijskih fondova te utjecaj globalne krize na domaće tržište, ulagatelji postaju oprezniji i više se koriste svojim pravima. Po zakonu velikih brojki, na ukupan volumen trgovanja, ići će i pripadajući broj sporova, budući da se percepcija ulagatelja mijenja. Lavina koju su pokrenuli *Enron* i ostali financijsko-računovodstveni skandali, koji su početkom milenija prodrмали američko tržište kapitala, a ubrzo nakon toga i europsko (Parmalat), otvorila je eru kolektivnog parničenja, ne samo prema izdavateljima vrijednosnih papira nego i prema osobama koje su sudjelovale u evaluaciji vrijednosti njihove imovine (revizori, financijski analitičari, agencije za kreditni rejting i sl.). U Njemačkoj, nakon burzovnog pada *Neuer Markta* uslijedile su parnice u kojima su dioničari tražili zaštitu svojih prava, ali još uvijek u podnormiranom regulatornom okruženju jer osim relativno dobro razvijene sudske prakse o odgovornosti iz prospekta, čvršćeg supstancijalnog oslonca za tužbe zbog neistinitih podataka u financijskim izvješćima nije bilo.

Zakon o tržištu kapitala temeljito uređuje dužnost objavljivanja godišnjih, polugodišnjih i tromjesečnih financijskih izvješća, informacije o promjenama u postotku glasačkih prava, objave povlaštenih informacija, a isto tako i dužnost

⁵ Europski parlament i Vijeće su 21.04.2004. godine donijeli Direktivu 2004/39/EZ o tržištima financijskih instrumenata poznatu kao MiFID, kojom su izmijenjene i dopunjene Direktive Vijeća 85/611/EEZ i 93/6/EEZ i Direktiva 2000/12/EZ Europskog parlamenta. Hrvatska će s donošenjem Zakona o tržištu kapitala uskladiti svoje zakonodavstvo s pravnom stečevinom Europske unije. Iako je zakon za sada u postupku donošenja, očekuje se da bi trebao stupiti na snagu već početkom iduće godine čime će se definitivno promijeniti krajobraz hrvatskog tržišta kapitala. Naravno, dio njegovih odredbi primjenjivat će se tek s ulaskom RH u Europsku uniju. Više o MiFID-u vidi: Čulinović Herc, *Zaštita ulagatelja u ugovorima s brokerskim društvima-nova europska smjernica o tržištima financijskih instrumenata i hrvatsko pravo*, Zbornik radova Pravog fakulteta u Splitu, 41 (2004), 3-4., 261-294.

⁶ Kako su se na europskom tržištu kapitala pojavile nove institucije, nove alternativne platforme trgovanja, novi subjekti čiji je zadatak da djeluju, i na strani ponude, i na strani potražnje pa na taj način održavaju tržište i koji na tom tržištu djeluju u sasvim novim i specifičnim ulogama, tržište kapitala je u institucionalnom smislu otišlo toliko naprijed da se tek treba zapitati čemu služe neke od tih uloga i tko će ih od postojećih subjekata na tržištu kapitala preuzeti. Stoga ćemo kada Zakon bude ušao u primjenu biti svjedoci oživotvorenja tih institucija. Koja će dionička društva biti zainteresirana listati se na burzi u tako sofisticiranom tržišnom okruženju treba tek vidjeti.

objave prospekta. Kao nove, pojavljuju se obveze objavljivanja obavijesti o svakom novom izdanju dužničkih vrijednosnih papira, o namjeranim izmjenama statuta (obavijest HANFI i uređenom tržištu na kojem su njegovi vrijednosni papiri uvršteni), propisuju se detaljni načina i jezika objave te se uvodi nova institucija – službeni registar propisanih informacija.

S obzirom na postojanje velikog broja informacija i potrebu da društvo promptno o svim okolnostima obavještava javnost, ono može biti izloženo tužbama u kojima dioničari društva zahtijevaju naknadu štete zbog neistinitih ili nepotpunih podataka u prospektu (odgovornost iz prospekta), kao i nepotpunih ili netočnih financijskih izvješća, pri čemu se krug pasivno legitimiranih širi ponekad i na osobe izvan društva. Namjera ovog rada je na širokom komparativnom uzorku ispitati koji su to javni oblici povreda u svezi s objavljivanjem podataka koje društvo može učiniti i tko su odgovorne osobe, odnosno tko je ovlašten zahtijevati naknadu štete zbog povrede tih obveza te pod kojim uvjetima, odnosno tko je nadležan za rješavanje istih.

2. Pojavni oblici povreda dužnosti objave od strane uvrštenog dioničkog društva

Način na koji je strukturiran Zakon o tržištu kapitala, a po sistematici prije njega slijedi važeći Zakon o tržištu vrijednosnih papira, upućuje nas na zaključak da se povrede dužnosti objavljivanja propisanih informacija mogu grupirati u tri skupine.

Prva skupina objava mogla bi se nazvati “objave prilikom izlaska na primarno tržište”. Kada dioničko društvo ide u prvu javnu ponudu svojih vrijednosnih papira, informacije koje tada treba objaviti sadržane su u prospektu. Prospekt je instrument (javne) ponude vrijednosnih papira, tj. isprava koja sadrži niz podataka o izdavatelju vrijednosnih papira koji potencijalnim ulagateljima treba omogućiti da steknu cjelovitu, točnu i objektivnu informaciju o imovini i obvezama, gubitku ili dobitku, financijskom položaju i perspektivama izdavatelja, svrsi prikupljanja sredstava, čimbenicima rizika te o pravima koja daju vrijednosni papiri na koje se odnosi prospekt. Temeljem takve cjelovite informacije potencijalni ulagatelj može objektivno procijeniti izgled i rizike ulaganja te na temelju toga donijeti odluku o ulaganju svog kapitala u (dioničko) društvo. Stoga je prospekt poput osobne iskaznice izdavatelja vrijednosnih papira, odnosno dioničkog društva.

Druga skupina objava obuhvaća periodične objave ili objave na sekundarnom tržištu. Do njih dolazi kada se izdavatelj već uvrstio na burzu, odnosno koji je prošao već inicijalnu ponudu vrijednosnih papira. Najeklatantniji primjer tih objava su objave financijskih izvješća, koja se moraju objavljivati u točno određenim vremenskim razmacima.

Treća skupina objava odnosi se na dužnost izdavatelja da objavljuje povlaštene informacije koje se neposredno odnose na izdavatelja. To su također objave na sekundarnom tržištu. Od prethodnih se razlikuju što se one ne objavljuju u

nekim unaprijed utvrđenim vremenskim razmacima kao što je to propisano kod financijskih izvješća, već obveza njihove objave nastaje *ad hoc*, odmah po nastanku informacije koja je cjenovno osjetljiva.

2.1. Povreda objave informacija sadržanih u prospektu

2.1.1. Hrvatsko pravo

Odgovornost iz prospekta normirana je u čl. 359. ZTK. ZTK je u skladu s **Direktivom 2003/71/EC**⁷, koja obvezuje države članice da reguliraju odgovornost iz prospekta iako im prepušta način uređenja tog pitanja.⁸ Isto tako, obvezuje ih i na određivanje kruga odgovornih osoba za podatke iz prospekta, iako im i tu prepušta da same odrede koje su to sve osobe.⁹

Kao prvo, zakon precizira krug odgovornih osoba. To su **izdavatelj i članovi njegovih upravljačkih tijela**, točnije članovi uprave i nadzornog odbora u društvima koja imaju dualističku strukturu, odnosno članovi upravnog odbora kod društava koja imaju monistički sustav upravljanja. Kako se pri javnoj ponudi vrijednosnih papira u pravilu pojavljuju i druge osobe osim izdavatelja, zakonodavac propisuje i njihovu odgovornost za prospekt. To su osobe koje javnu ponudu plasiraju u javnosti, (tzv. **ponuditelj** iz čl. 343. t. 9. ZTK). Nadalje, to su razni financijski posrednici koji vode računa o svim radnjama koje su bitne pri javnoj ponudi. Kako se javna ponuda može pojaviti i pri uvrštenju na burzu, odnosno kako ona implicira uvrštenje na burzu ili uređeno tržište, odgovornost obuhvaća i **osobe koje za izdavatelja podnose zahtjev za uvrštenje**. Iduća kategorija osoba koja odgovara za ono što piše u prospektu su **jamci izdanja**, kako ih definira čl. 343. t. 16. ZTK. Sve te osobe odgovaraju za štetu koja ulagatelju bude prouzročena zbog nepotpunih i netočnih informacija u prospektu (čl. 359. st. 4. ZTK). Upravo iz tog razloga sve te osobe potpisuju izjavu o točnosti i potpunosti prospekta u kojoj izjavljuju da su prema njihovim saznanjima informacije sadržane u prospektu u skladu sa stvarnim činjenicama (istinitost) te da činjenice koje bi mogle utjecati na istinitost i potpunost prospekta nisu izostavljene (potpunost).

⁷ Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 345, 31.12.2003, str. 64. Sada izmijenjena novom direktivom: Directive 2008/11/EC, OJ L 19.03.2008.

⁸ Članak 6. (2) Direktive 2003/71/EC, nazvan *Odgovornost iz prospekta*, predviđa: "Država članica će osigurati da se nacionalni zakoni, uredbe i upravni propisi o građanskoj odgovornosti primjenjuju na one osobe odgovorne za davanje podataka iz prospekta."

⁹ Članak 6. (1) Direktive 2003/71/EC, nazvan *Odgovornost iz prospekta*, predviđa: "Država članica će osigurati da odgovornost za podatke iz prospekta imaju barem izdavatelj ili njegovo upravno ili nadzorno tijelo, ponuditelj, osoba koja traži pristup trgovanju na uređenom tržištu ili jamac. Odgovorna osoba mora biti jasno identificirana u prospektu po imenu i funkciji, ili u slučaju pravne osobe, po imenu i mjestu sjedišta, a oboje uz njihovu izjavu da su podaci iz prospekta, prema njihovim najboljim saznanjima, u skladu sa činjenicama".

U “drugom krugu” odgovornih osoba nalaze se osobe koje preuzmu odgovornost za točnost i potpunost informacija u prospektu ili dijelovima prospekta. To mogu biti stručnjaci raznih profila (revizori čije mišljenje ide uz financijska izvješća, odvjetnici u dijelu gdje se očituju o postojanju sporova i sl.). Te osobe preuzimaju odgovornost samo u dijelu prospekta na koje se odnosi njihovo očitovanje (čl. 359. st. 5. ZTK). Zakon sadrži i odredbu koja posebno uređuje pitanje odgovornosti za ono što je izneseno u **sažetku** prospekta (uključujući i njegov prijevod). Osobe koje su u tom sudjelovale odgovaraju samo za štetu nastalu zbog toga što sažetak dovodi u zabludu, ili je netočan, ili je nedosljedan kada ga se čita zajedno s ostalim dijelovima prospekta (čl. 359. st. 6. ZTK).

Iz naprijed navedenog slijedi da su na podnošenje tužbe iz čl. 359. ZTK aktivno legitimirane osobe koje su pretrpjele štetu – ulagatelji, odnosno najčešće dioničari¹⁰, dok su pasivno legitimirani, u prvom redu izdavatelj i članovi uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora, ali uz njih, prema izričitoj zakonskoj odredbi i širok krug drugih osoba, koji se pojavljuju pri javnoj ponudi vrijednosnih papira. Odgovornost nije solidarna.

2.1.2. Komparativno pravo

Dužnost objave informacija u posebnoj ispravi – prospektu kada se vrijednosni papiri nude javnosti ili kada se isti uvrštavaju na burzu je duboko ukorijenjeno načelo prava vrijednosnih papira diljem europskih zemalja.¹¹ Iako odgovornost iz prospekta nije sporna kao koncept, polje primjene i temelj odgovornosti jest.¹²

Njemački BGH razvio je doktrinu o odgovornosti iz prospekta kao reakciju na slom tržišta koji je nastao zbog poticanih ulaganja u nekretnine (motivirano jakim poreznim poticajima) koje se odvijalo javnom ponudom dionica onih društava u čijem su vlasništvu bile nekretnine. Zbog tadašnjih zlouporaba i prijevara, sudovi su razvili opću doktrinu o odgovornosti iz prospekta na način da su primijenili načela te odgovornosti u odnosu na one ulagatelje koji su kupili vrijednosne papire ili neke druge financijske instrumente izvan burze.¹³ Pri tom se nije mehanički primijenila analogija glede odgovornosti koja postoji kod burzovnog prospekta¹⁴, nego se razvila potpuno samostalna opća koncepcija o

¹⁰ Iako se pod pojmom ulagatelja najčešće misli na dioničara, moguće je da to bude i vjerovnik društva. Društvo se, naime može odlučiti da kapital prikupi javnom ponudom *obveznica*, jer ne želi da ulagatelji postanu članovi društva. U sličnoj situaciji će biti kupac opcije dionice, jer on opcijom tek stječe pravo da realizacijom, npr. kupovne opcije postane dioničar.

¹¹ *Merkt*, Unternehmenspublizität (2001), 140 i dalje; *Hopt*, Europäisches Kapitalmarktrecht— Rückblick und Ausblick, in *Grundmann* (Ed.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts (2000), str. 307. i dalje.

¹² Vidi *Hopt*, *ibid.*, str. 246., 257.

¹³ Vidi prve odluke BGH: BGHZ 71, 284; BGHZ 72, 382; BGHZ 79, 337, 340; BGHZ 77, 172.

¹⁴ Par. 45 Börsengesetz.

odgovornosti iz prospekta.¹⁵ Ona se temelji na koncepciji povjerenja, ali koja ne uzima samo u obzir konkretnog ulagatelja koji se pouzdao da je ono što piše u prospektu istinito i potpuno, već se radi o širem konceptu “tipičnog povjerenja ulagatelja” prema osobama izdavatelja i drugim odgovornim osobama, koje su procjenjene prema njihovom položaju i profesionalnom znanju¹⁶ (apstraktan kriterij). Ta odgovornost prelazi granice profesionalne odgovornosti i širi se i na promotore izdanja, agente izdanja te druge financijske posrednike. Banke su obuhvaćene ovim konceptom odgovornih osoba zbog toga što su tipično uključene u proces izrade i pripreme prospekta.

U Austriji je opće načelo o odgovornosti iz prospekta utemeljeno mimo zakonskih propisa.¹⁷ Austrijski vrhovni sud razvio je doktrinu o odgovornosti iz prospekta kao odvojenu kategoriju početkom 90-ih godina prošlog stoljeća.¹⁸ Nakon skandala koji su prouzročili velike štete investitorima, sud je prihvatio ideju o povjerenju koje ulagatelji polažu u informacije koje im plasiraju izdavatelji i drugi odgovorni sudionici tržišta. Tek odnedavno, sud smatra da je banka – agent izdanja, odgovorna za štetu ulagateljima zbog toga što je propustila provjeriti podatke iz prospekta te je njezinu odgovornost zasnovao temeljem *culpa in contrahendo*.¹⁹ Pravna doktrina je, pak, sve glasnija zahtjevom da se osmisli produbljena koncepcija odgovornosti iz prospekta koja bi se “smjestila” negdje između zone ugovora i delikta (kvazi kontraktualna odgovornost), a koja bi za polazište uzela tezu da za odgovornost nije nužan osobni kontakt ili izravni pravni odnos između izdavatelja vrijednosnih papira, odnosno drugih potencijalno odgovornih osoba i ulagatelja.²⁰ Osim toga u sudskoj praksi²¹ i dijelu doktrine²² pojavilo se i shvaćanje da se zaštita ulagateljima pruži primjenom propisa o tvrtki štednih banaka.²³ Tvrtka takve

¹⁵ Hopt, Kapitalmarktrecht (mit Prospekthaftung) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in 50 Jahre- BGH-Festschrift II (2001), str. 479., 523. i dalje. Vidi još: Eyles, Bürgerlichrechtliche Prospekthaftung, u: Vortmann (Ed.), Prospekthaftung und Anlageberatung (2000), § 2 Rn. 1 i dalje.

¹⁶ Vidi Siol u: Schimansky/Bunte/Lwowski (Eds.), Bankrechts-Handbuch I (2nd edn. 2001), § 45 Rn. 30; Ellenberger, Prospekthaftung im Wertpapierhandel (2001), str. 95. i dalje

¹⁷ Npr. § 11 Kapitalmarktgesetz ili § 80 Börsegesetz. Vidi Koziol, Die Konkurrenz zwischen allgemeinem Zivilrecht, KMG und BörseG bei der Prospekthaftung, Bankarchiv 1992, str. 886.

¹⁸ OGH od 12.07.1990, Recht der Wirtschaft (RdW) 1990, str. 443.; OGH od 26.02.1997, RdW 1997, str. 398.; OGH od 26.11.1996, Bankarchiv 1997, str. 546.

¹⁹ OGH od 9.03. 1999, Bankarchiv 1999, 733.

²⁰ Brawenz, Die Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht (1991), str. 160. i dalje.; Kalls, Bankarchiv 2000, str. 641., 647. i dalje; Welser, Prospektkontrolle und Prospekthaftung nach dem KMG, *ecolex* 1992, str. 301., 303. i dalje.

²¹ OGH, Bankarchiv 1998, str. 118.; OGH, Bankarchiv 2000, str. 444.

²² Vidi Frotz/Dellinger, Anlegerschutz durch bankwesenrechtlichen Bezeichnungsschutz? *ecolex* 1996, str. 365; Isto Stillfried, Zur Schutzgesetzzeigenschaft firmenrechtlicher Vorschriften, *Wirtschaftsrechtliche Blätter (WBl)* 1996, str. 257., 261. i dalje.

²³ See § 94 II BWG. Bankwesengesetz (BWG) Posebno o tvrtci štednih banaka: u st. 2.: “Die Bezeichnung “Sparkasse” oder eine Bezeichnung, in der das Wort “Sparkasse” enthalten ist, bleiben ausschließlich den Kreditinstituten, für die das Sparkassengesetz gilt, sowie der

banke izraz “štedna banka” mora obvezatno sadržavati u nazivu. Kako su štedne banke ovlaštene obavljati bankovne transakcije samo uz primjenu pravila o bankovnoj superviziji to ostavlja dojam da se radi o subjektu koji primjenjuje zdrave poslovne metode te ti subjekti uživaju osobito povjerenje klijenata.

Članak 752. *švicarskog* OR²⁴ sadrži odredbu koja predviđa odgovornost za netočne ili zavaravajuće izjave koje su učinjene prilikom izdavanja dionica. Tko god sudjeluje u izdanju dionica i zbog svoga nemarnog postupanja prouzroči financijsku štetu može biti odgovoran. Iako je Savezni vrhovni sud presudio da su lažne izjave u prospektu kazneno djelo²⁵ nije se oglasio jesu li počinitelji tog djela i građanskopravno odgovorni. Prema nekim autorima to uopće nije upitno, odnosno građanskopravna odgovornost postoji.²⁶ Međutim pravni temelj odgovornosti iz prospekta je sporan. Prevladava teza da se radi o deliktnoj odgovornosti.²⁷ Neki autori misle da se radi o ugovornoj odgovornosti ako je u pitanju izdavatelj, ili vodeća banka (leading bank)²⁸, ili da temelj odgovornosti postoji u načelu *culpa in contrahendo*²⁹, ili je riječ o doktrini pouzdanja (povjerenja).³⁰ Manji dio autora smatra da odgovornost iz prospekta izrasta kao rezultat povrede specijalnih propisa o dužnosti objelodanjivanja podataka koje diktira tržište (*kapitalmarktbezogene Informationspflichten*³¹).

Englesko pravo predviđa razne instrumente zaštite protiv zavaravajućih poziva na upis ili kupnju vrijednosnih papira. Ne postoji doktrina *culpa in contrahendo*, ali je prema *common lawu* predviđena *action in deceit* (zbog prijevare) i *action in negligence* (tužba zbog nemara). Potonja dolazi u obzir kada osoba odgovorna za poziv na kupnju vrijednosnog papira propusti primijeniti dužnu pozornost kako bi osigurala da poziv na kupnju sadrži istinite

Österreichischen Postsparkasse Aktiengesellschaft vorbehalten; Sparkassen, die ihr Unternehmen oder ihren bankgeschäftlichen Teilbetrieb gemäß § 92 in eine Aktiengesellschaft eingebracht haben, dürfen die Bezeichnung “Sparkasse” nur in Verbindung mit einem auf die Ausgliederung des Bankgeschäfts hinweisenden Zusatz führen. Sparkassen dürfen die Bezeichnung “Sparkasse” auch mit einem Zusatz führen, der auf die Art der Sparkasse, ihren Haftungsträger, ihren Sitz oder ihr Geschäftsgebiet sowie allenfalls auf den Zeitpunkt oder die besonderen Umstände ihrer Gründung hinweist.”

²⁴ Art. 752. Švicarskog zakona o obligacijama **Haftung Für den Emissionsprospekt**: “Sind bei der Gründung einer Gesellschaft oder bei der Ausgabe von Aktien, Obligationen oder anderen Titeln in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet worden, so haftet jeder, der absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, den Erwerbem der Titel für den dadurch verursachten Schaden”.

²⁵ BGE 120 IV, str. 128. i dalje.

²⁶ *Däniker*, Swiss Securites Regulation (1998), str. 73., 76.

²⁷ *Roberto/Wegmann*, Prospekthaftung in der Schweiz, SZW/RSDA 2001.

²⁸ *Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit (1999), no. 18.

²⁹ *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht (1997), § 10 no. 133.

³⁰ *Wiegand*, Ad hoc Publizität und Schadenersatz, in Festgabe für Jean-Paul Chapuis (1998), str. 143., 162.

³¹ *Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit (1999), no. 19; *Watter*, u: *Honsell* (Ed.) Obligationenrecht II. Art. 530—1186 OR (1994), Art. 752. no. 2.

i potpune informacije.³² U predmetu *Weir v Barnett*,³³ osim odgovornosti izdava-
telja ili direktora, banka posrednik koja djeluje za svoj račun u svezi s ponudom
za upis / kupnju odgovorna je za prijevaru u svakom slučaju. Mora se dokazati
da je lažna izjava bila upućena investitorima kako bi ih potakla na kupnju
dionice. Ako prospekt nije bio izdat kako bi se potakli investitori na kupnju
dionice jer se one, već ionako nalaze na tržištu, ulagatelji u takve dionice nisu
ovlašteni zahtijevati naknadu štete.³⁴ Jedino ako je izdat neistinit prospekt koji
je dio neke veće prijevarne sheme (kreiranje lažnog tržišta dionica i poticanje
investitora kupiti ih od onih koji ih već drže), tada ulagatelj može tužiti
odgovorne osobe za naknadu štete.³⁵ Ranije se podrazumijevalo da tužbu za
naknadu štete prema *common lawu* može podnijeti kupac dionica samo ako
dokaže prijevarnu namjeru (odnosno namjeru ili krajnju nepažnju (*intention or
recklessness*) osoba koje su ga potakle na upis dionica.³⁶ Kasnije se odgovornost
utvrđivala ako je postojao, tzv. poseban odnos (*special relationship*) između
osobe koja je zatražila ili primila informaciju (ili savjet) i osobe koja ga je dala
(pod uvjetom da je potonja shvatila ili je morala shvatiti da će ono što je rekla
biti osloncem za donošenje poslovne odluke). U tom slučaju osoba koja daje
informaciju mora primijeniti dužnu pozornost da se radi o informaciji koja je
potpuna i istinita.³⁷ Doktrina posebnog odnosa primjenjivala se i dužna
pozornost se uzimala u obzir ako se osoba koja daje informaciju bavi djelatnošću
ili profesijom koje uključuju davanje informacija (posebni *know how*)³⁸ ili kada
osoba koja daje informaciju ima financijski interes u pogledu onoga o čemu daje
informaciju.³⁹ Postoji shvaćanje da se obveza primjene dužne pozornosti ne
može imputirati osobama koje pozivaju široku ulagateljsku javnost na upis
vrijednosnih papira temeljem poziva sadržanog u prospektu, zbog toga jer je
bilo koja takva obveza koja je zasnovana na *common lawu* pojačana zakonskom
odgovornošću za neistinite izjave uzrokovane nemarnim ponašanjem (*negligent
misstatements*). U svakom slučaju, takva obveza primjene dužne pozornosti
može nastati ako se vrijednosni papiri nude na upis nekim pozivom koji se
razlikuje od prospekta⁴⁰ ili u eksplicitnom pozivu od strane postojećeg dioničara
društva.⁴¹ Osim *common law* pravnih sredstava, ulagateljima stoje na raspolo-
ganju i brojne tužbe utemeljene na propisima *Financial Services Market Acta*

³² *Pennington*, *Company Law* (8th ed. 2001), 311.

³³ *Weir v Barnett* (1877) 3 Exchequer Division (ExD) 32.

³⁴ *Peek v Verney* (1873) *Law Reports (LR)* 6 House of Lords (HL) 377; *Al Nakib Investments (Jersey) Ltd. v Longcroft* [1991] *British Company Law Cases (BCLC)* 7; [1990] *British Company Law Cases (BCC)* 517.

³⁵ *Andrews v Mockford* [1896] 1 QB 372.

³⁶ *Derry v Peek* (1889) 14 AC 337.

³⁷ *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932 at 995.

³⁸ *Arenson v Casson Beckman Rutley & Co* [1977] AC 405 [1977] 3 *All England Reports (All ER)* 901.

³⁹ [1971] AC 793; [1971] 1 *All ER* 150.

⁴⁰ *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932.

⁴¹ *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932 at 995.

2000 (*chapter 8*) i propisa koji regulira javnu ponudu vrijednosnih papira.⁴² Temeljna razlika koja postoji između tih pravnozaštitnih opcija sastoji se u tome da teret dokaza o propuštanju dužne pozornosti (*negligence*) prema *common lawu* pada na tužitelja, dok je kod tužbi utemeljenih na propisima teret dokaza na tuženiku (dokaz o protivnom).⁴³

Prema *francuskom* pravu ne postoje posebni propisi o odgovornosti iz prospekta, stoga se primjenjuje propis o općoj deliktnoj odgovornosti iz čl. 1382 CC.⁴⁴ Ipak građanskopravna odgovornost ima manje značenje te su značajnije odredbe prekršajnog i kaznenog prava, jer se pravo na naknadu štete može ostvarivati i u kaznenom postupku, iako je broj tih predmeta zanemariv.

U *Italiji* je prihvaćena deliktna građanskopravna odgovornost zbog netočnog ili neistinitog prospekta. Pravna osnova je talijanski *Codice Civile*, čl. 2043., koji predviđa da je osoba koja drugome prouzroči protupravnu štetu svojim prijevarnim ponašanjem, namjerom ili nemarom, dužna oštećenom nadoknaditi štetu (*tzv. culpa aquiliana*). Talijanski autori smatraju da objava netočnih ili neistinitih informacija u prospektu predstavlja opisano protupravno djelovanje.⁴⁵ Takvo djelovanje za posljedicu ima nastanak štete onom ulagatelju koji je uložio u financijski instrument na temelju neistinitih podataka iz prospekta.⁴⁶ U krug odgovornih osoba ulaze izdavatelj, banka, revizor te *Consob*.⁴⁷ Specifična je odgovornost *Consoba*, posebno utvrđena u odluci Vrhovnog kasacijskog suda Italije⁴⁸, prema kojoj se *Consob* može smatrati odgovornim zbog propusta u provjeri istinitosti podataka objavljenih u prospektu. Odgovorne osobe dužne su nadoknaditi ulagateljima onu štetu prouzročenu objavom netočnog ili neistinitog prospekta.

2.1.3. Odgovornost iz prospekta u sudskoj praksi Europskog suda

U kojoj mjeri se aspekti pitanja odgovornosti iz prospekta mogu zakomplicirati vidljivo je iz predmeta *Dioniki AE*⁴⁹. Kroz taj predmet možemo pratiti kako

⁴² Public Offer of Securities Regulations 1995.

⁴³ *Pennington*, op. cit. u bilj. 32., str. 330.

⁴⁴ Cour de Cassation, cass crim., 15.3.1993 [1993] *Revue de sociétés*, 847, 853, 856: *Fleischer/Jaengi*, Verantwortlichkeit für falsche Kapitalmarktinformationen in Frankreich—das droit des marchés financiers, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2002, 729, 735; *Frohne*, Prospektpflicht und Prospekthaftung in Deutschland, Frankreich und den USA—eine rechtsvergleichende Studie (1974), 159 i dalje.

⁴⁵ *Ferarini*, La responsabilita da prospetto, *Informazione societaria e tutela degli investitori*, 1986., str. 298 i dalje.

⁴⁶ *Monateri*, *La responsabilita civile*, in R. Sacco (Ed.), *Trattato di diritto civile*, Turin, Utet, 1998., str. 575. i dalje.

⁴⁷ Talijansko tijelo koje nadzire tržište kapitala.

⁴⁸ Milanski apelacijski sud, odluka od 21 October 2003, vidi prikaz u: *Le societa*, 2004., str. 52.

⁴⁹ *Dioniki Anonimi Etairia Emporias Logismikou & Parokhis Ipersion Mikhanografisis v. Epitropi Eefalaiagoras* – ECJ (case c-430/05) – (2007) 3 C.M.L.R. 35, *Common Market Law Reports* (2007), issue 1670, p. 921-942.

praksa nacionalnih i europskih sudova rješava sljedeća pitanja: *opseg kruga odgovornih osoba iz prospekta, izricanje upravnih ili kaznenih sankcija za povredu obveza iz prospekta te odnos odgovornosti iz prospekta i odgovornosti iz sažetka godišnjeg financijskog izvještaja.*

Prije svega, potrebno je uputiti na činjenice *Dioniki* predmeta. Naime, *Dioniki AE* imao je dionice uvrštene na usporednom tržištu atenske burze, a namjeravao je povećati svoj kapital. U prosincu 2000. godine podnio je zahtjev za odobrenje povećanja kapitala upravi burze kojem je priložio prospekt, izrađen u tu svrhu. Uz informacije koje su se odnosile na tekuću financijsku godinu, u prospektu su kao odgovorne osobe za istinitost i potpunost prospekta označene *predsjednik uprave* i *managing director* tog društva. Dana 8. veljače 2001. uprava atenske burze odobrila je prospekt i odluku o povećanju temeljnog kapitala (novu emisiju vrijednosnih papira). Međutim, Odjel za nadzor i reviziju grčke komisije za nadzor tržišta kapitala je naknadno utvrdio nesuglasnost podataka iznesenih u *prospektu* iz prosinca 2000. godine i informacija u *sažetku* godišnjeg financijskog izvještaja koje je *Dioniki AE* objavio 28.02.2001. Posljedično, grčko je tijelo odlukom od 27. lipnja 2002. godine izreklo *kaznu* zbog povrede propisa ne samo dioničkom društvu, već i svakom članu uprave, iako nisu bili izričito imenovani u prospektu. *Dioniki* je pokrenuo spor protiv te odluke pred grčkim upravnim sudom (*Simvoulia tis Epikratias*), a grčki sud je zastao s postupkom te pokrenuo pred Europskim sudom postupak za odlučivanje o prethodnom pitanju.

Prethodno pitanje upućeno Europskom sudu odnosilo se na pitanje može li nacionalno zakonodavstvo u slučaju objave netočnih ili zavaravajućih podataka u prospektu odrediti upravne sankcije ne samo osobama koje su u njemu izričito spomenute kao odgovorne, već i širem krugu osoba kao što su izdavatelj vrijednosnih papira i oni članovi uprave društva koji nisu izričito spomenuti u prospektu. Točnije, radilo se o interpretaciji čl. 21.⁵⁰ Direktive 2001/34/EC (Direktiva o prospektu).⁵¹

Odgovor na pitanje koji je krug odgovornih osoba iz prospekta, Europski sud je dao analizirajući Direktivu 2001/34/EC, a posebice čl. 21. Kao prvo, Europski sud je ustanovio da iz preambule Direktive 2001/34/EC jasno proizlazi da je njena svrha osigurati ulagateljima odgovarajuće podatke o prenosivim vrijednosnim papirima te ispravno funkcioniranje tržišta, ali bez provođenja potpune harmonizacije nacionalnih propisa u tom polju. Drugim riječima, države članice su ovlaštene postaviti dodatne ili strože uvjete za uvrštenje

⁵⁰ “(1) The listing particulars shall contain the information which, according to the particular nature of the issuer and of the securities for the admission of which application is being made, is necessary to enable investors and their investment advisers to make an informed assessment of the assets and liabilities, financial position, profits and losses, and prospects of the issuer and of the rights attaching to such securities.”

⁵¹ Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities, OJ 2001 L 184, str. 1.

vrijednosnih papira na burzu. Nadalje, Europski sud je utvrdio da čl. 21. dosljedno slijedi opisane ciljeve iz preambule Direktive 2001/34/EC. Naime, popis osoba koje se kao odgovorne navode u čl. 21., zajedno s Prilozima A i B Aneksom 1, ne može se smatrati taksativnom listom, stoga bez obzira na ekonomske i organizacijske okolnosti izdavanja dionica, odgovornost za točnost podataka u prospektu nije samo na fizičkim i pravnim osobama koje se u njima spominju. Iz tih je razloga Europski sud donio presudu da čl. 21. Direktive 2001/34/EC ne isključuje ovlast nacionalnog zakonodavca da odredi odgovornost i onih osoba koje nisu izričito spomenute u prospektu, pod uvjetom da su ti propisi u skladu s ciljevima Direktive 2001/34.

U svojoj presudi, Europski sud je dotakao i pitanje izricanja upravnih ili kaznenih sankcija za povredu obveza iz prospekta. Naime, grčko nadzorno tijelo u svojoj je odluci 27. lipnja 2002. izreklo kaznu dioničkom društvu Dioniki u iznosu od 90 000 EUR, te svakom članu uprave kaznu u iznosu od 60 000 EUR zbog povrede propisa.⁵² Postavilo se pitanje ovlasti izricanja kazni i visine istih. Naime, Direktiva 2001/34 ne predviđa izričito sustav sankcija za osobe koje su odgovorne za istinitost i točnost prospekta. S obzirom na to da nema harmonizacije zakonodavstva Zajednice na polju sankcija za odgovornost iz prospekta, Europski sud je utvrdio da države članice mogu same izabrati sankcije koje smatraju prikladnima. No, tu ovlast moraju koristiti u skladu s načelima prava Zajednice i načelom razmjernosti te na način da sankcija ne predstavlja povredu sloboda sadržanih u EC Treatyu.⁵³ Nakon što države članice utvrde sankcije koje smatraju prikladnima, samo je nacionalni sud ovlašten odrediti, u okvirima nacionalnog prava, visinu sankcija u konkretnom slučaju. Doduše, treba spomenuti da Direktiva 2003/71⁵⁴ u čl. 25. predviđa obvezu države članice određivati upravne sankcije izdavateljima i drugim osobama koje su odgovorne za istinitost i potpunost prospekta. Međutim, sud je smatrao da se ta odredba ne primjenjuje na predmet Dioniki jer je Direktiva 2003/71 donijeta nakon što je proveden postupak pred grčkim upravnim sudom.

Nadalje, iako se o pitanju odnosa sadržaja prospekta i sadržaja sažetka godišnjeg financijskog izvještaja nije raspravljalo pred Europskim sudom u ovom predmetu, to pitanje je prepoznato i regulirano pravom EZ-a. A kako je to pitanje kao ključno bilo postavljeno pred grčkim nacionalnim tijelom u rješavanju Dioniki slučaja, neizostavna je njegova analiza.

U Dioniki predmetu, nakon što je Odjel za nadzor i reviziju grčke komisije za nadzor tržišta kapitala provjeravao navode i predviđanja iznesene u prospektu,

⁵² Povreda članka 24 Presidential Decree No 348/1985 i članka 72(2) Law No 1969/1991.

⁵³ Case 68/88 Commission v Greece [1989] ECR 2965, par. 23, Case C-210/91 Commission v Greece [1992] ECR I-6735, par. 19, Case C-36/94 Siesse [1995] ECR I-3573, par. 2 i Case C-210/91 Commission v Greece, par. 20.

⁵⁴ 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.

došao je do zaključka da predviđanja o računu dobiti i gubitka za financijsku godinu 2000. iz prospekta značajno odstupaju od računa dobiti i gubitaka koji je iskazan u sažetku godišnjih financijskih izvješća, a koji je objavljen 28. veljače 2001. Posebice je našao da postoji velika razlika u iskazanoj stavci dobiti prije oporezivanja (oko 40%).⁵⁵ Također je navedeno da su dioničko društvo i njegovi članovi uprave, već znali da procjene o dobitku i gubicima iskazane u prospektu značajno odstupaju od stvarnih podataka. Stoga je grčko nadzorno tijelo utvrdilo povredu odgovornosti iz prospekta te odredilo kaznu, kao što je opisano.

Odgovornost iz sažetka prospekta u zakonodavstvu EZ-a regulirana je člankom 6. (2) *Direktive 2003/71/EC*, koji predviđa da će država članica osigurati da se odgovornost osoba ne može primjenjivati na te osobe samo na temelju informacija sadržanih u sažetku prospekta uključujući prijevod istog, *osim ako je sažetak zavaravajući, netočan ili proturječan ostalim dijelovima prospekta*. Dakle, postoji odgovornost za netočne ili zavaravajuće informacije u sažetku. U skladu s razvojem europskog prava, i u hrvatskom je prihvaćeno isto rješenje.⁵⁶ Međutim, u ovom predmetu ovaj se propis ne primjenjuje jer se nije radilo o objavi podataka u *sažetku prospekta*, već u *sažetku godišnjih financijskih izvješća* što je različito. Naime čl. 100. *Direktive 2001/34* jasno predviđa da svaki *bitno novi čimbenik* koji može utjecati na procjenu vrijednosnih papira, a koji se pojavi između prihvata prospekta i početka burzovnog poslovanja, mora biti pokriven *odatkom prospekta*. Obilježja dodatka su da mora biti ispitan i na isti način objavljen, kao i inicijalni prospekt. Stoga i objava tih podataka kroz sažetak financijskih izvješća a ne dodatak prospekta, predstavlja povredu obveze objave, ali to je pitanje bilo izvan pravosudnog mandata europskog suda.

2.2. Povreda objave informacija koje se objavljuju periodično ili bez odgode (ad hoc disclosure)

Informacije koje se objavljuju u prospektu predstavljaju objave na tzv. primarnom tržištu. To je ono tržište na kojem se vrijednosni papiri po prvi put nude javnosti na upis. Međutim, tržište kapitala poznaje i objave na tzv. sekundarnom tržištu, gdje sudionici tržišta trguju dionicama koje su već ranije izdate. Temeljna uloga sekundarnog tržišta je pružiti mogućnost investitorima koji žele raspolagati svojim kapitalom, da prodaju ono u što su investirali.⁵⁷ Neophodna pretpostavka uspješnog funkcioniranja i likvidnosti sekundarnog tržišta (burzi i drugih uređenih tržišta) sastoji se u istinitom formiranju cijena vrijednosnih papira. Na formiranje cijene utječu različite informacije: o financijskim pokazateljima iz godišnjih ili kvartalnih financijskih izvješća, informacije o pregovorima o preuzimanju, spajanju ili pripajanju, dobivanju koncesija, stjecanju (ili prestanku)

⁵⁵ C-430/05, par. 31.

⁵⁶ Čl. 359. st. 6. ZTK-a.

⁵⁷ *Hopt/Voigt u: Hopt/Voigt, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung*, Mohr Siebeck 2005, Tübingen, str. 9.-107.; vidi još *Merkt u: Grundmann/Kerber/Weatherill, Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, str. 230. i dalje.

prava industrijskog vlasništva i sl. Stoga, dužnost objavljivanja informacija bilo da se radi o objavljivanju povlaštenih informacija ili o objavljivanju financijskih izvješća ima za cilj izjednačiti startne pozicije investitora, odnosno ukloniti asimetrije u poznavanju informacija.⁵⁸

Asimetrična informiranost nastaje zbog toga što veliki investitori imaju vlastite odjele koji dnevno proučavaju kretanja cijena na tržištima, prate i obrađuju velike količine informacija o izdavateljima koje se objavljuju u dnevnom tisku i temeljem tih saznanja i analiza donose odluke o investiranju u vrijednosne papire ili za tu namjenu angažiraju konzultantske kuće koje onda preuzimaju te zadatke. Mali ulagatelji, pa i manje brokerske kuće, nemaju tu mogućnost, oni se moraju osloniti na one informacije koje izdavatelji prema propisima moraju objavljivati. Dok su u nekim državama te informacije raspršene u različitim medijima: internet stranicama burze, dnevnom tisku, u drugima se one moraju objavljivati između ostalog i u tzv. službenom registru informacija (npr. EDGAR baza u SAD-u). Objavama na sekundarnom tržištu izdavatelj vrijednosnih papira ne utječe na isti način na ulagatelje kao kod objava sadržanih u prospektu. Što je duže neka cjenovno osjetljiva informacija poznata samo uskom krugu osoba, kao što su članovi uprave, nadzornog odbora izdavatelja ili drugih *insidera*, to je veća vjerojatnost da će se tom informacijom koristiti na način da se za sebe ili drugoga pribavi korist, odnosno ako se radi o lošoj vijesti da se od sebe ili drugoga otkloni šteta. Stoga su tzv. "objave bez odgode" i najbolji način borbe protiv *insider tradinga*.⁵⁹

2.2.1. Hrvatsko pravo

Prije svega, ZTK definira temeljne pojmove ključne za ovu cjelinu. Kao prvi osnovni pojam, ZTK određuje **izdavatelje vrijednosnih papira** kao pravne subjekte, uključujući i državu, čiji su vrijednosni papiri uvršteni na uređeno tržište kojim upravlja burza. Pojam **vrijednosnih papira** određuje se kao sve vrste prenosivih vrijednosnih papira prema čl. 3. st. 1. ZTK-a. Za **propisane informacije** ZTK predviđa da su to one informacije koje je izdavatelj obavezan objavljivati javnosti sukladno odredbama ZTK-a. Te informacije se odnose na izradu i objavu godišnjih, polugodišnjih i tromjesečnih financijskih i poslovnih izvješća, objavu izjave posloводства, obveze fizičkih osoba ili pravnih subjekata o davanju informacija o promjenama u postotku glasačkih prava, obveze izdavatelja u svezi s promjenama u glasačkim pravima, objava povlaštenih informacija, način objavljivanja tih informacija te odgovornost za objavljivanje u javnosti.

Tako je u čl. 403. st. 1. ZTK propisano da je **godišnje izvješće** izdavatelj vrijednosnih papira obavezan izraditi, objaviti ga javnosti najkasnije u roku od četiri mjeseca od zadnjeg dana poslovne godine te osigurati da isti bude

⁵⁸ Hopt/Voigt, *op. cit.*, str. 108.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 251.

dostupan javnosti najmanje pet godina od dana objavljivanja. Sadržaj godišnjeg izvješća određen je čl. 403. st. 2. ZTK-a, prema kojem on mora sadržavati revidirane godišnje financijske izvještaje, i izvještaj posloводства. Uz to, mora sadržavati i izjavu osoba odgovornih za sastavljanje godišnjeg izvješća izdavatelja, navodeći njihova imena, prezimena, radno mjesto i dužnosti u izdavatelju da je godišnje financijsko izvješće sastavljeno uz primjenu odgovarajućih standarda financijskog izvješćivanja te da daje cjelovit i istinit prikaz imovine i obveza, gubitaka i dobitaka, financijskog položaja i poslovanja izdavatelja i društava uključenih u konsolidaciju kao cjelinu. Pod istim uvjetima, izdavatelj je dužan objaviti i revizorsko izvješće.

Za **polugodišnja izvješća**, čl. 407. st. 1. ZTK propisuje da ih je izdavatelj dionica i dužničkih vrijednosnih papira obvezan izraditi i objaviti javnosti za prvih šest mjeseci poslovne godine, što je prije moguće, a najkasnije u roku od dva mjeseca od proteka polugodišta te osigurati da bude dostupan javnosti najmanje pet godina od dana objavljivanja. Sadržaj polugodišnjeg izvješća određen je čl. 407. st. 2. ZTK-a, prema kojem on mora sadržavati skraćeni set polugodišnjih financijskih izvješća te međuizvješća posloводства. Uz to, mora sadržavati i izjavu osoba odgovornih za sastavljanje polugodišnjeg izvješća izdavatelja, koja je ista kao i za izradu godišnjih izvješća. Također, izdavatelj je dužan objaviti i revizorsko izvješće ukoliko je izrađeno.

Nadalje, za **tromjesečna izvješća**, u čl. 410. st. 1. ZTK propisano je da je njihovu izradu i objavu javnosti dužan izvršiti izdavatelj dionica koji ima sjedište u Republici Hrvatskoj, što je prije moguće, a najkasnije u roku od trideset dana od dana proteka tromjesečja te osigurati da bude dostupan javnosti najmanje pet godina od dana objavljivanja. Zahtjevi za sadržaj tromjesečnog izvješća isti su kao i za sadržaj polugodišnjeg izvješća.

ZTK posebno uređuje, tzv. **izjavu posloводства** u čl. 411. ZTK-a kojom određuje da je izdavatelj dionica koji ima sjedište izvan Republike Hrvatske, obvezan tijekom prvih šest mjeseci poslovne godine i tijekom drugih šest mjeseci poslovne godine, objaviti javnosti izjavu svog posloводства. Takva izjava mora sadržavati obrazloženje značajnih događaja i transakcija i njihov utjecaj na financijski položaj izdavatelja i njegovih kontroliranih društava te općenit prikaz financijskog položaja i poslovanja izdavatelja i njegovih kontroliranih društava u odnosnom šestomjesečnom razdoblju.

Pored obveza izdavatelja vrijednosnih papira, ZTK regulira i obveze fizičkih osoba ili pravnih subjekata o **davanju informacija o promjenama u postotku glasačkih prava**. Točnije, čl. 413. ZTK-a određuje da fizička osoba ili pravni subjekt koji neposredno ili posredno dosegne, prijeđe ili padne ispod praga od 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% i 75% glasačkih prava u izdavatelju dionica obvezan je o takvom doseganju, prelasku ili padu ispod praga dostaviti obavijest izdavatelju i Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga (HANFA). Postotak glasačkih prava koji pripada fizičkoj osobi ili pravnom subjektu u izdavatelju izračunava se u odnosu na sve dionice izdavatelja istog roda s pravom glasa, a prema posljednjim podacima objavljenim javnosti. Rok

za davanje informacija je najkasnije *četiri trgovinska dana* od dana saznanja za stjecanje, otpuštanje ili mogućnost ostvarivanja glasačkih prava ili saznanja za posljednje podatke objavljene javnosti. Trgovinskim danima se smatraju dani trgovanja uređenog tržišta kojim upravlja burza, a na koje su uvršteni vrijednosni papiri izdavatelja.

Usporedno s obvezom fizičkih ili pravnih subjekata, ZTK regulira i **obveze izdavatelja u svezi s promjenama u glasačkim pravima**. Tako čl. 428. ZTK propisuje da je izdavatelj dionica koji zaprimi obavijest o promjenama u postotku glasačkih prava, obavezan te podatke objaviti javnosti bez odgode, a najkasnije u roku od tri trgovinska dana od dana zaprimanja. Ta se obveza odnosi i na promjene u vlastitim dionicama izdavatelja, svaku promjenu u pravima iz izdanih dionica, na objavu javnosti o svakom novom izdanju dužničkih vrijednosnih papira, na objavu prijedloga izmjene svog statuta ili osnivačkog ugovora.

Analizom ovih propisa vidljivo je da su u ovim sporovima aktivno legitimirani ulagatelji (najčešće dioničari), a pasivno legitimirane osobe iz čl. 442. ZTK, tj. izdavatelj, članovi upravljačkih i/ili nadzornih tijela izdavatelja, kao i osobe koje su u izdavatelju zadužene za ispunjenje pojedinih obveza izdavatelja. Njihova odgovornost je **solidarna po samom zakonu**. Uočavamo da se u odnosu na prvu grupu objava (prospekt), u ovom dijelu kao odgovorne pojavljuju samo osobe iz društva ili samo društvo, dok odgovornost "osoba izvana" ne postoji. Za sve osobe koje su (solidarno) odgovorne predviđena je **mogućnost ekskulpacije** ako dokažu da su prilikom ispunjenja tih obveza postupale s pažnjom dobrog stručnjaka. S obzirom na to da ZTK ne predviđa mogućnost ekskulpacije kod prospekta, otvara se pitanje je li odgovornost iz prospekta stroža, odnosno postoji li bez obzira na krivnju.

Posebnu cjelinu čini pitanje, tzv. **povlaštenih informacija** koje je vezano uz zlouporabu tržišta vrijednosnih papira. Prije svega, čl. 455. ZTK-a definira da se povlaštenom informacijom smatra informacija precizne naravi koja nije bila javno dostupna i koja se posredno ili neposredno odnosi na jednog ili više izdavatelja financijskih instrumenata, a koja bi, kada bi bila javno dostupna, vjerojatno imala *značajan utjecaj* na cijene tih financijskih instrumenata.⁶⁰ Značajan utjecaj postoji ako bi razumni ulagatelj vjerojatno uzeo u obzir takvu informaciju pri donošenju svojih investicijskih odluka. Glavni instrument sprječavanja zlouporabe je obveza izdavatelja da **bez odgode objavi povlaštene informacije** koje se neposredno odnose na njega. Pri objavi, izdavatelj je obavezan osigurati da je informacija potpuna, istinita i sadržajno točna. Uz opće norme o načinu objavljivanja, ZTK predviđa da je izdavatelj obavezan objavljivati povlaštene informacije i na svojim internetskim stranicama. Isti način objave vrijedi i za svaku naknadnu promjenu u pogledu već objavljenih informacija.

⁶⁰ Takva bi bila, primjerice informacija da je neko društvo dobilo koncesiju od države (to bi utjecalo na porast cijene vrijednosnih papira na burzi) ili da je istekla patentna zaštita njegovih izuma, ili je došlo do raskida nekog važnog ugovora (to bi utjecalo na pad cijene vrijednosnog papira).

U odnosu na ranije uređenje, izdavatelju pogoduje što prema čl. 461. ZTK može na vlastitu odgovornost odgoditi javno objavljivanje povlaštene informacije kako ne bi narušio svoje opravdane interese, pod uvjetom da ta odgoda ne bi dovela javnost u zabludu i da izdavatelj može osigurati povjerljivost te informacije. Prema čl. 107. ZTVP-a postojala je mogućnost da se odgodi objava informacija, ali uz dozvolu Agencije. Takva mogućnost ne postoji za ostale periodične objave. Ne uspije li izdavatelj očuvati povjerljivost informacije u slučaju da odgodi objavu iste, obvezan je tu informaciju u potpunosti i učinkovito objaviti javnosti i to istovremeno u slučaju namjernog otkrivanja ili bez odgode u slučaju nenamjernog otkrivanja. Samo u slučaju ako je osoba koja je primila informaciju vezana obvezom povjerljivosti, bez obzira na to temelji li se ta obveza na propisu, statutu ili ugovoru, tada je izdavatelj ne mora objaviti.

U pogledu odgovornosti glede objave povlaštenih informacija, analogno se primjenjuju pravila koja vrijede za ostale objave, tj. propis čl. 442. ZTK. To znači da su u takvom sporu aktivno legitimirani ulagatelji (najčešće dioničari) kojima je nanesena šteta, a pasivno izdavatelji, članovi njegovih upravljačkih tijela te osobe koje su kod izdavatelja bile zadužene za objavu tih informacija. U čl. 463. st. 1. ZTK propisana je dužnost izdavatelja vrijednosnih papira ili osoba koje djeluju u njegovo ime ili za njegov račun sastaviti popis osoba koje za njih rade na temelju ugovora o radu ili na neki drugi način, i koje imaju pristup povlaštenim informacijama koje se neposredno ili posredno odnose na izdavatelja, bilo na redovitoj ili povremenoj osnovi. Iz takvog popisa upućenih osoba jasno se vidi tko unutar izdavatelja snosi odgovornost.

Upravo zbog značaja objavljivanja informacija o izdavateljima vrijednosnih papira, kako onih periodično, tako i onih bez odgode, ZTK detaljno uređuje **način objavljivanja tih informacija**. Kao prvo, informacije se trebaju objavljivati na hrvatskome jeziku ili na jeziku koji se obično upotrebljava u međunarodnim financijskim krugovima. Sam način objavljivanja određen je u čl. 440. ZTK-a koji predviđa da izdavatelj za objavljivanje propisanih informacija mora koristiti medije za koje se razumno može pretpostaviti da će propisane informacije, koliko god je to moguće, učiniti istovremeno dostupnima najširoj javnosti u Republici Hrvatskoj, a pri čemu je izdavatelj obvezan koristiti isključivo medije sa sjedištem u Republici Hrvatskoj. Nakon objave informacije, izdavatelj je obvezan bez odgode HANFI dostaviti dokaz o izvršenju svoje obveze objavljivanja javnosti.

Posebna novost koju uvodi ZTK je **službeni registar propisanih informacija**. Članak 444. ZTK-a definira dotični registar kao sustav za prikupljanje, pohranjivanje, obradu i objavljivanje propisanih informacija u koji ih je izdavatelj obvezan dostaviti istovremeno s objavom javnosti. Podaci o tomu kada je objava dostavljena u registar bit će jedan od ključnih dokaza u eventualnim sporovima za naknadu štete zbog nepravovremene objave informacija. Službeni registar propisanih informacija vodi HANFA, koja može prenijeti ovlast i na drugu pravnu osobu. ZTK uvodi mogućnost naplaćivanja naknade krajnjim korisnicima, no s obzirom na to da dotični registar još nije uspostavljen, ne može se raspravljati o prikladnosti niti visini te naknade.

2.2.2. Komparativno pravo

Ciljani propis u europskom regulatornom kontekstu je čl. 6. *Market Abuse Directive*, prema kojem svaki izdavatelj vrijednosnih papira čiji su vrijednosni papiri uvršteni na uređeno tržište treba objaviti sve povlaštene informacije koje se tiču izdavatelja ili vrijednosnog papira. Ono što ista Direktiva uređuje na različit način u odnosu na ranije uređenje je propis prema kojem je izdavatelj ovlašten samoinicijativno odgoditi objavu cjenovno osjetljive informacije ako bi to ugrozilo njegove legitimne interese, što ranije nije bilo moguće, već je tu odluku donosilo nadzorno tijelo. Objavu cjenovno osjetljive informacije, izdavatelj može na vlastitu odgovornost odgoditi pod uvjetom da ta odgoda ne dovodi javnost u zabludu i pod uvjetom da izdavatelj može osigurati povjerljivost te informacije za vrijeme odgode.⁶¹ Ako se uzme u obzir kriterije koje treba ispuniti, prema ovom propisu proizlazi da je moguće izdavatelju staviti na teret odgovornost za neobjavljivanje samo u slučaju grube nemarnosti.

Njemačka je propis *Market Abuse Directive*⁶² implementirala u Zakon o trgovanju vrijednosnim papirima (*Wertpapierhandelsgesetz*). U čl. 15. st. 3. navedenog zakona predviđa se istovjetno pravo na odgodu informacija.⁶³ Kod odgovornosti za neistinite ili nepotpune ili nepravovremeno objavljene informacije problem je u tomu što ulagatelj nije u ugovornom odnosu s izdavateljem, pa je primjena pravnih sredstava zbog povrede ugovora po naravi stvari isključena. Da bi se ispravio taj nedostatak § 37b i 37c *Wertpapierhandelsgesetz*⁶⁴ predviđaju izravnu odgovornost izdavatelja ulagatelju koji se oslonio na zavaravajuću informaciju ili na činjenicu da informacije nema.⁶⁵ Osim ove posebno propisane odgovornosti za štetu, zahtjev prema izdavatelju može se supstancirati i temeljem izvanugovorne odgovornosti za štetu ili temeljem analogne primjene koncepta odgovornosti iz prospekta, što je sporno u literaturi.⁶⁶ Naime, mnogi autori su izrazili svoju sumnju radi li se o učinkovitoj zaštiti ulagatelja s obzirom na to da ulagatelj mora dokazati da su pretpostavke iz relevantnih zakonskih propisa ispunjene, pri čemu su te iste pretpostavke vrlo ekstenzivno normirane te uslijed toga kompleksne.⁶⁷ Prema shvaćanju BGH-a članovi uprave mogu biti odgovorni

⁶¹ *Kuthe*, ZIP 2004, 883 (885); *Holzborn/Israel*, WM 2004, 1948 (1952).

⁶² Directive 2003/6 on insider dealing and market manipulation (market abuse) OJ L 141, 11.6. 1993, str. 27.

⁶³ Stavak 3. glasi: "Der Emittent ist von der Pflicht zur Veröffentlichung nach Absatz 1 Satz 1 solange befreit, wie es der Schutz seiner berechtigten Interessen erfordert, keine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten ist und der Emittent die Vertraulichkeit der Insiderinformation gewährleisten kann..." *Kuthe*, ZIP 2004, str. 883 (885); *Holzborn/Israel*, WM 2004, 1948 (1952).

⁶⁴ Uveden, tzv. 4. Finanzmarktförderungsgesetz-om; O tome vidi *Ehricke*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung u: *Hopt/Voigt (eds.)*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, str. 250. i 267.

⁶⁵ *Baums*, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 167 (2003), 149 (145 ff); *Groß*, Wertpapiermitteilungen 2002, str. 477.; *Hess*, Aktiengesellschaft 2003, str. 113. i 124.

⁶⁶ Vidi *Ehricke*, *op. cit.*, u bilj. 64., str. 268. i dalje.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 298.

za zavaravajuću informaciju jedino ako su djelovali grubom nepažnjom.⁶⁸ Zakon koji je trebao usvojiti koncept osobne odgovornosti članova uprave za zavaravajuće informacije je odbačen zbog jakog protivljenja gospodarstva.

U Italiji je prihvaćen model deliktne odgovornosti iz građanskog prava za povredu dužnosti *periodičnih* i *ad hoc* objava istinitih i potpunih informacija o poslovanju izdavatelja financijskog instrumenta. Kao tužitelji, tj. aktivno legitimirani mogu se pojaviti dioničari, ali i treća osoba koja je izravno oštećena protupravnim činom izdavatelja. Pravna osnova odgovornosti je protupravni čin ovlaštenih osoba izdavatelja, tj. objava netočne informacije iz zle namjere, prijevarom ili nepažnjom.⁶⁹ Kao tuženici, tj. pasivno legitimirani subjekti mogu se pojaviti izdavatelji financijskog instrumenta/društva, direktori, revizori unutar i izvan izdavatelja te revizorske kuće. Dok revizori uvijek odgovaraju solidarno s direktorima, direktori mogu odgovarati solidarno s izdavateljem/društvom, ali i izravno i samostalno, ako su prouzročili štetu izravno svojom osobnom radnjom, krajnjom nepažnjom ili u dogovoru s dioničarima.⁷⁰ Teret dokaza protupravnog čina je na tužitelju, pri čemu se traži dokaz o uzročnoj vezi između protupravnog čina i izravne štete tužitelju. Uzročna veza mora jasno proizlaziti iz okolnosti slučaja gdje tužitelj mora dokazati kumulativno da je do štete došlo zbog objave neistinitih podataka i protupravnog ponašanja tuženika.⁷¹ S obzirom na to da je ovakvo dokazivanje znatno otežano za male dioničare i ulagatelje, uvedena je tzv. *presumpcija nemara*, prema kojoj je dovoljno dokazati da su objavljeni podaci netočni.⁷² Time se teret dokaza prebacuje na tuženike koji tada moraju dokazivati da njihovo djelovanje nije bilo protupravno. Tuženici se mogu osloboditi i ako dokažu da objava neistinitih informacija nije utjecala na ulagatelja, primjerice ako dokažu da je ulagatelj djelovao prije sporne objave.⁷³ Odgovorne osobe dužne su nadoknaditi oštećenim ulagateljima onu štetu koja je dokazano prouzročena njihovim protupravnim djelovanjem, tj. protupravnom objavom netočnih informacija o poslovanju izdavatelja.⁷⁴

U Austriji nema izričite zakonske odredbe o odgovornosti za objavu zavaravajuće informacije na sekundarnom tržištu. Unatoč tomu, odgovornost za povredu dužnosti *ad hoc* objave u Austriji temelji se na: (i) deliktu, (ii) šteti zbog

⁶⁸ Bundesgerichtshof, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2004, str. 403.

⁶⁹ Pravna osnova odgovornosti regulirana je čl. 2043., čl. 2049., čl. 2395. i čl. 2396. *Civil Code* te čl. 114., čl. 115. i čl. 180. *FMCA-a*; *Ferrarini*, La responsabilita da prospetto, Informazione societaria e tutela degli investitori, 1986, str. 153; *Franzoni*, Gli amministratori e i sindaci, u: F. Galgano (Ed.), *Le Societa'*, Utet, 2002, p. 367 ff.

⁷⁰ Court of Cassation, 14 January 1987, No. 183, in *Le Societa'*, 1987., p. 366; Trento Court of Appeal, 2 May 2001, in *Le Societa'*, 2002, p. 57.

⁷¹ *Ferrarini*, La responsabilita da prospetto, op. cit., u bilj. 69., str. 90.

⁷² *Carnevali*, La responsabilita' civile degli amministratori per danno ai risparmiatori, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 88, 91; *Casadei*, La responsabilita' della societa' di revisione, *Giuffre'*, 2000, str. 154.; *Pinardi*, "La responsabilita' per danni da informazione nel mercato finanziario", in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, p. 363.

⁷³ *Casadei*, op. cit., u bilj. 72., str. 154.

⁷⁴ Trib. Milan, 22.09. 1986, in *Le Societa'*, 1987., p. 162.

povrede zaštitnog prava (*Schutzgesetz; protective law*), (iii) na kvaziugovornoj osnovi, tj. posebnom pravnom odnosu u pravu tržišta kapitala (*gesetzliche Sonderbeziehung*). Deliktno odgovara izdavatelj prema propisima o pogrešnom savjetovanju ili davanju pogrešnih informacija (čl. 1300., čl. 874., čl. 1295. austrijskog građanskog zakonika), ali samo ako izdavatelj prouzroči štetu svjesno, tj. sa znanjem (*wissentliche Herbeifuehrung des Schadens*).⁷⁵ Izdavatelj je odgovoran za povredu propisa o *ad hoc* objavama ako time prouzroči upravo onu štetu koju ta pravila imaju za cilj spriječiti.⁷⁶ Kvaziugovorna odgovornost polazi od toga da dužnost objave podataka izdavatelja primarno postoji zbog transakcija koje se odvijaju između subjekata na sekundarnom tržištu i koji su u koordiniranom odnosu (potencijalni kupac i prodavatelj), a tek sekundarno zbog odnosa između izdavatelja i ulagatelja u vrijednosne papire. Zbog toga se radi o kvaziugovornom odnosu⁷⁷. Razlog kojim se može opravdati postavljanje kvaziugovorne odgovornosti izdavatelja je činjenica da trgovanje vrijednosnim papirima na sekundarnom tržištu neizravno utječe i na ekonomske interese izdavatelja.⁷⁸ A upravo su ti podaci koje može dati samo izdavatelj financijskog instrumenta, ključni i nužni za nesmetano odvijanje transakcija s vrijednosnim papirima između sudionika na sekundarnom tržištu. Članovi uprave se smatraju odgovornima samo pod sljedećim okolnostima: ako djeluju u krajnjoj nepažnji (čl. 1300. Austrijskog građanskog zakonika), ako iskoriste osobno povjerenje nekih ulagatelja, ako objavom pogrešnih informacija ostvare osobnu korist, ili ako propuste objaviti dužnu informaciju.⁷⁹

Švicarsko pravo već dugo poznaje odgovornost za protupravni propust objave ili objavu zavaravajućih podataka na sekundarnom tržištu. Odgovornost prema ulagateljima nema samo izdavatelj već i druge odgovorne osobe unutar samog izdavatelja, (*tzv. responsible managers*).⁸⁰ Međutim, ta odgovornost do sada nije regulirana federalnim pravom, već je zadaća donošenja propisa prepuštena burzi.⁸¹ Općenito, odgovornost za davanje podataka na sekundarnom tržištu može se temeljiti na deliktu, odgovornosti zbog povrede povjerenja (*Vertrauenshaftung; liability for breach of confidence*), pravilima odgovornosti iz prava društva koja predviđaju izravnu odgovornost članova određenog organa društva (primjerice, članova uprave) prema dioničarima društva.⁸²

⁷⁵ Kalss/Oppitz, Österreich, u: *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, str. 857.

⁷⁶ *Loc. cit.*

⁷⁷ *Loc. cit.* Vidi još: Kalss, Bankarchiv 2000, 641- 647.

⁷⁸ Kalss, Bankarchiv 2000, 641 (647).

⁷⁹ Tek je nedavno Ministarstvo pravosuđa iznijelo prijedlog zakona kojim se predviđa mnogo šira odgovornost članova uprave. Trenutačno su u tijeku pregovori o opravdanosti postavljanja takve odgovornosti te o nekim problemima kao što su ograničena odgovornost, osiguranje od odgovornosti i drugo. Vidi, Kalls, *Recent developments in liability for nondisclosure of capital market information*, International Review of Law and Economics 27 (2007) str. 91.

⁸⁰ Kowalewski – Schweiz, u: *Hopt/Voigt*, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, str. 999-1056.

⁸¹ *Ibid.*, str. 1057.

⁸² *Ibid.*, str. 1062. i dalje. Köndgen, Ad-hoc- Publizität als Prüfstein informationsrechtlicher Prinzipien, in FS Druey (2003) str. 791. i dalje.

U engleskom pravu opće pravilo dužnosti *ad hoc* objave podataka, dio je cjeline obveza objavljivanja na tržištu, određeno u poglavlju 9 *Listing Rules*⁸³. Povreda te dužnosti posebno je regulirana u Dijelu VIII u *Financial Services and Markets Act 2000* (dalje: FSMA), a daljnja konkretizacija je ostvarena u *Code of Market Conduct* koju izdaje FSA⁸⁴. FSMA predviđa tri oblika zloupotrebe tržišta i to: (i) zloupotrebom podataka, (ii) pogrešnim ili zavaravajućim podacima, (iii) poremećajem tržišta (čl. 118. FSMA). Prvi oblik, tj. zabrana zloupotrebe podataka ima za cilj provedbu obveza objave podataka i nadopunjuje zabranu *insider tradinga* koji je uređen u čl. 52. *Criminal Justice Act 1993*. U engleskom pravu ne postoji izravna odgovornost izdavatelja prema sudionicima tržišta, pa povreda obveze objavljivanja povlači samo upravne sankcije izrečene od strane nadzornog tijela (*supervisory authority – FSA*)⁸⁵. Izravna odgovornost, iznimno, može postojati samo u slučaju ako je osoba koja je izazvala povredu obveze objavljivanja u poslovnom odnosu s oštećenom stranom.⁸⁶ Nadalje, tužba zbog štete se, prema čl. 150. FSMA, može temeljiti na povredi zakonskih dužnosti. No, ta se odredba ne može primijeniti na povredu obveze objavljivanja jer se *Listing Rules* izričito *ne* primjenjuju na zaštitu individualnih prava i interesa.⁸⁷ Druga mogućnost utvrđivanja odgovornosti jest da FSA naloži naknadu štete (*restitution order*)⁸⁸. Započinjanje ovog postupka u potpunosti ovisi od FSA te oštećena stranka ne može utjecati, niti na započinjanje niti na daljnji tijek postupka. FSA sama odlučuje o naknadi štete ili podnosi prijedlog sudu, te FSA ili nadležni sud određuju da izdavatelj ima obvezu naknade odgovarajuće štete. Pri procjeni visine naknade štete, uzima se u obzir odnos ostvarene koristi izdavatelja i pretrpljene štete ulagatelja.⁸⁹ Iako će zasigurno sankcije iz kaznenog prava i dalje biti u prvom planu, izloženi instituti prikladni su za utiranje puta prema poimanju opće odgovornosti izdavatelja prema ulagateljima za informacije na sekundarnom tržištu.⁹⁰

U francuskom pravu ne postoji posebno pravilo koje određuje odgovornost za povredu obveze objavljivanja. Stoga se primjenjuje opća deliktna norma, sadržana u Poglavlju 1382 *Code Civil*, prema kojoj se odgovornost za objavu zavaravajućih podataka temelji na pitanju je li šteta učinjena posredno ili neposredno.⁹¹ Općenito, svaka osoba ima pravo podnijeti tužbu za naknadu štete zbog propusta objave ili objave zavaravajućih podataka. To pravo je posebice

⁸³ *Leyens – England*, u: *Hopt/Voigt*, *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung*, str. 417.-501.

⁸⁴ *Op .cit.*, str. 528.

⁸⁵ *Op .cit.*, str. 548.

⁸⁶ *Ibid.*, str. 549.

⁸⁷ *Ibid.*, str. 554.

⁸⁸ Poglavlje 9 FSA Priručnika “Enforcement: Restitution and Redress”; *ibid.*, str. 556.

⁸⁹ *Ibid.*, str. 560.

⁹⁰ *Ibid.*, str. 563.

⁹¹ *Puttfarken/Schrader – Frankreich*, u: *Hopt/Voigt*, *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung*, str. 595.-615.

neupitno za ulagatelje koji su bili potaknuti kupiti vrijednosne papire zbog zavaravajućih podataka.⁹² Također, nedavno je *Cour de Cassation* ustanovio pravo na tužbu i onim dioničarima koji su se zbog zavaravajućih podataka suzdržali od prodaje financijskih instrumenata i time pretrpjeli štetu.⁹³

4. Nadležnost za rješavanje ovih sporova i ostala procesna pitanja

Sporovi o odgovornosti izdavatelja i drugih odgovornih osoba radi povrede obveze objave informacija na tržištu kapitala vrlo su složeni, ne samo zbog složenosti pravnih pitanja, već i zbog činjenice da se u pravilu pojavljuje suparničarstvo na aktivnoj, ali i pasivnoj strani.

Na aktivnoj strani zbog disperzirane dioničarske strukture uvrštenih društava može se pojaviti i nekoliko stotina, a i tisuća osoba. Također je moguće da neki dioničari trpe štetu uslijed objave informacije, a neki ne. Naime, oni koji su trgovali dionicama na temelju zavaravajuće informacije ili zbog činjenice da u kritično vrijeme nije objavljena istinita informacija trpe štetu, dok oni koji drže dionice u kritično vrijeme i trguju njima nakon što je objavljena istinita i potpuna informacija ne trpe štetu. Specifičnost ovih sporova sastoji se i u tomu da presuda koja se donosi u pogledu pitanja je li društvo (i/ili neka druga odgovorna osoba) učinilo povredu, mora djelovati prema svim dioničarima, odnosno svim članovima društva, kao i prema ulagateljima koji to nisu (imatelji obveznica). Deklaratorni dio judikata djeluje prema svima, dok kondemnatorni dio djeluje samo prema onim dioničarima (ulagateljima) koji trpe štetu. Stoga se može reći da na aktivnoj strani postoji dijelom jedinstveno, a dijelom materijalno suparničarstvo. S druge strane, na pasivnoj strani u nekim sporovima postoji solidarna odgovornost (objave na sekundarnom tržištu), dok u drugima ne postoji (objave sadržane u prospektu).

U komparativnoj literaturi ima shvaćanja da ovi sporovi ne koriste nikome, ni društvu ni dioničarima. Ova kritika temelji se na tzv. cirkularnom argumentu.⁹⁴ Naime, u postupcima za naknadu štete dioničarima tužena društva i njihovi osiguratelji plaćaju kako bi se nagodili, što u konačnici ide na teret samih dioničara koji bi trebali biti subjekti zaštićeni tim tužbama.⁹⁵

⁹² *Ibid.*, str. 615.

⁹³ *Ibid.*, str. 616.

⁹⁴ *Coffee, J.C. Jr.* Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation, 106 Colum. L. Rev. 1534, 1549-56 (2006); Committee on capital markets, Interim report, 78-79, available at http://www.capmksreg.org/pdfs/11.30Committee_Interim_ReportREV2.pdf (interim report) *Arlen, J.H / Carney, W.J.* Vicarious Liability for Fraud on Securities Market: Theory and Evidence, 1992 U.ILL.L.REV., 691, 698-700 *Bloomberg, M.R. / Schumer, C.E.* Sustaining New York's and the US' Global Financial Services Leadership, dostupno na: http://www.schumer.senate.gov/SchumerWebsite/pressroom/special_reports/2007/NY_REPORT%20_FINAL.pdf.

⁹⁵ Izvještaj Odbora za pravila tržišta kapitala (Committee on Capital market regulation) sugerira da strana društva izbjegavaju uvrštenja na američkim burzama upravo iz bojazni da bi mogli biti tuženi. Vidi loc. cit.

Neke jurisdikcije razvile su stoga kolektivne instrumente zaštite ovih prava, kao što su *class action*, odnosno grupne tužbe i sl. Mi se ubrajamo u kontinentalno zakonodavstvo koje nije sklono prihvaćaju grupnih tužbi, pa se tako u nas osim udružne tužbe, koju u ime potrošača podnosi udruga za zaštitu potrošača, takvi instituti niti ne pojavljuju. U drugim zemljama njihova je primjena raširena, a to se posebice odnosi na države anglosaksonskog kruga. Stoga je zanimljivo primijetiti da je u Njemačkoj 2005. godine donijet zakon kojim se na poseban način reguliralo probleme masovnih parnica koje su očigledno pritiskale njemačko pravosuđe te se taj postupak pokušao racionalizirati uvođenjem, tzv. model postupka, koji je uređen Zakonom o model postupku za sporove na tržištu kapitala.⁹⁶

Idući problem sastoji se u tomu što se kod ovih sporova često događa da je tuženik u posjedu ključnih dokumenata kojima bi se trebala dokazati povreda dužnosti objave informacija. U takvim situacijama neki procesni sustavi primjenjuju institut, tzv. pred-raspravnog predočavanja dokaza, tzv. *pretrial discovery*. U *common law* sustavima, *discovery* je uobičajena procesna radnja sukladno kojom stranke u postupku moraju jedna drugoj predočiti sve dostupne dokaze vezane na spor, uključujući i one koji bi mogli naštetiti njihovom položaju u postupku.⁹⁷ Jurisdikcije kontinentalnopravne tradicije ne poznaju navedeni procesni institut, stoga stranke nisu obvezne izručiti jedna drugoj dokaze, a pogotovo ne one koje ih mogu staviti u nepovoljan položaj u postupku. U nas od pomoći može biti propis temeljem kojeg sud ima ovlasti zahtijevati od stranaka predočenje određenih dokumenata u svrhu utvrđivanja činjenica.⁹⁸

4.1. Nadležnost za rješavanje sporova u Republici Hrvatskoj

S obzirom na to da će se na aktivnoj strani najčešće pojaviti dioničari, a društvo na pasivnoj strani, kriterij za uspostavu nadležnosti trgovačkog suda postoji u svakom slučaju ako su na obje strane stranke pravne osobe (čl. 34b. ZPP). U slučaju da se u sporovima između pravnih osoba pojavljuju i fizičke osobe, koje imaju svojstvo materijalnih suparničara, također se može zasnovati nadležnost trgovačkog suda (arg. čl. 34b. st. 10. ZPP).

U slučaju kada bi društvo tužio dioničar – fizička osoba, nadležnost trgovačkog suda moći će se ustanoviti pod uvjetom da se taj spor može kvalificirati kao spor iz čl. 34b. st. 3. ZPP- a. Prema legalnoj definiciji, to su s jedne strane sporovi

⁹⁶ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, BGBl 2005 I 2437.

⁹⁷ U SAD-u navedeni postupak reguliran je sec. 26. Saveznog zakona o parničnom postupku (*Federal Rules of Civil Procedure*) prema kojemu stranke samostalno obavljaju postupak predaje dokumenata na način da prvo predoče jedna drugoj dokaze kojima potkrepljuju svoje navode, a naknadno svaka stranka može tražiti od druge izručenje dokumenata za koje smatra da bi mogli biti od koristi u dokaznom postupku. Ukoliko stranke ne surađuju u ovom postupku imaju mogućnost tražiti pomoć suda. Iako je *discovery* vrlo širokog opsega isti ima svoja ograničenja utvrđena zakonom.

⁹⁸ Tako je, primjerice u RH navedeno pitanje regulirano člankom 233. ZPP.

između samih dioničara, ali i između dioničara i samog društva, koji se tiču položaja članova u društvu, upravljanja društvom i vođenja poslova društva te prava i obveza članova društva koji proizlaze iz njihova položaja u društvu. Ako bi se ovi sporovi smatrali povredom “članskih prava”, tada bi o njima uvijek odlučivao trgovački sud.

Međutim, u biti ovi sporovi prelaze “gabarite” sporova o članskim pravima. Pravo dioničara biti informirani, a to je člansko pravo najrodnije ovim sporovima, odnosi se na dioničare koji su postavili *zahtjev* za davanje informacija te se njima ta obavijest daje *ad personam*. Obavijesti dane dioničarima nemaju onaj publicitetni značaj koji imaju objave. To su ipak informacije koje ostaju u krugu članova (*intra omnes*) i koje su dioničarima potrebne da bi bile podlogom za donošenje odluka o pitanjima o kojima se raspravlja na skupštini društva. Naprotiv, objave koje je dužno dati *uvršteno društvo* objave su koje djeluju i izvan društva (*erga omnes*), kako prema dioničarima, tako i prema onima koji će to tek postati, odnosno prema cijeloj ulagateljskoj javnosti. Te objave nemaju za cilj samo informirati postojeće dioničare o stvarima koje se tiču poslovanja društva, a koje su predmet njihova interesa, već su te objave nužne kako bi se na temelju tih informacija formirala (istinita) cijena vrijednosnog papira na tržištu, odnosno potakla kupnja vrijednosnih papira.⁹⁹ Objavu tih podataka nitko ne treba zahtijevati, niti društvo može spekulirati da te informacije ne objavi. Ono ih ispunjava kao dio “paketa” obveza koje nosi sa sobom uvrštenje na burzi.

Imajući u vidu različit horizont zaštite kada su u pitanju “članska prava” u odnosu na ciljeve koje se želi zaštititi dužnošću objave (integritet tržišta), upitno je hoće li trgovački sud u sporu dioničara zbog neobjave informacija na tržištu kapitala upravljenom prema izdavatelju vrijednosnih papira, odnosno dioničkom društvu, moći zasnovati svoju nadležnost temeljem kriterija propisanih u čl. 34b. st. 3. ZPP-a. Međutim, u slučaju da dioničar obuhvati tužbom i odgovorne osobe izdavatelja, tj. članove uprave i nadzornog odbora, a to može za sve tri grupe povreda (prospekt, periodične objave, *ad hoc* objave), trgovački sud bi mogao konstituirati svoju nadležnost po kriteriju **atrakcije stvarne nadležnosti**, jer je za rješavanje sporova o odgovornosti članova uprave ili nadzornog odbora dioničkog društva nadležan trgovački sud (arg. iz čl. 34b. st. 4. ZPP).

Pokrene li spor imatelj obveznice, dakle osoba koja nije član društva, čini se da bi o tom sporu mogao odlučivati samo općinski sud, osim u slučaju ako bi se tužbom obuhvatili i članovi uprave odnosno nadzornog odbora, tada bi nadležan bio trgovački sud po atrakciji nadležnosti.

Pragmatični razlozi navode nas na zaključak da bi u ovim sporovima i kada su dioničari fizičke osobe valjalo pledirati za analognu primjenu odredbe o stvarnoj nadležnosti trgovačkog suda, krenuvši od toga da zahtjevi dioničara za naknadu štete zbog neobjave informacija propisanih ZTK-om predstavljaju poseban katalog “članskih prava” vezanih uz dioničare uvrštenih društava, iako

⁹⁹ Postoje mnoge doktrine o savršenom tržištu, u kojem cijene robe odgovaraju stvarnim cijenama, o objavama kojima se nastoji ukloniti asimetrična informiranost sudionika na tržištu i sl.

taj "katalog dodatnih prava" osim samih dioničara mogu koristiti i druge osobe kojima je zbog istih povreda nanescena šteta (već navedeni imatelji obveznica tog društva). Razlozi pragmatičnosti ogledaju se u činjenici da su to vrlo sofisticirani sporovi koje bi trebali rješavati specijalizirani sudovi kakvi su trgovački sudovi i to primjenom kriterija predmeta spora (poput nadležnosti utvrđene za sporove iz intelektualnog vlasništva ili pomorske sporove).

4.2. Komparativna iskustva u rješavanju ovih sporova

Pojedine jurisdikcije, poput Njemačke, razvile su posebne postupovne mehanizme kojima se olakšava podnošenje grupnih tužbi ulagatelja protiv izdavatelja (uvrštenih dioničkih društava) u slučaju povrede pravila o obveznom objavljivanju podataka, pokušavši stvoriti kontinentalnu inačicu za *class action*, koja je osobitost pravne kulture SAD-a. S tim problemom se susrela Njemačka kada je 2003. godine Okružnom sudu u Frankfurtu bilo podneseno 15.000 tužbenih zahtjeva protiv *Deutsche Telecoma* vezanih uz ponudu dionica iz 2000. godine.¹⁰⁰ Potaknuta ovim gorućim problemom, Njemačka je donijela Zakon o model postupku na tržištu kapitala kojim je, oslanjajući se na europsku pravnu tradiciju kreirala jedan novi sustav namijenjen postupcima pokrenutima od strane velikog broja tužitelja nazvan *model postupak*. Ovim postupkom Njemačka je postala jedna od rijetkih europskih jurisdikcija u kojoj se na relativno zadovoljavajući način mogu sudskim putem riješiti predmetne vrste sporova.

Polje primjene ovog zakona obuhvaća samo dvije kategorije masovnih parnica.¹⁰¹ Taj se postupak primjenjuje kod tužbi za naknadu štete zbog davanja netočne zavaravajuće informacije ili propuštanja davanja iste od strane uvrštenih društava, kao i na tužbe za ispunjenje ugovora koje se temelje na ugovoru sklopljenom temeljem ponude za preuzimanje, tj. temeljem Zakona o preuzimanju (WpUG), ali se ne primjenjuje na tužbe prema neuvrštenim društvima (*grauer Markt*).¹⁰² Ukratko to su zahtjevi za naknadu štete zbog netočnog davanja ili nedavanja svih oblika informacija koje je dužan izdavatelj objaviti na tržištu kapitala.¹⁰³ U to ulazi odgovornost zbog netočnih informacija danih u prospektu, zatim dužnost objave povlaštenih informacija, izjave dane u godišnjim, polugodišnjim i kvartalnim izvješćima i sl.¹⁰⁴

¹⁰⁰ U Njemačkoj se priča s DT-om nastavlja. U travnju ove godine 17000 dioničara je tužilo *Deutsche Telekom*, zastupano po 80 punomoćnika zahtijevajući naknadu štete u visini od 80 milijuna EUR zbog toga što je *Deutsche Telekom* "napuhao" predviđanja o ostvarenju dobiti u prospektu kada je išao u javnu ponudu treće tranše dionica 2000. godine.

¹⁰¹ *Reuschle, F. The Capital Markets Model Case Act – a new type of a Class Action?*, Vidi <http://www.eu2006.bmsg.gv.at/cms/eu2006EN/attachments/2/0/9/CH0604/CMS1133512397104/reuschle.pdf>.

¹⁰² OLG München, Beschluss 27.7.2006, 31 AR 70/6, AG 2006, 722.

¹⁰³ Sve vrste informacija zbog kojih se može zahtijevati naknada štete prema model postupku navedene su u § 1 Abs 1 KapMuG.

¹⁰⁴ Što ulazi točno u polje primjene ovog zakona bilo je predmetom različitih tumačenja u sudskoj praksi. Vidi primjerice odluku OLG-KÖLN – Beschluss vom 23.11.2007, Aktenzeichen: 24 W

Tijekom prvostupanjskog postupka ulagatelj (dioničar) kao tužitelj, odnosno izdavatelj kao tuženik može podnijeti sudu zahtjev za primjenom model postupka. Zahtjev za model postupkom odnosi se na razjašnjenje činjeničnih ili pravnih pitanja. Može se, primjerice zahtijevati da se utvrdi postoje li ili ne postoje određene okolnosti koje opravdavaju usvajanje ili odbijanje tužbenog zahtjeva ili da se razjasne sporna pravna pitanja od strane višestupanjskog regionalnog suda (*Oberlandsgericht*). Da bi viši sud mogao otvoriti model postupak mora teći već 10 parnica koje se temelje na istoj činjeničnoj osnovi pred nižim sudovima, a to sve u roku od 4 mjeseca nakon što je prvi zahtjev za otvaranjem model postupka objavljen u registru tužbi (*Klageregister*).¹⁰⁵ Nakon objave u registru tužbi svi se započeti postupci prekidaju (*ex offio*). Kako su podaci iz registra tužbi javno dostupni, ostali ulagatelji se mogu pridružiti postupku podizanjem tužbe. Odluka višeg suda pravno i činjenično obvezuje sudove koji rješavaju sporove po tužbama. Predviđena je isključiva nadležnost suda sjedišta izdavatelja vrijednosnih papira.¹⁰⁶ Ovaj postupak nije *class action*. On stoji na raspolaganju jedino strankama koje su voljne same započeti postupak, bilo one koje su već započele postupak, bilo one koje su se u to uključile kasnije. Ovaj postupak ne dopušta podizanje tužbe u ime više ili manje nepoznate grupe tužitelja čime se, prema shvaćanju u njemačkoj literaturi, vrši neovlašteni pritisak na tuženika. Troškove snosi stranka koja izgubi spor (načelo *causae*), a tužitelji, osim što dijele troškove model postupka, osiguravaju na taj način brzo rješavanje pitanja koja su od odlučujućeg značenja za spor.

Zanimljivo je da je prema čl. 9. istog zakona predviđena njegova abrogacija 1.11.2010., pa prema tomu ostaje na snazi samo pet godina. Razlog ovakvom uređenju leži u činjenici da se taj institut, bude li se pokazao uspješnim, namjerava preuzeti u njemački ZPO za sve građanskopravne postupke. Kao jedan od razloga za donošenje zakona njemačka je vlada spomenula male iznose šteta koje trpe individualni ulagatelji zbog izdavateljeve objave netočnih ili nepotpunih informacija, dok ukupna šteta može biti vrlo visoka. Individualni ulagatelji obično ne potražuju naknadu štete jer su iznosi njihovih šteta premali da bi opravdali vođenje parničnog postupka, pogotovo kada se uzmu u obzir troškovi postupka koji su visoki zbog toga što se angažiraju vještaci.

52/07, na odluku: LG Köln, 2 O 679/06 vom 13.07.2007 – <http://www.juraforum.de/urteile/urteil/olg-koeln-beschluss-vom-23-11-2007-az-24-w-5207.html>.

¹⁰⁵ U sudskoj praksi je bilo sporno tumačenje pojma “tekućih parnica”, odnosno započelih postupaka. Nekoliko tužitelja (više od 10) u jednoj parnici zahtijevalo je da se otvori model postupak, ali u vrijeme od 4 mjeseca po njegovu otvaranju nije započeo dovoljan broj novih parnica. Viši sud je smatrao da to što u tekućem postupku ima više od 10 tužitelja nije dovoljno za odlučivanje o modelu postupka, jer ne postoji opasnost donošenja sadržajno različitih judikata, kada isti sud raspravlja o svim zahtjevima. Vidi OLG-MÜNCHEN – Beschluss vom 09.02.2007, Aktenzeichen: W (KAPMU) 1/06 na odluku LG Augsburg 1 O 4341/04 vom 16.10.2006, OLG Augsburg 27 W 313/06 na stranici <http://www.juraforum.de/urteile/urteil/olg-muenchen-beschluss-vom-09-02-2007-az-w-kapmu-106.html>.

¹⁰⁶ *Papst, S. Liability for Misstatements – Germany*, http://www.hmtreasury.gov.uk/media/3/5/da-vies_research_germany.pdf.

Koje su prednosti ovakvog rješavanja sporova?¹⁰⁷ Navodi se da ulagatelji imaju mogućnost provjere u registru tužbi na internetu, odnosi li se prijedlog za otvaranje model postupka koji je podnesen, na njihov tužbeni zahtjev. To ih može motivirati da i sami podnesu tužbu zbog toga jer će troškovi dokaznog postupka biti podijeljeni između svih suparničara. Izdavatelji vrijednosnih papira, s druge strane mogu na ovaj način u vrlo kratkom roku razjasniti razna činjenična i pravna pitanja. Sudovi pak imaju mogućnost iznaći dosljedno pravno rješenje, a da se pritom smanji broj provedenih procesnih radnji. S druge strane, viši sud koji odlučuje o određenim pravnim ili činjeničnim pitanjima daje samo model rješenja tih pitanja, a sudovi koji odlučuju o tomu odlučuju o pojedinačnim zahtjevima stranaka, odnosno o iznosima pojedinačnih šteta.

U Velikoj Britaniji¹⁰⁸ grupne tužbe pojavljuju se kao derivativne tužbe i tužbe prema načelu reprezentacije. Jedna stranka može predstavljajući i druge, tužiti ne samo radi ostvarenja svog osobnog interesa, već i interesa onih koji su na sličan način pogođeni radnjama / propuštanjima tuženika. *Representative action* imaju dugu povijest u Velikoj Britaniji.¹⁰⁹ Ta vrsta tužbi može se pojaviti u tri oblika: na aktivnoj strani (*claimant-led*), na pasivnoj strani (reprezentirana grupa se sastoji od različitih potencijalnih počinitelja delikata ili dužnika) ili kombinirano, i na strani tužitelja, i na strani tuženika. Presuda se odnosi i na one koji su bili samo reprezentirani, bez potrebe da budu identificirani ili obaviješteni o parnici i bez da se izjasne pridružuju li se parnici. To uzrokuje i smanjenje parničnih troškova. Osim što ovi postupci omogućuju lakše procesuiranje zahtjeva, koji se ne mogu tako uspješno utužiti ako je na aktivnoj strani samo jedna osoba, oni također omogućuju ispraviti postupovnu nejednakost između “malih tužitelja” i “velikog tuženika”, čime se ostvaruje bolji pristup pravosuđenju – *access to justice*.¹¹⁰ Kao nedostaci ovog sustava uobičajeno se ističu: opasnost od površnog odlučivanja (*superficial adjudication*). S obzirom na to da sumarno tretiraju cijelu grupu osoba kao rezultat toga može se pojaviti potreba za dodatnim vođenjem posebnih postupaka. Kritiziraju ih zbog problema valjanog vođenja postupka (*due process*). **Svaka osoba bi trebala imati mogućnost biti obaviještena o parnici koje je postala dio te se izjasniti hoće li sudjelovati u njoj. Također se ističe da postoji opasnost od kolektivnog zastrašivanja, i velike tvrtke pod pritiskom radije sklapaju nagodbe, negoli da se upuste u parničenje, za koje možda i postoji osnova (*danger of collective bullying*).**

¹⁰⁷ Vidi obrazloženje prijedloga zakona na: www.bmj.bund.de/files/-/1056/EnglishInfoKapMuG.pdf.

¹⁰⁸ Andrews, Multi-party proceedings in England: representative and group actions, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 249.

¹⁰⁹ Yeazell Stephen C., From medieval group litigation to the modern class action, New Haven: Yale University Press, 1987.

¹¹⁰ Lord Chancellor's Department, Access to justice: multi-party situations: proposed new procedures (1997); Lord Woolf, Access to justice: final report 223-48 (June 1996) citirano prema Andrews, N. Multi-party proceedings in England: representative and group actions, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 249.

Grupne tužbe, za razliku od *class actions*, predstavljaju manji pritisak na tuženika da se nagodi, iz razloga što se *group litigants* moraju registrirati i oni individualno iznose svoj zahtjev, a u pogledu troškova su solidarno odgovorni. Izmjene i dopune parničnog postupka u Velikoj Britaniji iz 2000. godine reformirale su grupne tužbe. Bit reformiranog postupka je da sud određuje “*cluster of claims*” kao pogodan za tzv. “*group litigation order*”. Takav nalog omogućuje postupanje s tužbama koje proizlaze iz iste, ili slične činjenične, ili pravne osnove (the ‘GLO issues’).¹¹¹ Ako se potencijalni tužitelji ne pridruže postupku do navedenog datuma, oni moraju tužiti sami.¹¹² Prema nekim podacima 2004. godine bilo je 49 takvih grupnih tužbi registriranih: među njima su tuženici *MacDonalds*, *Ryanair*.¹¹³ U oblasti prava društava, odnosno poreznog prava čak su tri grupne tužbe podnijete zbog diskriminatornog režima prema opozivanju dividendi nerezidenata.¹¹⁴ U SAD-u usporedbe radi, samo u Sjevernom distriktu Kalifornije, zaprimljeno je 225 *class action* postupaka zbog povrede federalnih zakona o trgovanju vrijednosnim papirima, što dovoljno govori o američkoj kulturi parničenja.¹¹⁵

U posljednje vrijeme probija se shvaćanje da bi te sporove trebalo rješavati arbitražom. Arbitraža u ovim vrstama sporova uz svoje već uobičajene prednosti, može pridonijeti i rješavanju teško premostivih problema nastalih u sudskoj praksi. To se posebno odnosi na jurisdikcije anglosaksonske pravne tradicije,¹¹⁶ među kojima je SAD najbolji primjer. U SAD-u sporove iz materije vrijednosnih papira nerijetko pokreće veliki broj tužitelja posredstvom, tzv. *class actions*.¹¹⁷ Nedavno su se, međutim, znanstvenici i praktičari složili da je američka kultura parničenja štetna budući da ne donosi razmjernu korist, ni dioničarima, ni široj javnosti. Kao odgovor na kritiku da treba smanjiti obijesno parničenje u domeni vrijednosnih papira i da to sve više šteti integritetu američkog tržišta kapitala u kontekstu globalnog, američki Kongres je 1995. i 1998. godine uveo niz

¹¹¹ Civil procedure rules practice direction [P. D.] 19 (U.K.).

¹¹² *Riggs, A.* The Future of Group Litigation, dostupno na: www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=2169&nid=6.

¹¹³ Popis svih aktivnih predmeta u Velikoj Britaniji (group litigation) vidi: www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm.

¹¹⁴ Vidi npr. opis spora u predmetu *CFC Dividend Group Litigation* (30/07/03): The litigation concerns claims alleging that certain provisions of the corporation tax legislation concerning the provisions regarding controlled foreign companies and/or the provisions which make dividends received by UK corporations from companies resident outside the UK subject to corporation tax are contrary to the EC Treaty or the allocation of taxing provisions in Double Taxation Conventions.

¹¹⁵ Popis predmeta (List of Federal Securities Class Action Filings In the Northern District of California), od kad je stupio na snagu The Private Securities Litigation Reform Act of 1995, vidi na mrežnoj stranici: securities.stanford.edu/news-archive/2003/20031202_Settlement03_Staff.htm.

¹¹⁶ Za englesko pravo vidi: *Chiu, I.H.* Contextualizing shareholder’s disputes – a way to reconceptualise minority shareholder remedies, *JBL*, 2006, May, 312-338.

¹¹⁷ Budući da u hrvatskom prijevodu ne postoji izraz koji bi označavao grupnu tužbu tipično američkog značenja autorica se odlučila koristiti izvornim terminom u ovom radu.

postupovnih ograničenja za *class actions* iz područja vrijednosnih papira.¹¹⁸ Uvedena ograničenja rezultirala su smanjenjem broja tužbi, ali je došlo do znatnog povećanja prosječnog iznosa nagodbi.¹¹⁹ Navedeni problem takvih je razmjera da mu se u nekim krugovima pripisuje odgovornost za pad atraktivnosti američkog tržišta kapitala. Odbor za regulaciju tržišta kapitala (*Committee on Capital Market regulation*) donio je dva izvješća¹²⁰ nakon kojih je uslijedilo i tzv. Bloomberg/Shumer izvješće¹²¹ kojima se oštro kritizira parničenje iz područja vrijednosnih papira (*securities litigation*) te se kao rješenje predlaže arbitriranje sporova između dioničara i njihovih društava. Prema izvješćima, arbitražno rješavanje sporova smanjilo bi troškove postupka društvima, dok bi dioničarima pružilo brzo i efikasno rješavanje sporova.¹²² Osim svojih zagovornika arbitraža ima i brojne protivnike, a pri pokušaju njezine implementacije pojavljuju se brojni problemi. Polemika je u američkom pravu oko tog pitanja tek otvorena.

4.3. Primjer predmeta *Marc Gertl i drugi v. Daimler Chrysler*

Jedan od najpoznatijih tekućih predmeta koji se rješava u model postupku je spor dioničara Marc Gertla i ostalih protiv automobilskog diva izdavatelja *DaimlerChryslera*. Njemu se u ovom sporu pridružilo oko stotinu nezadovoljnih dioničara. Tužitelj je kao i brojni drugi ulagatelji prodao dionice izdavatelja prije skoka cijene dionica do kojeg je došlo nakon što je objavljena vijest o ostavci omraženog predsjednika uprave Jürgen Schremppa.¹²³ Iako su njihovi tužbeni zahtjevi pojedinačno malih iznosa, ukupno, dioničari zahtijevaju naknadu štete u iznosu od 5 milijuna EUR-a. Tužitelji tvrde da je Daimler ostavku predsjednika

¹¹⁸ Za detaljan prikaz navedenih promjena vidi *Johnson J.J., / Brunet E., Arbitration of shareholder Claims: Why change is not always a measure of progress*, Lewis & Clark Law School, 2008, Working paper, str. 6 i dalje dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1112826>.

¹¹⁹ Vidi *Johnson J.J., / Brunet E., op.cit.*, str. 2 i bilješke 5 -6 dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1112826>.

¹²⁰ Committee on Capital Markets Regulation, Interim Report of the Committee on Capital Markets Regulation 31 (2006), dostupno na http://www.capmksreg.org/pdfs/11.30Committee_Interim_ReportREV2.pdf [u daljnjem tekstu CCM Interim report]; Committee on Capital Markets Regulation, *The Competitive Position of the U.S. Public Equity Market* (2007), dostupno na: http://www.capmksreg.org/pdfs/The_Competitive_Position_of_the_US_Public_Equity_Market, [u daljnjem tekstu, CCM 2007 Report].

¹²¹ *Bloomberg, M.R. / Schumer, C.E. Sustaining New York's and the US' Global Financial Services Leadership*, http://www.schumer.senate.gov/SchumerWebsite/pressroom/special_reports/2007/NY_REPORT%20_FINAL.pdf.

¹²² *Ibid.*, str. 103.

¹²³ Kada bi se ova okolnost procjenjivala prema našem pravu ove bi činjenične okolnosti trebalo procjenjivati prema čl. 244a. ZTD-a po kojem se ostavka predsjednika i člana uprave dioničkog društva daje nadzornom odboru društva u pisanom obliku. O podnesenoj ostavci nadzorni odbor mora obavijestiti ostale članove uprave te poduzeti mjere radi upisa promjene u sastavu uprave u sudski registar. Pravno gledano ostavka nije nastala usmenim priopćenjem, već predajom pisane ostavke nadzornom odboru. Prema tomu, s obzirom na to da se povlaštena informacija štiti od svoga nastanka, ne može uživati zaštitu prije nego što je nastala. Pravno gledano ovdje se radi o glasinama, a glasine se ne smatraju povlaštenim informacijama.

uprave planirao mnogo prije datuma na koji je objavljena, a da bi ranija objava spriječila neke investitore da prodaju dionice. S druge strane, Daimler u svom pripremnom podnesku, odnosno odgovoru na tužbu navodi da je izdavatelj informirao javnost u trenutku kada je donesena odluka.

Vrhovni sud Njemačke je po izjavljenoj žalbi na odluku suda koji je odlučivao u tzv. model postupku, ukinuo presudu Višeg zemaljskog suda u Stuttgartu¹²⁴ i vratio je na ponovno suđenje. Viši zemaljski sud u Stuttgartu trebao je utvrditi u model postupku je li prijevremena ostavka predsjednika uprave povlaštena informacija, kada je ona nastala i je li pravovremeno objavljena. Viši zemaljski sud u Stuttgartu smatrao je da se radi o povlaštenoj informaciji koja je nastala 28.07.2005. oko 9:50 te da ju je izdavatelj, Daimler Benz pravovremeno objavio. Na tu odluku žalio se tužitelj. U dokaznom postupku je utvrđeno da je sjednica nadzornog odbora održana u rečeno vrijeme, da je nakon sjednice nadzornog odbora na kojoj se odlučivalo o ostavci predsjednika uprave obavijest o odlukama donesenima na sjednici nadzornog odbora (o prestanku njegovih funkcija s danom 31.12.2005. godine te o stupanju novog predsjednika uprave na njegovu dužnost) upućena nadzornom tijelu na tržištu kapitala kao i burzi u 10:02. U 10:32 ista je obavijest proslijeđena DGAP-u, agenciji specijaliziranoj za primanje objava koje trebaju objavljivati uvrštena društva, nakon što je istog dana u 9:30 na istu adresu poslano kvartalno izvješće izdavatelja. Nakon što je poslano kvartalno izvješće cijena dionica na burzi porasla je na 38,70 EUR, a nakon što je poslana obavijest o ostavci predsjednika uprave cijena je porasla na 40,40 EUR, a zatim je nastavila rasti do 42,95 EUR. Tužitelj je istoga dana u 9:00 prodao 800 dionica po cijeni od 36,50 EUR, a još ranije, odnosno 16.05.2005. 100 dionica po još nižoj cijeni od 31,85 EUR. Tužitelj tvrdi da je predsjednik uprave još tijekom mjeseca svibnja 2005. godine u razgovoru što ga je vodio s predsjednikom nadzornog odbora izjavio da svoj mandat želi prijevremeno okončati i da ga s datumom 31.12.2005. "stavlja na raspolaganje". Ovu izjavu je, prema tužitelju, trebalo protumačiti kao jednostranu ostavku (*einseitige Amtsniederlegung*). Tužitelj smatra da je do ostavke došlo još u mjesecu svibnju. Također tvrdi je da je većina članova nadzornog odbora bila upoznata s tom okolnošću prije sjednice nadzornog odbora na kojoj se o tomu odlučivalo, a koja je bila zakazana 28.07.2005. Tuženik je, naprotiv tvrdio da nadzorni odbor kao kolektivno tijelo nije imalo nikakvih saznanja o prijevremenoj ostavci predsjednika uprave. Viši zemaljski sud je kao što je već rečeno odlučio da je povlaštena informacija o prijevremenoj ostavci predsjednika uprave nastala na sjednici nadzornog odbora i da je kao takva pravovremeno objavljena odmah nakon okončanja sjednice.

Kako se na model presudu žalio tužitelj, njemački vrhovni sud je ukinuo model odluku i vratio je na ponovno suđenje sudu koji je odlučivao u model postupku zbog povrede odredaba postupka. Naime, sud koji je odlučivao u

¹²⁴ OLG Stuttgart Beschluß vom 15.2.2007, 901 Kap 1/06, http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&Art=en&GerichtAuswahl=OLG+Stuttgart&az=901Kap 1/06.

model postupku, prema mišljenju vrhovnog suda propustio je utvrditi može li se ostavka, koja je dana u razgovoru s predsjednikom nadzornog odbora u svibnju 2005. godine, smatrati povlaštenom informacijom. To se odnosi na izjavu koju je predsjednik uprave priopćio predsjedniku nadzornog odbora da mu prije vremena stavlja svoj mandat na raspolaganje, a taj razgovor je vođen u svibnju 2005. godine. U ponovljenom postupku Viši zemaljski sud u Stuttgartu treba utvrditi može li se iz izjave predsjednika uprave o tomu da predsjedniku nadzornog odbora stavlja svoj mandat na raspolaganje izvesti zaključak da je nastala povlaštena informacija o ostavci predsjednika uprave. Tužitelj se poziva i na pismeni podnesak kojeg je 1.02.2005. uputio predsjednik uprave predsjedniku nadzornog odbora u kojem je između ostalog spomenuo da svoj mandat prijevremeno stavlja na raspolaganje. Postupak je još u tijeku.

5. Zaključci

Povreda obveze objave podataka od strane dioničkog društva (izdavatelja) na tržištu kapitala može obuhvatiti mnoge pojavne oblike. Može doći do povreda obveza objave na primarnom tržištu kao i na sekundarnom, koje se ogledaju u objavi neistinitih informacija ili nepravodobne objave istinitih. Povrede objava na sekundarnom tržištu mogu biti povrede *ad hoc* objava i periodičnih objava. Za povrede objava na primarnom tržištu (odgovornost iz prospekta) odgovara širok krug osoba: u prvom redu sam izdavatelj i one osobe koje inače moraju potpisati prospekt, ali prema novom uređenju i osobe izvan društva koje su na razne načine bile uključene u sam način izrade prospekta.

U komparativnom pravu postoje vrlo velike razlike u impostiranju odgovornosti iz prospekta, s obzirom na to da između nekih odgovornih osoba i oštećenika (ulagatelja) ne postoji ugovorni odnos. Neki sustavi polaze od toga da odgovornost proizlazi iz koncepcije povjerenja koje ulagatelji polažu u ono što je sadržano u prospektu (njemačko, austrijsko, dijelom švicarsko pravo). Povjerenje se procjenjuje prema apstraktnom kriteriju, a većina promatranih sustava uzima u obzir jesu li odgovorne osobe primjenjivale profesionalnu pažnju. U nekim sustavima sudovi primjenjuju doktrinu *culpa in contrahendo*. Sve su češći zahtjevi za izostavljanjem kriterija neposrednog odnosa između odgovorne osobe i oštećenog, koji se često pojavljuje kao ograničavajući faktor, jer se onda zahtjev ne može postaviti prema vanjskim odgovornim osobama koje su promotori ili agenti izdanja. Slične prepreke postoje u *common law* doktrini engleskog prava koja zahtijeva postojanje posebnog odnosa da bi postojala odgovornost "odgovornih osoba". S obzirom na to da u engleskom pravu postoji paralelizam pravnih instituta, prednost utemeljenja tužbenih zahtjeva na propisima (*statutory law*) sastoji se u tomu što teret dokaza pada na tuženika. Dok se u francuskom pravu cjelokupna odgovornost iz prospekta temelji na općoj deliktnoj normi, talijansko pravo je specifično utoliko što sudska praksa za neistinit prospekt smatra odgovornim i nadzorno tijelo koje ga je odobrilo, dok sva druga zakonodavstva tu mogućnost otklanjaju.

Prema našem pravu osim što se može identificirati širok krug odgovornih osoba bitno je da njihova odgovornost nije po zakonu solidarna. Na aktivnoj strani pojavljuju se ulagatelji, odnosno najčešće dioničari. Smatramo da posebno "osobe izvana", kao što su banke i drugi financijski posrednici koji sudjeluju u javnoj ponudi izdavateljevih vrijednosnih papira trebaju postupati s oprezom, jer ocijeni li tužitelj da će lakše uspjeti u parnici protiv banke nego protiv izdavatelja, stroga odgovornost iz prospekta na način kako je uređena zakonom ostavlja uzak manevarski prostor. Iako to zakonodavac izrijeком ne uređuje, smatramo da bi procesni teret dokaza trebalo raspodijeliti na način da tužitelj mora dokazati neistinitost ili nepotpunost prospekta, nastalu štetu i uzročnu vezu između štetne radnje i štete. Šteta bi se trebala ogledati u bitnoj razlici između cijene po kojoj je kupljen (stečen) vrijednosni papir i one koja bi se formirala na tržištu da su podaci bili istiniti. Otvoreno je pitanje stoga bi li na strani odgovornih osoba postojala mogućnost ekskulpacije. S obzirom na to da drugi instituti koji se nastavno izlažu, tu mogućnost poznaju, smatramo da je prihvatljivo da se osobe koje su u "drugom krugu" odgovorne mogu osloboditi te odgovornosti ako dokažu da su postupale s profesionalnom pažnjom. Međutim, to prema mišljenju autorice ne bi moglo vrijediti za samog izdavatelja, za kojeg bi, čini se, valjalo usvojiti odgovornost bez obzira na krivnju, inače bi sam smisao odgovornosti iz prospekta bio izigran. Što se tiče fizičkih osoba koje potpisuju prospekt za izdavatelja, također bi trebala biti moguća njihova ekskulpacija, s time da bi na njima trebao biti dokaz o primjenjivanju pozornosti savjesnog gospodarstvenika.

U pogledu objava na sekundarnom tržištu aktivno su legitimirani ulagatelji (najčešće dioničari), a pasivno legitimirani: izdavatelj, članovi upravljačkih i/ili nadzornih tijela izdavatelja, kao i osobe koje su u izdavatelju zadužene za ispunjenje pojedinih obveza izdavatelja. Njihova odgovornost je solidarna po samom zakonu. Tu je zakon izrijeком propisao mogućnost ekskulpacije ako odgovorne osobe dokažu da su prilikom ispunjenja tih obveza postupale s pažnjom dobrog stručnjaka. S obzirom na to da ZTK ne predviđa mogućnost ekskulpacije kod prospekta, otvara se pitanje je li odgovornost iz prospekta stroža, odnosno postoji li bez obzira na krivnju.

U odnosu na ranije uređenje, ali to samo vrijedi za objavu povlaštenih informacija, izdavatelj može na vlastitu odgovornost odgoditi javno objavljivanje povlaštene informacije kako ne bi narušio svoje opravdane interese, pod uvjetom da ta odgoda ne bi dovela javnost u zabludu i da izdavatelj može osigurati povjerljivost te informacije, dok je ranije za to trebao dozvolu Agencije. Međutim, ako izdavatelj nije bio u stanju očuvati povjerljivost informacije u slučaju da odgodi objavu iste, on tu informaciju mora odmah objaviti. Zakon mu olakšava situaciju jedino u slučaju ako je osoba koja je primila informaciju vezana obvezom povjerljivosti. U mogućem sporu, to naravno utrostručuje broj prigovora koje tužitelj može isticati. Odluči li se na odgodu objavljivanja, izdavatelj mora uložiti veliki napor održati kontrolu nad neobjavljenim povlaštenim informacijama. Njegova procesna situacija u eventualnom sporu je daleko složenija, jer mora dokazati da je na dnevnoj osnovi poduzimao brojne preventivne mjere kako ne bi

došlo do “curenja” informacija. Sugestija izdavateljima bila bi da ne biraju prečesto odgodu objave povlaštene informacije.

U komparativnom pravu za povredu obveze objave informacija na sekundarnom tržištu analogno se primjenjuje odgovornost iz prospekta (njemačko pravo), model izvanugovorne odgovornosti za štetu (talijansko pravo), ali ima i drugih pristupa (švicarsko pravo – doktrina povjerenja, odnosno austrijsko pravo – kvaziugovorna odgovornost). U nekim sustavima uopće nije razrađen koncept te odgovornosti kao što je primjerice u engleskom pravu gdje ne postoji izravna odgovornost izdavatelja prema sudionicima tržišta, ali s druge strane postoji vrlo moćno sredstvo zaštite ulagatelja, a to je postupak kojeg provodi samo nadzorno tijelo (FSA), bilo u upravnom, bilo u postupku pred sudom protiv izdavatelja kojim ga se obvezuje na naknadu štete (*restitution order*).

Ono što se u komparativnom pravu i sudskoj praksi iskazuje kao vrlo prijeporno je pitanje osobne odgovornosti članova uprave, te se ona mahom utvrđuje samo za povrede iz grube nepažnje. Dok je gospodarski lobi u njemačkom pravu spriječio donošenje zakona kojim bi se utvrdila osobna odgovornost članova uprave za objave zavaravajućih informacija, talijansko pravo u tom je dijelu otišlo najdalje. Ono je proširilo spektar odgovornih osoba i na revizore, ali je usvojilo i osobnu odgovornost članova uprave. Teret dokaza protupravnog čina je na tužitelju, pri čemu se traži uzročna veza između protupravnog čina i izravne štete tužitelju. Tužitelj mora dokazati kumulativno da je do štete došlo zbog objave neistinitih podataka i protupravnog ponašanja tuženika. S obzirom na to da je ovakvo dokazivanje znatno otežano za male dioničare i ulagatelje, uvedena je tzv. *presumpcija nemara*, prema kojoj je dovoljno dokazati da su objavljeni podaci netočni. Time se teret dokaza prebacuje na tuženike koji tada moraju dokazivati da njihovo djelovanje nije bilo protupravno.

Kada se ovi sporovi nađu pred sudom otvara se niz postupovnih pitanja. Radi se o vrlo složenim sporovima u kojima se pojavljuje suparničarstvo na aktivnoj, ali i pasivnoj strani. Također je moguće da neki dioničari trpe štetu uslijed objave informacije, a neki ne. Naime, oni koji su trgovali dionicama na temelju zavaravajuće informacije ili činjenice da u kritično vrijeme nije objavljena istinita informacija trpe štetu, dok oni koji drže dionice u kritično vrijeme i trguju njima nakon što je objavljena istinita i potpuna informacija ne trpe štetu. Specifičnost ovih sporova sastoji se i u tomu da presuda koja se donosi u pogledu pitanja je li društvo (i/ili neka druga odgovorna osoba) učinilo povredu mora djelovati prema svim dioničarima, odnosno svim članovima društva, kao i prema ulagateljima koji to nisu (imatelji obveznica). Deklaratorni dio judikata djeluje dakle prema svima (*intra omnes* učinak), dok kondemnatorni dio djeluje samo prema onim dioničarima (ulagateljima) koji trpe štetu. Na aktivnoj strani postoji, dakle, dijelom jedinstveno, a dijelom materijalno suparničarstvo. Na pasivnoj strani u nekim sporovima postoji solidarna odgovornost (objave na sekundarnom tržištu), dok u drugima ne postoji (objave sadržane u prospektu).

Zbog prisutnog suparničarstva posebice na aktivnoj strani, neke jurisdikcije razvile su kolektivne instrumente zaštite ovih prava, kao što su *class action*,

odnosno grupne tužbe, a neke zemlje kontinentalnog kruga donijele su propise kojima su te probleme pokušale riješiti u duhu kontinentalnopravne procesne tradicije. Također se nacionalni zakonodavci na različite načine suočavaju s problemom da se ključni dokazi u ovim postupcima najčešće nalaze kod tuženika (*pretrial discovery* i slični instituti). U nas od pomoći može biti propis temeljem kojeg sud ima ovlasti zahtijevati od stranaka predodžene određenih dokumenata u svrhu utvrđivanja činjenica (čl. 233. ZPP).

U pogledu nadležnosti, mogućnost uspostave nadležnosti trgovačkog suda postoji u svakom slučaju ako su na obje strane stranke pravne osobe (čl. 34b. ZPP). U slučaju da se u sporovima između pravnih osoba pojavljuju i fizičke osobe koje imaju svojstvo materijalnih suparničara, također se može zasnovati nadležnost trgovačkog suda (arg. čl. 34b. st. 10. ZPP). U slučaju kada bi društvo tužio dioničar – fizička osoba, nadležnost trgovačkog suda može se zasnovati pod uvjetom da se taj spor može kvalificirati kao spor iz čl. 34b. st. 3. ZPP- a. Prema legalnoj definiciji, to su s jedne strane, sporovi između samih dioničara, *ali i između dioničara i samog društva, koji se tiču položaja članova u društvu, upravljanja društvom i vođenja poslova društva te prava i obveza članova društva koji proizlaze iz njihova položaja u društvu*. Ako bi se ovi sporovi smatrali povredom “članskih prava”, tada bi o njima uvijek odlučivao trgovački sud. Imajući u vidu različit horizont zaštite kada su u pitanju “članska prava” u odnosu na ciljeve koje se želi zaštititi dužnošću objave (integritet tržišta), upitno je hoće li trgovački sud u sporu dioničara zbog neobjave informacija na tržištu kapitala upravljenom prema izdavatelju vrijednosnih papira, odnosno dioničkom društvu moći zasnovati svoju nadležnost temeljem kriterija propisanih u čl. 34b. st. 3. ZPP-a. Međutim u slučaju da dioničar obuhvati tužbom i odgovorne osobe izdavatelja, a to može za sve tri grupe povreda, trgovački sud bi mogao konstituirati svoju nadležnost po kriteriju atrakcije stvarne nadležnosti, jer je za rješavanje sporova o odgovornosti članova uprave ili nadzornog odbora dioničkog društva nadležan trgovački sud (arg. iz čl. 34b. st. 4. ZPP).

Pragmatični razlozi navode nas na zaključak da bi u ovim sporovima i kada su dioničari fizičke osobe valjalo pledirati za analognu primjenu odredbe o stvarnoj nadležnosti trgovačkog suda, pošavši od toga da zahtjevi dioničara za naknadu štete zbog neobjave informacija propisanih ZTK-om predstavljaju poseban katalog “članskih prava” vezanih uz dioničare uvrštenih društava, iako taj “katalog dodatnih prava” osim samih dioničara mogu koristiti i druge osobe kojima je zbog istih povreda nanesena šteta (već navedeni imatelji obveznica tog društva). Riječ je o vrlo sofisticiranim sporovima koje bi trebali rješavati specijalizirani sudovi kakvi su trgovački sudovi, i to primjenom kriterija predmeta spora, poput nadležnosti utvrđene za sporove iz intelektualnog vlasništva ili za pomorske sporove. Također bi bilo uputno osmisliti poput drugih zemalja kontinentalnog kruga, postupovne instrumente koji bi omogućili učinkovito i racionalno procesuiranje ovih sporova. Primjer njemačkog model postupka samo je jedna od mogućih opcija koja se nalazi u njemačkom pravu u eksperimentalnoj fazi. Ocijeni li se da ovaj model dobro funkcionira, njegova primjena će postati opći procesni institut ZPO-a.

Summary

INFRINGEMENT OF THE OBLIGATION TO DISCLOSE INFORMATION IN THE CAPITAL MARKET AND DISPUTES BETWEEN INVESTORS (SHAREHOLDERS) AND LISTED COMPANIES

Companies which are listed on the stock exchange disclose numerous personal information according to the Law on Capital Market. The information can be assembled into three basic groups. The first group consists of disclosures given when entering into the primary market, i.e. disclosures contained in prospectus. In the second group there are periodic disclosures or disclosures given at the secondary market, for example financial report disclosures in certain previously determined time periods. The third group includes so called *ad hoc* disclosures, for example disclosures concerning the price sensitive information. If the company publishes misstatement or incomplete information or misses the deadline to publish it, investors may suffer damages giving cause for a dispute in which investors will demand compensation for damages from issuers and/or other liable persons. Having in mind that such infringements being done at foreign capital market have caused a wave of collective actions, the author in the article analyses on a broad comparative sample the nature of disputes, who has active and who passive legitimation and which courts have a jurisdiction to settle disputes. A discussion has been open whether there is a need to enact new procedural legal instruments to settle such disputes having in mind that thousands shareholders may appear on active side as it was accepted as a solution in German law. It is also argued for *de lege ferenda* commercial court jurisdiction over these disputes due to the fact that according to present rules the jurisdiction is divided between the municipal and commercial court depending on parties with passive and active legitimation.

Key words: *capital market, collective actions, listed companies, prospectus, insider information, issuer's liability.*

Riassunto

VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI DICHIARAZIONE DEI DATI SUL MERCATO DEI CAPITALI E CONTENZIOSI DEGLI INVESTITORI (AZIONISTI) CONTRO LE SOCIETÀ QUOTATE IN BORSA

In base alla legge sul mercato del capitale le società per azioni quotate in borsa rendono pubbliche molte informazioni sul proprio conto. Queste informazioni possono venire raggruppate in tre fondamentali categorie. Nella prima categoria si trovano le dichiarazioni circa l'ingresso sul mercato primario, ovvero le dichiarazioni contenute nel prospetto. Nel secondo gruppo sono contenute le dichiarazioni periodiche oppure le dichiarazioni sul mercato secondario, come, ad esempio, le dichiarazioni effettuate a scadenze temporali previamente stabilite e riguardanti relazioni finanziarie. Nel terzo gruppo, invece, si trovano le c.d. dichiarazioni *ad hoc*, quali, ad esempio, le dichiarazioni su informazioni sensibili circa i prezzi. Qualora la società renda nota un'informazione falsa o parziale, oppure non la renda nota in tempo, può derivarne un danno per gli investitori; ciò giustifica il sorgere di una controversia nella quale l'investitore può pretendere dall'emittente e/o da altri soggetti responsabili il risarcimento del danno. Tenendo conto del fatto che tali danni sui mercati del capitale stranieri ha provocato un'ondata di contenziosi collettivi, nel contributo si esamina in base all'ampio modello comparato di quali controversie si tratta, chi è attivamente e chi passivamente legittimato ad agire, come pure quali tribunali sono competenti a dirimere queste liti. Nel diritto interno si dibatte, alla luce delle esposte soluzioni giuridiche tedesche, se nel nostro ordinamento occorra introdurre strumenti processuali nuovi, volti a decidere in merito a questi contenziosi, dove dal lato attivo possono prendere parte al contenzioso anche alcune migliaia di azionisti. Si suggerisce, altresì, *de lege ferenda* che tutti questi contenziosi divengano di competenza del Tribunale commerciale, poichè le attuali regole conducono ad una competenza divisa tra il Tribunale contabile ordinario e quello commerciale, in relazione a chi si trovi nella parte attiva o passiva della lite.

Parole chiave: *mercato del capitale, azioni collettive, società di azioni quotate in borsa, prospetto, informazioni riservate, responsabilità dell'emittente.*

STRANAČKA SPOSOBNOST ENTITETA BEZ PRAVNE OSOBNOSTI – PODRUŽNICE INOZEMNIH PRAVNIH OSOBA

Dr. sc. Eduard Kunštek, izvanredni profesor
Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.921 (497.5)
Ur.: 9. veljače 2009.
Pr.: 18. veljače 2009.
Izvorni znanstveni članak

U ovom radu se obrađuje problematika stranačke sposobnosti entiteta bez pravne osobnosti – napose nekih podružnica inozemnih pravnih osoba kojima je ovo svojstvo priznato pozitivnim propisima Republike Hrvatske. Autori se protive takvom zakonodavnom rješenju i ukazuju na njegove moguće posljedice u svezi s odredbama Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda te Ugovora o pitanjima sukcesije bivše SFRJ. One mogu biti negativne ne samo po Republiku Hrvatsku, već i po njene subjekte koji su do donošenja takvih propisa bili u pravnom odnosu s pravnim osobama kojima ove podružnice pripadaju.

Ključne riječi: podružnica, stranačka sposobnost, sukcesija.

Uvod

U nekim slučajevima se određenim entitetima, napose pojedinim oblicima udruživanja ili imovinskoj masi, kojima pravni poredak inače ne priznaje pravnu osobnost, omogućuje sudjelovanje u postupku pred sudom. Drugim riječima, takvim entitetima se priznaje stranačka sposobnost, premda oni nemaju svojstvo pravnog subjekta i po redovitom tijeku stvari ne mogu stjecati nikakva prava i obveze, pa ni prava i obveze u svezi s postupkom pred sudom.

Hrvatski Zakon o parničnom postupku priznaje stranačku sposobnost svim pravnim i fizičkim osobama¹ te dopušta da se posebnim propisima odredi kako i neki drugi entitet može sudjelovati kao stranka u postupku.² Dodatno omogućuje

¹ Zakon o parničnom postupku (Službeni list SFRJ, br. 4/77., 36/77., 36/80., 69/82., 58/84., 74/87., 57/89., 27/90., Narodne novine, br. 26/91., 34/91., 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 96/08. i 123/08.), članak 77. stavak 1.: "Stranka u postupku može biti svaka fizička i pravna osoba."

² Ibid. stavak 2.: "Posebnim propisima određuje se tko može biti stranka u postupku osim fizičkih i pravnih osoba." V. više u Dika, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku,

da sud u parničnom postupku prizna stranačku sposobnost i kakvim drugim oblicima udruživanja, ako utvrdi da ovi u bitnome ispunjavaju pretpostavke koje se i inače traže za stjecanje stranačke sposobnosti, a osobito ako raspolažu s imovinom na kojoj se može provesti ovrha.³ Pri tomu, u kontekstu ove odredbe, izrazu "raspolaganje" treba dati široko značenje, s obzirom na to da sklapanje valjanih pravnih poslova, koji bi se odnosili na raspolaganje imovinom, strogo uzevši nije moguće. Ovo zbog toga što samo pravni subjekti mogu stjecati prava i obveze, pa i bilo koja imovinska prava. U praksi hrvatskih sudova postoji ustaljena praksa glede priznanja stranačke sposobnosti određenim oblicima udruživanja.⁴

Na ovom mjestu se može dodati kako bi prema nekim dvostranim ugovorima o poticanju i zaštiti ulaganja kojima je Republika Hrvatska stranka, stranačku sposobnost u eventualnom postupku pred hrvatskim sudom katkad imale i vlade, državne agencije, upravni organi, ortakluci i slični entiteti iz drugih država.⁵

Zagreb, 2008., str. 32. et seq. Navodi pojedine slučajeve u kojima je posebnim propisima priznata stranačka sposobnost radničkom vijeću, stečajnoj masi i nekim državnim tijelima.

³ Ibid., stavak 3.: "Parnični sud može, iznimno, s pravnim učinkom u određenoj parnici, priznati svojstvo stranke i onim oblicima udruživanja koji nemaju stranačku sposobnost prema odredbama stavka 1. i 2. ovog članka ako utvrdi da, s obzirom na predmet spora, u suštini udovoljavaju bitnim uvjetima za stjecanje stranačke sposobnosti, a osobito ako raspolažu imovinom na kojoj se može provesti ovrha."

⁴ V. Dika, op. cit., str. 34. et seq. V. i Grbin, Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom, Organizator, Zagreb, 2001., str. 62. et seq. te Triva, Dika, Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 306.

⁵ Nadležnost hrvatskog suda je u velikom broju takvih ugovora predviđena kao izberiva (elektivna), pri čemu strani ulagatelj može obično izvršiti izbor između sudova države s kojom je u sporu i različitih arbitražnih tijela. V. Kunštek, Rješavanje sporova prema dvostranim ugovorima o poticanju i zaštiti stranih ulaganja koje je sklopila Republika Hrvatska – otvorena pitanja, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, 47-6., 2008., str. 1267. et seq. Neki od njih predviđaju da će se ulagateljima smatrati, odnosno imati stranačku sposobnost i entiteti kojima se to inače ne priznaje. V. npr. ugovor s Moldovom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 3/07.), članak 1. točka 2. "Izraz »ulagatelj« podrazumijeva u odnosu na obje Ugovorne stranke:..... c) pravnu osobu ili ortakluk osnovan sukladno zakonima i propisima treće države koja ulaže na teritoriju jedne od Ugovornih stranaka koje ulagatelj naveden pod a) ili b) ove stavke vrši dominantan utjecaj..."; Katarom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 3/02.), članak 1. točka 2. "Izraz »ulagatelj« u odnosu na obje Ugovorne stranke znači:.....c) u odnosu na Državu Katar: Vladu, vladine agencije, korporacije, tvrtke, firme i poslovne udruge inkorporirane ili osnovane sukladno zakonima važećim u državi Katar, a koje imaju sjedište na teritoriju Države Katar....." Kuwaitom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 11/97.), članak 1. točka 2. "Izraz »ulagatelj« znači: (a) u odnosu na jednu državu ugovornicu(2) vladu te države ugovornice i bilo koju pravnu osobu ili drugi subjekt pravno osnovan u skladu sa zakonima i propisima te države ugovornice, kao što su institucije, razvojni fondovi, upravni organi, fondacije, ustanove, agencije, poduzeća, zadruge, partnerstva, korporacije, društva, firme, organizacije i poslovna udruženja ili slične pravne subjekte, bez obzira da li je njihova odgovornost ograničena ili neograničena; te bilo koji pravni subjekt osnovan izvan pravne nadležnosti jedne države ugovornice kao pravna osoba u kojoj ta država ugovornica ili neki njezin državljanin ili subjekt osnovan na području njezine pravne nadležnosti ima pretežiti udjel."

Kratki povijesni i poredbeni prikaz

Zakonik o sudskom postupku u građanskim stvarima (građanski parnični postupak) za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca nije davao ovlasti sudu da nekom entitetu prizna stranačku sposobnost te je dopuštao da kao stranka u postupku sudjeluju samo pravne i fizičke osobe, kao i ona udruženja i imovinske mase kojima posebni zakoni priznaju to svojstvo.⁶

Dakle, niti je sud imao mogućnost priznati nekom entitetu stranačku sposobnost, niti je to mogao učiniti kakav drugi organ izuzev zakonodavca, što bi se prema hrvatskom ZPP-u moglo dogoditi, ako se doslovno tumači odredba njegova članka 77. stavka 2.⁷ S druge strane, omogućavao je da se, istina samo zakonom, prizna stranačka sposobnost, ne samo pojedinim oblicima udruživanja, već i nekoj imovinskoj masi, npr. ostavini. O tome bi se, iz sasvim praktičnih razloga, moglo početi razmišljati i u našoj zemlji.⁸ Kad je stečajna masa u

⁶ V. § 102.: “Parničnom strankom može biti svako fizičko i pravno lice ukoliko ima pravnu sposobnost po propisima postojećih zakona, kao i udruženja i imovinske mase kojima posebni zakonski propisi priznaju pravo da budu parnična stranka”. Vidi Verona, Zuglia, *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama*, Zagreb, 1930. Prema Uvodnom zakonu za *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama*, stupio je na snagu 1. siječnja 1932., izuzev za područja apelacijskih sudova u Beogradu i Skoplju te Velikog suda u Podgorici. Na tim područjima je stupio na snagu 1. siječnja 1933. S druge strane, njegove odredbe o tzv. “siromaškom pravu” stupile su na snagu s danom objavljivanja Uvodnog zakona.

⁷ Neovisno o nepreciznosti te odredbe, ipak smatramo da bi se stranačka sposobnost mogla, glede entiteta koji nemaju pravne sposobnosti, propisati samo zakonom. To s obzirom na odredbu članka 118. stavka 3. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 44/01. i 55/01. – dalje u tekstu *Ustav RH*): “Ustanovljavanje, djelokrug, sastav i ustrojstvo sudova te postupak pred sudovima uređuje se zakonom.” Tako i Dika, op. cit., str. 31. “...trebalo bi uzeti da bi posebni propisi iz članka 77. stavka 2. mogli biti samo zakonski propisi, a nikako i podzakonski propisi”. S tim u vezi, dvojbena je ustavnost Uredbe o načinu likvidacije poslovanja glavnih filijala Jugobanke d.d. Beograd koje su poslovale na teritoriju Republike Hrvatske koja je naknadno izmijenjena odgovarajućim zakonom (V. infra ad 14.). Smatramo da u ovakvom slučaju Vlada Republike Hrvatske nije mogla iskoristiti svoja ovlaštenja koja je dobila na temelju članka 87. Ustava RH, jer se radi o propisu s kojim se, između ostalog uređuje i postupak pred sudom.

⁸ Nema niti jednog razloga da se imovinskoj masi ne prizna svojstvo posebne pravne osobe (tzv. *ležeća ostavina – hereditas iacens*). Naime, premda je pretpostavka da je neka osoba postala nasljednikom u trenutku smrti načelno ispravna, takvo stajalište može katkad biti nepraktično. Postupak utvrđivanja nasljednika, kao i parnice koje iz toga mogu proizaći mogu biti manje ili više dugotrajne, a tijekom tog razdoblja se sa sigurnošću ne može znati tko je ovlašten raspolagati s imovinom koju je ostavitelj imao u vlasništvu. S druge strane, započeti postupci pred sudom se prekidaju itd. Stajalište prema kojemu se ostavinskoj masi priznaje svojstvo pravne osobe i prema kojemu ona ima zakonskog zastupnika (npr. u osobi od općeg povjerenja koju imenuje sud) riješilo bi na praktičan način takve probleme. To je napose važno u onim situacijama u kojima se radi o većoj ostavinskoj masi koja je faktički bez gospodara, što može imati brojne negativne učinke, ne samo po nasljednike, već i po treće osobe. Tako npr., ako ostavitelj ima dionice ili poslovne udjele, a budući da ne postoji pravomoćno rješenje o nasljeđivanju ne može se sa sigurnošću znati tko je ovlašten sudjelovati na skupštini društva itd. Dodatno, za vrijeme dok pravomoćnom odlukom nadležnog tijela nije utvrđeno tko je nasljednik, vjerovnici ostavitelja ne znaju kome se mogu obratiti za namirenje svojih tražbina, njegovi dužnici ne znaju kome mogu ispuniti svoju obvezu itd. Građanski zakonik Kvebeka poznaje ustanovu likvidatora koji upravlja ostavinskom

pitanju, hrvatski zakonodavac je tako i postupio, jer se iz stilizacije pojedinih odredaba Stečajnog zakona, koje se odnose na ovlaštenja i dužnosti stečajnog upravitelja, kao i djelovanje pravomoćnih presuda donesenih u parnicama za pobijanje pravnih radnji, može izvući zaključak da se stečajnoj masi priznaje stranačka sposobnost.⁹ Slično stajalište bi se *mutatis mutandis* moglo usvojiti i glede ostavinske mase. Smatramo da priznanje stranačke sposobnosti ostavinskoj masi ne mora biti u protivnosti s načelom prema kojemu se nasljednikom postaje u trenutku delacije (*delatio*). Naime, za vrijeme dok se sa sigurnošću ne zna tko će postati nasljednik, a u cilju zaštite osoba koje će to postati, kao i vjerovnika, takva imovinska masa može imati pravnu i stranačku sposobnost i imati zakonskog zastupnika imenovanog od nadležnog tijela (sud, centar za socijalnu skrb).

Venecuelanski Zakonik o građanskom postupku priznaje stranačku sposobnost svim entitetima koji nemaju pravnu sposobnost, ali oni moraju biti zastupani po osobama koje u njihovo ime djeluju, ili kojima su članovi entiteta to posebno povjerali, s time da su svi oni koji djeluju u njihovo ime i za njihov račun osobno i solidarno odgovaraju za poduzete radnje.¹⁰ Japanski Zakonik o građanskom postupku, također priznaje pravnu sposobnost svim udrugama i imovinskim masama koje nisu pravne osobe, ali samo ako imaju unutarnja pravila glede svog zastupnika ili upravitelja. U takvom slučaju, sud bi trebao samo utvrditi

masom. Istovremeno, pretpostavljeni interesi budućih nasljednika nisu zapostavljeni. V. Code Civil Quebec, članak 804.: "The liquidator administers the succession. He shall realize the property of the succession to the extent necessary to pay the debts and the legacies by particular title. To do this, he may alienate, alone, movable property that is perishable, likely to depreciate rapidly or expensive to preserve. He may also alienate the other property of the succession with the consent of the heirs or, failing that, the authorization of the court." V. i § 811. OGZ-a "Za osiguranje ili namirenje vjerovnika ostaviteljevih sud ne skrbi više nego zahtijevaju vjerovnici. Ali ovi nisu dužni čekati dok se očituje nasljednik, nego im je slobodno prijaviti svoja prava protiv mase i tražiti da se za obranu njezinu postavi skrbnik....."

⁹ Stečajni zakon, (Narodne novine, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03. i 82/06.), članak 25. "(1) Stečajni upravitelj je dužan postupati savjesno i uredno, a osobito:12. nakon zaključenja stečajnog postupka zastupati stečajnu masu u skladu s ovim Zakonom....." članak 147. "... (7) Pravomoćna presuda donesena u parnici za pobijanje pravnih radnji djeluje prema stečajnom dužniku, odnosno stečajnoj masi te svim stečajnim vjerovnicima..." V. više u Dika, op. cit., str. 32. V. i članak 70. stavak 4. Zakona o sudskom registru (Narodne novine, br. 1/95., 57/96., 45/99., 54/05. i 40/07): "U slučaju da se nakon brisanja subjekta upisa utvrdi postojanje imovine, provest će se postupak likvidacije nad tom imovinom. U izvanparničnom postupku registarski sud će na prijedlog zainteresirane osobe imenovati likvidatora naknadno pronađene imovine."

¹⁰ Código de Procedimiento Civil, Gaceta N° 4.209 Extraordinaria 18 de septiembre de 1990, članak 139.: "Las sociedades irregulares, las asociaciones y los comités que no tienen personalidad jurídica, estarán en juicio por medio de las personas que actúan por ellas o a las cuales los asociados o componentes han conferido la representación o la dirección. En todo caso, aquellos que han obrado en nombre y por cuenta de la sociedad, asociación o comité, son personal y solidariamente responsables de los actos realizados." Vidi i njemački BGB, §54. "Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner."

činjenicu postoje li navedena pravila.¹¹ Američka Federalna pravila o građanskom postupku, također omogućavaju određenim oblicima udruživanja, a napose ortaklucima da budu stranke u postupku.¹²

Stranačka sposobnost podružnica inozemnih pravnih osoba

Kad je u pitanju priznanje stranačke sposobnosti odlukom suda, hrvatska judikatura je stajališta da to nije moguće glede podružnica pravnih osoba, premda je u svezi s tim bilo stanovitih dvojbi.¹³ Upravo zbog toga treba posvetiti pozornost nekim propisima koji su istina rijetki, a s kojima se upravo podružnicama (inozemnih) pravnih osoba priznaje stranačka sposobnost. Tako je Uredbom o načinu likvidacije poslovanja glavnih filijala Jugobanke d.d. Beograd, koje su poslovale na teritoriju Republike Hrvatske, ovima neprijeporno priznata pravna sposobnost, slijedom čega mogu biti i stranka u postupku. U njoj se navodi da one imaju svoje tražbine i dugove, a ne da su to tražbine i dugovi matične pravne osobe – trgovačkog društva o čijim se podružnicama radi.¹⁴ Također im se postavljaju svojevrsni zakonski zastupnici i to pravne, a ne fizičke osobe Republike Hrvatske.¹⁵ Navedena Uredba je naknadno zamijenjena Zakonom o načinu likvidacije poslovanja glavnih filijala Jugobanke d.d. Beograd koje su poslovale na teritoriju Republike Hrvatske prema kojem one,

¹¹ Japan, Code of Civil Procedure 1996, Art. 29.: An association or foundation which is not a legal entity but has rules for its representative or administrator can be sued or can bring a suit in its name”.

¹² Federal Rules of Civil Procedure, prema tekstu na dan 1. prosinca 2007., Rule 17. Plaintiff and Defendant; Capacity; Public Officers; “... (b) Capacity to Sue or be Sued. Capacity to sue or be sued is determined as follows:

(1) for an individual who is not acting in a representative capacity, by the law of the individual’s domicile; (2) for a corporation, by the law under which it was organized; and (3) for all other parties, by the law of the state where the court is located, except that: (A) a partnership or other unincorporated association with no such capacity under that state’s law may sue or be sued in its common name to enforce a substantive right existing under the United States Constitution or laws; and (B) 28 U.S.C. §§ 754 and 959(a) govern the capacity of a receiver appointed by a United States court to sue or be sued in a United States court.”

¹³ O tome više u Dika, op. cit., str. 38. V. odluku Visokog Trgovačkog suda Republike Hrvatske, Pž-4399/03 od 20. lipnja 2006.: “Podružnica trgovačkog društva nije pravna osoba, pa stoga ne može biti stranka u postupku.”

¹⁴ Uredba o načinu likvidacije poslovanja glavnih filijala Jugobanke d.d. Beograd koje su poslovale na teritoriju Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 84/92.), članak 2.: “U likvidaciji poslovanja glavnih filijala obavljat će se naplata potraživanja glavnih filijala od pravnih i fizičkih osoba sa teritorija Republike Hrvatske te do visine naplaćenih potraživanja, izmirivati dugovi glavnih filijala prema pravnim i fizičkim osobama sa teritorija Republike Hrvatske.”

¹⁵ Ibid., članak 3.: “Poslove likvidacije poslovanja glavnih filijala obavljat će banke sa sjedištem u Republici Hrvatskoj (u daljnjem tekstu: banke), koje odredi Narodna banka Hrvatske. Poslove iz stavka 1. ovog članka banke će voditi u ime i za račun glavnih filijala. Za obavljanje poslova po ovoj uredbi banke će naplaćivati naknadu u skladu sa svojom tarifom utvrđenom za ovu vrstu poslova.”. O zakonskom zastupanju V. Dika, op. cit., str. 188. et seq.

također, imaju pravnu i stranačku sposobnost¹⁶ te točno određene zakonske zastupnike.¹⁷

U konkretnom slučaju, budući da se radi o podružnicama inozemne pravne osobe, koje kao njeni sastavni dijelovi nemaju posebnu pravnu osobnost, treba napose imati u vidu da bi za prosuđivanje njihova pravnog i procesnog subjektiviteta trebalo načelno primijeniti mjerodavno pravo, a to je pravo države prema kojem je matična pravna osoba osnovana.¹⁸

Očito je da hrvatski zakonodavac nije razmišljao u tom pravcu. Istina on tako nešto posebnim propisom može učiniti glede čega u poredbenom pravu postoji izvjesna praksa, napose u svezi sa sovjetskim nacionalizacijama nakon Oktobarske revolucije, pa i u sudskim postupcima povezanim s nekim drugim sličnim događajima u povijesti (kubanska revolucija, iranska revolucija).¹⁹

¹⁶ Zakon o načinu likvidacije poslovanja glavnih filijala Jugobanke d.d. Beograd, koje su poslovale na teritoriju Republike Hrvatske (dalje ZLJ, Narodne novine, br. 106/93.), članak 2.: "U likvidaciji poslovanja glavnih filijala obavljat će se naplata potraživanja glavnih filijala od pravnih i fizičkih osoba s teritorija Republike Hrvatske, te do visine naplaćenih potraživanja, izmirivati dugovi glavnih filijala prema pravnim i fizičkim osobama sa teritorija Republike Hrvatske".

¹⁷ Ibid., članak 3. "Poslove likvidacije poslovanja glavnih filijala obavljat će banke sa sjedištem u Republici Hrvatskoj i to:

1. Hrvatska gospodarska banka d.d. Zagreb za glavnu filijalu Jugobanke d.d. Beograd u Zagrebu.
2. Zagrebačka banka – Pomorska banka d.d. Split za glavnu filijalu Jugobanke d.d. Beograd u Splitu.
3. Adria banka d.d. Rijeka za glavnu filijalu Jugobanke d.d. Beograd u Rijeci.

U obavljanju poslova iz članka 2. ovoga Zakona, banke iz stavka 1. ovog članka dužne su poduzimati sve zakonom dozvoljene mjere za naplatu potraživanja glavnih filijala i u visini naplaćenih potraživanja promptno i na vrijeme plaćati obveze vjerovnicima glavnih filijala.

Poslove iz članka 2. ovoga Zakona banke iz stavka 1 ovoga članka vodit će u ime i za račun glavnih filijala

Za obavljanje poslova po ovom Zakonu, banke će naplaćivati naknadu u skladu sa svojom tarifom utvrđenom za ovu vrstu poslova".

¹⁸ Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, (Službeni list SFRJ, br. 42/82. i 72/82., Narodne novine, br. 53/91. i 88/01.), članak 79. stavak 4.: "Za stranačku sposobnost strane pravne osobe mjerodavno je pravo predviđeno u članku 17. ovog zakona." V. članak 17.: "Pripadnost pravne osobe određuje se po pravu države po kojem je ona osnovana. Ako pravna osoba ima stvarno sjedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovana i po pravu te druge države ima njezinu pripadnost, smatrat će se pravnom osobom te države." O stranačkoj sposobnosti stranaca V. više u Dika, op. cit., str. 38. et seq. i Vuković, Kunštek, Međunarodno građansko postupovno pravo, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2005., str. 136. et. seq.

¹⁹ V. www.supreme.justia.com. U.S. Supreme Court, United States v. Pink, 315 U.S. 203 (1942): "Enforcement of New York's policy as formulated by the Moscow case would collide with and subtract from the Federal policy whether it was premised on the absence of extraterritorial effect of the Russian decrees, the conception of the New York branch as a distinct juristic personality, or disapproval by New York of the Russian program of nationalization. In deciding any federal question involved, it can make no difference to us whether New York has chosen to express its public policy by statute or merely by the common law determinations of its courts.... Erie R. Co. v. Tompkins, Skiriotes v. Florida, Hebert v. Louisiana, the state court's repeated declaration of a policy of treating the New York branch of the insurance company as a "complete and separate organization" would permit satisfaction of whatever claims of foreign creditors, as well as those of sister states, that New York deems provable against the local fund. Stajališta različitih sudova nisu

Spomenuti Zakon može proizvesti brojne dvojbene situacije. On ne sadrži bilo kakve odredbe o postupku likvidacije pa ni one koje su uobičajene u poredbenom pravu.²⁰ Prema doslovnom tumačenju jedne njegove odredbe, koja je vjerojatno rezultat nepoznavanja općih pravnih načela, može se zaključiti i kako se radi o “likvidaciji poslovanja”, a ne o likvidaciji podružnice (filijale).²¹ Ne postoje odredbe o tomu kada će se smatrati da je “likvidacija” dovršena i kakve su pravne posljedice ove okolnosti.²² Zapravo je nejasno i kakve su pravne posljedice otvaranja likvidacije, npr. postoji li kakav rok u kojem se trebaju prijaviti tražbine vjerovnika, obveza davanja oglasa o likvidaciji i sl. Likvidator – zakonski zastupnik očito je imenovan zakonom, a ne odlukom društva ili nekog tijela (npr. suda).²³ Međutim, nema uobičajene ovlasti i dužnosti poput sačinjavanja početnog ili završnog financijskog izvješća.²⁴ Zakon ne predviđa da se u tvrtku podružnice (filijale) unese oznaka “u likvidaciji”²⁵ te

glede ove problematike bila u potpunosti ujednačena. U kontekstu ove i druge slične problematike (Act of State Doctrine) v. *Wulfsohn v. Russian Republic*, 234 N.Y. 372, 138 N.E. 24, *Moscow Fire Ins. Co. v. Bank of New York & Trust Co.*, 280 N.Y. 286, 20 N.E.2d 758, *Russian Commercial & Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mulhouse*, [1925] A.C. 112, *Lazard Brothers & Co. v. Midland Bank*, [1933] A.C. 289, *Lehigh Valley R. Co. v. State of Russia*, 21 F.2d 396. i *Banco National de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 [1964] i *F. & H. R. Farman – Farmain Consulting Enginners Firm et al. V. Harza Engineering Company* 882 F.2d 281 [1989]. U svezi ovom problematikom V. i *Siedl-Hohenveldern, Communist Theories on Confiscation and Expropiation*, *AJIL*, 1958, str. 541. et seq.

²⁰ V. npr. *Građanski zakonik Nizozemske – knjiga 2, pravne osobe (Burgerlijk Werboek, Boek 2. Rechtspersonen)*, članci 23. do 23c.

²¹ V. članak 1. ZLJ: “Ovim Zakonom uređuje se likvidacija poslovanja glavnih filijala Jugobanke d.d. Beograd. u Zagrebu, Splitu i Rijeci koje su poslovale na teritoriju Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: glavne filijale).”

²² V. npr. članak 124. stavak 1. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine, br. 111/93., 34/99., 52/00., 118/03. i 107/07.): “Nakon što se podmire dugovi društva, likvidatori moraju preostalu imovinu podijeliti članovima srazmjerno njihovim udjelima u kapitalu društva što se utvrđuje na temelju konačnih financijskih izvješća.”

²³ V. supra ad 17.

²⁴ *Ibid.*, članak 122.: “Likvidatori moraju sastaviti financijska izvješća na početku i po završetku likvidacije.” V. i članak 125.: “Ako imovina društva nije dostatna za to da se pokriju obveze društva i isplate udjeli u kapitalu društva, članovi društva moraju nadoknaditi manjak u srazmjeru u kojemu su dužni pokriti gubitak društva. Ako se od nekoga člana ne može naplatiti iznos koji bi on morao platiti, ostali članovi moraju snositi manjak u navedenom srazmjeru.”: Članak 127.: “(1) Po okončanju likvidacije likvidatori moraju podnijeti prijavu sudu za upis brisanja društva iz trgovačkog registra. Društvo prestaje brisanjem iz trgovačkog registra. (2) Poslovne knjige i dokumentaciju društva likvidatori će predati na čuvanje sudu na čijem području se nalazi sjedište društva. (3) Članovi i njihovi nasljednici imaju pravo uvida u poslovne knjige i u dokumentaciju društva i mogu se njima koristiti”, kao i članak 129.: “(1) Zahtjevi prema članu društva s naslova odgovornosti za obveze zastarijevaju za pet godina od prestanka društva ili od izlaska člana iz društva, ako tražbina prema društvu ne zastarijeva u kraćem roku. (2) Zastara počinje teći prvoga narednoga dana od dana u kojemu su prestanak društva ili prestanak članstva u društvu upisani u sudski registar. (3) Ako vjerovnikova tražbina prema društvu dostiže nakon upisa iz stavka 2. ovoga članka, zastara počinje teći od dana dospelosti.”

²⁵ *Ibid.*, članak 121.: “Likvidatori se moraju potpisivati tako da uz tvrtku društva navedu naznaku “u likvidaciji”. V. i članak 64. stavak 2. Zakona o sudskom registru (Narodne novine,

kako će postupiti s nekretninama ili pokretninama podružnice²⁶ itd. Ne samo da je nejasno kada će se smatrati da je “likvidacija” dovršena, već niti tko bi bio nadležan za donošenje odluke o tome, kako postupiti s poslovnim knjigama,²⁷ naknadno utvrđenim tražbinama ili pronađenom imovinom “likvidirane podružnice” i sl. Ovome možemo dodati i da nije predviđena sudska kontrola glede postupka likvidacije i napose rada likvidatora – zakonskog zastupnika.²⁸

Očigledno je da rješenja spomenutog Zakona bitno odstupaju od općeprihvaćenih načela u domaćem, poredbenom i međunarodnom pravu. Podružnice ne mogu biti posebni pravni subjekti, a priznanje takvog svojstva predstavlja ozbiljno zadiranje u imovinu pravne osobe u čijem su sastavu. Posljedice takvog legislativnog zahvata mogu biti brojne, npr. da njegovi učinci ne budu priznati u drugim državama, nastanak obveze Republike Hrvatske u svezi s naknadom za izvlaštenu imovinu, kao i obveze na naknadu štete itd.

Postupci u kojima je sudjelovala podružnica inozemne pravne osobe – učinci odluka hrvatskih sudova u drugim državama

S obzirom na prethodno navedeno, postavlja se pitanje učinaka odluka hrvatskih sudova u državi kojoj pravna osoba pripada te u trećim državama, ako su one proizašle iz postupaka u kojem je jedan dio te pravne osobe sudjelovao kao stranka u postupku i u kojem je zakonski zastupnik tog dijela (podružnice, filijale) bila osoba koja je imenovana prisilnim propisom Republike Hrvatske.²⁹

br. 1/95., 57/96., 45/99., 54/05. i 40/07.): “U slučaju iz stavka 1. ovoga članka, registarski sud će zaključkom pozvati subjekt upisa, da u roku koji ne može biti kraći od 30 dana podnese prijavu za upis razloga za prestanak subjekta upisa koja mora sadržavati i zahtjev za upis imenovanja likvidatora i promjene tvrtke ili naziva s dodatkom “u likvidaciji.”

²⁶ V. članak 117. Zakona o trgovačkim društvima: “Likvidatori moraju završiti tekuće poslove, naplatiti potraživanja društva, unovčiti preostalu imovinu i podmiriti vjerovnike. Radi dovršenja poslova koji su u tijeku oni mogu sklapati i nove poslove. U granicama svog poslovnog djelovanja likvidatori zastupaju društvo.”

²⁷ V. članak 4. ZLJ: “Sve knjigovodstvene isprave i poslovne knjige kao i svu dokumentaciju o instrumentima osiguranja naplate potraživanja glavnih filijala, što su ih banke iz članka 3. stavka 1. ovoga Zakona preuzele od glavnih filijala, dužne su čuvati do završetka poslova likvidacije poslovanja. Poslovanje po odredbama ovoga Zakona, banke će evidentirati izdvojeno od svojih poslovnih knjiga.” V. i članak 127. stavak 2. Zakona o trgovačkim društvima “Poslovne knjige i dokumentaciju društva likvidatori će predati na čuvanje sudu na čijem području se nalazi sjedište društva.”

²⁸ Ibid., članak 5.: “O poslovanju po odredbama ovoga Zakona, banke iz članka 3. stavka 1. ovoga Zakona dužne su redovito mjesečno obavještavati Narodnu banku Hrvatske, koja je dužna voditi nadzor nad provedbom ovoga Zakona.”

²⁹ Kad bi se u konkretnom slučaju radilo o stečaju, prema trenutno važećem Stečajnom zakonu bi postojala nadležnost hrvatskog suda Republike Hrvatske. Ali i u tom slučaju bi se provodio stečajni postupak protiv stečajnog dužnika, a ne protiv njegove podružnice. V. članak 302. stavak 1. Stečajnog zakona: “Ako sud Republike Hrvatske nije nadležan prema odredbi članka 301. stavka 1. ovoga Zakona, taj je sud nadležan za provedbu stečajnoga postupka protiv dužnika ako on ima poslovnu jedinicu bez svojstva pravne osobe u Republici Hrvatskoj”.

Ovome treba dodati da matičnoj pravnoj osobi nije omogućeno sudjelovanje u postupku što je protivno i Ustavu te međunarodnim ugovorima koji obvezuju Hrvatsku.³⁰

Hoće li odluke hrvatskih sudova glede postojanja tražbina, ili dugova podružnica, ili kondemnatorne odluke s time u vezi, imati u drugim državama bilo kakve učinke prema matičnoj pravnoj osobi te hoće li se tražbina koja je namirena podružnici ili dug koji joj je ispunjen smatrati tražbinom ili dugom koji je prestao u odnosu na matičnu pravnu osobu? Smatramo da neće, jer je donošenjem ovakvih propisa hrvatski zakonodavac otvorio mogućnost da se s imovinom strane pravne osobe raspoláže mimo njene volje, odnosno oduzeo joj je tu imovinu bez naknade. Stoga bi se gotovo sigurno moglo kazati da takve odluke ne bi bile priznate iz razloga što su protivne općim pravnim načelima i javnom poretku.³¹

Trebalo bi zaključiti da je razmatrani propis s kojim je priznata pravna i stranačka sposobnost podružnica proizveo i pravnu nesigurnost za dužnike inozemne pravne osobe. Stoga, što oni ne mogu biti sigurni da su valjano ispunili svoju obvezu. S druge strane, postoje izvjesne dvojbe i glede vjerovnika. Posebno ističemo problematiku tražbina trećih osoba koje su ove imale prema matičnom društvu u svezi s poslovanjem njegovih podružnica ili koje nastanu prema podružnici kao stranci u postupku u svezi s postupcima provedenim sukladno ovom propisu. Tako je moguće da se podružnici naloži plaćanje troškova postupka koje su pokrenuli njihovi zakonski zastupnici.³² Mogu li vjerovnici društva svoje tražbine ostvarivati pred sudom države u kojoj je sjedište matičnog društva, neovisno o tome što su bili neuspješni pred sudom Republike Hrvatske u postupku protiv njihove podružnice? Trebalo bi zaključiti da mogu, jer ne postoji identitet stranaka koje su sudjelovale u postupku, pa odluka hrvatskog suda ne bi imala učinke *res iudicatae*.

Kad su “vjerovnici podružnica” u pitanju, njihov pravni položaj je dodatno otežan i s time da se njihove tražbine mogu ostvarivati samo do visine sredstava s kojima podružnice raspolážu, odnosno do visine njihovih naplaćenih tražbina.

³⁰ V. članak 29. stavak 1. Ustava RH: “Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.” V. i Zakon 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.), članak 6. stavak 1.: “Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela....”. (In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law....).

³¹ Ako bi sudovi u svezi s člankom 77. stavkom 3. podružnici priznali svojstvo pravne osobe, radilo bi se i o protuustavnom postupanju. V. Dika, op. cit., str. 38.

³² ZLJ, članak 3. stavak 2.: “U obavljanju poslova iz članka 2. ovoga Zakona, banke iz stavka 1. ovog članka dužne su poduzimati sve zakonom dozvoljene mjere za naplatu potraživanja glavnih filijala i u visini naplaćenih potraživanja promptno i na vrijeme plaćati obveze vjerovnicima glavnih filijala”.

To pod pretpostavkom da će ovo uopće biti moguće s obzirom na postojeće stajalište da su sredstva podružnica koja se nalaze na računima hrvatskih zakonskih zastupnika izuzeta od ovrhe.³³ Naime, prije nego što je takav zakon donesen, oni su imali tražbinu prema matičnom društvu pa su, ako je ono sudjelovalo kao stranka u postupku, mogli birati iz kojeg će se dijela njegove imovine prisilno naplaćivati, ako to bude potrebno. To je mogla biti i imovina podružnica – filijala, ali i imovina koja se nalazi na području drugih država, uključujući i državu kojoj društvo pripada.³⁴

Potpuno je neizvjesno kakvo će stajalište glede odluka hrvatskih sudova imati sudovi država kojoj matično društvo pripada, kao i sudovi trećih država. Prema prethodno iznesenom, ipak pretežu razlozi za donošenje zaključka kako će smatrati da takve odluke nemaju nikakav učinak. U takvom slučaju bi “tražbine” podružnica i dalje ostale tražbine matičnog društva, jer su one i nastale iz pravnih poslova matičnog društva, a ne podružnice. U takvom slučaju bi se dužnici podružnica mogli naći u prilično neugodnoj situaciji. Vjerovnici društva koji su sudjelovali u postupku pred hrvatskim organima mogli bi ponovno i u svezi s istim tražbinama pokrenuti postupke pred sudovima drugih država, pa bi se mogli i dvostruko namiriti. A ako su već donesene odluke u njihovu korist, one se ne bi mogle prisilno izvršiti.

³³ U jednom od postupaka pred hrvatskim sudovima tužbeni zahtjev tužitelja (podružnice) odbijen je kao neosnovan. Presudom je tužitelju naloženo da isplati tuženiku dosudene parnične troškove. Kako tužitelj nije dragovoljno postupio po nalogu suda, tuženik je predložio ovrhu na jedinoj imovini ovog entiteta, kojem je zakonom priznata stranačka sposobnost u postupku pred hrvatskim sudom, odnosno na njegovu račun koji je otvoren kod zakonskog zastupnika. Zakonski zastupnik je, međutim, izvijestio sud kako po tom rješenju ne može postupiti, jer su sredstva na račun koji je naveden u rješenju u ovrši sredstva koja su na temelju zakona, odnosno drugog propisa izuzeta od prisilnog izvršenja. Navodi kako je taj račun “podračun vrste 13”, odnosno račun za posebne namjene kojega je sukladno uputi HNB otvorio pravni prednik zakonskog zastupnika (naputak HNB br. 100-11/2003-3 od 05. svibnja 2003. godine). V. Odluku o konstrukciji računa u banci, vodećem broju banke, uvjetima i načinu otvaranja računa u banci i sadržaju registra poslovnih subjekata u banci (Narodne novine, br. 150/02.), članak 9. stavak 2.: “Drugi znak u vrsti računa (n2) iz članka 7. ove odluke označuje namjenu računa, i to: – za grupu računa 1 – poslovni subjekt:..... 3 – račun za posebne namjene poslovnog subjekta/banke za sredstva koja su na temelju zakona odnosno drugog propisa izuzeta od prisilnog izvršenja...”. Inače, u konkretnom slučaju je očito da sud treba obustaviti ovrhu jer je rješenje o ovrši banka primila neutvrđenog dana prije 30. siječnja 2006. godine, a ovrhovoditelj u zakonskom roku nije predložio novo sredstvo i predmet ovrhe. Vidi članak 180a. stavak 4. Ovršnog zakona (Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08.) prema njegovu važećem tekstu na taj dan: “Ako ovrhovoditelj ne bude namiren u skladu s rješenjem o ovrši u roku od šest mjeseci od dostave toga rješenja banci i ako u tom roku ne predloži izmjenu sredstva i predmeta ovrhe, sud će ovrhu obustaviti.”

³⁴ Što se tiče položaja vjerovnika, ovome valja dodati i to da su podružnice inozemne pravne osobe dobile ne samo pravnu i stranačku sposobnost, već i zakonske zastupnike kojima je omogućeno da nekontrolirano naplaćuju svoje tražbine. V. ZLJ, članak 2. stavak 4.: “Za obavljanje poslova po ovom Zakonu, banke će naplaćivati naknadu u skladu sa svojom tarifom utvrđenom za ovu vrstu poslova”. V. i članak 5.: “U izmirivanju obveza glavnih filijala u skladu sa člankom 2. ovoga Zakona, banke će, nakon naplate vlastitih troškova iz članka 3. stavka 4. ovoga Zakona, prvenstveno izmirivati obveze glavnih filijala prema Narodnoj banci Hrvatske”.

Umjesto zaključka – odnos propisa s kojim je podružnici inozemne pravne osobe priznata stranačka sposobnost prema ECHR i Ugovoru o sukcesiji SFRJ

S druge strane, potpuno je jasno da će se, ako se prizna učinak razmatranog Zakona i odluka koje su donesene na temelju njega, smatrati kako je došlo do svojevrsnog izvlaštenja matičnog društva. U tom slučaju, ono ne bi moglo svoje tražbine ostvariti prema “dužnicima” podružnica ako su one namirene, pa će se postaviti pitanje naknade za izvlaštenu imovinu i eventualnu štetu. Prema općim stajalištima, države imaju pravo donositi ovakve i slične propise, ako misle kako to odgovara njihovim interesima. Međutim, to ih ne oslobađa obveze isplate naknade osobama koje su izvlaštene. Ako se to ne bi učinilo, moglo bi se opravdano smatrati da je, pored spomenutih povreda ECHR,³⁵ povrijeđen i njen članak 1. Protokola 1.³⁶ U vrijeme donošenja ovoga Zakona, primjena ECHR nije dolazila u obzir *ratione temporis*, budući da je ona stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku naknadno (5. studenog 1997. godine). Međutim, njena primjena je neprijeporna na odluke koje su u svezi s njegovom primjenom donesene nakon stupanja Konvencije na snagu.

Dodatno se postavlja pitanje kakav učinak u svezi s razmatranim Zakonom imaju odredbe Ugovora o pitanjima sukcesije sklopljenog između država

³⁵ V. supra ad 30.

³⁶ V. ECHR Article 1. “Protection of Property”: “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”.

Prijevod na hrvatski koji je objavljen u službenom glasilu:

“Članak 1.

ZAŠTITA VLASNIŠTVA

Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava.

Prethodne odredbe, međutim, 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 za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.”.

Smatramo da je prijevod na hrvatski jezik, kako je to objavljeno u službenom glasilu, nepravilan. Iz naslova iznad odredbe članka 1. dalo bi zaključiti da se štiti vlasništvo, a zapravo se štiti imovina (property) koja je daleko širi pojam od vlasništva (osim vlasništva postoje i druga stvarna prava). Iz engleskog teksta odredbe članka 1. moglo bi se smatrati i da se štiti ostvarivanje posjedovnih prava (peaceful enjoyment of his possessions). U praksi suda se štite sva imovinska prava, pa tako i tražbine, mirovinska prava itd. V. npr. V. Dubenko v. Ukraine (N° 74221/01) od 11. siječnja 2005, Gizzatova v. Russia (N° 5124/03) od 13. siječnja 2005. Poznakhirina v. Russia (N° 25964/02) od 24. veljače 2005., Stummer v. Austria (N° 37452/02) od 11. listopada 2007. itd.

sljednica bivše SFRJ?³⁷ Prema njemu se ugovorne strane obvezuju pružiti zaštitu pravnim subjektima koji su pripadali bivšoj SFRJ. Ova se zaštita odnosi na njihovu cjelokupnu imovinu i stečena prava.³⁸ Posebno se spominju prava koja se odnose na pokretnine ili nekretnine na području država sljednica stečena do 31. prosinca 1990. godine. Naime, postoji obveza da se ova prava priznaju i imovina vrati sukladno “standardima i normama međunarodnog prava”, a ako to nije moguće, da se isplati naknada – opet sukladno “normama građanskog i međunarodnog prava”.³⁹ Na ovome mjestu treba navesti da pojmovi poput “standardi međunarodnog prava” ili “norme međunarodnog prava” nemaju općeprihvaćeno značenje. Prilično često se spominje kako je u međunarodnom pravu uobičajeno bez odlaganja isplatiti punu naknadu izvlaštenom subjektu (“prompt, adequate and effective compensation”, tzv. Hull formula).⁴⁰ Međutim postoje i drukčija stajališta koja su usvojena u rezolucijama Ujedinjenih naroda. Prema njima se u slučaju dvojbe ima isplatiti “odgovarajuća” naknada utvrđena u postupku pred domaćim sudom i primjenom domaćeg prava. Takav je slučaj i s Poveljom o ekonomskim pravima i dužnostima država iz 1974.⁴¹ Valja

³⁷ Ugovor o pitanjima sukcesije od 29. lipnja 2001. – dalje Ugovor o sukcesiji (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 2/04.), stupio na snagu 02. lipnja 2004. godine (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/04.).

³⁸ Ibid., Aneks G, članak 1.: “Privatna imovina i stečena prava građana i drugih pravnih osoba SFRJ države sljednice štitić će se u skladu s odredbama ovog Aneksa.” (Private property and acquired rights of citizens and other legal persons of the SFRY shall be protected by successor States in accordance with the provisions of this Annex.)

³⁹ Ibid., članak 2. stavak 1. točka (a): “Prava na pokretnu i nepokretnu imovinu koja se nalazi u nekoj državi sljednici na koju su građani ili druge pravne osobe SFRJ imali pravo na dan 31. prosinca 1990. priznat će se, te će biti zaštićena i vraćena od te države u skladu s utvrđenim standardima i normama međunarodnog prava bez obzira na nacionalnost, državljanstvo, mjesto boravka ili prebivalište tih osoba. To uključuje osobe koje su, nakon 31. prosinca 1990. stekle državljanstvo ili mjesto boravka ili prebivalište u nekoj drugoj državi, a ne u državi sljednici. Osobe koje ne mogu ostvariti ova prava imaju pravo na naknadu u skladu s normama građanskog i međunarodnog prava.” (The rights to movable and immovable property located in a successor State and to which citizens or other legal persons of the SFRY were entitled on 31 December 1990 shall be recognised, and protected and restored by that State in accordance with established standards and norms of international law and irrespective of the nationality, citizenship, residence or domicile of those persons. This shall include persons who, after 31 December 1990, acquired the citizenship of or established domicile or residence in a State other than a successor State. Persons unable to realize such rights shall be entitled to compensation in accordance with civil and international legal norms.)

⁴⁰ Takav “standard”, odnosno načela za naknadu izvlaštenim subjektima prvi je spomenuo državni tajnik Sjedinjenih Američkih Država Cordell Hull za vrijeme nacionalizacija imovine američkih naftnih društava u Meksiku 1936. V. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment, 2004/4 “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, str. 2.

⁴¹ Loc. cit. V. United Nations A/RES/29/3281 Charter of Economic Rights and Duties of States, 1974, Art. 2.2. “Each State has the right:c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a

napomenuti da Hull formula u različitim varijantama, neovisno o jasno izraženom stajalištu, odnosno protivljenju Generalne skupštine Ujedinjenih naroda, prevladava u bilateralnim ugovorima koji uređuju materiju poštivanja i zaštite inozemnih ulaganja, pa i onima koje obvezuju Republiku Hrvatsku.⁴² Budući da je rasprava o ovoj problematici izvan tematike ovoga rada, nećemo se dalje baviti s njom. Naime, neprijeporno je da države sljednice ova prava moraju priznati ili isplatiti naknadu ako to nije moguće, pa se pitanje visine te naknade u ovom kontekstu postavlja kao sporedno, premda je ono inače od izuzetnog značenja.

S obzirom na navedeno, mišljenja smo da razmatrani Zakon, kao i slični propisi u drugim državama nastalim na području bivše SFRJ, neće imati željene učinke.⁴³ I ECHR i Ugovor o sukcesiji su, kao međunarodni ugovori, po pravnoj

controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.”

⁴² V. npr. ugovor s Litvom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 5/08.), članak 4. stavak 1.: “Nijedna ugovorna stranka neće izvlaštiti, nacionalizirati ili poduzeti mjere koje imaju jednaki učinak (u daljnjem tekstu »izvlaštenje«) na ulaganja ulagatelja druge ugovorne stranke, osim:c uz davanje pravovremene, odgovarajuće i učinkovite naknade”, Korejom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 4/06.), članak 5. stavak 1.: “Ulaganja ulagatelja jedne ugovorne stranke neće biti nacionalizirana, izvlaštena ili na drugi način izložena mjerama koje imaju jednak učinak poput nacionalizacije ili izvlaštenja (u daljnjem tekstu »izvlaštenje«) na državnom području druge ugovorne stranke osim sa svrhom koja je u javnom interesu i uz hitnu, adekvatnu i djelotvornu naknadu”, Sjedinjenim Američkim Državama (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 6/97.), članak 3. stavak 1.: “Niti jedna Ugovorna stranka neće izvlaštiti ili nacionalizirati pokriveno ulaganje direktno ili indirektno putem mjera koje su jednake izvlaštenju ili nacionalizaciji (»izvlaštenje«) osim u javnu svrhu; na nediskriminacijski način; uz plaćanje hitne, adekvatne i učinkovite naknade”, Italijom (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 4/97.), članak 5. stavak 2.: “Ulaganja ulagatelja jedne od Ugovornih stranaka neće biti, »de iure« ili »de facto«, izravno ili neizravno, u cijelosti ili djelomično, nacionalizirana, izvlaštena, rekvirirana ili izvrgnuta bilo kojim mjerama koje imaju jednak učinak na teritoriju druge Ugovorne stranke, osim u javne svrhe ili zbog državnog interesa, te u zamjenu za hitnu, potpunu i učinkovitu naknadu, i pod uvjetom da su te mjere poduzete na nediskriminacijskoj osnovi i u skladu sa svim zakonskim odredbama i postupcima”.

⁴³ Ugovor o sukcesiji, Aneks G., članak 2. stavak 1. točka (b): “Bilo kakav navodni prijenos prava na pokretnu i nepokretnu imovinu učinjen nakon 31. prosinca 1990. i zaključen pod prisilom ili protivno pododjeljku (a) ovoga članka, bit će ništav.” (Any purported transfer of rights to movable or immovable property made after 31 December 1990 and concluded under duress or contrary to sub-paragraph (a) of this Article shall be null and void.) Vidi i članak 2. stavak 2.: “Svi ugovori sklopljeni od strane građana ili drugih pravnih osoba SFRJ do 31. prosinca 1990. godine, uključujući one sklopljene s javnim poduzećima, poštovat će se bez diskriminacije. Države sljednice omogućit će izvršavanje obveza na temelju takvih ugovora tamo gdje je izvršenje takvih ugovora bilo spriječeno raspadom SFRJ.” (All contracts concluded by citizens or other legal persons of the SFRY as of 31 December 1990, including those concluded by public enterprises, shall be respected on a non-discriminatory basis. The successor States shall provide for the carrying out of obligations under such contracts, where the performance of such contracts was prevented by the break-up of the SFRY.)

snazi iznad zakona Republike Hrvatske.⁴⁴ To napose stoga što Ugovor o sukcesiji ne priznaje raspolaganje sa stečenim pravima bilo kojeg pravnog subjekata bivše SFRJ, a do toga je s ovim Zakonom došlo. Nebitno je na koji način je izvršeno raspolaganje, pravnim poslom ili donošenjem nekog propisa. Ovo jasno proizlazi iz stilizacije odredbe članka 2(b) Aneksa G.⁴⁵ Takvo raspolaganje je ništetno pa bi trebalo primijeniti opće načelo glede pravnih posljedica ništetnosti, odnosno izvršiti povrat primljenoga, a ako to nije moguće isplatiti naknadu u novcu.⁴⁶

⁴⁴ V. članak 140. Ustava RH: "Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava."

⁴⁵ V. supra ad 43.

⁴⁶ Ibid., članak 4.: "Države sljednice poduzet će mjere koje mogu zahtijevati opća načela prava ili su na drugi način pogodne za osiguranje učinkovite primjene načela iznijetih u ovome Aneksu, kao što je sklapanje dvostranih ugovora i obavještanje njihovih sudova i drugih nadležnih tijela." (The successor States shall take such action as may be required by general principles of law and otherwise appropriate to ensure the effective application of the principles set out in this Annex, such as concluding bilateral agreements and notifying their courts and other competent authorities.) V i "stari" Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.), članak 104.: "(1) U slučaju ništavosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj sve ono što je primila na osnovi takvog ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onog što je ispunjeno protiv vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje. (2) Ali, ako je ugovor ništav zbog toga što je po svojem sadržaju ili cilju protivan Ustavu Republike Hrvatske i prisilnim propisima, sud može odbiti, u cjelini ili djelomično, zahtjev nesavjesne strane za vraćanje onog što je drugoj strani dala, a može i odlučiti da druga strana ono što je primila po osnovi zabranjenog ugovora preda općini na čijem teritoriju ona ima sjedište odnosno prebivalište. (3) Pri odlučivanju sud će voditi računa o savjesnosti jedne odnosno objiju strana, o značaju društvenih interesa koji se ugrožavaju te o moralnim shvaćanjima društva." Slična odredba je i u "novom" Zakonu o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08. i 63/08.), članak 323.: "(1) U slučaju ništetnosti ugovora svaka ugovorna strana dužna je vratiti drugoj sve ono što je primila na temelju takva ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se narav onoga što je ispunjeno protiv vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, ako zakon što drugo ne određuje. (2) Ugovaratelj koji je kriv za sklapanje ništetnog ugovora odgovoran je svome suugovaratelju za štetu koju trpi zbog ništetnosti ugovora ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništetnosti."

Summary

PARTY CAPACITY OF AN ENTITY HAVING NO LEGAL PERSONALITY – BRANCH-OFFICES OF FOREIGN LEGAL PERSONS

The article deals with the issue on party capacity of an entity having no legal personality paying a special attention to branch-offices of foreign legal persons which have gained mentioned capacity according to the positive legal regulations of the Republic of Croatia. The authors are against such legal solution, and therefore, they point at possible consequences of it in regards to the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Agreement on Succession Issues of the Former SFRY. The consequences could be negative not only for the Republic of Croatia, but also for its subjects who entered into a legal relationship with legal persons owning these branch-offices before the enactment of described regulations.

Key words: *branch-office, party capacity, succession.*

Riassunto

CAPACITÀ PROCESSUALE DELL'ENTE PRIVO DI PERSONALITÀ GIURIDICA – LE FILIALI DI PERSONE GIURIDICHE STRANIERE

Nel presente lavoro si analizza il problema della capacità processuale degli enti privi di personalità giuridica – precisamente di alcune filiali di persone giuridiche straniere, alle quali questa facoltà è riconosciuta dalle norme di diritto positivo della Repubblica di Croazia. Gli autori respingono questa soluzione legislativa ed evidenziano le possibili conseguenze in relazione alle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come pure all'Accordo sulle questioni di successione dell'ex-SFRJ. Tali conseguenze possono essere negative, non solo per la Repubblica di Croazia, ma anche per i suoi soggetti, i quali, fino all'entrata in vigore di tali disposizioni di legge, erano in rapporto giuridico con le persone giuridiche, cui queste filiali appartengono.

Parole chiave: *filiali, capacità processuale, successione.*

PRIRODNA POSLOVNA NESPOSOBNOST KAO RAZLOG NEVALJANOSTI PRAVNOG POSLA

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

UDK: 347.155
Ur.: 29. listopada 2008.
Pr.: 10. prosinca 2008.
Izvorni znanstveni članak

Počev od rimskih vremena pa sve do prve polovice 19. stoljeća pojam poslovne sposobnosti čovjeka uglavnom se ograničavao na objektivnu stranu te sposobnosti (godine života).

Subjektivno stanje se uvažavalo mnogo manje i ono se uglavnom odnosilo na duševne bolesti i smetnje u duševnom razvoju.

U novije vrijeme (druga polovica 19. i 20. stoljeće) se moguća subjektivna stanja koja izazivaju prirodnu poslovnu nesposobnost, sve više šire i zahvaćaju gotovo sve moguće tjelesne i psihičke smetnje zbog kojih čovjek ne može donositi pravno racionalne odluke u pravnom prometu.

Takvo širenje koncepta učenja o prirodnoj poslovnoj (ne)sposobnosti želi napose zaštititi mlade i neiskusne ali isto tako i stare i nemoćne ljude. To je ujedno najbolja strana tako moderniziranog koncepta.

S druge strane, treba se paziti da to ne dovede do veće pravne nesigurnosti. Moraju se moći naći "osigurači" koji će to spriječiti. Bez toga ovaj hvalevrijedan i moderniziran koncept o prirodnoj poslovnoj sposobnosti ne bi imao svoje opravdanje.

Ključne riječi: *poslovna sposobnost, prirodna poslovna sposobnost, valjanost pravnog posla.*

1. Uvod

Naše početno zanimanje za temu s ovim nazivom bilo je determinirano iskustvenim saznanjem da je riječ o pitanjima koja su na hrvatskom pravnom prostoru dosta rijetko u primjeni.

U poredbenom pravu, međutim, problem je odavno "imenovan", a kako u Hrvatskoj predstoji faza pravne europeizacije i globalizacije, logično je pretpostaviti da će ova materija i nas uskoro dotaći u svojoj punoj dimenziji.

Povijest prava i znanosti civila je u europskim razmjerima gledano, proizvod škole prirodnog prava. Ta je škola, na planu problema kojeg ovdje razmatramo,

dala koncept kantovski samosvjesnog čovjeka koji je kao “sittliches Vernunftwesen” (moralno svjesno biće) obdaren razumom i voljom koji mu omogućuju siguran sklad volje i očitovanja u materiji sklapanja pravnih poslova i očitovanja volje općenito.

Građanski zakonic 19. stoljeća, temeljeni na učenju škole prirodnog prava 17. i 18. stoljeća, donose – u pravilu dosta skromna rješenja na planu regulacije prirodne poslovne nesposobnosti za rasuđivanje kod sklapanja pravnih poslova.

U kraćoj analizi, koja slijedi u ovom radu, vidjet ćemo da tek vremenski “mlađi” zakonic (oni s kraja 19. ili iz 20. st.) problemu pridaju veći značaj i donose na ovome području mnogo precizniju pravnu regulaciju.

Jedna od konkretnih konsideracija škole prirodnog prava bila je i ta što je previše povezivala učenje o pravnom subjektivitetu i učenje o poslovnoj sposobnosti. Svatko tko je pravno sposoban jeste (ili će to brzo postati) i poslovno sposoban.¹

Moguće “poremećaje” u smislu da sam protek života relativno brzo i sam po sebi ne opravdava koindiciranje pravne i poslovne sposobnosti, škola prirodnog prava vrlo malo sagledava ili ih uopće ne sagledava. Ne precizira se konkretan čovjek u svim svojim bezgranično mogućim različitim izdanjima. Operira se samo s pojmom apstraktnog čovjeka.

Škola prirodnog prava, inače vrlo pravilno zamjećuje značaj poslovne sposobnosti za valjano sklapanje pravnih poslova i očitovanje volje², ali poslovnu sposobnost sagledava samo kroz prizmu apstraktnog poimanja čovjeka (godine života).

Znanost 20. stoljeća u značajnoj mjeri mijenja postulate prirodnopravne škole o značenju slobodne volje pri sklapanju pravnih poslova. Zasluga za to pripada, u prvom redu, novom učenju o pravu osobnosti (na pravnom planu) i na izvanpravnom području, suvremenom razvoju psihologije i psihijatrije.

Učenje o pravu osobnosti prihvaća temeljne konsideracije prirodnopravne škole da su svi ljudi jednaki u svome dostojanstvu, ali onda ide dalje: donosi novi koncept da je svaki čovjek različita osoba i time na pravnu scenu donosi pojam konkretnog čovjeka. Hrvatsko građansko pravo slijedi suvremena kretanja na području prava osobnosti.³

¹ P. Zatti: *Oltre la capacità*, The italian on line psichiatrie magazin, <http://www.psychiatryonline.it/ital/oltre.htm>, stranica posjećena 18. veljače 2009. godine.

² D. Henke – Hugo Gratius, *Die Lehre von des Willenserklärung, des Versprechens und des Vertragens (Promissio)*, Eine Homage an einem der größten Denker der Weltgeschichte (Internet).

³ ZOO (NN, 35/05) sadrži dosta modernizirani koncept prava osobnosti u odnosu na regulaciju u ZOO-u iz 1978/1991. (čl.157., st. 1. čl. 200.).

Bitne novote koje opravdavaju kvalifikaciju povećane moderniziranosti su napose ove:

- u st. 2. čl. 19. Zakona pobliže se imenuje sadržaj prava osobnosti (pravo na život, zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda i dr.);
- neimovinska šteta se definira kao “povreda prava osobnosti” (čl. 1046.);
- pravo na naknadu neimovinske štete imaju i pravne osobe (st. 3. čl. 19.);
- priznaje se pravo na naknadu neimovinske štete i za slučaj povrede ugovora (st. 1. čl. 346.);
- proširuje se pravo na nasljeđivanje i ustup prava na naknadu neimovinske štete (čl. 1105.).

Moderna medicina, psihologija i psihijatrija napose, ne samo da nadopunjuju učenje o pravu osobnosti nego čine njegov sastavni dio.⁴ Psihologija i psihijatrija, nasuprot školi prirodnog prava s konceptom čovjeka koji apsolutno gospodari svojom voljom, u prvi plan stavljaju “ranjivog čovjeka”, dakle takvog čovjeka, koji unatoč pravom regulirane pravne i poslovne sposobnosti, u sve većoj mjeri biva determiniran čimbenicima koji su izvan njegove volje.

“Geisteskranken anderen Art” (duševne bolesti druge vrste) doista točno i simbolično upućuju na novi problem. U tom smislu uobičajeni koncept poslovne sposobnosti dobiva novu značajnu dimenziju koja ujedno zahtijeva značajno odstupanje od do sada prevladavajućeg modela etički uniformnog čovjeka. Od tzv. predpsihologijskog, prelazi se na čisti psihološki model (u smislu poimanja čovjeka u bezgranično mogućim različitim varijacijama psihološkog stanja).

Nema dvojbe da ovakvo širenje koncepta poslovne sposobnosti otvara mnoge “ranjive bokove”. U prvom redu dovodi u ozbiljno preispitivanje općeprihvaćene demokratske standarde pravne sigurnosti.

Postaje doista nužno pomiriti zahtjeve učenja o pravu osobnosti (te psihologije i psihijatrije) sa zahtjevima pune pravne sigurnosti. Ako bi bitni postulati pravne sigurnosti bilo čime bili dovedeni u pitanje, moderni koncept prirodne poslovne (ne)sposobnosti, zapravo ne bi imao svoje pravno opravdanje i trebalo bi ga napustiti kao nerazumnu avanturu.

Za hrvatsku pravnu znanost i praksu građanskog prava problem ipak nije baš posve nov. Neki aspekti problema već su uočeni, ponekad samo sporadično i relativno proturječno, ali ipak u dostatnoj mjeri može se reći da hrvatsko pravo (barem po sadržaju) poznaje institut prirodne poslovne nesposobnosti.

U ovoj najavi (uvodu) ovog rada donosimo, primjerice, neke životne situacije koje izazivaju i aktualiziraju problem prirodne poslovne nesposobnosti. Riječ je o očitovanju volje i sklapanju pravnih poslova u stanjima:

- uznapredovale bolesti,
- depresije,
- anksioznom stanju,
- shizofrenije,
- stresa,
- uzbuđenja i strasti,
- u stanju determiniranom specifičnim karakterološkim osobinama,
- u hipnozi,
- žudnji za novcem,
- pod utjecajem alkohola ili droge i
- akutne teške bolesti i sl.

⁴ Vidjeti o tome: Consulenza Tecnica Psichiatrica e/o Psicologia in ambito civile; Le demenze – un approccio multidisciplinare (Ancona, svibanj – lipanj 2004.). Najveća imena znanosti civila (npr. Larenz – Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ruhts, 8. Auflage, München 1997., str. 769) spominju s tim u svezi “psychische Unterlegenheit”, tj. psihički neslobodne pravne radnje koje ne mogu imati pravnu valjanost (“... auch durch eine psychisch unfreie Verhandlungssituation beeinträchtigt sein”).

2. *Bitne teoretske odrednice instituta*

Materija prirodne poslovne nesposobnosti zahtijeva u svakom slučaju određenu teoretsku elaboraciju. Ona je nužna i zbog toga da se ovaj institut građanskog prava jasno i precizno odijeli od sličnih i srodnih instituta.

2.1. *Problem naziva*

To ovdje nije samo nekakvo “tehničko pitanje”; to je dapače bitno pitanje o samoj biti stvari i samo se tako može shvatiti objekt raspravljanja.

Mi smo se već nazivom našeg rada opredijelili za izraz “prirodna poslovna nesposobnost”. Takav smo izraz preuzeli izravno iz njemačke literature građanskog prava.⁵

Talijanski pravници, gotovo svi, rabe izraz “incapacità naturale” (prirodna nesposobnost).⁶ Za naše jezične pojmove i pravna shvaćanja izraz je (možda) nepotpun jer nedostaje sigurna naznaka o tomu na što se odnosi ta “prirodna nesposobnost”.

Maurini, dodatno, otvara i mogućnost naziva “incapità occasionale” (nesposobnost u konkretnom slučaju), tj. nesposobnost samo za točno određeni pravni posao i iz točno određenih razloga.

Na internetskim stranicama nailazimo još na jedan izraz – “capacità naturale di agire” (prirodna nesposobnost djelovanja).⁷

Larenz – Wolf⁸ govore o individualnoj smetnji duševne sposobnosti (“individuelle Störung des Geistestätigkeit”), nasuprot općim smetnjama koje se odnose na godine života fizičke osobe.

Kanonsko pravo govori o “...onima koji nisu dovoljno sposobni služiti se razumom”.⁹

Za nas uvijek zanimljivo, možda i najzanimljivije, austrijsko pravo nema poseban izraz i problem razmatra kao sastavni dio općeg pojma poslovne nesposobnosti.¹⁰

Naziv instituta zavisi i od toga kako se on inicijalno koncipira. Postoji npr. i mogućnost da se razlozi prirodne poslovne nesposobnosti sagledavaju kao mane volje. Ako, opet primjerice, manu volje predstavlja i sila¹¹ kod sklapanja pravnog

⁵ Palandt – Bürgerliches Recht, München 2002. (61. izdanje, str. 75, u komentaru paragrafa 104 BGB-a).

⁶ V. Maurini – L’incapacità naturale, Cedam – Padova, 2002.; F. Galgano – Diritto privato, Cedam – Padova 1992., str. 258; Cian – Trabucchi – Commentario al Codice civile, Padova 1991., str. 211-212; Pellechia-Instituzioni di diritto private (Internet, bez navođenja godine izdanja).

⁷ Pellechia, op. cit., pod 6.

⁸ Larenz – Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997., str. 484, str. 769.

⁹ Zakonik kanonskog prava (Codex iuris canonici), Glas Koncila, Zagreb 1996, str. 537 (uz kanon 1095. koji se odnosi na ženidbene smetnje).

¹⁰ Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, 13. Auflage, Wien 2006., str. 69.

¹¹ Hrvatski Zakon o obveznim odnosima iz 2005. silu navodi kao razlog ništetnosti pravnog posla, a ZOO iz 78/91. kao razlog poboynosti; u oba slučaja, međutim, jasno je da se sila

posla, onda zašto manu volje ne bi predstavljalo i stanje pod utjecajem droge, alkohola i sl. U takvom slučaju mogao bi se rabiti naziv “duševno stanje kao mana volje”.¹²

Nama se čini da koncept mana volje ovdje valja napustiti. Mane volje, barem u najpretežitijem dijelu, predstavljaju djelovanje trećih (sila, prijetnja, prijevara). Kod prirodne poslovne nesposobnosti razlozi postoje u samom subjektu.

Čini se, analizom snage, da je izraz “prirodna poslovna nesposobnost” ipak najprikladniji. On je već potpuno prihvaćen u talijanskom pravu, djelomično i u njemačkom. Austrija takav izraz ne poznaje, baš kao ni hrvatsko pravo koje, npr. rabi u nasljednom pravu izraz “sposobnost za rasuđivanje” (po odredbi iz st. 2. čl. 26. Zakona o nasljeđivanju oporuka je ništava ako oporučitelj “nije bio sposoban za rasuđivanje”) i time pokazuje lutanje u izboru naziva instituta (o tomu ćemo naknadno još pobliže govoriti).

U svakom slučaju pitanje naziva predmetnog instituta nije nebitno pitanje. Tamo gdje naziv “prirodna poslovna nesposobnost” još nije prihvaćena (Austrija, Hrvatska) postoje i najveće nejasnoće u kreaciji i primjeni pojma. O tomu ćemo posebno prikazati i analizirati u nastavku ovog rada.

2.2. Odnos pravno-sudske i prirodne poslovne nesposobnosti

“Prirodna poslovna nesposobnost” može se definirati, odnosno nazvati i na negativan način, tj. po onome što ona nije. To nikada nije najbolji način definiranja bilo kojeg pojma, ali ipak može predstavljati određenu pomoć.

“Prirodna poslovna nesposobnost” nije “pravna (sudska) poslovna nesposobnost”.

Između ova dva pojma postoje bitne razlike:

- “pravna poslovna nesposobnost” nastupa po zakonu, odnosno odlukom suda; ona postoji po zakonu do stjecanja (barem) ograničene poslovne sposobnosti, a sudskom odlukom i nakon stjecanja pune poslovne sposobnosti;
- osoba kojoj je u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost nesposobna je za sve poslove i svi su eventualno sklopljeni poslovi pravno nevaljani; iznimka od toga kao primjena pravila “*lucida intervalla*” mora biti posebno dokazana (i onda pravni posao biva valjan);
- pravna odnosno sudski određena poslovna nesposobnost može biti graduelno organizirana (ograničena poslovna nesposobnost, potpuna poslovna nesposobnost).

primijenjena kod sklapanja pravnog posla i očitovanja volje percipira kao mana volje.

¹² Tako npr. L. Visintini, *Diritto privato*, Roma 2004., str. 89.

Isto i V. Maurini, *op. cit.*, str. 15.

No, to se iznosi kao mogućnost, kao razmišljanje o problemu. Maurini to obrazloženo odbija kao mogućnost.

No, s druge strane, ne mogu se ne vidjeti i određene sličnosti. One se napose ogledaju u sljedećem:

- razlozi pravnog određivanja, posebno sudskog određivanja oduzimanja poslovne nesposobnosti jesu i mogu biti vrlo slični. Ta sličnost, teoretski, može varirati od njihovog izjednačavanja¹³ pa do toga da razlozi za prirodnu poslovnu nesposobnost mogu biti blaže¹⁴ ili strože predviđeni¹⁵ i
- nije, barem ne na teoretskom planu, isključena ni mogućnost stupnjevanja prirodne poslovne nesposobnosti.¹⁶

Odnos ovih oblika poslovne nesposobnosti isključuje pravnu osobu kao subjekta prava koji se može pozivati na prirodnu poslovnu nesposobnost. Kod pravne osobe do maksimuma koincidira prirodno-pravni koncept izjednačavanja pravne i poslovne sposobnosti i zakonodavno i sudski, nema osnove za otvaranje problema prirodne poslovne nesposobnosti pravne osobe. Teoretski se, međutim, ne može isključiti otvaranje i ovog pitanja.¹⁷

Prirodna poslovna nesposobnost nastupa iz prolaznih razloga, pravna (napose sudska) iz trajnih.

Razlozi za prirodnu poslovnu nesposobnost mogu biti bilo momentalni bilo takvi da traju neko vrijeme, ali u svakom slučaju moraju imati prolazni karakter. Kod sudskog oduzimanja poslovne sposobnosti razlozi moraju biti trajne naravi, bez obzira na mogućnost opozivanja rješenja o oduzimanju poslovne sposobnosti.

Prolazni karakter razloga predstavlja bitnu odrednicu pojma “prirodne poslovne nesposobnosti” i odlučujuće dijeli ovaj pojam od pojma “pravne odnosno sudske poslovne nesposobnosti”. Nisu stoga u pravu Gorenc i suradnici kada ova dva oblika poslovne nesposobnosti gotovo poistovjećuju, nekada u smislu da je to nešto isto ili slično samo što sud iz nekih praktičnih razloga još nije stigao donijeti rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti.¹⁸

¹³ V. Gorenc i suradnici, *Komentar ZOO*, Zagreb, 2005., str. 40, uz čl. 20. Tu se priziva i švicarsko rješenje (čl. 13., 14. i 16. tadašnjeg Zakona o obvezama, o uvođenju pojma “urteilfähig”, u smislu sposobnosti za rasuđivanje).

¹⁴ Larenz – Wolf, op. cit., str. 485; V. Maurini, op. cit., str. 23.

¹⁵ Palandt, op. cit., str. 36; tu se citira jedna njemačka presuda po kojoj proizlazi da se za slučaj pijanstva kao relevantna prirodna poslovna nesposobnost traži koncentracija alkohola ne ispod 3,00.

¹⁶ Palandt, op. cit., str. 75; Koziol – Welser, op. cit., str. 59.

¹⁷ Pravna osoba, u suvremenom hrvatskom pravu, je npr. nositelj prava osobnosti, subjekt prava na naknadu neimovinske štete, može počinuti kazneno djelo i sl. Postoji, čini se, opći pokret izjednačavanja fizičkih i pravnih osoba kao subjekata prava (tako je u sada važećoj odredbi iz čl. 337. KZ RH kao mogući korisnik kaznenog djela pravna osoba izjednačena s fizičkom); ni prijašnje navođenje samo u “korist drugog”, po našem mišljenju, nije opravdavalo praksu da taj “drugi” može biti samo fizička osoba (a ta praksa, uostalom i formirana u doba socijalizma gdje se društveno vlasništvo koncipiralo kao bezsubjektna imovina). Ipak, čini se i to, da neće biti lako konstruirati “prirodnu poslovnu nesposobnost pravne osobe”. Prava osobnosti firma doživljava kao cjelina, ali ne može kao cjelina biti “prirodno nesposobna”. No, pred 30-ak godina još nije bilo zamislivo govoriti o pravu osobnosti pravne osobe, a danas je to općeprihvaćeno. Moguće istu sudbinu u budućnosti doživi i pojam prirodne poslovne nesposobnosti pravne osobe.

¹⁸ Gorenc i dr., op. cit., t. 13.

Može biti i stupnjevanja prirodne poslovne sposobnosti, ali ne kao kod sudski određene poslovne nesposobnosti (ograničenje poslovne sposobnosti, oduzimanje poslovne sposobnosti). Takve podjele prirodne poslovne sposobnosti nema, ali je moguća jedna druga gradualizacija – ovisna o vrsti pravnog posla, tako da netko može biti (iz istog razloga) prirodno poslovno nesposoban za jedan, ali sposoban za drugi posao.¹⁹

U ovome dijelu rada, zaključno, valja reći da se pitanje prirodne poslovne nesposobnosti fizičke osobe ne postavlja u sustavu koji poznaje stadij ograničene poslovne sposobnosti. Takve osobe imaju zastupnike (voditelje ili skrbnike) i to isključuje prirodnu poslovnu nesposobnost zastupanog. *Mutatis mutandis*, naravno, problem analogne naravi postoji za samog zastupnika.²⁰

2.3. Odnos “prirodne poslovne nesposobnosti” prema kaznenopravnom pojmu ubrojivosti

Kaznenopravna odgovornost nije moguća bez ubrojivosti počinitelja kaznenog djela. U odredbi iz st. 2. čl. 40. važećeg Kaznenog zakona RH ubrojivost se definira kao mogućnost shvaćanja značenja svojeg postupanja ili nemogućnost vladanja voljom zbog duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, nedovoljnog duševnog razvitka ili neke druge teže duševne smetnje.

Neubrojiva osoba u kaznenom pravu ne može biti kriva. Radnja takve osobe ne predstavlja kazneno djelo. Sve uz uvjet kojeg posebno propisuje odredba iz čl. 457. Zakona o kaznenom postupku – da je stanje neubrojivosti postojalo u vrijeme izvršenja protupravnog djela.

Prema neubrojivoj osobi ne može se primijeniti nikakva kaznenopravna sankcija (st. 1. čl. 40. KZ). Po pravomoćnosti oslobađajuće presude kaznenog suda moguć je (za slučaj relevantne socijalne opasnosti) samo smještaj u psihijatrijsku ustanovu pod pretpostavkama Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN, 111/97, 128/99, 79/02).

U svemu ovome nije teško ne zapaziti formulacije vrlo bliske ili slične pojmu prirodne poslovne nesposobnosti u građanskom pravu.²¹

Kazneno pravo, uz to, posebno može “posuditi” civilnopravnom učenju o prirodnoj poslovnoj nesposobnosti napose ova pitanja: metodu utvrđivanja neubrojivosti, model biopsiholoških temelja neubrojivosti, pojam smanjene ubrojivosti i pojam *actiones liberae in causa*.

¹⁹ Tako V. Maurini, op. cit., str. 45-61; tako i Lorenz-Wolf, op. cit., str. 485-486.

²⁰ Sustav ograničene (sudske) poslovne sposobnosti poznaje hrvatsko pravo. Tamo gdje ne postoji (Njemačka) predlaže se, doduše, iznimno, uvođenje ograničene poslovne sposobnosti kao nadomjestak za prirodnu poslovnu nesposobnost (Larenz-Wolf, op. cit., str. 487 – Canaris).

²¹ Zanimljivo je uočiti da hrvatsko kazneno pravo slijedi zahtjeve psihijatrije koja za definiciju pojma neubrojivosti traži ili svijest o značenju djela ili mogućnost upravljanja postupcima. Talijansko pravo, npr. još uvijek koristi sastavne veznike “i – i” (odn. “intendere e volere”), a samo neki autori traže rastavni veznik “ili” (tj. “intendere o volere”) (tako P. Zatti, op. cit. pod t. 1., tako i Cian – Trabucchi, op. cit. pod t. 6., str. 211-212).

Znanost kaznenog prava²² ističe više metoda utvrđivanja neubrojivosti: biološku, psihološku i mješovitu (biološko-psihološku).

Iz odredbe st. 2. čl. 40. KZ-a dade se deducirati četiri oblika, odnosno četiri temelja neubrojivosti: duševna bolest, privremena duševna poremećenost, nedovoljni duševni razvitak i druge teže duševne smetnje.

Nema, međutim, pozivanja na neubrojivost za slučaj samoskrivljene neubrojivosti (*actiones liberae in causa*).

Kazneno pravo posebno poznaje pojam smanjene ubrojivosti. Istina, klasično kazneno pravo poznavalo je samo potpunu ubrojivost i potpunu neubrojivost. Pojam smanjene ubrojivosti ušao je u kazneno pravo na pritisak psihijatrije. To, međutim, nije nekakva “polovična ubrojivost”, kako navodi prof. Novoselec, nego samo podvrsta ubrojivosti za koju je karakteristično smanjenje krivnje. Po odredbi iz čl. 42. KZ-a smanjena ubrojivost se utvrđuje na isti način kao i “puna” neubrojivost.

Kazneno pravo mora u dokazivanju stanja ubrojivosti odnosno smanjene ubrojivosti koristiti pomoć psihijatarata kao sudskih vještaka. U znanosti psihijatrije prevladava danas, tzv. gnostička teorija koja tvrdi da je moguće ocijeniti te pojmove, da je, dakle, moguće na neki način rekonstruirati proces odlučivanja u glavi neubrojive odnosno smanjeno ubrojive osobe. Većinu kaznenih djela počinjavaju upravo osobe koje djeluju u stanju smanjene ubrojivosti.

Sve ove kategorije, barem *mutatis mutandis*, treba prenijeti i u građansko pravo.

Za metode utvrđivanja stanja neubrojivosti gotovo se nema što dodati. Tu su problemi isti.

Modeli biopsiholoških temelja ubrojivosti traže manju korekciju. Znanost civila, (a to proizlazi iz uvoda ovog rada) želi ići i nešto dalje. Stres je npr. civilnopravno jako zanimljiv, ali to nije duševna bolest. Slično je s raznim karakterološkim osobinama čovjeka (rasipništvo, žudnja za novcem i sl.).

Može se, stoga reći da je suvremeni civilnopravni koncept “prirodne poslovne sposobnosti” (na neki način “civilnopravne neubrojivosti”) zapravo širi od kaznenopravnog pojma ubrojivosti, odnosno neubrojivosti. Razvoj u budućnosti ići će, vrlo vjerojatno, u pravcu pojačavanja ovih razlika. Znanost i praksa civila sve će više ići u pravcu naglašavanja prirodne poslovne nesposobnosti koje nisu, ni duševna bolest, ni duševni poremećaj.

Stupnjevanje ubrojivosti (ubrojivost, smanjena ubrojivost) za sada ne postoji u građanskom pravu.²³ Teoretski, ali samo teoretski, bi se mogao zamisliti model da npr. potpuna prirodna poslovna nesposobnost izaziva ništetnost, a smanjena prirodna poslovna nesposobnost pobožnost pravnog posla. Za sada takve prakse i takvih zakonodavnih rješenja nema.

²² P. Novoselec: *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007., str. 236-252.

²³ Kako kažu Koziol – Welser, op. cit. pod t. 9., str. 60, čovjek je (po punoljetnosti) ili potpuno poslovno sposoban ili je potpuno poslovno nesposoban. Pritom autori očito ne misle na sudsko oduzimanje poslovne sposobnosti.

Po prilici isto vrijedi i s pojmom samoskrivljene ubrojivosti. Prema (mogućoj) analogiji sa stanjem zablude, proizlazilo bi da bi, u građanskom pravu i u stanju samoskrivljene prirodne poslovne nesposobnosti pravni posao bio nevaljan.²⁴

Kazneno pravo ima u razmatranom planu još jednu dodirnu točku s građanskim pravom. Ona, naime i samo štiti osobe koje ne mogu vladati svojom voljom te je, pod određenim pretpostavkama, kazneno djelo svako iskorištavanje psihičke ili duševne nemoći druge osobe.²⁵

Između građanskog i kaznenog prava, dakle postoji na području “prirodne poslovne nesposobnosti” vrlo visoka i značajna konvergencija koja treba doprinijeti većoj pravnoj zaštiti određenih “ranjivih” kategorija stanovništva. Prethodna naznačena tendencija civila da se sve više okreće prema neduševnim faktorima prirodne poslovne nesposobnosti, takvom zaključku ništa bitno ne oduzima.

Isključivo relevantan trenutak za ocjenu stanja prirodne poslovne (ne) sposobnosti je trenutak sklapanja pravnog posla, odnosno očitovanja volje. Kod distancijskog sklapanja ugovora stanje se ocjenjuje po trenutku davanja izjave o ponudi odnosno prihvatu ponude. Za formalne pravne poslove može vrijediti samo pravilo da se problem ocjenjuje prema stanju perfekcije posla (potpis, javna ovrja i sl.).

To nije nužno samo jedan “tren”, jedan “bljesak”, ali mora obuhvaćati stanje koje postoji u trenutku koji pravni poredak uzima kao trenutak nastajanja pravnog posla.

Prirodno poslovno nesposobna osoba je inače potpuno poslovno sposobna osoba. Ona slobodno i sama sklapa sve pravne poslove i daje sva očitovanja volje. Sve, dakle može i sve je, u načelu, građanskopravno valjano. Samo iznimno (inverzija načela “*lucida intervalla*”) je iz nekog prirodnog razloga prirodno poslovno nesposobna i taj razlog treba postojati (i treba ga dokazati) u trenutku sklapanja pravnog posla, odnosno davanja očitovanja volje. Na izvjestan (simboličan) način može se u zoni prirodne poslovne nesposobnosti govoriti o “*macabra intervalla*” koji izazivaju nevaljanost sklopljenog pravnog posla odnosno datog očitovanja volje.

Nije lako dokazivati stanja prirodne poslovne nesposobnosti. Kod sudske poslovne nesposobnosti dokaz je do kraja jednostavan – pravomoćno rješenje o oduzimanju poslovne sposobnosti; poziva li se netko na “*lucida intervalla*” mora to dokazati (to je, pak, jednako teško kao dokaz “*macabra intervalla*” kod prirodne poslovne nesposobnosti). No, to su već problemi dokazivanja o čemu ćemo posebno govoriti.

²⁴ Samoskrivljena zabluda isto izaziva pobjojnost pravnog posla, ali otklanja ili umanjuje pravo na naknadu štete (arg. iz čl. 280. ZOO iz 2005. gdje se više neiskrivljenost ne predviđa kao uvjet pozivanja na zabludu).

²⁵ Tako npr. talijanski Kazneni zakon (čl. 643.). Hrvatski Kazneni zakon takvo kazneno djelo posebno ne predviđa ni u glavi XVII (kaznena djela protiv imovine).

2.4. (Ne)valjanost pravnog posla i očitovanje volje zbog prirodne poslovne nesposobnosti

U važećem hrvatskom građanskom pravu postoji ovo pravilo: posao kojeg sklapa ograničeno poslovno sposobna osoba je pobojan, a onaj kojeg sklopi potpuno poslovno nesposobna osoba je ništetan.²⁶

Takva teoretska konsideracija na planu prirodne poslovne nesposobnosti, međutim, nije automatski moguća.

Nema “ograničene prirodne poslovne nesposobnosti”, a u slučaju pravne (sudske) ograničene poslovne sposobnosti zastupnik osobe ograničene poslovne sposobnosti jamči zaštitu zastupanog. Neki teoretski pokušaji uvođenja ograničene prirodne poslovne nesposobnosti za sada nisu šire prihvaćeni.²⁷

Prirodno poslovno nesposobni su, ili potpuno poslovno sposobni, ili potpuno poslovno nesposobni. Trećeg nema.

No to, s druge strane, mora značiti samo to da razlozi prirodne poslovne nesposobnosti u osnovi moraju biti isti kao oni zbog kojih se u sudskom postupku potpuno oduzima poslovna sposobnost. Razlika može biti samo u tomu što su u prvom slučaju (prirodna poslovna nesposobnost) ti razlozi prolazne, a u drugom (sudsko potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti) su trajne naravi.

U takvom slučaju, zapravo, nema prave volje. Takva posljedica, pak, stvara više mogućnosti sankcioniranja:

- konstrukciju teze o tzv. nepostojećim pravnim poslovima;
- tezu o ništetnosti pravnog posla;
- tezu o poboynosti pravnog posla zbog mane volje i
- tezu o nevaljanosti pravnog posla iz drugih razloga.

2.4.1. Tzv. nepostojeći pravni poslovi i prirodna poslovna nesposobnost

Hrvatsko materijalno građansko pravo izrijeком ne poznaje kategoriju nepostojećih pravnih poslova.

Na bivšem federalnom prostoru (i u uvjetima važenja ZOO-a iz 1978.) prof. Gams je tvrdio da tadašnje građansko (obvezno) pravo poznaje nepostojeće ugovore; izrijeком se poziva na odredbu iz čl. 63. ZOO-a (disenz).²⁸

S obzirom na to da hrvatski ZOO iz 2005. disenz regulira na isti način, proizlazilo bi da konstatacija o nepostojećim pravnim poslovima može i dalje vrijediti.

No, to je vrlo upitno.

Sam Gams je rekao da su nepostojeći pravni poslovi takvi da “tu nema ni vanjskog izgleda pravnog posla, a kod ništavih ga ima”. Ovo može biti točno za poslove sklopljene u usmenom obliku, ali za one sklopljene u pisanom obliku teško je reći da tu nema nikakvog vanjskog izgleda.

²⁶ Arg. iz st. 1. čl. 276. i čl. 330. ZOO iz 2005.; Tako Klarić-Vedriš, op. cit., str. 138-139., 154.

²⁷ V. Maurini, op. cit., str. 23.

²⁸ A. Gams: Uvod u građansko pravo – opšti deo, Beograd, 1985., str. 269.

Pojam “nepostojanja” (inegzistentnosti) inače je napustilo obiteljsko pravo,²⁹ a u građanskom postupku je isključivo teoretsko-akademski pojam.³⁰

U poredbenom pravu o teoriji inegzistencije u građanskom pravu vrlo zanimljivu analizu daje talijanski profesor F. Galgano.³¹

On u svojoj analizi daje – uvodno – primjer dječaka koji mijenja kuću za igračku. Malo je, kaže Galgano, reći da je takav posao pobojan zbog prirodne nesposobnosti. Treba ići dalje i reći da je to posao, kao takav, nepostojeći.

Naime, kako ćemo još nastavno pobliže vidjeti, u talijanskom građanskom pravu nepostojanje prirodne poslovne nesposobnosti izaziva samo pobojnost posla gdje prekluzija pobijanja nastupa u roku od 5 godina od sklapanja posla. Uz takvo rješenje (pobojnost) doista pozivanje na inegzistentnost postaje aktualno i vrlo zanimljivo.

Prof. Galgano inače vrlo analitično zaključuje da je pojam nepostojećih pravnih poslova nastao u kanonskom pravu, a da ga suvremeno privatno pravo uglavnom napušta.

2.4.2. Ništetnost pravnog posla zbog prirodne poslovne nesposobnosti

Ništetnost pravnog posla je najbliža i, rekli bi, najkoherentnija posljedica pravnog posla sklopljenog u stanju prirodne poslovne nesposobnosti.

Po važećem hrvatskom građanskom pravu ništetni su oni poslovi koje sklopi potpuno poslovno nesposobna osoba.³² Zakon tu, dakako, misli na pravnu poslovnu potpunu nesposobnost (do navršene 14. godine života), odnosno na sudskom odlukom, također, potpuno oduzetu poslovnu sposobnost.

No, tu moramo dodati neizbježnu teoretsku konsideraciju – prirodna poslovna nesposobnost je u osnovi isto što i pravna, odnosno sudska poslovna nesposobnost i mora izazivati istu pravnu posljedicu (ništetnost pravnog posla).

U nastavku ovog rada vidjet ćemo da je to čvrsta pozicija austrijskog i njemačkog prava, donekle (doista nesigurno) i hrvatskog prava, a npr. uopće nije pozicija talijanskog prava.

Ništetnost posla je najjača građanskopravna sankcija i ponekad može biti čak i upitna s gledišta ciljeva pravne sigurnosti. Kod ništetnosti, npr. nema prekluzije ni zastare nulitetne tužbe pa doista može izgledati nepravično da se i desetak godina nakon sklopljenog posla netko poziva na ništetnost pravnog posla zbog prirodne poslovne nesposobnosti.

²⁹ M. Alinčić i dr., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2002. više ni na teoretskoj razini ne navodi pojam “nepostojeći brak” koji se spominjao u nekadašnjem Osnovnom zakonu o braku iz 1946. godine. Brak postoji ili ne postoji i ne može postojati “nepostojeći brak”.

³⁰ Triva – Dika: *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 663. ZPP, međutim, taj pojam ne poznaje.

³¹ F. Galgano, op. cit., str. 249-250, 258.

³² Vidi navedeno pod 26. Mora se, međutim, priznati da izričite odredbe o tome ZOO nema, pa se zaključak o potpunoj poslovnoj nesposobnosti kao razlogu ništetnosti pravnog posla samo deducira iz ostalih odredaba Zakona, prije svega iz st. 1. čl. 276.

Mora se, stoga tu ugraditi kategorija konvalescencije i konvalidacije, kako zbog konzumacije posla, tako i zbog odobrenja od strane samog subjekta koji je posao sklopio u stanju prirodne poslovne nesposobnosti.³³

Pozicija trećih uvijek ostaje neupitna. Ako je npr. A. (u stanju prirodne poslovne nesposobnosti) prodao kuću B-u, a B iza toga C-u (koji je u dobroj vjeri), treći (C) mora biti pravno zaštićen u stečenom pravu vlasništva, a između A i B može postojati samo pravni odnos odgovornosti za štetu.

2.4.3. *Pobojnost pravnih poslova zbog prirodne poslovne nesposobnosti*

Kako smo već rekli, to je rješenje talijanskog prava. Ne baš ni najkohherentnije, jer oni s tim vezuju i problem *cause*, ali o tomu ćemo nastavno.

Konstrukcija o pobojnosti pravnog posla zbog prirodne poslovne nesposobnosti može poći samo od teze da prirodna poslovna nesposobnost spada u mane volje.

Hrvatsko građansko pravo dosta dosljedno razvija tezu da su poslovi sačinjeni u stanju zablude, prijevare i prijetnje uvijek pobojni poslovi. Od toga se sada jedino izuzima sila koja je u novom ZOO-u razlog za ništetnost pravnog posla (st. 3. čl. 279.).

Razlozi prirodne poslovne nesposobnosti su, međutim, kategorijalno viši i teži od mane volje. Kod zablude, prijevare i prijetnje u pitanju su “opasnosti” od druge strane u pravnom poslu, a na te razloge i sama osoba može donekle djelovati (biti opreznija npr.).

Kod prirodne poslovne nesposobnosti toga nema. Tu prave volje nema niti je mogla postojati. U trenutku sklapanja posla nije se mogla ni izbjeći. Ona je jednostavno jedno stanje, prolazno, doduše, ali je svakako jedno stanje u kome uopće nema prave volje.

Pozivanje na pobojnost je, u pravilu, vezano na relativno kraći rok (u hrvatskom pravu – 3 godine, u talijanskom – 5 godina) i taj je rok, opet u pravilu, uvijek prekluzivne naravi.

Već smo prethodno rekli da se izlaz iz moguće nepravičnosti traži u pozivanju na kategoriju nepostojećih pravnih poslova (prof. Galgano), a s obzirom na širu tendenciju izbjegavanja pojma inegzistentnosti u privatnom pravu, čini nam se da je jedini prihvatljiv izlaz u pribjegavanju konstrukciji ništetnosti pravnog posla zbog povrede pravila o prirodnoj poslovnoj nesposobnosti.

2.4.4. *Nevaljanost pravnog posla i ostalih očitovanja volje zbog prirodne poslovne nesposobnosti iz drugih mogućih razloga*

Mada, kako rekosmo, sama posljedica ništetnosti odgovara smislu i značaju nedostatka prirodne poslovne nesposobnosti, a tu se (poput talijanskog modela)

³³ U takvu slučaju pravni posao bi bio konzumiran pa bi pokušaj invalidacije predstavljao postupak “*contra factum proprium*”. Naravno da je *questio facti* koliko relevantno vrijeme treba proći da bi se govorilo o odobrenju posla od strane “bivšeg” prirodno poslovno nesposobnog.

može, premda vrlo upitno, pridodati i mogućnost pobjojnosti pravnog posla, nisu (barem ne na teoretskom planu) zanemarive ni neke druge mogućnosti.

U tom smislu valja, prvo, navesti model ništetnosti zbog povrede pravila o *causi* pravnog posla. To je (opet) talijanski model koji se kombinira s općim pravilom o pobjojnosti pravnog posla zbog nepostojanja prirodne poslovne sposobnosti.

To je moguće samo u onim sustavima gdje se *causa* (osnova) shvaća u njenom objektivnom smislu. Subjektivno poimanje *cause* (kakvo je i hrvatsko) to ne omogućuje.³⁴

Slično je, npr. i s pitanjem prikrate. Prikrata (lezija) je, zapravo, zabluda o stvarnoj vrijednosti činidbe, dakle samo mana volje, a mi ovdje kategorijalno inzistiramo na tomu da je prirodna poslovna nesposobnost pojmovno iznad mane volje. Osim toga, ima pravnih poslova gdje dimenzija gospodarske (imovinske) vrijednosti uopće nije odlučujuća (besplatni poslovi, poslovi *mortis causa*, poslovi prava osobnosti, tzv. biološke oporuke itd.).

Sva pitanja oko nevaljanosti pravnog posla zbog prirodne poslovne nesposobnosti, u pravilu, uvijek pretpostavljaju nesposobnost samo jedne strane. Moguću, mada iznimno rijetku, pojavu da su obje strane (kada se radi o ugovoru) u stanju prirodne poslovne nesposobnosti valja rješavati istom sankcijom – ništetnošću posla. No, tada se, zapravo, nema tko pozivati na nulitet posla pa do spora oko toga ne može doći.

Ovdje, u pravilu, mislimo na pravne poslove u standardnom građansko-pravnom značenju ove riječi. No, moramo ovdje dodati i pojam “ostalnih očitovanja volje” kako bi, npr. pokrili i problem oporučne sposobnosti (s obzirom na širi stav da oporuka nije pravni posao u užem značenju ovog pojma), a i neke druge probleme (izjava o jamstvu, izjava o nasljedstvu, davanje tabularne izjave itd.).

2.5. *Pravni poslovi prava osobnosti i prirodna poslovna (ne)sposobnost*

Hrvatsko građansko pravo poznaje pravo osobnosti (čl. 19. ZOO). To možda i nije najperfektnija regulacija ove materije, ali je nedvojbeno ipak takva da slijedi suvremeni europski koncept prava osobnosti.

Najslabija točka učenja o pravu osobnosti odnosi se na pravne poslove koji proizlaze iz prava osobnosti (pravni poslovi neimovinskog dijela građanskog prava). Nije lako dati uopće formulu tih poslova, niti ih pojedinačno taksativno navoditi. Napose pak nije lako, na razini apstrakcije, tj. za sve ove poslove dati njihove zajedničke karakteristike. Činjenica je da nije i ne može biti isto kupiti auto i kupiti jetru radi presađivanja (napose ne kada bilo koji tjelesni organ daje živ čovjek).

³⁴ Hrvatski ZOO iz 2005. sadrži tzv. subjektivni koncept *cause* (arg. iz čl. 273. – “Pobude za sklapanje ugovora”). Samo objektivno poimanje *cause* (ista svrha pravnog posla za istu vrstu ugovora, npr. stjecanje prava vlasništva kod kupoprodaje) može omogućavati invalidaciju pravnog posla zbog povrede pravila o prirodnoj poslovnoj nesposobnosti.

Pravni poslovi prava osobnosti (neimovinskog dijela građanskog prava) uvijek zadiru u osobnost osobe koja u bilo kom obliku otuđuje ili umanjuje neko svoje pravo osobnosti. To može biti pristanak na eutanaziju, sklapanje ugovora o radu ili o djelu kojim se prihvaćaju obveze opasne po život i zdravlje, presađivanje dijelova ljudskog tijela, "samoizvlaštenje" privatnosti³⁵, pristanak na liječenje itd.

Izvorno se pravo osobnosti definiralo kao pravo na dostojanstvo.³⁶ Ta definicija može stajati i danas.

Dosljedno tomu može se reći da je svako disponiranje (umanjenje ili otuđenje) nekim vlastitim pravom osobnosti zapravo disponiranje vlastitim dostojanstvom, u cjelini ili barem u nekom dijelu.

S gledišta prirodne poslovne sposobnosti to ovdje nužno izaziva posebno važnu konsideraciju: da poslovi iz oblasti prava osobnosti budu sklapani pri stanju maksimalne prirodne poslovne sposobnosti, odnosno da makar i malo odstupanje od tog maksimuma treba izazivati ništetnost pravnog posla.

To je vrlo visok kriterij, mnogo viši, nego za poslove imovinskog prava. Ujedno otvara i mogućnost zaključka da za pravne poslove prava osobnosti vrijede posebni kriteriji ocjene prirodne poslovne sposobnosti, odnosno nesposobnosti.

U praksi je, npr. otvoren standard "informiranog pristanka na liječenje". To nije običan pristanak niti se dokazuje samo potpisom na odgovarajućoj izjavi. Kod presađivanja dijelova ljudskog tijela čak ni "informirani pristanak" nije dostatan nego to mora dopustiti sudac.³⁷

Već smo u uvodu ovog rada naveli značaj prava osobnosti u koncipiranju novih aspekata prirodne poslovne sposobnosti za sklapanje pravnih poslova. Pravo osobnosti želi zaštititi, tzv. *fasce deboli* (ranjivije kategorije stanovništva), kamo napose spadaju punoljetnici koji su još vrlo mladi i neiskusni, ali i stariji koji zbog poodmaklih godina ne mogu relevantno pratiti proces sklapanja poslova.³⁸

³⁵ Joseph Kohler: *Holzenderfs Enciklopedie*, VII izdanje – II, str. 33. Kohler definira pravo osobnosti kao zaštitu dostojanstva pojedinca, pa postavlja pitanje koliko sam čovjek može "otuđivati" takvo pravo.

³⁶ "Samoizvlaštenje privatnosti" je izraz kojeg je u usmenom izlaganju spomenuo i prof. V. Zeno – Zencovich (Međunarodno savjetovanje o pravu osobnosti i medijskom pravu, Padova 2005.), a odnosi se na važne slučajeve gdje se neki subjekt prava podvrgava nekom zahvatu koji može oslabiti njegovo zdravlje ili ustupa trećima podatke iz svog osobnog ili profesionalnog života.

³⁷ Tako je npr. reguliran u Italiji za presađivanje bubrega sa živa čovjeka (čl. 4. *Codice Civile*). Autoritet suca trebao bi jamčiti, između ostalog, i maksimalan stupanj prirodne poslovne sposobnosti osobe koja drugome daje jedan svoj bubreg.

³⁸ M. Bessone, op. cit., str. 114.

2.6. Pokušaj sintetiziranja teoretskog koncepta prirodne poslovne nesposobnosti u građanskom pravu

Materija do sada izložena daje određeno temeljno osmišljavanje pojma prirodne poslovne nesposobnosti u znanosti i praksi civila.

Mislimo da bi neke bitne konsideracije, vodeći računa o klasicima građanskog prava, ali i njegovim modernim stremljenjima, napose bile sljedeće:

- problem prirodne poslovne nesposobnosti valja regulirati isključivo u okviru učenja o poslovnoj sposobnosti i to u onom dijelu tog učenja koji ne polazi od apstraktne nego od konkretne fizičke osobe; nema razloga da se to smješta u pitanje mana volje, *cause*, lezije i sl., jer ovi pojmovi ne pokrivaju problematiku prirodne poslovne nesposobnosti;
- na suvremenom stupnju zakonodavstva, znanosti i prakse građanskog prava pitanja prirodne poslovne nesposobnosti relevantna su samo u svezi s poslovnom sposobnošću fizičke osobe; za pravne osobe, i pored poznatih tendencija njihova izjednačavanja s fizičkim osobama (neimovinska šteta, odgovornost za kaznena djela), za sada nije aktualno razmatranje koje bi polazilo od toga da bi pravna osoba kao jedna fiktivna konstrukcija bila prirodno poslovno nesposobna;
- “kandidati” za stanje prirodne poslovne nesposobnosti su fizičke osobe koje su inače potpuno poslovno sposobne (navršениh 18 godina života, u pravilu, a nije im kasnije sudski u cijelosti oduzeta poslovna sposobnost), ali su *in concreto* bile poslovno nesposobne, tj. nisu iz raznih razloga (koji variraju od duševne bolesti do suvremenih “zala” kao što su depresija, psihoza, srdžba, žalost i sl.) bile u stanju izazivati pravu volju; kod ograničeno poslovno sposobnih taj se problem ne postavlja jer ove osobe imaju zastupnike (*mutatis mutandis* i zastupnik može biti u stanju prirodne poslovne nesposobnosti);
- razlozi koji mogu izazivati stanje prirodne poslovne nesposobnosti moraju biti prolazne naravi (bilo trenutni, bilo u određenom trajanju), ali u svakom slučaju ne mogu biti trajne naravi (trajno stanje je razlog za sudsko oduzimanje poslovne sposobnosti);
- po sadržaju su razlozi za prirodnu odnosno pravnosudsku poslovnu nesposobnost zapravo isti; dijeli ih samo to što su prvi prolazne, a drugi trajne naravi;
- nema osnove za gradaciju (stupnjevanje) prirodne poslovne nesposobnosti, ona ili postoji ili ne postoji; teoretski model da bi tu “nešto” bilo moguće (kao kod pravnosudske poslovne sposobnosti, odnosno nesposobnosti) za sada ne nailazi na veće odjeke, napose ne u smislu da bi kod “jače” prirodne poslovne nesposobnosti pravni posao bio “ništetan”, a kod “slabije” pobojan (neke razlike mogu biti moguće za različite vrste poslova);
- prirodna poslovna nesposobnost ima određene sličnosti s kaznenopravnim pojmom ubrojivosti (u oba slučaja se radi o sposobnosti, odnosno nesposobnosti shvaćanja ili odlučivanja), ali i značajne razlike

- (kaznenopravni koncept neubrojivosti ima u vidu neko trajno stanje i uglavnom je vezan uz duševnu bolest ili duševnu nerazvijenost); kaznenopravni pojam “*actiones liberae in causa*” valja, međutim, preuzeti i u građansko pravo, jer bi u protivnom došli do vrlo nepravičnih situacija;
- najpravičnije je rješenje da je pravni posao sklopljen u stanju prirodne poslovne nesposobnosti ništetan; pobožnost ne rješava problem, čak niti u kombinaciji s učenjem o nepostojećim pravnim poslovima ili s učenjem o *causi*;
 - moguću nepravičnost posljedica ništetnosti (da se na to može pozivati bez vremenskog ograničenja npr.) valja rješavati bolje organiziranom konstrukcijom konvalescencije (konvalidacije) ništetnih pravnih poslova (konzumacija posla, naknadno odobrenje od strane samog subjekta koji je kod sklapanja posla bio u stanju prirodne poslovne nesposobnosti i sl.);
 - s obzirom na relativno rano stjecanje pune (pravne) poslovne sposobnosti (s navršениh 18 godina života, a negdje čak i sa samo 7) kao i s obzirom na to da mlade osobe (mada pravno potpuno poslovno sposobne) nisu zbog svoje mladosti, znanja i životnog iskustva u stanju sagledavati sve bitne pravno-gospodarske aspekte sve kompliciranijih suvremenih pravnih poslova, učenje o prirodnoj poslovnoj nesposobnosti donosi i poseban zahtjev da se za takve osobe na državnoj razini i o državnom trošku organizira posebno skrbništvo koje bi ujedno bitno smanjilo pozivanje na prirodnu poslovnu nesposobnost i na tomu posljedično invalidiranje sklopljenih pravnih poslova u obliku njihove ništetnosti;
 - u teoriju prirodne poslovne nesposobnosti valja ugraditi i učenje o pravnom interesu; nema, naime opravdanja pozivati se na prirodnu poslovnu nesposobnost ako je posao koji je postao sporan donio korist stranci koja je bila u stanju prirodne poslovne nesposobnosti u trenutku sklapanja (kod toga valja ipak naglasiti da pravni interes nije uvijek samo imovinski interes);
 - stanja prirodne poslovne nesposobnosti su napose danas zanimljiva kod sklapanja pravnih poslova iz neimovinskog dijela građanskog prava, prava osobnosti (liječenje, presađivanje dijelova ljudskog tijela, eutanazija, sklapanje poslova opasnih za život i zdravlje, također i onih koji dotiču samo dostojanstvo osobe i sl.); načelno rješenje ovdje mora biti samo takvo da tu kriteriji pune prirodne poslovne sposobnosti moraju biti stroži;
 - prirodna poslovna sposobnost se ne presumira niti dokazuje sudskom odlukom (to se dokazuje kod sudski oduzete potpune poslovne sposobnosti); kod prirodne poslovne nesposobnosti treba “živiti” dokaz, a teret takva dokazivanja mora biti na onome tko se poziva na stanje prirodne poslovne nesposobnosti u trenutku sklapanja odnosnog pravnog posla (tu su dopustivi svi dokazi, ne isključujući čak ni inverziju tereta dokazivanja u nekim situacijama) i
 - konačno – relevantan trenutak za ocjenu stanja prirodne poslovne nesposobnosti je samo trenutak sklapanja pravnog posla (kod distancijskog

spajanja ponude i prihvata kod ugovora to može biti i trenutak davanja izjave o ponudi, odnosno o prihvatu ponude); stanje koje je prethodilo sklapanju posla odnosno koje je nastalo iza toga nije relevantno za postojanje prirodne poslovne nesposobnosti niti za tome posljedičnu ništetnost posla, ali stanje prije ili poslije sklapanja posla može biti dragocjeni pokazatelj, (a onda i dokaz) kakvo je stanje bilo u trenutku sklapanja odnosno pravnog posla.

U nastavku ovog rada pokušat ćemo ove teoretske zamisli provesti kroz civilnopravnu povijest i sadašnjost učenja o prirodnoj poslovnoj (ne) sposobnosti.

Suvremeno stanje čovječanstva i način života ljudi zahtijevaju nova rješenja, jer su klasična preuska. Preusko je, zasigurno, vezivanje stanja pune prirodne poslovne sposobnosti samo za godine života odnosno samo za stanje duševne bolesti ili duševne nerazvijenosti. Moderno vrijeme traži i zaštitu čovjeka koji nije više ni posebno mlad i koji je "normalan", ali koji se zbog načina današnjeg života ne može nositi sa svim teškoćama koje donosi sklapanje nekih (napose važnijih) pravnih poslova.

U razmatranoj materiji se stoga doista miješaju mnogi klasični i mnogi novi aspekti. To cijelom pojmu donosi neke "komplikacije", ali mu daje i posebnu pravnu zanimljivost.

3. Kratki povijesni pregled razvoja instituta prirodne poslovne nesposobnosti

Vrlo je zanimljiva evolucija učenja o prirodnoj poslovnoj (ne)sposobnosti. Današnje učenje je, u osnovi, trasirano već u rimskom pravu, ali je tijekom povijesti bilo dosta skretanja u odnosu na taj rimski uzor. Uvodno spomenuta škola prirodnog prava donijela je puno na planu širenja koncepta pravne sposobnosti, ali je, međusobnim približavanjem učenja o pravnoj i učenja o poslovnoj sposobnosti, u značajnoj mjeri oslabila rimski koncept prirodne poslovne nesposobnosti. Zahtjevi suvremena života predstavljaju stoga, u izvjesnoj mjeri, reaktiviranje rimskog stava o predmetnom problemu. Dakako, s dosta inovacija.

3.1. Rimsko pravo

Rimsko pravo nije izravno poznavalo pojam prirodne poslovne nesposobnosti i nije pravilo razliku između pravnosudske i prirodne poslovne nesposobnosti. Tek je u postklasičnom razdoblju (mada i onda samo neodređeno i sporadično) istaknut zahtjev da prirodna poslovna sposobnost bude sastavni dio pojma poslovne sposobnosti.³⁹

Mnoga, rekli bi danas pragmatična, rješenja rimskog prava, međutim, ukazuju na to da je već tada prevladavao stav da je svaki pravni akt valjan samo pod

³⁹ Guarino, *Profili di diritto privato romano*, Napoli, 1965., str. 121-122.

pretpostavkom da je osoba koja je dala određenu izjavu volje bila stvarno u stanju shvatiti značaj svog djela.

U hrvatskoj znanosti rimskog prava prof. A. Romac govori o djelatnoj sposobnosti u rimskom pravu.⁴⁰ Poslovna sposobnost, po prof. Romcu je širi pojam te zahvaća djelatnu i delikatnu sposobnost zajedno.

Prema prof. Romcu, Rimljani su stjecanje djelatne sposobnosti povezivali sa spolnom zrelošću čovjeka, pa su u tom smislu rješenja bila sljedeća:

- djeca (*infantes*) do navršenih 7 godina života su potpuno djelatno nesposobna;
- djeca od 7 do 14 godine (*impuberes infantia*) su ograničeno djelatno sposobna (imaju tutora), a mogla su samostalno sklapati samo one poslove koji im donose korist;
- sa 14 godina su stjecala punu poslovnu sposobnost (*puberes*), ali se uskoro uvidjelo da ovo rješenje nije dobro za mlađe ljude pa je jednim posebnim zakonom (*lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*) stjecanje punoljetnosti praktički bilo povećano na 25 godina života (navedeni zakon je posebno predvidio kazne za sve one koji varaju osobe mlađe od 25 godina); pritom, međutim, u građanskopravnom smislu postoji samo odgovornost za štetu, bez mogućnosti poništaja posla;
- žene su u rimskom pravu (sve) bile djelatno nesposobne, ali je to s vremenom kao nepotrebno napušteno; dok je pravilo vladalo, za ženske osobe su pravne poslove sklapali njihovi tutori (*tutela mulierum*);
- djelatno sposobne nisu bile duševno bolesne osobe (*furiosi – cura furiosi*), mada su se uvažavali poslovi koje su ove osobe sačinile u stanju dokazane lucidnosti (*lucida intervalla*); slaboumne osobe (*mente captus*) smatrale su se neko vrijeme ograničeno djelatno sposobnim (status djece od 7 do 14 godina), a kasnije su izjednačeni s *furiosima* (slaboumnici nisu morali imati curatora, ali su ga mogli imati);
- tjelesne bolesti ili mane u pravilu nisu bile razlog za oduzimanje djelatne sposobnosti ako stanje nije bilo takvo da je stvarno onemogućavalo sklapanje određenih pravnih poslova; nijemi su npr. mogli zaključiti stipulaciju (izrazito verbalni pravni posao), a gluho nijemi napraviti usmenu oporuku (po Justinijanuu mogli su sačiniti i pisanu oporuku) i
- djelatno nesposobni bili su i rasipnici (*prodiges*), nakon što je neku osobu magistrat proglasio takvom, *cura prodigi*; rasipnici su bili izjednačeni s ograničeno djelatno sposobnim (sami su, stoga, mogli sklapati samo poslove koje im donose korist, a ostale samo uz pristanak i nazočnost tutora, mogli su sklapati brak ili prihvatiti nasljedstvo, ali nisu mogli napraviti oporuku).

Čini se, stoga pravilnom ocjena da rimsko pravo, doduše, nije pravilo jasnu razliku između sudskopravne i prirodne poslovne nesposobnosti, ali je svojim

⁴⁰ A. Romac, Rječnik rimskog prava, Zagreb, 1975., str. 652-653; A. Romac, Rimsko pravo, Zagreb, 2007., str. 100, 101, 104-106.

pravnim pragmatizmom omogućavalo stav da se i svaka faktička zapreka u slobodnom formiranju volje kvalificira kao izostanak relevantne poslovne sposobnosti.⁴¹

3.2. Kanonsko pravo

Kanonsko pravo pitanjima prirodne poslovne sposobnosti, (mada pod nešto drukčijim nazivima) posvećuje dosta pozornosti, napose u dijelu koji se odnosi na ženidbeno pravo.

Po zakoniku kanonskog prava (Kanon 1095.)⁴² nesposobni su za sklapanje ženidbe:

1. oni koji nisu dovoljno sposobni služiti se razumom,
2. oni koji boluju od teškog manjka prosuđivanja o bitnim ženidbenim pravima i
3. oni koji zbog razloga psihičke naravi ne mogu preuzeti bitne ženidbene obveze.

Zakonik posebno govori o “ukrepljenju ženidbe” (Kanon 1156.). Civilistički rečeno to je konvalescencija, odnosno konvalidacija.

Po Kanonu 1156. ukrepljenje ženidbe je moguće ako zapreka prestane ili da se od nje dobije oprost i da (povrh toga) ona strana koja zna za zapreku obnovi privolu.

Posebno se predviđa “ozdravljenje u korijenu”, što zapravo znači konvalidaciju bez obnove privole, ali tu dozvolu može dati samo Apostolska stolica (Kanon 1161.).

S obzirom na dugu povijest Zakonika kanonskog prava⁴³, može se reći da je rimska katolička crkva svoj koncept onog što mi nazivamo prirodnom poslovnom sposobnošću, odnosno nesposobnošću formirala još pred 1500 godina. Na tom konceptu katolička crkva ustraje i danas.

Ovaj je koncept ujedno vrlo blizak najsvremenijim koncepcijama prirodne poslovne (ne)sposobnosti.

⁴¹ V. Maurini, op. cit., str. 5. Rimsko pravo je, kako je poznato, bilo vrlo limitirajuće u dodjeli i priznanju pravne sposobnosti, ali je vrlo jasno iznijelo stav da sve *personae sui iuris* moraju još biti i poslovno sposobne da bi njihovo očitovanje volje bilo pravno valjano. Biti pravno sposoban po rimskom pravu nije automatski značilo biti i poslovno sposoban. Takve osobe, zaključuje Maurini, premda slobodni rimski građani, mogli su se naći u stanju faktične poslovne nesposobnosti. Za zahtjeva modernih vremena nedostajala je samo projekcija prolaznosti takve nesposobnosti. No, to je bila posljedica prejakog poistovjećivanja pravnosudske i (onog što mi danas zovemo) prirodne poslovne nesposobnosti.

⁴² Zakonik kanonskog prava (*Codex iuris Canonici*), Glas koncila, Zagreb 1996., str. 537.

Riječ je o Zakoniku kanonskog prava Rimokatoličke crkve, prema doradi tog Codexa koji je 1983. godine objavio papa Ivan Pavao II.

⁴³ Prvi *Codex iuris Canonici* datira još iz vremena cara Justinijana. Bilo je tijekom povijesti više izmjena i dopuna, posljednja je bila 1983. godine. U ženidbenom pravu, međutim, izmjene su bile neznatne s obzirom na poznati stav crkve o nerazrješivosti braka.

3.3. OGZ (ABGB), BGB, CODICE CIVILE

Vrlo je zanimljivo analizirati i usporediti regulaciju prirodne poslovne sposobnosti u ova tri velika građanska zakonika.

Pritom ćemo posebno vidjeti da su mlađi zakonici donijeli dosta novog u regulaciji instituta, čak uz pravilo: što je slabio utjecaj škole prirodnog prava, regulacija je postala drukčija i modernija.

3.3.1. OGZ (ABGB)

Austrijski građanski zakonik (ABGB, za nas OGZ) donijet je 1811. godine. Bio je stvaran izrazito u znaku škole prirodnog prava, a njegov glavni redaktor prof. Zeiller bio je posebno sljedbenik filozofije Immanuela Kanta.

ABGB je donio:

- prošireni koncept pravne sposobnosti jer je odredio da je svaki čovjek subjekt prava (§ 16.), ali i
- dosta suženiji koncept poslovne sposobnosti (§ 865.).

O § 865. moramo ovdje reći nešto više. On doslovno glasi:

“Tko ne ima razuma, kao i dijete do sedam godina, nesposoban je učiniti obećanje ili prihvatiti ga. Ine osobe nasuprot, koje zavise od oca, tutora ili skrbnika mogu istina prihvatiti obećanje samo na njihovu korist učinjeno; ali ako prihvaćaju koji teret skopčan s obećanjem, ili obećavaju i same što valjanost pogodbe zavisi od privoljenja zastupnika ili zajedno i od suda, prilog propisa ustanovljenih u poglavlju, trećem i četvrtom prvog dijela. Dok nije dano privoljenje to, druga strana odustati (odstupiti) ne može, ali može zahtijevati, da se primjeren rok odredi za očitovanje.”

Intonacija ove odredbe ABGB-a pretežito je u znaku pravnosudske, manje prirodne poslovne nesposobnosti. Da je tome tako, govore i dva danas najautoritativnija komentara ABGB-a.⁴⁴

Autori Koziol – Welser ipak (pod b) ističu da je konstitutivni element pojma poslovne sposobnosti i duševno stanje (Geisteszustand). Po njima (i po ABGB-u) duševni bolesnik ne može sklapati valjane poslove. Nema stupnjevanja po tog osnovi, pa je čovjek, ili cijeli sposoban, ili u cijelosti nesposoban.

Nema u opticaju izraza “prirodna poslovna sposobnost”. Duševno zdravlje čovjeka je samo jedan, čak bismo rekli, sporedan element pojma poslovne sposobnosti. Dominira životna dob (Alter) kao prvi i glavni element (pod a).

Zanimljivo je, međutim, da najpoznatiji autori hrvatskog prijevoda i komentara ABGB-a⁴⁵ rabe izraz “naravna djelatna sposobnost” kao sposobnost “... u obće očitovati svoju volju, tako da su si svjesne ...”, za razliku od “juridičke djelatne sposobnosti” (“... tj. moraju biti samosvjesne ...”). Po njima, sasvim je moguće da

⁴⁴ Koziol – Welser, op. cit., str. 59-60; Dietrich-Tades: ABGB, 34 Auflage, Wien. 1994., str. 804.

⁴⁵ Prema hrvatskom prijevodu kojeg su dali Rušnov – Posilović: Tumač Obćem Građanskom zakoniku, knjiga druga, § 531 – 1502, str. 274 – 276.

čovjek ima jednu, ali nema i drugu sposobnost; idealno je, dakako, kad obje postoje.

Po Rušnov – Posiloviću s ludim i slaboumnim osobama izjednačeni su i oni “... koji se prelazno nalaze u stanju neprisebnosti” (kao npr. uslijed vrućice, uslijed pijanstva itd.). Posao je nevaljan ako te osobe dokažu da su volju očitovale u takvu stanju. Dopušten je svaki dokaz u tom pravcu, indicijama također.

Gledano s današnje perspektive može se pretpostaviti da su autori Rušnov i Posilović, vrlo vjerojatno, bili u većoj mjeri indoktrinirani rimskim privatnim pravom nego ABGB-ovom školom prirodnog prava.

Izraz kojeg oni donose (“naravna djelatna sposobnost”) je, zapravo, sinonim za pojam “prirodna poslovna sposobnost” kojeg mi u ovom radu razmatramo.

Ni današnje austrijsko pravo ne poznaje izraz “naravna djelatna sposobnost” (die natürliche Geschäftsfähigkeit).⁴⁶ Zasiurno ga nije poznavalo ni u trenutku redakcije ABGB-a.⁴⁷

ABGB (OGZ), dakle:

- ne poznaje izraz “prirodna poslovna sposobnost” kao poseban pojam;
- sadržajno taj pojam ipak poznaje, ali samo kao drugi i sporedan element ukupnog pojma poslovne sposobnosti;
- ne poznaje mogućnost invalidiranja pravnog posla učinjenog u korist prirodno poslovno nesposobnog (to je jak trag rimskog prava);
- pravno je nevaljan, ali ne u obliku ništetnosti, nego u obliku poboynosti (konvalidira dozvolom zastupnika) i
- sam pojam (moguće) prirodne poslovne nesposobnosti ograničava na prolazna stanja (što je dobro), ali isključivo na pitanje duševne bolesti (što je danas zastarjelo).

3.3.2. BGB

Njemački građanski zakonik (BGB) donijet je 1896. godine. Dakle, 85 godina nakon OGZ-a. To je već Građanski zakonik snažnog kapitalističkog gospodarstva, a i neka nova učenja već imaju pun stručni i znanstveni legitimitet (pravo osobnosti, psihoanaliza, nova psihologija i psihijatrija).

Sam BGB u § 104. (“Geschäftsunfähigkeit”) izrijeком ne poznaje izraz “prirodna poslovna sposobnost” (die natürliche Geschäftsfähigkeit), ali određuje:

⁴⁶ Koziol – Welser, op. cit., str. 59-61;

Dietrich – Tades, ABGB, 34. Auflage, Wien, 1994., str. 805.

⁴⁷ Rušnov – Posilović, op. cit., str. 274 – 275. Stilizacija § 865. ABGB-a doista upućuje na zaključak da je u pitanju jedan doista “zakržljali” koncept prirodne poslovne nesposobnosti. Da je tome tako napose govori i činjenica što propis predviđa ratihabiciju (odobrenje) zastupnika; kod prirodne poslovne nesposobnosti zastupnika nema, jer je u pitanju tjelesno i psihički zdrav čovjek koji je, jedino, u jednom trenutku u takvu stanju da ne može slobodno izraziti svoju volju. Zato je i logično da i vodeći suvremeni austrijski komentatori ABGB-a ne poznaju izraz “prirodna poslovna sposobnost”. To što je, pak, taj izraz upotrebljiv u hrvatskom prijevodu ABGB-a (Rušnov – Posilović, “naravna djelatna sposobnost”) upućuje doista samo na njihove rimske uzore, a ne na ono što nosi ABGB (OGZ).

Poslovno je nesposoban (“Geschäftsunfähig ist”):

1. tko nije navršio sedam godina života i
2. tko se u trenutku izjave volje nalazio u stanju koje je zbog zdravstvenih smetnji onemogućavalo slobodnu izjavu volje, sve dok traje ovakvo stanje.⁴⁸

Pravna teorija izrijeком poznaje izraz “prirodna poslovna nesposobnost” (die natürliche Geschäftsunfähigkeit).⁴⁹

Palandt u tom smislu podvlači tri esencijalne pretpostavke pojma:

1. zdravstvene smetnje duševnog stanja,
2. određena trajnost tog stanja i
3. potpuno isključenje slobodne volje.

Pretpostavka pod 2. ima se smatrati samo kao negacija momentalnosti, ne i kao nekakvo trajnije stanje.

Pravni posao sačinjen u stanju prirodne poslovne nesposobnosti je ništetan (“nichtig”); to je jasna odredba iz st. 1. i 2. (sljedećeg) § 105.

(1. Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig.

2. Nichtig ist auch die Willenserklärung, die im Zustande der Bewuslosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird”).

U njemačkom je pravu pitanje prirodne poslovne sposobnosti potencirano i samom činjenicom što se ograničena poslovna sposobnost stječe već s navršениh 7 godina života. S djecom do 7 godina izjednačeni su i trajni duševni bolesnici, ali i oni “prolazni”; od 7 do 18 godina postoji stanje ograničene poslovne sposobnosti, a s navršениh 18 godina stječe se puna poslovna sposobnost koja (opet) može biti oduzeta zbog trajne duševne bolesti.

Njemačko građansko pravo, dakle izrijeком poznaje izraz “prirodna poslovna nesposobnost”, pravilno ju koncipira kao određeno kraće stanje, ali ju (što je ipak nedostatno) uglavnom vezuje samo uz duševne bolesti i duševne poremećaje.

Ovaj nedostatak zakonodavstva uspješno kompenzira pravna teorija koja traži proširenje pojma i na sve psihičke smetnje.⁵⁰

⁴⁸ Doslovni tekst st. 2. § 104. BGB-a glasi:

“2. wer sich ihrem die frei Willensbestimmung ausschließenden Zustände krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach lin vorübergehender ist.”

§ 104. sadržavao je izvorno još jedan stavak (st. 3.) koji je ukinut, ali tako da je posebnim propisom regulirano pitanje duševnih smetnji prilikom sklapanja pravnih poslova. Teorija smatra da je i to preusko učinjeno jer da u osnovi nije napušten koncept duševne bolesti, odnosno da je trebalo zahvatiti i mnoga psihička stanja koja nisu duševne bolesti (M. Arai – Das Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes in Deutschland und die gegenwärtige Lage der Entmündigung in Japan – Internet).

⁴⁹ Palandt, op. cit., str. 75.

⁵⁰ M. Arai, op. cit.

3.3.3. *Codice civile*

Talijansko pravo ima danas, u svjetskim razmjerima avangardnu poziciju u učenju o prirodnoj poslovnoj sposobnosti.⁵¹

No, i samo talijansko pravo imalo je u tom pogledu dva bitno različita razdoblja: prvo, od 1865. do 1942. (Codice civile iz 1865.) i drugo, od 1942. pa nadalje (Codice civile iz 1942. koji je na snazi i danas).

U prvom se fazi (1865.) pojam prividne poslovne nesposobnosti ne regulira na apstraktnoj razini. Samo se za neke pojedinačne primjere (čl. 763. – oporuka, čl. 1052. – darovanje) daju rješenja koja upućuju na problem prirodne poslovne nesposobnosti.

Talijanska znanost je sukladna u ocjeni da je to bio propust zakonodavca, diktiran prije svega općom indoktrinacijom škole prirodnog prava.⁵²

Novo talijansko građansko pravo (Codice civile iz 1942.) ispunjava rečenu prazninu i u čl. 428. regulira problem prirodne poslovne nesposobnosti za sve pravne poslove i sva očitovanja volje.

Kako kaže prof. F. Galgano sfera prirodne poslovne nesposobnosti se proširuje na svaki oblik smetnje koja prolazno izaziva slabljenje mentalne sposobnosti čovjeka (to npr. može biti čak i stanje izazvano sunčanicom).⁵³

Ostale bitne karakteristike važećeg talijanskog prava u pitanju prirodne poslovne sposobnosti su sljedeće:

- nedostatak prirodne poslovne sposobnosti ne izaziva ništetnost nego (samo) pobojnost pravnog posla;
- jednostrani akt (jednostrani pravni poslovi) su pobojni (samo) pod pretpostavkom da izazivaju tešku štetu (“grave pregiudizio”) onome tko je prirodno poslovno nesposoban (st. 1. čl. 428.);
- dvostrani pravni poslovi (ugovori – “contratti”) su pobojni (i dalje) uz pretpostavku da donose tešku štetu nesposobnome, ali i uz daljnju pretpostavku (koja mora kumulativno postojati) da postoji zla vjera kod ugovornog partnera prirodno poslovno nesposobne osobe (st. 2. čl. 428.).

Na taj način talijanski Codice civile daje jednu vrlo široku koncepciju pojma prirodne poslovne sposobnosti, ali ju, zbog zahtjeva pravne sigurnosti, istovremeno jako limitira vrlo restriktivnim pretpostavkama pobojnosti.

Neposredne posljedice ovakve zakonodavne regulacije su: širenje pojma u mnoge nove sfere ljudskog života,⁵⁴ posebno pojačana zaštita zaposlenika,⁵⁵

⁵¹ Djela talijanske znanosti građanskog prava čine i okosnicu ovog rada: V. Maurini, op. cit., F. Galgano, op. cit., Cian – Trabucchi, op. cit., M. Bessone i dr., op. cit.

⁵² V. Maurini, op. cit., str. 8. To je inače i vrijeme romantizma, stvaranja talijanske države (1861.), vrijeme Verdija itd.

⁵³ F. Galgano, op. cit. str. 258, 765, 770 i 848. Slično: Laura Galli – Annulamento del contratto per incapacità naturale (Internet).

⁵⁴ A. Di Majo i dr., *Introduzione all'invalidità (Uvod u nevaljanost)*, Torino, 2002.

⁵⁵ U talijanskoj sudskoj praksi su snažno odjeknuli slučajevi iz oblasti radnog prava gdje su sudovi zbog živčane iscrpljenosti stanja depresivne anksioznosti prihvatili tužbe radnika radi

minuciozna razrada, tzv. informiranog pristanka u medicinskom pravu,⁵⁶ nova shvaćanja u oblasti tumačenja oporuke⁵⁷ itd.

U svakom slučaju riječ je o modernoj, znanstveno utemeljenoj i prethodno dobro prostudiranoj regulaciji pojma prirodne poslovne nesposobnosti.

Riječ je, također, i o koncepciji koja se može preporučiti svim modernim svjetskim zakonodavstvima. Ne slučajno, ta koncepcija ima snažan oslonac u modernoj psihologiji i psihijatriji, ali također i u modernoj sociologiji prava koja upućuje na nužnost uvažavanja svih aspekata prolaznog gubitka prirodne poslovne sposobnosti, s jedne, ali i uvažavanju neophodnih zahtjeva pravne sigurnosti, s druge strane.⁵⁸

No, posebno bitno za istaknuti je i to da mlade i neiskusne, ali i stare odnosno nemoćne osobe, mada potpuno poslovno sposobne, mogu, ako žele, dobiti od države pomoć za zastupanje u sklapanju poslova.⁵⁹

3.4. *Hrvatsko pravo*

Hrvatsko pravo samo djelomično poznaje problem prirodne poslovne (ne) sposobnosti u prethodno izloženom smislu.

Zasigurno je to, u prvom redu, “zasluga” OGZ-a koji je sam poznao jedan dosta “zakrčljali” koncept prirodne poslovne sposobnosti. Nije da ga uopće nije poznao, ali ga kao apstraktni pojam nije ni imao, a još manje potpuno razumio.

Hrvatsko građansko pravo (u tradicionalnoj podjeli na: opći dio građanskog prava, stvarno pravo, obvezno pravo, nasljedno pravo) ni danas ne poznaje izraz “prirodna poslovna sposobnost”.⁶⁰

poništaja izjave o otkazu ugovora o radu (presude Vrhovnog suda Italije br. 7485/2003 od 14. svibnja 2003.; br. 381 od 14. siječnja 2004. i br. 515 od 15. siječnja 2004.).

Na toj podlozi talijansko pravo i sociologija rada razvija i nove pojmove kao što su “downsizing”, “mobbing” i “bossing” (vidjeti: L’annulabilita delle dimissioni estorte – Poništaj iznuđenih otkaza, Internet).

⁵⁶ Vidjeti o tome: Paola Zaccaria – Sostanze stupefacenti ed incapacità naturale: argomenti medico – legali per un approfondimento (Internet); Franco Elio Costellucci – L’annulabilità degli alti (contratto, testamento, dimissioni del lavoratore) per incapacità naturale nei recenti orientamenti giurisprudenziali (Internet); Il consenso informato (Internet); Erminia Emprin Gilardini – Disposizioni in materia di consenso informato e di direttive di trattamento sanitario (Internet).

⁵⁷ Giuseppe Musolino, Le interpretazioni del testamento fra regole generali e criteri peculiari (Rivista di diritto civile, Padova, br. 4 iz 2007., parte seconda, str. 467 do 487).

⁵⁸ U vrijeme pisanja ovog rada bile su u tijeku pripreme za svjetski kongres sociologa prava (Njemačka, srpanj 2008.). Od talijanskih kolega doznali smo da oni za tu prigodu spremaju jedan značajan referat baš iz oblasti prirodne poslovne (ne)sposobnosti.

⁵⁹ Po odredbi iz čl. 404. Codice civile-a postoji institut pod nazivom “Amministrazione di sostegno”. Mada je to teško prevedivo na hrvatski jezik, moglo bi se nazvati “Pomoć – podrška u upravljanju imovinom”. Administratora određuje sudac (“giudice tutelare”) svakoj osobi koja zatraži i sve, dakako, na trošak države. Prof. Bessone (op. cit.) posebice navodi da ovo rješenje štiti “ranjive slojeve stanovništva”, napose mlade i neiskusne odnosno starije i nemoćne. Praksa u tom smislu daje dobre rezultate.

⁶⁰ Vodeći udžbenik građanskog prava u RH (Klarić – Vedriš, Građansko pravo, Zagreb 2006.), ne dotiče problem prirodne poslovne nesposobnosti. Govori samo (str. 36-38) o onome što teoretski

Zakon o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 32/05.) sadrži, vezano uz poslovnu sposobnost, dvije bitne odredbe:

- čl. 276. koji određuje poslovnu sposobnost kao pretpostavku valjanosti ugovora (st. 1.), odnosno da ograničeno poslovno sposobni mogu sami sklapati samo neke ugovore, a za sve ostale moraju imati odobrenje zastupnika (st. 2. i 3.) i
- čl. 330. po kojem je ugovor pobojan kad ga je sklopila strana ograničeno poslovno sposobna osoba.

Ista je regulacija postojala i u ZOO-u iz 78/91. (čl. 56. – 59., st. 1. čl. 111.).

Jasno je, međutim, da ZOO pritom misli samo na pravnosudsku, a ne i na prirodnu poslovnu nesposobnost. Već spominjanje zakonskog zastupnika na to posve jasno upućuje, iz jednostavnog razloga što kod prirodne poslovne nesposobnosti nikakav zakonski zastupnik ne postoji.

Nešto što ide u pravcu prirodne poslovne sposobnosti (ili to već i jeste) nalazi se u jednom drugom propisu – u Zakonu o nasljeđivanju.

U Zakonu o nasljeđivanju (“Narodne novine”, broj 48/03., 163/03. i 35/05.) u st. 2. čl. 26. sasvim se određeno navodi da je oporuka ništava ako oporučitelj “... nije bio sposoban za rasuđivanje”.

Mada je “sposobnost za rasuđivanje” prikladnije za odštetno pravo u civilu i za kazneno pravo, nema dvojbe da je, u biti, to zapravo koncept “prirodne poslovne (ne)sposobnosti”.

Nasljedno pravo je (ipak) samo dio građanskog prava, pretežito nevezan uz pravni promet (rezerviran za obvezno pravo), pa je teško odredbu iz st. 2. čl. 26. ZN-a “oktroirati” na čitavo građansko pravo.

Navedena odredba ZN-a može poslužiti kao prilog argumentaciji da hrvatsko građansko pravo poznaje institut prirodne poslovne nesposobnosti, mada i dalje u dosta “zakržljanom” obliku kojeg je potrebno dobrom pravnom interpretacijom uvijek iznova aktualizirati i podizati na razinu instituta koji vrijedi za čitavo građansko pravo.⁶¹

Po ZN-u je, dakle oporuka sačinjena u stanju “nesposobnosti za rasuđivanje” ništava (nišetna). Ako bi i tu konsideraciju proširili na čitavo građansko pravo, imali bi sustav sličan njemačkom, ali posve protivan talijanskom.

Uz takvo rješenje i uz gotovo nemoguću konvalidaciju (čl. 326. ZOO), rizik izrazite pravne nesigurnosti postaje prevelik.

Nekakav izlaz iz ovog problema mogao bi se naći u konstrukciji ograničene prirodne poslovne (ne)sposobnosti, ali to se, kako smo vidjeli, izbjegava i u poredbenom pravu.

nazivamo pravnosudskoj poslovnoj (ne)sposobnosti.

Ranija federalna literatura problem je poznavala puno određenije (A. Gams: Uvod u građansko pravo, Beograd, 1985., str. 108.)

⁶¹ Dvije vrlo zanimljive odluke u tom pravcu, koje ćemo ovdje prikazati, prikupili su prof. Zvonimir Slakoper i suradnici (Z. Slakoper i dr., Zbirka sudskih odluka 1985.-2005., Rijeka, 2006.)

Zapravo konstrukcija potpune prirodne poslovne nesposobnosti može ostati i može se izjednačiti sa stanjem potpune pravnosudske poslovne nesposobnosti koja uvijek izaziva ništetnost pravnog posla (arg. iz st. 1. čl. 276. ZOO).

Kod sudskopravne potpune poslovne nesposobnosti je ništetnost pravnog posla razumljiva jer je u pitanju određeno trajno stanje nesposobne osobe. U slučaju prirodne poslovne nesposobnosti radi se o prolaznom stanju (momentalnom ili takvom koje traje samo jedno kraće vrijeme) koje brzo “nestaje” i iza kojeg je dotična osoba opet i sudskopravno i prirodno potpuno poslovno sposobna.

Proširiti posljedicu ništetnosti “ad infinitum” bilo bi stoga posve nepravično. Odobrenje odnosno samoodobrenje (po isteku prolazne prirodne poslovne nesposobnosti) treba u takvu slučaju biti pravi oblik konvalidacije posla. Za to, međutim, ZOO ne daje izravan oslonac i, eventualno, bi se u tom pravcu mogao analogno koristiti samo institut konzumacije pravnog posla (arg. iz čl. 294. ZOO). Sve drugo bi predstavljalo i “venire contra factum proprium”.

Na sve ove nejasnoće i nedoumice hrvatskog građanskog zakonodavstva (pa i pravne teorije koja “slijedi” takvo zakonodavstvo) odgovara sudska praksa ponekad nejasno i neodređeno, ali zapravo zadivljujuće kreativno.

Autor donosi kraći prikaz ovih presuda:

- u predmetu broj: Rev-155/88 (od 13. ožujka 1986.) Vrhovni sud Republike Hrvatske prihvaća ništavost ugovora o darovanju jer darovatelj (koji je inače bio punoljetan i nije mu sudski bila oduzeta poslovna sposobnost) nije bio “sposoban za rasuđivanje”; Vrhovni sud pritom ističe da je poslovno nesposobna ne samo osoba “koja nema poslovnu sposobnost” (misli očito na sudskopravnu nesposobnost), nego i ona “... koja je u vrijeme zaključenja pravnog posla bila duševno bolesna i slijedom toga nesposobna da shvati značenje i posljedice svog djela ...”;⁶²
- u presudi broj: Rev-873/90 (od 22. kolovoza 1990.) Vrhovni sud Republike Hrvatske isto tako prihvaća ništetnost ugovora o kupoprodaji, jer “... tužitelji nisu imali poslovnu sposobnost zbog utjecaja alkohola”.

U ovoj dionici namijenjenoj hrvatskom građanskom pravu, spomenimo, konačno, i regulaciju u obiteljskom pravu.

Obiteljsko pravo, barem u svom imovinskom dijelu, svakako spada u privatno (građansko) pravo. No, čak i u svom javnopravnom dijelu dotiče neke probleme prirodne poslovne (ne)sposobnosti.

Tako je, npr. među bračnim smetnjama i “... potpuno lišenje poslovne sposobnosti ili nesposobnost za rasuđivanje” (čl. 27. st. 1. Obiteljskog zakona, “Narodne novine”, broj 162/98.).

⁶² Zanimljivo je da se u toj odluci Vrhovni sud poziva na dvije osnove ništavosti: nedostatak poslovne sposobnosti (st. 1. čl. 56. tada važećeg ZOO iz 1978.) i na protivnosti prinudnim propisima (st. 1. čl. 103. ZOO). Čini se ovo “dupliranje” nepotrebnim, pa i posve neosnovanim jer nema kumulacije osnove ništavosti.

Teorija obiteljskog prava⁶³ pod nesposobnošću za rasuđivanje podrazumijeva “narušeni uobičajeni tijek rasuđivanja odnosno zaključivanja” i navodi da “takvo stanje mogu uzrokovati organska oštećenja središnjeg živčanog sustava, afektivno stanje, posebno patološki aspekti straha, srdžbe, tuge, čulne obmane izazvane opijatima svake vrste itd”. Pritom se još dodaje da se ne misli da je takva osoba nesposobna za bilo kakvo rasuđivanje; dostatno je da je nesposobna za razumijevanje sklapanja braka.

Hrvatsko je privatno (građansko) pravo tako, ponajviše zahvaljujući nasljednom i obiteljskom pravu, ipak na jasnom tragu suvremena učenja o prirodnoj poslovnoj (ne)sposobnosti i uz određenu pravnu doradu može se približiti suvremenim koncepcijama ovog instituta.

Neke doprinose posebno će (i zasigurno) nastaviti davati sudska praksa.⁶⁴

4. Neki procesnopравни problemi u primjeni instituta prirodne poslovne (ne)sposobnosti

Parnični postupak radi invalidiranja pravnog posla zbog prirodne poslovne nesposobnosti ima, u osnovi, iste karakteristike kao i svaki drugi parnični postupak.

No, ima tu i nekih specifičnosti koje ćemo ovdje obraditi.

⁶³ M. Alinčić i dr., *Obiteljsko pravo*, “Narodne novine”, Zagreb, 2001., str. 62.

⁶⁴ Pred više od 20-tak godina autor ovog rada je kao sudac redovnog suda radio na slučaju koji ga je već tada ponukao na dublju analizu problema prirodne poslovne nesposobnosti. Zbog protoka godina ne može utvrditi točan poslovni broj predmeta, ali se sjeća bitnog sadržaja. U pitanju je bio brak koji se razvodio nakon skoro 30 godina zajedničkog života. Po svim ljudskim pokazateljima to je bio jedan solidan građanski brak, s troje djece, stečenom značajnom imovinom i sl.

Supruga je teško doživjela razvod i završila je na psihijatriji. Na dan kada je upravo izlazila iz bolnice sačekao ju je bivši suprug i (relativno ljubazno) pozvao na piće gdje je predložio nagodbu o diobi imovine. Nagodba je bila takva da je njoj pripao neznatni dio (možda ne više od 1% od ukupne vrijednosti i ona je to potpisala.

Kasnije je to u sudskom sporu pobijala. Išlo je, međutim, to vrlo teško jer:

- nije bilo prinude (ona to nije ni tvrdila);
- nije bilo ni relativne zablude (znala je za stečenu imovinu i njenu vrijednost), a
- stvar nije mogla proći ni zbog prikrate, jer kod nagodbe nema prikrate (čl. 1094. ZOO iz 78/91.).

Izlaz je ipak bio pronađen: sporni pravni posao nije imao dopuštenu *causu* (čl. 51. ZOO iz 1978.). Dopuštena osnova (*causa*) pravnog posla nagodbe je međusobno popuštanje ugovornih strana (arg. iz st. 1. čl. 1089. ZOO iz 1978.), a u opisanom slučaju uopće nije bilo međusobnog popuštanja (popustila je samo tužiteljica koja je umjesto 50% od ukupne vrijednosti imovine dobila samo 1%). Uspješan ishod ovakvog pobijanja danas ne bi bio moguć kroz institut *cause*. Novi ZOO iz 2005. u čl. 273. govori samo o tzv. subjektivnoj *causi* (“Pobude za sklapanje ugovora”), dočim je objektivni koncept “dopuštene osnove” posve napušten.

Sada bi, u sličnoj situaciji, mogla pomoći samo konstrukcija prirodne poslovne nesposobnosti.

4.1. Problem zastupanja

Prirodno poslovno nesposobna osoba je, kako smo vidjeli, inače potpuno “zdrava”, “normalna” i sudskopravno potpuno poslovno sposobna osoba. Ona samo *in concreto*, za pojedinačno poduzeti posao, nije bila poslovno sposobna.

Zastupanje u sklapanju pravnih poslova stoga, barem načelno, ne dolazi u obzir. Nije moguće konstruirati ni “preventivnu opasnost” pa onda postavljati zastupnika za slučaj nastupanja takvih situacija.

Najviše što se može učiniti, a za to ima mnogo valjanih razloga, je kao u Italiji, postavljati (određivati) “administratora pomoći” (“amministratore di sostegno”). Kako smo naveli, određuje ga sudac, na troškove države i na zahtjev za pomoć.

Takva pomoć napose potrebna onim “ranjivim” kategorijama stanovništva: mladim i neiskusnim ljudima, ali također starijima i nemoćnima. Opisana služba (“Amministrazione di sostegno”) u Italiji daje dobre rezultate.

Hrvatski Obiteljski zakon (st. 1. čl. 152.) dopušta postavljanje skrbnika, između ostalog, i kad se radi “... o teško bolesnoj osobi koja nije imenovala pomoćnika ili osobi na izdržavanju kazne zatvora”.

U praksi se takve mogućnosti gotovo uopće ne koriste.⁶⁵

Posve je drugo pitanje procesno zastupanje (zastupanje u parnici) prirodno poslovno nesposobne osobe.

Prirodno poslovno nesposobna osoba bila je poslovno nesposobna samo u trenutku sklapanja pravnog posla. Kako je u pitanju samo prolazno (trenutačno ili kratkotrajno stanje), ono u trenutku podnošenja tužbe, barem u pravilu, već ne postoji.

U trenutku podnošenja tužbe je, dakle tužitelj (opet) posve “zdrav” i “normalan” i pravnosudski poslovno potpuno sposoban. Nikakav zastupnik (osim, dakako, punomoćnik po izboru) ne dolazi u obzir niti mu ga se može određivati.⁶⁶

Ako bi, pak, stanje prirodne poslovne nesposobnosti trajalo duže, odnosno pretvorilo se u trajno stanje, takvoj osobi valja u redovitom sudskom postupku oduzeti ili ograničiti poslovnu sposobnost i onda joj postaviti i odgovarajućeg zastupnika koji odlučuje, i o sklapanju pravnih poslova, i o podnošenju tužbe.

⁶⁵ Teorija obiteljskog prava (M. Alinčić i dr., op. cit., str. 414-417) upozorava da je u pitanju “Skrbnništvo za poseban slučaj” koje se odnosi za točno određeni pravni posao; time se, kažu nadalje autori, ne dira u poslovnu sposobnost štićenika, već se pruža zaštita pojedinog prava i interesa neke osobe.

⁶⁶ Takva je npr. i odluka Ustavnog suda Italije posl. br. 198 iz 2006. (objavljena na internetu). Da problem, međutim, nije beznačajan govori činjenica da je zahtjev za ispitivanje ustavnosti čl. 78. talijanskog Zbornika o građanskom postupku podnijela grupa odvjetnika i to zbog toga što ta odredba ne predviđa obvezatnog zakonskog zastupnika za slučaj prirodne poslovne nesposobnosti (incapacità naturale). Odbijajuća odluka je tim važnija što je u konkretnome slučaju čak bio u pitanju građanin zahvaćen teškim stanjem psihičke demencije.

4.2. Problem dokazivanja

Relevantno je u sporu radi invalidiranja pravnog posla iz razloga prirodne poslovne nesposobnosti samo stanje u trenutku sklapanja posla.

To je, s obzirom na narav prirodne poslovne nesposobnosti, jedan određeni trenutak ili jedno relativno kratko i prolazno stanje.

Ono što je bilo prije sklapanja posla, odnosno što postoji nakon sklapanja posla, također, nije bez svaka značaja. To može jako upućivati i na sam središnji problem, kakvo je stanje bilo u trenutku sklapanja posla.

Zato ne valja rigidno shvaćati pravilo da se u parnici ima utvrđivati samo stanje kakvo je postojalo u trenutku perfekcije posla. Sve što je bilo prije toga, kao i ono što postoji iza toga, može značajno pomoći u utvrđivanju jedino relevantnog stanja u trenutku sklapanja odnosno pravnog posla.⁶⁷

Stoga su u utvrđivanju stanja prirodne poslovne (ne)sposobnosti dopušteni svi dokazi, kao i u svakoj drugoj parnici i dokaz indicijama također.⁶⁸

S obzirom na modernizirani koncept učenja o prirodnoj poslovnoj nesposobnosti (koju materiju proširuje na sve oblike psihičkih i tjelesnih smetnji u čovjeku), posve je razumljivo da će posebnu snagu i ulogu imati dokaz putem sudskih vještaka (psihologa, liječnika, psihijatarata).

Psihologija i medicina su i inače duboko ušle u svijet prava. Najprije u kazneno pravo, a sada sve više i u građansko pravo. Pravo osobnosti koje je iniciralo i novo učenje o prirodnoj poslovnoj nesposobnosti ne bi bilo moguće bez oslonca na modernu medicinu i psihologiju.⁶⁹

Moguća su i vještačenja drugog tipa.⁷⁰

⁶⁷ Tako i V. Maurini, op. cit., str. 175-177.

⁶⁸ Na to su uputili još i Rušnov – Posilović, Tumač..., op. cit., str. 275. I oni govore o utvrđivanju "ponašanja dotičnog kontrahenta prije i nakon utanačenja ugovora".

⁶⁹ V. Maurini (op. cit., str. 29-42) posebno navodi neke tipično nove razloge prirodne poslovne nesposobnosti:

- uznapredovala bolest i visoka starost,
- depresija i anksioznost,
- stanja emocija i strasti,
- tzv. karakterološke nastranosti i,
- hitna (žurna) potreba za novcem.

Sve su to, prvenstveno, pojmovi medicine i psihologije. Za ovaj rad smo izvukli i neke posebne osobine ovih stanja (izvor: internet – Wikipedia):

- Psihoaktivne droge koje trenutno i jako oštećuju funkcije mozga;
- Alkohol – isto tako;
- Hipnoza – pomaže u liječenju mnogih bolesti, ali izaziva jaku sugestibilnost kod osobe koja se tome podvrgava;
- Depresija – teška i vrlo raširena bolest koja često na "nevidljiv" način smanjuje sve čovjekove sposobnosti; anksioznost je samo viši oblik depresije;
- Alzheimerova bolest – duh i tijelo tu "prestaju biti jedno";
- Demencija – opće i progresivno opadanje svih funkcija i
- Stres – moderna i sve raširenija bolest koja čovjeka naglo i jako "izbacuje iz sedla" itd.

⁷⁰ Npr. grafološko vještačenje. Rukopis je neponovljiv trag ljudske osobnosti pa se iz njega daje posebno dobro isčitati psihičko stanje čovjeka (Vincenzo Mostronardi – Storia della grafologia,

4.3. Teret dokazivanja

Parnicu radi invalidiranja pravnog posla zbog stanja prirodne poslovne nesposobnosti podiže, ili osoba koja je bila u takvu stanju, ili (za slučaj njene smrti) njeni nasljednici.

Uspjeh u parnici zavisi od uspješna dokazivanja relevantne smetnje u trenutku sklapanja pravnog posla.

To je vrlo težak dokaz jer je tužitelj inače, kako smo više puta rekli “zdrava”, “normalna” i pravnosudski potpuno poslovno sposobna osoba. Težak je i zbog toga što je riječ o stanju koje je trajalo kratko i koje se dogodilo pred više vremena.

Teret dokaza je, u pravilu, uvijek na onome koji nešto tvrdi. To je važan postulat pravne sigurnosti i od toga se ni na ovom području ne smije odstupati.

Prerigidno shvaćanje ovog načela može dovesti do toga da tužitelji u takvim parnicama gotovo nikada ne uspiju. Ni to ne bi bilo dobro jer bi to bio poraz pravde.

Načelo da teret dokazivanja može, kao pravilo, ostati, ali može biti korigirano barem u dva slučaja: u situacijama monopolskog položaja tužene strane⁷¹ i u situacijama kada je prethodno utvrđeno kazneno djelo prijevare nesposobne osobe.⁷²

Suđenja povodom prirodne poslovne nesposobnosti su teška suđenja. To se stanje ne dokazuje sudskim rješenjima i ispravama, nego mukotrpnim dokazivanjem stvarnog psihičkog i tjelesnog stanja tužitelja u određenom trenutku.

Ovakva su suđenja pogotovo teža u zemljama (kakva je i Hrvatska), koje ne poznaju ili ne poznaju dostatno produbljeno problem prirodne poslovne nesposobnosti. Tu postoji povećani rizik parničnog neuspjeha, čak i u onim slučajevima gdje bi tužitelji objektivno morali uspjeti.

Roma, 1980.).

⁷¹ Talijansko pravo je i tu dalo nova, vrlo originalna rješenja.

U već citiranim presudama talijanskog Vrhovnog suda (bilješka br. 54) posve se određeno navodi da je na tuženiku (poslodavcu) teret dokazivanja tvrdnje da svi njihovi djelatnici (pa tako i tužitelj) imaju ljudski dostojanstven tretman pa onda sud u takvom kontekstu ocjenjuje tužbu kojom djelatnik poništava vlastitu izjavu o otkazu ugovora o radu datu u stanju prirodne poslovne nesposobnosti.

Slično se pravilo može proširiti i na druge monopole (banke, osiguranje, bolnice itd.).

⁷² U presudi talijanskog Vrhovnog suda posl. br. 2327 (internet) navodi se da pravomoćna kaznena osuda zbog kaznenog djela prijevare nesposobne osobe predstavlja uspješno riješeno prethodno pitanje i za civilni spor povodom toga. Sud je pritom rekao da je pravomoćna kaznena osuda “maius” u odnosu na “minus” kojeg predstavlja civilnopravna prirodna poslovna nesposobnost.

U hrvatskom pravu slično je pravilo teže postaviti jer nema posebnog kaznenog djela prijevare osobe koja nije sposobna postupati.

5. Zaključak

Na kraju ovog rada moramo se vratiti uvodno izrečenoj konstataciji o povodu koji nas je ponukao na obradu ove teme.

Dvije su presude talijanskog Kasacionog (Vrhovnog) suda (br. 381 od 14. siječnja 2004. i br. 515 od 15. siječnja 2004.) odlučujuće uvjetovale naše zanimanje za ovaj problem, napose iz ovih razloga:

- što su u njima prihvaćeni zahtjevi radnika koji su pobijali vlastiti otkaz ugovora o radu iz razloga koji do sada nisu bili gotovo nezamislivi: živčana iscrpljenost (“esaurimento nervoso”) i psihičke smetnje (“turbamento psihico”); ne, dakle, samo duševna bolest, duševna nerazvijenost i sl. što se tradicionalno pojavljuje u ovakvim pitanjima;
- što je Vrhovni sud Republike Italije sasvim određeno rekao da je pritom teret dokazivanja živčane iscrpljenosti, odnosno psihičke smetnje ne na radniku, tužitelju, nego na poslodavcu, tuženiku koji (ako želi uspjeti u parnici mora dokazati da je svim svojim radnicima omogućio i omogućava mirno, racionalno i dostojanstveno odlučivanje i
- što se spominje nama nepoznata kategorija “amministrazione di sostegno” (uprave – službe za pomoć) gdje sudac na teret države određuje stručnu pomoć osobi koja zbog neiskustva, nemoći ili sličnih razloga nije u stanju donositi pravno racionalne odluke u upravljanju svojim pravima.

Iz kraćeg povijesnog pregleda i date poredbene analize mogli smo zaključiti da je institut prirodne poslovne sposobnosti od “tihog” i “sramežljivog” pratitelja mnogo poznatije pravnosudske poslovne sposobnosti (vezane uglavnom uz starosnu dob čovjeka) prerastao u istinsku samostalnu pravnu vrijednost koja se širi u do sada nezamislive prostore.

Na najvišoj filozofsko-pravnoj razini valja nedvojbeno reći da je to prije svega zasluga modernog učenja o pravu osobnosti koje na planu poslovne sposobnosti čovjeka, za razliku od sigurna i racionalna čovjeka u smislu Kantove škole prirodnog prava, na životnu i pravnu scenu dovodi ranjiva čovjeka koji u žrvnju suvremena života sve češće (mada inače “zdrav” i “normalan” te pravnosudski potpuno poslovno sposoban) dolazi u situacije u kojima zbog bolesti, neiskustva, iscrpljenosti, straha, srdžbe itd. ne može donositi smislene odluke o svojim pravima i obvezama.

Takvo širenje koncepta prirodne poslovne sposobnosti može, međutim, doći u ozbiljnu koliziju s bitnim postulatima pravne sigurnosti. Zato ga, istovremeno s takvim širenjem, valja nužno ograničiti isto tako sve širim mogućnostima konvalescencije (konvalidacije) – prije svega samoodobrenjem pravnog posla koji je bio sklopljen u stanju prirodne poslovne nesposobnosti.

U tom pravcu ukazuje se kao bolje rješenje i sankcija poboynosti, a ne ništetnosti (rješenje u čl. 428. talijanskog Građanskog zakonika).

Prirodna poslovna sposobnost nema stupnjevanje, ali nema dvojbe da se ipak dade postaviti pravilo: za veće i važnije pravne poslove mora biti “stopostotna”, dok se za one poslove manje socijalne važnosti može tolerirati nešto manji (niži) stupanj te sposobnosti.

Hrvatsko pravo, nasljeđujući austrijsko pravo izrađeno na temeljima prirodnopravne škole, poznaje samo donekle koncept prirodne poslovne sposobnosti. Obvezno pravo ga izrijeком ne poznaje, jedino ga (i to pod netočnim nazivom “sposobnost za rasuđivanje”) poznaje Zakon o nasljeđivanju u dijelu u kojem govori o pretpostavkama valjanosti oporuke.⁷³

Kroz moderno shvaćanje prirodne poslovne sposobnosti i u građansko pravo “na velika vrata” ulaze medicina, psihologija i psihijatrija. No, “prirodna poslovna sposobnost” jeste i mora biti prije svega pravni pojam.

Poseban objekt zaštite moderna učenja o prirodnoj poslovnoj sposobnosti su mladi i neiskusni te stariji i nemoćni ljudi. Pustiti 19-godišnjake odnosno 80-godišnjake da (budući su sudskopravno potpuno poslovno sposobni) doslovno sami odlučuju o svojim pravima i obvezama znači (vrlo često) prepustiti ih raljama nemilosrdnih pljačkaša i kriminalaca, sve s minimalnim šansama za mogućnost pravnog popravka i sanacije.

Novе tendencije u shvaćanju prirodne poslovne sposobnosti žele takva stanja izbjeći.

ZOO sadrži pravilo da izjava volje mora biti učinjena slobodno i ozbiljno (st. 2. čl. 28. ZOO iz 91.; st. 3. čl. 249. ZOO iz 05.).

To je, međutim, samo propis općeg, deklaratornog značaja i sam po sebi ne predstavlja osnovu invalidiranja izjave volje. U odnosu na prirodnu poslovnu sposobnost ovaj propis treba pravilnim tumačenjem dovesti do željenog cilja.

⁷³ Netočan bi bio zaključak da se “sposobnost za rasuđivanje” u hrvatskom građanskom pravu traži samo za sastavljanje oporuke. To se zahtijeva i za sklapanje ugovora i svih drugih pravnih poslova, samo što je Zakon o obveznim odnosima to propustio navesti. Sudska praksa, kako smo vidjeli, relativno (pravilno) postupa.

“Sposobnost za rasuđivanje” po Zakonu o nasljeđivanju nije neko trajno stanje, nego stanje isključivo u momentu sačinjavanja oporuke. Odnosni oporučitelj je inače pravnosudski potpuno poslovno sposoban, samo in concreto može biti nesposoban.

Ako je, pak, u pitanju osoba kojoj je sudski oduzeta poslovna sposobnost, može postojati prirodna poslovna sposobnost za izjavu posljednje volje: i takav oporučitelj, naime, može znati da ima neku imovinu i da je nekome želi ostaviti. Za valjano sastavljanje oporuke zapravo je nebitna sudskopravna poslovna sposobnost; relevantna je jedino dob (navršenih 16 a ne 18 godina života, i konkretno stanje prirodne poslovne sposobnosti koje zakon naziva “sposobnost za rasuđivanje”. U novijoj literaturi nasljednog prava (Gavella-Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008., str. 130) navodi se i naziv “mentalna nesposobnost”. To je ipak samo djelomično točno, jer ne zahvaća novije aspekte prirodne poslovne nesposobnosti (stres, uzbuđenje, strast, karakterološke osobine i sl.).

Summary

NATURAL LEGAL INCAPACITY AS A CAUSE OF INVALIDITY OF LEGAL TRANSACTION

From Roman times until the first part of 19th century the notion of legal capacity of a person has been mostly limited to the objective side of that capacity (years of age).

The subjective side was accepted a lot less and in most cases it was referred to mental illness and disorders in mental development.

In recent times (the second part of 19th and 20th century) possible subjective conditions causing natural legal incapacity have been more and more broadened comprising almost all possible physical and psychical disturbances because of which a person cannot make rational decisions in legal operations.

Described widening of the teaching concept of natural legal (in)capacity is first of all aimed at protecting youngsters and inexperienced persons as well as elderly and weak persons. Moreover, this is the best side of in such a way modernized concept.

On the other way, it is necessary to pay attention not to cause a higher extent of legal uncertainty by applying the concept. "Fuses" have to be identified to stop the uncertainty. Otherwise, this praiseworthy and modernized concept of natural legal capacity would not be justified.

Key words: *legal capacity, natural legal capacity, validity of legal transactions.*

Riassunto

**L'INCAPACITÀ NATURALE D'AGIRE
QUALE CAUSA DI INVALIDITÀ DEL NEGOZIO GIURIDICO**

Sin dai tempi del diritto romano fino alla prima metà del XIX secolo il concetto di capacità d'agire della persona, in linea di principio, si limitava all'aspetto oggettivo di tale capacità (età).

Il profilo soggettivo veniva riconosciuto molto di meno e nei casi in cui si riconosceva, generalmente, riguardava le patologie mentali e le difficoltà di sviluppo psicologico.

In tempi più recenti (seconda metà del XIX secolo e XX secolo) i possibili stati soggettivi, che comportano l'incapacità naturale, si ampliano sempre di più ed ammettono tutti i disturbi fisici e psichici, a causa dei quali la persona, sotto un profilo giuridico, non può decidere con raziocinio nel traffico giuridico.

Siffatto allargamento dell'analisi dell'incapacità d'agire naturale vuole, in particolare modo, tutelare le persone giovani ed inesperte, come pure quelle anziane e deboli. Un tanto del resto, rappresenta il lato migliore del concetto, si modernizzato.

D'altra parte, occorre prestare attenzione, a che ciò non conduca ad una maggiore incertezza del diritto. E' necessario individuare le misure che lo impediscano; altrimenti, questo lodevole e modernizzato concetto dell'incapacità d'agire naturale non avrebbe una reale giustificazione.

Parole chiave: *capacità d'agire, capacità d'agire naturale, validità del negozio giuridico.*

“SIVE ZONE” IZVANUGOVORNE ODGOVORNOSTI – PODRUČJA MOGUĆE PRIMJENE PRAVILA O ODGOVORNOSTI NA TEMELJU KRIVNJE I OBJEKTIVNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.51
Ur.: 28. siječnja 2009.
Pr.: 11. veljače 2009.
Izvorni znanstveni članak

Rad se bavi pitanjem granice područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu u hrvatskom i poredbenom pravu. Razvoj odštetnog prava doveo je do toga da je ta granica u praksi postala sve manje jasna i vidljiva. Stroga odgovornost na temelju presumirane krivnje u nekim se područjima odgovornosti približila objektivnoj, čemu je u poredbenom pravu poseban doprinos dala sudska praksa. S druge strane, posebni slučajevi objektivne odgovornosti priznaju različite vrste i broj egzoneracijskih razloga, pa su neki od njih po svojoj “strogoći” relativno blagi. Hrvatsko pravo, zbog prepuštanja sudskoj praksi da u svakom konkretnom slučaju odlučuje koje su stvari i djelatnosti opasne, a koje nisu, ima zakonom priznato područje odgovornosti u kojem pitanje primjene subjektivne ili objektivne odgovornosti za štetu ostaje trajno otvoreno.

Ključne riječi: odgovornost za štetu, subjektivna odgovornost za štetu, objektivna odgovornost za štetu, krivnja, opasna stvar, opasna djelatnost.

1. Uvod

Subjektivnu (kulpoznu) i objektivnu (kauzalnu) odgovornost za štetu uobičajeno je u pravnoj teoriji i sudskoj praksi razmatrati kao alternativne temelje odgovornosti, dvije odvojene, međusobno isključive vrste odgovornosti. U konkretnom odnosu odgovornosti za štetu štetnik, odnosno odgovorna osoba, odgovara, ili prema pravilima subjektivne, ili prema pravilima objektivne odgovornosti. Prije odluke o odgovornosti konkretan se odnos podvodi pod jednu ili drugu vrstu odgovornosti. One, međutim, ne predstavljaju jedinstvene

kategorije, već imaju i svoje podvrste, pa ovisno o postojanju posebnih pravila o odgovornosti i oslobođenju od iste, mogu biti strože ili blaže.¹

Općenito govoreći, u praksi su za podvođenje pod pravila o odgovornosti najmanje sporni slučajevi koji spadaju u krajnje kategorije – najstrožu i najblažu odgovornost. Gdje je točno granica primjene pravila subjektivne i objektivne odgovornosti nije uvijek lako precizno odrediti. Pod "sivim zonama" odgovornosti u ovome radu podrazumijevamo upravo to granično područje, slučajeve mogućih preklapanja, za koje može biti sporno treba li ih podvesti pod pravila o subjektivnoj ili pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu.

U našem je pravu, kao i poredbenom, odgovornost na temelju krivnje pravilo (čl. 1045. st. 1. Zakona o obveznim odnosima²),³ a objektivna odgovornost izuzetak. Pravila objektivne odgovornosti primjenjuju se na štete od opasne stvari i djelatnosti (čl. 1045. st. 3. ZOO-a) te na štete u drugim slučajevima propisanim zakonom (čl. 1045. st. 4. ZOO-a). Koje su to stvari i djelatnosti opasne, ZOO nije definirao, već je to pitanje prepustio sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Za neke opasne stvari i djelatnosti, zakonodavac nije kvalifikaciju opasnosti prepustio sudskoj praksi, već je objektivna odgovornost njihovih imatelja, odnosno vršitelja propisana ZOO-om⁴ i drugim zakonima.⁵ Ovi slučajevi odgovornosti, kada je objektivna odgovornost posebno propisana ZOO-om ili drugim propisom, nisu predmet razmatranja ovoga rada jer za njih, u pravilu, nije sporno ulaze li u područje objektivne odgovornosti za štetu. Kao "siva zona" odgovornosti zanima nas prvenstveno područje primjene odgovornosti za štetu od opasnih stvari ili opasne djelatnosti. Postoje li uopće jasne granice primjene subjektivne i objektivne odgovornosti za štetu u sustavu odgovornosti, u kojem se sve dok se ne izvrši

¹ Tako bi se klasičan put od najstrože do najblaže odgovornosti kretao od objektivne odgovornosti bez mogućnosti egzoneracije kao najstrožeg oblika odgovornosti (apsolutna odgovornost), preko objektivne odgovornosti s klasičnim egzoneracijskim razlozima (viša sila, isključiva radnja oštećenika, isključiva radnja treće osobe), objektivne odgovornosti sa širim spektrom egzoneracijskih razloga te subjektivne odgovornosti kod koje se krivnja presumira i završavao kod subjektivne odgovornosti kod koje se krivnja dokazuje, kao najblaže vrste odgovornosti.

² NN 35/05 i 41/08, dalje u tekstu: ZOO.

³ (1) *Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje.*

⁴ Motorna vozila u pogonu su opasna stvar i propisana je objektivna odgovornost njihova imatelja za njima prouzročene štete trećim osobama (čl. 1069. ZOO-a), opasna je stvar i proizvod s nedostatkom koji predstavlja opasnost štete za osobe ili stvari (čl. 1073. ZOO-a), okupljanje većeg broja ljudi stvara pojačanu opasnost nastanka štete, pa je i odgovornost organizatora priredbi objektivna (čl. 1081. ZOO-a).

⁵ Tako, npr. prema pravilima objektivne odgovornosti za štetu odgovaraju korisnik nuklearnog uređaja (vidi čl. 11. Zakona o odgovornosti za nuklearnu štetu, NN 143/98), tvrtke koje obavljaju djelatnost koja predstavlja rizik za okoliš i ljudsko zdravlje (vidi čl. 150. st. 1. i čl. 151. st. 1. Zakona o zaštiti okoliša, NN 110/07). Prijevoz je opasna djelatnost i posebni propisi (u pravilu usklađeni s odredbama o odgovornosti prijevoznika propisanih međunarodnim konvencijama) za neke vrste šteta propisuju objektivnu (ugovornu) odgovornost prijevoznika, dok se na odgovornost prijevoznika prema trećima (koji nisu putnici ili korisnici prijevoza) primjenjuju opća pravila o odgovornosti.

kvalifikacija neke konkretne stvari ili djelatnosti kao opasne, ne zna hoće li sud primijeniti pravila o objektivnoj odgovornosti ili će odgovornost prosuđivati prema pravilima o odgovornosti na temelju krivnje? Kakva to opasnost mora biti i nije li u većini slučajeva ona rezultat činjenice da se određena djelatnost nije dovoljno pažljivo obavljala, odnosno s određenom stvari dovoljno pažljivo postupalo, pa bi i primjena pravila o odgovornosti na temelju krivnje dovela do istog rezultata? U ovom će se radu nastojati otvoriti neka od pitanja u tom smjeru te navesti na razmišljanja o tomu treba li području moguće primjene objektivne odgovornosti u našem pravu postaviti neke konkretnije granice.

I u poredbenom odštetnom pravu postoje "sive zone" odgovornosti, a posljedica su, prvenstveno, općeg trenda poštovanja odgovornosti. Iako se kao najočitiiji pokazatelj toga trenda obično ističe uvođenje novih slučajeva objektivne odgovornosti, svakako nisu zanemarive ni izmjene pravila o subjektivnoj odgovornosti, odnosno njihova tumačenja u sudskoj praksi. Objektivizacijom krivnje, zahtjevima za sve višim standardima pažnje i sniženjem stupnja krivnje za koji se odgovara, kao i prebacivanjem tereta dokaza nekrivnje na tuženika, odgovornost na temelju krivnje, vremenom je u pojedinim područjima odgovornosti postajala sve stroža, odnosno oslobođenje od nje sve teže. Poštovanje odgovornosti na temelju presumirane krivnje s jedne strane i istovremeno povećanje broja posebnih slučajeva objektivne odgovornosti, od kojih neki priznaju i vrlo široku lepezu egzoneracijskih razloga, rezultirali su sve težim odvajanjem područja primjene subjektivne i objektivne odgovornosti u poredbenom odštetnom pravu. Tomu je na području Europske unije pridonio i proces selektivnog i djelomičnog ujednačavanja pravila o odgovornosti za štetu čije rezultate države članice ponekad teško uklapaju u nacionalne odštetnopravne sustave.

2. Odgovornost na temelju presumirane krivnje

2.1. Općenito o krivnji u suvremenom odštetnom pravu

Danas se neki argumenti "za" krivnju kao temelj odgovornosti, kojima se bavila starija pravna teorija, čine pomalo idealističnim.⁶ Ono na što se suvremeni

⁶ Tako se za krivnju kao temelj odgovornosti obično isticalo: jaku logičnu privlačnost (da svatko odgovara za svoje skrivljeno ponašanje čini se prirodnim, pravilom koje proizlazi iz zdravog razuma, kao i suprotno pravilo – da nitko ne odgovara za štetu koju nije prouzročio svojom krivnjom), moralnu vrijednost (za krivnju kao kriterij odgovornosti često se isticalo da predstavlja pobjedu pravde), socijalnu vrijednost (odštetno pravo je shvaćeno kao mehanizam održavanja ravnoteže između čovjekove slobode i obveza koje proizlaze iz života u društvu), odgovornost pojedinca (pravo koje uzima krivnju kao kriterij odgovornosti priznaje čovjekovu slobodu i odgovornost, njegovu sposobnost da se ponaša društveno odgovorno, bira između dobra i zla.) U 19. stoljeću javljaju se argumenti protiv krivnje kao temelja odgovornosti: kao funkcija odštetnoga prava počinje se isticati naknada gubitaka (pod utjecajem pozitivističke škole javlja se ideja da se odštetno pravo treba baviti isključivo gubicima i njihovim naknađivanjem, a ne moralnim procjenama osoba), potreba razlikovanja kaznene i građanske odgovornosti (kaznjavanja i naknađivanja štete), "socijalizacija prava" (odštetno pravo treba se temeljiti na društvenom interesu naknade štete, a ne krivnji štetnika), sposobnost snošenja gubitaka (nesreće na radu, industrijske

zakonodavci pri propisivanju odgovornosti usredotočuju jest opasnost, odnosno stupanj rizika nastanka šteta i na koga ga prebaciti. Ukoliko je ta opasnost veća, od potencijalnog se štetnika zahtijevaju stroži standardi pažnje i prebacuje teret dokazivanja da nije kriv, a izuzetno velika opasnost, širok krug potencijalnih oštećenika i mogućnost nastanka šteta većeg obujma, navodi zakonodavce na propisivanje odgovornosti za štetu bez obzira na krivnju. Iako je odgovornost na temelju krivnje ostala temeljno pravilo o odgovornosti za štetu, vremenom su iz samog pojma krivnje potisnuti moralni sadržaji,⁷ budući da se skrivljenost i neskrivljenost u pravilu vezuju uz apstraktne, objektivne standarde ponašanja, a ne psihički odnos konkretnog štetnika prema štetnoj radnji i/ili njezinoj posljedici, tj. šteti. Zato je opći pojam krivnje, kao pretpostavke odgovornosti za štetu, iznimno teško definirati, osobito u onim odštetnopravnim sustavima gdje je krivnju i protupravnost teško razdvojiti i posebno razmatrati.⁸

2.2. *Odgovornost na temelju presumirane krivnje u našem pravu*

Odgovornost na temelju presumirane krivnje temeljno je pravilo o odgovornosti u našem pravu (čl. 1045. st. 1. ZOO-a: *Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje*), a primjena načela dokazane krivnje iznimka je koja mora biti izričito propisana.⁹ ZOO ne daje definiciju krivnje, već samo navodi njezina dva temeljna oblika – namjeru i nepažnju: *Krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom* (čl. 1049. ZOO-a), ali ni njih ne definira. U našoj teoriji neki autori krivnju razmatraju kao subjektivni element protupravnosti,¹⁰ dok drugi smatraju, da ukoliko možda i postoje teorijski razlozi za svrstavanje

nezgode dovele su do uvođenja posebnih pravila o odgovornosti poslodavaca), itd. U prošlom stoljeću počinje se isticati da odgovornost na temelju krivnje nema inherentnu moralnu vrijednost budući da pravni pojam krivnje može biti vrlo daleko od moralnog pojma. Krivnja i nepažnja više predstavljaju odstupanja od standardnog ponašanja, a ne stanje svijesti. Ako je krivnja socijalni, a ne moralni pojam, ona u mnogim područjima aktivnosti, kao kriterij odgovornosti ima malu socijalnu vrijednost, posebno kada ne postoji korelacija između stupnja krivnje i opsega štete za koju se odgovara (u ovom smislu kaznena odgovornost ima veću društvenu vrijednost). Vidi: Tunc, André, *The proper place of fault in a modern law of tort*, International encyclopedia of comparative law, Vol. XI Torts, Part I, I-115. – I-153., str. 63.-86.

⁷ O ulozi krivnje kao moralnog pojma u suvremenoj građanskopravnoj odgovornosti vidi: Peschka, Vilmos, *The Removal of Ethical and Moral Content from Tort Liability*, Acta Juridica Hungarica, Vol. 42, No. 3. (2001), str. 133.-148.

⁸ O protupravnosti i krivnji, odnosno njihovu razlikovanju u poredbenopravnim sustavima, vidi: Koziol, H. (ed.) et al.: *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998.

⁹ Npr. prema čl. 740. ZOO-a, ako gost ne prijavi nestanak, uništenje ili oštećenje stvari čim za njih dozna, ima pravo na naknadu samo ako dokaže da je šteta nastala krivnjom ugostitelja ili osobe za koju on odgovara.

¹⁰ Vidi: Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, XI. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 597.; Gorenc, Vilim, *Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF-plus*, Zagreb, 2005., str. 1611.

krivnje u pojam protupravnosti, ne postoje i praktični razlozi za to, te krivnju razmatraju kao posebnu pretpostavku odgovornosti za štetu, posve različitu od pojma protupravnosti.¹¹

Zadržavanje na, iz kaznenog prava "posuđenoj", definiciji krivnje kao određenog psihičkog odnosa štetnika prema djelu (štetnoj radnji) i posljedici (šteti), uglavnom je zadovoljilo našu pravnu teoriju, zbog relativno malog praktičnog značaja takvog općeg pojma.¹² Ono čemu se, sasvim opravdano, u pravnoj teoriji i sudskoj praksi¹³ posvetilo više pozornosti, vrste su i stupnjevi krivnje. Krivnja se javlja u dva oblika – kao namjera (*dolus*) i nepažnja (*culpa*). Namjerno postupa onaj koji postupa znajući i hotimice, dok s nepažnjom postupa onaj koji ne upotrijebi potreban stupanj pažnje, onu pažnju koju bi upotrijebio prosječan čovjek (krajnja nepažnja, *culpa lata*) ili onu koju bi upotrijebio dobar gospodarstvenik, odnosno dobar domaćin (obična nepažnja, *culpa levis*).¹⁴ Za postojanje namjere bitni su subjektivni elementi – volja i znanje koji se odnose na samu radnju i njezine posljedice,¹⁵ dok znanje o protupravnosti te radnje nije bitno, dovoljno je da je ona objektivno protupravna.¹⁶ Nepažnja se, suprotno tomu, određuje objektivno, usporedbom ponašanja štetnika s ponašanjem drugih ljudi u istim ili sličnim okolnostima u kojima je štetnik bio.¹⁷ Krajnja je nepažnja teži stupanj nepažnje (kada štetnik ne postupa

¹¹ Grbin, Ivo, Odgovornost za štetu po osnovi krivnje, u: Crnić, Ivica, et al., Odgovornost za štetu, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 4.-5. Isti, Odgovornost za štetu po osnovi krivnje, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2004., str. 2.

¹² Vidi: Klarić/Vedriš, op. cit., str. 597.-599. Krivnju kao opći pojam Vizner je definirao kao "negativan subjektivni odnos između za rasuđivanje sposobnog štetnika i njegove štetne radnje kojeg pravni poredak osuđuje, uzimajući u obzir konkretno postojeće okolnosti i štetnikovu sposobnost za rasuđivanje, pošto se štetnik, usprkos postojanjima spomenutih činjenica, nije ponašao kao razuman i pažljiv čovjek, već je svojim negativnim stavom i ponašanjem povrijedio neko tuđe subjektivno pravo ili pravom zaštićeni interes, koje pravni poredak njihovim titularima odnosno presumptivnim ovlaštenicima garantira i zaštićuje." Vizner, Boris, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, I Opći dio Osnove obveznih odnosa, 2. knjiga, Zagreb, 1978., str. 676.-677.

¹³ Pregled sudske prakse o odgovornosti na temelju krivnje vidi kod: Crnić, Ivica, Odštetno pravo, Zbirka sudskih rješidbi o naknadi i popravljanju štete s napomenama i propisima, Drugo bitno izmijenjeno i dopunjeno izd., Zgombić § Partneri – nakladništvo i informatika, Zagreb, 2008., str. 10.-20., 45.-49.

¹⁴ Neznatna nepažnja (*culpa levissima*) u našem pravu nije dovoljna za postojanje odgovornosti.

¹⁵ Razlikuju se dvije vrste namjere, izravna i neizravna. O izravnoj je namjeri riječ kada je štetnik svojom radnjom htio uzrokovati drugome štetu, njegova je namjera usmjerena baš na postizanje štetne posljedice. Kod neizravne namjere štetnik je svjestan mogućnosti da svojom radnjom uzrokuje drugome štetu, koju ne želi, ali na nju ipak pristaje. Grbin, op. cit., str. 3.; Vizner, op. cit., str. 681.

¹⁶ Prije ZOO-a u našem se pravu razlikovalo tri stupnja namjere: obična namjera, zla namjera i zluradost. Obična namjera odgovara današnjem pojmu namjere, zla je namjera postojala ako je štetnik uz to znao da je njegova radnja protupravna, a zlurado je postupao ako je uz to, nanoseći štetu iskazao određenu radost ili objijest. Klarić/Vedriš, op. cit., str. 597.

¹⁷ "Štetnik postupa nepažljivo (*culpa*) kad ne želi nastupanje štete drugome, niti na to pristaje, ali se ipak ne ponaša onako kako to pravni poredak od njega očekuje. Kad štetnik olako smatra da do štete neće doći ili da će je moći spriječiti (svjesna nepažnja) ili pak uopće ne zna da svojim

ni s pažnjom koju bi upotrijebio svaki prosječan čovjek, gospodarstvenik, stručnjak), u praktičnim posljedicama izjednačen s namjerom, dok je obična nepažnja blaži stupanj nepažnje, izostanak onog stupnja pažnje koji bi bio upotrijebio pozoran čovjek, dobar gospodarstvenik, odnosno stručnjak.¹⁸ U pravilu se postupanje štetnika uspoređuje s apstraktnim čovjekom i takva se obična nepažnja zove *culpa levis in abstracto*, a iznimno se pri procjeni postoji li obična nepažnja uzima u obzir štetnikovo uobičajeno ponašanje, odnosno pažnja koju primjenjuje u svojim vlastitim stvarima,¹⁹ kada se radi o običnoj nepažnji koja se zove *culpa levis in concreto*.²⁰

Predmnijeva se obična nepažnja (čl. 1045. st. 2. ZOO-a²¹), dakle najblaži oblik i stupanj krivnje štetnika, koji je u većini slučajeva dovoljan za odgovornost štetnika. Kada odgovornost postoji samo ukoliko je šteta prouzročena namjerno ili grubom nepažnjom,²² navedena predmnijeva ne vrijedi, pa je na oštećeniku dokazati postojanje namjere, odnosno grube nepažnje, osim ukoliko presumpcija grube nepažnje ili namjere ne bi bila izričito propisana

postupanjem može uzrokovati štetu, a trebao bi toga biti svjestan (nesvjesna nepažnja), kao u konkretnom slučaju (pod pretpostavkom da su prigovori tuženika o uzrocima prometne nezgode neosnovani), onda pravni poredak zahtijeva od štetnika ponašanje koje se očekuje i od drugih ljudi u takvoj situaciji. Krajnja nepažnja (*culpa lata*) postoji kad štetnik nije postupao onakvom pažnjom kakvu bi upotrijebio svaki prosječan čovjek, dakle radi se o nerazumnom ponašanju koje se često izjednačava s namjerom (*culpa lata dolo proxima*). Za razliku od krajnje nepažnje, obična nepažnja (*culpa levis*) postoji kad štetnik ne postupa kao naročito pažljiv čovjek (dobar domaćin, dobar stručnjak ili dobar gospodarstvenik), dakle uspoređuje ga se s apstraktnom osobom sličnih svojstava (*culpa levis in abstracto*), premda se u nekim slučajevima ponašanje štetnika može ocijeniti i kao *culpa levis in concreto*, kad nije upotrijebio ni onu pažnju koju primjenjuje u vlastitim stvarima (*diligentia quam in suis rebus*).” (VSRH, Rev-1460/1999-2, od 30. listopada 2002.).

“Nepažljivo postupa onaj tko ne želi nastupanje štetne posljedice niti na nju pristaje, ali se ipak ne ponaša onako kako to pravni poredak od njega očekuje. On je lakomisen te smatra da do štete neće doći ili da će je moći spriječiti (svjesna nepažnja) ili pak uopće ne zna da svojim postupanjem može uzrokovati štetu, a trebao bi biti toga svjestan (nesvjesna nepažnja). Razlikuju se dva stupnja nepažnje i to: krajnja nepažnja (*culpa lata*) kad netko ne postupa ni s onakvom pažnjom koju bi upotrijebio svaki prosječan čovjek, te obična nepažnja (*culpa levis*) kad netko nije postupao kao naročito pažljiv čovjek.” (VSRH, Rev 387/1998-2, od 19. ožujka 1998.). Vidi i: VSRH, Rev 3725/1999-2 od 11. ožujka 2003. i VSRH, Rev 3030/1994-2, od 24. rujna 1997. Sve su odluke dostupne na: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

¹⁸ Klarić/Vedriš, op. cit., str. 598.-599.; Gorenc, op. cit., str. 1624.

¹⁹ Tako npr. čl. 1091. st. 2. ZOO-a propisuje da ako je štetnik prouzročio štetu radeći nešto korisno za oštećenika, sud može odrediti nižu naknadu, vodeći računa o brižljivosti koju štetnik pokazuje u vlastitim poslovima. Prema čl. 727. st. 1. ZOO-a, kod besplatne ostave ostavoprimalac je dužan čuvati stvar kao svoju vlastitu.

²⁰ Grbin, op. cit., str. 4., Klarić/Vedriš, op. cit., str. 599., Vizner, op. cit., str. 682.-683.

²¹ Ova odredba predstavlja ozakonjenje stajališta sudske prakse. Naime, bivši ZOO nije sadržavao izričitu odredbu u tom smislu pa je na pitanje koji se oblik krivnje presumira odgovor bila dala sudska praksa.

²² Npr. oštećenik ima pravo zahtijevati popravlanje štete koju mu je zaposlenik prouzročio na radu i u svezi s radom neposredno od zaposlenika, samo ako ju je ovaj prouzročio namjerno (čl. 1061. st. 2. ZOO-a), a poslodavac ima pravo regresa prema zaposleniku za štetu koju je ovaj trećima u radu ili u svezi s radom prouzročio namjerno ili iz krajnje nepažnje (čl. 1061. st. 3. ZOO-a).

nekim drugim propisom ili nedvojbeno proizlazila iz smisla odredbe toga propisa.

Možemo zaključiti da su u nedostatku zakonskih definicija, pravna teorija i sudska praksa dale velik doprinos definiranju oblika i stupnjeva krivnje i pri tomu su zaista vrlo usuglašene.

2.3. Poredbeno pravo

I u poredbenom je pravu odgovornost na temelju krivnje pravilo, ali prebacivanje tereta dokaza nekrivnje na tuženika uglavnom nije propisano kao opće pravilo. Sudska je praksa, međutim, u pojedinim europskim državama značajno proširila polje primjene odgovornosti na temelju presumirane krivnje.²³ S obzirom na zakonodavna rješenja, već se i slučajevi u kojima je teret dokaza nekrivnje prebačen na tuženika u pojedinim odštetnopravnim sustavima smatraju "sivom zonom" odgovornosti zbog činjenice da omogućavaju da odgovara i tuženik koji nije kriv, ali to nije u mogućnosti dokazati.

U austrijskom odštetnom pravu, odgovornost na temelju krivnje ustanovljava se bez obzira na stupanj nepažnje (ABGB²⁴, §§ 1294. i 1295.). Kao temelj zahtjeva za povećanjem stupnja uobičajene pažnje ističe se opasnost od nanošenja štete drugome, što je ona veća to je viši standard pažnje koji se zahtijeva.²⁵ Ukoliko se ne radi samo o opasnosti koja je povećana u konkretnim okolnostima, već je ona tipično povezana s određenim ponašanjem, zaštitni propisi (*Schutzgesetze*) često postrožuju odgovornost općenito zabranjujući neka ponašanja zbog njihove apstraktne opasnosti.²⁶ Za skidanje tereta dokaza s oštećene strane smatra se da se udaljava od pravila o odgovornosti na temelju krivnje jer omogućava da odgovara i štetnik koji nije kriv, ali to ne može dokazati. Ovaj način postroženja odgovornosti koriste ABGB i posebni propisi ukoliko je izvor povećane opasnosti u sferi štetnika. U kombinaciji s opasnošću ili rizičnim smještajem stvari, neispravnošću građevine ili životinjama, objektivna povreda dužne pažnje dovoljna je da uspostavi odgovornost prema §§ 1318.-1320. ABGB-a.²⁷ Paragraf 1318. propisuje odgovornost za pad opasno

²³ Vidi infra, 2.2.

²⁴ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* iz 1811., na snazi od 1.1.1812. (JGS 946.).

²⁵ Budući da se kod odgovornosti na temelju krivnje odgovara bez obzira na stupanj nepažnje, smatra se da bi daljnje postroženje moglo ići samo u smjeru odgovornosti i za najblaži stupanj nepažnje (*culpa levissima*), koji prema još uvijek prevladavajućem mišljenju pravne teorije i sudske prakse, ne dovodi do odgovornosti jer svatko treba računati na redovni stupanj obzira. I objektivizacija krivnje bila bi put prema postroženju odgovornosti, ali se krivnja u pravilu procjenjuje s obzirom na subjektivne sposobnosti štetnika, uz izuzetak stručnjaka kojima se procjenjuje s obzirom na objektivne standarde. Koch, Bernhard, A., Koziol, Helmut, Austria, u: Koch, B., A., Koziol, H. (eds.) et al., *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 10.

²⁶ *Ibid.*, str. 9.

²⁷ *Ibid.*, str. 12.

smještenih stvari,²⁸ § 1319. odgovornost imatelja neispravnih zgrada,²⁹ a § 1320. odgovornost za štete od životinja.³⁰

I njemački je zakonodavac u niz odredbi BGB³¹-a (§§ 831.-834., 836.-838.) prebacio teret dokaza. To su slučajevi odgovornosti za drugoga (zastupnike, djecu, deliktno nesposobne osobe), odgovornosti imatelja životinja koje se koriste u komercijalne ili profesionalne svrhe, odgovornost posjednika životinja koji nad njima vrši nadzor na temelju ugovora, odgovornost sadašnjeg ili bivšeg posjednika nekretnine za štetu od rušenja konstrukcija ili zgrada, odgovornost ovlaštenog posjednika ili nadzornika takvih konstrukcija ili zgrada.³² Krivnja štetnika se presumira i na njemu je dokazati da nije kriv, ili dokazujući da je njegovo postupanje bilo primjereno s obzirom na pažnju koja se općenito traži u tim situacijama, ili dokazujući okolnosti koje štetni događaj čine neizbježivim bez obzira na primjereno ponašanje. On je, dakle suočen s rizikom nedostatka dokaza.³³

Opći princip odgovornosti i u španjolskom je odštetnom pravu odgovornost na temelju krivnje (*Codigo Civil*³⁴, čl. 1902.), ali se slučajevi objektivne odgovornosti nalaze i u CC-u i u mnogim posebnim propisima o odgovornosti. Ipak ne postoji oštra podvojenost, s jedne strane odluke sudova su dovele do postroženja odgovornosti na temelju krivnje (proces koji je započeo 50-ih godina), a s druge pravila o objektivnoj odgovornosti nemaju isti intenzitet u svim slučajevima.³⁵ U CC-u je teret dokaza prebačen kod odredbi koje propisuju

²⁸ Odnosi se i na tekućine koje procure. Rizik nastanka štete mora biti procijenjen s obzirom na opće životno iskustvo. Osobna krivnja nije pretpostavka odgovornosti i svejedno je tko je stvar smjestio ili bacio. Imatelj prostora sa, ili iz kojeg je stvar pala, odgovoran je osim ako ne dokaže da je poduzeo sve nužne mjere opreza koje se određuju s obzirom na poseban rizik (posebice visinu s koje je stvar mogla pasti i zaista je pala). *Ibid.*, str. 10.-11.

²⁹ Imatelj zgrade odgovoran je za svaku štetu koju prouzroči njezino rušenje ili pad njezinih dijelova. Ovo se pravilo odnosi i na druge neispravne građevine na tlu sve dok njihov pad može dovesti do posebnog rizika. Analogno se primjenjuje na drveće i prirodno raslinje, koji ne ulaze u definiciju građevine, ali se smatra da nose rizik koji imatelj zemljišta može kontrolirati. On može izbjeći odgovornost dokazivanjem da je upotrijebio svu dužnu pažnju razumnu s obzirom na okolnosti da bi spriječio bilo kakvu štetu. Ovo se određuje prema objektivnim standardima, stoga odgovornost ne ovisi o osobnoj krivnji imatelja. *Ibid.*, str. 11.

³⁰ Prema § 1320. za štete od životinja (bilo domaćih ili ne) odgovara njihov imatelj. Iako se u odredbi ne spominje krivnja imatelja, jednoglasno je mišljenje da se ona ipak zahtijeva. Devijacija od klasičnog koncepta odgovornosti za štetu nalazi se u drugoj rečenici, imatelj je dogovoran osim ako ne dokaže da je osigurao primjereno držanje i nadzor životinje. Primjerenost se procjenjuje s obzirom na objektivne kriterije temeljene na karakteristikama same životinje. Nepostojanje krivnje ne oslobađa imatelja odgovornosti. Ovaj "kompromis između odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti" primjenjuje se jedino u slučaju kada je postojala posebna opasnost od životinje koja se i ostvarila. *Ibid.*, str. 11.

³¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* od 18.8.1896., RGBl. S. 195.

³² Fedtke, Jörg, Magnus, Ulrich, Germany, u: Koch, B.A., Koziol, H. (eds.) et al., *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 149.

³³ *Loc. cit.*

³⁴ Španjolski građanski zakonik iz 1889. godine, dalje: CC.

³⁵ Martín-Casals, Miquel, Ribot, Jordi, Solé, Josep, Spain, u: Koch, B.A., Koziol, H. (eds.) et al., *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 281.-

odgovornosti roditelja i staratelja (za radnje djece i štíćenika), predavača i vlasnika škola (za radnje maloljetnih učenika dok su bili pod njihovim nadzorom) i poslodavaca za radnje njihovih djelatnika (CC, čl. 1903. st. 4.); odgovornost vlasnika rezervata divljači za štetu što je prouzročio životinje (CC, čl. 1906.); odgovornost vlasnika zgrade za štetu od njezina rušenja ako je ono posljedica neodržavanja (CC, čl. 1907.), odgovornost za štetu prouzročenu industrijskim dobrima i potencijalno opasnim ili škodljivim djelatnostima i odgovornost vlasnika za štetu prouzročenu eksplozijom strojeva koji nisu održavani s dužnom pažnjom i za zapaljenje eksplozivnih materijala koji nisu bili stavljeni na sigurno i prikladno mjesto (CC, čl. 1908. st. 1.) te odgovornost vlasnika za propuštanje odvodnih kanala ili odlagališta infektivnih supstanci koji nisu izgrađeni s mjerom opreza potrebnom s obzirom na mjesto na kojem se nalaze (CC, čl. 1908. st. 4.). Prema prevladavajućem stajalištu pravne znanosti i sudske prakse čl. 1909. CC-a propisuje subjektivnu odgovornost s prebačenim teretom dokaza za arhitekta, graditelje i sve stručne osobe koje su sudjelovale u izgradnji zgrade kada je šteta prouzročena drugoj osobi rezultat nedostatka u gradnji.³⁶

Detaljnije analize slučajeva odgovornosti na temelju presumirane krivnje u prikazanim poredbenopravnim sustavima prelaze okvire ovoga rada, ali već i sam njihov pregled pokazuje kako se radi o slučajevima odgovornosti od kojih bi, izuzev onih o odgovornosti za drugoga, većina konkretnih slučajeva u našem pravu vjerojatno bila podvedena pod pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu od opasne stvari ili djelatnosti.

3. Sudska praksa kao stvaratelj prava kod odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti

3.1. Naše pravo

3.1.1. Uvođenje pravila o objektivnoj odgovornosti za opasne stvari i djelatnosti

Uz posebno propisane slućajeve objektivne odgovornosti u našem se pravu, prema pravilima o objektivnoj odgovornosti, odgovara i za štete nastale od opasne stvari ili djelatnosti (čl. 1045. st. 3. ZOO-a). Za te štete vrijedi predmnjeva uzročnosti, smatra se da potjeću od te stvari, odnosno djelatnosti, osim ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete (čl. 1063.). Budući da objektivna odgovornost treba biti iznimka, a odgovornost na temelju krivnje pravilo, tako postavljeno područje moguće iznimke vrlo je široko, prvenstveno zbog činjenice da nema zakonske definicije opasne stvari ili djelatnosti. Razloge tomu treba potražiti u razvoju pravila o objektivnoj odgovornosti u našem pravu. Naime, primjenu objektivne odgovornosti za štetu od opasnih stvari i djelatnosti u naše je pravo

282.

³⁶ Ibid., str. 285.-286.

uvela sudska praksa 50-ih godina prošloga stoljeća. Tada se pravila o objektivnoj odgovornosti osim na štete izazvane motornim vozilom (na temelju primjene pravnih pravila austrijskog Zakona o jamčenju za štete prouzrokovane pogonom motornih vozila iz 1908. godine) počinjju primjenjivati i na štete koje potječu od ostalih opasnih stvari i opasnih djelatnosti.³⁷ Do donošenja bivšeg ZOO-a u Republici Hrvatskoj i drugim republikama i pokrajinama bivše države, sudovi su znatno proširili krug opasnih stvari i djelatnosti i često bili u ulozi "stvaratelja prava",³⁸ tako da je 1978. godine samo ozakonjeno njihovo shvaćanje da se za štetu od opasne stvari ili djelatnosti odgovara prema načelu objektivne odgovornosti. Sudskoj je praksi i pravnoj teoriji ostavljeno da se i dalje, bez uplitanja zakonodavca, bave određivanjem pojmova opasne stvari i opasne djelatnosti iz čl. 173. bivšeg ZOO-a. Budući da ni ZOO iz 2005. godine nije definirao opasne stvari i djelatnosti iz čl. 1045. st. 3., pitanje procjene opasnosti i dalje je pitanje na koje odgovor u svakom konkretnom slučaju daje sud.

3.1.2. Kvalifikacija opasne stvari i djelatnosti kao razgraničenje primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti

Vremenom je sudska praksa, kao temelj za teorijsko uopćavanje, dovela do definicija prema kojima se "pod opasnom stvari razumijeva svaka stvar koja po svojoj namjeni, osobinama, položaju, mjestu i načinu uporabe ili na drugi način predstavlja povećanu opasnost nastanka štete za okolinu, pa je zbog toga treba nadzirati povećanom pažnjom,"³⁹ dok se za djelatnost smatra da predstavlja povećanu opasnost "kada u njezinom redovitom tijeku, već po samoj njezinoj tehničkoj prirodi i načinu obavljanja, mogu biti ugroženi život i zdravlje ljudi ili imovina, tako da to ugrožavanje iziskuje povećanu pozornost osoba koje obavljaju tu djelatnost kao i osoba koje s njom dolaze u dodir."⁴⁰

Iako se ovim definicijama načelno ne mogu uputiti ozbiljniji prigovori, one pokazuju da je mogućnost primjene objektivne odgovornosti u slučaju kada šteta nastane od neke stvari ili djelatnosti gotovo neograničena. Što zaista znači "povećana opasnost nastanka štete" i "mogućnost ugrožavanja života i zdravlja ljudi" u suvremenom društvu u kojem je sve manje stvari i djelatnosti uz koje se to ne može povezati? Ključan je pojam opasnosti koja je pravnorelevantna, a ne opći pojam opasnosti. Opasnost treba biti povećana. Nije dovoljna opasnost koja je u granicama društveno prihvatljivog rizika nastanka šteta. A gdje je ta granica i koji je to stupanj rizika koji opasnost čini povećanom u dovoljnoj mjeri za primjenu pravila o objektivnoj odgovornosti, vrlo je teško odrediti. Svakodnevno smo suočeni s raznim izvorima opasnosti, rizik da nam od nečega

³⁷ Odluke citirane kod: Šeparović, Veseljko, *Odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne djelatnosti*, *Naša zakonitost*, br. 9.-10., 1987., str. 997.

³⁸ *Ibid.*, str. 997.-998.

³⁹ Klarić/Vedriš, *op. cit.*, str. 615. Vidi odluke Vs, Rev-190/07 od 27.3.2007. i Vs, Rev-845/83 od 3.11.1983., *cit. prema* Crnić, *op. cit.*, str. 81.

⁴⁰ Klarić/Vedriš, *loc. cit.*

što koristimo i čime se bavimo nastane šteta postao je sastavni dio života. Je li i granica društveno prihvatljivog rizika time postala viša? Teško je procijeniti koje se to stvari i djelatnosti, izvan onih za koje je to posebno propisano, ističu svojom opasnošću i dovoljno su opasne za primjenu objektivne odgovornosti, a koje, iako je njima prouzročena šteta, ipak to nisu.

U teoriji je isticano da su pravni pojmovi opasna stvar i opasna djelatnost nužno elastični – prilagodljivi i rastezljivi u tolikoj mjeri da s obzirom na kontinuirani napredak društva, posebno razvoj tehnike, mogu biti pojmovno isti, ali sadržajno drugačiji, s obzirom na to da će njihov opseg i sadržaj ovisiti od svih mogućih stalno nadolazećih novih konkretnih slučajeva pojava opasnih stvari, odnosno opasne djelatnosti.⁴¹ Očito se očekivalo da sudska praksa, koristeći se širokim prostorom kreativne slobode, iznjedri i neke nove kategorije opasnih stvari i djelatnosti. Čini se da je takvih "novih opasnosti" ipak relativno malo bilo prepušteno na kvalifikaciju sudskoj praksi i da se ona uglavnom bavila stvarima i djelatnostima koje se već tradicionalno smatraju potencijalno opasnim.

3.1.2.1. Opasna stvar

Sudska je praksa⁴² određene stvari izdvojila kao opasne iz različitih razloga: neke su opasne već same po sebi, odnosno po svojoj prirodi, samo njihovo postojanje izvor je opasnosti, neke su to s obzirom na određene karakteristike i nedostatke koje imaju, neke s obzirom na svoj položaj, a neke s obzirom na uporabu i pogon itd. Postoje, dakle stvari čija je opasnost stalna i neovisna o rukovanju njima i pažnji s kojom se nadziru te one koje postaju opasne samo ako imaju neke nedostatke, ako nisu primjereno smještene, korištene i nadzirane. Za ove prve, odnosno njima prouzročene štete, primjena pravila o objektivnoj odgovornosti ne bi trebala biti sporna (opasnost od motornih vozila, industrijskih strojeva, oružja, eksplozivnih naprava i sl., jedna je od njihovih temeljnih karakteristika).⁴³ Za štete prouzročene stvarima koje kada su ispravne, u normalnim uvjetima, pri normalnoj uporabi, smještaju i uz uobičajeni nadzor nisu pojačano opasne, primjena objektivne odgovornosti trebala bi biti isključena. Da bi se, naime, neka po prirodi "bezopasna" stvar pretvorila u "opasnu" potrebne su takve promjene normalnih okolnosti koje se vrlo rijetko ne mogu nekome pripisati u krivnju. Iz pregleda sudske prakse o opasnim stvarima, čini se da se pri odlučivanju o predmetnoj odgovornosti sudovi uglavnom rukovode navedenim pravilom, pa se razmatra je li konkretna stvar opasna i u normalnim okolnostima ili nije.

⁴¹ Vizner, op. cit., str. 737.

⁴² Pregled odluka o odgovornosti za štetu od opasne stvari, vidi kod Crnić, op. cit., str. 82.-88. i Čuveljak, Jelena, Odgovornost za štetu od opasne stvari i opasne djelatnosti, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2001., str. 18.-21.

⁴³ Vidi: Vs, Rev-948/05 od 1.12.2005., Vs, Rev-673/03 od 3.8.2005., Vs, Rev-747/04 od 27.4.2006., Vs, Rev-1079/05 od 19.10.2005., Os u Gospiću, GŽ-289/86 od 18.9.1986., Vs, Rev-2041/98 od 20.6.2001., sve cit. prema Crnić, op. cit., str. 83.-84.

Tradicionalno se pojačano opasnim stvarima smatraju životinje i nekretnine u neispravnom stanju. Naša sudska praksa divlje životinje smatra opasnim stvarima,⁴⁴ dok za domaće ističe da su opasne samo ako pokazuju neka opasna svojstva,⁴⁵ a najčešće su kao takve kvalificirani psi.⁴⁶ Nekretnine u neispravnom stanju (ruševne zgrade,⁴⁷ dotrajala stabla⁴⁸), također, su opasne stvari.

Ima i odluka iz čijih je obrazloženja vjerojatno da bi i primjena pravila o odgovornosti na temelju presumirane krivnje mogla dovesti do istog rezultata, odnosno odgovornosti tuženika za štetu. To su slučajevi u kojima se konkretna opasnost i sam nastanak štete prvenstveno mogu shvatiti kao posljedica skrivljenog ponašanja štetnika. Tako, npr. postavljanje zamke za divljač u šumi od koje smrtno strada osoba koja se kreće unutar lovišta⁴⁹ gotovo sigurno bi prošlo i kvalifikaciju skrivljenog ponašanja. Da je bačeni kamen opasna stvar⁵⁰ nije ništa uvjerljivije od toga da je bacanje kamena skrivljeno ponašanje. Ni kvalifikacija mokrog tla u trgovini kao opasne stvari⁵¹ ne isključuje krivnju onoga tko je trebao spriječiti mokat pod ili ga na vrijeme obrisati. Sudovi su, čini se, skloni koristiti ostavljenu im mogućnost da izbjegniju odlučivanje i izjašnjavanje o nekrivnji štetnika i kada god je to moguće, pozivajući se na opasnost određene stvari, primijeniti pravila o objektivnoj odgovornosti. Jasno je da je takvom praksom oštećeniku olakšan položaj, posebno zbog činjenice da tada vrijedi i predmnjeva uzročnosti iz čl. 1063., ali u sebi krije i opasnost da se područje primjene objektivne odgovornosti nepotrebno širi.

S druge strane, potrebno je istaknuti da primjena pravila o opasnoj stvari ili djelatnosti nije isključena za štete koje nastanu pri obavljanju djelatnosti za koje se inače odgovara prema pravilima o subjektivnoj odgovornosti. Zato se sudska praksa ne treba suzdržavati od njihove primjene kod npr. odgovornosti u zdravstvenoj djelatnosti kada šteta nastane od medicinskih tehničkih uređaja⁵² ili bilo kojoj drugoj djelatnosti za koju ne postoje posebna pravila o odgovornosti koja bi tu primjenu isključivala. Sama činjenica da se u određenoj djelatnosti mogu koristiti i opasne stvari, ne čini tu djelatnost kao takvu opasnom. I obrnuto, određena djelatnost može biti opasna i bez korištenja opasnih stvari.

⁴⁴ Vidi: Vs, Rev-1816/90 od 5.12.1990. i Vs, Rev-2070/92 od 16.12.1992., sve cit. prema *ibid.*, str. 86.

⁴⁵ "Kriterij za ocjenjivanje stupnja opasnosti koji životinja predstavlja za okolinu valja biti njezino uobičajeno ponašanje." Vs, Rev-845/83 od 3.11.1983., cit. prema *ibid.*, str. 85.

⁴⁶ Vidi niz odluka o psima kao opasnim stvarima kod *ibid.*, str. 86.

⁴⁷ Vidi Vs, Rev-829/98 od 18.4.2001. i Žs u Bjelovaru, Gž-1812/04 od 27.1.2005., cit. prema *ibid.*, str. 84.

⁴⁸ Vidi: Vs, Rev-676/04 od 28.2.2006., Žs u Varaždinu, Gž-44/05 od 18.3.2005. i Vs, Rev-99/93 od 30.9.1993., sve cit. prema *ibid.*, str. 87.

⁴⁹ Vidi Žs u Rijeci, Gž-344/95 od 3.4.1996., cit. prema *loc. cit.*

⁵⁰ Vidi Vs, Rev-271/90 od 26.3.1991., cit. prema *ibid.*, str. 84.

⁵¹ Vidi VSRH, Rev-1905/97 od 29.8.2000., cit. prema Čuveljak, *op. cit.*, str. 20.

⁵² Vidi o tome: Klarić, Petar, *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 4., 2002., str. 67.-86. i Crnić, Ivica, *Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova*, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, *Godišnjak* 15., 2008., str. 137.-140.

3.1.2.2. Opasna djelatnost

Opasnu djelatnost mogu predstavljati "sve one čovjekove aktivnosti kojima se stvara povećana opasnost štete za okolinu, bez obzira da li konkretna opasnost potječe od neke opasne stvari ili je djelatnost opasna sama po sebi bez neke povezanosti s opasnom stvari."⁵³ Sam naziv djelatnost jasno asocira na nešto što se obavlja organizirano, više ili manje trajno. Kao i stvari, neke djelatnosti su opasne po samoj svojoj prirodi i načinu na koji se redovito obavljaju, dok od drugih pojačana opasnost postoji samo ukoliko se ne obavljaju dovoljno pažljivo. Većina po prirodi izuzetno opasnih djelatnosti podvrgnuta je posebnim pravilima o objektivnoj odgovornosti, dok se o opasnosti kao općoj karakteristici nekih (organizaciji lova,⁵⁴ organizaciji vatrometa na nogometnoj utakmici,⁵⁵ ronilačkim zadacima⁵⁶, lomljenju i sječi grana⁵⁷) izjasnila sudska praksa.

Prema našoj sudskoj praksi, neke djelatnosti pod određenim okolnostima postaju opasne, primjerice: "održavanje hokej utakmice bez postavljene zaštitne mreže za gledatelja predstavlja opasnu djelatnost"⁵⁸, "ugostiteljska djelatnost pod određenim okolnostima može predstavljati opasnu djelatnost"⁵⁹. Kao i kod odgovornosti za opasne stvari, nastanak i nesprječavanje takvih okolnosti mogao bi se pripisati krivnji odgovorne osobe, pa i ovdje, često iz okolnosti slučaja, već je jasno da bi tuženik mogao odgovarati i na temelju krivnje. Za pretpostaviti je da sudovi rukovođeni interesima oštećenika i postupovnim razlozima (prvenstveno brzinom i ekonomičnošću postupka), ipak odlučuju primijeniti pravila objektivne odgovornosti. Time, na neki način odluka o odgovornosti u konkretnom slučaju, zapravo, prethodi odluci koja pravila o odgovornosti primijeniti u konkretnom slučaju.

3.1.3. Slučajne štete kao granica do koje seže subjektivna odgovornost u našem pravu

Slučaj, kao događaj koji je da je bio predviđen mogao biti spriječen, ali se ne može štetniku pripisati u krivnju, ističe se kao granica do koje seže subjektivna odgovornost.⁶⁰ Za slučajne štete ne odgovara onaj koji odgovara na temelju krivnje, već rizik slučajnih šteta snosi sam oštećenik. Onaj koji odgovara bez obzira na

⁵³ Vizner, op. cit., str. 739.

⁵⁴ Vidi VSRH, Rev-233/92 od 21.5.1992., cit. prema Čuveljak, op. cit., str. 22.

⁵⁵ Vidi VSRH, Rev-141/85 od 15.10.1985., cit. prema loc. cit.

⁵⁶ Vidi VSRH, Rev-1638/84. od 22.11.1984., cit. prema *ibid.*, str. 23.

⁵⁷ Vidi VSRH, Rev-887/84 od 2.10.1983., cit. prema loc. cit.

⁵⁸ Vidi VSRH, Rev-2843/90 od 3.4.1991., cit. prema *ibid.*, str. 22.

⁵⁹ "...ako se objekt nalazi na takvoj lokaciji koja je pogodna za okupljanje osoba sklonih pijanstvu, tuči i drugim vrstama nereda, a vlasnik odnosno voditelj ugostiteljskog objekta nije u stanju osigurati efikasne preventivne mjere zaštite u sprečavanju opasnosti" (VSRH, Rev-382/85 od 3.4.1985., cit. prema loc. cit.).

⁶⁰ Klarić/Vedriš, str. 611.

krivnju, odgovara i za slučajne štete i zato sve slučajeve za koje je propisana odgovornost i za slučajne štete, treba kvalificirati kao objektivnu odgovornost.⁶¹

Odgovor na pitanje što je slučaj, odnosno koje su štete nastale slučajno, potrebno je, dakle u praksi dati samo u slučajevima u kojima (više) nije sporno koja pravila o odgovornosti treba primijeniti. Kada se primjenjuju pravila o odgovornosti na temelju krivnje, štetnik se oslobađa odgovornosti i dokazivanjem da je šteta nastala slučajno. Kod primjene pravila o objektivnoj odgovornosti, u praksi se može postaviti pitanje je li određeni događaj moguće kvalificirati kao višu silu, koja za razliku od slučaja, štetnika oslobađa od odgovornosti. Tek nakon kvalifikacije (ne)opasnosti stvari, odnosno djelatnosti, postaje relevantno je li šteta nastala slučajno ili nije.

Zato slučajne štete predstavljaju granicu dosega subjektivne odgovornosti za štetu, ali ne i granicu njezine primjene.

3.2. Poredbeno pravo

I u poredbenom je pravu sudska praksa odigrala značajnu ulogu u pitanju strože odgovornosti za određene stvari i djelatnosti koje su izvor povećane opasnosti za ljude i okolinu, a za koje zakonodavac nije posebno propisao objektivnu odgovornost niti prebacio teret dokaza na štetnika.

Tako je usko tumačenje postojećih propisa o objektivnoj odgovornosti dovelo do povećanja stupnja pažnje i postroženja odgovornosti na temelju krivnje iz § 823 st. 1. BGB-a. Naime, njemačka je sudska praksa razvila velik broj "obveza osiguranja prometa" (*Verkerssicherungspflichten*) koje zahtijevaju povećanje stupnja dužne pažnje, a proizlaze iz stvaranja ili intenziviranja rizika ili opasnosti (uporaba oružja, eksploziva, kemikalija, prodaje šibica djeci, punjenja rezervoara ulja...), odgovornosti za određena posebna područja (npr. skladišta oružja, eksploziva ili kemikalija), potrebe održavanja sigurnosti javnog prometa shvaćenog u najširem smislu kao svakog općenito dopuštenog ili ugovornog korištenja javne ili privatne imovine (promet vozila i pješaka, sigurnost opće dostupnih zgrada i područja poput dućana, najamnih zgrada, željezničkih postaja, zračnih luka, igrališta, žičara na skijalištima), prodaje dobara te aktivnosti povezanih s rizikom opasnosti (izgradnje ili rušenja zgrada, popravka automobila, prijevoza dobara, sječe drva).⁶² Pravna znanost je uočila ovu tendenciju sudske prakse da se, u nedostatku propisa o objektivnoj odgovornosti, fokusira na te pojačane dužnosti pažnje. Neki pravni pisci to smatraju nedopuštenim oblikom objektivne odgovornosti,⁶³ dok drugi tvrde da se bitan zakonodavni cilj, koji naglašavaju propisi o objektivnoj odgovornosti (primjerena

⁶¹ Loc. cit.

⁶² Vidi odluke citirane kod Fedtke/Magnus, op. cit., str. 148.

⁶³ Esser, J., Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, (1953) Juristenzeitung (JZ), 129., cit. prema ibid., str. 149.

distribucija rizika), također može postići sudskom interpretacijom slučajeva koji nisu regulirani zakonom.⁶⁴

Širenje objektivne odgovornosti izražena je karakteristika općeg razvoja francuskog odštetnog prava. Neki slučajevi objektivne odgovornosti bili su prisutni još u *Code Civilu* iz 1804. godine.⁶⁵ To su odgovornost za štete koje prouzroče životinje (čl. 1385.) i štete od zgrada u ruševnom stanju (čl. 1386.), ali se oni ne mogu usporediti s obiljem odgovornosti bez krivnje koje karakterizira suvremeno francusko pravo. Između kraja 19. i prve četvrtine 20. stoljeća mnogi istaknuti pravni pisci zagovarali su radikalnu promjenu odštetnog prava, tražeći odbacivanje krivnje i proširivanje slučajeva objektivne odgovornosti. Njihovi su zahtjevi naišli na dobar odjek kod sudaca i već 1896. *Cour de cassation* je u čl. 1384. st. 1. francuskog CC-a "otkrio" opće načelo odgovornosti "imatelja za štete od stvari" i utvrdio da je to objektivna odgovornost. Danas je objektivna odgovornost vrlo česta i u području odgovornosti za osobne povrede, gotovo je nadvladala subjektivnu odgovornost.⁶⁶ Ona, međutim, nije homogena kategorija i uključuje vrlo različite režime, od potpuno objektivne, gotovo apsolutne odgovornosti, do mnogo blažih tipova odgovornosti koji dopuštaju brojne razloge oslobođenja ili na oštećeniku ostavljaju zadatak, ne samo dokazati uzročnu vezu između svog gubitka i štetnikove stvari ili djelatnosti, nego i također određene karakteristike te stvari ili djelatnosti, npr. nedostatak zgrade ili proizvoda koji je prouzročio štetu.⁶⁷

Iz navedenih se razloga, u francuskom odštetnom pravu, smatra izuzetno teško ustanoviti jasnu granicu između odgovornosti na temelju krivnje i odgovornosti bez iste. U slučajevima objektivne odgovornosti, kod koje je na oštećeniku teret dokaza određene karakteristike stvari ili djelatnosti za koju je propisana objektivna odgovornost, veza s krivnjom nije potpuno prekinuta budući da nedostatak vrlo često ima svoj uzrok u krivnji. Načelo odgovornosti za djelovanje stvari također pokazuje ovu podvojenost. Svaki put kada je šteta prouzročena od stvari, koja je u trenutku šetnog događaja bila nepomična ili od stvari koja, bila nepomična ili ne, nije došla u kontakt s oštećenikom, oštećenik mora dokazati da je stvar bila u "nenormalnom položaju" ili se "nenormalno ponašala". Ovaj zahtjev jasno umanjuje stupanj odgovornosti imatelja stvari i čini je bližom konceptu odgovornosti na temelju krivnje, budući da je u velikoj većini slučajeva nenormalan položaj ili ponašanje stvari rezultat imateljve nepažnje.⁶⁸

Španjolski su sudovi proširili područje odgovornosti za štetu ekstenzivnim tumačenjem pojma krivnje, odnosno shvaćanjem da je za odgovornost dovoljna i najblaža nepažnja (*culpa levissima*). Zahtijevaju ekstremno visok stupanj pažnje

⁶⁴ Kötz, H., *Deliktsrecht* (8th edn. 1998), no. 264., cit. prema loc. cit.

⁶⁵ Dalje u tekstu: francuski CC.

⁶⁶ Galand-Carval, Suzanne, France, u: Koch, B.A., Koziol, H. (eds.) et al., *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 127.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 128.-129.

⁶⁸ Kada je stvar bila u pokretu i udarila povrijeđenu osobu, oštećenik treba samo dokazati ove fizičke okolnosti i one same po sebi daju razlog pretpostavci o odgovornosti. Loc. cit.

što im omogućava ustanoviti odgovornost na temelju krivnje i u slučajevima kada se radnja štetnika može smatrati običnom pogreškom ili nezgodom.⁶⁹ Sudovi su također povisili stupanj pažnje za profesionalne ili poduzetničke aktivnosti koje uključuju rizike.⁷⁰ Odgovornost koju su sudovi sustavno ustanovili u praksi jest odgovornost na temelju presumirane krivnje. Sve do početka 40-ih godina prošloga stoljeća vrijedilo je opće pravilo da i u izvanugovornoj odgovornosti tužitelj dokazuje krivnju štetnika. Jednom je odlukom iz 1943. godine teret dokaza prebačen, a od tada se to proširilo na mnoga područja.⁷¹ Za pojedine (novije) odluke Vrhovnog suda ističe se da predstavljaju novi trend koji naglašava ideju prebacivanja tereta dokaza na temelju, tzv. "teorije rizika", a koja bi se, izvan slučajeva izričito propisanih zakonom, trebala primjenjivati restriktivno, ne na sve aktivnosti, već samo one koje uključuju značajno visok rizik u usporedbi s redovnim standardima.⁷²

⁶⁹ Martín-Casals/Ribot/Solé, op. cit., str. 282.

⁷⁰ U ovakvim slučajevima, prema stajalištu Vrhovnog suda, standard pažnje koji se primjenjuje nije onaj razumnog čovjeka (*buen padre de familia*), već viši standard koji proizlazi iz vrste aktivnosti o kojoj se radi i koji se može očekivati od normalno razumne i senzibilne osobe koja spada u tehničku sferu slučaja. Zahtjev za višim stupnjem pažnje vidljiv je i u ideji da dokazivanje usuglašenosti s propisima (upravnim) nije dovoljan dokaz dužne pažnje. Vrhovni je sud u niz slučajeva ponovio mišljenje da iako se odgovornost iz čl. 1902. CC-a temelji na krivnji, pažnja koja se traži ne uključuje samo predvidivost i pažnju propisanu pravilima, već također i sve one mjere koje razum nalaže za sprječavanje štetnog događaja. Ibid., str. 282.-283.

⁷¹ Ponekad se krivnja presumira zbog toga što tijekom postupka dokazane činjenice vode zaključku da je ponašanje štetnika bilo nemarno, u drugim slučajevima razlog prebacivanja bila je potreba da se u određenoj mjeri pomogne tužitelju, koji je suočen s enormnim teškoćama u dokazivanju krivnje štetnika, u trećoj grupi takvih odluka su one kada je tuženi stvorio rizik, a šteta je ostvarenje rizika i opasne aktivnosti koja mu je donijela korist, a posljednju, također vrlo brojnu grupu čine slučajevi kod kojih se jednostavno prebacuje teret dokaza kada je šteta dokazana, neovisno o bilo kojoj drugoj okolnosti. Ibid., str. 283.-284.

⁷² Ibid., str. 284.

4. Subjektivna i objektivna odgovornost za štetu u Draft of a Common Frame of Reference⁷³ i Principles of European Tort Law⁷⁴

4.1. Odgovornost na temelju krivnje – osnovno pravilo o odgovornosti prema DCFR-u i Načelima

Odgovornost na temelju krivnje osnovno je pravilo izvanugovorne odgovornosti (Knjiga VI.) DCFR-a. Članak 101. st. 1. prvog poglavlja (1:101(1)) propisuje da osoba koja pretrpi pravno priznatu štetu⁷⁵ ima pravo na popravljivanje te štete od osobe koja ju je prouzročila namjerno, ili iz nepažnje, ili je na drugi način

⁷³ U prosincu 2007. godine Komisiji EU je predstavljen Nacrt zajedničkog referentnog okvira europskog privatnog prava (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)), dalje: DCFR. On je rezultat četverogodišnjeg rada Radne grupe za Europski građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i Grupe za istraživanje važećeg europskog privatnog prava (*Research Group on the Existing EC Private Law*), tzv. "acquis-grupe". Taj je nacrt, očekivano i opravdano, izazvao veliku pozornost pravne znanosti. Među mnogim, više o DCFR-u vidi: Jansen, Nils, *The Authority of the DCFR*(2008). *After the Common Frame of Reference - What Future for European Private Law?*, W. Micklitz, F. Cafaggi, eds., Larouche, Pierre, 'Legally Relevant Damage' and a Priori Limits to Non-Contractual Liability in the DCFR (December 1, 2008). TILEC Discussion Paper No. 2008-045.; Smits, Jan M., *The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward* (November 1, 2008). TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law No. 2008/12., isti: *Draft-Common Frame of Reference (CFR) for a European Private Law: Fit For Purpose?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15., str. 145.-148., 2008.; Grosse Ruse-Khan, Henning, *The European Draft Common Frame of Reference - A Source of Comparative Law: A New Option for Choosing the Applicable Law - Or a Template for a European Civil Code?* (December, 22 2008). *International Seminar on Comparative Law, Conference Proceedings*, Kuala Lumpur, November 2008.; Hesselink, Martijn W., *Common Frame of Reference & Social Justice*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04.; Eidenmüller, Horst G. M., Faust, Florian, Grigoleit, Hans Christoph, Wagner, Gerhard, Zimmermann, Reinhard and Jansen, Nils, *The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems* (September 17, 2008). *Oxford Journal of Legal Studies* N.N., Hesselink, Martijn W., *CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law - What Roles for Fairness and Social Justice?* (September 19, 2008). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/08.; isti: *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law* (November 26, 2008). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10.; Rutgers, Jacobien W., *The Draft Common Frame of Reference, Public Policy, Mandatory Rules and the Welfare State* (November 13, 2008). *The Politics of the DCFR*, 2008., sve dostupno na: <http://ssrn.com>.

⁷⁴ *Principles of European Tort Law* (Načela europskog odštetnog prava, dalje: Načela) rezultat su dugogodišnjeg istraživanja Europske grupe za odštetno pravo. U nastojanju određivanja minimuma zajedničkih i prihvatljivih pravila odštetnog prava, pojedine su pretpostavke odgovornosti, vrste odgovornosti i pojedini pojmovi odštetnog prava istraživani na način da su osim teorijskog pristupa, zakonodavnih rješenja i sudske prakse o zadanom problemu, predstavnici niza država predstavljali moguće rješenje hipotetskih slučajeva u svom pravnom sustavu. Načela su predstavljena 19. i 20. svibnja 2005. godine na javnoj konferenciji u Beču. Više o Europskoj grupi za odštetno pravo i Načelima vidi na: <http://civil.udg.es/tort/>.

⁷⁵ Pojam pravno priznate štete obrađen je u poglavlju 2, čl. 101.-211. Uz opći pojam pravno priznate štete navode se i posebni oblici pravno priznatih šteta.

odgovorna za njezino prouzročenje. Kada osoba pravno priznatu štetu nije prouzročila namjerno ili iz nepažnje, za nju odgovara samo u slučajevima propisanim u trećem poglavlju (1:101(2)). Zanimljivo je da se u ovom temeljnom pravilu uopće ne spominje pojam krivnje, već samo njezini oblici - namjera i nepažnja. Namjerno je štetu prouzročila osoba koja je htjela prouzročiti tu vrstu štete ili određeno ponašanje znajući, da će takva vrsta štete biti ili gotovo sigurno biti prouzročena (3:101). Nepažnjom je štetu prouzročila osoba čije ponašanje, ili ne udovoljava posebnim standardima pažnje koje propisuju odredbe propisa čiji je cilj zaštita oštećenih osoba od pretrpljene štete, ili na drugi način ne dostiže pažnju koja se može očekivati od razumno pažljive osobe u okolnostima slučaja (3:102).

Za razliku od CDFR-a, Načela koriste termine odgovornost na temelju krivnje i objektivna odgovornost.⁷⁶ Odgovornost na temelju krivnje definiraju kao odgovornost za povredu zahtjevanog standarda ponašanja počinjenu namjerno ili iz nepažnje (4:101.). Zahtjevani standard ponašanja definiraju kao onaj razumne osobe u tim okolnostima. On ovisi, posebno, o prirodi i vrijednosti zaštićenog interesa koji je uključen, opasnosti aktivnosti, stručnosti koja se može očekivati od osobe koja je obavlja, predvidivosti štete, vezi ili bliskosti posebnog odnosa između uključenih, kao i dostupnosti i troškova prevencije ili alternativnih metoda (4:102.(1)). Navedeni standard može biti prilagođen s obzirom na godine, mentalne ili fizičke nesposobnosti ili izvanredne okolnosti koje osoba ne može očekivati da bi im se prilagodila (4:102.(2)). Pri utvrđivanju zahtjevanog standarda ponašanja treba razmotriti pravila koja naređuju ili zabranjuju određeno ponašanje (4:102.(3)). Obveza na aktivno djelovanje, kako bi se zaštitilo druge od štete, može postojati ako to predviđa zakon, ili se stvori, ili kontrolira opasna situacija, ili kada između stranaka postoji poseban odnos, ili kada ozbiljnost štete s jedne strane i jednostavnost njezina izbjegavanja s druge, ukazuju na takvu dužnost (4:103.).

O prebacivanju tereta dokaza krivnje Načela sadrže samo opće pravilo prema kojem se taj teret može prebaciti u svjetlu stupnja opasnosti koju predstavlja određena aktivnost. Stupanj opasnosti određuje se s obzirom na ozbiljnost moguće štete u takvim slučajevima, kao i vjerojatnost stvarnog nastanka takve štete (4:201.(1) i (2)).

4.2. Objektivna odgovornost za štetu - izuzetak s mogućnošću širenja polja primjene

DCFR ne koristi pojam objektivna odgovornost, već govori o odgovornosti bez namjere ili nepažnje. U čl. 3:201.-207. trećeg poglavlja, navode se slučajevi u

⁷⁶ Prvo i temeljno pravilo Načela je da za štetu odgovara onaj kojem se šteta može pravno pripisati, a to su, prvenstveno osobe: a) čije ju je skrivljeno ponašanje prouzročilo, b) čija ju je izvanredno opasna aktivnost prouzročila ili c) čiji su je zastupnici prouzročili u okviru svojih funkcija (1:101.). Sukladno tomu, Načela posebno propisuju pravila za: odgovornost na temelju krivnje (Liability based on fault - Title III, Ch. 4.); objektivnu odgovornost (Strict liability - Title III, Ch. 5.) i odgovornost za drugoga (Liability for others - Title III, Ch 6.).

kojima se za odgovornost ne traži namjera ili nepažnja: odgovornost za štetu koju prouzroče zaposlenici i zastupnici (3:201.), odgovornost za štetu prouzročenu neispravnim stanjem nekretnine (3:202.), odgovornost za štetu koju prouzroče životinje (3:203.), odgovornost za neispravan proizvod (3:204.), odgovornost za štetu prouzročenu motornim vozilom (3:205.) te odgovornost za štetu prouzročenu opasnim supstancama ili imisijama (3:206.).

Članak 3:207. ostavlja prostora i za druge slučajeve objektivne odgovornosti za prouzročenje pravno priznate štete ako su propisani nacionalnim pravom kada je šteta u vezi s a) izvorima opasnosti izvan onih iz 3:104.-3:205., b) supstancama ili imisijama, ili c) se ne primjenjuje pravilo iz 3:204 st.(4)(e).⁷⁷

Osoba ostaje odgovorna za nekretninu, vozilo, supstancu ili instalaciju koju je napustila dok drugi ne počne izvršavati samostalnu kontrolu nad njom, ili postane njezin imatelj, ili operator. Ovo se odgovarajuće primjenjuje i na imatelja životinje (3:208.).

Pravila o objektivnoj odgovornosti nalaze se u 5. poglavlju Načela. Pravilo iz čl. 101. toga poglavlja propisuje da onaj koji obavlja izuzetno opasnu aktivnost objektivno odgovara za štetu karakterističnu za rizik koji ta aktivnost predstavlja i koja iz nje nastane. Aktivnost je izuzetno opasna ako: a) stvara predvidiv i vrlo visok rizik štete, čak i kada se pri njezinom vršenju upotrebljava dužna pažnja i b) nije uobičajena (nije u općoj uporabi). Rizik nastanka štete može biti visok s obzirom na ozbiljnost i vjerojatnost štete. Ovaj se članak ne primjenjuje na aktivnost za koju je objektivna odgovornost propisana posebnom odredbom ovih Načela, bilo kojeg nacionalnog zakona ili međunarodne konvencije.

Nacionalni zakoni mogu predvidjeti druge kategorije objektivne odgovornosti za opasne aktivnosti koje nisu i izuzetno opasne. Osim ukoliko nacionalno pravo ne predviđa drugačije, dodatne kategorije objektivne odgovornosti mogu se pronaći analogijom u drugim izvorima usporedivog rizika štete (čl. 5:102).

4.3. Zaključno o granici primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti prema odredbama DCFR-a i Načela

I DCFR i Načela zadržala su kao osnovno pravilo odgovornost na temelju krivnje, te razlikuju namjeru i nepažnju kao njezine osnovne oblike. Povreda

⁷⁷ To je pravilo o "razvojnom riziku" kao mogućem egzoneracijskom razlogu. Naime, jednom od dvije opcijske odredbe Smjernice 85/374/EEZ (čl. 15. st. 1. toč. b), dopušteno je državama članicama isključiti razvojni rizik, odnosno svojim pravom predvidjeti odgovornost proizvođača i kada dokaže da stanje znanosti i tehničkog znanja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije omogućavalo otkrivanje nedostatka. DCFR je priznao navedeni razlog egzoneracije, ali je zbog navedene opcijske odredbe, ostavio mogućnost da ga nacionalno pravo ne priznaje. Više o razvojnom riziku i raspravama koje je izazvao vidi: Baretić, Marko, odgovornost za neispravan proizvod, u: Baretić, Marko et al., Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene – novi instituti, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 251.-254. i Petrić, Silvija, Bukovac, Puvača, Maja, Problem razvojnih rizika kod odgovornosti za neispravan proizvod, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6., Mostar, 2008., str. 208.-223.

standarda ponašanja, posebno propisanih ili onih koji se očekuju od razumno pažljive osobe, skrivljeno je ponašanje i dovodi do odgovornosti za štetu.

DCFR je, u odnosu na Načela, slučajevima objektivne odgovornosti za štetu posvetio puno više odredbi, posebno propisavši tu vrstu odgovornosti za štetu koju prouzroče zaposlenici i zastupnici, štetu prouzročenu neispravnim stanjem nekretnine, štetu koju prouzroče životinje, neispravan proizvod, motorno vozilo te opasne supstance ili imisije. Načela su objektivnu odgovornost predviđjela samo za izuzetno opasne aktivnosti. Međutim, i DCFR, i Načela ostavljaju nacionalnim pravima mogućnost proširenja područja objektivne odgovornosti i izvan njihovim pravilima zahvaćenih područja odgovornosti, pa je time i pitanje "sivih zona" ostalo pitanje na koje odgovor mogu dati samo nacionalna prava.

Iz odredbe kojom je DCFR-om ostavljena mogućnost šire primjene objektivne odgovornosti, ipak je jasno da se očekuje da to budu posebno propisani slučajevi odgovornosti, a ne neka opća odredba o objektivnoj odgovornosti, poput čl. 1045. st. 3. ZOO-a. Čl. 3:207. DCFR-a, naime govori o drugim slučajevima objektivne odgovornosti propisanim nacionalnim pravom u kojima je izvor opasnosti izvan onih obuhvaćenih njegovim odredbama. To bi, dakle trebali biti posebno propisani slučajevi s definiranim izvorima opasnosti.

Načela, koja su obuhvatila objektivnom odgovornošću samo izuzetno opasnu aktivnost, ostavila su nacionalnim zakonima propisati druge kategorije objektivne odgovornosti i za opasne aktivnosti čija opasnost nije izuzetna, a priznaju i mogućnost da se, osim ukoliko nacionalno pravo ne predviđa drugačije, dodatne kategorije objektivne odgovornosti izvode analogijom iz drugih izvora usporedivog rizika štete (čl. 5:102). I ovdje se polazi od toga da su opasne aktivnosti za koje je propisana objektivna odgovornost propisane, a nešto šire područje moguće "sive zone" omogućilo bi, tamo gdje nije zabranjeno, analognu primjenu pravila o objektivnoj odgovornosti.

5. Zaključne napomene

Određiti jasne granice područja primjene subjektivne i objektivne odgovornosti za štetu u suvremenom se odštetnom pravu čini vrlo teškim. Proces približavanja njihovih pravila tekao je istovremeno iz dva smjera. Broj posebnih slučajeva objektivne odgovornosti kontinuirano je rastao i širilo se područje primjene objektivne odgovornosti za štetu. S druge strane, i odgovornost na temelju krivnje postajala je sve stroža jer su teret dokaza krivnje prebacili, bilo sami zakonodavci, bilo sudska praksa i standardi pažnje postajali su sve stroži.

Za naše je pravo specifična vrlo široka mogućnost primjene pravila o objektivnoj odgovornosti za štete prouzročene opasnom stvari i opasnom djelatnošću, jer iste zakonodavac nije definirao. To je, s gledišta interesa oštećenika (i pod pretpostavkom da je štetnik sposoban za plaćanje naknade), vrlo dobro rješenje. Ipak, moramo uočiti da ono ostavlja i mogućnost preširoke primjene pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu, budući da bi ona, ipak, trebala biti izuzetak, a odgovornost na temelju presumirane krivnje pravilo. Usporedba s poredbenim

pravom pokazuje da se za stvari i djelatnosti od kojih potječe pojačana opasnost, a nije posebno propisana objektivna odgovornost, odgovara "postroženo", ali još uvijek na temelju krivnje. I bez primjene objektivne odgovornosti za štetu, odgovornost, dakle može biti dovoljno stroga.

Ima li praktične potrebe zadržati tako "širom otvorena vrata" mogućoj primjeni objektivne odgovornosti za štetu? Usporedba s poredbenim pravom i onim što se smatra najbližim mogućem zajedničkom odštetnom sustavu europskih zemalja, čini se da ukazuje na negativan odgovor. Tradicija našega prava argument je za suprotno mišljenje, ali koliko je jak, pokazat će vrijeme. Za izuzetno opasne stvari i djelatnosti na zakonodavcu je da izričito propiše objektivnu odgovornost. Na svima nama je da, kako u svakodnevnom, privatnom životu, tako i u profesionalnom djelovanju postupamo pažljivo, onako kako se od nas očekuje. Potencijalnu opasnost može i treba uočiti i onaj o čijoj se stvari/djelatnosti radi, i onaj kojem opasnost prijete. Smatramo da je našem odštetnom pravu u nekim konkretnim slučajevima doprinos sudske prakse mogao biti veći razradom očekivanih standarda ponašanja, nego što je bio samom kvalifikacijom te stvari i djelatnosti kao opasne. Odnosi se to, naravno, na slučajeve gdje je povećana opasnost bila izazvana krivnjom štetnika.

Budući da je rizik, da od nečega što koristimo i čime se bavimo nama nastane šteta, ali i drugima nanesimo štetu, postao sastavni dio života, zaista je teško ocijeniti koje se to stvari i djelatnosti, izvan onih za koje je to posebno propisano, ističu svojom opasnošću i dovoljno su opasne za primjenu objektivne odgovornosti, a koje, iako je njima prouzročena šteta, ipak to nisu. Svi vlasnici stvari i oni koji se bave određenim djelatnostima, trebali bi unaprijed znati je li njihova stvar/djelatnost ne samo opasna u općem smislu, već i pravno kvalificirana kao takva i da bi za eventualnu štetu mogli tako strogo odgovarati. Bilo bi stoga poželjno da zakonodavac odredi, barem okvirno, kategorije opasnih stvari i djelatnosti. To bi, kao i u poredbenom pravu, potaklo razvoj osiguranja od odgovornosti za njima prouzročene štete, čime se rizik socijalizira i "pravednije" raspoređuje, a oštećenika lišava rizika da, iako mu štetnik odgovara na temelju objektivne odgovornosti, ostane bez naknade zbog njegove insolventnosti.

Summary

THE GREY ZONES OF TORTIOUS LIABILITY – THE AREA OF POSSIBLE APPLICATION OF THE FAULT-BASED LIABILITY RULE AND STRICT LIABILITY RULE FOR DAMAGES

The article deals with the issue concerning the limits of area of possible application of the fault-based liability rule and strict liability rule for damages in Croatian and comparative law. The development of Law of Damages has led to a situation in which these limits become less and less clear and visible in practice. In certain areas of liability the liability according to presumed guilt moved toward the objective liability, wherein a special contribution has been given by court practice in comparative law. On the other hand, special cases of objective liability acknowledge different types and number of exonerative reasons, and consequently, some of them are relatively mild in regards to their "severity". Croatian law, due to the fact that court practice decides in every individual case which objects and activities should be considered as dangerous and which should not, has a liability area recognized by the law in which the issue concerning the application of subjective or objective liability for damage is permanently under discussion.

Key words: *liability for damages, fault-based liability for damages, strict liability for damages, culpability, dangerous object, dangerous action.*

Riassunto

**LE "ZONE GRIGIE" DELLA RESPONSABILITÀ
EXTRACONTRATTUALE – I POSSIBILI AMBITI APPLICATIVI
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER COLPA E DELLA
RESPONSABILITÀ CIVILE OGGETTIVA**

Il lavoro tratta la questione dei confini del possibile ambito applicativo delle regole in materia di responsabilità civile per colpa e di responsabilità civile oggettiva nel diritto croato e nel diritto comparato. L'evolversi del diritto risarcitorio ha condotto alla conseguenza che nella prassi il confine è diventato sempre meno fisso e chiaro. La severa responsabilità fondata sulla colpa presunta in certi settori dell'illecito s'è avvicinata alla responsabilità oggettiva; nel diritto comparato un rilevante contributo in tale senso è stato offerto dalla giurisprudenza. Dall'altra parte, ipotesi particolari di responsabilità oggettiva riconoscono diversi tipi e casi di cause d'esonero, sicché alcune di tale ipotesi quanto a "severità" sono piuttosto lievi.

Il diritto croato, consentendo alla prassi giurisprudenziale di decidere in ogni singolo caso concreto quali cose od attività siano pericolose e quali, invece, non lo siano, si trova ad avere un settore disciplinato dalla legge, nel quale, nondimeno, la questione circa la responsabilità soggettiva od oggettiva rimane aperta.

Parole chiave: *responsabilità civile, responsabilità civile soggettiva, responsabilità civile oggettiva, colpa, cosa pericolosa, attività pericolosa.*

NOVO HRVATSKO OPĆE UPRAVNOPOSTUPOVNO PRAVO

Dr. sc. Dario Đerđa, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Mr. sc. Zoran Pičuljan
Državni tajnik u Ministarstvu pravosuđa

UDK: 35.077.3 (497.5)
Ur.: 22. prosinca 2008.
Pr.: 23. siječnja 2009.
Izvorni znanstveni članak

Cilj je ovoga rada razmotriti konačni prijedlog Zakona o općem upravnom postupku koji bi Hrvatski sabor trebao usvojiti u ožujku 2009., te koji bi trebao stupiti na snagu 1. siječnja 2010. godine. U tu se svrhu najprije analiziraju opće odredbe, među kojima se naglasak stavlja na primjenu zakona, definiranje upravne stvari, mogućnost odstupanja od odredbi ovoga Zakona, zatim pitanje nadležnosti u upravnom postupku, ovlaštene službene osobe za vođenje i rješavanje postupka, pružanje upravne pomoći te, konačno, sudjelovanje stranke u postupku. Nakon toga razmatra se tijek upravnog postupka, i to posebice pokretanje postupka, vođenje ispitnog postupka i dokazivanje, poduzimanje nekih radnji u postupku, određivanje i računanje rokova i obavještanje sudionika postupka. Slijedi raščlamba rješavanja upravne stvari, tj. donošenja rješenja i analiza pravnih lijekova među kojima se posebno razmatra žalba kao redoviti pravni lijek, prigovor, obnova postupka, oglašavanje rješenja ništavim te poništavanje i ukidanje rješenja. Konačno, analizira se i izvršenje rješenja. Slijedi prikaz upravnog ugovora, kao novog instituta u hrvatskom zakonodavstvu te pravna zaštita od drugih radnji javnopravnog tijela, pod kojima konačni prijedlog Zakona podrazumijeva zaštitu od nezakonite radnje javnopravnog tijela i zaštitu prava korisnika javnih usluga. Slijedi prikaz izdavanja potvrda o činjenicama o kojima javnopravna tijela vode i ne vode službenu evidenciju. Konačno, ukazuje se na novo pravno uređenje troškova postupka. Rad završava zaključkom u kojem autori naglašavaju radnje koje je potrebno poduzeti za uspješno provođenje ovoga Zakona.

Ključne riječi: upravni postupak, Zakon o općem upravnom postupku, uprava, Hrvatska.

1. Uvod

U rješavanju sve složenijih zahtjeva javnog interesa te provođenju velikih projekata u općem interesu građana, javna uprava danas u svakoj državi zauzima nezaobilazno mjesto. Stoga je kontinuirana modernizacija javne uprave trajna zadaća svih demokratskih država.¹ Reformskim i modernizacijskim procesima javna uprava se prilagođava promjenjivim potrebama u društvu te tako odgovora izazovima kvalitetnog funkcioniranja cjelokupne društvene zajednice i svih njezinih građana. Unatoč činjenici da vlade nekih država nerijetko podcjenjuju važnost djelotvorne javne uprave u gospodarskom razvoju, potreba za modernizacijom i europeizacijom još je naglašenija u državama u tranziciji.

Na putu ulaska u Europsku uniju² i Republika Hrvatska se susrela s potrebom reformskih zahvata u brojnim područjima društvenog života. Suvremeni trendovi politika Europske unije dovode do nužnosti institucionalne prilagodbe državne uprave, kao jednog od najvažnijih kriterija za članstvo u Uniji. Pravila Europske unije primjenjuju se u skladu s načelom neposredne primjene i načelom prvenstva te je upravo potreba za primjenom zajedničkih, nadnacionalnih pravnih normi od strane nacionalnih javnih uprava dovela do velikih promjena u organizaciji i načinu funkcioniranja javnih uprava u zemljama članicama Unije. U prilog tomu, Musa ističe kako javne uprave više nisu unutar sebe zatvoreni, zasebni i samodovoljni sustavi regulirani isključivo od strane pojedinih država i izraz njihovog nacionalnog suvereniteta, već postaju funkcionalno povezani entiteti, integrirani unutar europskog upravnog prostora.³

Stoga, države kandidati za članstvo u Uniji moraju modernizirati svoju javnu upravu, prije svega izgradnjom profesionalnog službeničkog kadra te jačanjem institucionalnih kapaciteta za provedbu prava Unije. Spremnost država kandidata za članstvo u Uniji, procjenjuje SIGMA⁴ ocjenjujući određena obilježja državne uprave, a to su: poštivanje načela zakonitosti i vladavine prava, propisi koji se odnose na odgovornost službenika i dužnosnika te koji se odnose na zaštitu

¹ O reformama državne uprave u demokratskim državama vidi, npr. Pusić, Eugen, *Modernizacija velikih europskih upravnih sustava, Modernizacija hrvatske uprave*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 1-22., Wollmann, Hellmut, *Suvremene upravne reforme u Njemačkoj, Modernizacija hrvatske uprave*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 23-36., Brünner, Christian, *Novi javni menadžment: suvremene upravne reforme u Austriji, Modernizacija hrvatske uprave*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 37-48., Gjidara, Marc, *Upravne reforme i prilagodba upravnog obrazovanja s posebnim osvrtom na francusku upravu, Modernizacija hrvatske uprave*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 69-146., Trpin, Gorazd, *Reforma javne uprave u Sloveniji, Modernizacija hrvatske uprave*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 49-68. i sl.

² Republika Hrvatska je u lipnju 2004. stekla status države kandidata za članstvo u Europskoj uniji, a 3. listopada 2005. otvoreni su pristupni pregovori Republike Hrvatske Europskoj uniji.

³ Musa, Anamarija, *Europski upravni prostor: približavanje nacionalnih uprava, Javna uprava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2006., str. 397-398.

⁴ SIGMA (eng. *Support for Improvement in Governance Management in Central and Eastern European Countries*) je zajednička inicijativa OECD-a i Europske unije, u najvećem dijelu financirana od Unije.

njihove nepristranosti i integriteta, propisi koji propisuju način odlučivanja i sudski nadzor upravnih odluka i djelovanja, propisi za upravljanje i nadzor nad javnim financijama, transparentnost i odgovornost u pogledu javnih izdataka te ukupnu sposobnost upravnih i pravosudnih sustava za primjenu tih propisa. Ispunjavanje većine ovih zahtjeva i standarda postupno umanjuje tradicionalne različitosti država članica i država kandidata.

Republika Hrvatska danas provodi intenzivnu reformu javne uprave. Tako danas hrvatska javna uprava prolazi kroz opsežne procese koji uključuju primjenu novih strukturnih, funkcionalnih, personalnih i drugih mjera. U političkom i pravnom sustavu Republike Hrvatske od 1991. godine do danas uvedene su znatne promjene koje se mogu vezati uz kontinuiran proces reforme i modernizacije javne uprave. Uveden je, primjerice sustav lokalne samouprave; počela je liberalizacija i privatizacija nekih javnih službi, kao što su telekomunikacije, opskrba energijom, zdravstvo, obrazovanje i sl.; znatno je povećan broj posebnih upravnih postupaka; pojavile su se nove regulatorne i nadzorne agencije; počela je masovna informatizacija i internetizacija po obrascu elektroničke vlade i uprave; uvedena su nova strukturna rješenja itd.⁵ Temeljna svrha ovih reformi je, sukladno *Strategiji reforme državne uprave za razdoblje 2008.–2011.*, a koju je Vlada Republike Hrvatske donijela 19. ožujka 2008. godine,⁶ jačanje kapaciteta javne uprave s ciljem učinkovite provedbe domaćeg zakonodavstva i pravne stečevine Europske unije. Stoga je reforma usmjerena ponajprije na zaštitu interesa građana, gospodarstva i društva u cjelini, a njezin je glavni cilj pružanje kvalitetnih usluga građanima.

Danas važeći *Zakon o općem upravnom postupku*⁷ u hrvatski pravni poredak preuzet je iz pravnog sustava SFR Jugoslavije *Zakonom o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku*.⁸ Ovaj *Zakon* donesen je još 1956. godine. Do 1991. mijenjan je i dopunjavao četiri puta – 1965., 1977., 1978. i 1986. godine. Međutim, ovim novelama, uglavnom se mijenjalo samo nazivlje državnih tijela i drugih sudionika u upravnom postupku te su izvršene mnogobrojne terminološke i leksičke promjene. Tek malobrojne izmjene i dopune bile su usmjerene na poboljšanje nekih postupovnih rješenja.⁹ Hrvatski zakonodavac do danas nije izvršio niti jedan zahvat u tekst ovoga *Zakona*, a do jedine izmjene došlo je tek povodom odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske kojom su ukinute dvije odredbe članka 209. Ne smije se zanemariti činjenica da je ovaj *Zakon*, unatoč

⁵ Vidi Koprić, Ivan, u *Reforma hrvatske državne uprave*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 41.

⁶ *Strategija reforme državne uprave za razdoblje 2008.–2011.*, *Reforma hrvatske državne uprave*, op. cit., str. 87-126.

⁷ *Zakon o općem upravnom postupku*, Službeni list SFRJ, br. 47/86. te Narodne novine, br. 53/91. i 103/96.

⁸ *Zakon o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 53/91.

⁹ O tome više vidi u Medvedović, Dragan, *Pravno uređeni postupci – pretpostavka moderne uprave*, *Modernizacija hrvatske uprave*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 385.

proteku više od pola stoljeća od stupanja na snagu još uvijek prilično kvalitetan i dobro strukturiran, s mnogim pozitivnim aspektima. Njegova dugotrajna primjena, brojni mehanizmi postupovne zaštite, pravo na žalbu, inzistiranje na poštivanju načela zakonitosti, zaštiti građana i javnog interesa, načelo traženja materijalne istine, osiguranje pomoći stranci te široki raspon dokaznih sredstava samo su neki primjeri dobro uređenih instituta, koji su uvelike doprinosili vladavini prava i zakonitosti postupanja.

Međutim, važeći *Zakon* ipak sadrži i određene slabosti. Protekom preko 50 godina od njegova donošenja, temeljito su promijenjene prilike u kojima bi ga trebalo primjenjivati. Tako primjerice u *Izvešću Europske komisije o napretku Republike Hrvatske za 2005. godinu* stoji: "*Zakon o općem upravnom postupku nije u potpunosti usklađen sa zajedničkim europskim standardima o vladavini prava...*"¹⁰ Iako se slobodno može ustvrditi da je *Zakon o općem upravnom postupku* bio dobar zakon 1956., pa čak i 1986. godine kada uprava još nije bila tehnički i vrijednosno složena kao danas, on više u cijelosti ne odgovara promijenjenim društvenim i pravnim okolnostima. Tako novi društveni i politički kontekst, u kojem se nalazi Republika Hrvatska, traži temeljitu modernizaciju zakonskog uređenja upravnog postupanja. U Hrvatskoj danas postoji više od 65 posebnih upravnih postupaka koji nisu na odgovarajući način usklađeni sa *Zakonom o općem upravnom postupku*. Zadnjih dvadesetak godina uvedene su brojne promjene, od kojih su neke ranije navedene, a koje ovaj *Zakon* ne uzima u obzir. Valja naglasiti i da se u najnovije vrijeme značajno mijenjaju i očekivanja građana i gospodarskih subjekata, koji u javnosti često ukazuju na složene i dugotrajne upravne postupke, formalizam, skupoću te, posebno, na korupciju u upravi. Trenutno značajno evaluira i europska teorija upravnog postupanja,¹¹ koja se u državama članicama Europske unije razvija novim europskim standardima javne uprave, dobru upravnu praksu, široko prihvaćene napore prema upravnom pojednostavljenju, unaprijeđenje i učvršćenje novih standarda zakonodavne tehnike u Europskoj uniji, kao i kroz snažan razvoj informacijsko-komunikacijske tehnologije. No, kao razlozi za promjenu *Zakona* ipak se nikako ne bi mogle u obzir uzeti primjedbe usmjerene na izrazito kazuističku logiku važećeg *Zakona o općem upravnom postupku* koja je dovela do detaljnog uređenja brojnih, prema mišljenju nekih, nepotrebnih odredaba, a koje opterećuju *Zakon* i koje se u stvarnom životu najčešće niti ne primjenjuju ili su postale običaji u upravnom postupanju. Jer, iako je hipernormativizam svakako jedna od pravnih anomalija, upravo zbog pravne sigurnosti normativizam

¹⁰ European Commission, *Croatia 2005 progress report {COM (2005) 561 final}*, Brussels, 2005.

¹¹ Vidi npr. Cassese, Sabino, *European Administrative Proceedings, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 21-36., Chiti, Mario, *Forms of European Administrative Action, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 37-60., Chiti, Eduardo, *Administrative Proceedings Involving European Agencies, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 197-218., della Cannea, Giacinto, *The European Union's Mixed Administrative Proceedings, Law and Contemporary Problems*, vol. 68., no. 1., 2004., str. 197-218. i sl.

nikako ne smije ustuknuti pred običajnim pravom i postupovnim pretpostavkama.

U Hrvatskoj se 2005. godine postavilo pitanje treba li nedostatke važećeg *Zakona o općem upravnom postupku* pokušati ispraviti izmjenama i dopunama ovoga teksta ili bi kvalitetnije rješenje bilo donijeti potpuno nov *Zakon*. Projektni tim EU programa CARDS 2003. za Hrvatsku zauzeo je gledište da je “*navedene elemente promijenjenog konteksta javne uprave u Hrvatskoj bolje obuhvatiti novim Zakonom o općem upravnom postupku negoli izmjenama postojećeg koji je donesen prije više od 50 godina*”. Prema njihovom mišljenju, ograničenje na izmjene važećeg *Zakona* dovelo bi samo do djelomičnih poboljšanja kvalitete, ali bi *Zakon* izgubio na sistematičnosti i logičkom poretku, kao i svojoj koherentnosti. Projektni tim ujedno je utvrdio da bi novi *Zakon* trebao odražavati drukčiji strukturni i jezični stil te biti dobro strukturiran, koncizan i kratak, ali i lako razumljiv. Kako je proces modernizacije upravnog postupanja uvjetovan, uz domaći kontekst, i pridruživanjem Republike Hrvatske Europskoj uniji, hrvatsko zakonodavstvo bi trebalo, prema njihovom mišljenju, utjeloviti i nove europske standarde, načela europskog upravnog prava i dobru europsku praksu usmjerenu na pojednostavljivanje upravnog postupanja, kao i poboljšanje i konsolidaciju novih pravnih standarda kvalitetne regulacije.¹² Potrebu donošenja novog zakonskog teksta podržavaju i Ljubanović i Bakota, istovremeno smatrajući da donošenje novoga *Zakona* ne bi trebalo značiti i radikalna raskid s hrvatskom upravno postupovnom tradicijom. Oni posebno naglašavaju kako u važećem *Zakonu o općem upravnom postupku* postoje rješenja koja su i u današnje vrijeme dobra i prihvatljiva te ih, stoga svakako i dalje treba zadržati.¹³

Uvažavajući razloge modernizacije pravnih instituta u skladu s europskim standardima, a istovremeno i potrebu zadržavanja hrvatske pravne tradicije u ovome području, Vlada Republike Hrvatske odlučila je pristupiti donošenju novog *Zakona o općem upravnom postupku*. Pri tomu je tekst, koji joj je u veljači 2008. godine, po okončanju CARDS projekta, ponudila radna skupina stranih i domaćih stručnjaka poslužio kao predložak za normativno oblikovanje budućeg propisa.¹⁴ U relativno kratkom vremenu, od ožujka do listopada 2008. godine, u hrvatskoj stručnoj i znanstvenoj javnosti provedene su opširne konzultacije o načelima i rješenjima nacрта novog temeljnog upravno postupovnog

¹² Cards 2003 project “Support to Public Administration and Civil Service Reform”, *Smjernice za izradu novog Zakona o općem upravnom postupku Republike Hrvatske*, 20.11.2006.

¹³ Ovdje ponajprije misle na načelo zakonitosti, obvezu upravnih tijela da pri vođenju upravnog postupka štite prava stranaka, drugih osoba i javni interes, pravo na žalbu kao načelo upravnog postupka, obnovu postupka kao izvanredan pravni lijek i dr. Ljubanović, Boris, Bakota, Boris, *Aktualna pitanja uređenja novog hrvatskog općeg upravnog postupka*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45, br. 1, 2008., str. 70-71.

¹⁴ O prijedlogu radne skupine vidi u Rusch, Wolfgang, *Nacionalna tradicija usklađena s međunarodnim standardima – aspekti postupka pripreme hrvatske javne uprave za buduće izazove*, *Odvjetnik*, br. 3-4, 2008., str. 48-58.

propisa.¹⁵ Rasprave su ukazale na potrebu brojnih nomotehničkih, ali i sadržajnih intervencija u ponudeni radni predložak, u prvom redu iz razloga njegove veće primjenjivosti u hrvatskom pravnom sustavu. U rujnu 2008., Vlada Republike Hrvatske, na osnovi teksta koji joj je predložila radna skupina hrvatskih stručnjaka, usvojila je *Prijedlog Zakona o općem upravnom postupku* i uputila ga Hrvatskom saboru u zakonodavnu proceduru. Hrvatski sabor je u prvom čitanju, dana 24. listopada 2008. godine, usvojio ovaj *Prijedlog Zakona*. Raspravu o *Konačnom Prijedlogu Zakona*, a time i usvajanje novog *Zakona o općem upravnom postupku* valjalo bi očekivati početkom ožujka 2008. godine.

Cilj je ovoga rada razmotriti konačni prijedlog *Zakona o općem upravnom postupku* koji bi Hrvatski sabor trebao usvojiti u ožujku 2009., te koji bi trebao stupiti na snagu 1. siječnja 2010. godine. U tu se svrhu najprije analiziraju opće odredbe, među kojima se naglasak stavlja na primjenu zakona, definiranje upravne stvari, mogućnost odstupanja od odredbi ovoga *Zakona*, zatim pitanje nadležnosti u upravnom postupku, ovlaštene službene osoba za vođenje i rješavanje postupka, pružanje upravne pomoći te, konačno, sudjelovanje stranke u postupku. Nakon toga razmatra se tijekom upravnog postupka, i to posebice pokretanje postupka, vođenje ispitnog postupka i dokazivanje, poduzimanje nekih radnji u postupku, određivanje i računanje rokova i obavještanje sudionika postupka. Slijedi raščlamba rješavanja upravne stvari, tj. donošenja rješenja, i analiza pravnih lijekova među kojima se posebno razmatra žalba kao redoviti pravni lijek, prigovor, obnova postupka, oglašavanje rješenja ništavim te poništavanje i ukidanje rješenja. Konačno, analizira se i izvršenje rješenja. Slijedi prikaz upravnog ugovora, kao novog instituta u hrvatskom zakonodavstvu te pravna zaštita od drugih radnji javnopravnog tijela, pod kojima konačni prijedlog *Zakona* podrazumijeva zaštitu od nezakonite radnje javnopravnog tijela i zaštitu prava korisnika javnih usluga. Slijedi prikaz izdavanja potvrda o činjenicama o kojima javnopravna tijela vode i ne vode službenu evidenciju. Konačno, ukazuje se na novo pravno uređenje troškova postupka. Rad završava zaključkom u kojem autori naglašavaju radnje koje je potrebno poduzeti za uspješno provođenje ovoga *Zakona*.

2. Opće odredbe

Kao i svaki postupovni zakon, i konačni prijedlog *Zakona o općem upravnom postupku* ponajprije uređuje pitanje primjene. Ovdje je propisan predmet zakona, obveznici njegove primjene, moguće odstupanje od njegovih odredbi te, stalno prisutni teorijski i praktični problem hrvatskog upravnog prava – pojam upravne stvari. Primjena novog *Zakona o općem upravnom postupku* sukladno konačnom prijedlogu *Zakona* ne bi se trebala razlikovati od primjene važećeg *Zakona*. No, kako je upravo primjena temeljno pitanje svakoga zakonskog teksta, ovim

¹⁵ Više vidi u Pičuljan, Zoran, *Modernizacija uprave i upravnog prava u Republici Hrvatskoj*, *Odvjetnik*, br. 3-4, 2008., str. 40-47.

odredbama konačnog prijedloga *Zakona* svakako treba posvetiti određenu pozornost. Važeći *Zakon o općem upravnom postupku* nerijetko je izazivao dvojbe o obveznicima primjene, a koje su najčešće proizlazile iz formulacije članka 1., koji nije izravno određivao krug subjekata koji su u rješavanju upravnih stvari obvezni postupati po odredbama *Zakona*, već je to prepustio organizacijskim propisima, tj. propisima kojima se uređuje sustav i ustrojstvo državne vlasti, posebno državne uprave te s druge strane, načinu određivanja kruga pravnih osoba koje, u prenesenim javnim ovlastima, obavljaju poslove javne uprave.¹⁶ Članak 1. važećeg *Zakona* ujedno je propustio izričito propisati i obvezu tijela lokalne i područne (regionalne) samouprave da primjenjuju njegove odredbe, što je dovelo do višekratnog postavljanja pitanja jesu li sva tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, i kada, obveznici postupanja prema njegovim odredbama?¹⁷

Konačni prijedlog *Zakona* prihvatio je isti način definiranja obveznika primjene, kao i važeći. Tako je propisano da temeljem njegovih pravila, u okviru svojega djelokruga utvrđenog zakonom, u upravnim stvarima postupaju i rješavaju tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe koje imaju javne ovlasti. Dakle, i konačni prijedlog *Zakona* izbjegao je taksativno navođenje obveznika postupanja po njegovim odredbama, što je ujedno čest način definiranja kruga obveznika primjene općeg upravnopostupovnog zakona i u usporednom pravu.¹⁸

¹⁶ O tome više vidi u Đerđa, Dario, *Otvorena pitanja upravnog postupka u Hrvatskoj*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol. 28, br. 1, 2008., str. 409-413. I Medvedović navodi kako u hrvatskoj upravnoj praksi nisu rijetki slučajevi u kojima pojedini subjekti neopravdano smatraju da nisu obveznici postupanja prema *Zakonu o općem upravnom postupku*, već su u postupovnom smislu slobodni, pa odlučuju arbitrarno. S druge strane, stranke opet ne znaju treba li u upravnoj stvari postupati prema pravilima *Zakona o općem upravnom postupku* te imaju li postupovna prava i obveze zajamčena ovim *Zakonom*, kao npr. pravo na obrazloženo rješenje, pravo upotrebe redovitih i izvanrednih pravnih lijekova i sl. O tome vidi u Medvedović Dragan, *Aktualna pitanja primjene Zakona o općem upravnom postupku*, *Pravo u gospodarstvu*, god. 43, sv. 6, 2004., str. 272.

¹⁷ Na neodgovarajuće pravno normiranje vezano uz primjenu *Zakona o općem upravnom postupku* u *Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, *Narodne novine*, br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07. i 125/08., tj. na nedostatak preciznijih odredbi o nadležnostima tijela lokalne uprave, žalbenim postupcima i tijelima nadležnim za rješavanje po žalbi, primjeni posebnih pravnih lijekova itd. upozoravali su i Medvedović i Koprić. Vidi Medvedović, Dragan, *Glavni smjerovi modernizacije općeg upravnog postupka, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, HAZU, Zagreb, 2006., str. 45. i Koprić, Ivan, *Administrative Procedures on the Territory of Former Yugoslavia*, SIGMA/OECD, 2005., <http://www.oecd.org/dataoecd/52/20/36366473.pdf>. O ovome pitanju vidi i u Antić, Teodor, *Primjena Zakona o općem upravnom postupku na akte jedinica lokalne samouprave*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20., br. 1., 2000., str. 378-381.

¹⁸ Vidi primjerice članak II. austrijskog *Uvodnog zakona za zakone u upravnom postupku, Einführungsgesetz zu dem Verwaltungsverfahrensgesetzen*, *Österreichisches Bundesgesetzblatt*, No. 92/59., 143/69., 72/97., članak 1. mađarskog *Zakona o općem upravnom postupku, Statute Nr. IV/1957 on the general rules applicable to administrative procedures*, Hungarian publication organ for statutes, 1996., članak 1. stavak 1. španjolskog *Zakona o upravnom postupku, Ley*

Iako je definiranje tijela državne uprave i drugih državnih tijela¹⁹ i pravnih osoba s javnim ovlastima konačni prijedlog *Zakona* ponovo prepustio posebnim zakonima,²⁰ njime su ovoga puta izričito, kao obveznici primjene, propisane i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.²¹

Treba naglasiti kako se u konačnom prijedlogu *Zakona* obveznici njegove primjene zajednički nazivaju “javnopravna tijela”. U pripremi zakonskog teksta pojavila se dvojba treba li koristiti pojam “javna uprava”, “javnopravna tijela” ili “tijela javne vlasti”. Utvrđeno je da bi pojam “javna uprava” bio pravno-teorijski i iskustveno preširok i prilično neodređen, dok bi pojam “tijela javne vlasti” prema definiciji uključivao i tijela zakonodavne i sudske vlasti, a terminološki ne bi upućivao na pravne osobe s javnim ovlastima i pružatelje javnih usluga. Pojam “javnopravno tijelo” više odgovara i dobroj upravnoj praksi srednjoeuropskih država Europske unije, što je još jedan značajan čimbenik u pogledu hrvatske prilagodbe pravnog sustava pravnoj stečevini Europske unije.²² Prihvaćanju ovoga pojma dodatno je doprinijela činjenica da

de procedimiento administrativo, Legislación de la justicia administrativa, Civitas, Madrid, 1985., članke 1. do 3. njemačkog *Zakona o upravnom postupku*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Bundesgesetzblatt, I, 2003., 102., članak 1. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*, *Zakon o splošnem upravnem postopku*, Uradni list Republike Slovenije, št. 80/99., 70/00., 52/02. i 73/04., članak 2. finskog *Zakona o upravnom postupku*, *Administrative Procedure Act*, Ministry of Justice, Finland, br. 434/2003. i sl.

¹⁹ Oko određivanja tijela državne uprave i drugih državnih tijela koja su obveznici postupanja prema *Zakonu o općem upravnom postupku* do danas u Hrvatskoj nije bilo većih teškoća. Prema zakonskoj definiciji članka 3. stavak 1. *Zakona o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 190/03. i 199/03. tijela državne uprave su ministarstva, središnji državni uredi Vlade Republike Hrvatske, državne upravne organizacije i uredi državne uprave u županijama. Druga državna tijela koja su dužna postupati po ovom *Zakonu* su primjerice Hrvatski sabor, Predsjednik Republike Hrvatske, Vlada Republike Hrvatske, Ustavni sud Republike Hrvatske te sudovi, državna odvjetništva, pučki pravobranitelji, Državni ured za reviziju i sl.

²⁰ Koje će pravne osobe imati javne ovlasti ovisi isključivo o posebnim zakonima i drugim propisima donesenim na temelju zakona. Na temelju provedene analize pravnih propisa koji su na snazi, Medvedović je utvrdio da su javne ovlasti za rješavanje o pravima i obvezama fizičkih i pravnih osoba u upravnim stvarima dobile pravne osobe vrlo raznolikog pravnog položaja i ustrojstva. To su, primjerice, javne ustanove, trgovačka društva, udruge, pravne osobe *sui generis* koje su osnovane i ustrojene temeljem posebnih zakona, a javljaju se pod različitim nazivima, kao npr. fondovi, agencije, vijeća, komisije, komore, te konačno, potpuno specifične i jedinstvene pravne osobe, kao što su npr. Hrvatska narodna banka i Državni ured za reviziju. Medvedović, Glavni, op. cit., str. 44.

²¹ Neki zakoni u usporednom pravu pored odredbi o obveznicima primjene taksativno navode iznimke od primjene ovih upravno postupovnih zakona. Tako primjerice njemački *Zakon o upravnom postupku* u članku 2. navodi određena tijela, institucije, postupke i područja u kojima se njegove odredbe ne primjenjuju, dok češki *Zakonik o upravnom postupku*, *Act of 24th June 2004.*, *Code of Administrative Procedure*, Nový správní řád Zákon č. 500/2004 Sb., *Code of Administrative Procedure*, ASPI, Prag, 2004., u članku 1. stavak 3. određuje da se ne primjenjuje na donošenje akata upravnih tijela u građanskim, trgovačkim i radnopravnim stvarima te na odnose između tijela iste jedinice lokalne samouprave kada one obavljaju svoje autonomne ovlasti.

²² U usporednom pravu susreću se različiti primjeri. U austrijskom *Zakonu o općem upravnom postupku*, *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*, Bundesgesetzblatt, nr. 51/1991., 10/2004., i

se u postupku decentralizacije sve više poslova povjerava jedinicama lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave te pravnim osobama s javnim ovlastima.

I konačni prijedlog *Zakona* propisuje primjenu *Zakona o općem upravnom postupku* u Republici Hrvatskoj kao općeg zakona, tj. u postupanju u svim upravnim stvarima. Međutim, sadržava odredbu vrlo sličnu članku 2. važećeg *Zakona*, sukladno kojoj se samo pojedina pitanja upravnog postupka zakonom ipak mogu urediti drukčije, ali samo ako je to nužno za postupanje u pojedinim upravnim područjima te ako to nije protivno temeljnim odredbama i svrsi ovoga *Zakona*. Zadržavanje odredbe istovjetnog smisla u tekstu *Zakona* svakako je pohvalno, s obzirom na nespornost potrebe propisivanja posebnih upravnih postupaka u nekim rijetkim upravnim područjima. Pojedine radnje u postupku propisane općim postupovnim zakonom mogu se uistinu pokazati nedostatnima ili neadekvatnima u posebnim upravnim područjima. Propisivanje posebnih upravnih postupaka je, smatra Stojić, nužno upravo zbog specifičnosti u pojedinim upravnim područjima.²³ No, unatoč liberalnoj naravi ove odredbe, svakako valja naglasiti da ona ipak sadrži tri značajna ograničenja. Ponajprije, od *Zakona o općem upravnom postupku* može se odstupiti samo zakonom, a ne i drugim pravnim propisima, npr. uredbi, pravilnici, odluke predstavničkih tijela jedinica lokalne samouprave, odluke pravnih osoba s javnim ovlastima. Ovo nije dopušteno čak ni kada bi, npr. materijalni zakon iz određene oblasti odredio da se odredbe postupovne naravi normiraju podzakonskim propisom.²⁴ S druge strane, drugačije se mogu uređivati samo pojedina pitanja postupka, i to isključivo kada je to nužno za postupanje u određenom upravnom području. I konačno, čak i tada se ne smije odstupiti od temeljnih odredbi i svrhe *Zakona o općem upravnom postupku*.²⁵ Iz ovako formulirane odredbe konačnog prijedloga *Zakona* valja zaključiti da će i dalje biti poželjno propisivati što manje odredaba o posebnim upravnim postupcima, odnosno da treba što manje odstupati od općih postupovnih pravila propisanih ovim *Zakonom*. Stoga se može ustvrditi, baš kao što je to i danas temeljem važećeg *Zakona* slučaj, da iako bi novi *Zakon*

njemačkom *Zakonu o upravnom postupku* koristi se pojam "tijelo", njem. *Behörde*, u slovenskom *Zakonu o općem upravnom postupku* koristi se pojam "organ", slo. "organ", baš kao i u češkom itd.

²³ Stojić, Stanka, *Opći upravni postupak i odnos prema posebnim upravnim postupcima, Pravo i porezi*, god. 13., br. 7., 2004., str. 23.

²⁴ Na ovo gledište stao je i Upravni sud navodeći: "*Pravo žalbe protiv rješenja donesenog u prvom stupnju može se isključiti samo zakonom.*". Upravni sud Republike Hrvatske, Us-6122/89, od 21. lipnja 1990.

²⁵ Treba naglasiti kako članak 2. važećeg *Zakona* dopušta da se određena pitanja postupka zakonom urede drugačije, kada je to nužno za postupanje u nekoj upravnoj oblasti, ali ne na način protivan načelima ovoga *Zakona*. Konačni prijedlog *Zakona* ovdje je otišao još korak dalje i obvezao zakonodavca da kada posebnim zakonima uređuje postupanje u nekom upravnom području to smije činiti samo sukladno temeljnim odredbama i svrsi ovoga *Zakona*. Dakle, konačni prijedlog *Zakona* ne oslanja se samo na načela, već i na temeljne odredbe i svrhu *Zakona*, od kojih se ne smije odstupiti, čime ovaj temeljni upravno postupovni zakon još više dobiva na važnosti.

trebao biti supsidijaran upravno postupovni propis, on postavlja pravna načela ovoga postupka od kojih se ne smije odstupati, pa je on ipak temeljni upravno postupovni propis.²⁶

Inzistiranje na smanjivanju broja posebnih postupovnih normi u hrvatskom pravnom sustavu svakako je dobro. Jednoobraznost upravnog postupanja ide u prilog pravnoj sigurnosti te doprinosi vladavini prava. Ona uvijek nosi reduciranje troškova, suzbija arbitrarno postupanje, ubrzava postupak te povećava učinkovitost i efikasnost javne uprave. No, kako bi se ovo načelo u potpunosti provelo u praksi, osobitu pozornost trebat će posvetiti primjeni jedne od prijelaznih i završnih odredbi konačnog prijedloga *Zakona*, a koja obvezuje središnja tijela državne uprave preispitati nužnost postojanja posebnih upravnih postupaka, odnosno pojedinih postupovnih odredbi u pojedinim upravnim područjima, a Vladi Republike Hrvatske predložiti njihovo usklađivanje s odredbama *Zakona o općem upravnom postupku* najkasnije u roku od šest mjeseci od dana njegovog stupanja na snagu. No, uz ovu, svakako pohvalnu mjeru, trebalo bi zakonski obvezati i predlagatelje novih posebnih postupovnih odredaba, da obavezno obrazlože potrebu njihova usvajanja i usklade novodonesene odredbe s institutima novoga *Zakona o općem upravnom postupku*. Unificiranje upravnih postupaka svakako će doprinijeti postizanju jedinstvenog upravnog postupanja, baš kao i pojednostavljenju upravnoga postupka, preglednosti rješavanja te učinkovitim ostvarivanju prava građana i drugih stranaka u postupku.²⁷

No, velika je novina konačnog prijedloga *Zakona* širenje njegove primjene i na postupke zaštite prava, odnosno pravnih interesa stranaka u predmetima u kojima pravne osobe koje obavljaju javne službe, odlučuju o njihovim pravima,

²⁶ O tome više vidi u Borković, Ivo, *Opći upravni postupak i porezno-pravna postupovna pravila, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 37, br. 1/2, 2000., str. 65. te Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2004., str. 24.

²⁷ Neopravdano odstupanje od važećeg *Zakona o općem upravnom postupku* danas je jedan od najvećih problema hrvatskog upravno postupovnog prava. Ljubanović je, primjerice, utvrdio da u Hrvatskoj danas ima više od 70 zakona koji sadrže posebne postupovne odredbe kojima se odstupa od *Zakona o općem upravnom postupku*. Vidi Ljubanović, Boris, *Posebni upravni postupci u Hrvatskoj, Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 3., 2006., str. 5-22. Medvedović također navodi da se brojnim zakonima donesenim u razdoblju od 1991. godine pa nadalje, a kojima se reguliraju pojedina upravna područja ili samo neki njihovi dijelovi, postupovna pitanja uređuju na pravno neodgovarajući način. Tako se npr. prema njegovom mišljenju odstupa od *Zakona o općem upravnom postupku* kada to uopće nije potrebno; prepisuju se pojedine odredbe *Zakona o općem upravnom postupku* i pri tomu se nepotrebno modificiraju; prepisuju se pojedina rješenja iz stranih pravnih propisa, a koja su istrgnuta iz konteksta te su inkompatibilna s hrvatskim pravnim sustavom; nekritički se prepisuju odredbe iz drugih zakona; posebne norme su nepotpune, dvosmislene, nejasne i zbunjujuće; često se posebnim normama nepotrebno i iscrpno uređuju nesporna pitanja, a sporna se zaobilaze; propisuje se primjena *Zakona o općem upravnom postupku* "na odgovarajući način", što otvara ozbiljno pitanje koje se norme ovoga *Zakona* primjenjuju i kako, odnosno koje se ne primjenjuju; nekim zakonima se izrijeком upućuje na supsidijarnu primjenu *Zakona o općem upravnom postupku*, dok se drugima to ne čini; nepotrebno se zakonom ovlašćuju donositelji podzakonskih ili samoupravnih normativnih akata da uređuju postupovna pitanja; donositelji nekih podzakonskih i samoupravnih normativnih akata uređuju neka postupovna pitanja bez ovlasti; mijenja se ustaljena pravna terminologija itd. Medvedović, *Pravno, op. cit.*, str. 389-390.

obvezama ili pravnim interesima, ako zakonom nije određena sudska ili druga pravna zaštita. Dakle, ovaj će se *Zakon* ubuduće primjenjivati i na zaštitu prava i pravnih interesa stranaka, kada su ona povrijeđena poduzimanjem ili propuštanjem radnji pružatelja javnih usluga koje imaju učinak na prava, obveze ili pravne interese fizičkih i pravnih osoba, a o kojima se ne odlučuje u upravnom postupku. Ovdje posebno valja naglasiti da danas, građani i druge stranke u Republici Hrvatskoj nemaju učinkovitu mogućnost pravne zaštite protiv odluka i radnji pružatelja javnih usluga, a koji najčešće imaju monopolni položaj na tržištu. Stoga bi širenjem primjene ovoga *Zakona* i na takve slučajeve trebao učinkovito riješiti pitanje modela zaštite ovih prava i pravnih interesa te osigurati dodatni oblik nadzora nad radom i odlučivanjem pravnih osoba s javnim ovlastima koje obavljaju javne službe. Ovo rješenje znatno ide u prilog usklađivanju hrvatskog prava s pravnom stečevinom Europske unije, jer se slična rješenja susreću i u pravnim sustavima drugih država članica. Primjena ovoga *Zakona* proširena je i na sklapanje upravnih ugovora, novine u hrvatskom upravno postupovnom zakonodavstvu, ali i u pravnom sustavu Republike Hrvatske. Konačno, primjena ovoga *Zakona* ujedno je proširena na pravnu zaštitu građana od drugih radnji javnopravnih tijela, pod kojima konačni prijedlog *Zakona* podrazumijeva obavještanje građana o uvjetima ostvarivanja i zaštite njihovih prava te zaštitu od bilo koje nezakonite radnje javnopravnog tijela.

Konačnim prijedlogom *Zakona* pokušava se prevladati i oduvijek otvoreno pitanje hrvatskog upravno postupovnog prava – značenje pojma upravne stvari. Naravno da je definiranje upravne stvari jedno od najbitnijih pitanja primjene *Zakona o općem upravnom postupku*, ali i upravnog prava općenito. Praktični problem nedostatka ove definicije u upravnim se postupcima odražava u činjenici da je pojam upravne stvari i u članku 1. važećeg *Zakona o općem upravnom postupku* i u članku 1. *Zakona o upravnim sporovima* određen kao temeljna pretpostavka za postupanje po ovim zakonima. Međutim, danas niti jedan zakon u Hrvatskoj ne sadrži definiciju upravne stvari.²⁸

²⁸ U hrvatskoj, ali i u europskoj pravnoj doktrini, bilo je više pokušaja određivanja pojma upravne stvari. To se najčešće činilo po kriteriju vrste propisa kojima je neka materija uređena te su se upravnim stvarima razumijevale one koje su u djelokrugu državne ili javne uprave ili se upravna stvar jednostavno pokušala protumačiti upravnom djelatnošću. U hrvatskoj pravnoj doktrini Krijan je upravnu stvar pokušao definirati kao “posebnu vrstu pravne stvari o kakvoj konkretnoj situaciji koja se autoritativno rješava upravnim aktom na temelju neposredne primjene materijalnog propisa u upravnom postupku i odnosi se na neko pravo, obvezu ili pravni interes građana, pravnih osoba ili drugih stranaka”. Krijan, op. cit., str. 18. Upravnu stvar za potrebe upravnog postupka pokušali su definirati Dupelj i Turčić. Oni je određuju kao “svaki pojedini slučaj iz određene upravne oblasti kada se upravnim aktom odlučuje o određenom pravu, obvezi ili pravnom interesu pojedinca ili pravne osobe primjenom propisa kojim je uređena ta upravna oblast i na temelju onih činjenica koje su utvrđene u postupku koji prethodi donošenju rješenja”. Dupelj, Željko, Turčić, Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Organizator, Zagreb, 2000., str. 23. No, definicija upravne stvari do danas nije našla svoje mjesto u hrvatskim normativnim tekstovima.

Kako u hrvatskom pravu nema zakonske definicije upravne stvari, upravnoj i upravnosudskoj praksi ostalo je u svakoj konkretnoj stvari uspješno ili manje uspješno prosuditi radi li se o upravnoj stvari ili ne.²⁹ Tako u Hrvatskoj najčešće upravo sudska praksa Upravnog suda određuje koje se stvari mogu smatrati upravnim stvarima.³⁰ Međutim, krug akata kojima se priznaje karakter upravnog akta u nekoliko je navrata proširen i odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske, čime su njihovi donositelji postali obvezni u tim stvarima postupati prema odredbama *Zakona o općem upravnom postupku*.³¹ U takvoj se situaciji ipak najboljim rješenjem čini zakonom propisati koji će se pojedinačni predmet smatrati upravnom stvari, čime bi se riješio niz dvojbi je li javnopravno tijelo dužno postupati prema pravilima *Zakona o općem upravnom postupku* te se ovim predmetima ne bi opterećivao, već ionako preopterećen Upravni sud.

Upravna stvar je u konačnom prijedlogu *Zakona* definirana kao svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opće akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje, u upravnom postupku odlučuje o pravu, obvezi ili pravnom interesu fizičke, ili pravne osobe, ili drugih

²⁹ O aktualnosti ovoga pitanja svjedoči i izuzetno bogata praksa Upravnog suda Republike Hrvatske koji je svojem izboru odluka od 1977. do 2007. godine istaknuo preko 250 presuda koje se vezuju uz pitanje radi li se u konkretnom slučaju o upravnoj stvari ili ne. Vidi Upravni sud Republike Hrvatske, *Zbornik odluka 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 1-155., Upravni sud Republike Hrvatske, *Izbor odluka 2003.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 1-28., Upravni sud Republike Hrvatske, *Izbor odluka 2004.*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 1-25., Upravni sud Republike Hrvatske, *Izbor odluka 2005.*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 1-18., Upravni sud Republike Hrvatske, *Izbor odluka 2006.*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 3-22. i Upravni sud Republike Hrvatske, *Izbor odluka 2007.*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 1-9.

³⁰ Upravni sud Republike Hrvatske je tako primjerice zauzeo pravno shvaćanje da su po svojoj prirodi upravni akti, pa su onda tako i upravne stvari primanje u državnu službu, prestanak službe, pitanja položaja, prava, obveza i odgovornosti državnih službenika, imenovanja ravnatelja javnih ustanova, vidi Upravni sud Republike Hrvatske, Us-6497/97, od 25. studenog 1999., oduzimanje stručnih i znanstvenih zvanja, vidi Upravni sud Republike Hrvatske, Us-1294/00, od 7. prosinca 2000., odluke o pravima studenta, vidi Upravni sud Republike Hrvatske, Us-11421/2000 od 27. ožujka 2002., odluke o isplati dospjelih primanja iz mirovinskog i invalidskog osiguranja, vidi Upravni sud Republike Hrvatske, Us-4597/96, od 5. svibnja 1999., priključivanja na elektroenergetsku mrežu, vidi Upravni sud Republike Hrvatske, Us-7273/96, od 4. ožujka 1998., dozvole za građenje na određenim lokacijama, vidi Upravni sud Republike Hrvatske, Us-3696/96 od 5. veljače 1998., odluke o sječi drvne mase, vidi 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 materijalnoj pravnoj regulaciji pojedinih područja. Medvedović, Glavni, op. cit., str. 45.

³¹ Ustavni sud Republike Hrvatske je primjerice stao na gleđište da je akt koji donosi Fond za privatizaciju u postupku kontrole provođenja pretvorbe poduzeća nakon izdane suglasnosti za namjeravanu pretvorbu upravni akt, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-665/95, od 28. travnja 1999., Narodne novine, br. 49/99., da je odluka o dodjeli koncesije upravni akt, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-II-722/1995, od 2. travnja 1997., Narodne novine, br. 41/97., baš kao i odluka o opozivu koncesije, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-261/1996, od 6. travnja 1998., Narodne novine, br. 57/98., da je i potvrda Agencije za rekonstruiranje i razvoj o suglasnosti na pretvorbu upravni akt, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-168/96, od 14. siječnja 2000., Narodne novine, br. 14/00. i sl.

stranaka. Na ovaj je način izbjegnuto uključivanje u definiciju upravne stvari obavljanja određenih upravnih radnji, kao što su “*potvrđivanje i registriranje činjenica*” te “*obavljanje držanog nadzora*”, kako je to primjerice učinjeno u Mađarskoj,³² a što je ipak šire shvaćanje od shvaćanja upravne stvari u hrvatskoj teoriji upravnog prava i sudskoj praksi. Time je upravna stvar u Hrvatskoj dijelom određena slično, kao i u Sloveniji.³³ Konačni prijedlog *Zakona* ujedno propisuje da se upravnom stvari smatra i svaka stvar koja je zakonom određena kao takva. Time je otvorena mogućnost da se posebnim zakonima u pojedinim upravnim oblastima određene stvari propišu upravnim stvarima, čime se preciziraju obveznici i postupak odlučivanja o pravima, obvezama i pravnim interesima stranaka. Dobro je da je izbjegnuto definiranje upravne stvari pojmovima upravnog postupka i upravnog akta, jer se upravni postupak i upravni akt trebaju osnivati na pojmu upravne stvari, a ne obratno. Takva bi zakonska definicija bila od pomoći samo u slučajevima kada se posebnim zakonom određuje da se o određenom pravu pojedinca rješava u upravnom postupku ili upravnim aktom, pa bi ona imala ulogu u sustavnom tumačenju prava. No, čini se da će i uz ovakvu definiciju u hrvatskom upravno postupovnom pravu Upravni sud i u budućnosti nerijetko određivati je li neka stvar upravna stvar ili nije.

Među općim odredbama konačnog prijedloga *Zakona*, definirana je i stranka u upravnom postupku. Ova definicija u sadržajnom se smislu ne razlikuje od važeće definicije iz članka 50. važećeg *Zakona*, osim što je pojednostavljena i modernizirana. Položaj stranke u upravnom postupku, kao i ranije, ima svaka fizička ili pravna osoba na čiji je zahtjev pokrenut postupak, protiv koje se vodi postupak, ili koja radi zaštite svojih prava, ili pravnih interesa ima pravo sudjelovati u postupku. I dalje je zadržan vrlo široki koncept sukladno kojem stranka u postupku može biti svaka osoba koja može biti nositelj prava, odnosno obveza o kojima se rješava u upravnom postupku. Stoga je precizirano da stranke u upravnom postupku mogu biti i tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave ili druga javnopravna tijela koja nemaju pravnu osobnost te njihove područne jedinice, odnosno podružnice, kao i skupine osoba povezane zajedničkim interesom ako

³² Prvi pokušaj zakonskog određivanja upravne stvari susreće se upravo u Mađarskoj, gdje je člankom 1. točka 4. *Zakona o općem upravnom postupku* iz 1957. godine upravna stvar definirana kao “*svaki predmet putem čijeg rješenja državno upravno tijelo ustanovljuje za stranku prava i obveze, potvrđuje ili registrira određene činjenice*”. Ova je definicija *Zakonom o općem upravnom postupku* iz 1981. godine nešto izmijenjena, pa je upravna stvar u Mađarskoj danas određena kao “*svaka stvar u kojoj tijelo državne uprave zasniva neko pravo ili obvezu koji se odnose na stranku, potvrđuje neki podatak, vodi evidenciju ili vrši državni nadzor*”.

³³ Pojam upravne stvari pokušalo se odrediti i u slovenskom zakonodavstvu. Članak 2. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku* pojam upravne stvari definira kao “*odluku o pravu, obvezi ili pravnom interesu fizičke ili pravne osobe ili druge stranke u području upravnog prava*”. Ovaj članak nadalje propisuje da se upravnom stvari smatra i ona kada je propisom određeno da tijelo u nekoj stvari vodi upravni postupak, odlučuje u upravnom postupku ili donosi upravnu odluku posebice ako to zbog zaštite javnog interesa proizlazi iz prirode stvari.

moгу biti nositelji prava, odnosno obveza o kojima se odlučuje u upravnom postupku.³⁴

Zakon, također, postavlja načela upravnog postupka i to konkretno: načelo zakonitosti, načelo utvrđivanja materijalne istine, načelo samostalnosti, koje je vezano uz načelo slobodne ocjene dokaza, načelo učinkovitosti i ekonomičnosti te načelo pomoći stranci. Ova su načela u nekim dijelovima modernizirana i normativno doradana u odnosu na važeći *Zakon*. U načelo zaštite prava stranaka i javnog interesa iz važećeg *Zakona* na moderan način ugrađeno je, u hrvatskom upravno postupovnom pravu novo načelo razmjernosti, čime je znatno ojačan položaj građana u odnosu na javnopravna tijela u upravnom postupku. Načelo prava stranke na pravni lijek, kao novo načelo u konačnom prijedlogu *Zakona* obuhvaća načelo prava žalbe iz važećeg *Zakona*. Ono također propisuje i da se protiv drugostupanjske odluke, odnosno protiv prvostupanjske odluke protiv koje nije dopuštena žalba može izravno pokrenuti upravni spor, kao i da protiv upravnog ugovora ili drugog postupanja javnopravnih tijela ili pružatelja javnih usluga stranka ima pravo na prigovor. Kao novo, uvedeno je načelo zaštite stečenih prava stranaka, koje odgovara načelu pravomoćnosti iz važećeg *Zakona*. Ono nalaže da se odluka protiv koje se ne može izjaviti žalba, podnijeti prigovor niti pokrenuti upravni spor, dakle pravomoćna odluka, se može poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su propisani zakonom.³⁵ Ujedno je uvedeno i načelo pristupa podacima i zaštite podataka. Ono javnopravnim tijelima postavlja obvezu da strankama omoguće pristup potrebnim podacima i propisanim obrascima na svojoj internet stranici te im pruže druge obavijesti, savjete i potrebnu stručnu pomoć. Ono ujedno obvezuje javnopravno tijelo da u upravnom postupku zaštititi osobne, odnosno tajne podatke, sukladno propisima o zaštiti osobnih podataka, odnosno tajnosti podataka. Ovdje se naravno ponajprije misli na *Zakon o zaštiti osobnih podataka*³⁶ i *Zakon o tajnosti podataka*.³⁷ Ovo se načelo susreće u pravnim sustavima više država članica Europske unije, ali i u nekim novijim domaćim propisima.

Značenje odredbi koje propisuju načela upravnog postupanja, smatra Borković, nije samo u tomu što ona tvore osnovu cjelokupnog upravnog postupka, već se njihov značaj ogleda u strogom pridržavanju ovim načelima od pokretanja pa sve do okončanja postupka. Njihovo pravno značenje proizlazi i iz jamstva njihovog poštivanja pri pravilnoj primjeni materijalnopravnih propisa u rješavanju konkretne

³⁴ Ista rješenja susreću se i u usporednom pravu. Takvo je rješenje prihvaćeno i u članku 11. njemačkog *Zakona o upravnom postupku* te članku 42. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

³⁵ I prijedlog *Zakon* prati postojeći pravnoteorijski i normativni koncept sukladno kojem je pravomoćnost postupovnopравни institut kojim se onemogućava ponovno odlučivanje o stvari o kojoj je u redovnom postupku konačno riješeno. O pravomoćnosti upravnog akta u pravnoj teoriji više vidi u Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 385-392. No zanimljivo je istaknuti kako se u tekstu prijedloga *Zakona* više ne spominje pojam konačnosti.

³⁶ *Zakon o zaštiti osobnih podataka*, Narodne novine, br. 103/03., 118/06. i 41/08.

³⁷ *Zakon o tajnosti podataka*, Narodne novine, br. 79/07.

stvari kao i iz jamstva zaštite legitimnih prava i interesa koje načela pružaju strankama.³⁸ Stoga je njihovo zadržavanje u konačnom prijedlogu *Zakona*, svakako pohvalno. Zanimljivo je spomenuti kako načela upravnog postupka nisu izričito navedena i razrađena u najvećem broju usporednih upravno postupovnih zakona te se čini da je hrvatski *Zakon*, ovdje, i dalje ispred ostalih.³⁹

Konačno, općim odredbama određeno je i da se upravni postupak vodi na hrvatskom jeziku i latiničnom pismu. No, ujedno je predviđeno da se upravni postupak može voditi i na drugom jeziku koji je u službenoj uporabi kod javnopravnog tijela kod kojeg se vodi postupak, sukladno uvjetima utvrđenim zakonima i propisima donesenim temeljem zakona o službenoj uporabi jezika i pisma, čime se ne odstupa od sadašnjeg zakonskog rješenja.⁴⁰

3. Nadležnost

Druga glava temeljnih odredbi konačnog prijedloga *Zakona* trebala bi uređivati vrlo važnu problematiku nadležnosti za vođenje upravnog postupka, tj. pravo i obvezu određenog tijela da postupa u određenom upravnom predmetu. Kako je *Zakon o općem upravnom postupku* opći zakon, odredbe o nadležnosti sadržane u njemu imaju samo načelni karakter. Stoga se primjenjuju samo kada nadležnost nije propisana posebnim zakonima. Stvarna i mjesna nadležnosti za vođenje upravnog postupka u konačnom prijedlogu *Zakona* uređene su kao i u važećem *Zakonu*, osim što je propisano da, ako se stvarna nadležnost ne može utvrditi na temelju zakona, drugih propisa, odnosno općih akata to se može pokušati učiniti po prirodi upravne stvari. Također se inzistira na obveznosti pravila o stvarnoj i mjesnoj nadležnosti te se propisuje da su javnopravna tijela dužna tijekom cijelog upravnog postupka po službenoj dužnosti paziti na stvarnu i mjesnu nadležnost. I dalje je otvorena mogućnost da ako postoji opasnost od odgode, a mjesno nadležno tijelo ne može poduzeti potrebnu radnju, drugo

³⁸ Borković, *Upravno*, op. cit., str. 403.

³⁹ Načela dobrog upravljanja u člancima 6. do 10. navodi, primjerice finski *Zakon o upravnom postupku* taksativno navodeći načelo zakonitosti u radu uprave, načelo učinkovitog pružanja usluga, načelo savjetovanja stranke, načelo upotrebe jezika i načelo suradnje među tijelima. Lako je uočiti kako se izuzev načela zakonitosti ova načela znatno razlikuju od onih utvrđenih u hrvatskom *Zakonu*. Islandski *Zakon o upravnom postupku*, *Administrative Procedures Act*, No. 37/1993., Prime Minister's Office, Laekjartorg, Reykjavik, 1993., člancima 11. i 12. primjerice propisuje načelo jednakosti i načelo razmjernosti u odlučivanju o pravima i obvezama stranaka. Najsustavniji katalog načela upravnog postupka u usporednom pravu daje slovenski *Zakon o općem upravnom postupku* koji člancima 6. do 14. određuje načelo zakonitosti, zaštitu prava građana i zaštitu javnog interesa, načelo materijalne istine, načelo saslušanja stranke, slobodnu ocjenu dokaza, dužnost iznošenja istine i načelo pravičnosti, samostalnost u odlučivanju, pravo žalbe i ekonomičnost postupka, koji su gotovo u potpunosti preuzeti iz saveznog jugoslavenskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁴⁰ Uporabu jezika u upravnom postupku člankom 62. *Zakona o općem upravnom postupku* uređila je Slovenija, a vrlo dobre odredbe o uporabi jezika i prijevodima podnesaka susreću se u članku 26. finskog *Zakona o upravnom postupku*.

stvarno nadležno javnopravno tijelo može izvršiti radnju i izvan područja svoje mjesne nadležnosti, o čemu je odmah dužno obavijestiti mjesno nadležno javnopravno tijelo.

Novina u ovome dijelu jest obvezivanje službene osobe primiti podnesak odnosno priopćenje na zapisnik, čak i kada za postupanje po njemu nije nadležna, ako podnositelj to zahtjeva, te ga bez odgode uputi nadležnom tijelu i o tomu obavijestiti stranku. Naravno, službena osoba je prije toga dužna upozoriti podnositelja o nenadležnosti te ga uputiti na nadležno tijelo, ali samim time nije i oslobođena obveze izići u susret građaninu i pomoći mu oko korespondencije s nadležnim tijelom. Ova odredba veliki je korak u stvaranju uprave u službi građana te prevladavanju gledanja na upravu kao na autoritativni birokratski aparat.

Odredbe o sukobu nadležnosti znatno su skraćene u odnosu na važeći *Zakon*. Štoviše, ova su pravila i znatno pojednostavljena. Tako, sukladno konačnom prijedlogu *Zakona*, ako se dva ili više javnopravnih tijela izjasne kao stvarno, ili mjesno nadležna, ili nenadležna u istoj upravnoj stvari, o tijelu nadležnom za rješavanje u toj upravnoj stvari odlučit će rješenjem nadležno javnopravno tijelo drugog stupnja u čijem djelokrugu se nalazi ta upravna stvar. Ako takvog tijela nema, o sukobu nadležnosti odlučit će središnje tijelo državne uprave nadležno za poslove opće uprave. Ako se, naprotiv, radi o sukobu nadležnosti između tijela državne uprave i drugih državnih tijela, odnosno tijela državne uprave i tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ili drugih državnih tijela i tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave o sukobu nadležnosti, bez odgode, će odlučiti sud nadležan za upravne sporove. Pojednostavljivanje ovih odredbi vrlo je pohvalno, s obzirom na to da su odredbe o sukobu nadležnosti u važećem *Zakonu*, prilično opsežne i složene. S obzirom na novu sistematizaciju konačnog prijedloga *Zakona*, u ovu su glavu bez značajnijih sadržajnih izmjena prebačene nešto skraćene odredbe članaka 203. i 204. važećeg *Zakona*, a koje se odnose na donošenje zajedničke odluke u upravnoj stvari.

Novina je konačnog prijedloga *Zakona* i uvođenje jedinstvenog upravnog mjesta na kojem će se, kada je za ostvarenje nekog prava stranke potrebno voditi više upravnih ili drugih postupaka, stranci omogućiti da podnese sve zahtjeve, koji će se zatim po službenoj dužnosti bez odgode dostaviti nadležnim javnopravnim tijelima. Na jedinstvenom upravnom mjestu stranke i druge zainteresirane osobe moći će dobiti obavijesti, savjete, obrasce i drugu pomoć iz nadležnosti javnopravnog tijela. Međutim, zaprimanje zahtjeva stranke na jedinstvenom upravnom mjestu neće utjecati na stvarnu i mjesnu nadležnost javnopravnih tijela za rješavanje u upravnim i drugim postupcima.

Kako su se odredbe o nadležnosti u upravnom postupku u pedesetogodišnjoj primjeni važećeg *Zakona* pokazale dobrim, nije ih niti bilo potrebe bitno mijenjati, pa su one samo nomotehnički dotjerane i uklopljene u novi koncept konačnog prijedloga *Zakona*. Štoviše, one su i dalje potpunije od brojnih odredbi koje uređuju nadležnost za vođenje upravnog postupka u usporednom pravu.⁴¹

⁴¹ Na vrlo sličan način, kao i u hrvatskom *Zakonu*, materija nadležnosti uređena je u člancima 1. do 6. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku*, u člancima 10. do 13. češkog *Zakonika*

4. Ovlaštena službena osoba

Treći dio "Temeljnih odredaba" konačnog prijedloga *Zakona* određuje službenu osobu u javnopravnom tijelu ovlaštenu za vođenje postupka i odlučivanje. Važeći *Zakon* člancima 35. i 38. propisuje kako u upravnoj stvari rješenje u upravnom postupku donosi čelnik upravnog tijela ili ravnatelj pravne osobe s javnim ovlastima, ako propisima nije drugačije određeno. Važećim *Zakonom* je otvorena i mogućnost da čelnik ili ravnatelj ovlaste drugu službenu osobu istoga tijela ili pravne osobe za rješavanje u upravnim stvarima iz određene vrste poslova.⁴² Koncept prema kojem je jedino čelnik javnopravnog tijela, tj. ministar, ravnatelj, državni tajnik i sl., ovlašten donositi i potpisivati rješenja, ipak nije sukladan novim shvaćanjima moderne javne uprave. Danas dominiraju gledišta da ovlast odlučivanja trebaju imati sami službenici koji rješavaju upravne stvari te koji shodno tomu trebaju biti i posebno osposobljeni. Kako se čelnici tijela javne vlasti redovito bave poslovima upravljanja, kao što su strateško planiranje, nadzor, predstavljanje i zastupanje tijela, odnosi s drugim tijelima i sl., odluke u upravnim stvarima u praksi redovito donose upravo službenici. Međutim, ukoliko službenik uključen u postupak donošenja pojedinog rješenja nije ovlašten i donijeti konačnu odluku i potpisati je, on izravno ne može niti odgovarati za njezin sadržaj i postupak donošenja.

Stoga je konačni prijedlog *Zakona* ovo pitanje regulirao znatno suvremenije. Sukladno načelnoj odredbi u javnopravnome tijelu postupa službena osoba u čijem je opisu poslova vođenje tog postupka, odnosno rješavanje u upravnim stvarima, sukladno propisima o ustrojstvu javnopravnih tijela. Čelnik javnopravnog tijela ovlašten je i dalje odlučivati u upravnim stvarima, ali samo ako u javnopravnom tijelu nema osobe ovlaštene za rješavanje o upravnoj stvari.⁴³ Tako konačni prijedlog *Zakona* na novi način određuje ovlast za odlučivanje u upravnom postupku, vezujući je ponajprije uz opis poslova radnog mjesta.

Kao posebnu novinu, konačni prijedlog *Zakona* propisuje da su službenici koji rade na vođenju upravnog postupka dužni položiti poseban državni stručni ispit za vođenje upravnog postupka. Uvjete, način pripreme i rokove za polaganje ovog ispita trebala bi uredbom propisati Vlada Republike Hrvatske. Time konačni prijedlog *Zakona* osobitu pozornost polaže upravo na obrazovanje službenika koji će voditi upravne postupke i rješavati u upravnim stvarima, kao

o upravnom postupku te u člancima 15. do 27. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*. Njemački *Zakon o upravnom postupku* člankom 3., primjerice propisuje mjesnu nadležnost, rješavanje sukoba nadležnosti, nadležnost u slučaju izmjene okolnosti nakon pokretanja postupka te nadležnost u hitnim stvarima.

⁴² Isto rješenje susreće se i u članku 28. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁴³ U Sjedinjenim Državama primjerice, sukladno odjeljku 5. točka c. *Zakona o upravnom postupku* strogo je odijeljena funkcija vođenja dokaznog postupka, od funkcije materijalnog odlučivanja. Tako ovdje posebne službene osobe vode upravni postupak i izrađuju nacrt rješenja koje onda služi kao osnova službeniku koji donosi prvostupanjsku odluku. Zanimljivo je primijetiti da u Sjedinjenim državama službena osoba koja je utvrđivala činjenično stanje ne može u tome, niti u drugom predmetu zasnovanom na istim činjenicama sudjelovati pri donošenju rješenja.

jednoj od osnovnih pretpostavki moderne i učinkovite uprave. Uvođenje državnog stručnog ispita za vođenje upravnog postupka je izravni rezultat provedbe *Strategije reforme državne uprave za razdoblje 2008. – 2011.* godine. Svrha ovoga ispita trebala bi biti upoznavanje službenika koji će voditi upravne postupke s posebnim institutima općeg upravno postupovnog zakona. Kako je dosadašnja praksa pokazala da službenici koji sada vode upravne postupke nisu dovoljno osposobljeni za primjenu važećeg *Zakona*, osobito oni koji nisu pravne struke, inzistiranjem na edukaciji službenika moglo bi se značajno smanjiti broj poništenih rješenja u žalbenom postupku i upravnom sporu.⁴⁴ Odredbe o izuzeću službene osobe nisu sadržajnije mijenjane osim što su obogaćene s tri razloga fakultativnog izuzeća,⁴⁵ dok su odredbe o postupanju kolegijalnih tijela u konačnom prijedlogu *Zakona* sumirane u jedan članak, nešto skraćene, ali ne i sadržajno značajnije izmijenjene.⁴⁶

5. Pravna pomoć

Konačni prijedlog *Zakona* u sljedećem dijelu “*Temeljnih odredbi*” uređuje vrlo važan institut za učinkovitost vođenja upravnog postupka – pravnu pomoć. Sukladno načelu ograničenja nadležnosti, svako tijelo obavlja službene radnje u granicama svoje nadležnosti. No, pri vođenju upravnog postupka, često je potrebno poduzeti pojedine postupovne radnje i izvan nadležnosti tijela koje vodi postupak. Pravnu pomoć javnopravno tijelo može zatražiti kada su mu potrebna saznanja o činjenicama, ispravama, podacima ili drugim dokazima s kojima raspolaže drugo javnopravno tijelo ili kada zbog drugih opravdanih razloga ne može samo ili pravodobno provesti potrebne radnje u upravnom postupku. U okviru pravne pomoći, baš kao i u važećem *Zakonu*, javnopravno tijelo može tražiti dostavu spisa, isprava ili podataka koji su mu potrebni za

⁴⁴ Više o tome vidi u Gagro, Božo, Jurić-Knežević, Dunja, *Kvaliteta upravnog postupanja prema iskustvima Upravnog suda RH s prijedlozima za unaprjeđenje, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, HAZU, Zagreb, 2006., str. 33-34. Oni ujedno upozoravaju kako je npr. samo u 2005. godini u upravnom sporu poništeno čak 55% upravnih akata istog središnjeg tijela državne uprave. Smatraju da razlozi poništavanja akata 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. Kujundžić navodi da Upravni sud u pravilu usvaja između 45% i 50% tužbi. Kujundžić, Ivica, u *Reforma hrvatske državne uprave*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 67. Obveza polaganja stručnog ispita za vođenje upravnog postupka uvela je i Slovenija člankom 31. *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁴⁵ Odredbe o izuzeću s određenim specifičnostima susreću se i u članku 7. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku* te člancima 20. i 21. njemačkog *Zakona o upravnom postupku*, člancima 35. do 41. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*, člancima 27. do 29. finskog *Zakona o upravnom postupku*, člancima 3. do 6. islandskog *Zakona o upravnom postupku* i sl.

⁴⁶ Izričito se, primjerice propisuje da kolegijalno javnopravno tijelo može u pisanom obliku ovlastiti službenu osobu u tom tijelu za postupanje u upravnim stvarima do donošenja odluke, u kojem slučaju službena osoba o provedenom postupku podnosi kolegijalnom tijelu pisano izvješće i prijedlog odluke o toj upravnoj stvari. Isti postupak proizlazi i iz odredba članka 37. stavak 2. važećeg *Zakona*. Vidi ujedno i Krijan, op. cit., str. 57. te Dupelj, Turčić, op. cit., str. 99.

vođenje upravnog postupka i od sudova, kada oni njima raspoložu. Naravno, usvojen je koncept i međunarodne pravne pomoći.

Intenzivnijim ovlašćivanjem javnopravnih tijela za traženje i pružanje pravne pomoći nastoji se doprinijeti učinkovitosti i ekonomičnosti vođenja postupka te ubrzati ostvarivanje prava i interesa stranaka. Ovome u prilog posebno ide i odredba konačnog prijedloga *Zakona* koja propisuje kako se pravna pomoć može tražiti i kada bi određene radnje u upravnom postupku javnopravno tijelo moglo obaviti samo, ali manje učinkovito ili uz znatno veće troškove. Konačni prijedlog *Zakona* ujedno propisuje i rok u kojem pravna pomoć treba biti pružena, mogućnost odbijanja pružanja ove pomoći te troškove. Odredbama konačnog prijedloga *Zakona* o pravnoj pomoći odredbe važećeg *Zakona* značajno su normativno preuređene te je, kao novo, njima riješeno i pitanje naknade troškova u pružanju ove pomoći.⁴⁷

6. Sudjelovanje stranke u upravnom postupku

Odredbe o strankama u važećem *Zakonu* nomotehnički nikada nisu bile podložne većoj kritici. Propusti vezani uz položaj stranke u upravnom postupku u Hrvatskoj najčešće su se temeljili na nepriznavanju položaja stranke u upravnom postupku zainteresiranim trećim osobama⁴⁸ te postavljanju, odnosno nepostavljanju, privremenog zastupnika strankama kada je to *Zakonom* propisano.⁴⁹ Stoga niti ove

⁴⁷ Pravna pomoć, iako pod različitim nazivima, često se javlja i u usporednim upravno postupovnim zakonima. Tako njemački *Zakon o upravnom postupku* člancima 4. do 8. detaljno uređuje obvezu javnopravnih tijela da pomažu jedna drugima, okolnosti u kojima se ona može pružiti te ograničenja njezina pružanja, odabir tijela od kojega će se ona tražiti, način njezina pružanja te s time povezane troškove. Pravnu pomoć posebno je, člancima 33. i 34., uređio i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku*.

⁴⁸ Gagro primjerice upozorava na česte slučajeve u kojima nakon pokretanja upravnog postupka tijela nadležna za njegovo vođenje često ne uočavaju niti prepoznaju pravni interes određenih osoba kojima radi zaštite njihovih prava ili pravnih interesa mora biti omogućeno sudjelovanje u upravnom postupku, pa se on vodi samo uz sudjelovanje onih osoba na čiji je zahtjev pokrenut ili protiv kojih se vodi. Gagro, Božo, *Važna zapažanja Suda u vezi s primjenom odredaba Zakona o općem upravnom postupku* prilikom rješavanja upravnih stvari, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske, 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 53. Tako zainteresirane treće osobe za vođenje upravnog postupka često saznaju tek nakon što je postupak okončan, što onda dovodi do obnove postupka prema članku 249. točka 9. *Zakona o općem upravnom postupku*. Gagro i Jurić-Konežević navode kako, čak i onda kada su treće osobe saznale za vođenje upravnog postupka u kojem od njegovog početka ne sudjeluju, pa od nadležnog tijela zatraže priznavanje svojstva stranke u tom postupku, ovo im se pravo ponekad uskraćuje, unatoč jasnom postojanju pravnog interesa za sudjelovanjem u postupku. Štoviše, uskraćujući svojstvo stranke u postupku određenoj osobi, nadležna tijela ponekad tu osobu o tomu izvješćuju samo dopisom, iako su prema izričitoj odredbi članka 139. važećeg *Zakona o općem upravnom postupku* o tome dužna donijeti zaključak protiv kojeg je dopuštena posebna žalba. Gagro, Jurić-Konežević, op. cit., str. 23.

⁴⁹ U svezi s problematikom položaja i prava stranke u upravnom postupku Gagro upozorava kako u upravnoj praksi ima slučajeva vođenja upravnog postupka protivno odredbi članka 55. važećeg *Zakona o općem upravnom postupku*. Drugim riječima strankama se, unatoč izričitoj zakonskoj odredbi, u zakonom propisanim slučajevima ne postavlja privremeni zastupnik. Tada

odredbe nisu značajnije mijenjane. U dijelu koji se odnosi na sudjelovanje stranke u upravnom postupku konačni prijedlog *Zakona* ne ističe posebno načelo saslušanja stranke, kako to u članku 8. čini važeći *Zakon*, već sadrži nekoliko odredbi koje uređuju ovo vrlo važno pravo. Kako se pravila suvremenog upravNOPostupovnog prava vrlo često zasnivaju upravo na razradi postupovnog položaja stranaka u postupku te razradi prava koja one u postupku mogu ostvariti, konačni prijedlog novog hrvatskog *Zakona* je tako usklađen i s ovim zahtjevom, propisujući da se u upravnom postupku stranci mora omogućiti izjašnjavanje o svim činjenicama, okolnostima i pravnim pitanjima važnim za rješavanje upravne stvari. Ovdje je, dakle pojam “saslušanje” zamijenjen pojmom “izjašnjavanje” kao pojmom šireg opsega, koji u sebi uključuje i samoinicijativno dostavljanje određenih podataka stranke javNOPravnom tijelu. Upravni postupak može se provesti bez pružanja stranci mogućnosti da se izjasni samo kada se usvaja zahtjev stranke ili ako odluka u postupku nema negativan učinak na pravne interese stranke ili kad je tako propisano zakonom.⁵⁰

Na širenje načela saslušanja stranke i njegovo ekstenzivnije normiranje sasvim je sigurno značajan utjecaj imala postojeća pravna praksa u Hrvatskoj, a na koju upozoravaju Gagro i Jurić-Knežević. U hrvatskoj upravnoj praksi postupak se nerijetko vodi ne samo bez saslušanja nekih stranaka, već i bez sudjelovanja u postupku osobe o čijem se pravu ili obvezi odlučuje.⁵¹ Time se strankama ukrađuje mogućnost braniti svoja prava i pravne interese, a što je posebice dolazilo do izražaja kod vođenja postupaka u kojima su stranke osobe

se upravni postupak vodi bez sudjelovanja stranke u postupku, čime se vrijeđaju temeljna načela *Zakona o općem upravnom postupku*. Ujedno se strankama onemogućuje da redovnim pravnim lijekovima osporavaju zakonitost upravnih akata donesenih u tako provedenom postupku te na taj način zaštite svoja prava i pravne interese. Gagro, op. cit., str. 53. Na slučajeve nepoštivanja ove zakonske odredbe ukazuje svojom sudskom praksom i Upravni sud, koji je zauzeo stajalište da tijelo koje vodi upravni postupak, ako hitnost postupka to traži, s ciljem pravilnog zastupanja stranke, mora postupovno nesposobnoj stranci postaviti privremenog zastupnika, Upravni sud Hrvatske, Us-3914/80, od 5. ožujka 1981., a postaviti stranci privremenog zastupnika treba i kada boravište stranke nije poznato tijelu koje vodi upravni postupak, a postupak se ne može odgoditi zbog hitnosti stvari, Upravni sud Hrvatske, Us-6282/79 od 27. veljače 1980.

⁵⁰ Načelo izjašnjenja stranke detaljnije je razrađeno drugim odredbama ovoga *Zakona*, kada se npr. propisuje da je službena osoba dužna omogućiti stranci izjašnjavanje o svim okolnostima i činjenicama koje su iznesene u ispitnom postupku, o prijedlozima za izvođenje dokaza i podnesenim dokazima, sudjelovanje u izvođenju dokaza i postavljanje pitanja drugim strankama, svjedocima i vještacima preko službene osobe, a uz dopuštenje službene osobe i neposredno, kao i upoznavanje s rezultatom izvođenja dokaza i izjašnjavanje o tim rezultatima. U prilog ovom rješenju ide i sudska praksa, prema kojoj kada je u upravnom postupku provedeno vještačenje, tijelo treba stranci predočiti nalaz i mišljenje vještaka i omogućiti joj da se o njemu izjasni. Vrhovni sud, U-1266/56 od 21. svibnja 1966. Štoviše, izjava stranke dana u neku drugu svrhu ili u nekom drugom postupku ne smije se uzeti kao relevantna u vođenju određenog upravnog postupka. Tako je sudska praksa u konkretnom slučaju zauzela stajalište kako, s obzirom na to da se postupak utvrđivanja općeg interesa i postupak izvlaštenja provode kao dva odvojena postupka, saslušanje stranke u prvom odnosi se na jedan predmet i ono se ne može smatrati kao sastavni dio drugog postupka. Vrhovni sud, U-7993/69, od 22. travnja 1970.

⁵¹ Više vidi u Gagro, Jurić-Knežević, op. cit., str. 24.

čije je boravište nepoznato, a koje nemaju punomoćnika. Uskrata stranci mogućnosti izjasniti se o činjenicama i okolnostima u vođenju upravnog postupka, nikako se ne može pravdati te bi trebala dovesti do stavljanja takvoga rješenja izvan snage, povodom pravnih lijekova ili u upravnom sporu.⁵²

Postupovna sposobnost stranke u konačnom prijedlogu *Zakona* je jasnije razrađena negoli u važećem *Zakonu*. Ovdje se taksativno navedi da radnje u upravnom postupku mogu poduzimati samo potpuno poslovno sposobne osobe i osobe s ograničenom poslovnom sposobnosti ako im se na temelju posebnih zakona priznaje ograničena poslovna sposobnost u upravnoj stvari koja je predmet postupka. I osobe ovlaštene za zastupanje stranke taksativno su pobrojane u konačnom prijedlogu *Zakona*. To su zakonski zastupnik, privremeni zastupnik, zajednički predstavnik i punomoćnik stranke. Ove osobe posebno dobivaju na značaju jer se službena osoba tijekom postupka uvijek obraća upravo osobi ovlaštenoj za zastupanje, ako je ona određena. Neposrednu nazočnost, odnosno drugo sudjelovanje stranke u postupku službena osoba može tražiti samo ako je to nužno za utvrđivanje činjenica i okolnosti u postupku.⁵³ Zastupanje stranke posrdstvom ovih osoba normativno je detaljno razrađeno i u konačnom prijedlogu *Zakona*. Naravno i dalje postoji mogućnost da stranka na usmenoj raspravi, očevidu ili pri drugim radnjama u postupku ima i stručnog pomagača, tj. osobu koja će joj pomagati u razjašnjavanju određenih stručnih pitanja koja se pojave u postupku, ali bez mogućnosti zastupanja.⁵⁴

Konačni prijedlog *Zakona* uređuje i postupanje u slučaju smrti, odnosno prestanka postojanja pravne osobe koja je stranka u upravnom postupku. Tako, ako tijekom postupka stranka umre ili pravna osoba prestane postojati, postupak se može obustaviti ili nastaviti, ovisno o naravi upravne stvari koja je predmet postupka. Može se ustvrditi da se odredbama konačnog prijedloga *Zakona* na moderan način rješavaju sva pitanja vezana uz statusna prava stranke, na tragu važećeg *Zakona*, ali ipak na prilično jednostavniji i pregledniji način.

⁵² Načelo izjašnjenja stranke u usporednom pravu je npr. detaljnije razrađeno člankom 9. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku* i člancima 34. do 36. finskog *Zakona o upravnom postupku*. Pravo na saslušanje susreće se i u člancima 13. i 14. islandskog *Zakona o upravnom postupku*.

⁵³ Ako službena osoba zatraži neposrednu nazočnost ili drugo učešće stranke u postupku, o tomu je dužna istodobno obavijestiti i osobu ovlaštenu za njezino zastupanje.

⁵⁴ Niti ovdje hrvatski *Zakon* ne odstupa od drugih upravno postupovnih zakona. Tako i njemački *Zakon o upravnom postupku* člancima 12. do 19. određuje postupovnu sposobnost stranke, punomoćnike i stručne pomagače, zastupnike i zajedničke predstavnike. Slovenski *Zakon o općem upravnom postupku* člancima 46. do 61. uređuje postupovnu sposobnost i zakonskog zastupnika stranke, privremenog zastupnika, zajedničkog predstavnika, punomoćnika i stručnog pomagača. Češki *Zakonik o upravnom postupku* člancima 29. do 35. uređuje postupovnu sposobnost, poduzimanje radnji pravnih osoba, zastupanje, zastupanje posredstvom zakonskog zastupnika, zastupanje posredstvom odvjetnika te zajedničkog zastupnika i predstavnika, dok austrijski *Zakon o općem upravnom postupku* člancima 9. do 12. samo uređuje problematiku pravne i poslovne sposobnosti, jednostavno se pozivajući na odredbe građanskog prava te, na znatno sumarniji način, zastupnika stranaka.

7. Pokretanje upravnog postupka

Drugi dio konačnog prijedloga *Zakona* uređuje pokretanje i vođenje upravnog postupka. Vezano uz pokretanje upravnog postupka nema značajnijih promjena, u odnosu na sadašnju pravnu regulaciju – pokreće se ili na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti. No, konačni prijedlog *Zakona* precizno je utvrdio trenutak pokretanja postupka, kao posebno važno pitanje s aspekta računanja rokova za okončanje postupka, ali i mogućnost ulaganja žalbe ili tužbe radi šutnje uprave. Stoga bi odredba sukladno kojoj se upravni postupak smatra pokrenutim u trenutku predaje urednog zahtjeva stranke, odnosno kada službena osoba u javnopravnom tijelu poduzme neku radnju radi vođenja postupka po službenoj dužnosti, trebala biti od velike praktične koristi i za javnopravna tijela i za stranke u postupku. Ujedno je detaljnije propisan način podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka te obveza službene osobe da rješenjem odbaci zahtjev kad utvrdi da ne postoje zakonske pretpostavke za pokretanje postupka. Konačno, propisano je da kada stranka u jednom podnesku postavi više različitih zahtjeva, javnopravno tijelo treba po svakom zahtjevu postupati odvojeno.

Upravni postupak i dalje se pokreće po službenoj dužnosti kada je to određeno zakonom ili je to nužno radi zaštite javnog interesa. No kako pri ocjeni o postojanju razloga za pokretanje upravnog postupka po službenoj dužnosti javnopravno tijelo treba uzeti u obzir predstavke, odnosno druge obavijesti koje upućuju na potrebu zaštite javnoga interesa, konačni prijedlog *Zakona* ide u prilog zaštiti prava građana te propisuje da ukoliko službena osoba utvrdi nepostojanje uvjeta za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, o tomu će obavijestiti podnositelja što je prije moguće, a najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja predstavke, odnosno obavijesti. Tada podnositelj, u roku od 8 dana od dana primitka ove obavijesti, kao i u slučaju da u propisanom roku ne dobije odgovor na predstavku, odnosno obavijest, može uložiti prigovor. O prigovoru se odlučuje rješenjem, a protiv rješenja o prigovoru, kao i zbog nedonošenja takvog rješenja u roku od 30 dana od podnošenja prigovora može se pokrenuti spor pred sudom nadležnim za upravne sporove.

I konačni prijedlog *Zakona*, kao i važeći *Zakon*, u rijetkim slučajevima otvara mogućnost pokretanja upravnog postupka javnom objavom. Naravno, pokretanje postupka na ovaj način samo je vid pokretanja postupka po službenoj dužnosti, stoga ga ne treba smatrati nekim trećim načinom pokretanja postupka. Propisano je da se javnom objavom upravni postupak može pokrenuti samo ako stranke nisu unaprijed poznate ili je takav način pokretanja upravnog postupka propisan posebnim zakonom, što se dijelom razlikuje od razloga za pokretanje postupka javnom objavom sadržanom u članku 128. važećeg *Zakona*. Ujedno se propisuje što sve javna objava mora sadržavati, najkraći rok koji se strankama mora ostaviti za odazivanje javnoj objavi te način njezina oglašavanja. Iako u nešto sumarnijem obliku, na bitno sličan način kao i u važećem *Zakonu*, uređena je mogućnost spajanja i razdvajanja upravnih stvari, izmjena zahtjeva i podnošenje novog zahtjeva stranke, odustanak od zahtjeva te obustava upravnog

postupka.⁵⁵ Iako su odredbe koje se odnose na pokretanje upravnog postupka nešto preuređene, skraćene i pojednostavljene, one sadržajno bitno ne odstupaju od odredbi važećeg *Zakona*, a kako su odredbe o pokretanju upravnog postupka prilično rijetke u usporednom upravno postupovnom zakonodavstvu hrvatski zakon i u ovome pitanju se može istaknuti kao primjer.

8. Postupak rješavanja upravne stvari

Vezano uz postupak rješavanja upravne stvari, službena osoba i prema konačnom prijedlogu *Zakona* utvrđuje sve činjenice i okolnosti od važnosti za rješavanje o upravnoj stvari te po službenoj dužnosti pribavlja podatke o činjenicama o kojima službenu evidenciju vodi neko javnopravno tijelo.⁵⁶ No, novina u hrvatskom upravno postupovnom pravu jest zakonsko propisivanje mogućnosti neposrednog rješavanja upravne stvari. Ovakvim normativnim rješenjem očekuje se da će se rješavanje u upravnim postupcima u Hrvatskoj značajno ubrzati. No, slučajevi u kojima se upravna stvar može neposredno riješiti, ponajprije su zbog zaštite prava stranaka, taksativno pobrojani. Službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar u postupku koji je pokrenut po službenoj dužnosti ako se pravo stanje stvari može utvrditi na podlozi službenih podataka kojima raspolažu javnopravna tijela, a nije potrebno posebno izjašnjenje stranke radi zaštite njezinih prava ili pravnih interesa; ili 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. Službena osoba može neposredno riješiti upravnu stvar i u postupku koji je pokrenut po zahtjevu stranke ako je stranka u svojem zahtjevu navela sve činjenice, ili podnijela potrebne dokaze na podlozi kojih se može utvrditi pravo stanje stvari, ili ako se to stanje može utvrditi na podlozi općepoznatih činjenica ili službenih podataka kojima raspolaže javnopravno tijelo; ili ako je propisom određeno 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 slučaja proizlazi da se zahtjevu stranke može udovoljiti. Dakle, ovi razlozi za neposredno rješavanje upravne stvari odgovaraju razlozima za vođenje skraćenog postupka iz članka 141. važećeg *Zakona*. Neposrednom rješavanju ponajprije mogu pridonijeti dobre i pouzdane službene evidencije i baze podataka o činjenicama i okolnostima relevantnim za donošenje rješenja kojima bi pristup trebale imati službene osobe tijela koje vodi postupak, ali i stranke o čijim se pravima odlučuje.⁵⁷

⁵⁵ Sve ove odredbe, samo znatno opsežnije pronalaze se i u člancima 125. do 136. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*. Detaljnije odredbe o dostavljanju zahtjeva sadrže primjerice finski *Zakon o upravnom postupku* u člancima 16. do 22. te češki *Zakonik o upravnom postupku* u članku 45., dok je u ostalim postupovnim zakonima ovo pitanje rijetko uređeno.

⁵⁶ Slične odredbe susreću se i u člancima 37. do 39. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku* te člancima 24. i 25. njemačkog *Zakona o upravnom postupku*.

⁵⁷ Vidi Medvedović, Glavni, op. cit., str. 53.

Sukladno konačnom prijedlogu *Zakona*, ispitni postupak provodi se kada je to nužno radi utvrđivanja činjenica i okolnosti koje su od važnosti za razjašnjenje pravog stanja stvari u postupku, kada u postupku sudjeluju dvije ili više stranaka s protivnim interesima te radi omogućavanja strankama ostvariti i zaštititi svoja prava i pravne interese.⁵⁸

U slučaju dvojbe može li se upravna stvar neposredno riješiti ili je s ciljem rješavanja upravne stvari potrebno provesti ispitni postupak, svakako bi trebalo provesti ispitni postupak te na taj način omogućiti stranci izjasniti se o pravilno i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Načela efikasnosti i ekonomičnosti postupka ipak su sekundarna načela u odnosu na načelo utvrđivanja istine i načelo izjašnjenja stranke.⁵⁹ U prilog ovoj tezi ide i sudska praksa, sukladno kojoj nadležno tijelo može riješiti stvar neposredno samo ako su ispunjeni uvjeti propisani zakonom. Ako ti uvjeti ne postoje, potrebno je u postupku obaviti sve radnje radi utvrđivanja činjeničnog stanja te eventualno održati usmenu raspravu.⁶⁰ Stoga, ekstenzivno tumačenje pretpostavki za neposredno rješavanje upravne stvari ni u kom slučaju ne bi trebalo biti dopustivo.

Prava i dužnosti stranke u ispitnom postupku u konačnom prijedlogu *Zakona* se ne razlikuju od prava i dužnosti stranke sadržanih u člancima 137. do 139. i članku 143. važećeg *Zakona*, baš kao niti pravo stranke sudjelovati u postupku. Na istovjetan ili bitno sličan način uređeno je i rješavanje prethodnog pitanja, vođenje usmene rasprave te mogućnost sklapanja nagodbe u postupcima u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka s protivnim interesima.⁶¹ Ipak, sva su ova pravila dijelom reducirana i pojednostavljena. U ovaj dio konačnog prijedloga *Zakona* prebačene su odredbe o nagodbi, s obzirom na to da one sustavno nikako nisu ulazile u odredbe o pokretanju upravnog postupka, kao što je to slučaj u važećem *Zakonu*. Niti ovi dijelovi važećeg *Zakona* nikada nisu bili predmet veće kritike znanstvene i stručne javnosti, već su sve primjedbe vezane uz ove odredbe redovito davane u smjeru njihove primjene.⁶² Stoga ih i nije

⁵⁸ Slične odredbe o postupku do donošenja rješenja, uključujući istovjetno reguliranje skraćenog i posebnog ispitnog postupka nalaze se i u člancima 138. do 146. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁵⁹ O ovome pitanju analogno vidi u Medvedović, Glavni, op. cit., str. 51.

⁶⁰ Vrhovni sud NR Hrvatske, Presuda UŽ-6507/57, od 14. prosinca 1957. Vrhovni sud NR Hrvatske ujedno je u predmetu UŽ-4310/59. stao na gladište da tijelo državne uprave može bez posebnog saslušanja stranke i posebnog pružanja mogućnosti da se ona izjasni o činjenicama i okolnostima bitnim za donošenje rješenja riješiti stvar neposredno samo u slučaju kad su sve činjenice na osnovi kojih se mora utvrditi mjerodavno činjenično stanje navedene u prijedlogu stranke, odnosno u njezinoj žalbi.

⁶¹ Slične odredbe o rješavanju prethodnog pitanja susreću se u člancima 147. do 152. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*. U člancima 154. do 163. istoga *Zakona* susreću se i vrlo detaljne odredbe o usmenoj raspravi u upravnom postupku, baš kao i u člancima 40. do 44. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁶² Tako Gagro i Jurić-Knežević upozoravaju na, u upravnoj praksi često nepoštivanje odredaba *Zakona o općem upravnom postupku*, a koje uređuju pitanja održavanja usmene rasprave. Ističu kako nadležna tijela najčešće uopće ne održavaju usmenu raspravu. Štoviše, nastavljaju, usmena rasprava se ne održava čak ni u slučajevima kada sve govori u prilog korisnosti njezina održavanja.

trebalo značajnije mijenjati.⁶³ Značajno je istaknuti da je u svim ovim odredbama predviđena zaštita prava stranke, čime su one, iako preuzete iz važećeg *Zakona*, na odgovarajući način prilagođene potrebama novoga.

9. Dokazivanje

Niti koncept dokazivanja sadržan u konačnom prijedlogu *Zakona* ne razlikuje se u većoj mjeri od dokazivanja prema važećem *Zakonu*. Ovdje je također propisano da službena osoba u upravnom postupku utvrđuje činjenično stanje svim sredstvima prikladnim za dokazivanje te u tu svrhu može pribaviti isprave, saslušati svjedoke, pribaviti nalaz i mišljenje vještaka i obaviti očevid, čime se ne odstupa od rješenja važećeg *Zakona*.⁶⁴ I dalje se ne dokazuju općepoznate činjenice, činjenice poznate službenoj osobi i zakonske presumpcije. Osiguranje dokaza, također, je u bitnom uređeno na isti način.

Konačni prijedlog *Zakona* razlikuje javne i privatne isprave, u pisanom ili elektroničkom obliku. Javne isprave materijalno odgovaraju uvjerenjima iz važećeg *Zakona* te su i usvojene norme shodno tomu istovjetne. Postoji oboriva zakonska presumpcija njihove istinitosti tako da kada postoji ozbiljna sumnja u vjerodostojnost isprave, službena osoba će provjeriti vjerodostojnost takve isprave kod suda, odnosno javnopravnog tijela koji su je izdali. Odredbe o svjedocima, obvezi svjedočenja, saslušanju svjedoka, vještačenju i provođenju vještačenja, očevidu i provođenju očevida te izjavi stranke kao dokaznom sredstvu⁶⁵ također se ne razlikuju od teksta važećeg *Zakona*.⁶⁶ Sve u svemu,

Tako, zbog loše prosudbe tijela državne uprave dolazi do bezrazložnog odugovlačenja rješavanja upravnih stvari, s obzirom na toda se u takvim slučajevima najčešće ulaže pravni lijek. Posebno je velik problem što tijela državne uprave nerijetko ne održavaju usmenu raspravu niti u slučajevima kada se ona po *Zakonu* mora održati. Ponekad raspravu održe, ali na nju ne pozovu sve osobe koje u određenom postupku imaju položaj stranke. Njihove izjave tada pribavljaju pisanom putem, čime se stranci uskraćuje pravo postavljati pitanja protivnim strankama na javnoj raspravi, izjasniti se o svim okolnostima i činjenicama koje su iznesene u ispitnom postupku te konačno, sudjelovati u izvođenju dokaza. O tome Gagro, Jurić-Knežević, op. cit., str. 24-25.

⁶³ Vezano uz usmenu raspravu, novinu čini samo izricanje novčane kazne za ometanje usmene rasprave. U važećem *Zakonu* održavanje reda u vođenju upravnog postupka uređeno je na vrlo općenit način te je propisano člancima 109. do 112. *Zakona*.

⁶⁴ Slične odredbe mogu se pronaći i u članku 26. njemačkog *Zakona o upravnom postupku* te članku 51. češkog *Zakonika o upravnom postupku*.

⁶⁵ Značajno je naglasiti da se sukladno presudi Vrhovnog suda Hrvatske, U-7533/78., izjava stranke u postupku, dana u svrhu dokazivanja, ne može biti odlučni dokaz na kojem će se zasnivati rješenje, ako ostalim dokazima nije niti jedna nova okolnost bitna za postojanje određene činjenice.

⁶⁶ Odredbe o dokazivanju važećeg *Zakona* velikim se dijelom oslanjaju na članke 45. do 55. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku*. Gotovo istovjetne odredbe sadrži i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku* u člancima 164. do 206., s iznimkom što je slovenski *Zakon* u ovome dijelu člancima 178. do 178h. uređio upravno ovjeravanje vlastoručnog potpisa, prijepisa i preslika. Detaljne odredbe o dokazivanju pronalaze se i u člancima 51. do 57. češkog *Zakonika o upravnom postupku*.

može se ustvrditi kako odredbe o dokazivanju u konačnom prijedlogu *Zakona* nisu bitno izmijenjene, već su samo normativno doradenije i osuvremenjene odredbe važećeg *Zakona*.

10. Radnje u postupku

Četvrta glava drugog dijela konačnog prijedloga *Zakona* propisuje poduzimanje određenih radnji u postupku. Ona donekle uključuje odredbe sadržane u dijelu o komuniciranju tijela i stranaka važećeg *Zakona*, ali je znatno prerađena i nadopunjena nekim novim institutima i elementima. Cilj ovako oblikovanih odredbi je ubrzati komunikaciju tijela i stranaka, ponajprije otvaranjem mogućnosti elektroničkog komuniciranja, no ujedno zaštititi privatnost stranaka i tajnost zaštićenih podataka.

Ovdje se najprije uređuju podnesci, njihov sadržaj, način predaje, podnošenje podneska unutar roka te postupanje tijela s neurednim podneskom. Posebno je utvrđena obveza službene osobe koja primi podnesak da na traženje podnositelja potvrdi primitak podneska. Odredbe o podnescima općenito su osuvremenjene, skraćene i pojednostavljene. U kontekstu pristupanja Hrvatske Europskoj uniji u konačnom prijedlogu *Zakona* uređen je i slučaj zaprimanja podneska na stranome jeziku, odnosno pismu koje nije u službenoj upotrebi kod javnopravnog tijela koje vodi postupak.⁶⁷ Tada će službena osoba bez odgode od stranke zatražiti dostavljanje prijevoda podneska i za to odrediti primjereni rok. Ako stranka u određenom roku ne dostavi prijevod podneska, smatrat će se da podnesak nije niti podnesen. Konačni prijedlog *Zakona*, sukladno načelu utvrđivanja materijalne istine, ujedno propisuje da ovjereni prijevod podneska obvezatno treba priložiti kada god se radi o inozemnim javnim ispravama ili kada postoji utemeljena sumnja u vjerodostojnost prijevoda.

Vrlo značajna novina konačnog prijedloga *Zakona* svakako je otvaranje mogućnosti elektroničke komunikacije javnopravnih tijela i stranaka. Naravno elektronička komunikacija uvelike pridonosi pojednostavljivanju poduzimanja određenih radnji u postupku, ponajprije zbog izbjegavanja formalne dostave, te ubrzavanju cjelokupnog upravnog postupka. Upravo s tim ciljem konačni prijedlog *Zakona* propisuje da javnopravna tijela i stranke, odnosno osobe ovlaštene za zastupanje stranke mogu komunicirati u elektroničkom obliku. Podnesci podneseni u elektroničkom obliku s elektroničkim potpisom sukladno posebnom zakonu⁶⁸ smatrat će se vlastoručno potpisanim. Ujedno je utvrđen i trenutak dostave podneska elektroničkim putem. Smatra se da je takav podnesak javnopravnom tijelu dostavljen u trenutku kad je zabilježen na poslužitelju za slanje takvih poruka, a javnopravno tijelo tada mora bez odgode, elektronički pošiljatelju potvrditi primitak takvog podneska. Ako se u javnopravnom tijelu iz

⁶⁷ Ovaj slučaj propisuje i članak 16. stavak 2. češkog *Zakonika o upravnom postupku*.

⁶⁸ Ovdje se misli na *Zakon o elektroničkom potpisu*, Narodne novine, br. 10/02., ali i druge posebne zakone.

tehničkih razloga ne može pročitati podnesak u elektroničkom obliku, ono o tomu treba obavijestiti pošiljatelja koji je tada dužan ponovo poslati podnesak u ispravnom elektroničkom obliku ili ga dostaviti na drugi način. Ako pošiljatelj to ne učini u ostavljenom roku, smatrat će se da podnesak nije niti podnesen. Ovim je odredbama način elektroničke komunikacije javnopravnih tijela i stranaka podrobno uređen i prilagođen suvremenim europskim dostignućima.⁶⁹

U konačnom prijedlogu *Zakona* odredbe o zapisniku su skraćene i pojednostavljene, ali ne u bitnome i promijenjene.⁷⁰ No, posebnu pravnu regulaciju dobio je zaključak kao instrument kojim se odlučuje o postupovnim pitanjima. Svakako treba istaknuti da se zaključkom ne može okončati postupak, čime se ne odstupa od koncepcije važećeg *Zakona*.⁷¹ Prihvaćen je opći koncept sukladno kojem protiv zaključka nije dopuštena žalba te se on može pobijati samo žalbom protiv rješenja kojim se rješava o upravnoj stvari. Rješenje iz članka 222. stavak 1. važećeg *Zakona* koje je propisivalo da se, kada je to zakonom izričito propisano, protiv zaključka može izjaviti posebna žalba, u konačnom prijedlogu *Zakona* nije prihvaćeno s ciljem ubrzanja upravnog postupka te sprječavanja stranaka da opstruiraju vođenje postupka. Iako se ovakvo rješenje na prvi pogled može činiti nepravičnim te se može pretpostaviti da će prava građana biti ugrožena češće negoli ranije, ova restrikcija u konačnom prijedlogu *Zakona* treba se sagledati u vrlo ekstenzivnom tumačenju prava na izjašnjenje stranke, aktivnije uloge stranke tijekom upravnog postupka te obveze javnopravnog tijela obrazložiti rješenje. Stoga negativan utjecaj izostanka ulaganja pravnoga lijeka protiv zaključka ne mora imati negativan učinak na zaštitu prava stranaka.⁷²

Konačno, novina u tekstu prijedloga *Zakona* svakako je propisivanje obnavljanja, tj. rekonstrukcije, spisa. U praksi se pokazalo potrebnim ponekad provesti rekonstrukciju uništenog ili nestalog spisa, a u hrvatskom upravnom pravu ovaj postupak nije propisan. Tako će se ubuduće, ako se pojedini spisi u upravnom postupku izgube, oštete ili unište, po potrebi moći pokrenuti postupak za obnovu spisa, tj. njihova rekonstrukcija. Postupak za obnovu spisa u nadležnosti je javnopravnog tijela nadležnog za rješavanje te upravne stvari. Pokreće se na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti, rješenjem o obnovi spisa

⁶⁹ Članak 3a. njemačkog *Zakona o upravnom postupku* propisuje elektroničku komunikaciju određujući kada je ona moguća, mogućnost zamjene pisanog dokumenta elektroničkim te postupanje s elektroničkim dokumentom koji je iz tehničkih razloga nečitljiv. Elektroničku komunikaciju i elektroničke dokaze dopušta člancima 63. do 65., 68., 74., 76., 82., 83., 86., 91., 97. itd. i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku*.

⁷⁰ Pravno normiranje zapisnika, primjerice susreće se u člancima 74. do 81. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku* i članku 18. češkog *Zakonika o upravnom postupku*. U austrijskom se *Zakonu* ujedno posebno, člancima 13. do 16. razrađuju i podnesci, zapisnik te službena zabilježka.

⁷¹ Ovaj je institut uređen kao i u člancima 220. i 221. važećeg *Zakona*, s manjom razlikom vezanom uz primjenu pravnoga lijeka.

⁷² Zaključak kao postupovnopravno sredstvo poznaje i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku* pravno ga uređujući člancima 226. do 228. Ovaj je *Zakon* člancima 258. do 259. posebno uređio i žalbu protiv zaključka.

koje donosi čelnik javnopravnog tijela ili osoba koju on za to ovlasti. Pri obnovi spisa obnavljaju se samo oni dijelovi spisa koji su važni s obzirom na razloge zbog kojih je odobren postupak za obnovu. Obnavljaju se na temelju prijepisa nestalih, oštećenih ili uništenih podnesaka kojima raspolažu stranke ili javnopravno tijelo, podataka iz glavnih i pomoćnih uredskih knjiga te sukladno pravilima o dokazivanju. Postupak za obnovu spisa neće se provesti ako je protekao rok do kojeg se čuvaju spisi određene upravne stvari prema posebnim propisima, a troškovi obnove terete sredstva javnopravnog tijela. Budući da pitanje obnove spisa i podnesaka do sada nije bilo pravno riješeno u upravnom zakonodavstvu Republike Hrvatske, odredbe ovoga članka konačno, na suvremen i jednostavan način, po uzoru na *Sudski poslovnik*⁷³ i *Zemljišnoknjižni poslovnik*,⁷⁴ uređuju i ovo pitanje.

Ovdje istaknutim odredbama rješavaju se bitne postupovne radnje u upravnom postupku, npr. podnošenje podnesaka, postupanje s podneskom na stranom jeziku ili pismu te donošenje i pravna narav zaključaka, a odredbe koje se odnose na elektroničku komunikaciju predstavljaju veliku novinu u hrvatskom upravnom postupovnom pravu.⁷⁵

11. Rokovi

Niti odredbe o rokovima u konačnom prijedlogu *Zakona* načelno ne odstupaju od odredbi važećeg *Zakona*. Ovim se odredbama rješavaju pitanja određivanja rokova, računanje rokova te utjecaj nedjelja, blagdana i neradnih dana na računanje rokova.⁷⁶ Do manjih izmjena došlo je u svezi s institutom povrata u prijašnje stanje, koji je moderniziran u odnosu na važeće odredbe *Zakona*. Kao razloge povrata u prijašnje stanje konačni prijedlog *Zakona* propisao je propuštanje poduzimanja neke radnje iz opravdanih razloga te slučaj kada stranka iz neznanja, ili očitom pogreškom pošalje, ili preda podnesak na vrijeme, ali nenadležnom javnopravnom tijelu. Ovdje nije prihvaćen razlog sadržan u članku 103. stavak 3. važećeg *Zakona* prema kojem se povrat u prijašnje stanje može dopustiti i stranci koja je očitom pogreškom prekoračila rok, ali je podnesak ipak primljen od nadležnog tijela najkasnije tri dana po proteku roka, ako bi stranka tim

⁷³ *Sudski poslovnik*, Narodne novine, br. 80/97., 20/98., 118/01., 49/03., 32/04., 9/06., 116/08. i 125/08.

⁷⁴ *Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova*, Narodne novine, br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02. i 14/05.

⁷⁵ Slična pitanja kao i prijedlog novog hrvatskog *Zakona* uredio je i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku* člancima 63. do 82., pod naslovom "Komuniciranje tijela i stranaka". Ovdje su pravno normirani podnesci, pozivi, zapisnik, pravo uvida u spise, obavijesti o tijeku postupka te pristup informacija od javnoga značaja, čime se ovaj *Zakon* značajno oslonio na odredbe saveznog jugoslavenskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁷⁶ Slične se odredbe nalaze i u člancima 32. i 33. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku* te člancima 99. do 101. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*. Vrlo oskudno uređenje računanja rokova susreće se, primjerice u članku 8. islandskog *Zakona o upravnom postupku*.

zakašnjenjem izgubila neko pravo.⁷⁷ Podnošenje zahtjeva za povrat u prijašnje stanje ograničeno je subjektivnim rokom od osam dana od prestanka razloga za propuštanje roka, ali i objektivnim od tri mjeseca, izuzev u slučaju više sile. Očito je da konačni prijedlog *Zakona* inzistira na prekluzivnosti rokova, te koliko izlazi strankama u susret nekim liberalnijim odredbama jednako toliko od njih zahtjeva i pravodobno poduzimanje postupovnih radnji.

12. Obavješćavanje

Šesta glava drugog dijela konačnog prijedloga *Zakona* s naslovom “*Obavješćavanje*” uvodi određene novine u hrvatsko upravno postupovno zakonodavstvo. U komuniciranju tijela i stranaka u dosadašnjoj je upravnoj praksi bilo podosta problema. Najviše teškoća izazivali su pozivanje stranaka i dostava pismena. Zbog promjene adrese tijekom upravnog postupka, pogrešnog odabira načina dostave, nepoštivanja pravila o obveznoj osobnoj dostavi, ne vraćanja dostavnica i sličnih razloga upravni postupci trajali su dugo, a brojne su se dvojbe otvarale i o trenutku nastupa konačnosti, pravomoćnosti ili izvršnosti rješenja i zaključaka te pravodobnog ulaganja pravnih lijekova.⁷⁸ S druge strane, u kontekstu vrlo intenzivnog razvoja sredstava informacijsko-komunikacijske tehnologije posljednjih tridesetak godina, odredbe o dostavi u važećem *Zakonu* pokazuju se velikom zaprekom jednostavnom i brzom uručanju pismena adresatima, zbog čega konačnost, pravomoćnost i izvršnost rješenja nerijetko pate. Najnoviji zahtjevi za postupanjem moderne i učinkovite uprave nastoje otvoriti što više kanala komuniciranja tijela i stranaka, istovremeno inzistirajući na njihovoj pouzdanosti.

Konačni prijedlog *Zakona* podrazumijeva pojam “*obavješćavanja*” kao viši rodni pojam pojmu “*dostave*”. U tom smislu najprije uređuje oblike obavješćavanja stranaka i drugih sudionika u postupku, o tijeku postupka i poduzetim radnjama. Osoba se može obavijestiti usmeno, elektronički, neposrednim uručenjem pismena ili slanjem pismena poštom te na druge prikladne načine, otvarajući ovom paletom modela obavješćavanja službenoj osobi mogućnost odabira najsvrhovitije. Obavješćavanje u elektroničkom obliku smatra se obavljenim u trenutku kad je pismeno zabilježeno na poslužitelju za primanje takvih poruka, a obavješćavanje poštom vrši se po pravilima o posrednoj dostavi. Važno je naglasiti da se stranke i

⁷⁷ U njemačkom *Zakonu o upravnom postupku* člankom 32. propisan je samo jedan razlog za povrat u prijašnje stanje: spriječenost osobe da postupi u propisanom roku bez njezine krivnje. U austrijskom *Zakonu o općem upravnom postupku* člankom 71. stavak 1. propisana su dva razloga za povrat: kada stranka učini vjerojatnim da je nekim nepredvidivim i neotklonjivim događajem, bez svoje krivnje, bila spriječena obaviti radnju u roku ili doći na raspravu te kada je stranka propustila rok za žalbu zato što je odluka pogrešno sadržavala uputu da žalba protiv nje nije dopuštena. Iste razloge povrata u prijašnje stanje, kao i naš važeći *Zakon* člankom 103. propisuje i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku*.

⁷⁸ Vidi Medvedović, Glavni, op. cit., str. 49.

druge sudionike u postupku obavještava osobno, osim kada imaju osobu ovlaštenu za zastupanje ili punomoćnika za primanje obavijesti.⁷⁹

Sukladno odredbama o obavještavanju stranke i druge osobe koje dokažu pravni interes imaju pravo obavijestiti se o tijeku postupka i razgledati spis predmeta te o svom trošku umnožiti akte iz spisa, čime se normiranje ovoga prava ne razlikuje u bitnome od odredbe članka 80. važećeg *Zakona*, o razgledavanju spisa i obavijesti o tijeku postupka. Jedina novina jest obveza tijela, koje vodi spis predmeta u elektroničkom obliku, da osigura tehničke uvjete za njegovo razgledavanje, što se može učiniti i elektronički, ako su osigurani uvjeti za zaštitu privatnosti stranke.⁸⁰

Konačni prijedlog *Zakona* dostavu određuje kao poseban oblik obavještavanja koji se obavlja formalnim postupkom uručivanja rješenja, zaključaka, poziva, potvrda i drugih isprava. Ovom je odredbom i sam predmet dostave strogo određen. I konačni prijedlog *Zakona* prihvaća razliku između osobne i posredne dostave. No, iako su razlozi osobne dostave isti kao i u članku 87. stavak 1. važećeg *Zakona*, samo obavljanje dostave ipak je u bitnome promijenjeno. Dakle, ako se osoba kojoj se dostava ima osobno obaviti ne zatekne u stanu ili poslovnoj prostoriji, dostavljač će u poštanskom sandučiću, ili pretincu, ili kod osobe eventualno zatečene na mjestu dostave ostaviti pisanu obavijest da u određeni dan i sat bude na mjestu dostave radi primanja pismena te gdje adresat do toga dana sam može podići pismeno. Ako dostavljač u naznačeno vrijeme ne pronađe osobu, kojoj se pismeno dostavlja ili ako ona odbije primiti pismeno, dostavljač će pismeno ostaviti u njezinom poštanskom sandučiću ili pretincu. Na dostavnici uz ostavljeno pismeno dostavljač će označiti razlog takve dostave, dan i sat kad je ostavio pismeno te se potpisati.

Ako osobna dostava nije obvezna, a dostavljač ne zatekne naslovljenu osobu na mjestu dostave, pismeno može, sukladno pravilima o posrednoj dostavi, uručiti odraslom članu kućanstva. Ako ove osobe ne žele ili nisu u mogućnosti naslovljenoj osobi predati pismeno, pismeno se ostavlja u poštanskom sandučiću ili pretincu naslovljene osobe. U slučaju posredne dostave, dostava se smatra obavljenom danom uručivanja naslovljenoj osobi, ostavljanjem pismena odraslom članu obiteljskog kućanstva, odnosno danom ostavljanja pismena u poštanskom sandučiću ili pretincu, a na dostavnici se naznačuje dan i način dostave. Dostavom pismena osobi ovlaštenoj za zastupanje ili opunomoćeniku za primanje pismena smatra se da je dostava izvršena i samoj stranci.

Konačni prijedlog *Zakona* ujedno uređuje dostavu zajedničkom predstavniku u slučaju kada u postupku sudjeluje veći broj stranaka s istovjetnim zahtjevima ili skupina osoba povezanih zajedničkim interesom, dostavu pravnim osobama, osobama koje obavljaju registriranu djelatnost i javnopravnim tijelima te dostavu u posebnim slučajevima. Nadalje uređuje se mjesto dostave, promjena

⁷⁹ Odredbe o obavještavanju susreću se i u članku 18. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku*, koji člancima 19. i 20. posebno uređuje i pozivanje stranaka.

⁸⁰ Propisi o razgledavanju spisa i njihovoj tajnosti susreću se npr. u člancima 29. i 30. njemačkog *Zakona o upravnom postupku*, člancima 15. do 17. islandskog *Zakona o upravnom postupku* te članku 17. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

adrese stranke i osobe ovlaštene za zastupanje, vrijeme dostave i dostavnica kao dokaz o izvršenoj dostavi. Značajnu novinu konačnog prijedloga *Zakona* predstavlja dostava u elektroničkom obliku. Ona se može obaviti samo kad je to propisano zakonom, na zahtjev ili uz izričit pristanak stranke. Dostava u elektroničkom obliku smatra se obavljenom u trenutku kad je pismeno zabilježeno na poslužitelju za primanje takvih poruka. Konačno, prijedlog *Zakona* propisuje i mogućnost dostave javnom objavom, a koja se može obaviti isticanjem pismena na oglasnu ploču javnopravnog tijela, ali i objavom u dnevnim novinama, na internet stranici javnopravnog tijela ili na drugi prikladan način, ako se radi o većem broju stranaka, a drugi su oblici dostave nemogući ili neprikladni, kao i u drugim slučajevima određenim propisom. Dostava javnom objavom smatra se obavljenom istekom osmoga dana od dana javne objave.

Odredbe o dostavi u konačnom prijedlogu *Zakona* općenito su osuvremenjene i pojednostavljene odredbe važećeg *Zakona*. Najznačajnija novina jest prihvatanje koncepta elektroničke dostave.⁸¹ Konačnim prijedlogom *Zakona* postupak dostave se ponajprije želio pojednostaviti i ubrzati, no time su pravila o dostavi nešto otežala položaj stranaka, jer presumpcija obaviještenosti stranke o pismenu ne ide pretjerano u njezinu korist. Međutim, samo tako se može doprinijeti ubrzanju postupaka, posebno onih koji su pokrenuti po službenoj dužnosti. Štoviše, ovakva rješenja sve su češća i u novijim zakonima koji uređuju upravno postupanje u drugim državama, primjerice u Sloveniji.

13. Rješavanje upravne stvari

Treći dio konačnog prijedloga *Zakona* uređuje vrlo važno pitanje donošenja odluke o upravnoj stvari. Kao i sukladno važećem *Zakonu*, o upravnoj stvari se odlučuje rješenjem. Sukladno zakonu akt kojim se odlučuje o upravnoj stvari može imati i drugi naziv. U odnosu na važeći *Zakon*, konačni prijedlog *Zakona* rješenjem naziva sve postupovne akte protiv kojih je dopušten pravni lijek, stvarajući time terminološku razliku u odnosu na zaključak, kao postupovnu odluku koja se u pravilu priopćuje usmeno te se ne može pobijati samostalno, već samo pravnim lijekom protiv odluke o upravnoj stvari.⁸²

Vezano uz oblik i sastavne dijelove rješenja posebnih novina nema. Rješenje se donosi u pisanom obliku, a može se izdati i na propisanom obrascu.⁸³ *Zakon* propisuje iznimnu mogućnost donošenja rješenja i u usmenom obliku, ali samo

⁸¹ Kao primjer vrlo opsežnih i detaljnih odredbi o dostavi valja istaknuti članke 83. do 98. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*, članke 19. do 27. češkog *Zakonika o upravnom postupku* i članke 54. do 63. finskog *Zakona o upravnom postupku*.

⁸² U važećem *Zakonu*, npr. u odredbama članaka 125. stavak 2., članka 130. stavak 2. i članka 131. stavak 5. propisano je donošenje zaključka protiv kojeg se dopušta ulaganje posebne žalbe.

⁸³ Zanimljivo je spomenuti da njemački *Zakon o upravnom postupku* u članku 37. predviđa mogućnost donošenja rješenja i u elektroničkom obliku. No, postoje shvaćanja da je i elektroničko rješenje rješenje u pisanom obliku, samo pohranjeno na elektroničkom mediju. Stoga se ne bi moglo smatrati da se definicija rješenja kao pisanog akta u hrvatskom upravnom postupku ne bi mogla tumačiti i mogućnošću donošenja elektroničkih rješenja.

ako je potrebno poduzeti hitne mjere radi osiguranja javnog reda i sigurnosti, radi otklanjanja neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi ili imovinu veće vrijednosti. No, rješenje u usmenom obliku mora se stranci dostaviti i u pisanom obliku, kada god je to propisano zakonom, ili ako to stranka zahtijeva, ili ako za to postoje drugi opravdani razlozi. Ono se stranci dostavlja bez odgode, a najkasnije u roku od osam dana od dana donošenja rješenja u usmenom obliku.

Konačni prijedlog *Zakona* i dalje opravdano inzistira na formalno propisanom sadržaju rješenja,⁸⁴ uključujući obveznost obrazloženja kao njegovog sastavnog dijela,⁸⁵ a što u nekim pravnim sustavima nije slučaj.⁸⁶ Štoviše u pogledu obveznosti obrazloženja rješenja hrvatsko je pravo već dugo vremena ispred usporednog.⁸⁷ Konačni prijedlog *Zakona* osnažuje i važeću normu sukladno

⁸⁴ Slično je propisano i u Austriji člancima 58. do 62. *Zakona o općem upravnom postupku* te u Sloveniji člancima 210. do 218. *Zakona o općem upravnom postupku*.

⁸⁵ O značaju obrazloženja u upravnom aktu u hrvatskoj pravnoj literaturi Krbek je ustvrdio sljedeće: "Obrazloženje ima veliko praktično značenje: ono učvršćuje načelo zakonitosti; prinuđuje donosioca da temeljito promisli o rješenju koje ima donijeti; stranci daje uporište za opravdane pravne lijekove odnosno uvjerenje da je rješenje ispravno a pravni lijek bezizgledan; omogućuje lakšu kontrolu upravnog akta. Obrazloženje pruža važno i autentično sredstvo za ispravno tumačenje dispozitiva." Krbek, Ivo, *Upravni akt*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1957., str. 39. I Kriletić smatra obrazloženje obvezatnim sastavnim dijelom rješenja, i to vrlo važnim, "jer se njime utvrđuje načelo zakonitosti u donošenju rješenja, omogućuje lakša kontrola itd." Kriletić, Marija, *Žalba u poreznim stvarima, Pravo i porezi*, god. 4, br. 3, 1997., str. 46. Na veliku važnost obrazloženja ukazuje i sudska praksa. Tako je Ustavni sud ustvrdio da se obrazloženjem utvrđuje je li se upravno tijelo rukovodilo načelom zakonitosti i pristupalo tako da u vođenju upravnog postupka i u odlučivanju omogući strankama što lakše zaštititi svoja prava i pravne interese, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-248/94, od 13. studenog 1996., Narodne novine, br. 103/96. Ustavni sud je utvrdio i da se nenavođenjem razloga kojima se nadležno tijelo vodilo pri odbijanju zahtjeva stranke krši ustavno pravo jednakosti pred zakonom, jer je stranka u postupku koja ne zna te razloge u nejednakom položaju prema onima kojima su razlozi poznati, pa zbog toga ne može valjano štititi svoja prava niti na učinkovit način ostvariti *Ustavom* zajamčeno pravo na pravnu zaštitu, Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-419/98, od 12. srpnja 2001.

⁸⁶ Španjolski *Zakon o upravnom postupku* u članku 43. taksativno nabroja kada se rješenje mora obrazložiti. Vrlo liberalan pristup obrazloženju akta postavljen je i u Islandu sukladno člancima 21. i 22. *Zakona o upravnom postupku*. Austrijski *Zakon o općem upravnom postupku* u članku 58. stavak 2. propisuje da rješenje treba obrazložiti samo ako se zahtjevu stranke u potpunosti ne udovoljava te ako se odbijaju primjedbe ili prijedlozi stranaka i drugih osoba. Obvezu obrazlaganja rješenja nalaže i njemački *Zakon o upravnom postupku* člankom 39., iako se ovdje taksativno navode razlozi kada rješenje iznimno ne treba biti obrazloženo. I finski *Zakon o upravnom postupku* člankom 45. utvrđuje obvezu obrazloženja rješenja, no ujedno taksativno navodi razloge kada je donositelj oslobođen ove obveze. O obvezi uvrštavanja obrazloženja u rješenje u zemljama Europske unije više vidi u Schwartze, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992., str. 1384-1412. Zajednički stav o obveznosti obrazloženja u rješenju nije usuglašen niti u okviru Vijeća Europe.

⁸⁷ U hrvatskom pravnom sustavu do danas se ipak našlo i nekoliko zakonskih odstupanja od ove odredbe *Zakona o općem upravnom postupku*. Tako je primjerice *Zakon o hrvatskom državljanstvu*, Narodne novine, br. 53/91., 70/91., 28/92. i 113/93., u članku 26. stavak 3. dopuštao da se u obrazloženju rješenja o odbijanju zahtjeva za stjecanje hrvatskog državljanstva ne moraju navesti razlozi za odbijanje zahtjeva stranke. Stoga je ovdje važnu ulogu odigrao Ustavni sud Republike Hrvatske, koji je 1993. godine ukinuo ovu odredbu s obrazloženjem da se "konkretnom primjenom takve zakonske odredbe ne može ostvariti *Ustavom* zajamčeno pravo na žalbu, odnosno drugu pravnu zaštitu, protiv pojedinačnih akata donesenih od državnih tijela (članak 18. *Ustava*), jer stranci nisu

kojoj se u stvarima manjeg značenja u kojima se udovoljava zahtjevu stranke, a ne dira se u javni interes niti interes trećih osoba, rješenje može sastojati i samo od izreke u obliku zabilješke u spisu, ako su razlozi za takvu odluku očiti. Konačni prijedlog *Zakona* također zadržava posebne oblike rješenja, tj. djelomično, dopunsko i privremeno rješenje.⁸⁸ Posebno je naglašen rok za donošenje rješenja. Tako je službena osoba dužna u slučajevima neposrednog rješavanja po zahtjevu stranke rješenje donijeti i dostaviti ga stranci bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja urednog zahtjeva. U slučajevima vođenja ispitnog postupka po zahtjevu stranke službena osoba je rješenje dužna donijeti i dostaviti ga stranci najkasnije u roku od 60 dana od dana podnošenja urednog zahtjeva. Ako se u propisanom roku rješenje ne donese ili ne dostavi stranci, stranka može zaštititi svoja prava i pravne interese izjavljujući žalbu, odnosno pokrećući upravni spor zbog šutnje uprave.

Vrlo zanimljivo i važno rješenje konačnog prijedloga *Zakona* jest i predmnjeva usvajanja zahtjeva stranke, ali samo u slučajevima kada je to propisano zakonom. Drugim riječima, kad je to propisano zakonom, smatrat će se da je zahtjev stranke usvojen ako javnopravno tijelo, u postupku pokrenutom po urednom zahtjevu stranke, u kojem je ovlašteno neposredno riješiti upravnu stvar, ne donese rješenje u propisanom roku. Tada stranka ima pravo tražiti da javnopravno tijelo donese rješenje kojim se utvrđuje da je njezin zahtjev usvojen, a javnopravno tijelo dužno je takvo rješenje izdati stranci u roku od osam dana od dana traženja.

Posljednja novina ovoga dijela jest i jamstvo stjecanja prava, odnosno mogućnost da javnopravno tijelo stranci zajamči stjecanje određenog prava, no ponovo, samo kad je to propisano zakonom. O jamstvu se odlučuje rješenjem. Ono ne smije biti protivno javnom interesu ili interesu trećih osoba. Jamstvo stjecanja prava obvezuje javnopravno tijelo, osim ako su se pravna osnova i činjenično stanje bitno izmijenili. Konačno, u prijedlogu *Zakona* na vrlo sličan način kao i sada uređen je postupak otklanjanja pogrešaka u rješenju.

Sve u svemu, može se ustvrditi da, iako konačni prijedlog *Zakona* znatno šturije negoli važeći, regulira pitanje oblika i sadržaja odluke o upravnoj stvari, ove su odredbe u Hrvatskoj i dalje opsežnije i detaljnije negoli u upravno postupovnim zakonima drugih država.⁸⁹ U ovome dijelu posebno je istaknut i rok za donošenje rješenja te su novo hrvatsko općeupravno postupovno pravo uvedena

poznati razlozi zbog kojih je njezin zahtjev za stjecanje hrvatskog državljanstva odbijen, pa je zato stranka u nejednakom položaju u odnosu na druge osobe..., što nije u skladu s odredbama članka 26. Ustava Republike Hrvatske". Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-206/1992, U-I-207/1992, U-I-209/1992, U-I-222/1992, od 8. prosinca 1993., Narodne novine, br. 113/93. Ustavni sud ukinuo je i odredbe članka 209. stavaka 3. i 4. *Zakona o općem upravnom postupku*, a koje su otvarale mogućnost da se razlozi za donošenje rješenja ne navedu kada je to u javnom interesu zakonom ili uredbom izričito predviđeno te ako je zakonom ili uredbom posebno predviđeno da se u rješenju donesenom po slobodnoj ocjeni ne moraju navesti razlozi kojima se tijelo pri donošenju rješenja rukovodilo. Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-248/94, od 8. svibnja 1996., Narodne novine, br. 41/96.

⁸⁸ Iste vrste rješenja propisuje i slovenski *Zakon o općem upravnom postupku* člancima 219. do 221.

⁸⁹ Vidi npr. članke 35. do 42. njemačkog *Zakona o upravnom postupku*.

dva nova pravna instituta: predmnjeva usvajanja zahtjeva stranke i jamstvo stjecanja prava.

14. Pravni lijekovi

Četvrti dio konačnog prijedloga *Zakona* posvećen je ispravljanju pogrešaka u odlučivanju u upravnim stvarima, tj. pravnim lijekovima. Broj pravnih lijekova u konačnom prijedlogu *Zakona* znatno je smanjen. Jedini redoviti pravni lijek protiv odluke o upravnoj stvari u Hrvatskoj i dalje je žalba, koja je dopuštena protiv svakog prvostupanjskog rješenja, izuzev u zakonom isključenim slučajevima. No, stranka može izjaviti žalbu i kada rješenje nije doneseno u zakonom propisanom roku, čime je žalba ostala redovitim pravnim lijekom i u slučajevima šutnje uprave. U žalbenom postupku ispituje se zakonitost osporenog rješenja, a ako je rješenje doneseno po slobodnoj ocjeni, ocjenjuje se i svrhovitost rješenja. Pravo na žalbu, smatra Borković, iznimno je važno postupovno pravo stranke, jer upravo ulaganjem žalbe ona često može zaštititi svoja prava i pravne interese, pokrećući pred drugostupanjskim tijelom postupak ocjene zakonitosti i pravilnosti rada tijela koje je u prvom stupnju odlučivalo o njezinim pravima i obvezama.⁹⁰ Naravno, s ciljem ubrzavanja nastupanja pravomoćnosti rješenja i dalje je otvorena mogućnost odricanja od prava na žalbu, a i dalje se propisuje mogućnost odustanka od žalbe. Sadržaj žalbe te rok za podnošenje žalbe i predavanje žalbe propisani su bez većih promjena, osim što su neke odredbe kao, pravo ulaganja žalbe kada je rješenje donijeto bez upute o pravnom lijeku ili je uputa pogrešna, postavljene u ovaj dio konačnog prijedloga *Zakona* gdje sustavno bolje odgovaraju.⁹¹ Ujedno je izričito propisano da se žalba izjavljuje drugostupanjskom tijelu te je u slučajevima šutnje uprave predviđena mogućnost da se žalba preda izravno i drugostupanjskom tijelu.

Postupanje i ovlasti prvostupanjskog tijela po žalbi regulirano je znatno kraće, ali sadržajno na isti način kao i u člancima 234. do 238. važećeg *Zakona*. Drugostupanjsko tijelo može žalbu odbiti, rješenje poništiti, ili ukinuti u cijelosti ili djelomično, ili ga izmijeniti.⁹² Međutim, vrlo značajna novina konačnog prijedloga *Zakona* ogleda se u obvezi drugostupanjskog tijela da, kada je god to moguće, samo riješi upravnu stvar u cijelosti, ne vraćajući predmet na ponovni postupak prvostupanjskom tijelu. Drugostupanjsko tijelo treba samo riješiti stvar na temelju činjenica utvrđenih u prvostupanjskom postupku, a ako činjenice u prvostupanjskom postupku nisu u potpunosti utvrđene ili su utvrđene pogrešno, drugostupanjsko tijelo će upotpuniti postupak samo ili posredstvom

⁹⁰ Borković, *Upravno, op. cit.*, str. 407.

⁹¹ Ranije se ova odredba nalazila u članku 210. važećeg *Zakona* koji je uređivao oblik i sastavne dijelove rješenja.

⁹² Koncept pravnih posljedica poništenog i ukinutog rješenja također je preuzet iz važećeg *Zakona*. Poništavanjem rješenja stavlja se izvan snage samo rješenje, ali i svi pravni učinci koje je proizveo od trenutka stupanja na snagu, dok ukinuto rješenje više ne proizvodi pravni učinak, ali pravni učinci rješenja do trenutka ukidanja i dalje ostaju na snazi. Dakle, poništavanje djeluje *ex tunc*, a ukidanje *ex nunc*.

prvostupanjskog tijela. Pretpostavlja se da će se rješavanjem upravne stvari izravno od drugostupanjskog tijela strankama osigurati brže ostvarivanje prava te spriječiti višekratno vraćanje rješavanja iste upravne stvari prvostupanjskom tijelu. Prvostupanjskom tijelu se zahtjev može vratiti na ponovni postupak samo u slučajevima kada je s obzirom na prirodu upravne stvari nužno neposredno rješavanje upravne stvari od prvostupanjskog tijela, kao primjerice u slučaju upisivanja ili brisanja iz registra koje vode prvostupanjska tijela i sl. Osobito treba upozoriti i na još jednu bitnu odredbu koja ide u prilog ostvarivanju prava i obveza stranaka. Kada prvostupanjsko tijelo nije u roku donijelo rješenje po zahtjevu stranke, drugostupanjsko tijelo u postupanju po žalbi bez odgode će zatražiti obavijest o razlozima zbog kojih rješenje nije doneseno u roku. Tada, ukoliko razlozi zbog kojih prvostupanjsko tijelo nije donijelo rješenje budu ocjenjeni neopravdanima, drugostupanjsko tijelo mora samo riješiti upravnu stvar ili naložiti prvostupanjskom tijelu da traženo rješenje donese u roku od 15 dana. Time bi se trebalo znatno ubrzati ostvarivanje prava i pravnih interesa stranaka. Detaljno su propisani slučajevi odbijanja žalbe, poništavanja i ukidanja rješenja, izmjene rješenja te, konačno, sadržaj i rok za donošenje rješenja po žalbi. Iako su i odredbe o žalbi skraćene i pojednostavljene, žalbeni je postupak u Hrvatskoj i dalje potpunije i detaljnije reguliran negoli u upravno postupovnim zakonima drugih država.⁹³ No ove odredbe neće riješiti gorući problem u Hrvatskoj, a to je isključivanje prava na žalbu⁹⁴ te skraćivanje općeg roka za izjavljivanje žalbe⁹⁵ u brojnim posebnim zakonima.

⁹³ Iako austrijski *Zakon o općem upravnom postupku* člancima 63. do 67. posebno uređuje žalbu i žalbeni postupak, ove su odredbe znatno općenitije i nepotpunije od hrvatskih. No, austrijski *Zakon* člancima 67a. do 67f. detaljno propisuje žalbeni postupak pred neovisnim žalbenim vijećima. Vrlo detaljne i sveobuhvatne odredbe o žalbi u člancima 229. do 257. sadrži slovenski *Zakon o općem upravnom postupku*, a posebne odredbe o žalbi i žalbenom postupku u člancima 81. do 93. propisuje češki *Zakonik o upravnom postupku* te u člancima 26. do 31. islandski *Zakon o upravnom postupku*.

⁹⁴ Danas je pravo na žalbu u Hrvatskoj isključeno brojnim posebnim zakonima. Tako je, primjerice člankom 77a. *Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi* žalba načelno isključena protiv rješenja predstavničkih tijela jedinica lokalne, odnosno područne samouprave i njihovih poglavarstava. U desecima drugih organizacijskih i materijalnih zakona žalba se isključuje protiv rješenja niza upravnih tijela, a posebice protiv rješenja pravnih osoba s javnim ovlastima koja mogu imati izuzetno važne i dalekosežne pravne posljedice na cjelokupnu društvenu zajednicu. Različite novoosnovane agencije s regulatornim i nadzornim ovlastima te ovlastima da odlučuju o pravima i obvezama u individualnim slučajevima često imaju znatan utjecaj npr. na tržište monopola, telekomunikacije, opskrbu vodom, energijom i sl. O tome vidi Medvedović, Glavni, op. cit., str. 54-55. Koprić ističe kako je u takvim slučajevima zakonodavac bez iznimke propisao supsidijarnu primjenu *Zakona o općem upravnom postupku*, ali je propustio propisati pravo na žalbu, koje je jedno od temeljnih ustavnih prava, protiv odluka ovih osoba. Koprić, op. cit., str. 5. Istina je da u svim ovim slučajevima stranke ipak imaju osiguranu pravnu zaštitu u upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske. No, time se ovaj Sud jako opterećuje, dok s druge strane, stranke trpe ozbiljne posljedice jer tužba, u pravilu, nema odgodni učinak. Uz sve ovo, do sudske odluke i zaštite prava stranaka uglavnom treba proteći dosta vremena.

⁹⁵ Medvedović upozorava da se posebnim zakonima rok za žalbu nerijetko bez racionalnog opravdanja skraćuje s 15 na osam, ili čak na tri dana, čime se stranci znatno otežava, ili čak

U ovom dijelu konačnog prijedloga *Zakona* propisan je još jedan novi institut u hrvatskom općem upravno postupovnom pravu – prigovor. Prigovor, u smislu u kojem je ovdje definiran, može izjaviti osoba protiv obavijesti kojom se ne prihvaća njezin prijedlog za pokretanje upravnog postupka po službenoj dužnosti ili u slučaju kada ona nije dobila odgovor na predstavku, odnosno drugu obavijest upućenu u svrhu pokretanja upravnog postupka zbog zaštite javnog interesa. Takav prigovor može izjaviti i osoba kojoj javnopravno tijelo ne izda obavijest o uvjetima ostvarivanja i zaštite njezinih prava te osoba koja smatra da joj je nezakonitom radnjom službene osobe ili druge osobe u javnopravnom tijelu povrijeđeno neko pravo.⁹⁶ Kako je ovaj prigovor remonstrativan pravni lijek, on se izjavljuje čelniku tijela. Na oblik, sadržaj i predaju prigovora na odgovarajući način se primjenjuju odredbe o žalbi. O prigovoru odlučuje čelnik tijela, rješenjem, u roku od osam dana od dana izjavljivanja prigovora. Protiv rješenja čelnika prvostupanjskog tijela može se izjaviti žalba, a protiv rješenja čelnika drugostupanjskog tijela može se pokrenuti upravni spor. Ako nema drugostupanjskog tijela protiv rješenja čelnika tijela može se izravno pokrenuti upravni spor.

Obnova postupka i dalje je izvanredni pravni lijek, a može se pokretati iz istih razloga kao i u važećem *Zakonu*. Unatoč manjem broju odredaba u konačnom prijedlogu *Zakona* posvećenih obnovi postupka, ona je uređena na vrlo sličan način kao i u važećem *Zakonu*. Konačni prijedlog *Zakona* zatim uređuje oglašavanje rješenja ništavim, u najvećoj mjeri oslanjajući se na članak 267. važećeg *Zakona*. Kako ništavost upravnog akta čini vrlo težak oblik nezakonitosti, na pogrešku ništavosti obično se nadovezuju posebno teške pravne posljedice.⁹⁷ U zakonodavstvima se upravo zato slučajevi ništavosti najčešće izričito propisuju. Na tom tragu konačni prijedlog hrvatskog *Zakona*, baš kao i važeći *Zakon*, propisuje da će se rješenje oglasiti ništavim: ako je doneseno u stvari iz sudske nadležnosti; ako je doneseno u stvari o kojoj se ne može rješavati u upravnom postupku; ako njegovo izvršenje nije pravno ili stvarno moguće; ako njegovim izvršenjem čini kazneno djelo; ako je doneseno bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje stranka naknadno izričito ili prešutno nije pristala; te koje sadržava nepravilnost koja bi po nekoj izričitoj zakonskoj odredbi predstavljala razlog za ništavost rješenja. Rješenje, kao i u važećem *Zakonu*, može oglasiti ništavim javnopravno tijelo koje ga je donijelo, ali i tijelo koje obavlja nadzor nad tijelom koje je donijelo rješenje, u svako doba, po

onemogućuje korištenje prava na žalbu. Povrh svega određenim brojem zakona propisan je da žalba ne odgađa izvršenje, što može imati vrlo štetne posljedice na prava i pravne interese stranke. Medvedović, Glavni, op. cit., str. 55.

⁹⁶ Prigovor na upravni ugovor i prigovor u svrhu zaštite prava korisnika javnih usluga uređeni su posebnim pravnim režimom te se na njih ove odredbe ne primjenjuju.

⁹⁷ Više o ništavosti kao pogrešnosti upravnih akata vidi u Krbek, Upravni, op. cit., str. 73-86. i Borković, op. cit., str. 394-395. Smatra se da su ništavi upravni akti opterećeni "pogreškom najjačeg intenziteta". Ništavo rješenje ne može postati pravomoćno te okolnost da je tijelo negativno riješilo zahtjev stranke za izmjenom rješenja koje je bilo ništavo nije zapreka da ga naknadno nadležno tijelo oglasi ništavim.

službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke. Ako je rješenje o oglašavanju rješenja ništavim donijelo prvostupanjsko tijelo, protiv toga rješenja može se izjaviti žalba, a ako je rješenje donijelo drugostupanjsko tijelo ili tijelo koje obavlja nadzor nad tijelom koje ga je donijelo može se izravno pokrenuti upravni spor. Kako ništavo rješenje ne proizvodi pravne učinke, oglašavanjem rješenja ništavim, poništavaju se i svi njegovi pravni učinci.

Konačni prijedlog *Zakona* zatim uvodi još jednu novinu u odnosu na tekst važećeg *Zakona*. Propisuje mogućnost poništavanja i ukidanja rješenja, ali ne isključivo po pravu nadzora. Ovdje se povlači razlika između poništavanja i ukidanja nezakonitog rješenja te ukidanja zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo. Kako se ovdje radi o izvanrednom pravnom lijeku, nezakonito rješenje može se poništiti, ili ukinuti u cijelosti, ili djelomično i nakon isteka roka za žalbu. Rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može se poništiti samo ako ga je donijelo nenadležno javnopravno tijelo ili je rješenje doneseno bez zakonom propisane suglasnosti, odobrenja, ili mišljenja drugog javnopravnog tijela; ili ako je u istoj stvari, već doneseno pravomoćno rješenje kojim je ta upravna stvar drukčije riješena. No, ako se radi o očitj povredi materijalnog propisa, rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može se, ili poništiti, ili ukinuti, ovisno o prirodi upravne stvari i posljedicama koje bi nastale poništenjem ili ukidanjem rješenja. S druge strane, zakonito rješenje kojim je stranka stekla kakvo pravo može se ukinuti u cijelosti ili djelomično samo u taksativno navedenim slučajevima: ako je ukidanje tog rješenja dopušteno zakonom; ako rješenje sadržava pridržaj ukidanja, a stranka nije ispunila obvezu iz rješenja ili je nije ispunila u roku; ili ako je to potrebno zbog otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se to ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima, kojima bi se manje diralo u stečena prava. U posljednjem slučaju, stranka ima pravo na naknadu stvarne štete. Poništiti ili ukinuti rješenje može javnopravno tijelo koje ga je donijelo. Kad je rješenje donijelo prvostupanjsko tijelo, može ga poništiti i ukinuti i drugostupanjsko tijelo. Ako nema drugostupanjskog tijela, rješenje može poništiti ili ukinuti tijelo koje na temelju zakona obavlja nadzor nad tim tijelom. Nezakonito rješenje može se poništiti u roku do dvije godine od dana dostave stranci, a ukinuti u roku od godine dana. Konačni prijedlog *Zakona* ujedno propisuje i obvezu povrata imovine stečene bez pravne osnove u slučaju oglašavanja rješenja ništavim ili poništavanja rješenja, a sukladno propisima građanskog prava.⁹⁸

⁹⁸ Izvanredni pravni lijekovi široko su prisutni i u usporednom pravu. Njemački *Zakon o upravnom postupku* člancima 44. do 49. detaljno propisuje razloge ništavosti upravnih akata, pogrešaka u postupku njihova donošenja ili obliku u kome su doneseni, posljedice ovih pogrešaka, mogućnost konvalidiranja te opoziva zakonitih akata u posebnim slučajevima. U Austriji prema *Zakonu o općem upravnom postupku* sukladno člancima 68. te 69. i 70. postoje samo tri izvanredna pravna sredstva: izmjena i ukidanje prema službenoj dužnosti, obnova postupka i povrat u prijašnje stanje. Španjolski *Zakon o upravnom postupku* dopušta ulaganje zahtijeva za obnovu postupka protiv pravosnažnih upravnih akata. S druge strane, osim zahtjeva za zaštitu zakonitosti i ukidanja i mijenjanja pravomoćnog rješenja uz pristanak i na zahtjev stranke, slovenski je *Zakon o općem upravnom postupku* preuzeo sve izvanredna pravna sredstva iz saveznog jugoslavenskog *Zakona*

Ukoliko se izuzme pravno uređenje žalbe, može se ustvrditi da je konačni prijedlog *Zakona* učinio velike izmjene u svezi s pravnim lijekovima u odnosu na važeće propise. Broj pravnih lijekova znatno je smanjen, no ujedno je proširen krug upravnih djelatnosti koje su ovim lijekovima pokrivena. Hrvatska je sasvim sigurno bila jedna od zemalja s najvećim brojem pravnih lijekova u upravnom postupku uopće.⁹⁹ Međutim, iako je broj pravnih lijekova znatno reduciran, novi pristup uređenju materije upravnog postupka ipak pokriva sve bitne slučajeve koji su bili uređeni prijašnjim sustavom redovnih i izvanrednih pravnih lijekova. Od osobitih slučajeva poništenja, ukidanja i mijenjanja rješenja u hrvatskom pravnom sustavu više neće biti zahtjeva za zaštitu zakonitosti¹⁰⁰ i ukidanja i mijenjanja pravomoćnog rješenja uz pristanak ili na zahtjev stranke.¹⁰¹ U konačnom prijedlogu *Zakona* kao izvanredni pravni lijek više se izričito ne

o općem upravnom postupku. Tako je člancima 260. do 281. *Zakona* uređio obnovu postupka, mijenjanje ili poništavanje odluke u svezi s upravnim sporom, poništavanje i ukidanje po pravu nadzora, izvanredno ukidanje i ništavost odluke. Češki *Zakonik o upravnom postupku* člancima 94. do 99. propisuje mogućnost revizije postupka te člancima 100. do 102. obnove postupka. Islandski *Zakon o upravnom postupku* člancima 24. i 25. predviđa reviziju slučaja kada god se odluka temelji na nepotpuno ili pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju ili kada je odluka koja sadrži dozvolu ili zabranu utemeljena na okolnostima koje su se naknadno izmijenile u materijalnom smislu, te opoziv akta kada to neće štetiti interesu stranaka ili kada je odluka ništava ili pogrešna.

⁹⁹ Karlovčan-Đurović opravdano ističe kako je brojnost izvanrednih pravnih lijekova u upravnom postupku u suprotnosti s načelima legitimnih očekivanja stranaka i pravne sigurnosti te, konačno, i s objektivnim načelom vladavine prava. Karlovčan-Đurović, Ljiljana, Polazište i načela za modernizaciju *Zakona o općem upravnom postupku*, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 32-33. Na neadekvatnost sustava izvanrednih pravnih lijekova u hrvatskom *Zakonu o općem upravnom postupku* ukazuje i Medvedović. On smatra da su danas neki od izvanrednih pravnih lijekova u upravnom postupku potpuno zastarjeli i praktički neupotrebljivi, dok je opravdanost nekih drugih u cijelosti upitna. O tome više u Medvedović, Glavni, op. cit., str. 56.

¹⁰⁰ Zahtjev za zaštitu zakonitosti kao izvanredno pravno sredstvo sporan je od donošenja *Ustava Republike Hrvatske* 1990. godine, jer se od tada ovaj izvanredni pravni lijek praktično više nije mogao koristiti. Naime, zahtjev za zaštitu zakonitosti sukladno važećem *Zakonu* može se podnijeti samo protiv rješenja protiv kojega se ne može voditi upravni spor niti je na drugi način osigurana sudska zaštita, tj. protiv rješenja koji su potpuno izvan sudskog nadzora zakonitosti. S druge strane, članak 19. stavak 2. *Ustava Republike Hrvatske* jamči sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti. Razrađujući ovu odredbu hrvatski je zakonodavac u članku 9. *Zakona o upravnim sporovima* propisao da se upravni spor ne može voditi samo protiv akata u stvarima u kojima je osigurana zaštita izvan upravnog spora. Dakle, kako je u Hrvatskoj sudski nadzor zakonitosti upravnih akata osiguran ili kroz upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske ili nekim drugim vidom sudskog nadzora, ovaj izvanredni pravni lijek nema nikakav praktični učinak. O ovome više u Medvedović, Dragan, *Zakon o općem upravnom postupku i Zakon o upravnim sporovima s objašnjenjima i bilješkama, prilogima i stvarnim kazalom*, Narodne novine, Zagreb, 1995., str. 179.

¹⁰¹ Opravdanost ukidanja i mijenjanja pravomoćnog rješenja uz pristanak ili na zahtjev stranke, propisanog člankom 265. postojećeg *Zakona* također je upitna. Karlovčan-Đurović postojanje ovog izvanrednog pravnog lijeka smatra pravnoteorijski spornim, jer unatoč činjenici što se pobijano rješenje ukida ili mijenja uz pristanak ili na zahtjev stranke, ukidanje i mijenjanje pravomoćnog rješenja je u suprotnosti s načelom vladavine prava. Nadalje, smatra da je navedeni pravni lijek prije svega propisan u svrhu zaštite javnog interesa, budući da se radi o pravomoćnom rješenju

susreće niti mijenjanje i poništavanje rješenja u svezi s upravnim sporom, dok se stanoviti elementi poništavanja i ukidanja po pravu nadzora,¹⁰² baš kao i izvanrednog ukidanja,¹⁰³ u konačnom prijedlogu *Zakona* ipak mogu prepoznati.

15. Izvršenje

Odredbe o izvršenju rješenja i zaključaka donesenih u upravnom postupku, prema mišljenju Medvedovića, spadaju među najspornije i najlošije u važećem *Zakonu*.¹⁰⁴ U različitim postupovnim područjima, primjerice kazneno i građansko pravo, postupak izvršenja uređuje se odvojenim zakonom od postupka odlučivanja.¹⁰⁵ Slični se primjeri susreću i u usporednom pravu.¹⁰⁶ Pored toga, norme o izvršenju u važećem *Zakonu* u velikoj su mjeri zastarjele jer su nastale u potpuno drugačijem organizacijskom sustavu javne uprave. One su malobrojne, u pravilu općenite i nedostatne te ne daju odgovore na mnoga pitanja relevantna za zakonito i učinkovito izvršenje.

I institut izvršenja u konačnom prijedlogu *Zakona* uređen je na sličan, ali ipak znatno moderniji način negoli u važećem *Zakonu*. Odredbe o izvršenju ponajprije određuju izvršnost rješenja. Tako konačni prijedlog *Zakona* propisuje da prvostupanjsko rješenje postaje izvršno istekom roka za žalbu ako žalba nije izjavljena, dostavom stranci ako žalba nije dopuštena, dostavom stranci ako žalba nema odgodni učinak, dostavom stranci rješenja kojim se žalba odbacuje ili odbija, danom odricanja stranke od prava na žalbu te dostavom stranci rješenja o obustavi postupka povodom žalbe. Drugostupanjsko rješenje kojim se rješava upravna stvar postaje izvršno dostavom stranci. No, ako je u rješenju određeno da se radnja koja je predmet izvršenja može izvršiti u ostavljenom roku, rješenje, naravno, postaje izvršno tek istekom toga roka.

Konačni prijedlog *Zakona* nadalje određuje izvršenika, pokretanje postupka izvršenja te rok apsolutne zastare u trajanju od pet godina. Posebno se razrađuje izvršenje novčanih obveza i izvršenje nenovčanih obveza. Određeno je da se izvršenje novčanih obveza provodi sukladno propisima koji se primjenjuju na sudsko izvršenje, dok se vezano uz izvršenje nenovčanih obveza posebno

kojim je stranka stekla kakvo pravo, a tijelo koje je donijelo to rješenje smatra da je nepravilno primijenjen materijalni zakon. Karlovčan-Đurović, op. cit., str. 32-33.

¹⁰² Vidi odredbe o stavljanju nezakonitog rješenja izvan snage.

¹⁰³ Ovaj institut, smatra Karlovčan-Đurović prema svojim obilježjima predstavlja radikalnu upravnu mjeru do koje može doći samo u slučaju koji teško ugrožava važan javni interes. Karlovčan-Đurović, op. cit., str. 32-33.

¹⁰⁴ Medvedović, Glavni, op. cit., str. 56.

¹⁰⁵ Npr. *Zakon o kaznenom postupku*, Narodne novine, br. 62/03. i 115/06. i *Zakon o izvršenju sankcija izrečenih za kaznena djela, privredne prijestupe i prekršaje*, Narodne novine, br. 21/74., 39/74., 55/88., 19/90., 66/93. i 73/00. Zatim *Zakon o parničnom postupku*, Narodne novine, br. 35/91., 53/91., 58/93., 88/01. i 84/08. i *Ovršni zakon*, Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 173/03., 194/03., 151/04., 58/05. i 67/08. i sl.

¹⁰⁶ Npr. u Austriji postoji posebni *Zakon o upravnom izvršenju*, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz*, Bundesgesetzblatt, nr. 53/1991., 3/2008.

uređuje donošenje rješenja o izvršenju, koje odgovara zaključku o izvršenju iz važećeg *Zakona*, mogućnost odgode izvršenja i vrijeme izvršenja. Zatim se propisuje provedba prisilnog izvršenja nenovčanih obveza novčanom kaznom, izvršenja nenovčanih obveza posredstvom trećih osoba te izvršenja nenovčanih obveza neposrednom prisilom. Sukladno posebnoj zakonskoj odredbi u postupak izvršenja ugrađeno je načelo razmjernosti te se izvršenje mora provoditi na način i primjenom sredstava koja su najblaža za izvršenika, a ujedno dovode do cilja izvršenja. Zakon također uređuje i druga bitna pitanja izvršenja kao što su obustava izvršenja, otklanjanje posljedica poništavanja ili izmjene izvršenog rješenja, izvršenje radi osiguranja te hitno izvršenje, koje javnopravno tijelo može naložiti u slučajevima kada donosi rješenje u usmenom obliku.¹⁰⁷

16. Upravni ugovor

Šesti dio konačnog prijedloga *Zakona* također predstavlja značajnu novinu u hrvatskom upravno postupovnom zakonodavstvu. Njime je po prvi puta u Republici Hrvatskoj provedena opća pravna regulacija upravnih ugovora. Konačni prijedlog *Zakona* najprije razrađuje pitanja uvjeta za sklapanje upravnih ugovora i njihov predmet, otvarajući mogućnost da javnopravno tijelo i stranka sklope upravni ugovor o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rješenju kojim je riješena upravna stvar, ako je zakonom propisano sklapanje takvoga ugovora. Time će konačno, ugovori o koncesijama, ugovori o javnoj nabavi te ugovori o javnoprivatnom partnerstvu u Hrvatskoj i nomenklaturno, a ne samo prema pravnoj prirodi, postati upravni ugovori. Upravni ugovor ne smije biti protivan izreci rješenja, prinudnim propisima, javnom interesu niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba. Ovdje se nadalje uređuje valjanost upravnih ugovora koji imaju pravni učinak na prava trećih osoba, oblik sklapanja upravnih ugovora, njihova ništavost, izmjena upravnih ugovora zbog promijenjenih okolnosti te raskid upravnih ugovora.

Konačno, zbog neispunjavanja ugovornih obveza javnopravnog tijela propisan je i pravni lijek koji stranci stoji na raspolaganju – prigovor protiv upravnog ugovora. Prigovorom se može tražiti i naknada štete nastale neispunjavanjem ugovora. Prigovor se izjavljuje i predaje tijelu koje na temelju zakona obavlja nadzor nad javnopravnim tijelom s kojim je stranka sklopila upravni ugovor, a o prigovoru se odlučuje rješenjem protiv kojeg se može

¹⁰⁷ Vrlo detaljne odredbe o izvršenju, koje se velikim dijelom oslanjaju na odredbe saveznog jugoslavenskog *Zakona o općem upravnom postupku* sadržane su u člancima 282. do 303. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku*. Austrija, primjerice u *Zakonu o upravnom izvršenju* posebno propisuje nadležnost za izvršenje, sredstva prinude, naplaćivanje novčanih obveza, posredno izvršenje, kazne radi neizvršenja, neposrednu prinudu, privremene odluke, osobne ovlaštene za izvršenje, postupak izvršenja te troškove. Vrlo detaljne odredbe o izvršenju ima i češki *Zakonik o upravnom postupku* koji člancima 103. do 129. propisuje izvršenje novčanih i nenovčanih obveza.

pokrenuti upravni spor.¹⁰⁸ No, da bi upravni ugovor kao pravni institut zaživio u hrvatskoj upravnoj praksi, osim općih odredaba sadržanih u konačnom prijedlogu *Zakona*, hrvatski zakonodavac trebao bi i posebnim zakonima predvidjeti mogućnost sklapanja takvih ugovora u slučajevima kada su oni potrebni.¹⁰⁹

17. Pravna zaštita od postupanja javnopravnih tijela i postupanja pružatelja javnih usluga

Sedmi dio konačnog prijedloga *Zakona* predstavlja još jednu novinu u hrvatskom upravno postupovnom pravu. Građanima se, sukladno odredbama općeg upravno postupovnog zakona, otvara mogućnost zaštititi svoja prava od postupanja javnopravnih tijela i postupanja pružatelja javnih usluga. Pod nezakonitom radnjom javnopravnog tijela konačni prijedlog *Zakona* podrazumijeva povredu prava građana nastalu zbog propuštanja tijela obavijestiti ih o uvjetima ostvarivanja i zaštite njihovih prava, povredu prava građana nastalu nezakonitom radnjom javnopravnog tijela. Javnopravno tijelo dužno je, na njezin zahtjev, obavijestiti zainteresiranu osobu o uvjetima, načinu i postupku ostvarivanja, ili zaštite njezinog prava, ili pravnog interesa u određenoj upravnoj stvari. Na zahtjev zainteresirane osobe javnopravno tijelo je dužno u roku od 15 dana od podnošenja zahtjeva izdati obavijest u pisanom obliku, a ako javnopravno tijelo odbije izdati takvu obavijest ili je ne izda u propisanom roku, zainteresirana osoba ima pravo izjaviti prigovor. Ujedno, osoba koja smatra da joj je nezakonitom radnjom službene osobe ili druge osobe u javnopravnom tijelu povrijeđeno neko pravo, također može izjaviti prigovor sve dok nezakonita radnja traje ili traju njezine posljedice. Na izjavljivanje ovoga prigovora i postupanje po njemu primjenjuju se odredbe o prigovoru navedene među pravnim lijekovima.

Konačno, prijedlog *Zakona* osigurao je i zaštitu prava korisnicima javnih usluga. On jasno ističe obvezu javnopravnih tijela da nadziru postupanje pružatelja javnih usluga koje ima učinak na prava, obveze i pravne interese fizičkih i pravnih osoba, a o kojima se ne odlučuje u upravnom postupku. Ovdje bi se trebala štititi prava korisnika javnih usluga u pogledu prava na primljenu uslugu, zabranu diskriminacije korisnika javne usluge, kontinuiteta primanja usluge, ali i u pogledu kvalitete pružene usluge i razumne cijene koja je za nju plaćena. Upravo bi javnopravna tijela trebala biti jamac zaštite javnog i privatnog interesa u obavljanju djelatnosti proglašene javnom službom. Stoga, konačni prijedlog *Zakona* otvara mogućnost da, ako korisnik javnih usluga smatra da su postupanjem pružatelja javnih usluga povrijeđena njegova prava ili pravni interesi, on može podnijeti prigovor radi zaštite svojih prava, odnosno pravnih interesa tijelu nadležnom za provedbu nadzora nad obavljanjem tih

¹⁰⁸ Za razliku od prigovora uređenog među odredbama o pravnim lijekovima, ovaj prigovor ima devolutivan učinak.

¹⁰⁹ Odredbe o upravnim ugovorima sadrže, npr. njemački *Zakon o upravnom postupku* u člancima 54. do 62. te češki *Zakonik o upravnom postupku* u člancima 159. do 170.

djelatnosti. Prigovor se može podnijeti sve dok radnja ili propuštanje radnje pružatelja javnih usluga traje, a na podnošenje prigovora na odgovarajući način primjenjuju se odredbe o podnošenju žalbe. Po zaprimljenom prigovoru nadležno tijelo dužno je ispitati navode korisnika javnih usluga te poduzeti mjere iz svoje nadležnosti po pravu nadzora. Ovo je tijelo ujedno dužno bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana od dana podnošenja prigovora, obavijestiti korisnika usluga u pisanom obliku o mjerama koje je povodom prigovora poduzelo. Ako korisnik usluga nije zadovoljan poduzetim mjerama ili u propisanom roku nije obaviješten o poduzetim mjerama, može pokrenuti upravni spor, čime je njegova pravna zaštita dodatno ojačana.

18. Izdavanje potvrda

Konačno, prijedlog *Zakona* uređuje i izdavanje potvrda.¹¹⁰ Potvrđama se smatraju uvjerenja, izvodi i druge javne isprave. Kako ovi akti nemaju neposredan pravni učinak na prava, obveze i pravne interese građana, oni se ne smiju poistovjetiti s rješenjima. Njihovo donošenje ne stvara, mijenja niti ukida neki pravni odnos, već samo potvrđuje postojanje ili nepostojanje neke činjenice koja zatim može biti relevantna za donošenje rješenja u upravnom postupku. Slijedom toga, ovi akti ne mogu postati niti pravomoćni. Kako su potvrde javne isprave, njihov sadržaj smatra se istinitim, sve dok se ne dokaže suprotno.¹¹¹ Iako se pravno normiranje izdavanja potvrda o činjenicama o kojima se vodi i ne vodi službena evidencija na prvi pogled u *Zakonu o općem upravnom postupku* može učiniti novom, odredbe o izdavanju potvrda u bitnom su istovjetne odredbama članaka 171. i 172. važećeg *Zakona*, a koje se sada nalaze među odredbama o dokazivanju. Izdvajanje ovih odredbi na zasebno mjesto, čini se daleko sistematičnijim rješenjem.

19. Troškovi postupka

Vođenje upravnog postupka, ali i poduzimanje drugih radnji javnopravnih tijela, uvijek je povezano s određenim troškovima. Oni čine materijalne izdatke nužne da bi se postupak mogao uspješno okončati, odnosno poduzeti radnje. Sukladno konceptu konačnog prijedloga *Zakona* redovite troškove postupka, osim troškova upravnih pristojbi ili drugih troškova koje stranke plaćaju po posebnim propisima, snosi javnopravno tijelo. U postupcima pokrenutim na

¹¹⁰ Obveza javnopravnih tijela da izdavati uvjerenja i druge isprave o činjenicama o kojima vode službenu evidenciju u postojeći *Zakon* unesena je novelom iz 1986. godine.

¹¹¹ Više o potvrđama vidi u Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga: Funkcioniranje i upravni spor*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 11-12. te Borković, Upravno, op. cit., str. 396-397. Niz različitih, pretežno stručnih poslova, u javnoj upravi vezan je za evidentiranje određenih činjenica. Javnopravna tijela, sukladno svojem djelokrugu, imaju obvezu voditi evidenciju o određenim činjenicama te su obvezna izdavati uvjerenja o postojanju ili nepostojanju činjenica o kojima vode službenu evidenciju.

zahtjev stranke ili u upravnim stvarima u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka s protivnim interesima troškove postupka snosi stranka na zahtjev koje je postupak pokrenut ili protiv koje je vođen postupak koji je za nju nepovoljno okončan, ako posebnim propisima nije drukčije određeno. Kada je postupak koji je pokrenut po službenoj dužnosti okončan povoljno za stranku, troškove postupka snosi javnopravno tijelo koje je postupak pokrenulo, ako posebnim propisima nije drukčije određeno, a kada je upravni postupak okončan nagodbom, svaka stranka snosi svoje troškove, osim ako nagodbom nije drukčije određeno. O troškovima postupka odlučuje se rješenjem o upravnoj stvari. Konačni prijedlog *Zakona* sadrži i odredbe o nagradama i naknadi troškova drugim osobama koje sudjeluju u postupku, tj. svjedocima, vještacima, prevoditeljima, tumačima i privremenim zastupnicima. Sukladno posebnom zakonu, stranka se može, u cijelosti ili djelomično osloboditi plaćanja troškova postupka.¹¹²

20. Zaključak

Po svemu sudeći konačni prijedlog novog *Zakona o općem upravnom postupku* Hrvatski sabor će usvojiti početkom ožujka 2009., a predviđa se da će na snagu stupiti 1. siječnja 2010. godine. Najvažniji razlog kasnom stupanju na snagu svakako je ostvarivanje nužnih pretpostavki za njegovu provedbu te vrijeme potrebno za edukaciju državnih službenika i drugih djelatnika koji će ga primjenjivati.

Novi *Zakon o općem upravnom postupku* trebao bi pojednostaviti vođenje upravnog postupka, a, s druge strane, ujedno zaštititi prava i pravne interese građana i drugih stranaka o čijim pravima i obvezama javnopravna tijela odlučuju. On je usklađen s ustavnim poretom Republike Hrvatske, načelima i vrijednostima hrvatske pravne tradicije, *Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* te drugim međunarodnim obvezama Republike Hrvatske, ali i pravnom stečevinom Europske zajednice te standardima kvalitetne i moderne javne uprave. Konačni prijedlog *Zakona* uređuje i neke nove institute koji mogu imati i te kako značajan učinak na pravni sustav, ali i prava građana, primjerice upravni ugovori te pravna zaštita od postupanja javnopravnih tijela i postupanja pružatelja javnih usluga. Iako konačni prijedlog *Zakona* ima gotovo upola manje članaka negoli važeći, broj uređenih instituta općeg upravnog postupka nije se smanjio. Stoga se može ustvrditi da ovaj *Zakon* s manjim brojem odredaba, na moderniji i suvremeniji način, uređuje veći broj pravnih instituta.

Međutim, donošenje novoga *Zakona o općem upravnom postupku* neće riješiti sve probleme upravnog postupanja na koje se u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj javnosti ukazuje. Uz donošenje suvremenog, kvalitetnog, jasnog, nedvosmislenog,

¹¹² Pravila o troškovima postupka vrlo su detaljno uređena člancima 113. do 124. slovenskog *Zakona o općem upravnom postupku* te člancima 74. do 79. austrijskog *Zakona o općem upravnom postupku*.

ali i sveobuhvatnog zakonskog teksta, u hrvatskom zakonodavstvu, ali i upravnoj praksi važno je osigurati i druge preduvjete za njegovu uspješnu primjenu. Ponajprije, nužno je osigurati stalan i profesionalan nadzor buduće pravne regulacije i procjenu njezine adekvatnosti, kako se ne bi brojnim posebnim zakonima odstupalo od temeljnih normi i načela ovoga *Zakona*. Drugo, jednako je važno nadzirati primjenu novog *Zakona o općem upravnom postupku* kako bi se osigurao pravovremen i odgovarajući odgovor na poteškoće i nepravilnosti koje se mogu javiti u pravnoj praksi. Stoga se posebno treba upozoriti na korektivna sredstva koja građanima stoje ne raspolaganju, npr. žalba, prigovor, izvanredni pravni lijekovi, ali i upravna inspekcija, pučki pravobranitelj i druga državna tijela koja moraju, po službenoj dužnosti ili na zahtjev stranke paziti na provedbu odredba ovoga *Zakona*. Konačno, važan preduvjet uspješne primjene ovoga *Zakona* svakako će biti i kvalificirano upravno osoblje, s odgovarajućom stručnom spremom, ali i praktičnim vještinama. U svrhu ispunjavanja ove pretpostavke, Centar za stručno obrazovanje državnih službenika dobit će posebno na značenju, no morat će se pronaći i drugi, institucionalni i neinstitucionalni mehanizmi obrazovanja i usavršavanja javnih službenika općenito.

No, donošenjem i kvalitetnom primjenom novoga *Zakona o općem upravnom postupku* proces modernizacije hrvatskog upravno postupovnog prava još neće biti završen, jer trenutno je u pripremi i novi *Zakon o upravnim sporovima* koji bi trebao unijeti mnoge novine u sudski nadzor upravnog postupanja. Stoga je donošenjem novog *Zakona o općem upravnom postupku* učinjen tek prvi korak u jednostavnom, brzom i sigurnom ostvarivanju prava građana, uz zaštitu njihovih zajamčenih prava i pravnih interesa u ophođenju s javnom upravom.

Summary

THE NEW CROATIAN GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW

The aim of this working paper is to analyze the final proposal of the Law on General Administrative Procedure which should be enacted by the Croatian Parliament in March, 2009, and enter into force on the first of January, 2010. Having this in mind, the first part of the paper analyses general provisions stressing the application of the Law, definition of the administrative matter, possibility to deviate from provisions of this Law, issue concerning the jurisdiction in administrative procedure, authorized person conducting the procedure and deciding upon the administrative matter, administrative legal aid providing and finally participation of the party in administrative procedure. Following parts of the paper deal with the course of procedure paying a special attention to conditions to start the procedure, conduct questioning and provide evidence, take certain actions in the procedure, setting the deadlines, deadline calculation and notification of procedure participants. Further on, the authors analyze settlement of administrative matter, i.e. of issuing the administrative decision, and scrutinize legal redresses giving a special attention to the complaint as a regular legal aid, complaint, reopening of a case, pronouncing the administrative decision to be null and void, annulment and revocation of the administrative decision. Finally, the authors provide a deep analysis of administrative decision execution. A special part of the paper presents an overview of the administrative contract, which is the new institute in Croatian legislation, and an overview of legal protection of other actions conducted by the public legal body. According to the final proposal of the Law, the legal protection is provided against an unlawful action of public legal body as well as the protection of rights of public service users. The authors also present an overview of issuing certificates on facts which are part of the official records kept by public legal bodies and these which are not. Finally, the authors point at the new legal regulation governing the procedural costs. The final part of the paper presents a conclusion in which the authors emphasize actions to be taken to successfully implement this Law in practice.

Key words: *administrative procedure, Law on General Administrative Procedure, administration, Croatia;*

Riassunto

**IL NUOVO DIRITTO CROATO DEL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO**

Lo scopo di questo lavoro è esaminare la proposta finale della legge sul procedimento amministrativo generale, la quale dovrebbe essere approvata dal Parlamento nel marzo del 2009, per poi entrare in vigore a fare data dal 1 gennaio 2010. A tale fine, si prendono in considerazione in primo luogo, le disposizioni generali, tra le quali l'attenzione si concentra sull'applicazione della legge, sulla definizione della cosa amministrativa, sulla possibilità di derogare alle norme della presente legge, come pure sulla questione della competenza nel procedimento amministrativo, sulla persona ufficiale autorizzata a condurre e risolvere il procedimento, sull'offerta di supporto amministrativo ed, infine, sulla partecipazione della parte al procedimento. Di seguito, si esamina il corso del procedimento amministrativo ovvero, in particolare, l'attivazione del procedimento, la conduzione del procedimento istruttorio, l'espletamento di determinate attività nel procedimento, la determinazione ed il calcolo dei termini, come pure l'informazione delle parti del procedimento. Segue la disamina della fase di definizione della questione amministrativa, cioè l'emanazione del provvedimento, come pure l'analisi dei mezzi d'impugnazione, tra i quali si analizza in particolare il ricorso, quale mezzo d'impugnazione ordinario, il reclamo, la rinnovazione del ricorso, la dichiarazione di nullità del provvedimento, l'annullamento e l'abolizione del provvedimento. Infine, si prende in esame anche l'esecuzione del provvedimento. Si osserva, poi, il contratto amministrativo, quale nuova figura giuridica nella legislazione croata a tutela giuridica degli altri atti dell'organo amministrativo; tale tutela nella versione finale del progetto di legge viene individuata nella protezione dal fatto illecito dell'organo amministrativo e nella tutela dei diritti degli utenti dell'amministrazione pubblica. Ancora, si esamina il rilascio dei certificati sulle circostanze, di cui gli organi amministrativi tengono o no un registro ufficiale. Da ultimo, si pone in rilievo la nuova regolazione giuridica delle spese del procedimento. Il lavoro termina con le conclusioni, dove gli autori sottolineano le attività che è necessario espletare al fine di applicare con successo questa legge.

Parole chiave: *procedimento amministrativo, legge sul procedimento amministrativo generale, amministrazione, Croazia.*

PROTUPREUZIMATELJSKE MJERE I POLOŽAJ UPRAVE CILJNOG DRUŠTVA U POSTUPKU PREUZIMANJA DIONIČKOG DRUŠTVA

Dr. sc. Dionis Jurić, docent
Antonija Zubović, dipl. iur.,
znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.725
Ur.: 30. listopada 2008.
Pr.: 8. siječnja 2009.
Izvorni znanstveni članak

Postupak preuzimanja ciljnog društva i obveza stjecatelja kontrolnog udjela dati obvezatnu ponudu za preuzimanje predstavlja sredstvo zaštite manjinskih dioničara u ciljnom društvu. Upravna i nadzorna tijela ciljnog društva u slučaju pojave neprijateljskog preuzimanja imaju obvezu štiti interese dioničara ciljnog društva. Iz tog razloga došlo je do razvoja pravila neutralnosti upravnih i nadzornih tijela ciljnog društva tijekom trajanja postupka preuzimanja u pogledu poduzimanja reaktivnih protupreuzimateljskih mjera. To uvjetuje pribavljanje suglasnosti dioničara ciljnog društva za poduzimanje mjera, koje mogu doprinijeti poboljšanju uvjeta iz ponude za preuzimanje. S druge strane, primjena pravila proboja osigurava preuzimatelju stjecanje i realizaciju kontrole nad ciljnim društvom tijekom i po okončanju postupka preuzimanja. Ovo pravilo dokida djelovanje preventivnih protupreuzimateljskih mjera predviđenih u statutu ciljnog društva, odnosno sporazumima dioničara ciljnog društva. Hrvatski zakonodavac je samo djelomično usvojio rješenja iz Trinaeste direktive, što uvjetuje potrebu izmjene i dopune Zakona o preuzimanju dioničkih društava iz 2007. godine.

Ključne riječi: *protupreuzimateljske mjere, pravilo neutralnosti uprave ciljnog društva, pravilo proboja, poredbeno pravo.*

1. Uvod

Preuzimanjem dioničkih društava dolazi do promjena u unutarnjoj strukturi dioničkih društava, pri čemu određeni pravni subjekt stječe kontrolu nad donošenjem odluka na glavnoj skupštini društva, odnosno kontrolu nad upravnim tijelima društva.¹ Institut preuzimanja je nastao u angloameričkoj pravnoj

¹ Pod preuzimanjem u širem smislu podrazumijevamo niz radnji kojima određeni pravni subjekt stječe kontrolu nad imovinom određenog trgovačkog društva, bilo izravno postajući vlasnik te

tradiciji,² što je uvjetovano disperziranom strukturom dioničara u dioničkim društvima.³ Po uzoru na engleski *The City Code on Takeovers and Mergers* iz 1968. godine⁴ u europskim je državama ustanovljena obveza stjecatelja kontrolnog paketa dionica dati ponudu za preuzimanje preostalih dionica u dioničkom društvu, čime se štite interesi manjinskih dioničara. Tom obvezom omogućava se istupanje manjinskih dioničara iz dioničkog društva znatno ranije od trenutka kada nastupi uska povezanost između preuzimatelja i ciljnog društva, na temelju kontrolnog paketa dionica preuzimatelja u ciljnem društvu, pri čemu se manjinskim dioničarima jamči cijena koja ne smije biti niža od najviše cijene koju je za dionice ciljnog društva platio preuzimatelj.⁵

imovine, bilo posredno stječući nadzor nad upravom društva. Pod preuzimanjem u užem smislu podrazumijeva se stjecanje kontrole nad upravom dioničkog društva, na temelju stjecanja takvog udjela u temeljnom kapitalu društva koji osigurava pravo glasa s kojima stjecatelj udjela može lako utjecati na donošenje odluka u skupštini društva ili na vođenje i poslovanje dioničkog društva. Vidi u Kocbek, Marijan, *Prevzem podjetij in prevzem gospodarske družbe – pridobitev kontrolnega deleža delniške družbe*, *Pravnik*, let. 54 (1999), 6-8, str. 326., Petrović, Siniša, *Preuzimanje dioničkih društava*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 38, br. 2/1999., str. 208.

²U SAD-u je 1967. godine usvojen *Williams Act* na saveznoj razini koji je nadopunio *Securities Exchange Act* iz 1934. godine. Svrha *Williams Acta* bila je poboljšanje obaviještenosti ulagatelja o financijskim tijekovima u ciljnem društvu uz istovremeno zadržavanje neutralnosti, i prema preuzimatelju, i prema ciljnem društvu. Pored ovog saveznog propisa do 1982. godine 37 saveznih država donijelo je i svoje zakone o preuzimanju dioničkih društava. Komisija za vrijednosne papire (SEC), također donosi pravila koja reguliraju postupke preuzimanja te nadopunjuje i poboljšava postojeću zakonsku regulativu. Vidi u Bainbridge, Stephen M., *State Takeover And Tender Offer Regulations Post-Mite: The Maryland, Ohio And Pennsylvania Attempts*, *Dickinson Law Review*, Summer 1986, str. 732-734., 735-738., 743-744., Booth, Richard A., *Federalism And The Market For Corporate Control*, *Washington University Law Quarterly*, Spring, 1991, str. 412-421., Porobija, Boris, *Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava – Neke temeljne nedoumice*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, 1998., str. 501-503.

³ S druge strane, u državama u kojima prevladavaju većinski dioničari u dioničkim društvima (Njemačka) institut preuzimanja je teško primijeniti, budući da preuzimatelj mora neposredno pregovarati s većinskim dioničarima, što bitno otežava i poskupljuje postupak preuzimanja. Vidi u Porobija, B., op. cit., str. 501-503., Hopt, Klaus J., *Common Principles of Corporate Governance in Europe? – Some Thoughts on the Impact of the Securities Markets on Companies and Their Regulation*, *Conference on Company Law and Capital Market*, Siena, 2000., http://www.econ-pol.unisi.it/scdbanc/CONFERENZA/FILE_PDF/4a-Hopt.pdf, 6. lipnja 2001., str. 5., Hopt, Klaus, *Corporate Governance in Germany*, u knjizi Hopt, Klaus and Wymeersch, Eddy (editors), *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 294-295., Kocbek, M., op. cit., str. 325., McCahery, Joseph A., Renneboog, Luc, Ritter, Peer, Haller, Sascha, *The Economics of the Proposed European Takeover Directive*, *CEPS Research Report*, 2003., str. 61-62.

⁴ *The City Code on Takeovers and Mergers* iz 1968. godine predstavlja autonomni kodeks koji uređuje postupak preuzimanja dioničkih društava. *City Code* je usvojio *The Panel on Takeovers and Mergers (Takeover Panel)* koji predstavlja autonomno regulatorno tijelo osnovano 1968. godine na poticaj guvernera Banke Engleske (*Bank of England*) i predsjednika Londonske burze. Vidi web stranice *Takeover Panel*, <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/>, 8. veljača 2005.

⁵ Valja ukazati na to da u pravu SAD-a dužnost davanja obvezatne ponude za preuzimanje nije zakonski propisana ni uobičajena, za razliku od Europe gdje obvezatna ponuda za preuzimanje predstavlja djelotvorno sredstvo zaštite manjinskih dioničara te je široko prihvaćena. Vidi u Hopt, K., *Common Principles of Corporate Governance in Europe?*, str. 7-8., Small, Marshall

Preuzimanjem dioničkog društva od novog većinskog dioničara bitno se mijenja položaj manjinskih dioničara i okolnosti koje su postojale u trenutku kada su oni stekli dionice. Stoga je nužno manjinskim dioničarima stvoriti mogućnost da otuđe dionice i pri tomu ne pretrpe nikakvu štetu.⁶ Ipak se mora voditi računa da preveliko favoriziranje dioničara koji imaju manjinski paket dionica može izazvati učinke da dioničko društvo gubi na atraktivnosti kao pravni oblik za ostvarivanje poduzetništva.⁷

Zbog svoje složenosti i skupoće postupci preuzimanja se rijetko pojavljuju, i u SAD-u, i Europi.⁸ Prednost postupka preuzimanja dioničkih društava očituje se u tomu što preuzimanjem ponuditelj ostvaruje kontrolu nad ciljnim dioničkim društvom koncentracijom upravljačkih (glasačkih) prava (engl. *voting rights*, pravo dioničara da biraju članove tijela dioničkog društva i daju suglasnost za pojedine odluke tih tijela) i imovinskih prava (engl. *cash-flow rights*, pravo dioničara na dividendu i druge novčane naknade), a da pritom zaobilazi upravna tijela ciljnog dioničkog društva. Pritom postoje određene razlike u SAD-u i europskim državama. U SAD-u se za stjecanja kontrolnih paketa dionica zahtijeva odobrenje upravnog odbora, a članovi upravnog odbora mogu primjenjivati protupreuzimateljske mjere (engl. *antitakeover devices*) bez pribavljanja posebne suglasnosti dioničara. U Velikoj Britaniji i ostalim europskim državama, dioničarima ciljnog društva pripada isključivo pravo prihvatiti ponudu za preuzimanje, a upravna su tijela dužna pribaviti prethodnu suglasnost dioničara za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera, čime se slabi položaj upravnih tijela pri donošenju odluka o preuzimanju.⁹

U Europi se najveći broj preuzimanja dioničkih društava javlja u Velikoj Britaniji, koju karakterizira disperzija dioničara u dioničkim društvima. Fenomen preuzimanja dioničkih društava u europskim državama je novijeg datuma.¹⁰ Naime, na europskom kontinentu u dioničkim društvima prevladavaju većinski

L., *Corporate Control Transactions*, Corporate Governance Institute, American Law Institute - American Bar Association Course of Study, December 2-3, 2004., str. 4-13.

⁶ Maurović, Ljiljana, *Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21., br. 2 (2000), str. 741-742. Ledić, Dragutin, Zubović, Antonija, *Preuzimanje dioničkih društava u hrvatskom pravu*, *Pravo i porezi*, br. 5/2003., str. 9.

⁷ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga: *Društva kapitala*, Informator, Zagreb, 2000., str. 245.

⁸ Becht, Marco, Bolton, Patrick, Röell, Ailsa, *Corporate Governance and Control*, ECGI Working Paper Series in Finance, 2002., str. 70-71., McCahery, J., Renneboog, L., Ritter, P., Haller, S., op. cit., str. 25-27., Monks, Robert A.G., Minnow, Nell, *Corporate Governance*, 2nd ed., Blackwell Publishers, 2001., str. 196-187.

⁹ Becht, M., Bolton, P., Röell, A., op. cit., str. 69.

¹⁰ U različitim pravnim porecima europskih država ponuda za preuzimanje nailazi na zapreke u primjeni koje se očituju u tomu da kontrola nad većinom dionica s pravom glasa ne znači i kontrolu nad upravljanjem dioničkim društvom, dionice koje glase na donositelja otežavaju identifikaciju konkretnog dioničara, nadzor nekolicine dioničara nad strukturom donošenja odluka u dioničkim društvima, odstupanje od načela „jedna dionica-jedan glas“ (izdavanje dionica bez prava glasa, odnosno dionica s dvostrukim ili višestrukim pravom glasa), poduzimanje protupreuzimateljskih

dioničari što otežava i poskupljuje postupak preuzimanja dioničkih društava. Većina europskih država ima propise koji uređuju preuzimanje dioničkih društava, bilo da su sadržani u zakonima ili autonomnim izvorima prava. Svi pravni poreci prihvaćaju načelo jednakog položaja dioničara ciljnog društva i preuzimatelja (ponuditelja) tijekom valjanosti ponude za preuzimanje te imaju obvezu davanja ponude za preuzimanje kada društvo preuzimatelj stekne određeni udio u temeljnom kapitalu ciljnog društva (engl. *mandatory bid*).¹¹ Od preuzimatelja se u postupku preuzimanja očekuje da postupa s dužnom pozornošću (engl. *due diligence*), budući da su slučajevi kada on može povući ponudu ograničeni. Potrebno je osigurati protok informacija između preuzimatelja i ciljnog društva, kako bi dioničari ciljnog društva mogli donijeti valjanu odluku o ponudi.¹² Mogućnost poduzimanja protupreuzimateljskih mjera je ograničena u svim europskim državama. U pravilu se za njihovo poduzimanje zahtijeva suglasnost dioničara ciljnog društva. Ipak, u pojedinim državama dopuštene su određene protupreuzimateljske mjere.¹³

2. Prijateljska i neprijateljska preuzimanja

Odluka o pitanju tko drži dionice ciljnog društva u načelu ovisi o dioničarima i nije u ovlasti uprave. Međutim, transakcije se najčešće provode prijateljskim preuzimanjem kroz prešutni sporazum s upravom ciljnog društva. To se prije svega primjenjuje u slučajevima sporazumnih transakcija koje imaju za cilj joint-venture. S druge strane, postoje slučajevi u kojima trgovačka društva nastoje steći dionice drugog društva protiv njegove volje ili volje njegove uprave.¹⁴ Prema reakciji uprave na ponudu preuzimatelja, podržava li je ona i podupire te slijedom toga predlaže dioničarima da je usvoje ili joj se suprotstavlja,

mjera te postojanje kontrolnih paketa dionica koje drže većinski dioničari koji štite svoje pozicije. Vidi u *Public takeovers in Europe*, Freshfields Bruckhaus Deringer, Summer 2004, str. 3-4.

¹¹ Obveza na davanje ponude za preuzimanje potječe iz engleskog prava te je široko prihvaćena u ostalim europskim državama. U SAD-u to nije mehanizam zaštite dioničara ciljnog društva. Vidi u Small, M. L., op. cit., str. 12., Berglöf, Erik, Burkart, Mike C., *European Takeover Regulation*, <http://ssrn.com/abstract=405660>, 8. veljače 2005., str. 188.

¹² U opreci sa zahtjevom za preglednim postupkom preuzimanja je zahtjev za poštivanjem obveze čuvanja poslovnih tajni. U Njemačkoj i Nizozemskoj uprava ciljnog društva može priopćiti informacije potencijalnom preuzimatelju samo ako je to u interesu ciljnog društva. Neke države propisuju određene informacije koje moraju biti sadržane u ponudi za preuzimanje. Vidi u *Public takeovers in Europe*, str. 5.

¹³ U Nizozemskoj i Španjolskoj brojni statuti dioničkih društava predviđaju primjenu određenih obrambenih mjera (npr. svi članovi uprave moraju biti dioničari određeno vremensko razdoblje u ciljnog društva). U Njemačkoj zakonski propisi dopuštaju upravi ciljnog društva primjenu protupreuzimateljskih mjera prije i tijekom valjanosti ponude za preuzimanje. Vidi u *Public takeovers in Europe*, str. 6.

¹⁴ Picot, Gerhard, *The Implementation of Mergers and Acquisitions under Business Law Aspects: The Formation of the Transaction Agreement*, u knjizi *Handbook of International Mergers and Acquisitions – Preparation, Implementation and Integration*, Palgrave Macmillan, 2002., str. 97.

u praksi se razlikuju prijateljska preuzimanja (engl. *friendly takeovers*) i neprijateljska preuzimanja (engl. *hostile takeovers*).¹⁵

Kod prijateljskih se preuzimanja postupak stjecanja kontrole obavlja uz sporazum preuzimatelja i uprave ciljnog društva o uvjetima i načinu ostvarenja postupka preuzimanja. Prednost takvog preuzimanja je da preuzimatelj ima dostup nejavnim podacima o ciljnom društvu, što mu olakšava postupak pregovaranja o povezivanju s ciljnim društvom, ali i omogućava sprječavanje poduzimanja protupreuzimateljskih mjera. Cilj neprijateljskog preuzimanja je najčešće smjena dosadašnje uprave ciljnoga društva i postavljanje nove uprave koja će postići bolje poslovne rezultate.¹⁶ Pri neprijateljskom preuzimanju preuzimatelj daje javnu ponudu za otkup dionica ciljnog društva, ali bez prethodnog upozorenja ili dogovora s upravom ciljnog društva. Na taj način uprava nema vremena poduzeti protupreuzimateljske mjere i ne može utjecati na uvjete preuzimanja.¹⁷ U slučaju neprijateljskog preuzimanja postojeća uprava ciljnog društva poduzima određene protupreuzimateljske mjere kojima je cilj sprječavanje realizacije ponude za preuzimanje što može uzrokovati štetu manjinskim dioničarima u ciljnom društvu. S druge strane, neki autori smatraju da primjenom protupreuzimateljskih mjera uprava ciljnog društva može postići bolje uvjete za preuzimanje, osobito kada se radi o cijeni dionica koje nudi preuzimatelj.¹⁸ Tako članovi uprave ciljnog društva mogu spriječiti prodaju dionica njihovim povlačenjem s burze, smanjenjem njihove vrijednosti, izdavanjem novih dionica ili opcija za kupnju dionica, sniženjem temeljnog kapitala društva, primjenom, tzv. otrovnih pilula (engl. *poison pills*),¹⁹ uvođenjem kvalificirane većine za donošenje odluka u slučaju neprijateljskog preuzimanja, uvođenjem upravnih odbora koji parcijalno obnavljaju svoje članstvo (engl. *staggered boards*),²⁰ uvođenjem ponuda za preuzimanje u

¹⁵ Maurović, Ljiljana, Ovlast za poduzimanje mjera zaštite od ponude za preuzimanje dioničkih društava – razvoj regulative, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 54, br. 2 (2004), str. 385.

¹⁶ Neprijateljska su se preuzimanja osobito često pojavljivala u 80-im godinama 20. stoljeća u SAD-u. Vidi u Shleifer, Andrei, Vishny, Robert W., A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, Vol. LII, No. 2, June 1997, str. 756-757., Becht, M., Bolton, P., Röell, A., op. cit., str. 69., Kocbek, M., op. cit., str. 329-331.

¹⁷ Kocbek, M., op. cit., str. 329-331.

¹⁸ Vidi u Monks, R.A.G., Minnow, N., op. cit., str. 199-203., Hopt, K., Common Principles of Corporate Governance in Europe?, str. 6-7., Becht, M., Bolton, P., Röell, A., op. cit., str. 25. i 73-78.

¹⁹ U praksi se vrlo često kombinira primjena *poison pill* i upravnih odbora koji parcijalno obnavljaju svoje članstvo (engl. *staggered boards*) kao učinkovita protupreuzimateljska mjera. Vidi u Bainbridge, Stephen M., Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections, UCLA, School of Law Research Paper No. 02-22, Stanford Law Review, Vol. 54, 2002., str. 24., Hopt, Klaus, The duties of directors of the target company in hostile takeovers – German and European perspectives, u knjizi Ferrarini, Guido, Hopt, Klaus, Wymeersch, Eddy (urednici), Capital Markets in the Age of the Euro – Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation, Kluwer Law International, den Haag, London, New York, 2002., str. 407-425.

²⁰ Takvim upravnim odborima se produžava vrijeme u kojem će preuzimatelj ostvariti punu kontrolu nad upravnim odborom nakon okončanja postupka preuzimanja.

dva kruga,²¹ i drugo. U Europi uprava mora pribaviti suglasnost dioničara ciljnog društva za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera,²² dok se u SAD-u dopušta upravnim odborima slobodna primjena protupreuzimateljskih mjera.

Pojmovi prijateljsko i neprijateljsko preuzimanje ne predstavljaju najbolje rješenje. Sam pojam neprijateljsko preuzimanje navodi na zaključak da se radi o štetnom preuzimanju i nosi u sebi negativan predznak. To bi bio neispravan zaključak jer je raspolaganje dionicama predmet autonomne odluke svakog dioničara. Zadaća uprave usmjerena je na obavještanje dioničara o pozitivnim i negativnim posljedicama usvajanja ponude za preuzimanje pri čemu se ona ne smije povoditi vlastitim interesima, već interesima dioničara. Stajalište uprave trebao bi biti rezultat njene savjesne ocjene svih aspekata ponude za otkup dionica, a napose koristi koje iz toga mogu imati društvo te dioničari. Dioničari prodajom svojih dionica u postupku preuzimanja mogu ostvariti dobit u odnosu prema onom što su inicijalno uložili u dioničko društvo, odnosno s obzirom na uvjete pod kojima su dionice prethodno stekli.²³

Preuzimatelj²⁴ može na različite načine poduzeti neprijateljsko preuzimanje. Tako se kao najčešći modaliteti za nastanak neprijateljskog preuzimanja pojavljuju u obliku objavljivanja namjere za davanje javne ponude za preuzimanje ciljnog društva (engl. *tender offer*) i nenajavljenim stjecanjem većinskog paketa dionica ciljnog društva (engl. *dawn raid*). Kod javne ponude za preuzimanje dolazi do objave ponude za preuzimanje dioničarima ciljnog društva, sukladno pravnim pravilima o postupku preuzimanja dioničkih društava čije su dionice uvrštene u službene kotacije na burzi. Za razliku od javne ponude, kod „*dawn raid*“, preuzimatelj nastoji prikriveno preuzeti kontrolu nad ciljnim društvom stjecanjem većinskog paketa dionica čime mijenja stajalište manjine u svoju korist.²⁵ U nekim se zemljama prevencija protiv ovakvog načina postupanja obavlja uvrštenjem dionica dioničkih društava u kotacije burze. U tom slučaju, ukoliko zbroj dionica koje daju pravo glasa u nekom društvu dosegne propisane pragove, stjecatelj tih dionica mora o tomu obavijestiti

²¹ Ponude za preuzimanje u dva kruga odlikuje određivanje veće cijene za dionice ciljnog društva koje se stječu u prvom krugu, u odnosu na cijenu dionica koje će se stjecati u drugom krugu. Takve su ponude za preuzimanje u SAD-u načelno zabranjene, ali ako to nije propisano zakonom, dionička društva to mogu odrediti u svojim statutima.

²² To vrijedi, i za Veliku Britaniju, i za države kontinentalne Europe, a takvo stajalište je opstalo i u Trinaestoj smjernici iz 2004. godine.

²³ U slučaju ako uprava ciljnog društva, na temelju svoje nepristrane ocjene prednosti i nedostataka ponude za otkup dionica, zauzme prema njoj negativno stajalište, dolazi do sukoba interesa između uprave ciljnog društva i preuzimatelja. Vidi u Petrović, S., op. cit., str. 213.

²⁴ Tako neki autori koriste pojam *aggressor*, čime se naglašava negativna konotacija neprijateljskog preuzimanja. Vidi u Picot, G., op. cit., str. 99.

²⁵ U segmentu neprijateljskih preuzimanja potrebno je voditi računa i o *insider tradingu*, što može znatno utjecati na cijenu dionice. O tome vidjeti više kod Meulbroek, L. K., Hart, C., *The Effect of Illegal Insider Trading on Takeover Premia*, *European Finance Review*, No. 1(1), 1997., str. 51-80.

nadležno regulatorno tijelo, kao i ciljno društvo.²⁶ Zbog navedene obveze izvješćivanja uobičajeno je da cijena dionica raste što dodatno otežava konkretno preuzimanje.²⁷ Kako bi se to izbjeglo, a posljedično i izigravanje uređenih javnih tržišta, veliki financijski investitori moraju simultano stjecati pakete dionica.²⁸

3. Položaj uprave i dioničara u postupku preuzimanja

Već smo ranije naveli da neprijateljsko preuzimanje može poslužiti kao značajan vanjski disciplinirajući mehanizam u odnosima uprave i dioničara u dioničkom društvu. Neprijateljsko preuzimanje omogućava smjenu neefikasne postojeće uprave ciljnog društva i imenovanje nove uprave, a s druge strane prijetnja od primjene neprijateljskog preuzimanja potiče članove uprava u drugim dioničkim društvima na vođenje poslova i zastupanje društva u skladu s interesima dioničara.²⁹ Kako dioničari imaju slobodu donijeti odluku o prihvaćanju ponude za preuzimanje, bez miješanja uprave ciljnog društva, to se institut preuzimanja smatra značajnim instrumentom u sustavu korporativnog upravljanja.

Uzimajući u obzir gore navedeno, javljaju se i dva alternativna pristupa primjeni protupreuzimateljskih mjera, tako da uspješno preuzimanje može dovesti do ostvarenja značajnijeg porasta cijene dionica ciljnog društva koje će ostvariti dioničari ciljnog društva nakon prihvaćanja ponude, ali se istodobno ugrožava i sigurnost položaja članova uprave ciljnog društva. Ako se primjena protupreuzimateljskih mjera promatra sa stajališta uprave ciljnog društva, onda se one poduzimaju od strane neefikasnih članova uprave ciljnog društva, kako bi oni očuvali svoj položaj, smanjujući mogućnost uspješnog okončanja

²⁶ O tome vidi detaljnije u Clausen, Nils Jul, Sørensen, Karsten Engsig, *Disclosure of Major Shareholdings: A comparative Analysis of Regulation in Europe*, *International And Comparative Corporate Law Journal*, Vol. 4, Issue 3, 2002., str. 220-225. i Čulinović-Herc, Edita, Jurić, Dionis, *Disclosure of Beneficial Ownership in Listed Companies – the EU Transparency Directive and Croatian Securities Markets Act*, u knjizi *Economic Integration Prospects And Dilemmas*, Ekonomski fakultet Ljubljana, Ekonomski fakultet Rijeka, CEDIMES, Ljubljana, 2007., str. 277-285. Tu obvezu predviđa i čl. 413. Zakona o tržištu kapitala, NN 88/08.

²⁷ Više o značenju kretanja cijene dionica ciljnog društva prije i nakon stavljanja ponude za preuzimanje vidjeti kod Gambarelli, Gianfranco, Pesce, Serena, *Takeover Prices and Portfolio Theory*, *Theory and Decision*, No. 56 (1-2), February, 2004., str. 193-203.

²⁸ U postupku preuzimanja osobito značajnu ulogu ima objavljivanje financijskih izvješća ciljnog društva. O tome više vidjeti kod Van Dijk, M., *The Influence of Publication of Financial Statements, Risk of Takeover and Financial Position of the Auditee on Public Auditors' Unethical Behaviour*, *Journal of Business Ethics*, No. 28(4), December, 2000., str. 297-305.

²⁹ S ekonomskog stajališta neprijateljsko preuzimanje dovodi do premještanja produktivnih sredstava iz opadajućih gospodarskih sektora u one gospodarske sektore koji jamče veće prihode. Vidi u Schoenberg, Richard, Thornton, Daniel, *The Impact of Bid Defences in Hostile Acquisitions*, *European Management Journal*, Vol. 24, No. 2-3, April-June 2006., str. 143., Pearce, John A. II, Robinson, Richard B., Jr., *Hostile takeover defenses that maximize shareholder wealth*, *Business Horizons*, Vol. 47, No. 5, September-October 2004., str. 16-17.

postupka preuzimanja ciljnog društva. Na taj način protupreuzimateljske mjere djeluju protivno interesima dioničara ciljnog društva (engl. *management entrenchment perspective*).³⁰ S druge strane, uprava ciljnog društva može poduzimati protupreuzimateljske mjere kako bi došlo do porasta cijene dionica ciljnog društva u ponudi za preuzimanje i na taj način ostvaruju interese dioničara (engl. *shareholder interest perspective*). Stoga, otpor ponudi za preuzimanje može dovesti do toga da preuzimatelj povisi svoju prvotnu cijenu iz ponude za preuzimanje, kao i pojave konkurentske ponude za preuzimanje trećih preuzimatelja te se na taj način inicira aukcija.³¹

Kada se radi o položaju upravnih tijela ciljnog društva u postupku preuzimanja, već je ranije ukazano na postojanje bitnih razlika između SAD-a, Velike Britanije i drugih europskih država.³²

Tako u SAD-u, ni *Williams Act*, ni zakoni pojedinih saveznih država ne predviđaju primjenu obvezatne ponude za preuzimanje. Upravni odbor ciljnog društva ima na raspolaganju široku paletu protupreuzimateljskih mjera i potpunu slobodu u odabiru vrste protupreuzimateljske mjere i trenutka njezine primjene. Pri poduzimanju protupreuzimateljskih mjera od strane članova upravnog odbora ciljnog društva, zakonodavstva pojedinih saveznih država primjenjuju modificirano pravilo poslovne prosudbe, koje traži od članova upravnog odbora ciljnog društva da dokažu da su u dobroj vjeri i nakon razumnog ispitivanja (engl. *good faith and reasonable investigation*) uočili opasnosti za korporativnu politiku i učinkovitost ciljnog društva od neprijateljskog preuzimanja.³³ U predmetu *Unocal*³⁴ utvrđeni su kriteriji sudske kontrole poduzetih protupreuzimateljskih mjera: 1) ocjenjuje se jesu li direktori imali razumne osnove vjerovati da postoji prijetnja ciljnom društvu od ponude za preuzimanje,³⁵ te 2) ocjenjuje se jesu li primijenjene protupreuzimateljske mjere opravdane u odnosu na prijetnju od preuzimanja (engl. *proportionality test*).³⁶ Na taj način je u predmetu

³⁰ Tako su istraživanja u SAD-u pokazala da izmjene statuta dioničkih društava kojima se sprječava uspješno preuzimanje dovode do negativnih kretanja u cijeni dionica ciljnih društava. Vidi u Schoenberg, R., Thornton, D., op. cit., str. 143., Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 17.

³¹ Loc. cit.

³² Maurović, Ljiljana, *Mjere obrane od ponude za preuzimanje – rješenja u europskom pravu i pravu SAD-a*, Hrvatska pravna revija, vol. 4, br. 4/2004., str. 22., gdje daje usporedbu sustava obrane od preuzimanja u europskom pravu i pravu SAD-a.

³³ Predmet *Chef v. Mathes*, 199 A.2d 548 (1964).

³⁴ Predmet *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985).

³⁵ Teret dokaza je na direktorima ciljnog društva, a u prilog opravdanosti tom dokazivanju ide i suglasnost upravnog odbora koji je većinski sastavljen od vanjskih, nezavisnih direktora. Vidi u Kenyon-Slade, Stephen, *Mergers and Takeovers in the US and UK – Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004., str. 249.

³⁶ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 249., Kirchner, Christian, Painter, Richard W., *Takeover Defenses under Delaware Law, the Proposed Thirteenth EU Directive and the New German Takeover Law: Comparison and Recommendations for Reform*, Illinois Law and Economics Working Papers Series, Working Paper No. LE02-006, March 2002., http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=311740, str. 1-2.

Unocal došlo do odstupanja od pravila poslovne prosudbe, gdje je teret dokaza prebačen na direktore ciljnog društva, i u pogledu ocjene karaktera ponude za preuzimanje, i adekvatnosti poduzetih protupreuzimateljskih mjera.³⁷ S druge strane, onda kada upravni odbor ciljnog društva zaključi da je preuzimanje neizbježno ili sam upravni odbor poduzme mjere za prodaju dionica ciljnog društva³⁸ mijenjaju se i obveze upravnog odbora ciljnog društva. Tada se primjenjuju kriteriji utvrđeni u predmetu *Revlon*.³⁹ Direktori imaju obvezu postići najvišu cijenu za dionice ciljnog društva u korist njegovih dioničara, budući da neprijateljska ponuda za preuzimanje više ne predstavlja prijetnju za poslovnu politiku i učinkovitost ciljnog društva. Direktori se iz „branitelja“ ciljnog društva pretvaraju u „dražbovatelja“ koji ima za cilj maksimiziranje vrijednosti dioničkog društva u korist njegovih dioničara.⁴⁰

Pravni režim u Velikoj Britaniji i drugim europskim državama u pogledu poduzimanja protupreuzimateljskih mjera ide u prilog dioničara ciljnog društva. Zakonodavstva europskih država u pravilu predviđaju primjenu obvezatne ponude za preuzimanje, uprava ciljnog društva ima na raspolaganju manji broj protupreuzimateljskih mjera te ima obvezu pribaviti suglasnost dioničara ciljnog društva za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera. Takva su rješenja našla svoj odraz i u odredbama Trinaeste direktive o preuzimanju dioničkih društava,⁴¹ koja je nastala pod snažnim utjecajem engleskog *The City Codea*. Tako se u čl. 9. Trinaeste direktive primjenjuje pravilo neutralnosti uprave (engl. *board*

³⁷ Kod pravila poslovne prosudbe tužitelj mora dokazati da su ispunjene sve pretpostavke potrebne za utvrđivanje odgovornosti člana upravnog odbora za nastalu štetu društvu ili njegovim dioničarima. Te su pretpostavke da nije postupao u dobroj vjeri, nalazio se u sukobu interesa, nije bio dovoljno obaviješten, nije postupao u interesu društva. Vidi u Jurić, Dionis, *Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, (br. 1/2007.), str. 548-550., Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 250-251.

³⁸ Npr. pri fuziji s trećom prijateljskom stranom (engl. *white knight*) ili prodaji cjelokupne imovine ciljnog društva.

³⁹ Predmet *Revlon v. MacAndrews and Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1985).

⁴⁰ U predmetima *Paramount Communications v. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140 (Del. 1989) i *Paramount Communications v. QVC Network, Inc.*, 637 A.2d 34 (Del. 1994) utvrđene su obrambene transakcije koje dovode do primjene kriterija iz predmeta *Revlon*. Općenito, transakcija koja ima za cilj promjenu kontrole u ciljnem društvu inicira obveze direktora ciljnog društva sukladno presudi u predmetu *Revlon*. Direktori koji imaju namjeru da kontrolni paket dionica ciljnog društva prodaju jednoj osobi ili trgovačkom društvu moraju te dionice prodati preuzimatelju koji dađe najvišu ponudu, a ako direktori prodaju dionice koje ne čine kontrolni paket, prenose dionice trećoj prijateljskoj strani koju čine disperzirani dioničari ili uzimaju kredit za račun ciljnog društva za kupnju dionica drugog trgovačkog društva te imaju veću diskreciju sukladno presudi u predmetu *Unocal*. Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 281-283., Kirchner, C., Painter, R. W., op. cit., str. 3.

⁴¹ *Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids*, OJ L 142 p. 0012-0023. O tijeku usvajanja Trinaeste direktive vidi u McCahery, J., et al., op. cit., str. 56-61.; web stranicu <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26012a.htm>; Porobija, B., op. cit., str. 508-509., *The Takeover Directive*, Freshfields Bruckhaus Deringer, January 2005, str. 1-2. i 13., *Public takeovers in Europe*, str. 2-3.

neutrality rule) pri poduzimanju protupreuzimateljskih mjera. Od trenutka objave ponude do trenutka objave uspješnog okončanja ponude za preuzimanje, odnosno njezinog neuspjeha, uprava ciljnog društva ne može poduzeti bilo koju mjeru koja bi mogla ugroziti realizaciju ponude za preuzimanje, osim ako prethodno za to pribavi suglasnost dioničara ciljnog društva (čl. 9. st. 2. i 3. Trinaeste direktive). U čl. 12. Trinaeste direktive određuje se da države članice mogu staviti rezerve na primjenu odredbi čl. 9. st. 2. i 3. Na taj način se državama članicama daje mogućnost osigurati primjenu protupreuzimateljskih mjera.⁴²

4. Protupreuzimateljske mjere

Protupreuzimateljske mjere moguće je podijeliti u dvije skupine: preventivne i reaktivne protupreuzimateljske mjere. Preventivne protupreuzimateljske mjere (engl. *preventive anti-takeover measures, pre-bid defences, anticipatory defensive measures*) predstavljaju one mjere koje uprava ciljnog društva primjenjuje prije pojave neprijateljskog preuzimanja, kojima se ciljno društvo čini manje atraktivnim za potencijalna preuzimanja. One predstavljaju dugoročne strateške mjere koje uprava ciljnog društva poduzima onda kada smatra da je društvo izloženo preuzimanju, zbog niske cijene dionica društva, uvjeta na tržištu kapitala ili financijske nužde. U pravilu, poduzimanje preventivnih protupreuzimateljskih mjera pretpostavlja pribavljanje prethodne suglasnosti dioničara ciljnog društva, a njihovo poduzimanje ukazuje na spremnost uprave ciljnog društva očuvati autonomiju društva u ostvarenju njegovih ciljeva. Reaktivne protupreuzimateljske mjere (engl. *reactive anti-takeover measures, post-bid defences, responsive defensive measures*) su one mjere koje uprava ciljnog društva poduzima onda kada je već uslijedila ponuda za preuzimanje koja ima karakter neprijateljskog preuzimanja i kada se želi eliminirati konkretni preuzimatelj. Ove mjere predstavljaju kratkoročne taktičke mjere uperene protiv postojeće neprijateljske ponude za preuzimanje, koje se primjenjuju na dan ili nakon objave ponude za preuzimanje. Reaktivne protupreuzimateljske mjere čine određene financijske odgovore na uvjete iz ponude za preuzimanje, lobiranja i medijske aktivnosti, žalbe regulatornim i političkim tijelima te pronalaženje potencijalnog alternativnog

⁴² Striktnu primjenu pravila neutralnosti uprave osobito je kritizirala Njemačka. Na taj način bi se isključila primjena gotovo svih protupreuzimateljskih mjera (npr. povećanje temeljnog kapitala, prodaja imovine društva, stjecanje nove imovine i sl.), osim ako se prethodno pribavi suglasnost glavne skupštine ciljnog društva koja se mora održati tijekom trajanja ponude za preuzimanje. Pribavljanje takve suglasnosti u praksi je gotovo nemoguće zbog toga što je rok za objavu i pripremu sjednice glavne skupštine predugačak (najčešće 30 dana od dana objave do dana održavanja glavne skupštine). Upravo zbog takvih prigovora u čl. 9. st. 4. Trinaeste direktive propisano je da države članice mogu usvojiti pravila koja omogućavaju sazivanje glavne skupštine ciljnog društva radi odobrenja primjene protupreuzimateljskih mjera u skraćenom roku, uz uvjet da se glavna skupština ne smije održati prije nego što proteknu 2 tjedna od objave poziva. Vidi u Kirchner, C., Painter, R. W., op. cit., str. 6-7.

preuzimatelja. Njihovom primjenom se ne postavljaju trajne prepreke neprijateljskim preuzimanjima, a dobrobit dioničara se nastoji ostvariti postizanjem najveće cijene za dionice ciljnog društva u postupku preuzimanja.⁴³

Valja naglasiti da upravnim odborima u ciljnim društvima u SAD-u stoje na raspolaganju različite i brojne protupreuzimateljske mjere, čija je primjena s druge strane isključena u Velikoj Britaniji i drugim europskim državama. Razlozi za to su pravne i praktičke naravi, pri čemu europske države karakterizira detaljno pravno uređenje postupka preuzimanja trgovačkih društava, a naglasak je dat na reaktivne protupreuzimateljske mjere za čije je poduzimanje potrebno pribaviti suglasnost dioničara.

4.1. Preventivne protupreuzimateljske mjere

4.1.1. Poison pills

Jedna od najčešćih protupreuzimateljskih mjera u SAD-u kojom se koristi upravni odbor ciljnog društva su tzv. otrovne pilule (engl. *poison pills*).⁴⁴ *Poison pill* predstavlja protupreuzimateljsku mjeru kod koje ciljno društvo nudi svojim dioničarima prodaju dionica, bilo ciljnog društva, bilo društva preuzimatelja po cijenama koje su niže od tržišne vrijednosti tih dionica onda kada dođe do uspješnog preuzimanja ciljnog društva. Na taj način dolazi do obezvrjeđivanja dionica ciljnog društva, kako bi preuzimatelj ostvario gubitke na svom ulaganju. *Poison pills* se primjenjuju u dva osnovna oblika: *flip-in* i *flip-over*.⁴⁵ Kod otrovnih pilula s *flip-in* pravima dolazi do dodjele prava na stjecanje dodatnih dionica ciljnog društva po bitno nižoj cijeni dioničarima ciljnog društva,⁴⁶ izuzev preuzimatelju. Ta se prava dodjeljuju onda kada preuzimatelj neželjeno stekne ranije utvrđeni postotak dionica ciljnog društva ili objavi svoju ponudu za preuzimanje, kojom bi mogao steći taj postotak (obično između 10 i 20%). Budući da to pravo na stjecanje dionica ciljnog društva po povoljnijoj cijeni nema preuzimatelj, on trpi smanjenje vrijednosti onih dionica koje je on stekao. Kod otrovnih pilula s *flip-over* pravima nakon fuzije ciljnog društva i preuzimatelja, odnosno prodaje značajnog dijela imovine ciljnog društva preuzimatelju, svaki dioničar, osim preuzimatelja, stječe pravo na stjecanje dionica preuzimatelja po bitno nižoj cijeni od njihove tržišne cijene. Na taj način, dioničari ciljnog društva stječu disproporcionalni udio u temeljnom kapitalu preuzimatelja, a preuzimatelj opet trpi gubitke.⁴⁷

⁴³ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 312., Schoenberg, R., Thornton, D., op. cit., str. 144., Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 18. i 20., Parać, Zoran, *Nedopušteno stjecanje vlastitih dionica i njegove pravne posljedice*, Pravo u gospodarstvu, vol. 38, br. 4/1999., str. 596-597.

⁴⁴ *Poison pills* se javljaju sredinom 80-ih godina 20. stoljeća u SAD-u i pokazala su se kao jedno od najučinkovitijih sredstava za borbu protiv neprijateljskih preuzimanja.

⁴⁵ Subramanian, Guhan, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113., No. 3 (December), 2003., str. 5.

⁴⁶ Npr. po cijeni od 50 % tržišne vrijednosti dionica ciljnog društva.

⁴⁷ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 333-336., Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 18-19.

Upravo zbog činjenice da primjenom *poison pills* dolazi do obezvrjeđivanja ulaganja preuzimatelja, preuzimatelji se ustručavaju od probijanja pragova pri stjecanju udjela u temeljnom kapitalu ciljnog društva koji dovode do realizacije prava iz *poison pills*. Upravni odbor ciljnog društva tako stječe vrijeme za poduzimanje drugih protupreuzimateljskih mjera, ili za pronalaženje konkurentske ponude (engl. *white knight*), odnosno prodaju ciljnog društva na dražbi. Time osigurava maksimiziranje vrijednosti dionica ciljnog društva u korist njegovih dioničara. *Poison pills* ne dovode do smanjenja vrijednosti dionica ciljnog društva, pa ono i dalje ostaje atraktivno za potencijalno preuzimanje. Konačno, njihovom primjenom dolazi do povećanja vrijednosti dionica ciljnih društava koja su se opredijelila za njihovu primjenu.⁴⁸

Prednost *poison pills* očituje se i u činjenici da njezinu primjenu može usvojiti upravni odbor ciljnog društva bez posebne suglasnosti dioničara ciljnog društva, kao što upravni odbor može naknadno i izmijeniti prava iz *poison pills*. S obzirom na to da je *poison pill*, u formalnom smislu, dividenda koja se isplaćuje ovlaštenicima za kupnju dionica i upravni odbor ima isključivu ovlast za donošenje odluke o isplati dividende, *poison pill* može biti usvojena bez suglasnosti dioničara. Slijedom toga, svako društvo ima, tzv. skrivenu tabletu (engl. *shadow pill*) koju može aktivirati svaki put kada je to potrebno.⁴⁹ Konačno, dopustivost primjene *poison pills* i postupanje upravnog odbora ciljnog društva uvijek ocjenjuju sudovi.⁵⁰

Ovu vrlo uspješnu protupreuzimateljsku mjeru u SAD-u, uopće nije moguće primijeniti u Velikoj Britaniji i drugim europskim državama, stoga se ona ni ne pojavljuje u praksi preuzimanja dioničkih društava u tim državama.⁵¹

4.1.2. Dualistički sustav unutarnjeg ustrojstva dioničkog društva

U državama koje su prihvatile dualističko ustrojstvo dioničkog društva,⁵² gdje postoje uprava i nadzorni odbor, to ustrojstvo predstavlja najprirodniji način obrane od neprijateljskog preuzimanja.⁵³ Kako bi postigao stvarnu kontrolu nad ciljnim društvom, preuzimatelj mora identificirati članove uprave koje imenuje nadzorni odbor. Članovi uprave mogu biti opozvani i prije isteka

⁴⁸ Tako je istraživanje koje je proveo J.P. Morgan pokazalo da su od 1997. godine ona trgovačka društva koja su primijenila ovu protupreuzimateljsku mjeru prosječno ostvarila 4 % veću vrijednost svojih dionica pri preuzimanju, u odnosu na ona društva koja nisu primijenila ovu mjeru. Nju je uspješno primijenio Yahoo! te se obranio od neprijateljskog preuzimanja, zadržavši svoju nezavisnost u poslovanju. Vidi u Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 18.

⁴⁹ Subramanian, G., op. cit., str. 5., Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 333-334. i 339-341.

⁵⁰ *Moran v. Household International, Inc.*, 500 A.2d 1346, 1351 (Del. 1985). Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 337-339., Gilson, Ronald, *The Poison Pill in Japan: The Missing Infrastructure*, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No. 20/2004., str. 9-10.

⁵¹ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 695-696., Maurović, Ljiljana, *Položaj uprave ciljnog društva nakon objave ponude za preuzimanje*, Hrvatska pravna revija, br. 11/2002., str. 34.

⁵² Npr., Njemačka, Austrija, Slovenija, Danska, Nizozemska te Hrvatska.

⁵³ Picot, G., op. cit., str. 100.

njihova mandata, kada za to postoji važan razlog. S druge strane, kod opoziva članova nadzornog odbora odluku o tomu donosi glavna skupština ciljnog društva, i to kvalificiranom većinom. Vodeći računa o obično petogodišnjem mandatu članova uprave i četverogodišnjem članova nadzornog odbora, preuzimatelj se može naći u položaju da je dužan čekati duži niz godina kako bi mu se ukazala mogućnost preuzimanja ciljnog društva. Dakle, u konkretnom slučaju preuzimatelj bi imao kvalificiranu većinu, ali bi mu preuzimanje bilo onemogućeno iz razloga protivljenja članova uprave i nadzornog odbora ciljnog društva.

U SAD-u je prisutna praksa ustanovljavanja, tzv. stupnjevanih odbora (engl. *staggered board*, *classified board*). Naime, u američkoj pravnoj i poslovnoj praksi dionička društva primjenjuju monistički sustav unutarnjeg ustrojstva, koji se očituje u postojanju upravnog odbora koji objedinjuje, i poslovodne, i nadzorne funkcije u društvu. Statutom dioničkog društva moguće je podijeliti upravni odbor u nekoliko različitih skupina direktora (najčešće 3 skupine), koje čine jednaki broj članova upravnog odbora. Direktori svake skupine mogu biti izabrani ili opozvani jednom u 3 godine te im mandat traje 3 godine. Na taj način se rotacijom svake godine imenuje druga skupina direktora u upravni odbor. Zbog takvog parcijalnog obnavljanja članstva u upravnom odboru, stupnjevani odbori predstavljaju učinkovito sredstvo za sprječavanja natjecanja u ovladavanju glasovima u ciljnom društvu (engl. *proxy contest*). Stupnjevani odbor može spriječiti i većinskog dioničara da imenuje većinu članova upravnog odbora, prije nego što se provedu dva uzastopna izbora direktora, zbog toga što se svake godine izabire i opoziva samo jedna trećina direktora.⁵⁴ U praksi se najčešće kombinira primjena otrovnih pilula i stupnjevanih upravnih odbora, što predstavlja učinkovitu zapreku za neprijateljska preuzimanja. Stupnjevani upravni odbori spadaju u tzv. strukturalne protupreuzimateljske mjere koje ciljno društvo predviđa odredbama svojeg statuta (engl. *shark repellents*).⁵⁵ Za

⁵⁴ Na taj način većinski dioničar i kada stekne većinu u temeljnom kapitalu ciljnog društva, može imati opoziciju u dvije trećine postojećih direktora u upravnom odboru ciljnog društva. Ipak, u praksi kada preuzimatelj koji provodi neprijateljsko preuzimanje stekne većinu glasova u glavnoj skupštini, preostali direktori obično daju ostavku na svoje funkcije. Najčešće se odredbe statuta ciljnog društva o stupnjevanom upravnom odboru nastoje ojačati propisivanjem kvalificirane većine ili uvođenjem suglasnosti postojećih direktora za izmjenu ili ukidanje odredbi statuta o stupnjevanom upravnom odboru, ili o povećavanju broja članova upravnog odbora. Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 319-320.

⁵⁵ U tu skupinu spadaju i odredbe o kvalificiranoj većini za donošenje određenih odluka u glavnoj skupštini, odredbe o davanju pravične cijene za dionice manjinskih dioničara u slučaju njihovog isključenja iz ciljnog društva, odredbe o opozivu članova upravnog odbora samo ako postoji valjan razlog, odredbe o kumulativnom glasovanju (engl. *cumulative voting*) koje omogućavaju manjinskim dioničarima da koncentriraju svoje glasove i imenuju svoje predstavnike u upravnom odboru, odredbe o isključivom pravu postojećih direktora preuzeti upražnjena ili nova mjesta u članstvu upravnog odbora, odredbe koje uvjetuju sazivanje glavne skupštine (ograničenja pri sazivanju izvanredne skupštine, obveza prethodne objave poziva za glavnu skupštinu, pisana suglasnost za poduzimanje određenih radnji od strane dioničara). Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 316-325., Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 19.

poduzimanje ovih mjera potrebno je da upravni odbor pribavi suglasnost dioničara. Njihovom primjenom upravni odbor ciljnog društva dobiva više vremena za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera i pregovaranje u slučaju neprijateljskog preuzimanja te povećava njegov nadzor nad glasovanjem dioničara u ciljnom društvu. U pravilu, primjena takvih strukturalnih protupreuzimateljskih mjera nije dopuštena u europskim državama i Velikoj Britaniji, budući da su ta pitanja uređena zakonskim odredbama.⁵⁶

4.1.3. Izdavanje različitih vrsta dionica radi utjecaja na strukturu dioničara i njihovo pravo glasa

Jedna od mjera kojima se mogu sprječavati neprijateljska preuzimanja je i mogućnost izdavanja dionica uz isključenje prava prvenstva postojećih dioničara ili izdavanja zamjenjivih obveznica. Izdavanjem dionica uz isključenje prava prvenstva, uprava dobiva na raspolaganje dionice koje onda može dodijeliti onim dioničarima za koje je sigurna da neće prihvatiti ponudu za preuzimanje.⁵⁷ Tako se potencijalnom preuzimatelju onemogućava stjecanje tih dionica, a time i većinski udio u temeljnom kapitalu ciljnog društva. Konačno, to poskupljuje i sam postupak preuzimanja, budući da se ponuda mora odnositi na sve dionice ciljnog društva. Ovdje je temeljni problem pronaći dioničare od povjerenja koji će postupiti sukladno očekivanjima uprave ciljnog društva.⁵⁸

⁵⁶ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 313-316. i 695.

⁵⁷ To svoje pravo da uprava, uz suglasnost nadzornog odbora, donese odluku o povećanju temeljnog kapitala i izdavanju novih dionica, ostvaruje na temelju instituta odobrenog temeljnog kapitala (čl. 323.-327. ZTD). Ta je ovlast uprave vremenski ograničena na razdoblje od 5 godina od upisa društva u sudski registar, odnosno upisa izmjene statuta u sudski registar, te je ograničena kvantitativno na iznos od najviše polovine nominalnog iznosa temeljnog kapitala ciljnog društva u trenutku davanja ovlasti. Ako je ovlast za odobreni temeljni kapital dana upravi statutom, onda se može odrediti da uprava odlučuje i o isključenju prava prvenstva uz suglasnost nadzornog odbora (čl. 324. st. 2. i 325. st. 1. ZTD). Ako odluku o izmjeni statuta donosi glavna skupština i njome daje ovlast upravi društva da donese odluku o povećanju temeljnog kapitala, onda odluku o isključenju prava prvenstva donosi sama glavna skupština većinom od tri četvrtine glasova temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri donošenju te odluke. Uprava društva donosi odluku i o održavanju prava iz dionica i uvjetima za izdavanje dionica (čl. 325. st. 1. ZTD). Na taj način se izvorna ovlast glavne skupštine da odlučuje o povećanju temeljnog kapitala društva prenosi na upravu, koja na temelju toga može brzo i učinkovito reagirati na prilike koje se javljaju u poslovanju dioničkog društva. Sličnu ovlast moguće je dati upravi i u pogledu zamjenjivih obveznica (čl. 341. st. 2. i 4. ZTD). Vidi u Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga: Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2005., str. 769-775., Gorenc, Vilim, Slakoper, Zvonimir, Filipović, Vladimir, Brkanić, Vlado, *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, RRIF, 2004., str. 466-475.

⁵⁸ Krause, Nils, *The New German Takeover Law: An Overview of the New Regime*, *International and Comparative Corporate Law Journal*, Vol. 4, Issue 4/2002., str. 361. U SAD-u i Velikoj Britaniji često se koristi izdavanje dionica, tzv. bijelim paževima (engl. *white squire*). Bijeli paž je treća osoba koja je poslovni partner ili pasivan financijski ulagatelj koji je spreman držati većinski udio u temeljnom kapitalu ciljnog društva u razdoblju od 5 do 10 godina. Pritom se obično izdaju nove dionice koje čine više od 20 % iznosa temeljnog kapitala ciljnog društva, a koje bijeli paž uplaćuje u gotovini, a koja potom služi za rekapitalizaciju, stjecanje vlastitih dionica ciljnog društva ili

Daljnja mogućnost je izdavanje dionica uz ograničenje prava glasa.⁵⁹ Tako se statutom dioničkog društva može ograničiti korištenje prava glasa.⁶⁰ Time se propisuje najveći broj glasova koje može imati dioničar i ograničava glasačka snaga većinskog dioničara, pa tako i preuzimatelja.⁶¹ No, ovo je ograničenje moguće primijeniti samo u odnosu na one dionice kojima se ne trguje na organiziranom tržištu vrijednosnih papira te se ono ne primjenjuje kod donošenja odluka za koje je zakonom ili statutom propisano da se donose posebnom većinom koja se određuje po temeljnom kapitalu društva.⁶² U SAD-u i u Velikoj Britaniji statutom društva se može odrediti i izdavanje dionica s višestrukim pravom glasa, što imateljima takvih dionica daje veću glasačku snagu u odnosu na imatelje redovitih dionica. Takva je mogućnost isključena u njemačkom i hrvatskom pravu.⁶³

Dioničko društvo može odlučiti izdati i povlaštene dionice bez prava glasa. Izdavanje takvih dionica treba predvidjeti statutom društva, a njihova ukupna količina je ograničena na polovinu iznosa temeljnog kapitala dioničkog društva.⁶⁴ Izdavanjem tih dionica, dioničko društvo prikuplja kapital izvana, a da pritom ne zadire u postojeću strukturu dioničara u društvu i njihovo pravo glasa.⁶⁵ Na taj način uprava ciljnog društva može utjecati na strukturu dioničara.⁶⁶

kupnju druge imovine koja može otežati postupak preuzimanja. Od bijelog paža se traži postupanje sukladno sporazumu o mirovanju (engl. *standstill agreement*). Tim se sporazumom obvezuje da neće stjecati dodatne dionice u ciljnom društvu ili će ih stjecati do određenog iznosa, o načinu na koji će glasovati u glavnoj skupštini ciljnog društva, o pravu ciljnog društva na otkup dionica koje namjerava prodati bijeli paž i sl. Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 378-380. i 727-737. Ova taktika podsjeća na planove Vlade RH i mađarskog MOL-a o zamjeni dionica INE i MOL-a, kako bi se otežalo eventualno preuzimanje INE, odnosno MOL-a od strane OMV-a.

⁵⁹ U hrvatskom pravu je to određeno u čl. 291. st. 1. ZTD.

⁶⁰ Ograničenje je moguće odrediti pri osnivanju društva, u statutu, ili naknadnom izmjenom statuta, koja zahtijeva odluku glavne skupštine tri četvrtinskom većinom temeljnoga kapitala zastupljenoga na glavnoj skupštini.

⁶¹ To se ograničenje može odrediti tako da svaki dioničar ima samo jedan glas, da svaki dioničar ima određeni najveći broj glasova sukladno određenom postotku sudjelovanja u temeljnom kapitalu ili stupnjevanjem tako da puno pravo glasa daje određeni broj dionica, a dionice nakon toga broja daju smanjeni broj glasova. Ograničenja se ne smiju propisati samo za pojedine dioničare, već za sve dioničare kako bi se ostvarilo načelo o jednakom položaju dioničara u društvu. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 373-374., Gorenc, V., Slakoper, Z., Filipović, V., Brkanić, V., op. cit., str. 418-419.

⁶² Tako npr. sve one odluke koje se donose kvalificiranom većinom (izmjene statuta, povećanje i smanjenje temeljnog kapitala, statusne promjene dioničkog društva i dr.).

⁶³ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 325-332. i 724-727.

⁶⁴ Čl. 169. st. 2. i čl. 296.-297. ZTD.

⁶⁵ Dioničko društvo izdaje povlaštene dionice onda kada ne može izdati obveznice ili pribaviti kredit. One služe za saniranje lošeg financijskog stanja u dioničkom društvu. O ukidanju povlaštenosti tih dionica odlučuje glavna skupština društva kvalificiranom većinom i uz posebnu suglasnost povlaštenih dioničara. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 94-97. i 381-384.

⁶⁶ Dioničari mogu između sebe sklopiti i ugovor o vezanju glasova. Na temelju takvog obveznopravnog ugovora mogu zauzimati zajednička stajališta o određenim pitanjima o kojima se glasuje na glavnoj skupštini društva te na taj način postići zatvorenost društva, odnosno spriječiti preuzimanje društva od strane treće osobe. Zakonom se zabranjuje ugovaranje naknade ili koristi na ime obveze o načinu glasovanja na glavnoj skupštini iz ugovora o vezanju glasova (čl. 631. st. 1.

Statutom dioničkog društva moguće je propisati da je za prijenos dionica koje glase na ime⁶⁷ potrebno pribaviti suglasnost dioničkog društva.⁶⁸ Izdavanjem dionica na ime umjesto dionica na donositelja, uprava ima bolji uvid u strukturu dioničara te može unaprijed prepoznati namjeru preuzimanja i primijeniti odgovarajuće mjere.⁶⁹ Suglasnost za prijenos takvih dionica daje uprava te se statutom mogu propisati i razlozi za uskratu davanja takve suglasnosti.⁷⁰ U hrvatskom pravu vinkulacija se može uvesti samo glede dionica koje nisu izdane u nematerijaliziranom obliku.⁷¹ Time su iz mogućnosti primjene vinkulacije isključene one dionice koje su uvrštene na organiziranom tržištu vrijednosnih papira.⁷²

t. 8-9. ZTD). Takav ugovor ne može sklopiti onaj dioničar kojem je zabranjeno korištenje pravom glasa, tako da obveže drugog glasovati kako bi on htio (čl. 631. st. 1. t. 7. ZTD), niti se dioničar može obvezati da će glasovati sukladno uputama društva, članova uprave, nadzornog, odnosno upravnog odbora ili po uputama ovisnog društva, odnosno da će glasovati za svaki prijedlog uprave ili nadzornog, odnosno upravnog odbora (čl. 293. st. 2. ZTD). Takvi ugovori o vezanju glasova bili bi ništavi. Učinkovitost je takvih ugovora dvojbena, budući da ne postoje sankcije za dioničara koji glasuje suprotno ugovoru o vezanju glasova, a postoje i poteškoće u postupku ovrhe presude koja je donesena u povodu tužbe protiv takvog dioničara. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 384-387., Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 333.

⁶⁷ Dionice na ime se moraju upisati u registar dionica koji vodi uprava dioničkog društva te se tim upisom dokazuje i svojstvo dioničara društva.

⁶⁸ Čl. 227. st. 2-4. ZTD.

⁶⁹ U hrvatskom pravu je izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2007. godine propisana obveza izdavanja samo dionica koje glase na ime od dana stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZTD-a (1. travnja 2008. godine). Tako je u hrvatskom pravu *pro futuro* ukinuto razlikovanje dionica na ime i dionica na donositelja. Na taj način se želi osigurati preglednost strukture dioničara u dioničkim društvima.

⁷⁰ Statutom se može odrediti da tu suglasnost daju nadzorni, odnosno upravni odbor ili glavna skupština društva. Ako statutom nisu propisani razlozi uskrate suglasnosti, to može biti samo u interesu društva, a osobito ako bi se promjenom strukture dioničara ugrozio cilj društva ili njegova gospodarska opstojnost.

⁷¹ Nematerijalizirani vrijednosni papiri moraju se izdati u slučaju kada se radi o vrijednosnim papirima izdavatelja sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koji se izdaju ili nude javnom ponudom na području Republike Hrvatske. Kreditne institucije, investicijska društva osnovana kao dioničko društvo, društva za osiguranje i zatvoreni investicijski fondovi, dužni su izdati isključivo nematerijalizirane vrijednosne papire (čl. 490. st. 2. i 3. Zakona o tržištu kapitala, NN 88/08.).

⁷² To znači da je vinkulacija dopuštena u pogledu dionica koje glase na ime i za koje su izdane isprave o dionicama ili se vode u računalu, ali ne i na računu nematerijaliziranih vrijednosnih papira u kompjutorskom sustavu središnjeg depozitorija koji vodi Središnje klirinško depozitarno društvo. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 275-284. U usporednom pravu se ovoj protupreuzimateljskoj mjeri prigovara neučinkovitost, budući da vinkulacija ne obvezuje dioničara da prenese svoje dionice na ciljno društvo, već se njome ograničava sloboda prenosivosti dionica. Druga ugovorna strana utječe na dioničara na temelju ugovora o kupoprodaji dionica te nije od značaja posjeduje li ta ugovorna strana izravno dionice ili ostvaruje pravo glasa iz tih dionica preko dioničara. Vidi u Krause, N., op. cit., str. 362., Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 332.

4.1.4. *Stjecanje vlastitih dionica*

Stjecanjem vlastitih dionica ciljno društvo može povećati cijenu svojih dionica na burzi uslijed povećanja potražnje za dionicama ciljnog društva. Time je moguće otežati i povećati troškove preuzimanja ciljnog društva.⁷³ S obzirom na to da cijena dionica na burzi ovisi i o drugim čimbenicima, osim onih koji djeluju na tržištu, moguće je da ne dođe do željenog povećanja cijene dionica ciljnog društva. S druge strane, stjecanjem vlastitih dionica ciljno društvo smanjuje svoja likvidna sredstva te se optimizira kapitalna struktura. Ciljno društvo tako postaje manje atraktivno za preuzimanje, budući da preuzimatelj neće imati na raspolaganju ta likvidna sredstva. Ova bi sredstva preuzimatelju poslužila za pokriće obveza prema izvorima tuđeg kapitala koje bi angažirao radi realizacije potencijalne ponude za preuzimanje.⁷⁴ S druge strane, pozitivnim pravom postavljena su brojna ograničenja pri stjecanju vlastitih dionica.⁷⁵ Tako je ukupan iznos vlastitih dionica koje može steći i držati dioničko društvo ograničen na iznos od 10 % temeljnog kapitala društva, a to je u pravilu nedovoljno za sprječavanje neprijateljskog preuzimanja.⁷⁶ Ta su ograničenja postavljena jer se stjecanjem vlastitih dionica ugrožava temeljni kapital društva, a moguće su i zloporabe od strane uprave društva.⁷⁷ U pravilu, društvo može steći vlastite dionice samo na temelju odluke glavne skupštine kojom se daje ovlast upravi da stječe vlastite dionice. U točno određenim slučajevima uprava može i bez te odluke stjecati vlastite dionice. Na taj način je poduzimanje ove protupreuzimateljske mjere uvjetovano prethodnom suglasnošću dioničara ciljnog društva.⁷⁸

⁷³ Petrović, Siniša, Neka pitanja prometa dionica kod preuzimanja dioničkog društva, *Hrvatska pravna revija*, vol. 2, br. 8/2002., str. 23-25., gdje ističe razloge zbog kojih se ponuda za preuzimanje ne bi smjela odnositi i na vlastite dionice ciljnog društva.

⁷⁴ Vlastite dionice uprava ciljnog društva može potom rasporediti prijateljskim dioničarima ili samim članovima uprave. Vlastite dionice mogu poslužiti i kao reaktivna protupreuzimateljska mjera, ali uz uvjet da preuzimatelj ima marginalni udio u ciljnom društvu. Vidi u Parać, Z., op. cit., str. 597-599.

⁷⁵ Stjecanje vlastitih dionica je ograničeno iz razloga zbog kojih se one mogu stjecati, ukupnog iznosa vlastitih dionica koje društvo može posjedovati, obveze formiranja rezervi za stjecanje vlastitih dionica te obveze da se one otuđe u određenom roku, odnosno da se povuku. Prava iz vlastitih dionica miruju. Vidi čl. 233., 235. i 236. ZTD.

⁷⁶ Krause, N., op. cit., str. 361.

⁷⁷ Tako je stjecanjem vlastitih dionica moguće zaobilazno, otkupom dionica, vratiti dioničarima ono što su unijeli u društvo, manipulirati cijenama dionica, smanjivati kapital društva, dovoditi dioničare u nejednaki položaj ili favorizirati dioničare koji su skloni upravi. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 404-408., Barbić, Jakša, Parać, Zoran, Petrović, Siniša, Markovinović, Hrvoje, *Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2007.*, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 16-21.

⁷⁸ Stjecanjem vlastitih dionica smanjuje se broj dionica koje može steći društvo-preuzimatelj, povećava se glasačka snaga onih većinskih dioničara koji se nisu odlučili na prodaju svojih dionica te se raspodjeljuju novčana sredstva koja posjeduje ciljno društvo. Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 386-388. i 737-739.

4.1.5. *Crown jewels*

Rizična je protupreuzimateljska mjera prodaja vrijedne imovine društva (engl. *crown jewels*) koju preuzimatelj ima namjeru steći. Na taj način ciljno društvo postaje manje atraktivno za preuzimanje. Ovo se može poduzeti samo u ekstremnim situacijama budući da će ovakvo djelovanje u konačnici ići nauštrb samoga ciljnog društva. Iako ciljno društvo tako dolazi do gotovog novca,⁷⁹ može doći do pada tržišne vrijednosti dionica što bi olakšalo preuzimatelju stjecanje dionica ciljnog društva.⁸⁰ Ujedno, ovakvo ponašanje nije spojivo s obvezom neutralnosti članova uprave ciljnog društva i u konkretnom slučaju zahtijevat će se odobrenje glavne skupštine ciljnog društva.⁸¹

Sličnu protupreuzimateljsku mjeru predstavlja i kupnja nove imovine, odnosno drugog trgovačkog društva od strane ciljnog društva, koja može otežati postupak preuzimanja. Naime, u tom slučaju može doći do pojave nedopuštenih koncentracija na tržištu, što otežava ostvarenje postupka preuzimanja ciljnog društva.⁸²

4.2. *Reaktivne protupreuzimateljske mjere*

4.2.1. *Konkurentna ponuda*

U slučaju objave ponude za preuzimanje, uprava ciljnog društva može zauzeti negativno stajalište o ponudi i potražiti konkurentnu ponudu (engl. *white knight*), kako bi osigurala najveću moguću cijenu za dionice ciljnog

⁷⁹ Taj gotovi novac može se onda koristiti za rekapitalizaciju, stjecanje vlastitih dionica, stjecanje druge imovine što može dovesti do zabranjenih koncentracija na tržištu, koje također predstavljaju protupreuzimateljske mjere.

⁸⁰ Moguće je također prenijeti vrijednu imovinu ciljnog društva na društvo-kćer čiji je jedini dioničar ciljno društvo (engl. *spin-off transactions*), a dionice društva-kćeri se onda podijele dioničarima ciljnog društva na *pro rata* osnovi u obliku dividende. Na taj način, dioničari ciljnog društva zadržavaju svoje udjele u ciljnom društvu i stječu udjele u društvu-kćeri. Vidi u Krause, N., op. cit., str. 362., Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 371-377.

⁸¹ Tako u hrvatskom pravu čl. 552. st. 1. ZTD određuje da u slučaju sklapanja ugovora kojim se društvo obvezuje prenijeti na drugoga cijelu svoju imovinu ili imovinu čija je vrijednost veća od jedne četvrtine iznosa temeljnog kapitala i to predstavlja značajnu strukturnu promjenu društva, potrebna je suglasnost glavne skupštine koja odluku donosi glasovima koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri odlučivanju. Statutom je moguće propisati i veću većinu te ispunjenje dodatnih pretpostavki. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 893-897., Gorenc, V., et al., op. cit., str. 949-950.

⁸² Na taj način, uslijed povrede odredaba o zaštiti tržišnog natjecanja, društvo-preuzimatelj ne može zadržati stečene dionice, već ih je dužno otuđiti. S druge strane, tako ciljno društvo angažira svoj višak gotovog novca za kupnju nove imovine te postaje manje atraktivno za preuzimanje. Ovdje valja spomenuti i posebne naknade koje se plaćaju članovima uprave u slučaju prestanka njihove funkcije u ciljnom društvu (engl. *golden parachutes*). Najčešće se ti iznosi pojavljuju u obliku gotovinskih isplata, što može predstavljati značajan trošak za preuzimatelja pri neprijateljskim preuzimanjima. Vidi u Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 19-20., Krause, N., op. cit., str. 362.

društva.⁸³ Uprava pribavlja ponudu od strane "prijateljskog" ponuditelja, kako bi na taj način osujetila prvotnu neprijateljsku ponudu za preuzimanje.⁸⁴ Mogućnost pribavljanja konkurentne ponude predviđa i Trinaesta direktiva, pa je tako ona predviđena u zakonodavstvima brojnih europskih država. Realizacija konkurentne ponude može biti u određenim slučajevima otežana. Tako npr., ako je za stjecanje udjela u određenom ciljnom društvu potrebno prethodno pribaviti suglasnost regulatornih tijela, konkurentski ponuditelj mora pribaviti tu suglasnost, kao i neprijateljski ponuditelj, a kako je konkurentski ponuditelj taj postupak otpočeo kasnije, pretrpjet će određene štete uzrokovane razlikom u vremenu stavljanja ponude. S druge strane, potraga članova uprave za konkurentskom ponudom može stvoriti predodžbu da je određeno ciljno društvo na prodaju.⁸⁵ Konkurentna ponuda predstavlja iznimku od pravila o neutralnosti uprave ciljnog društva u vremenu trajanja samog postupka za preuzimanje. Praksa pokazuje da se konkurentna ponuda primjenjuje često kao protupreuzimateljska mjera i da je vrlo učinkovita, u odnosu na ostale protupreuzimateljske mjere.⁸⁶

4.2.2. Mišljenje uprave ciljnog društva o ponudi za preuzimanje

Mogućnosti uprave ciljnog društva da nakon objave ponude za preuzimanje poduzme protupreuzimateljske mjere ograničena je u pravima europskih država. S druge strane, čl. 9. st. 5. Trinaeste direktive propisuje obvezu uprave ciljnog društva izraditi i objaviti svoje mišljenje o ponudi i navesti razloge na kojima se ono temelji. Sukladno tomu u pravnim propisima europskih država predviđena je takva obveza za upravu ciljnog društva.⁸⁷ Mišljenje uprave ciljnog društva predstavlja značajan instrument koji može odrediti sudbinu konkretne ponude za preuzimanje, pa ako se uprava ciljnog društva izjasni pozitivno o ponudi, dioničari ciljnog društva će takvu ponudu prihvatiti. S druge strane, uprava

⁸³ Članovi uprave ciljnog društva mogu dati i vlastitu konkurentnu ponudu koja je financirana od strane neke treće osobe (engl. *competitive management buy-out (MBO) offer*). Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 715-716.

⁸⁴ U stranoj literaturi koristi se pojam *friendly offeror* kako bi se istaknula suprotnost od neprijateljskog ponuditelja za kojega se koristi pojam *hostile offeror*.

⁸⁵ Ferrarini, Guido, Hopt, Klaus, Wymeersch, Eddy, *Capital Markets in the Age of the Euro – Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002., str. 411.

⁸⁶ Krause, N., op. cit., str. 360., Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 713-714., Schoenberg, R., Thornton, D., op. cit., str. 149.

⁸⁷ Čl. 41. hrvatskog ZPDD, čl. 34. slovenskog Zakona o prevzemih (ZPre-1, Uradni list RS, br. 79/06), § 27 njemačkog Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG, BGBl. I S. 3822), Rule 25 engleskog City Code. Pritom valja ukazati da to mišljenje u njemačkom pravu zajedno usvajaju uprava i nadzorni odbor ciljnog društva. U hrvatskom pravu to mišljenje sastavlja uprava ciljnog društva, dok je u starom Zakonu o preuzimanju dioničkih društava iz 2002. godine to mišljenje sastavljao nadzorni odbor ciljnog društva. Slovenski zakonodavac koristi pojam poslovodstvo ciljnog društva, što obuhvaća upravu ili upravni odbor ciljnog društva kao nadležne za donošenje tog mišljenja.

ciljnog društva može dati i negativno mišljenje, te se na taj način ono pretvara u protupreuzimateljsku mjeru. Ovo mišljenje nije obvezujuće i konačnu odluku o prihvaćanju ponude za preuzimanje donose dioničari. Konačno, postoji odgovornost članova uprave ciljnog društva za točnost podataka sadržanih u njihovom mišljenju o ponudi.⁸⁸

4.2.3. Obrambena rekapitalizacija

Uprava ciljnog društva se u slučaju pojave neprijateljske ponude za preuzimanje može poslužiti i mjerama obrambene rekapitalizacije, pri čemu za njihovo poduzimanje mora uvijek pribaviti suglasnost dioničara ciljnog društva. Na taj način sami dioničari odlučuju prihvatiti ponudu za preuzimanje ili prihvatiti koristi iz mjera obrambene rekapitalizacije. Cilj je ovih mjera osigurati dioničarima ciljnog društva izravnu, kratkoročnu ekonomsku vrijednost i očuvati dioničarsku strukturu u ciljnom društvu, kao odgovor na ponudu za preuzimanje.⁸⁹ U okviru mjera obrambene rekapitalizacije uprava ciljnog društva može povećati opću razinu zaduženosti ciljnog društva (izdavanje dužničkih vrijednosnih papira, uzimanje kredita), izdavati nove redovne ili povlaštene dionice postojećim dioničarima ili trećim prijateljskim osobama, stjecati vlastite dionice radi vraćanja viška gotovine dioničarima, isplatiti uvećanu dividendu, kupovati novu imovinu za ciljno društvo i sl.⁹⁰ Kako smo to već ranije rekli, te mjere nakon objave ponude za preuzimanje uprava ciljnog društva ne može poduzeti jednostrano, već mora pribaviti suglasnost dioničara ciljnog društva.⁹¹

4.2.4. Pacman

Primjenom *pacman* protupreuzimateljske mjere uprava ciljnog društva nastoji spriječiti preuzimatelja u realizaciji ponude za preuzimanje istovremenim davanjem protuponude (engl. *counter offer*) za stjecanje dionica društva preuzimatelja. Primjena ove mjere je nepraktična, budući da zahtijeva pribavljanje dodatnih financijskih sredstava za realizaciju, a propisi o dioničkim društvima s uzajamnim udjelima ograničavaju mogućnost ostvarivanja prava iz takvih dionica.⁹² Posebno pitanje predstavlja odabir trenutka davanja i kvaliteta protuponude nakon objave neprijateljske ponude za preuzimanje ciljnog društva.

⁸⁸ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 660-663. i 708-712.

⁸⁹ Vrlo često se u praksi povećava opća razina dugova u ciljnom društvu te se povećava proporcionalni broj glasova kojima raspolažu članovi uprave ciljnog društva i njihovi saveznici, kao i radnici ciljnog društva.

⁹⁰ Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 712-713.

⁹¹ Ta obveza pribavljanja suglasnosti dioničara za mjere obrambene rekapitalizacije predviđena je, i nacionalnim propisima koji uređuju materiju postupka za preuzimanje dioničkog društva, i općim propisima prava društava.

⁹² Takvo ograničenje predviđa čl. 511. ZTD-a, koji propisuje da se ograničuje ostvarenje prava iz udjela društava s uzajamnim udjelima koja imaju udjele u veličini od 25 do 50 %, ako im je poznato takvo sudjelovanje, odnosno ako su obaviješteni o stjecanju takvog kvalificiranog udjela sukladno čl. 478. ZTD-a, najviše do 25 % svih udjela drugoga društva. To znači da ciljno

4.2.5. Greenmail

U SAD-u se kao protupreuzimateljska mjera primjenjuje *greenmail*.⁹³ Radi se o mjeri kod koje ciljno društvo stječe vlastite dionice po uvećanoj cijeni od dioničara koji ima namjeru pokrenuti postupak neprijateljskog preuzimanja (engl. *dissent shareholder, aggressor*). Zauzvrat taj dioničar odustaje od preuzimanja ciljnog društva. Svrha primjene *greenmaila* je izbjegavanje prisilnih ponuda za preuzimanje s niskom cijenom za dionice ciljnog društva i uklanjanje opasnosti od razarajućih natjecanja za stjecanje kontrole u ciljnom društvu. *Greenmail* se osobito često primjenjivao u 80-im i 90-im godinama 20. stoljeća, ali je doživio kritike te se uslijed zakonodavnih promjena koje su išle za njegovim ograničavanjem,⁹⁴ učinkovitosti *poison pillsa* i novog sustava oporezivanja takvih isplata primjenjuje sve rjeđe. Osnovne kritike primjene *greenmaila* usmjerene su na to da članovi upravnog odbora ciljnog društva koriste imovinu društva kako bi očuvali svoje pozicije, čime se povećavaju agencijski troškovi (engl. *agency costs*)⁹⁵ te su takve isplate nepravične jer koristi od njih ima samo pojedini dioničar, dok ostali dioničari trpe smanjenje vrijednosti svojih dionica.⁹⁶

U pravu europskih država primjena *greenmaila* je zabranjena.⁹⁷

4.2.6. Vođenje sudskih i upravnih postupaka kao protupreuzimateljska mjera

Pokretanje sudskih i upravnih postupaka protiv preuzimatelja predstavlja mjeru koja usporava postupak preuzimanja, no u pravilu nije učinkovita na duže

društvo ne može ostvarivati više od 25 % prava glasa u glavnoj skupštini društva-ponuditelja, ako društvo-ponuditelj drži više od 25 % dionica ciljnog društva i ako je izvijestilo ciljno društvo o takvom svom udjelu. Na taj način se želi očuvati temeljni kapital dioničkih društava te spriječiti osamostaljivanje uprava uzajamno povezanih dioničkih društava. Isto predviđaju i čl. 464. i 487. slovenskog ZGD-a i § 19 i 328 njemačkog AktG-a. Vidi u Krause, N., op. cit., str. 360-361., Jurić, Dionis, Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 2/2006., str. 946-947., 950-951., 954-958.

⁹³ Ime ove mjere potječe od uvjerenja da potencijalni preuzimatelji iznuđuju takve isplate od uprave ciljnog društva kako bi odustali od svoje namjere preuzimanja ciljnog društva.

⁹⁴ Npr. zakoni pojedinih saveznih država SAD-a određuju obvezu pribavljanja suglasnosti dioničara za svaku *greenmail* isplatu bilo kojem dioničaru društva koji ima udio veći od 5 % iznosa temeljnog kapitala društva. Sličnu odredbu i samo ciljno društvo može uvrstiti u svoj statut.

⁹⁵ Imovina ciljnog društva koristi se za sprječavanje postojećih ili mogućih ponuda za preuzimanje koje bi mogle biti korisne za dioničare ciljnog društva te se sprječava alokacija resursa u ruke učinkovitijih imatelja kontrolnih udjela.

⁹⁶ Time se ugrožava načelo jednakog položaja dioničara. Primjena *greenmaila* otvara mogućnost njegove zlorabe kroz opetovanu pojavu dioničara koji prijete ciljnom društvu, kao i pojavu pseudo-ponuda za preuzimanje kako bi došlo do isplata. Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 405-407., Pearce, J. A. II, Robinson, R. B., Jr., op. cit., str. 20-21. Zagovornici *greenmaila* smatraju da na takve isplate nemaju pravo svi dioničari na *pro rata* osnovi, da se njegovom primjenom povećava cijena koja se nudi za dionice ciljnog društva te promiče razvoj tržišta za korporativnu kontrolu (engl. *market for corporate control*) i smanjuje agencijske troškove. Vidi u Kenyon-Slade, S., op. cit., str. 408-412.

⁹⁷ Krause, N., op. cit., str. 362.

razdoblje. Svrha takvih postupaka jest pribavljanje sudskih ili upravnih odluka kojima se onemogućava preuzimatelja da stekne kontrolni paket dionica, a istovremeno ciljno društvo poduzima druge mjere kojima je cilj sprječavanje preuzimanja, odnosno pribavljanje povoljnijih ponuda za preuzimanje.

Ciljno društvo može pokrenuti odgovarajuće postupke protiv preuzimatelja u tri segmenta. Prvo, ciljno društvo može pokrenuti odgovarajući postupak pred nacionalnim regulatornim tijelom zbog povrede propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, budući da u slučaju uspješnog okončanja postupka preuzimanja nastaje zabranjena koncentracija na tržištu.⁹⁸ Drugo, ciljno društvo može pokrenuti postupak pred nacionalnim regulatornim tijelom zbog nedovoljnog objavljivanja podataka na temelju kojih dioničari ciljnog društva donose odluku o prihvaćanju ponude za preuzimanje.⁹⁹ Konačno, posljednja mogućnost je pokretanje sudskog postupka zbog prijevare koju je počinio preuzimatelj u postupku preuzimanja, no ovakva se tužba u praksi rijetko primjenjuje zbog teškoća u dokazivanju.

Prednost vođenja ovakvih postupaka očituje se u dobivanju vremena u postupku pregovaranja o ponudi za preuzimanje i njezinom poboljšanju, što doprinosi uspješnosti okončanja postupka preuzimanja.

5. Položaj uprave ciljnog društva kod neprijateljskog preuzimanja u poredbenom pravu

5.1. Trinaesta direktiva

Trinaesta direktiva o preuzimanju dioničkih društava iz 2004. godine¹⁰⁰ predstavlja pravni okvir za harmonizaciju nacionalnih prava država članica Europske unije, koje su je obvezne implementirati u svoje nacionalno zakonodavstvo do 20. svibnja 2006. godine te izvijestiti Komisiju EU o tomu (čl. 21. Trinaeste direktive).¹⁰¹ Nacionalni propisi o preuzimanju dioničkih društava u državama članicama EU će se razlikovati i nakon implementacije Trinaeste

⁹⁸ U Republici Hrvatskoj pokreće se upravni postupak pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja, koja svojim rješenjem ocjenjuje dopuštenost koncentracije i nalaže poduzimanje odgovarajućih mjera. O tome više vidjeti kod Petrović, Siniša, *Novo hrvatsko pravo tržišnog natjecanja*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 43, br. 4/2004., str. 256-257., gdje se osvrće i na otvorena pitanja kontrole odluka tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i predlaže rješenja *de lege ferenda*.

⁹⁹ U Republici Hrvatskoj postupak preuzimanja nadzire Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga. Ponuditelj ima obvezu dostaviti obavijest o nastanku obveze objave ponude za preuzimanje HANFI, ciljnom društvu, burzi i uredenom javnom tržištu na kojem je odobreno trgovanje dionicama ciljnog društva te istu bez odgode objaviti. U slučaju ako HANFA utvrdi nepravilnosti ili nezakonitosti, rješenjem nalaže poduzimanje radnji koje pridonose uspostavljanju zakonitosti, odnosno izriče odgovarajuću mjeru. Protiv rješenja HANFE nezadovoljna stranka može pokrenuti upravni spor.

¹⁰⁰ *Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids*, OJ L 142 p. 0012-0023.

¹⁰¹ *New Takeover Directive – Third Time Lucky*, dostupno na www.lkshields.ie/htmldocs/publications/pub164.htm, *Takeover Directive: Finally agreed*, dostupno na www.corporate.practicallaw.com/5-102-6520.

direktive, što proizlazi iz čl. 3. st. 2. Direktive gdje se ističe da države članice moraju poštivati temeljna načela Direktive kao minimum postavljenih zahtjeva, ali mogu propisati i dodatne uvjete i odredbe pored onih koje zahtijeva Direktiva. Nadalje, čl. 12. ostavlja mogućnost državama članicama stavljanja rezervi na primjenu čl. 9. i 11. Direktive, a koji uređuju načelo neutralnosti uprave ciljnog društva tijekom valjanosti ponude za preuzimanje te primjenu pravila proboja.¹⁰²

Kada se radi o položaju uprave ciljnog društva u postupku neprijateljskog preuzimanja relevantne su odredbe čl. 9., 11. i 12. Trinaeste direktive. Te su odredbe bile izvor prijepora između različitih država članica EU, što je i dovelo do dugotrajnog postupka utvrđivanja konačnog teksta Direktive.¹⁰³

Valja naglasiti da i točka 16. Preambule Trinaeste direktive naglašava ograničene mogućnosti uprave ciljnog društva u poduzimanju aktivnosti koje bi osujetile ponudu za preuzimanje. Ujedno kao jedno od općih načela Direktive ističe se da uprava ciljnog društva mora djelovati u interesu društva kao cjeline i ne smije imateljje vrijednosnih papira ciljnog društva onemogućiti u odlučivanju o ponudi za preuzimanje (čl. 3. st. 1. t. c Trinaeste direktive).

Člankom 9. Trinaeste direktive, koji nosi naslov *Obligations of the board of the offeree company* određena je zabrana poduzimanja protupreuzimateljskih mjera tijekom razdoblja valjanosti ponude za preuzimanje.

Prije upuštanja u daljnja obrazloženja potrebno je definirati pojam *board*, odnosno postavlja se pitanje radi li se u konkretnom slučaju o upravi i/ili nadzornom odboru. Zbog mogućnosti različitog tumačenja u st. 6. navedenog članka izričito se propisuje da ukoliko društvo ima, i upravu, i nadzorni odbor (dualistički ustroj) pojam *board* obuhvaća oba tijela. Dakle, u konkretnom slučaju obveze su nametnute, i upravi, i nadzornom odboru ciljnog društva. To ograničenje postupanja odnosi se samo na poduzimanje reaktivnih protupreuzimateljskih mjera.

Članak 9. st. 2. Direktive izričito zabranjuje upravi i nadzornom odboru, odnosno upravnom odboru ciljnog društva poduzimati bilo kakvu djelatnost, osim traženja alternativne (konkurentne) ponude, koja može rezultirati osujećenjem ponude za preuzimanje. Uprava i nadzorni odbor, odnosno upravni odbor ciljnog društva imaju obvezu pribaviti prethodno odobrenje glavne skupštine za

¹⁰² Trinaesta direktiva u čl. 5. ne određuje ni postotak glasova u ciljnem društvu koji stekne stjecatelj, a koji dovodi do nastanka njegove obveze objave ponude za preuzimanje, već je to prepušteno državama članicama u kojima ciljno društvo ima registrirano sjedište.

¹⁰³ Tako su Komisija EU i Velika Britanija predlagali uporabu Trinaeste direktive kao sredstva koje će omogućiti izlazak dioničkih društava na tržište koje će vršiti kontrolu nad poduzimanjem protupreuzimateljskih mjera, s ciljem stvaranja liberalnog oblika kapitalizma koji privilegira manjinske dioničare i radnike. S druge strane, Europski parlament i mnoge kontinentalne države članice borile su se protiv tog prijedloga, smatrajući da bi neprijateljska preuzimanja potkopala djelovanje netržišnih instrumenata koje podupiru kompetitivnost industrije u odnosu na postojeći koordinirani oblik kapitalizma. Tako je došlo do sukoba tržišno orijentiranih stajališta i protekcionističkih stajališta o mogućnosti preuzimanja europskih dioničkih društava od strane inozemnih preuzimatelja. Vidi u Nilsen, André, *The EU Takeover Directive and the Competitiveness of European Industry*, www.oxfordgovernance.org/index.php/100/0/.

poduzimanje mjera koje bi mogle ugroziti realizaciju ponude za preuzimanje, a osobito prije izdavanja dionica koje mogu predstavljati dugotrajnu zapreku ponuditelju za stjecanje kontrole nad ciljnim društvom. Pribavljanje navedenog odobrenja bit će obvezatno od trenutka kada uprava i nadzorni odbor, odnosno upravni odbor ciljnog društva prime obavijest o objavi ponude za preuzimanje do objavljivanja rezultata ponude ili njenog neuspjeha (čl. 9. st. 2. t. 2. Trinaeste direktive).¹⁰⁴ Međutim, države članice mogu zahtijevati navedeno odobrenje u ranijoj fazi, npr. od trenutka kada su uprava i nadzorni odbor, odnosno upravni odbor ciljnog društva postali svjesni da je ponuda za preuzimanje neizbježna.¹⁰⁵ Za svaku odluku koja je donesena prije razdoblja od objave ponude do objave njezinih rezultata, a koja još nije u cijelosti ili djelomično provedena, zahtijeva se odobrenje dioničara ukoliko ona prelazi redovite okvire poslovanja i ukoliko bi njeno provođenje moglo rezultirati osujećenjem ponude (čl. 9. st. 3. Trinaeste direktive). Navedeni uvjeti postavljeni su kumulativno.¹⁰⁶ Kako bi se omogućilo pravodobno pribavljanje suglasnosti dioničara ciljnog društva za poduzimanje protupreuzimateljske mjere, a radi dužine vremena potrebnog za sazivanje i održavanje glavne skupštine u odnosu na rok valjanosti ponude za preuzimanje,¹⁰⁷ države članice mogu donijeti pravila koja dopuštaju sazivanje glavne skupštine u kraćem razdoblju od uobičajenog, pri čemu vrijeme od sazivanja glavne skupštine do njezinog održavanja ne smije biti kraće od 2 tjedna (čl. 9. st. 4. Trinaeste direktive).¹⁰⁸

Sukladno čl. 9. st. 5. Direktive, uprava ciljnog društva dužna je izraditi i objaviti svoje mišljenje o stavljenoj ponudi za preuzimanje te ga obrazložiti. U navedenom mišljenju treba se osvrnuti na učinke koji će izazvati prihvaćanje ponude na svim područjima od interesa za društvo, uključujući radne odnose radnika te na strateške planove ponuditelja u odnosu na ciljno društvo, a osobito njihov učinak na radne odnose radnika i sjedište poslovanja ciljnog društva.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Odmah po objavi ponude za preuzimanje uprava i nadzorni odbor, odnosno upravni odbor ciljnog društva i ponuditelja imaju obvezu obavijestiti o ponudi predstavnike svojih radnika, odnosno same radnike (čl. 6. st. 1. Trinaeste direktive).

¹⁰⁵ Vidi u The Takeover Directive, Freshfields Bruckhaus Deringer, www.freshfields.com/takeoverdirective.

¹⁰⁶ Na ovaj način se traži suglasnost glavne skupštine i za pendentne protupreuzimateljske mjere koje uprava ciljnog društva namjerava poduzeti, a odluka o njihovom poduzimanju je donesena prije same objave ponude za preuzimanje, a koje bi mogle onemogućiti realizaciju ponude za preuzimanje.

¹⁰⁷ Čl. 7. st. 1. Trinaeste direktive propisuje da rok za prihvatanje ponude za preuzimanje ne smije biti kraći od 2 tjedna niti duži od 10 tjedana od objave ponude za preuzimanje.

¹⁰⁸ Inače se pri sazivanju, tzv. redovitim glavnih skupština najčešće traži da to razdoblje od sazivanja do održavanja glavne skupštine ne smije biti kraće od 30 dana. Tako i čl. 279. hrvatskog ZTD-a.

¹⁰⁹ U ispravi o ponudi za preuzimanje, ponuditelj mora navesti svoje namjere vezane uz buduće poslovanje ciljnog društva, a ako ponuda utječe i na poslovanje ponuditelja, onda i namjere u pogledu njegovog budućeg poslovanja. Isprava o ponudi za preuzimanje mora sadržavati i namjere ponuditelja u pogledu očuvanja radnih mjesta radnika i uprave ciljnog društva, uključujući svaku značajniju promjenu uvjeta zapošljavanja te osobito ponuditeljeve strateške planove za oba društva i moguće posljedice na zapošljavanje i sjedišta poslovanja društava (čl. 6. st. 3. t. i. Trinaeste direktive).

Ovo mišljenje uprava ciljnog društva mora bez odgode dostaviti predstavnicima svojih radnika ili samim radnicima.¹¹⁰ Na taj način se žele zaštititi i interesi radnika u ciljnog društvu, kako bi bili pravodobno obaviješteni o učincima preuzimanja na radne odnose.¹¹¹

Na ovaj način su se tijela EU opredijelila za primjenu pravila neutralnosti uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora ciljnog društva u razdoblju valjanosti ponude za preuzimanje po uzoru na engleski *City Code*. Ipak, ovakav položaj upravnih tijela ciljnog društva nije apsolutan, već se njima ostavlja mogućnost traženja konkurentne ponude, odnosno poduzimanje protupreuzimateljskih mjera uz suglasnost dioničara ciljnog društva.¹¹² Konačno, uprava ciljnog društva i svojim mišljenjem o ponudi za preuzimanje može utjecati na njezinu sudbinu. Odluku o prihvatanju ponude i dalje donose dioničari ciljnog društva, ali se upravnim tijelima društva otvara mogućnost poboljšati uvjete iz ponude, a osobito cijenu za dionice ciljnog društva.¹¹³ Tek po objavi ponude za preuzimanje, dioničari ciljnog društva mogu ocijeniti sve relevantne podatke i donijeti odluku o prihvatanju ili odbijanju ponude za preuzimanje, odnosno poduzimanju protupreuzimateljskih mjera. Stoga se isključuje mogućnost da dioničari unaprijed odobre upravi i nadzornom odboru, odnosno upravnom odboru ciljnog društva poduzimanje određenih protupreuzimateljskih mjera u slučaju pojave ponude za preuzimanje.¹¹⁴

U čl. 11. Trinaeste direktive predviđena je primjena pravila proboja (engl. *breakthrough rule*), koja je u nacrt Direktive bila unesena na prijedlog Visoke skupine stručnjaka za pravo društava. Svrha je ovog pravila uklanjanje svih pravnih zapreka koje onemogućavaju ponuditelju ostvariti kontrolu u ciljnog društvu nakon što je uspješno okončao postupak preuzimanja i stekao nominalno kontrolni paket dionica u ciljnog društvu. Njegovom primjenom ostvaruje se sloboda kretanja kapitala kao jedna od temeljnih sloboda koja doprinosi uspostavi unutarnjeg tržišta EU.¹¹⁵ Pritom se krenulo od činjenice da u državama članicama EU postoje značajne razlike, i u nacionalnim pravilima prava društava koja uređuju različite mehanizme i strukture, i u kapitalnim i kontrolnim strukturama dioničkih društava iz različitih država članica. Radi omogućavanja prekograničnih preuzimanja Visoka skupina je predložila primjenu dva temeljna načela: načelo

¹¹⁰ Uprava ciljnog društva dužna je svojem mišljenju priložiti i odvojeno mišljenje predstavnika radnika o utjecaju ponude na zapošljavanje, ako ga pravodobno zaprimi.

¹¹¹ Ipak, ovdje je položaj radnika ciljnog društva ograničen na savjetodavnu ulogu.

¹¹² Ovi izuzeci od pravila neutralnosti nastali su pod utjecajem njemačkog prava. Vidi u Mülbart, Peter O., *Make It or Break It: The Break-Through Rule as a Break-Through for the European Takeover Directive?*, Law Working Paper No. 13/2003, August 2003, www.ecgi.org/wp, str. 11-12.

¹¹³ Mülbart, P.O., op. cit., str. 12-13.

¹¹⁴ Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Brussels, 10 January 2002, str. 20-21. i 27-28., Mülbart, P.O., op. cit., str. 6-7. i 11-16.

¹¹⁵ Wooldridge, Frank, *The Recent Directive on Takeover-Bids*, *European Business Law Review*, No. 15(2), April, 2004., str. 153.

odlučivanja dioničara i načelo proporcionalnosti.¹¹⁶ Ostvarenje ovih načela je moguće samo uz primjenu pravila proboja kojima se uklanjaju sve zapreke ponuditelju u realizaciji kontrole nad ciljnim društvom po okončanju postupka preuzimanja.

Sukladno čl. 11. Trinaeste direktive države članice u slučaju objave ponude za preuzimanje dionica dioničkih društava koje su uvrštene na organizirano tržište imaju obvezu primijeniti odgovarajuća pravila. Prvo, svako ograničenje prijenosa dionica predviđeno u statutu ciljnog društva ne primjenjuje se na ponuditelja u roku za prihvaćanje ponude za preuzimanje (čl. 11. st. 2. Trinaeste direktive).¹¹⁷ Drugo, ograničenja prava glasa iz statuta ciljnog društva ne vrijede na glavnoj skupštini dioničara na kojoj se odlučuje o davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera (čl. 11. st. 3. Trinaeste direktive).¹¹⁸ Na ovaj način se želi osigurati uspješna realizacija ponude za preuzimanje te participacija svih dioničara ciljnog društva pri odlučivanju o rezultatu ponude za preuzimanje uz primjenu načela "jedna dionica – jedan glas". Onog trenutka kada ponuditelj nakon okončanja ponude za preuzimanje stekne udio od 75 % ili više u temeljnom kapitalu ciljnog društva, a koje dionice daju pravo glasa, ne primjenjuju se nikakva ograničenja prijenosa dionica ili ograničenja prava glasa iz tih dionica, kao niti izvanredna prava dioničara na imenovanje ili opoziv članova uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora ciljnog društva koja su predviđena statutom ciljnog društva (čl. 11. st. 4. Trinaeste direktive). Dionice s višestrukim pravom glasa daju pravo na samo jedan glas na prvoj glavnoj skupštini dioničara po isteku ponude, a koja je sazvana od strane ponuditelja radi odlučivanja o izmjeni statuta ili imenovanju, odnosno opozivu članova uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora ciljnog društva.¹¹⁹

¹¹⁶ Načelo proporcionalnosti između rizika i kontrole znači da svi imatelji rizičnog kapitala, a to znači imatelji prava na dobit i imovinu društva, imaju ovlast sudjelovati u donošenju odluka koje se odnose na ponudu za preuzimanje. Oni imaju pravo glasa, i pri odlučivanju o ishodu ponude za preuzimanje (odobrenje reaktivnih protupreuzimateljskih mjera), neprimjeni ograničenja za prijenos dionica ciljnog društva, i pri održavanju glavne skupštine ciljnog društva koju je sazvaio ponuditelj nakon uspješnog okončanja postupka preuzimanja. Nadalje se ovo načelo manifestira u zahtjevu da svi imatelji rizičnog kapitala imaju ovlast ostvarivati pravo glasa proporcionalno njihovim udjelima u rizičnom kapitalu (primjena načela jedna dionica - jedan glas). To znači da pravo glasa imaju i imatelji povlaštenih dionica bez prava glasa, ne primjenjuju se statutarna ograničenja ukupnog broja glasova pojedinih dioničara niti se primjenjuju prava iz dionica s dvostrukim ili višestrukim pravom glasa pri odlučivanju o pitanjima preuzimanja dioničkog društva. Vidi u Report of the High Level Group, str. 21-22. i 28-29., Mülbart, P.O., op. cit., str. 7. i 16-17.

¹¹⁷ Također se ne primjenjuju ni ograničenja prijenosa dionica iz ugovornih sporazuma (engl. *contractual agreements*) između ciljnog društva i imatelja njihovih dionica ili ugovornih sporazuma između imatelja dionica ciljnog društva, koji su bili usvojeni nakon usvajanja Trinaeste direktive, na ponuditelja u roku za prihvaćanje ponude za preuzimanje.

¹¹⁸ Ne primjenjuju se ni ograničenja prava glasa iz ugovornih sporazuma između ciljnog društva i imatelja njihovih dionica ili ugovornih sporazuma između imatelja dionica ciljnog društva, koji su bili usvojeni nakon usvajanja Trinaeste direktive. Dionice s višestrukim pravom glasa daju na glavnoj skupštini ciljnog društva pravo na samo jedan glas pri davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera.

¹¹⁹ Ponuditelj ima pravo sazvati takvu glavnu skupštinu ciljnog društva u kraćem roku, uz uvjet da se glavna skupština održi po proteku najmanje 2 tjedna od sazivanja.

Ponuditelju se time želi osigurati realizacija njegove kontrole nad ciljnim društvom po okončanju postupka za preuzimanje kada dosegne navedeni prag, i to ukidanjem određenih preventivnih protupreuzimateljskih mjera sadržanih u statutu ciljnog društva.¹²⁰

U slučaju ukidanja spomenutih prava, mora se predvidjeti pravična naknada za gubitak koji pretrpe imatelji takvih prava (čl. 11. st. 5. Trinaeste direktive).¹²¹ Odredbe Direktive o neprimjeni ograničenja prava glasa na glavnoj skupštini ciljnog društva koja odlučuje o davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera i odredbe Direktive o neprimjeni ograničenja prava glasa u slučaju stjecanja kvalificiranog udjela od strane ponuditelja ne primjenjuju se u pogledu onih dionica kod kojih je ograničenje prava glasa nadomješteno specifičnim novčanim prednostima (npr. povlaštene dionice) (čl. 11. st. 6. Trinaeste direktive).¹²² Odredbe čl. 11. Trinaeste direktive ne primjenjuju se u pogledu onih dionica ciljnog društva koje drže same države članice, a koje im daju posebna prava (tzv. zlatne dionice), a koje su u skladu s Ugovorom o EZ, nacionalnim pravima država članica koja su u skladu s Ugovorom o EZ ili u slučaju zadruga (čl. 11. st. 7. Trinaeste direktive). Državna tijela zlatnim dionicama nastoje osigurati svoj utjecaj u javnim poduzećima¹²³ koja su ušla u postupak privatizacije zadržavajući za sebe određena posebna prava, koja daju pravo veta na donošenje određenih odluka u glavnoj skupštini dioničkog društva. Ta posebna prava, koje ima država kao dioničar u privatiziranom dioničkom društvu, dijelimo na izravna i posredna investicijska ograničenja.¹²⁴ Problem dopustivosti primjene zlatnih dionica osobito je značajan za EU, budući da je njihova primjena u protivnosti s temeljnom slobodom kretanja kapitala

¹²⁰ To znači da ponuditelj nakon što stekne spomenuti udio ima ovlast izmijeniti statut ciljnog društva, odnosno ukinuti dionice s dvostrukim ili višestrukim pravom glasa, ukinuti ograničenja ukupnog broja glasova, zamijeniti povlaštene dionice bez prava glasa za redovne dionice, odnosno ukinuti prava pojedinih dioničara na imenovanje, odnosno opoziv članova uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora ciljnog društva. Vidi u Report of the High Level Group, str. 32-35. i 28-29., Mülbart, P.O., op. cit., str. 17-18.

¹²¹ Svaka država članica određuje uvjete za određivanje i način isplate pravične naknade.

¹²² To znači da povlaštene dionice bez prava glasa neće davati pravo glasa pri odlučivanju o davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera ili odlučivanju o izmjeni statuta ciljnog društva, odnosno imenovanju ili opozivu članova njegovih upravnih tijela nakon stjecanja 75 % dionica ciljnog društva od strane ponuditelja.

¹²³ Javna poduzeća (engl. *public utilities*, njem. *öffentliche Versorgungsbetriebe*, franc. *service public*) moguće je odrediti kao trgovačka društva koja se nalaze pod nadzorom vladinih (državnih) tijela, koji se ostvaruje, određivanjem opće poslovne politike javnog poduzeća i izbora članova uprave javnog poduzeća. Javna poduzeća se najčešće osnivaju u području elektroprivrede, opskrbe plinom i vodnom gospodarstvu, željeznici i lokalnom javnom prijevozu, poštanskim uslugama i telekomunikacijama. Vidi u Jurić, Dionis, Oblici sudjelovanja države u obavljanju javnih službi, Pravo i porezi, God. XVII., br. 1/2008., str. 9.

¹²⁴ Investicijska ograničenja daju državi ovlast kontrolirati promjene u strukturi dioničara, a time i mogućnost utjecaja na odluke koje donosi uprava društva. Izravna investicijska ograničenja štite trgovačko društvo od neprijateljskih preuzimanja. Vidi u Special rights of public authorities in privatised EU companies: the microeconomic impact, Report prepared for the European Commission, Oxera, November 2005., str. 1-2.

između država članica EU. S druge strane, njihova primjena je dopuštena ako je utemeljena na opravdanim razlozima (javni poredak i javna sigurnost) ili na zahtjevu za ostvarenjem općeg interesa koji nije diskriminirajući i koji zadovoljava načelo proporcionalnosti i pravne sigurnosti.¹²⁵ Europski je sud u svojim presudama utvrdio pretpostavke za dopustivost primjene zlatnih dionica.¹²⁶

Članak 12. st. 1. Trinaeste direktive daje pravo državama članicama da ne primjenjuju odredbe čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. na ona uvrštena dionička društva koja imaju registrirano sjedište na njihovom državnom području. Tako se pojedina država članica može opredijeliti da uprava i nadzorni odbor, odnosno upravni odbor ciljnog društva imaju veću slobodu u poduzimanju protupreuzimateljskih mjera nakon objave ponude za preuzimanje, odnosno neprimjenu pravila proboja. Na taj način se otvara mogućnost zaštite domaćih dioničkih društava od preuzimanja gdje se kao ponuditelj pojavljuje inozemno trgovačko društvo. Ipak, države članice i u slučaju kada stave rezerve na primjenu spomenutih članaka, moraju dati domaćim dioničkim društvima mogućnost primjene čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Direktive, koju je moguće opozvati (čl. 12. st. 2. Trinaeste direktive).¹²⁷ Na taj način se domaćim dioničkim društvima omogućava uvrštenje dionica na organizirana tržišta drugih država članica uz primjenu općeg režima koji je predviđen Trinaestom direktivom, te se omogućava njihov ravnopravni položaj s onim dioničkim društvima koja dolaze iz država članica koje nisu primijenile rezervu na primjenu čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Trinaeste direktive. Države članice mogu, pod uvjetima koji su određeni nacionalnim pravom, dionička društva koja primjenjuju čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Direktive

¹²⁵ Mjere koje se poduzimaju moraju se temeljiti na objektivnom, nediskriminirajućem kriteriju koji je unaprijed poznat (pravna sigurnost), njihova je primjena vremenski ograničena, protiv njih je moguće uložiti pravni lijek pred višom instancom i zadovoljavaju načelo proporcionalnosti.

¹²⁶ Problemom zlatnih dionica bavio se i Europski sud u tri predmeta koji su se vodili protiv Belgije (predmet C-503/99, *Commission v. Belgium*), Francuske (predmet C-483/99, *Commission v. France*) i Portugala (predmet C-367/98, *Commission v. Portugal*). Ovdje još valja navesti predmet koji se vodi protiv Njemačke i zlatnih dionica u dioničkom društvu Volkswagen (predmet C-112/05) i presuda Europskog suda protiv Nizozemske i zlatnih dionica u poštanskom operatoru TNT iz 2006. godine. Europski sud u svojim presudama nije odredio da su zlatne dionice protivne pravu EU, već je utvrdio da one moraju ispunjavati tri uvjeta da bi bile u skladu s regulativom EU: 1) zlatnim dionicama treba težiti postizanju određenog izvorno legitimnog cilja, ali i biti u skladu s načelom slobode kretanja kapitala u EU, 2) Europski sud je utvrdio i određene proceduralne uvjete koji osiguravaju pravnu sigurnost i izvjesnost potencijalnih ulagatelja i 3) ograničenje prijenosa dionica mora biti krajnje ograničavajuće sredstvo za postizanje legitimnog cilja (načelo proporcionalnosti). Vidi u Bär-Bouyssière, Bertold, *A lifeline for golden shares?*, *The Global Competition*, 2002, http://www.coudert.com/publications/articles/020920_shares_gc.pdf, 23. lipnja 2005., str. 19-20., Soal, Jeff, *The Legality of Golden Shares in the EU*, Gibson, Dunn & Crutcher, www.gibsondunn.com/practices/publications/detail/id/766, str. 1-8.

¹²⁷ Dioničko društvo tada može donijeti odluku o primjeni čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Direktive odlukom glavne skupštine, u skladu s propisima države članice u kojoj društvo ima registrirano sjedište i u skladu s pravilima o izmjeni statuta društva. Odluka se potom priopćava nacionalnom regulatornom tijelu države članice u kojoj društvo ima registrirano sjedište, kao i svim regulatornim tijelima država članica na čijim organiziranim tržištima su uvrštene dionice navedenog društva ili je društvo podnijelo zahtjev za uvrštenje dionica.

osloboditi primjene tih članaka u slučaju ako ta društva postanu cilj ponude za preuzimanje koju daje društvo koje ne primjenjuje navedene članke, ili društva koje izravno, ili neizravno kontrolira potonje društvo (čl. 12. st. 3. Trinaeste direktive).¹²⁸ Države članice imaju obvezu objaviti bez odgode pravila koja se primjenjuju na pojedina društva (čl. 12. st. 4. Trinaeste direktive).

5.2. Njemačka

U njemačkom je pravu postupak preuzimanja dioničkih društava uređen Zakonom o stjecanju vrijednosnih papira i preuzimanju (*Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG)*)¹²⁹ iz 2001. godine.¹³⁰ Kada se radi o položaju uprave i nadzornog odbora ciljnog društva u postupku preuzimanja relevantan je § 33 WpÜG.¹³¹ U § 33 st. 1. WpÜG određuje se da uprava i nadzorni odbor ciljnog društva u razdoblju od objave odluke o davanju ponude do objave rezultata ponude ne smije poduzimati bilo koju radnju koja bi mogla osujetiti uspjeh ponude. To se ne odnosi na one radnje koje bi poduzeo uredan i savjestan član uprave nekog društva koje nije izloženo ponudi za preuzimanje, pri pronalaženju konkurentne ponude,¹³² odnosno za one radnje za čije je poduzimanje sugla-

¹²⁸ Time se želi osigurati ravnopravni položaj uvrštenih dioničkih društava na unutarnjem tržištu EU kroz primjenu načela reciprociteta. Ipak, ovo se pravilo neće primjenjivati u slučaju ako je ponuditelj fizička osoba, trgovačko društvo čije dionice nisu uvrštene na organizirano tržište unutar EU ili trgovačko društvo osnovano u državi koja nije članica EU. Ovo posljednje izuzeće je osobito iznenađujuće jer se uvođenjem čl. 12. Direktive želio osigurati ravnopravni položaj europskih i američkih dioničkih društava. Postoji bojazan da će odredba čl. 12. Direktive poticati protekcionizam i spriječiti uspostavu jedinstvenih pravila za preuzimanje dioničkih društava u EU. Vidi u *The Takeover Directive*, Freshfield Bruckhaus Deringer, January 2005, str. 11-12. Svaka mjera uporabljena sukladno st. 3. mora biti odobrena na glavnoj skupštini ciljnog društva najmanje 18 mjeseci prije javne objave ponude za preuzimanje (čl. 12. st. 5. Trinaeste direktive).

¹²⁹ *Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3822)*, zuletzt geändert durch Artikel 3a des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3089).

¹³⁰ Ledić, Dragutin, Zubović, Antonija, *Preuzimanje dioničkih društava u Europskoj uniji i usporednom pravu, Pravo i porezi*, vol. 12, br. 6/2003., str. 23.

¹³¹ U Njemačkoj je val neprijateljskih preuzimanja pokrenut krajem 1999. godine kada je britanska grupacija za mobilnu telefoniju Vodafone Airtouch objavila ponudu za preuzimanje njemačke telekomunikacijske grupacije Mannesmann AG zamjenom dionica između dviju grupacija. Ovaj postupak neprijateljskog preuzimanja je potom potakao donošenje Zakona o stjecanju vrijednosnih papira i preuzimanju. Pri njegovom donošenju analizirala se učinkovitost usvajanja regulative o postupku preuzimanja i postojećih pravila o povezanim društvima u njemačkom pravu. S obzirom na strukturu dioničara u njemačkim dioničkim društvima, pravila o povezanim društvima su značajnija u njemačkoj pravnoj i poslovnoj praksi. Vidi u Baum, Harald, *Takeover Law in the EU and Germany: Comparative Analysis of a Regulatory Model*, University of Tokyo Journal of Law and Politics, Vol. 3, Spring 2006., str. 60-72., kao i na web stranicama www.eurofound.europa.eu/eiro/1999/11/feature/de9911220f.htm, 22. rujna 2008., www.eurofound.europa.eu/eiro/2000/03/inbrief/de0003248n.htm, 1. listopada 2008.

¹³² Konkurentna je ponuda uređena § 22 WpÜG. Konkurentna ponuda je svaka ponuda koju je dala treća osoba tijekom roka za prihvatanje ponude za preuzimanje koju je objavio ponuditelj (§ 22 st. 1. WpÜG).

snost dao nadzorni odbor ciljnog društva.¹³³ Na taj način njemački zakonodavac prihvaća pravilo neutralnosti uprave i nadzornog odbora ciljnog društva nakon objave ponude za preuzimanje. U slučaju, ako je prije objave odluke o davanju ponude, glavna skupština ciljnog društva odobrila upravi poduzeti radnje, koje se inače nalaze u njezinoj nadležnosti, a njima se sprječava uspjeh ponude za preuzimanje, one se moraju točno odrediti u samoj odluci glavne skupštine (§ 33 st. 2. WpÜG). Takvo odobrenje može vrijediti najviše 18 mjeseci od dana donošenja odluke, a odluka se donosi većinom od tri četvrtine glasova zastupljenih na glavnoj skupštini.¹³⁴ Uprava ciljnog društva može poduzimati radnje na temelju delegacije ovlasti glavne skupštine samo uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora ciljnog društva. Tako je omogućeno poduzimanje određenih mjera koje mogu utjecati na sudbinu ponude za preuzimanje, čime se odstupa od pravila neutralnosti.¹³⁵

Kada se radi o primjeni čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Trinaeste direktive, njemački zakonodavac opredijelio se za neprimjenu tih odredbi. S druge strane, sukladno čl. 12. st. 2. Trinaeste direktive, njemačka uvrštena dionička društva mogu odlučiti primijeniti spomenute odredbe. U tu svrhu ciljno društvo može izmijeniti svoj statut, donoseći odluku većinom od tri četvrtine glasova zastupljenih na glavnoj skupštini društva i primijeniti čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Trinaeste direktive (§ 33a st. 1. i § 33b st. 1. WpÜG). U slučaju odluke o primjeni odredbi Trinaeste direktive, uprava ciljnog društva ima obvezu bez odgode o tomu obavijestiti njemačku Saveznu agenciju za nadzor financijskih usluga (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*), kao i nadležna nacionalna regulatorna tijela država članica Europskog gospodarskog prostora, na čijim je organiziranim tržištima ciljno društvo uvrstilo svoje dionice (§ 33a st. 3. i § 33b st. 3. WpÜG). I u jednom, i u drugom slučaju dopuštena je primjena načela reciprociteta, o čemu odlučuje glavna skupština ciljnog društva (§ 33c st. 1. i 2. WpÜG). Odluka glavne skupštine ciljnog društva o neprimjeni odredbi statuta o primjeni § 33a st. 2. i § 33b st. 2. WpÜG vrijedi najduže 18 mjeseci.¹³⁶

¹³³ Vagts, V., Detlev, Conard, F., Alfred, Codetermination, Stakeholder Rights, and Hostile Takeovers: A Reevaluation of The Evidence From Abroad, *Harvard International Law Journal*, vol. 38., 1997., str. 547-548.

¹³⁴ Statutom se može odrediti i veća većina i ispunjenje dodatnih pretpostavki.

¹³⁵ U praksi se pritom najčešće primjenjuju radnje koje bi poduzeo, i uredan, i savjestan član uprave nekog društva koje nije izloženo ponudi za preuzimanje te konkurentna ponuda, dok se poduzimanje radnji uz odobrenje nadzornog odbora ili na temelju delegacije ovlasti glavne skupštine ciljnog društva rijetko poduzimaju. Vidi u *The Takeover Directive: implementation in Germany*, Freshfields Bruckhaus Deringer, July 2006, str. 1-2., Wooldridge, Frank, *The New German Takeover Act*, *European Business Law Review*, 14(1), 2003., str. 79., Krause, N., op. cit., str. 359-360.

¹³⁶ Tako glavna skupština ciljnog društva može odlučiti da se neće primijeniti odredbe § 33a st. 2., odnosno da se neće primijeniti odredbe § 33b st. 2. WpÜG, u slučaju ako ponuditelj ili njegovo vladajuće društvo ne primjenjuje pravni režim predviđen čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Trinaeste direktive, bez obzira ima li ponuditelj ili vladajuće društvo sjedište na Europskom gospodarskom prostoru ili izvan njega. Odluka o neprimjeni § 33a st. 2 i § 33b st. 2. WpÜG može biti donijeta i u jedinstvenoj odluci. Uprava ciljnog društva ima obvezu da o takvoj odluci glavne skupštine bez odgode

Tako ciljno društvo svojim statutom može odstupiti od primjene odredbi § 33 WpÜG o poduzimanju protupreuzimateljskih mjera i primijeniti restriktivnije odredbe § 33a st. 2. WpÜG. Sukladno § 33a st. 2. WpÜG nakon objave odluke o davanju ponude za preuzimanje i sve do trenutka objave rezultata postupka preuzimanja, uprava i nadzorni odbor ciljnog društva ne smiju poduzimati radnje kojima bi osujetili uspjeh ponude za preuzimanje, s izuzetkom poduzimanja sljedećih radnji: a) radnje koje je odobrila glavna skupština nakon objave odluke o davanju ponude za preuzimanje, b) radnje koje čine dio redovitih poslovnih radnji ciljnog društva, c) radnje koje ne predstavljaju redovite poslovne radnje, uz uvjet da se te radnje poduzimaju radi provedbe odluka koje su donijete prije objave odluke o davanju ponude za preuzimanje i koje su djelomično provedene te d) pri traženju konkurentske ponude. Pritom postoje primjedbe da odredbe čl. 9. Trinaeste direktive nisu u potpunosti implementirane u § 33a st. 2. WpÜG.¹³⁷ Nadalje, opći izuzetak za radnje koje čine dio redovitih poslovnih radnji ciljnog društva ide preko onoga što je dopušteno Direktivom.¹³⁸ Za očekivati je da njemačka uvrštena društva neće biti voljna prihvatiti restriktivnije odredbe § 33a, kako bi očuvale širi spektar protupreuzimateljskih mjera koji im daje § 33 WpÜG.

Kada se radi o primjeni pravila proboja, § 33b st. 2. WpÜG ostavlja mogućnost uvrštenom društvu primjenu sljedećeg: a) tijekom roka za prihvatanje ponude za preuzimanje, ograničenja prijenosa dionica predviđena statutom ciljnog društva, sporazumom ciljnog društva i njegovih dioničara te sporazumom između dioničara ciljnog društva neće se primijeniti na ponuditelja, ako su određena nakon 21. travnja 2004. godine, b) tijekom roka za prihvatanje ponude za preuzimanje, ograničenja prava glasa predviđena ugovornim sporazumima (*engl. contractual agreements*) sklopljenim nakon 21. travnja 2004. godine se ne primjenjuju, a dionice s višestrukim pravom glasa daju samo jedan glas svaka na glavnoj skupštini koja odlučuje o poduzimanju protupreuzimateljskih mjera te c) ako nakon okončanja postupka preuzimanja, ponuditelj drži udio od najmanje 75 % glasova u ciljnom društvu, ograničenja prava glasa sadržana u ugovorima¹³⁹ i izvanredna prava na imenovanje, odnosno opoziv članova poslovnih tijela društva neće se primijeniti, a dionice s višestrukim pravom glasa davat će samo

obavijesti Saveznu agenciju za nadzor financijskih usluga, kao i nadležna nacionalna regulatorna tijela država članica Europskog gospodarskog prostora, na čijim je organiziranim tržištima ciljno društvo uvrstilo svoje dionice, te takvu odluku bez odgode objavi na internet stranicama ciljnog društva (§ 33c st. 3. WpÜG). Na taj način, ciljno društvo može odstupiti od svojih statutarne odredbi o primjeni pravnog režima iz čl. 9. st. 2. i 3. i čl. 11. Trinaeste direktive, ako taj režim ne primjenjuje ponuditelj. Vidi u *The Takeover Directive: implementation in Germany*, str. 3.

¹³⁷ Smatra se da je sadržaj pojma redovitih poslovnih radnji (njem. *Geschäftsbetrieb*), koji koristi njemački zakonodavac, širi od sadržaja pojma redovitog tijeka poslovanja (njem. *Geschäftsverlauf*) kojeg koristi Trinaesta direktiva. Vidi u *The Takeover Directive: implementation in Germany*, str. 2., Baum, H., op. cit., str. 12-13.

¹³⁸ Stoga se to izuzeće ima tumačiti u skladu s Trinaestom direktivom te da se ono odnosi samo na radnje koje čine redovite poslovne radnje i koje služe provedbi odluka koje su donesene prije objave odluke o davanju ponude za preuzimanje. Loc. cit.

¹³⁹ To su ugovori o vezanju prava glasa (njem. *Stimmbindungsvertrag*).

jedan glas svaka na prvoj glavnoj skupštini koju sazove ponuditelj radi izmjene odredbi statuta ili imenovanja, odnosno opoziva članova poslovnih tijela ciljnog društva. Čak i u slučaju, ako njemačko društvo odluči primijeniti pravilo proboja, ono se neće primjenjivati na povlaštene dionice bez prava glasa, budući da je kod njih ograničenje prava glasa kompenzirano povlaštenim imovinskim pravima. Dionice s višestrukim pravom glasa i dionice s ograničenim ukupnim brojem glasova već su od ranije zabranjene u njemačkom pravu za uvrštena dionička društva. Na taj način se pravilo proboja ima primjenjivati samo na vinkulirane dionice na ime i na ugovore o ograničenju prava glasa (ugovori o vezanju prava glasa).¹⁴⁰ U slučaju uskrate navedenih prava dioničara ciljnog društva, a zbog primjene pravila proboja, ti dioničari imaju pravo na primjerenu novčanu naknadu, uz uvjet da su ta prava bila utvrđena prije objave ponude za preuzimanje i da su bila poznata ciljnom društvu (§ 33a st. 5. WpÜG).¹⁴¹

5.3. Hrvatska

Hrvatski Zakon o preuzimanju dioničkih društava iz 2007. godine,¹⁴² uređuje položaj uprave i nadzornog odbora ciljnog društva pri poduzimanju protupreuzimateljskih mjera u čl. 42.¹⁴³ Tako uprava i nadzorni odbor ciljnog društva, u razdoblju od zaprimanja obavijesti o nastanku obveze objave ponude za preuzimanje, odnosno njihove objave, ako uprava nije zaprimila te obavijesti, do objave izvješća o preuzimanju, ne smije bez odobrenja glavne skupštine ciljnog društva poduzimati sljedeće radnje: a) povećati temeljni kapital, b) sklapati poslove izvan redovitog poslovanja ciljnog društva, c) djelovati na način koji bi mogao ozbiljnije ugroziti daljnje poslovanje ciljnog društva ili sklapati poslove koji bi mogli ozbiljnije ugroziti daljnje poslovanje ciljnog društva, d) odlučiti o stjecanju i

¹⁴⁰ Nadalje, ne određuje se opseg pojma ograničenja prijenosa dionica, pa je nejasno ima li se pravilo proboja primijeniti i na situacije prijenosa dionica koje su uvjetovane ispunjenjem uvjeta prije objave ponude za preuzimanje. Vidi u *The Takeover Directive: implementation in Germany*, str. 2-3.

¹⁴¹ Novčanu naknadu plaća ponuditelj. Zahtjev za isplatom novčane naknade dioničar ciljnog društva može postaviti nadležnom sudu u roku od 2 mjeseca od uskrate njegovog prava, ako tu naknadu ne dade ponuditelj. Njemački zakonodavac ne određuje uvjete za određivanje novčane naknade ni načine njezine isplate. Vidi u *The Takeover Directive: implementation in Germany*, str. 3.

¹⁴² NN br. 109/07.

¹⁴³ Hrvatski Zakon o preuzimanju dioničkih društava uređuje samo postupak preuzimanja dionica javnih dioničkih društava i dioničkih društava sa sjedištem u drugoj državi Europskoga gospodarskog prostora čije su dionice s pravom glasa uvrštene na uređeno tržište u državi Europskog gospodarskog prostora (čl. 2. t. 1. ZPDD). Na taj način su odredbe hrvatskog prava u pogledu postupka preuzimanja domaćih dioničkih društava uže negoli što je to slučaj u pravima drugih europskih država. Stoga bi valjalo izmijeniti odredbe ZPDD-a u pravcu propisivanja obveze davanja ponude za preuzimanje za sva uvrštena dionička društva, tim više što novi Zakon o tržištu kapitala (ZTK) više ne poznaje pojam javnog dioničkog društva, a koji je uveo Zakon o tržištu vrijednosnih papira (čl. 114. ZTVP). Konačno, čl. 592. st. 6. ZTK-a propisuje da se vrijednosni papiri uvršteni u kotaciju za javna dionička društva i kotaciju za zatvorene investicijske fondove na temelju ZTVP-a, od dana stupanja na snagu ZTK-a, smatraju uvrštenim na redovito tržište u skladu s odredbama ZTK. ZTK stupa na snagu od 1. siječnja 2009. godine.

otpuštanju vlastitih dionica ciljnog društva ili vrijednosnih papira koji daju pravo na te dionice te e) djelovati na način koji bi imao za cilj ometanje ili onemogućavanje ponude za preuzimanje (čl. 42. st. 1. ZPDD).¹⁴⁴ Na taj način se prihvaća načelo neutralnosti uprave i nadzornog odbora ciljnog društva za vrijeme trajanja postupka preuzimanja¹⁴⁵ te se određuju protupreuzimateljske mjere koje je moguće poduzeti samo uz odobrenje dioničara ciljnog društva, sukladno Trinaestoj direktivi. S druge strane, u njemačkom pravu je mogućnost poduzimanja protupreuzimateljskih mjera daleko šira nego u hrvatskom pravu.¹⁴⁶ Ukoliko se radi o odlukama uprave ili nadzornog odbora ciljnog društva o poduzimanju navedenih radnji, koje su donesene prije zaprimanja obavijesti ili objave obveze o davanju ponude za preuzimanje, a te odluke nisu u cijelosti provedene, mora se prije provedbe pribaviti dodatno odobrenje glavne skupštine, osim ako se radi o odlukama koje spadaju u redovito poslovanje ciljnog društva, a njihova provedba ne bi mogla ometati ili onemogućiti ponudu za preuzimanje (čl. 42. st. 2. ZPDD).¹⁴⁷ Zakon daje mogućnost sazivanja glavne skupštine ciljnog društva, radi donošenja odluke o davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera u roku od 14 dana prije dana održavanja glavne skupštine, čime se skraćuju ti rokovi određeni ZTD-om (čl. 42. st. 3. ZPDD).¹⁴⁸ Glavna skupština donosi svoju odluku o davanju odobrenja za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera glasovima koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri donošenju odluke (čl. 42. st. 5. ZPDD). Odluke uprave i nadzornog odbora ciljnog društva o poduzimanju protupreuzimateljskih mjera, donijete u razdoblju od zaprimanja obavijesti o nastanku obveze objave ponude za preuzimanje, odnosno njihove objave, do objave izvješća o preuzimanju, ništave su, u slučaju ako nije pribavljena suglasnost glavne skupštine ciljnog društva (čl. 42. st. 6. ZPDD).¹⁴⁹ Uprava i nadzorni odbor ciljnog društva mogu tražiti konkurentsku ponudu bez posebnog odobrenja glavne skupštine (čl. 42. st. 7. ZPDD).¹⁵⁰

¹⁴⁴ S obzirom na mogućnost izbora monističkog ustroja dioničkog društva ove odredbe se imaju primijeniti i na upravni odbor ciljnog društva te bi shodno tomu trebalo dopuniti odredbe ZPDD.

¹⁴⁵ Parać, Z., Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, *Pravo u gospodarstvu*, br. 4/2003., str. 52., gdje ističe da sve do zaprimanja navedenih obavijesti uprava može slobodno poduzimati radnje u svrhu osujećivanja preuzimanja društva.

¹⁴⁶ Valja imati na umu da je njemački zakonodavac stavio rezerve na primjenu odredbi čl. 9. st. 2. i 3. Trinaeste direktive. Hrvatska dionička društva tako su ranjivija za preuzimanje od strane inozemnih ponuditelja.

¹⁴⁷ Na taj način je u hrvatski ZPDD implementirana odredba čl. 9. st. 3. Trinaeste direktive.

¹⁴⁸ ZPDD pojednostavljuje i ubrzava postupak pripreme i održavanja glavne skupštine ciljnog društva u tom slučaju u odnosu na odredbe ZTD-a.

¹⁴⁹ To vrijedi i za odluke uprave ili nadzornog odbora ciljnog društva o poduzimanju protupreuzimateljskih mjera, koje su donesene prije zaprimanja obavijesti ili objave obveze o davanju ponude za preuzimanje, ako te odluke nisu u cijelosti provedene.

¹⁵⁰ Konkurentska ponuda je ponuda za preuzimanje koju, sukladno odredbama ZPDD-a, treća osoba može objaviti samo za vrijeme trajanja ponude za preuzimanje i koja se odnosi na iste dionice ciljnog društva kao i ponuda za preuzimanje (čl. 30. st. 1. ZPDD). U hrvatskoj je praksi konkurentska ponuda bila primijenjena u postupku preuzimanja Plive d.d. Zagreb od strane američkog društva Barr Pharmaceuticals Inc. krajem 2006. godine. U postupak preuzimanja bilo je uključeno i islandsko društvo Actavis. Primjenom konkurentске ponude cijena je dionice

Kada se radi o primjeni pravila proboja, hrvatski se zakonodavac opredijelio ne primijeniti to pravilo iz Trinaeste direktive, odnosno prepustiti samom ciljnom društvu odluku o primjeni.¹⁵¹ U tu svrhu glavna skupština ciljnog društva donosi odluku o primjeni pravila proboja iz čl. 44. ZPDD-a (čl. 43. st. 1. ZPDD). Glavna skupština tu odluku donosi većinom glasova koji predstavljaju najmanje tri četvrtine temeljnog kapitala zastupljenog na glavnoj skupštini pri odlučivanju.¹⁵² U slučaju donošenja takve odluke, uprava ciljnog društva ima obvezu bez odgode obavijestiti HANFU i nadzorna tijela država članica u kojima je odobreno trgovanje dionicama ciljnog društva na uređenom tržištu o primjeni, odnosno neprimjeni pravila proboja (čl. 43. st. 2. ZPDD).

ZPDD određuje da se pravilo proboja primjenjuje nakon objave ponude za preuzimanje, ako je to pravilo proboja glavna skupština ciljnog društva unijela u statut društva (čl. 44. st. 1. ZPDD).¹⁵³ Pritom se razlikuju one odredbe o pravilu proboja koje se primjenjuju tijekom samog trajanja postupka preuzimanja i one odredbe koje se primjenjuju po okončanju postupka preuzimanja. Tako se u roku trajanja ponude za preuzimanje ne primjenjuju ograničenja prijenosa dionica ciljnog društva, koja su predviđena statutom ciljnog društva, sporazumom između ciljnog društva i dioničara ciljnog društva, kao i sporazumom između dioničara ciljnog društva, na prijenos dionica ciljnog društva ponuditelju (čl. 44. st. 2. ZPDD). Tako se omogućava realizacija ponude za preuzimanje i stjecanje kontrole nad ciljnim društvom od strane ponuditelja.¹⁵⁴ U čl. 44. st. 3. ZPDD

Plive na Zagrebačkoj burzi s iznosa od 90 USD povećana na 140 USD za dionicu. Time su se ostvarili interesi dioničara ciljnog društva, no ostaje pitanje kakvi će biti učinci ovog preuzimanja za buduće poslovanje Plive. Već ranije je Pliva prodala svoj istraživački centar, čime je ukazala na odustanak od razvojne strategije pronalaska novih lijekova i nastavak s proizvodnjom svojih postojećih lijekova. Vidi web stranicu <http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/hr/features/setimes/features/2006/10/17/feature-03>, 7. listopada 2008. Slična pitanja se pojavljuju i u pogledu privatizacije INA d.d. i stjecanju većinskog udjela od strane mađarskog MOL Hungarian Oil and Gas PLC u recentnom postupku preuzimanja.

¹⁵¹ Tako predviđa i slovenski zakonodavac u čl. 48. Zakona o preuzimanjima (Zakon o prevzemih (ZPre-1), Uradni list RS, br. 79/06.).

¹⁵² Statutom se može odrediti i veća većina, odnosno ispunjenje dodatnih uvjeta. Na sazivanje i vođenje glavne skupštine na odgovarajući način se primjenjuju odredbe čl. 42. st. 3., 4. i 5. ZPDD-a, čime se pojednostavljuje i ubrzava taj postupak (čl. 43. st. 3. ZPDD).

¹⁵³ Odredbe o primjeni pravila proboja ne vrijede za ograničenja prijenosa dionica i ograničenja glasačkih prava koja su određena sporazumom između ciljnog društva i dioničara ciljnog društva te sporazumom između dioničara ciljnog društva, ako su ta ograničenja dogovorena, odnosno sporazumi sklopljeni prije donošenja ZPDD-a (čl. 44. st. 5. ZPDD). Time se primjena pravila proboja predviđa samo za buduće slučajeve, ako glavna skupština ciljnog društva donese odluku o primjeni pravila proboja, čime se sužava mogućnost primjene tog pravila.

¹⁵⁴ Takva ograničenja bi mogla biti sadržana u statutu u vidu obveze vinkulacije za prijenos dionica koje nisu izdane u nematerijaliziranom obliku (čl. 227. st. 2. ZTD). Kako pri izdavanju dionica, koje se izdaju ili nude javnom ponudom na području Republike Hrvatske, one moraju biti izdane, odnosno ponuđene kao nematerijalizirane dionice (čl. 490. st. 2. i 3. ZTK), praktični domašaj odredbi o vinkulaciji dionica je malen sa stajališta postupka preuzimanja. Drugi oblici ograničenja prijenosa dionica bili bi, primjerice ispunjenje nekih posebnih uvjeta, obveza prijenosa dionica na određene dioničare, pravo prvokupa, što može biti sadržano u ugovornim sporazumima između dioničara, odnosno između ciljnog društva i dioničara.

određuje se da na glavnoj skupštini ciljnog društva na kojoj se odlučuje o davanju suglasnosti za poduzimanje protupreuzimateljskih mjera nema primjene ograničenja glasačkih prava koja su određena statutom društva, sporazumom između ciljnog društva i njegovih dioničara, odnosno sporazumom između dioničara ciljnog društva.¹⁵⁵ Time se omogućava sudjelovanje svih dioničara ciljnog društva u donošenju odluke o sudbini ponude za preuzimanje. Nakon što, po isteku ponude za preuzimanje, ponuditelj stekne 75 % dionica s pravom glasa ciljnog društva, na prvoj glavnoj skupštini, koja je sazvana na zahtjev ponuditelja radi izmjene statuta i/ili imenovanja, odnosno opoziva članova nadzornog odobra ne primjenjuju se: a) ograničenja prijenosa dionica i ograničenja glasačkih prava koja su određena statutom ciljnog društva, sporazumom između ciljnog društva i dioničara ciljnog društva te sporazumom između dioničara ciljnog društva, i b) posebna prava dioničara na imenovanje ili opoziv članova nadzornog odbora određena statutom ciljnog društva (čl. 44. st. 4. t. 1. i 2. ZPDD). Ponuditelj ima pravo, neovisno o rokovima za sazivanje glavne skupštine određenim Zakonom o trgovačkim društvima, tražiti da glavna skupština ciljnog društva bude sazvana najkasnije 14 dana prije održavanja glavne skupštine (čl. 44. st. 4. t. 3. ZPDD). Na ovaj način se ponuditelju nastoji omogućiti uspješna realizacija kontrole nad ciljnim društvom kada stekne kvalificirani udio u postupku preuzimanja i olakšava sazivanje glavne skupštine ciljnog društva. Ukoliko dolazi do oduzimanja određenih prava dioničarima ciljnog društva, na temelju primjene pravila proboja, ponuditelj ima obvezu isplatiti primjereno obeštećenje u novcu. Pravo na obeštećenje dioničar ciljnog društva može sudskim putem zatražiti samo u roku od 2 mjeseca od oduzimanja prava (čl. 44. st. 6. ZPDD). Hrvatski zakonodavac je propustio urediti primjenu načela uzajamnosti u slučaju ako se kao ponuditelj pojavljuje trgovačko društvo, koje ne primjenjuje načelo neutralnosti uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora i pravilo proboja. Stoga je potrebno da se hrvatski ZPDD izmijeni u tom pravcu.¹⁵⁶

6. Zaključak

Hrvatski je zakonodavac pri donošenju Zakona o preuzimanju dioničkih društava iz 2007. godine samo djelomično prihvatio rješenja iz Trinaeste direktive. Time je izložio domaća dionička društva potencijalnim preuzimanjima od strane inozemnih trgovačkih društava i fizičkih osoba, koji se pojavljuju kao

¹⁵⁵ Ta se ograničenja ne primjenjuju pri poduzimanju protupreuzimateljskih mjera tijekom razdoblja od zaprimanja obavijesti o nastanku obveze objave ponude za preuzimanje, odnosno njihove objave, ako uprava nije zaprimila te obavijesti, do objave izvješća o preuzimanju, kao i pri poduzimanju protupreuzimateljskih mjera koje su usvojene prije ovog razdoblja, uz uvjet da nisu u cijelosti provedene.

¹⁵⁶ Time će se osigurati ravnopravan položaj hrvatskih uvrštenih društava s inozemnim trgovačkim društvima i na unutarnjem tržištu EU, ali i u razdoblju prije pristupanja RH u punopravno članstvo EU.

ponuditelji, bez mogućnosti poduzimanja odgovarajućih protupreuzimateljskih mjera. Kada se radi o primjeni načela neutralnosti uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora ciljnog društva prihvaćena je struktura odredbi Trinaeste direktive. Kada se radi o primjeni pravila proboja, tu se zakonodavac opredijelio za neprimjenu odredbi Trinaeste direktive, ostavljajući dioničarima ciljnog društva donošenje odluke o primjeni tog pravila. Ipak, pritom nije predviđena primjena načela uzajamnosti (reciprociteta) kojom se ciljnom društvu omogućuje odustajanje od primjene pravila proboja, ukoliko pod taj pravni režim ne potpada i ponuditelj. Konačno, Zakon o preuzimanju dioničkih društava uređuje samo postupak preuzimanja dionica javnih dioničkih društava. Stoga bi valjalo izmijeniti odredbe ZPDD-a u pravcu propisivanja obveze davanja ponude za preuzimanje za sva uvrštena dionička društva, tim više što novi Zakon o tržištu kapitala više ne poznaje pojam javnog dioničkog društva, a koji je uveo Zakon o tržištu vrijednosnih papira. S druge strane, kada se radi o njemačkom pravu, tamošnji je zakonodavac domaćim uvrštenim društvima omogućio široku primjenu protupreuzimateljskih mjera tijekom trajanja postupka preuzimanja, uz mogućnost ciljnog društva da donese odluku o primjeni liberalnijeg režima iz Trinaeste direktive. Uzimajući u obzir financijsku krizu na globalnoj razini, javlja se potreba usklađivanja hrvatskog ZPDD-a sukladno navedenim primjedbama, ali i uz mogućnost primjene određenih zaštitnih mehanizama za domaća uvrštena društva.

Literatura

1. Bainbridge, Stephen M., Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections, UCLA, School of Law Research Paper No. 02-22, Stanford Law Review, Vol. 54, 2002.
2. Bainbridge, Stephen M., State Takeover And Tender Offer Regulations Post-Mite: The Maryland, Ohio And Pennsylvania Attempts, Dickinson Law Review, Summer 1986.
3. Barbić, Jakša, Parać, Zoran, Petrović, Siniša, Markovinović, Hrvoje, Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2007., Novi informator, Zagreb, 2008.
4. Barbić, Jakša, Pravo društava, Društva kapitala, knjiga druga, Informator, Zagreb, 2000.
5. Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, Organizator, 2005.
6. Bär-Bouyssière, Bertold, A lifeline for golden shares?, The Global Competition, 2002, http://www.coudert.com/publications/articles/020920_shares_gc.pdf
7. Baum, Harald, Takeover Law in the EU and Germany: Comparative Analysis of a Regulatory Model, University of Tokyo Journal of Law and Politics, Vol. 3, Spring 2006.
8. Becht, Marco, Bolton, Patrick, Röell, Ailsa, Corporate Governance and Control, ECGI Working Paper Series in Finance, 2002.
9. Berglöf, Erik, Burkart, Mike C., European Takeover Regulation, <http://ssrn.com/abstract=405660>

10. Booth, Richard A., *Federalism And The Market For Corporate Control*, Washington University Law Quarterly, Vol. 69, Spring 1991.
11. Clausen, Nils Jul, Sørensen, Karsten Engsig, *Disclosure of Major Shareholdings: A comparative Analysis o Regulation in Europe*, International And Comparative Corporate Law Journal, Vol. 4, Issue 3, 2002.
12. Čulinović-Herc, Edita, Jurić, Dionis, *Disclosure of Beneficial Ownership in Listed Companies – the EU Transparency Directive and Croatian Securities Markets Act*, u knjizi *Economic Integration Prospects And Dilemmas*, Ekonomski fakultet Ljubljana, Ekonomski fakultet Rijeka, CEDIMES, Ljubljana, 2007.
13. Ferrarini, Guido, Hopt, Klaus, Wymeersch, Eddy, *Capital Markets in the Age of the Euro–Cross-Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002.
14. Gambarelli, Gianfranco, Pesce, Serena, *Takeover Prices and Portafolio Theory, Theory and Decision*, No. 56 (1-2), February, 2004.
15. Gilson, Ronald, *The Poison Pill in Japan: The Missing Infrastructure*, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No. 20/2004.
16. Gorenc, Vilim, Slakoper, Zvonimir, Filipović, Vladimir, Brkanić, Vlado, *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, RRIF, 2004.
17. Hopt, Klaus J., *Common Principles of Corporate Governance in Europe? – Some Toughts on the Impact of the Securities Markets on Companies and Their Regulation*, Conference on Company Law and Capital Market, Siena, 2000.
18. Hopt, Klaus, *Corporate Governance in Germany*, u knjizi Hopt, Klaus, Wymeersch, Eddy (editors), *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
19. Hopt, Klaus, *The duties of directors of the target company in hostile takeovers – German and European perspectives*, u knjizi Ferrarini, Guido, Hopt, Klaus, Wymeersch, Eddy (urednici), *Capital Markets in the Age of the Euro – Cross- Border Transactions, Listed Companies and Regulation*, Kluwer Law International, Den Haag, London, New York, 2002.
20. Jurić, Dionis, *Oblici sudjelovanja države u obavljanju javnih službi, Pravo i porezi*, God. XVII., br. 1/2008.
21. Jurić, Dionis, *Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, (br. 1/2007.)
22. Jurić, Dionis, *Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, (br. 2/2006.)
23. Kenyon-Slade, Stephen, *Mergers and Takeovers in the US and UK – Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004.
24. Kirchner, Christian, Painter, Richard W., *Takeover Defenses under Delaware Law, the Proposed Thirteenth EU Directive and the New German Takeover Law: Comparison and Recommendations for Reform*, Illinois Law and Economics Working Papers Series, Working Paper No. LE02-006, March 2002, http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=311740,
25. Kocbek, Marijan, *Prevzem podjetij in prevzem gospodarske družbe – pridobitev kontrolnega deleža delniške družbe*, Pravnik, let. 54 (1999), 6-8.

26. Krause, Nils, The New German Takeover Law: An Overview of the New Regime, *International and Comparative Corporate Law journal*, Vol. 4, Issue 4/2002.
27. Ledić, Dragutin, Zubović, Antonija, Preuzimanje dioničkih društava u Europskoj uniji i usporednom pravu, *Pravo i porezi*, vol. 12, br. 6/2003.
28. Ledić, Dragutin, Zubović, Antonija, Preuzimanje dioničkih društava u hrvatskom pravu, *Pravo i porezi*, vol. 12, br. 5/2003.
29. Maurović, Ljiljana, Mjere obrane od ponude za preuzimanje – rješenja u europskom pravu i pravu SAD-a, *Hrvatska pravna revija*, vol. 4, br. 4/2004.
30. Maurović, Ljiljana, Ovlast za poduzimanje mjera zaštite od ponude za preuzimanje dioničkih društava – razvoj regulative, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 54, br. 2 (2004.)
31. Maurović, Ljiljana, Položaj uprave ciljnog društva nakon objave ponude za preuzimanje, *Hrvatska pravna revija*, vol. 2, br. 11/2002.
32. Maurović, Ljiljana, Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 21, br. 2 (2000.)
33. McCahery, Joseph A., Renneboog, Luc, Ritter, Peer, Haller, Sascha, *The Economics of the Proposed European Takeover Directive*, CEPS Research Report, 2003.
34. Meulbroek, L. K., Hart, C., *The Effect of Illegal Insider Trading on Takeover Premia*, *European Finance Review*, No. 1(1), 1997.
35. Monks, Robert A.G., Minnow, Nell, *Corporate Governance*, 2nd ed., Blackwell Publishers, 2001.
36. Mülbart, Peter O., *Make It or Break It: The Break-Through Rule as a Break-Through for the European Takeover Directive?*, Law Working Paper No. 13/2003, August 2003, www.ecgi.org/wp
37. *New Takeover Directive – Third Time Lucky* dostupno na www.lkshields.ie/html-docs/publications/pub164.htm
38. Nilsen, André, *The EU Takeover Directive and the Competitiveness of European Industry*, www.oxfordgovernance.org/index.php/100/0/.
39. Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 42, br. 4/2003.
40. Parać, Zoran, Nedopušteno stjecanje vlastitih dionica i njegove pravne posljedice, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 38, br. 4/1999.
41. Pearce, John A. II, Robinson, Richard B., Jr., *Hostile takeover defenses that maximize shareholder wealth*, *Business Horizons*, Vol. 47, No. 5, September-October 2004.
42. Petrović, Siniša, Neka pitanja prometa dionica kod preuzimanja dioničkog društva, *Hrvatska pravna revija*, vol. 2, br. 8/2002.
43. Petrović, Siniša, *Novo hrvatsko pravo tržišnog natjecanja*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 43, br. 4/2004.
44. Petrović, Siniša, *Preuzimanje dioničkih društava*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 38, br. 2/1999.
45. Picot, Gerhard, *The Implementation of Mergers and Acquisitions under Business Law Aspects: The Formation of the Transaction Agreement*, u knjizi *Handbook of International Mergers and Acquisitions – Preparation, Implementation and Integration*, Palgrave Macmillan, 2002.

46. Porobija, Boris, Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava – Neke temeljne nedoumice, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, 1998.
47. Public takeovers in Europe, Freshfields Bruckhaus Deringer, Summer 2004.
48. Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, Brussels, 10 January 2002.
49. Schoenberg, Richard, Thornton, Daniel, The Impact of Bid Defences in Hostile Acquisitions, *European Management Journal*, Vol. 24, No. 2-3, April-June 2006.
50. Shleifer, Andrei, Vishny, Robert W., A Survey of Corporate Governance, *The Journal of Finance*, Vol. LII, No. 2, June 1997.
51. Small, Marshall L., Corporate Control Transactions, Corporate Governance Institute, American Law Institute - American Bar Association Course of Study, December 2-3, 2004.
52. Soal, Jeff, The Legality of Golden Shares in the EU, Gibson, Dunn & Crutcher, www.gibsondunn.com/practices/publications/detail/id/766
53. Special rights of public authorities in privatised EU companies: the microeconomic impact, Report prepared for the European Commission, Oxera, November 2005.
54. Subramanian, Guhan, Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses, *Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3 (December) 2003.
55. Takeover Directive: Finally agreed dostupno na www.corporate.practicallaw.com/5-102-6520
56. The Takeover Directive, Freshfields Bruckhaus Deringer, January 2005.
57. The Takeover Directive: implementation in Germany, Freshfields Bruckhaus Deringer, July 2006.
58. Vagts, V., Detlev, Conard, F., Alfred, Codetermination, Stakeholder Rights, and Hostile Takeovers: A Reevaluation of The Evidence From Abroad, *Harvard International Law Journal*, Vol. 38, 1997.
59. Van Dijk, M., The Influence of Publication of Financial Statements, Risk of Takeover and Financial Position of the Auditee on Public Auditors' Unethical Behaviour, *Journal of Business Ethics*, No. 28(4), December, 2000.
60. Wooldridge, Frank, The New German Takeover Act, *European Business Law Review*, 14 (1), 2003.
61. Wooldridge, Frank, The Recent Directive on Takeover-Bids, *European Business Law Review*, No. 15(2), April, 2004.

Summary

**ANTI-TAKEOVER MEASURES AND POSITION OF THE
TARGET COMPANY BORD IN TAKEOVER PROCEDURES**

A takeover procedure and obligation of person who acquires controlling stake in target company to make a mandatory bid represent a protective tool for minority shareholders in the target company. Management and supervisory board of the target company are obliged to protect interests of minority shareholders in case of a hostile takeover. Board neutrality rule is a consequence of management and supervisory board position described above during the takeover procedure. This rule means that the management and supervisory board have to obtain a prior authorization of target company shareholders before taking reactive anti-takeover measures. These measures can improve terms in the mandatory bid. On the other hand, application of the breakthrough rule guarantees to offeror acquisition and realization of control in the target company during and after termination of the takeover procedure. This rule eliminates preventive anti-takeover measures provided in the target company articles of associations and contractual agreements between the target company shareholders. Croatian legislator has partially accepted solutions of the Thirteen Directive on Takeover Bids, and therefore, the 2007 Takeover Act has to be further amended and supplemented.

Key words: *anti-takeover measures, board neutrality rule, breakthrough rule, comparative law.*

Riassunto

**LE MISURE DIFENSIVE E LA POSIZIONE DELLA SOCIETÀ
BERSAGLIO NELLA PROCEDURA DI ACQUISIZIONE
DELLA SOCIETÀ PER AZIONI**

Il procedimento di acquisizione della società bersaglio e l'obbligo dell'acquirente del pacchetto di controllo di dare un'offerta obbligatoria per l'acquisizione rappresentano uno strumento di tutela degli azionisti di minoranza nella società bersaglio. Gli organi di amministrazione e di controllo della società bersaglio nel caso di un'acquisizione sfavorevole hanno l'obbligo di proteggere gli interessi degli azionisti della società bersaglio. Per questa ragione s'è giunti allo sviluppo delle regole di neutralità degli organi di amministrazione e controllo delle società bersaglio durante la procedura di acquisizione con riguardo alla messa in atto di misure difensive, che possono contrastare gli obiettivi dell'offerta. Ciò richiede il consenso degli azionisti della società bersaglio alla realizzazione di queste misure, le quali possono contribuire a migliorare le condizioni dell'offerta per l'acquisizione. D'altra parte, l'applicazione della regola di neutralizzazione assicura all'acquirente l'acquisizione e la realizzazione del controllo sulla società bersaglio nel corso ed al termine della procedura. Questa regola annulla l'efficacia delle misure difensive, previste nello statuto della società bersaglio, ovvero negli accordi degli azionisti della società bersaglio. Il legislatore croato ha recepito solo in parte le soluzioni della tredicesima direttiva, sicché si rende necessario modificare ed integrare la legge di acquisizione delle società per azioni del 2007.

Parole chiave: *misure difensive, regola della neutralità degli organi di amministrazione e controllo, regola di neutralizzazione, diritto comparato.*

PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U POSTUPCIMA PRED UPRAVNIM SUDOM REPUBLIKE HRVATSKE

Dr. sc. Marko Šikić, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.988.85(497.5)
342.722(497.5)
Ur.: 1. studenog 2008.
Pr.: 6. prosinca 2008.
Izvorni znanstveni članak

U radu se obrađuje problematika pravne zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske. Kako bi se navedena pravna zaštita mogla u potpunosti razumijeti u radu se najprije sumarno opisuje razvoj cjelokupnog instituta pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj. Nakon toga podrobnije se obrađuje upravo pravna zaštita od povrede prava na suđenje u razumnom roku u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske pri čemu se osobita pozornost poklanja praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, kao i praksi Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Također, navedena se zaštita od nerazumno dugih rokova rješavanja Upravnog suda Republike Hrvatske promatra u odnosu na pravnu zaštitu od šutnje uprave u upravnom postupku.

Ključne riječi: *pravo na suđenje u razumnom roku, Upravni sud Republike Hrvatske, upravni postupak, upravni spor, šutnja uprave.*

1. Uvod

U posljednjih je desetak godina hrvatsko zakonodavstvo započelo razvijati institut zaštite građana od nerazumno dugih rokova rješavanja u sudskim postupcima te na taj način pokušalo pridonijeti ukupnom razrješenju problema kašnjenja u postupanju. Normativna je aktivnost uređivanja zaštite građana od povrede razumnog roka rješavanja bila popraćena i pisanjem većega broja znanstvenih i stručnih radova koji su ukazivali na probleme neefikasnosti hrvatskog pravosuđa¹ te na dobre i loše strane uvedenih mehanizama pravne

¹ Podatke o broju neriješenih predmeta pred pravosudnim tijelima v. u Statističkim pregledima za 2004., 2005., 2006. i 2007. godinu Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske. Navedene Statističke preglede v. na: www.pravosudje.hr. Posebne statističke podatke o broju primljenih,

zaštite građana. No, mišljenja smo kako je u cjelokupnom praćenju problema puno veća pozornost poklonjena otezanjima i kašnjenju u građanskim i kaznenim postupcima, dok je pitanje sporosti upravnosudskog postupka ostalo pomalo zanemareno.

Također, smatramo kako je problematici pravne zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku pred Upravnim sudom Republike Hrvatske (u nastavku rada: Upravni sud) potrebno posvetiti značajniju pozornost i zbog neupitne povezanosti upravnog i upravnosudskog postupka u hrvatskom pravnom sustavu. Naime, hrvatski upravnosudski postupak predstavnik je kontinentalnog upravnog sudovanja koji sudski nadzor nad radom uprave povjerava posebnim upravnim sudovima, dajući im, u prvom redu, zadaću nadzora nad zakonitošću upravnih akata.² Nadalje, navedeni postupak pretpostavlja izjavljivanje žalbe u upravnom postupku prije negoli građani mogu tužbom zatražiti upravnosudsku zaštitu.³ Spomenute okolnosti neupitno čvrsto veže upravnosudski postupak za prethodno vođenje upravnoga postupka, te se, zbog toga, prilikom razmatranja problematike odugovlačenja postupka pred Upravnim sudom, ne može zanemariti činjenicu velikog broja neriješenih predmeta pred organima javne uprave.⁴ Tako, iz ove perspektive i trajanje postupka pred Upravnim sudom ne možemo u potpunosti odijeliti od prethodnog trajanja upravnog postupka. Postupovna "kalvarija" građana mogla je, naime započeti već podnošenjem zahtjeva prvostupanjskom organu javne uprave, a ne samo podnošenjem tužbe Upravnom sudu.

Zbog navedenih činjenica smatramo potrebnim i važnim razmotriti problematiku odugovlačenja u postupcima pred Upravnim sudom. Isto tako

riješenih i neriješenih spisa, kao i o broju spisa u radu pred Upravnim sudom u razdoblju od 1977. do 2007. v. na: <http://www.upravnisudrh.hr/>. Također v. i: Radolović, Aldo, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1(2008), str. 277-279.; Uzelac, Alan, *Reforma pravosuđa i njezina ograničenja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2(2002), str. 289-318. i Uzelac, Alan, *Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4(2005), str. 1101-1137.

² O razvoju upravnog sudovanja više v. u: Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 483-489. i Tratar, Boštjan, *Upravni spor*, Bonex založba, Ljubljana, 2002. Iserpan prikaz razvoja hrvatskog upravnog sudovanja v. u: Medvedović, Dragan, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled*, u: Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2003.

³ Francusko pravo, primjerice, omogućuje pokretanje upravnosudske zaštite i bez prethodnog iscrpljivanja žalbe u upravnom postupku (*omissio medio*) – v. o navedenom iscrpnije u: Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 248-249.

⁴ Nažalost, u Republici Hrvatskoj ne postoji sustavno praćenje rješavanja u upravnim stvarima. Međutim, državni tajnik Središnjeg državnog ureda za upravu donio je u srpnju 2006. Naputak za izradu izvješća o stanju rješavanja upravnih stvari u tijelima državne uprave i upravnim tijelima Grada Zagreba i rokovima za dostavljanje toga izvješća (NN, br. 86/06.) iz kojeg proizlazi obveza izrade izvješća navedenih organa uprave za svaku kalendarsku godinu. Za nadati se da će ovaj napatuk označiti početak kvalitetnog statističkog pručavanja i praćenja rješavanja u upravnim stvarima.

smatramo neophodnim najprije obratiti pozornost na širi kontekst pravne zaštite građana od povreda razumnosti roka rješavanja. Bez ovakvog bi se pristupa puno teže mogla shvatiti posebnost upravnosudskog postupka u odnosu na ostale pravne postupke u Republici Hrvatskoj.

Pravna je zaštita od povrede razumnosti roka rješavanja u hrvatskom pravnom sustavu danas uređena nizom pravnih izvora: Ustavom Republike Hrvatske⁵ (u nastavku rada: Ustav RH), Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁶ (u nastavku rada: Europska konvencija), Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske⁷ (u daljnjem tekstu: Ustavni zakon) i Zakonom o sudovima⁸. U nastavku rada najprije će se pokušati odgovoriti na pitanje u kojoj mjeri takva normativna rješenja, kao i ustavnosudska i sudska praksa, ovakvu zaštitu generalno stvarno i pružaju, te kakve je sve mjere moguće poduzeti kako bi se osigurao što je moguće kvalitetniji sustav zaštite. Nakon toga prijeći će se na razmatranje specifičnih problema neefikasnosti u radu Upravnog suda i pravne zaštite od navedene neefikasnosti. Osobit će se značaj posvetiti pravilnom procjenjivanju početka i završetka trajanja postupaka koji se vode pred Upravnim sudom.

2. Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u ustavnosudskom postupku

Do polaganja akta o ratifikaciji Europske konvencije 5. studenoga 1997. u hrvatskom pravnom sustavu nisu bila razvijena pravila kojima bi se građane štitilo od odugovlačenja u sudskim postupcima,⁹ pa razvoj instituta zaštite prava

⁵ Ustav Republike Hrvatske (NN, 41/01. – pročišćeni tekst i 55/01. – ispravak).

⁶ Zakon 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 (NN – Međunarodni ugovori 18/97.). Stupanjem na snagu Protokola br. 11 objavljen je i pročišćeni tekst Europske konvencije (NN – Međunarodni ugovori 6/99.) Novi dodani protokoli br. 12 i 13 objavljeni su u NN – Međunarodni ugovori 14/02. Protokol br. 14 objavljen je u NN – Međunarodni ugovori 1/06).

⁷ Ustavni zakon o Ustavnom sudu – pročišćeni tekst (NN 49/02.).

⁸ Zakon o sudovima (NN 150/05., 16/07 i 113/08.).

⁹ “Božićni” Ustav Republike Hrvatske od 22. prosinca 1990. (NN, br. 56/90.) nije sadržavao odredbe kojima bi se zaštitilo pravo građana na rješavanje u određenim razumnim vremenskim okvirima, ako se izuzmu odredbe čl. 24. st. 3. i čl. 25. st. 2. kojima su se određivala načela postupanja u određenim rokovima u kaznenim postupcima (u hrvatskoj se pravnoj teoriji napominje kako se navedenim odredbama nije zaštitilo subjektivna prava osumnjičenika ili optuženika već su one, zapravo, djelovale kao “opći poziv organima kaznenog postupka na efikasnije postupanje” – v. Radolović, op. cit. (bilj. 1), str. 294.). Ustavnim zakonom o izmjenama i dopunama Ustava Republike Hrvatske iz 1997. (NN br. 135/97) nije se uvela nikakva promjena u reguliranju pitanja razumnosti roka. Također, niti Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu iz 1991. (NN br. 13/91) nije se omogućavala zaštita od nerazumnih rokova rješavanja u sudskim postupcima. Iz njegovog je čl. 28., naime, proizlazilo da građani ne mogu podnositi ustavne tužbe prije iscrpljivanja pravnoga puta, pa su tako izvan ustavnosudske zaštite ostali svi mogući slučajevi vremenskih rastezanja u postupcima. O ovome problemu detaljnije v. u: Omejec, Jasna, “*Razumni rok*” u interpretaciji *Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava, Interpretativna uloga

na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj možemo promatrati upravo od navedenog trenutka kada je Europska konvencija postala dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske¹⁰ i kada je Republiku Hrvatsku počela obvezivati i odredba čl. 6. Europske konvencije pod nazivom “Pravo na pošteno suđenje”¹¹ koja, između ostaloga, u svom st. 1. propisuje i sljedeće:

“Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ... svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni i nepristrani sud ... u razumnom roku ispita njegov slučaj.”

Nakon što je navedeni dio čl. 6. st. 1. Europske konvencije počeo obvezivati Republiku Hrvatsku započela je pravna aktivnost, a koja ne prestaje ni do današnjeg dana, čija je svrha uspostavljanja efikasnih normativnih mehanizama kojima bi se građani zaštitili od postupovne neaktivnosti hrvatskih sudova.¹²

Tako se Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz rujna 1999. (u daljnjem tekstu: Ustavni zakon 1999.)¹³ uvodi mogućnost ulaganja ustavne tužbe i u slučajevima odugovlačenja postupka.¹⁴ Naime, iza st. 3. nekadašnjeg čl. 28. (sada čl. 59. Ustavnog zakona 1999.) dodan je novi st. 4. koji je glasio:

“(4) Ustavni sud iznimno može pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije nego li je iscrpljen pravni put ako utvrdi da je potpuno razvidno da se pobijanim

ustavnog suda, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, Organizator, Zagreb, 2000., str. 133. i 134.

¹⁰ Ustavni sud izražava stav da se pravo na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj priznaje i štiti od 5. studenog 1997. u gotovo svakoj svojoj odluci kojom usvaja ustavne tužbe zbog povrede toga prava (v. primjerice odluke U-III-A-1839/2002 i U-III-A-321/2004 od 25. listopada 2004.). Ističe se, međutim, kako je, i teoretski i praktično, ostalo otvoreno pitanje kako tretirati razdoblje prije navedenog datuma. V. o navedenom više u: Radolović, op. cit. (bilj. 1), str. 295.

¹¹ V. o značenju i praksi Europskog suda u odlučivanju povodom čl. 6. Europske konvencije opširno u: van Dijk, P., van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006.*, str. 511-651., Gomien, Donna; Harris, David, Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996., str. 157-202. i Robertson, A. H., Merills, J. G., *Human rights in Europe – a study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1993., str. 85-119. O značenju čl. 6. Europske konvencije za Republiku Hrvatsku v. primjerice: Uzelac, Alan, *Hrvatsko procesno pravo i jamstvo “pravičnog postupka” iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, Supplement, 1998., str. 1005-1030.

¹² “Temeljna je svrha uvođenja pojma “razumnog roka” u članku 6. Konvencije osigurati pravnu sigurnost, odnosno omogućiti dovoljnu brzinu rješavanja predmeta pred sudovima, kako bi se stranci omogućilo da ne bude predugo pod optužbom ili u neizvjesnosti u svezi sa svojim pravnim statusom, što – uz ostale – čini nezaobilazni uvjet za pravično suđenje. Cilj je postavljanja kriterija “razumnog roka” i zaštita svih stranaka u postupku od odugovlačenja postupka. Neki postupci štete reputaciji osoba protiv kojih se vode, te ih je potrebno okončati u najkraćim rokovima, ali da to ne ide na štetu kvalitetne pripreme svih stranaka za suđenje. Odugovlačenje postupka također narušava kredibilitet i učinkovitost pravde koju su sudovi dužni provoditi.” Goranić, Ivana, *Suđenje u “razumnom roku” – jedan od uvjeta za pravično suđenje (članak 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)*, Vladavina prava, 6(2000), str. 51.

¹³ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, (NN 99/99).

¹⁴ V. opsežnije o navedenoj problematici u: Omejec, op. cit., (bilj. 9), str. 134-137.

aktom, odnosno nedonošenjem akta u razumnom roku grubo vrijeđaju ustavna prava ili slobode i da bi nepokretanjem postupka za podnositelja tužbe mogle nastupiti teške i nepopravljive posljedice.”

Unatoč činjenici da citirana odredba nije u potpunosti zadovoljavala,¹⁵ ona je predstavljala velik korak naprijed u zaštiti građana od neaktivnosti javne vlasti.

Pravo na suđenje u razumnom roku postalo je dijelom ustavnog poretka Republike Hrvatske kada su 9. studenog 2000. proglašene ustavne promjene (tekst Promjena Ustava Republike Hrvatske od 2. travnja 2001.¹⁶ u ustavno pravo na suđenje u razumnom roku nije unio nikakve promjene). Tako, čl. 29. st. 1. Ustava RH glasi:

“Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.”

Iako je citirana odredba oblikovana po uzoru na čl. 6. Europske konvencije, ona je, u stvari, otišla još jedan korak dalje u zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Naime, čl. 29. st. 1. jamči takvu zaštitu u odnosu na sve vrste sudskih postupaka, a ne samo u odnosu na sudske postupke kojima se odlučuje o pravu građanske prirode ili u postupcima povodom optužnica za kaznena djela, a kako to čini Europska konvencija. Takva ustavna odredba obuhvaća, dakle i upravni spor i postupak pred prekršajnim sudovima.¹⁷

Na daljnju razradu instituta zaštite građana u slučajevima odugovlačenja postupaka presudan su utjecaj imale presude Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u nastavku rada: Europski sud). Tako je, unatoč svim normativnim izmjenama, Europski sud već u presudi RAJAK protiv Hrvatske¹⁸, ocijenio kako

¹⁵ Uz nedostatke koji će se opisati u nastavku rada potrebno je istaknuti kako se odredbom nije propisivalo kakvu bi odluku i kojeg sadržaja trebao uopće donijeti Ustavni sud u slučaju nedonošenja akta u razumnom roku jer se akt koji ne postoji ne može niti ukinuti. Ustavni je sud takvu pravnu prazninu popunio na način da bi u dispozitivu odluke, pored izreke da se tužba usvaja, unosi i naredbu nadležnom organu da postupak okonča u određenom roku. V. opširnije o navedenome u: Belajec, Velimir, *Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe*, Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava, Interpretativna uloga ustavnog suda, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, Organizator, Zagreb, 2000., str. 97.; Crnić, Jadranko, *Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske – spas ili requiem za Ustavni sud*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2(2002), str. 266-267. i Omejec, op. cit. (bilj. 9), str. 136-137.

¹⁶ Promjena Ustava Republike Hrvatske (NN 28/01).

¹⁷ V. o navedenoj okolnosti u: Potočnjak, Željko, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu novog Zakona o sudovima*, Hrvatska pravna revija, 4(2006), str. 15. Autor ističe da u prekršajnim postupcima kratki zastarni rokovi u bitnome onemogućavaju nerazumno dugo trajanje postupaka. Nadalje autor ističe i praksu Ustavnog suda, o kojoj će biti više riječi u nastavku rada, prema kojoj ustavna tužba zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku nije dopuštena u slučajevima neaktivnosti organa javne uprave jer odredbe ZUP-a i ZUS-a omogućuju ubrzanje upravnih postupaka primjenom instituta zaštite od štetne uprave. O širini dosega čl. 29. st. 1. Ustava RH v. u: Šprajc, Ivan, *O načinu procjenjivanja “razumnosti” trajanja upravnosudskog postupka*, Informator, 5322(2005), str. 5. i Radolović, op. cit. (bilj. 1), str. 297. i 298. O dosezima čl. 6. Europske konvencije v. u: Dijk, Hoof, op. cit. (bilj. 11), str. 514-539.

¹⁸ RAJAK protiv Hrvatske (presuda Europskog suda od 28 lipnja 2001.). Presude Europskog suda v. na <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> i na <http://www.pravosudje.hr/>.

se, u okolnostima samog predmeta, tužba prema čl. 59. st. 4. Ustavnog zakona ne može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom, te da je u tom predmetu došlo do povrede prava na suđenje u razumnom roku. Nepunih mjesec dana kasnije, u predmetu HORVAT protiv Hrvatske¹⁹ Europski je sud zauzeo načelan stav da u Republici Hrvatskoj ne postoji pravno sredstvo kojim bi građani mogli ostvariti svoje pravo na ispitivanje slučaja u razumnom roku.

Presuda u predmetu HORVAT protiv Hrvatske značajna je jer je prva presuda Europskog suda koja je utjecala na izmjenu i dopunu propisa u Republici Hrvatskoj.²⁰ Njome, naime Republika Hrvatska nije bila obvezana samo na isplatu novčane naknade nego i na donošenje propisa usklađenog s praksom Europskog suda.²¹ Tako je, zaista, Ustavnim zakonom o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu iz 2002.²² (u nastavku rada: Ustavni zakon 2002.) učinjeno nekoliko vrlo bitnih izmjena i dopuna čl. 59. Ustavnog zakona 1999. koji je do tada uređivao način postupanja Ustavnog suda u slučajevima odugovlačenja postupka. Tako je čl. 25. izmijenjen st. 1. čl. 59. te ukinut st. 4. čl. 59., a čl. 26. dodan novi čl. 59a. Pročišćenim tekstom Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, čiji tekst obuhvaća Ustavni zakon 1999. te Ustavni zakon 2002., odredba prijašnjeg čl. 59. postala je odredbom čl. 62., a odredba čl. 59.a postala je odredbom čl. 63.

Čl. 63. prema Ustavnom zakonu tako glasi:

“(1) Ustavni sud će pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, u slučaju kad o pravima i obvezama stranke ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela nije u razumnom roku odlučio sud ili o slučaju kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice.

(2) U odluci kojom usvaja ustavnu tužbu zbog nedonošenja akta u razumnom roku iz st. 1. ovog članka, Ustavni sud će nadležnom sudu odrediti rok za donošenje akta kojim će taj sud meritorno odlučiti o pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela podnositelja. Rok za donošenje akta počinje teći idućeg dana od dana objave odluke Ustavnog suda u “Narodnim novinama”.

¹⁹ HORVAT protiv Hrvatske (presuda Europskog suda od 26. srpnja 2001.). U navedenoj je presudi Europski sud utvrdio da pokretanje postupka po čl. 59. st. 4. Ustavnog zakona 1999. ovisi o diskrecijskoj odluci Ustavnog suda. Europski je sud utvrdio da se moraju kumulativno ispuniti dva uvjeta, a da bi stranka uopće i mogla podnijeti ustavnu tužbu. Prvi je uvjet grubo vrijeđanje ustavnih prava i sloboda, a drugi rizik nastupanja teških i nepopravljivih posljedica za podnositelja ustavne tužbe. Ovakvi uvjeti podliježu vrlo širokom tumačenju te je Europski sud utvrdio kako je, zbog činjenice da se praksa Ustavnog suda u rješavanju po ovom pitanju nije razvila, ovo pravno sredstvo nesigurno.

²⁰ V. opširnije o ovom utjecaju u: Crnić, op. cit. (bilj. 15), str. 267-269.

²¹ V. Lukina-Karajković, Lidija, *Prikaz odluka Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu protiv Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4(2002), str. 651-663.

²² Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, (NN 29/02).

(3) U odluci iz stavka 2. ovog članka Ustavni sud će odrediti primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegova ustavnog prava koju je sud učinio kada o pravima i obvezama podnositelja ili o sumnji ili optužbi zbog njegova kažnjivog djela nije odlučio u razumnom roku. Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva stranke za njezinu isplatu.”

Važno je napomenuti kako je ubrzo nakon donošenja Ustavnog zakona Europski sud za ljudska prava u odluci u predmetu SLAVIČEK protiv Hrvatske²³ utvrdio kako je postupak uređen Ustavnim zakonom učinkovito nacionalno pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, i kako to sredstvo mora biti prethodno iskorišteno da bi zahtjev podnesen Europskom sudu, bio dopušten.

Ustavnim zakonom ustanovljena je, dakle zaštita od povrede prava na suđenje u razumnom roku podnošenjem tužbe Ustavnom sudu. Međutim, dok je kod povrede svih drugih ustavnih prava ustavna tužba dopuštena tek nakon što je prethodno iscrpljen redovni pravni put iskorištavanjem svih raspoloživih sredstava pravne zaštite, u slučajevima povrede prava na suđenje u razumnom roku ustavna je tužba dopuštena bez potrebe iscrpljivanja redovnog pravnog puta. Također, bitno je obilježje ustavno-sudskih postupaka, koji se vode povodom tužbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku što se u njima utvrđuje i primjerena naknada koja pripada podnositelju zbog povrede njegova ustavnog prava.²⁴

Ustavni sud, u odlučivanju o pitanju povrede prava na suđenje u razumnom roku, slijedeći praksu Europskog suda, razmatra, zapravo, dva prilično složena problema – vremensko razdoblje u kojem je moglo doći do povrede razumnoga roka²⁵ te mjerila pomoću kojih se može utvrditi je li neki postupak udovoljio standardu razumnog roka ili nije.²⁶

²³ SLAVIČEK protiv Hrvatske (odluka Europskog suda od 4. srpnja 2002.). O navedenoj odluci detaljnije v. u: Potočnjak, Željko, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – neki prijedlozi za unapređenje hrvatskog sustava na temelju stranih iskustava*, Hrvatska pravna revija, 4(2005), str. 3.

²⁴ V. *ibid.*, str. 4.

²⁵ O problemima određivanja početka i završetka razdoblja u kojem se promatra moguća povreda prava na suđenje u razumnom roku v. u: Omejec, *op. cit.* (bilj. 9), str. 137-143.; Dijk, Hoof, *op. cit.* (bilj. 11), str. 603-606. Načine utvrđivanja ovih trenutaka moguće je, dakako, vidjeti i iz obimne prakse Europskog suda (v. primjerice presudu RAJČEVIĆ protiv Hrvatske od 23. srpnja 2002.) kao i iz vrlo velikog broja odluka Ustavnog suda (v. npr. odluku U-III A-880/2002 od 10. srpnja 2002.). U nastavku rada, dakako, bit će detaljnije obrađena problematika određivanja ovih rokova u postupcima pred Upravnim sudom.

²⁶ Navedena su mjerila: vrsta spora, važnost spora za podnositelja tužbe, postupanje sudova i drugih tijela koja su sudjelovala u odlučivanju o pravima i obvezama te doprinosi samog podnositelja trajanju postupka. V. o navedenom više u: Omejec, *op. cit.* (bilj. 9), str. 143-144.; Dijk, Hoof, *op. cit.* (bilj. 11), str. 606-611.; Gomien i dr., *op. cit.* (bilj. 11), str. 165-169., Robertson, Merrills, *op. cit.* (bilj. 11), str. 101-102. Iz obimne prakse Europskog suda u rješavanju o ovom pitanju v. npr. odluku u predmetu RAJAK protiv Hrvatske od 28. lipnja 2001. I praksa Ustavnog suda u odlučivanju o ovom pitanju je vrlo obimna. V. tako npr. odluku Ustavnog suda u predmetu U-III A-1949/2003 od 13. listopada 2004. O navedenim mjerilima v. i: Potočnjak, *op. cit.* (bilj. 23), str. 4., Goranić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 4. i

Ustavni sud na temelju navedenih kriterija odlučuje, usvajanjem ili odbijanjem tužbe, je li podnositelju tužbe povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku. Ukoliko Ustavni sud usvoji tužbu, odlukom će sudu, pred kojim se vodi postupak odrediti rok u kojem on mora donijeti svoju odluku.²⁷ Rok za donošenje sudske odluke počinje teći od dana objave odluke Ustavnog suda u službenom listu Republike Hrvatske, "Narodnim novinama", i uobičajeno iznosi šest mjeseci, ali u nekim slučajevima može biti duži ili kraći.²⁸

Ustavni sud, kada utvrdi povredu prava na suđenje u razumnom roku, pored određivanja roka u kojem nadležni sud mora donijeti odluku, odlučuje i o obeštećenju podnositelja ustavne tužbe.²⁹

Opisani je sustav zaštite građana od neefikasnosti sudskih postupaka, svakako, predstavljao veliki korak naprijed u razvoju hrvatskog pravnog sustava i njegova usklađivanja s odredbama Europske konvencije, te je, u konačnici, i "natjerao" Europski sud da ustavnu tužbu u slučajevima odugovlačenja postupaka prizna kao djelotvoran pravni lijek.³⁰ No, ovako uređena mogućnost

Šprajc, op. cit. (bilj. 17), str. 5. i 6. O ovome problemu v. i u izvješću European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) pod naslovom *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case-law of the European Court of Human Rights* iz Strasbourga od 8. prosinca 2006. Navedeno izvješće također, vrlo opsežno i temeljito, na temelju prakse Europskog suda, razrađuje i veći broj drugih pitanja koja nameće dugotrajnost sudskih postupaka kao što su npr. identificiranje razloga koji su doveli do odugovlačenja u pojedinim postupcima ili prosuđivanje efikasnosti pravnih lijekova za osujećivanje povreda prava na suđenje u razumnom roku u pravima pojedinih država članica Vijeća Europe.

²⁷ Ovakvom odlukom Ustavni sud ne nameće nadležnom sudu kakvu odluku mora donijeti, pa zbog toga izreke svojih odluka neutralno uobličuje. V. Potočnjak, op. cit. (bilj. 23), str. 4.

²⁸ Na pitanje opravdanosti objavljivanja velikog broja sličnih odluka Ustavnog suda odgovor se traži u stanovitoj javnoj zadovoljštini koju takvim objavljivanjem dobivaju osobe čija su prava povrijeđena dugotrajnim postupcima. V. ibid.

²⁹ U pravnoj teoriji preteže mišljenje kako se kod dosuđivanja primjerene naknade radi, zapravo, o naknadi nematerijalne štete koju je podnositelj ustavne tužbe pretrpio zbog odugovlačenja postupka, tj. zbog povrede ustavnog prava na suđenje u razumnom roku. Kod primjene kriterija za određivanje naknade Ustavni sud slijedi praksu Europskog suda vodeći, međutim, računa o socijalnim i gospodarskim prilikama u Republici Hrvatskoj kao i o činjenici da je podnositelj tužbe već imao stanovitu satisfakciju zbog objavljivanja odluke u "Narodnim novinama" te da je Ustavni sud poduzeo određene konkretne mjere za ubrzanje postupka, odnosno odredio nadležnom sudu rok u kojem ovaj mora donijeti odluku. Pri odlučivanju o naknadi vodi se, dakle računa o okolnostima svakog slučaja uzimajući u razmatranje vremensko razdoblje trajanja postupka nakon ratifikacije Europske konvencije, uvažavajući, međutim, u određenoj mjeri i trajanje postupka prije navedenog trenutka. U slučajevima hitnih postupaka naknada se određuje u znatno višem iznosu (npr. uzdržavanje ili radni sporovi). Ukoliko je podnositelj tužbe sam pridonio odugovlačenju postupka naknada se srazmjerno umanjuje. V. ibid., str. 5. Opsežnije o odštetnoj odgovornosti države zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku v. i u: Radolović, op. cit. (bilj. 1), str. 289-292.

³⁰ "Treba isto tako naglasiti da posebno recentna praksa Ustavnog suda pruža nadu da će ipak najveća većina eventualnih povreda konvencijskih prava biti sanirana u okviru domaćeg pravnog sustava, čime bi se učinila nepotrebnom intervencija suda u Strasbourgu, koja uvijek predstavlja izvjestan udarac državnoj suverenosti i povjerenju u demokratičnost pojedinog nacionalnog pravnog sustava." Uzelac, op. cit. (bilj. 11), str. 1028.

podnošenja ustavne tužbe zbog povreda prava na suđenje u razumnom roku izazvala je i jedan vrlo krupan problem – preopterećenost Ustavnog suda ustavnim tužbama. Pred vratima Ustavnog suda, metaforički rečeno, otvorila se Pandorina kutija neefikasnosti hrvatskog pravosuđa³¹ te je to na rad suda vrlo brzo počelo snažno utjecati. Ustavni sud je, naime i prije stupanja na snagu čl. 63. Ustavnog zakona bio preopterećen brojem podnesenih ustavnih tužbi te ga je ovakvo daljnje otvaranje ustavnim tužbama vrlo brzo dovelo do krizne situacije. Rad po ustavnim tužbama onemogućavao je Ustavni sud u punoj mjeri obavljati ostale svoje zadaće³² te ga, na neki način, pretvarao u svojevrstni sud posljednje instance, što, dakako, Ustavni sud nije, niti bi trebao biti.³³

Ustavni sud je, tako, nakon nekoliko godina opisanog velikog povećanja broja ustavnih tužbi (uglavnom onih podnesenih zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku), u svom Izvješću Hrvatskom saboru br. U-X-835/2005 od 24. veljače 2005., predložio mogući način razrješenja problema. Naime, smatrajući da, i redoviti, i specijalizirani sudovi trebaju snositi dio “tereta”, odnosno da moraju sudjelovati u utvrđivanju povrede prava na suđenje u razumnom roku (kao i određivanju rokova za okončavanje sudskih postupaka te određivanju primjerene naknade), Ustavni sud predložio je da se Zakonom o sudovima uredi postupak zaštite prava na suđenje u razumnom roku.³⁴ Ustavni sud bi, u tom slučaju, nadležnost za rješavanje o ovom pitanju, imao tek nakon što bi stranke iskoristile sva moguća sredstva zaštite pred nadležnim sudovima. Također, Ustavni sud je izvijestio Hrvatski sabor i o potrebi izmjena ili čak i donošenja novog Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, kako bi se u potpunosti uredio učinkoviti sustav zaštite ustavnog prava na suđenje u razumnom roku.³⁵

³¹ Jadranko Crnić vrlo je rano upozorio na moguće negativne posljedice ovakvog sistema ustavne tužbe na rad Ustavnog suda nazivajući ga mogućim requiemom za Ustavni sud. V. Crnić, op. cit. (bilj. 15).

³² O važnosti, tzv. apstraktne kontrole ustavnosti zakona v. Omejec, Jasna, *Pravni učinci ustavnosudske kontrole zakona i drugih propisa*, Ustav kao jamac načela pravne države, urednici: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, Organizator, Zagreb, 2002., Medvedović, Dragan, *Kontrola ustavnosti i zakonitosti općih akata općina i gradova*, Hrvatska javna uprava, 3-4(2001), str. 529-537. i Sokol, Smiljko, *Prethodni nadzor ustavnosti zakona i mogućnost njegove primjene prema Ustavu Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1(1996), str. 5-14.

³³ Preopterećenost Ustavnog suda dovela je i do opasnosti i da sam Ustavni sud neće biti u mogućnosti u razumnom roku odlučivati o pred njega iznesenim predmetima. Europski sud je, tako, u predmetu PITRA protiv Hrvatske (presuda od 16. lipnja 2005.) ocijenio da je postupak pred Ustavnim sudom trajao nerazumno dugo.

³⁴ “Izlaz bi možda bio da se gotovo isti instrumentarij prenese u odnosu na općinske sudove na županijske sudove. Dvadesetjedan županijski sud mogao bi o tome, posebno jer je riječ o materiji suđenja, koja mu je bliža nego Ustavnom sudu, odlučiti ne manje pouzdano od Ustavnog suda imajući na umu cjelokupni sadržaj predmeta, iskustvo u suđenju na osnovi kojeg se može potpunije prosuditi koliko bi vremena, u pravilu, trebalo da se takav predmet okonča.” Crnić, Jadranko, *Razmišljanje o (ne)ustavnosti nekih odredaba (novog) Zakona o sudovima*, Informator, 5405-5408(2006), str. 29, 30 i 32.

³⁵ Iz poredbene je analize sustava zaštite prava na suđenje u razumnom roku u pojedinim europskim državama, promatranih kroz praksu Europskog suda, moguće zaključiti da u velikom broju država redovni sudovi (a u određenim slučajevima i organi državne uprave) sudjeluju u

3. Zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnoj roci prema Zakonu o sudovima

Zakonodavac je, prepoznavši značaj i širinu problema preopterećenosti Ustavnog suda ustavnim tužbama, zaista, ubrzo nakon prethodno izraženih smjerova normativnog rješavanja zaštite prava na suđenje u razumnoj roci, reagirao te krajem 2005. donio novi Zakon o sudovima. Spomenuti je zakon utvrdio zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnoj roci kao novo pravno sredstvo za zaštitu tog prava. Odredbe glave III. Zakona o sudovima tako su glasile:

“(1) Stranka u sudskom postupku koja smatra da nadležni sud nije odlučio u razumnoj roci o njezinom pravu ili obvezi ili o sumnji ili optužbi za kažnjivo djelo, može neposredno višem sudu uputiti zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnoj roci.

(2) Ako se zahtjev odnosi na postupak koji je u tijeku pred Visokim trgovačkim sudom Republike Hrvatske, Visokim prekršajnim sudom Republike Hrvatske ili Upravnim sudom Republike Hrvatske, o zahtjevu će odlučiti Vrhovni sud Republike Hrvatske.

(3) Postupak odlučivanja o zahtjevu iz stavka 1. ovoga članka je hitan. Postupak se provodi uz odgovarajuću primjenu pravila o izvanparničnom postupku, u pravilu bez održavanja ročišta.” (Čl. 27. Zakona o sudovima).

“(1) Ako sud iz članka 27. ovoga Zakona utvrdi da je zahtjev podnositelja osnovan, odredit će rok u kojem sud pred kojim je postupak u tijeku mora odlučiti o pravu ili obvezi ili o sumnji ili optužbi za kažnjivo djelo podnositelja zahtjeva, te odrediti primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegova prava na suđenje u razumnoj roci.

(2) Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna u roku od 3 mjeseca od dana podnošenja zahtjeva stranke za njezinu isplatu.

(3) Protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnoj roci može se u roku od 8 dana podnijeti žalba Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. Protiv rješenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske žalba nije dopuštena ali se može pokrenuti ustavna tužba.” (Čl. 28. Zakona o sudovima).³⁶

zaštiti i ostvarivanju prava na suđenje u razumnoj roci. V. Grdinić, Elica, *Mehanizmi zaštite prava na suđenje u razumnoj roci – komparativni prikaz*, Hrvatska pravna revija, 1(2005), str. 1-6. i Potočnjak, op. cit. (bilj. 23), str. 1.

³⁶ Željko Potočnjak predložio je sistem zaštite prava na suđenje u razumnoj roci koji se, u pojedinostima, razlikovao od zakonom prihvaćenog rješenja. Tako Zakonom o sudovima nije predviđena mogućnost da stranka sudskog postupka, koja smatra da joj je povrijeđeno njezino pravo na suđenje u razumnoj roci, sudu pred kojim se vodi postupak podnese zahtjev kojim traži da se poduzme određena radnja ili donese određena odluka. Smatramo kako bi se ovakvim sistemom omogućilo stanovito “podsjećajuće” djelovanje kojim bi se sudove koji su iz raznoraznih (bilo ispričivih, bilo neispričivih) razloga “zaboravili” na stranku možda i natjeralo na rješavanje. Također, Zakon o sudovima predviđa i žalbu na odluke sudova više instance, dok je Potočnjak predlagao da se u ovim situacijama može samo podnijeti ustavna tužba Ustavnom sudu. Mišljenja smo da je u ovom slučaju norma Zakona o sudovima kvalitetnije rješenje te da pruža veće garancije

Zakon o sudovima odredio je i nadležnost za odlučivanje u postupcima za zaštitu prava na suđenje u razumnoj roku pokrenutima prije dana njegova stupanja na snagu.

“(2) Odredbe ovoga Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnoj roku ne primjenjuju se na predmete u kojima je do dana stupanja na snagu ovoga Zakona podnesena ustavna tužba na temelju članka 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (“Narodne novine”, br. 99/99., 29/02. i 49/02. – pročišćeni tekst). O podnesenim ustavnim tužbama odlučit će Ustavni sud Republike Hrvatske prema odredbama toga Ustavnog zakona.” (Čl. 158. st. 2. Zakona o sudovima).

Ubrzo nakon stupanja na snagu Zakona o sudovima, odredbe čl. 27., 28. i 158. st. 2. pretrpjele su brojne kritike.

Najsnažnije od njih, tako, polaze od pozicije Ustavnog zakona i Zakona o sudovima u hijerarhiji pravnih vrela u Republici Hrvatskoj. Ustavni zakon, naime, donosi se i mijenja³⁷ prema postupku određenom za promjenu Ustava RH, odnosno dvotrećinskom većinom glasova svih zastupnika Sabora Republike Hrvatske. Zakon o sudovima, pak, organski je zakon koji se donosi većinom glasova svih zastupnika.³⁸

Iz prethodno navedene okolnosti proizlazi kako Zakon o sudovima nikako, pa niti po principu *lex posterior derogat legi priori*, ne može mijenjati odredbe Ustavnog zakona. To, s obzirom na odrede čl. 27. i 28. Zakona o sudovima i čl. 63. Ustavnog zakona, znači da stranka, koja se želi zaštititi od nerazumno dugih rokova rješavanja sudova, i dalje može podnijeti ustavnu tužbu zbog povrede njezina ustavnog prava na rješavanje u razumnoj roku. Zakon o sudovima to pravo stranci nikako ne može oduzeti. Također, iz odnosa spomenutih članaka, proizlazi i to da stranka, bez obzira na činjenicu podnošenja ustavne tužbe, može istovremeno neposredno višem sudu podnijeti i zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnoj roku.³⁹

Ovakvo udvostručavanje pravne zaštite, smatra se, može u budućnosti dovesti do situacije u kojoj se broj ustavnih tužbi zbog povrede prava na rješavanje u razumnoj roku neće smanjivati, ali će se zato zbog mogućnosti

stranci da će se postupak zaista okončati u primjerenim rokovima. V. Potočnjak, op. cit. (bilj. 23), str. 13.

Napominjemo i kako je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima od 3. listopada 2008. dotadašnji st. 3. čl. 27. izmijenjen tako da mu je dodana rečenica: “Postupak se provodi uz odgovarajuću primjenu pravila o izvanparničnom postupku, u pravilu bez održavanja ročišta.”, te da je istim izmjenama i dopunama rok od 15 dana za žalbu Vrhovnom sudu iz st. 3. čl. 28. skraćen na rok od 8 dana.

³⁷ V. čl. 131. st. 2. Ustava RH

³⁸ Na naznačenom odnosu Ustavnog zakona i Zakona o sudovima temelji se i vrlo snažna kritika čl. 158. Zakona o sudovima. Tom se odredbom, naime zakonodavac upustio u uređivanje nadležnosti Ustavnog suda na što, organskim zakonom iz čl. 82. st. 2. Ustava, nikako nije ovlašten. V. Crnić, op. cit. (bilj. 34), str. 30. i 32. i Potočnjak, op. cit. (bilj. 17), str. 21.

³⁹ V. Crnić, op. cit. (bilj. 34), str. 30. Također v. i Crnić, Jadranko, *O bespućima nekih odredaba (novog) Zakona o sudovima*, Informator, 5425(2006), str. 8.

zaštite zahtjevom za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, dodatno opterećivati i ovako, već preopterećena sudbena vlast.⁴⁰

Navedeno je utemeljeno kritičko razmišljanje ponukalo pojedine autore da pokušaju obraniti nakane zakonodavca izražene u spornim odredbama Zakona o sudovima. Pri tomu se polazi od shvaćanja kako su postupci zaštite prava na suđenje u razumnom roku uređeni i Ustavnim zakonom i Zakonom o sudovima sporedni postupci u odnosu na glavne sudske postupke (kojima se prigovara nerazumno dugo trajanje). Ti su postupci također i sumarni, opskrbljeni s malo procesnih jamstava, i oni se mogu smatrati privremenim (palijativnim) rješenjima čije je uvođenje bilo neophodno samo zbog toga što u postojećim sudskim postupcima nema odgovarajućih mehanizama kojima bi se nerazumno duga trajanja postupaka onemogućila.⁴¹ Ukoliko bi se u budućnosti možda osiguralo djelovanje sudova u okvirima razumnog roka, sporedni, skraćeni i privremeni postupci zaštite prava na suđenje u razumnom roku izgubili bi na svojoj važnosti te bi ih se možda moglo i ukinuti.⁴²

Što se, pak, tiče odnosa između sustava zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku uređenog Ustavnim zakonom i Zakonom o sudovima, zauzima se stav da postupak predviđen Zakonom o sudovima ima značenje prethodnog postupka koji mora biti proveden da bi se stranka, nezadovoljna trajanjem glavnog sudskog postupka, mogla obratiti Ustavnom sudu.⁴³ Ustavni sud, smatra se, zadržava ovlasti iz čl. 63. Ustavnog zakona jer on i dalje ostaje posljednja instanca domaćeg pravnog poretka kojoj se stranka nezadovoljna duljinom trajanja sudskog postupka može obratiti. Zakonom o sudovima, prema tomu nije uspostavljen paralelni sustav zaštite prava na suđenje u razumnom roku, već se radi o sukcesivnim postupcima, pri čemu postupak zaštite uređen

⁴⁰ V. o ovome u Crnić, op. cit. (bilj. 34), str. 30. Autor na istoj stranici navedenog rada izražava i sumnju, koju potkrepljuje i statističkim podacima o broju i vrsti zaprimljenih ustavnih tužbi od 1991. do kraja 2005., da će primjena čl. 27. i 28. Zakona o sudovima dovesti do bitnijeg smanjenja ustavnih tužbi. Ovo zbog toga što čl. 62. i 63. Ustavnog zakona utvrđuju vrlo široku nadležnost Ustavnog suda za odlučivanje o ustavnim tužbama.

⁴¹ U pravnoj teoriji postoji i shvaćanje Zakona o sudovima kao "hrabre zakonodavne improvizacije (koju) će povijest opravdati samo ako bude privremena, odnosno ako bude zamijenjena pravim i potpunim propisom koji će regulirati zaštitu prava na suđenje u razumnom roku." U svrhu potkrepe ovakvoga stanovišta upućuje se na talijanski Zakon br. 89 od 24. ožujka 2001. (tzv. zakon Pinto) koji u samo devet članka uređuje zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. V. Radolović, op. cit. (bilj. 1), str. 300.

⁴² V. Potočnjak, op. cit. (bilj. 17), str. 14. i 15.

⁴³ Potočnjak upozorava da je ovakav stav Ustavni sud iskazao i u većem broju pisama kojima je Ustavni sud ustupio na rješavanje nadležnim sudovima, u skladu sa Zakonom o sudovima, ustavne tužbe podnesene zbog zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Autor tako ističe pismo br. Su-RR-20-5/2006. V. *ibid.*, str. 18. U navedenim pismima Ustavni sud ističe kako se ustavne tužbe, podnesene zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku zajamčenog čl. 29. st. 1. Ustava RH, treba smatrati zahtjevima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Za rješavanje o navedenim zahtjevima prema čl. 27., 28. i 158. st. 2. Zakona o sudovima nadležni su redovni i specijalizirani sudovi. V. tako primjerice i pismo SuP-RR-44/2007.

Zakonom o sudovima mora prethoditi postupku uređenom Ustavnim zakonom.⁴⁴

Pored naznačenih, temeljnih, problema uočeni su još neki, prilično brojni, nedostaci i nedorečenosti čl. 27. i 28. Zakona o sudovima. Za potrebe ovoga rada potrebno ih je, bez dubljeg ulaženja u problematiku, navesti.

Ističe se, tako, kako su Zakonom o sudovima ostala nejasna ili neuređena, sljedeća pitanja: pokreće li se zaštita podnošenjem tužbe ili zahtjeva te, u vezi i s tom okolnošću, i pitanja označavanja osobe protiv koje se vodi postupak, pitanje dostavljanja zahtjeva na odgovor i prava protivne strane na žalbu te pitanje plaćanja sudskih pristojbi.⁴⁵

Nadalje, ističe se i kako su ostala otvorena neka pitanja koja se tiču samog žalbenog postupka,⁴⁶ javnosti rada sudova koji odlučuju o zahtjevima stranaka za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku⁴⁷ te hitnosti postupka⁴⁸.

U razmišljanju o načinu na koji je Zakon o sudovima uredio zaštite građana od nerazumno dugih rokova postupanja ističe se i činjenica da se ona ostvaruje kroz dva stupnja, dok čl. 63. Ustavnog zakona predviđa samo jedan stupanj.⁴⁹

⁴⁴ Ibid., str. 20. Ustavni sud o ustavnoj tužbi zaprimljenoj na temelju čl. 28. st. 3. Zakona o sudovima, a povodom rješenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske (u nastavku rada: Vrhovni sud) o pitanju razumnosti roka rješavanja Upravnog suda donio je odluku broj U-III V-1639/2008 od 24. rujna kojom je ustavnu tužbu odbio.

⁴⁵ U odgovoru na pitanje karaktera inicijalnog akta kojim se pokreće postupak smatra se da bi najprimjerenije bilo koristiti se zakonskim nazivom "zahtjev", posebno uvažavajući okolnost da se postupak zaštite prava na suđenje u razumnom roku može smatrati posebnim i sporednim u odnosu na glavni sudski postupak. Što se, pak, tiče označavanja pasivne osobe u postupku, izneseno je mišljenje kako je potrebno slijediti praksu Europskog suda i Ustavnog suda, te "tuženom" stranom smatrati Republiku Hrvatsku. Nastavljajući se na prethodno mišljenje i praksu Europskog suda i Ustavnog suda ističe se, nadalje, kako bi zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku na odgovor bilo potrebno dostaviti sudu kojemu se prigovara nerazumno dugo trajanje postupka te nadležnom državnom odvjetništvu. Državnom odvjetništvu bi trebalo dostaviti i rješenje o zahtjevu kako bi se ono, u slučajevima u kojima je prema Zakonu o sudovima žalba dopuštena, na rješenje moglo žaliti (na taj bi se način u sumarnim postupcima koji se vode povodom zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku mogla osigurati potrebna razina kontradiktornosti u raspravljanju o podnesenom zahtjevu). U pogledu plaćanja sudskih pristojbi ističe se kako ih, sukladno praksi Ustavnog suda, podnositelj zahtjeva ne bi trebao plaćati. V. o navedenom Potočnjak, op. cit. (bilj. 17), str. 22.

⁴⁶ Nejasno je, tako, što je predmet samog žalbenog postupka, može li se pitanje visine određene primjerene naknade pobijati u žalbenom postupku i može li se stranka žaliti na duljinu roka koji je viši nadležni sud odredio nižem za donošenje odluke. V. Crnić, op. cit. (bilj. 39) str. 13.

⁴⁷ Ističe se kako bi javnost trebala biti isključena u svim onim slučajevima u kojima je, prema izričitim odredbama odgovarajućih zakona, bila isključena u postupku koji je prethodio zahtjevu ili u svim onim slučajevima u kojima je javnost bila isključena po odluci suda. V. ibid. str. 8.

⁴⁸ Čl. 27. st. 3. Zakona o sudovima, naime utvrđuje da je postupak povodom zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku hitan, ali ne precizira nikakve rokove u kojima bi se trebale izvršiti pojedine procesne radnje. Ističe se, međutim, kako bi nadležni sudovi trebali slijediti praksu Ustavnog suda u određivanju rokova za izvršavanje pojedinih procesnih radnji. V. Potočnjak, op. cit. (bilj. 17), str. 22-23.

⁴⁹ Čl. 28. st. 3. Zakona o sudovima, naime utvrđuje kako se protiv rješenja nadležnih sudova o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može podnijeti žalba Vrhovnom sudu,

Iako je dvostupanjskom zaštitom ojačana pozicija stranke, ističe se kako su već i postupci prema čl. 63. Ustavnog zakona dugo trajali te da se može pretpostaviti kako će se oni samo produljiti dodavanjem još jedne instance.

Izuzetnu pozornost, nadalje, potrebno je posvetiti i kritikama u pogledu neuređivanja sastava u kojem će nadležni sudovi odlučivati o zahtjevima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i stava koji su pojedini teoretičari zauzeli o tom pitanju.⁵⁰ Ističe se, naime kako se propisivanjem monokratskog principa u odlučivanju povodom zahtjeva stranaka za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ide suprotno sistemu zaštite kakvog predviđa Ustavni zakon.⁵¹ Pitanje koje se u ovakvoj situaciji svakako nameće jest da li se prebacivanjem nadležnosti s vijeća na suca pojedinca oslabila pravna zaštita građana od povreda razumnog roka rješavanja i onemogućilo podrobnije i osjetljivije razmatranje složenog problema neaktivnosti sudske vlasti?⁵²

Prigovore je pretrpjelo i stanovito nastavljanje spornih pitanja iz čl. 63. Ustavnog zakona u pogledu propisivanja rokova za odlučivanje. Članak 28. Zakona o sudovima, naime određuje da će, u slučaju osnovanosti podnositeljeva zahtjeva, nadležni sud odrediti rok u kojemu sud pred kojim je postupak u tijeku mora odlučiti o pravu, ili obvezi, ili o sumnji ili optužbi za kažnjivo djelo podnositelja zahtjeva. Takvoga propisivanja rokova nema u odredbama Europske konvencije, a moglo bi se i smatrati da je određivanje konkretnoga roka za rješavanje suprotno čl. 117. st. 2. Ustava RH koji sudbenoj vlasti jamči samostalnost i neovisnost te da bi vezanje sudova za konkretne rokove moglo ugroziti kvalitetu presuda.⁵³

dok protiv rješenja Vrhovnog suda žalba nije dopuštena, ali se može podnijeti (Zakon o sudovima upotrebljava izraz pokrenuti ustavnu tužbu, ali se upozorava na opravdanost izraza podnijeti ustavnu tužbu) ustavna tužba. Dvostupanjska zaštita isključena je, dakle, samo u situacijama kada se zahtjev odnosi na postupak koji je u tijeku pred Visokim trgovačkim sudom, Visokim prekršajnim sudom ili Upravnim sudom, kada o strankinom zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku odlučuje Vrhovni sud. V. *ibid.*, str. 25.

⁵⁰ Smatra se kako se, u popunjavanju ove praznine, treba poći od čl. 7. Zakona o sudovima koji određuje da u prvostupanjskim predmetima odlučuje sudac pojedinac. S obzirom na činjenicu da se u postupcima povodom zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku drugostupanjski sudovi javljaju u ulozji prvostupanjskih, zaključuje se da bi u ovim postupcima trebao suditi sudac pojedinac. Na prihvaćanje suđenja suca pojedinca u ovim postupcima upućuje i prihvaćanje gledišta da se u postupcima povodom zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku odlučuje u izvanparničnom postupku. Naime, ukoliko je, prema odredbi čl. 41. st. 1. Zakona o parničnom postupku (NN br. 53/91, 91/92, 112/99, 117/03 i 84/08), sudac pojedinac nadležan u prvom stupnju suditi o postupovno zahtjevnijim parničnim postupcima, onda je svakako nadležan suditi i u postupovno jednostavnijim izvanparničnim postupcima. V. *ibid.* str. 21.

⁵¹ Ustavni zakon u čl. 71. st. 3. predviđa da odluku o ustavnoj tužbi donosi vijeće od troje sudaca te da, ukoliko vijeće ne donese odluku jednoglasno, odluku donosi vijeće sastavljeno od šest sudaca, odnosno sjednica Ustavnog suda.

⁵² V. Crnić, *op. cit.* (bilj. 39), str. 8. i 13.

⁵³ Zbog navedenih prigovora predlaže se da se sudove veže obvezom na odlučivanje u "najkraćem roku", a da se ne navode konkretni rokovi za odlučivanje. V. *ibid.* S druge strane ističe se i mišljenje kako određivanje konkretnih rokova nije sporno ako prilikom njihova određivanja

Nadalje, kritici je bio izvrgnut i dio čl. 28. st. 1. kojim se određuje da nadležni sud, kada utvrdi da je zahtjev podnositelja osnovan, određuje primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zahtjeva zbog povrede njegova prava na suđenje u razumnom roku.⁵⁴

Iako je nemoguće poreći opravdanost većine izrečenih kritika i razmišljanja, potrebno je ipak istaknuti kako se sustavom zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku uvedenog Zakonom o sudovima odvažno pokušalo rasteretiti Ustavni sud od prevelikog broja ustavnih tužbi te navedeni teret neefikasnosti pravosuđa ravnomjerno rasporediti na postojeću mrežu hrvatskih sudova. Posljedice ovakvih nastojanja vjerojatno će biti oslobađanje prostora Ustavnom sudu za kvalitetnije obavljanje temeljnih svojih zadaća (pri čemu u prvom redu mislimo na nadzor nad ustavnošću i zakonitošću zakona i podzakonskih općenormativnih akata), te unaprjeđenje samoga instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku jer će se smanjiti rizik kašnjenja u samim postupcima zaštite navedenog prava (dvadeset i četiri suda obavljat će posao koji je do donošenja Zakona o sudovima obavljao samo Ustavni sud). Što se tiče samih navedenih nedostataka potrebno je izraziti nadu da će se uspješno ispraviti kroz sudsku praksu i daljnje zakonske izmjene i dopune (pa i noveliranja Ustavnog zakona).

4. Procjena razumnosti roka rješavanja Upravnog suda

Već je ranije u radu rečeno kako je upravnosudski postupak u Republici Hrvatskoj čvrsto vezan uz prethodno vođenje upravnoga postupka. Građani, u namjeri razrješenja vlastitih pravnih situacija, pred organima javne uprave zahtjevima iniciraju pokretanje postupaka i od toga trenutka zakoračuju u zakonom uređene vremenske okvire postupanja. Navedena je okolnost neupitno iskazana odredbama Zakona o općem upravnom postupku⁵⁵ (u nastavku rada: ZUP) i Zakona o upravnim sporovima⁵⁶ (u nastavku rada: ZUS) koji uređuju rokove za donošenje rješenja te pravnu zaštitu ako se takvi rokovi prekorače.⁵⁷

nadležni sudovi vode računa o svim okolnostima predmeta (složenosti, stadiju postupka ...). V. Potočnjak, op. cit. (bilj. 17), str. 24.

⁵⁴ Ističe se, naime da se na taj način nije odstupilo od obveznog određivanja naknade kakvog predviđa čl. 63. st. 3. Ustavnog zakona. Čl. 41. – Protokol 11 uz Europsku konvenciju, navodi se dalje, ne obvezuje na određivanje naknade pa njeno određivanje ovisi o diskreciji Europskog suda. Obveznošću isplate naknade, zaključuje se na kraju, ona se, zapravo, pretvara u novčanu kaznu koja država sama sebi određuje i podnositelju zahtjeva isplaćuje iz državnog proračuna. Zakonom o sudovima, zbog toga, trebalo se propisati da će nadležni sudovi o naknadi odlučivati samo na izričiti zahtjev podnositelja zahtjeva na suđenje u razumnom roku. V. Crnić, op. cit. (bilj. 39), str. 13. U razmišljanju o navedenoj naknadi pojedini autori ne polaze od navedenog kritičkog stava, već ističu kako se u ovom slučaju, zapravo, radi o naknadi nematerijalne štete koju je stranka pretrpjela zbog nerazumno dugog trajanja sudskog postupka. V. Potočnjak, (bilj. 17), str. 24.

⁵⁵ Zakon o općem upravnom postupku (NN 53/91 i 103/96).

⁵⁶ Zakon o upravnim sporovima (NN 53/91, 9/92 i 77/92).

⁵⁷ “Kada se postupak pokreće u povodu zahtjeva stranke, odnosno po službenoj dužnosti ako je to u interesu stranke, a prije donošenja rješenja nije potrebno provoditi poseban ispitni

Iako, jasno, do pokretanja i vođenja upravnosudskog postupka može doći i bez prethodne povrede rokova rješavanja u upravnom postupku, potrebno je, u ovome trenutku, ukazati na povezanost ova dva postupka upravo na primjeru prekoračenja navedenih rokova tj. u slučajevima šutnje uprave. Ove situacije, naime vrlo jasno svjedoče u kolikoj mjeri, i unatoč postojanja mehanizama zaštite, i od šutnje uprave, i od povrede razumnog roka odlučivanja, može doći do rastezanja postupka i povreda prava građana.

Zaštita se od šutnje uprave, istaknimo tako u najkraćim crtama, u Republici Hrvatskoj zasniva na prihvaćanju negativne fikcije kao pravila kojom se građanima omogućuje zaštita, kako od šutnje prvostupanjskog, tako i od šutnje drugostupanjskog organa. Od šutnje prvostupanjskog organa stranka se može zaštititi izjavljivanjem žalbe, dok se od šutnje drugostupanjskog organa (ili protiv šutnje prvostupanjskog organa protiv čijih odluka nije moguće izjaviti žalbu) može zaštititi podnošenjem tužbe Upravnom sudu.

Prema postojećem normativnom rješenju, dakle jedina mogućnost zaštite od šutnje organa posljednjeg stupnja je pokretanje upravnog spora pred Upravnim sudom. On, pak, ima mogućnosti (ukoliko tužbu podnesenu zbog šutnje uprave rješenjem ne odbaci ili presudom ne odbije kao neosnovanu) presudom odrediti organu javne uprave u kojem će smislu donijeti rješenje ili u sporu pune jurisdikcije presudom sam riješiti upravnu stvar.⁵⁸ Iako ovaj sistem ima nedostataka on ipak omogućuje građanima da njihove pravne situacije budu riješene u

postupak, niti postoje drugi razlozi zbog kojih se ne može donijeti rješenje bez odgode (rješavanje prethodnog pitanja i dr.) nadležni organ dužan je donijeti rješenje i dostaviti ga stranci što prije, a najkasnije u roku od mjesec dana računajući od dana predaje urednog zahtjeva odnosno od dana pokretanja postupka po službenoj dužnosti, ako posebnim propisom nije određen kraći rok. U ostalim slučajevima kada se postupak pokreće u povodu zahtjeva stranke, odnosno po službenoj dužnosti ako je to u interesu stranke, nadležni organ dužan je donijeti rješenje i dostaviti ga stranci najkasnije u roku od dva mjeseca, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.

Ako nadležni organ protiv čijeg je rješenja dopuštena žalba ne donese rješenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku stranka ima pravo žalbe kao da je njezin zahtjev odbijen.” (Čl. 218. ZUP-a).

“Rješenje o žalbi mora se donijeti i dostaviti stranci čim je to moguće, a najkasnije u roku od dva mjeseca računajući od dana predaje žalbe, ako posebnim propisom nije određen kraći rok.” (čl. 247. st. 1. ZUP-a).

“Ako drugostepeni organ nije u roku od 60 dana ili u posebnim propisom određenom kraćem roku donio rješenje o žalbi stranke protiv prvostepenog rješenja, a ne donese ga ni u daljnjem roku od 7 dana nakon ponovljenog traženja, stranka može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena.

Na način propisan u stavku 1. ovog članka može postupiti stranka i kad na njezin zahtjev nije donio rješenje prvostepeni organ protiv čijeg akta nema mjesta žalbi.

Ako prvostepeni organ protiv čijeg akta ima mjesta žalbi nije u roku od 60 dana ili u posebnim propisom određenom kraćem roku donio nikakvo rješenje o zahtjevu, stranka ima pravo obratiti se svojim zahtjevom drugostepenom organu. Protiv rješenja drugostepenog organa stranka može pokrenuti upravni spor, a može ga uz uvjete iz stavka 1. ovog članka pokrenuti i ako taj organ ne donese rješenje.” (Čl. 26. ZUS-a).

⁵⁸ V. čl. 42. st. 5. ZUS-a.

primjerenim rokovima no, pod jednom vrlo bitnom pretpostavkom, da i sam Upravni sud svoje odluke donese dovoljno brzo.

Na žalost Upravni sud, kao i ostali sudovi u Republici Hrvatskoj, “zatrpan” je predmetima što bitno usporava proces donošenja njegovih odluka. Dakle, cjelokupna realna pravna pozicija građana može, poslužimo li se primjerom najgore, tzv. “dvostruke” šutnje, do trenutka kada je pokrenut upravni spor biti sljedeća: nakon što je šutio organ prvog stupnja te se stranka zbog toga žalila drugostupanjskom organu i drugostupanjski je organ propustio riješiti u zakonom predviđenom roku pa je stranka podnijela tužbu Upravnom sudu. Do toga su trenutka, a s obzirom na zakonske rokove morala proteći barem tri ili četiri mjeseca.⁵⁹ Stvarni nam život, međutim, govori da se trajanje postupka do trenutka podnošenja tužbe često mjeri i u godinama.

U trenutku podnošenja tužbe, i protoka navedenih rokova, stranka je, iskoračila iz upravnog u upravnosudski postupak, te zbog toga izgubila i mogućnost zaštite primjenom instituta zaštite od šutnje uprave. Naime, za prosuđivanje opravdanosti trajanja upravnosudskog postupka primjenjivat će se institut zaštite građana od povrede njihovog prava na suđenje u razumnom roku, a ne sustav zaštite od šutnje uprave.

Dakle, zaključimo, stranka je podnošenjem tužbe upravnom sudu izišla iz okvira precizno određenih zakonskih rokova, te se našla u situaciji gdje se razumnost roka postupanja prosuđuje manje određeno, od slučaja do slučaja. S obzirom na činjenicu da se na presude Upravnog suda zapravo mora čekati i godinama⁶⁰ građani se, paradoksalno, obraćajući se za zaštitu od neaktivnosti organa javne uprave Upravnom sudu, zapravo mogu naći u nepovoljnijoj situaciji od one u kojoj bi bili da jednostavno čekaju rješenje organa posljednjeg stupnja. Njihov je osnovni interes rješavanje vlastitih pravnih situacija, a takvo se rješavanje vremenski od njih može udaljiti ukoliko se upuste u upravnosudski postupak i nepostojanje striktnih zakonskih rokova za rješavanje u takvom postupku.

S obzirom na navedene okolnosti može se zaključiti kako se zaštitom od šutnje uprave u potpunosti ne odgovara na potrebu osiguravanja razrješenja individualnih pravnih situacija građana u upravnim stvarima u primjerenim rokovima. Takvo je osiguranje potrebno omogućiti i efikasnim mehanizmom zaštite od povrede razumnosti rokova rješavanja Upravnog suda.

Slijedom prethodnog zaključka, a zbog činjenice da je zaštita od povrede ustavnog prava na suđenje u razumnom roku do donošenja Zakona o sudovima iz 2005. bila u rukama Ustavnog suda potrebno je, najprije, na temelju njegove prakse ustvrditi na koji se način procjenjivala povreda razumnosti roka postupanja pred Upravnim sudom. Nakon toga neophodno je navedenu praksu

⁵⁹ Preciznije: tri odnosno četiri mjeseca i sedam dana jer ZUS propisuje obvezno ulaganje, tzv. pozornice u slučajevima šutnje drugostupanjskog organa. V. čl. 26. st. 1. ZUS-a.

⁶⁰ O trajanjima postupaka pred Upravnim sudom koji se, prema praksi Ustavnog i Vrhovnog suda, smatraju razumnima govorit će se, naravno, u nastavku rada.

usporediti s praksom Europskog suda te na temelju toga izvesti određene zaključke. Također, potrebno je vidjeti i u kojem se smjeru razvija judikatura nakon izmjena učinjenih Zakonom o sudovima, odnosno kakvu je praksu u rješavanju po ovom pitanju razvio Vrhovni sud. Smatramo kako je tek na osnovi uvida u sve navedene okolnosti moguće doći do ispravnih konačnih stanovišta.

A) Praksa Ustavnog suda prije Odluke i Rješenja Ustavnog suda br. U-III-A-4885/2005 od 20. lipnja 2007.⁶¹

Nastavljajući se na prethodno opisane okolnosti potrebno je još jednom naglasiti važnost pravilnog procjenjivanja razumnosti roka rješavanja Upravnog suda za kvalitetan razvoj cjelokupnoga navedenog instituta u Republici Hrvatskoj, te istaknuti naznačene posebnosti upravnosudskih postupaka u odnosu na druge sudske postupke u hrvatskom pravu. Ove činjenice upućuju i na potrebu razvijanja posebno istančane prakse prilikom prosuđivanja razumnosti trajanja navedenih postupaka.

Iz prakse Ustavnog suda, u odlučivanju o pitanju povrede razumnog roka rješavanja pred Upravnim sudom, odabrali smo tri odluke iz kojih je jasno moguće vidjeti stanovište Ustavnog suda o ovome pitanju.⁶²

Tako je rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-A-995/2002. od 18. prosinca 2002.⁶³ osobito značajno budući da je obuhvatilo i pitanje šutnje upravnih tijela i pitanje povrede razumnosti roka rješavanja Upravnog suda ("šutnje Upravnog suda" kako se to u rješenju navodi). Iako je navedenim rješenjem ustavna tužba odbačena zbog toga što podnositelji tužbe nisu istu dopunili sukladno nalogu Ustavnog suda, iz obrazloženja navedenog rješenja vidljivo je kakvo je stanovište zauzimao Ustavni sud u rješavanju gore navedenih pitanja.

Ustavni sud, tako je, najprije, a s obzirom na sadržaj čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona, te imajući u vidu odredbu čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, zaključio kako je razvidno da se dužnost donošenja odluka u razumnom roku odnosi isključivo na tijela sudbene vlasti. Naime, hrvatski pravni poredak, poput pravnih poredaka razvijenih europskih zemalja, ima uređena zakonska pravila u slučajevima šutnje uprave. Tim se zakonskim pravilima stranci pruža zaštita, zbog trpljenja neizvjesne pravne situacije uslijed nedonošenja akta kojim se meritorno odlučuje o njezinu zahtjevu, na podlozi predmetne negativnog

⁶¹ Navedena će se Odluka i Rješenje, zbog njena velikog značenja izraženog u promjeni ustavnosudske prakse u procjenjivanju razumnosti trajanja upravnosudskog postupka, detaljnije obraditi u nastavku rada.

⁶² Pored navedenih v. i odluke U-III-A-3211/2003 od 28. lipnja 2004. i U-III-A-1033/2003. od 9. lipnja 2005.

⁶³ Ustavnu tužbu u predmetu podnositelji su podnijeli na temelju čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona smatrajući da nadležna tijela državne vlasti nisu o njihovom zahtjevu donijela odluku u razumnom roku, a u predmetu isplate naknade i povrata oduzete imovine u postupku koji se vodio na temelju odredaba Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (NN br. 92/96). U ustavnoj tužbi navedeno je prvostupanjsko tijelo kojemu je zahtjev podnesen, kao i naznaka da su podnositelji tužbe pokrenuli upravni spor pred Upravnim sudom.

rješenja podnesenog zahtjeva.⁶⁴ Na osnovi takve predmnjeve proizlazi i ovlaštenje na ulaganje redovnog pravnog lijeka (žalbe) u upravnom postupku, kao i za postavljanje zahtjeva za sudsku kontrolu akata državne uprave podnošenjem tužbe Upravnom sudu Republike Hrvatske.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud zaključuje kako bi se postupak pred Ustavnim sudom, pokrenut ustavnom tužbom zbog nedonošenja meritorne odluke u razumnom roku na temelju ovlaštenja iz čl. 63. Ustavnog zakona, mogao voditi samo zbog "šutnje Upravnog suda Republike Hrvatske" u predmetu pokrenutom tužbom stranke zbog šutnje uprave, ali ne i neposredno protiv šutnje upravnih tijela, koja se iscrpljuje u nedonošenju rješenja u zakonskom roku. Ovakav zaključak Ustavnog suda temelji se na tomu što su odredbama upravno-postupovnog prava propisani rokovi za donošenje upravnih akata, a protiv svakog prekoračenja tih rokova stranka ima učinkovito sredstvo pravne zaštite, žalbu drugostupanjskom organu, odnosno tužbu Upravnom sudu, te ne postoji mogućnost nerazumnih trajanja upravnih postupaka u smislu odredbe čl. 63. st. 1. Ustavnog zakona. Neiskorištavanje prava na podnošenje žalbe i pokretanja upravnog spora po proteku zakonskih rokova za donošenje rješenja u upravnom postupku pada na teret stranke.

Ustavni sud u nastavku obrazloženja rješenja utvrđuje kako, za razliku od uprave, sudovi nisu vezani rokovima u rješavanju konkretnih pravnih stvari pa u tom smislu i ne može postojati istovjetnost u posljedicama njihove šutnje. Ukoliko sud o određenom zahtjevu ne raspravlja i ne odlučuje te ne donosi presudu nerazumno dugo (unatoč činjenici da sudovi nisu vezani nikakvim rokovima) takva se neaktivnost može smatrati povredom ustavnog prava na pravično suđenje, ali i povredom načela vladavine prava na kojemu se temelje ustavnopravni poreci razvijenih demokratskih zemalja.⁶⁵

Za razliku od ranije opisanoga rješenja, koje je u osnovi imalo pitanje mogućnosti ustavnosudske zaštite od šutnje upravnih organa, odlukom Ustavnog suda u predmetu br. U-III A-1694/2002 od 9. lipnja 2004. odlučivalo se isključivo o pitanju povrede razumnosti roka rješavanja Upravnog suda.⁶⁶ Kako je to više

⁶⁴ Ustavni sud navodi odredbe čl. 218. st. 1., čl. 246. st. 1. i čl. 247. ZUP-a te odredbu čl. 26. st. 1. ZUS-a

⁶⁵ Potrebno je napomenuti kako se u opisanom rješenju Ustavni sud očitovao i o samim vremenskim okvirima u kojima je Upravni sud odlučivao te utvrdio da je od podnošenja tužbe Upravnom sudu pa do podnošenja ustavne tužbe protekla jedna godina, pet mjeseci i jedan dan što se u konkretnom slučaju ne može smatrati nerazumno dugim postupanjem nadležnog suda. O načinima utvrđivanja početka i završetka relevantnoga razdoblja bit će više govora u nastavku rada.

⁶⁶ Tužitelj je dana 17. srpnja 2002. podnio ustavnu tužbu zbog nedonošenja odluke Upravnog suda u razumnom roku čime mu je, između ostalih, povrijeđeno i ustavno pravo zajamčeno čl. 29. st. 1. Ustava. Podnositelj je predložio da Ustavni sud odredi rok za donošenje presude u predmetu koji se vodi pred Upravni sudom te da mu odredi (podnositelju) primjerenu naknadu jer sud u razumnom roku nije odlučio o njegovim pravima. Navodeći činjenice važne za ustavnosudski postupak Ustavni je sud istaknuo kako je iz očitovanja predsjednika Upravnog suda bilo vidljivo da je dana 17. studenog 1998. podnositelj podnio tužbu Upravnom sudu zbog nedonošenja rješenja

puta i rečeno neaktivnost Upravnog suda stanoviti je nastavak neaktivnosti organa uprave pa je značaj navedene odluke velik, kako za samu problematiku šutnje uprave, tako i za cjelokupno pitanje neefikasnosti javne vlasti.

Obrazlažući svoju odluku u predmetu Ustavni je sud najprije utvrdio da se u konkretnom slučaju kao pravno relevantno razdoblje, sa stajališta povrede prava na donošenje sudske odluke u razumnom roku, smatra razdoblje od trenutka podnošenja tužbe Upravnom sudu zbog šutnje drugostupanjskog organa pa do trenutka podnošenja ustavne tužbe zbog povrede prava na razumnost roka rješavanja pred Upravnim sudom.⁶⁷

Nadalje je Ustavni sud utvrdio kako u relevantnom utvrđenom razdoblju Upravni sud nije poduzeo niti jednu radnju te se ovdje radi o potpunoj neaktivnosti suda, zatim da podnositelj ustavne tužbe, kao tužitelj u upravnosudskom postupku, nije doprinio, niti je mogao doprinijeti neaktivnosti Upravnog suda te da se u konkretnom slučaju nije radilo o složenom predmetu.

Ustavni sud je našao i da u upravnosudskom postupku zbog šutnje uprave nije bilo osobito složenih pravnih pitanja zbog činjenice da se u predmetu radilo o sporu zbog nedonošenja rješenja u povodu žalbe podnositelja pa sud uopće i nije trebao riješiti o meritumu spora.⁶⁸

U pogledu isticanja Upravnog suda da na dan donošenja njegove presude u predmetu ustavnosudski postupak još nije bio okončan te da je zbog toga ustavnu tužbu potrebno odbiti, Ustavni sud je upozorio na vlastito stajalište prema kojemu Ustavni sud ispituje eventualnu povredu ustavnog prava na donošenje sudske odluke u razumnom roku, kao samostalnu povredu, neovisno o tomu je li sudska odluka ipak donesena prije no što je okončan sam ustavnosudski postupak.

Zbog svih navedenih okolnosti Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu podnositelja i odredio primjerenu naknadu zbog povrede ustavnog prava iz čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.⁶⁹

od strane upravnog organa te da je Upravni sud o navedenoj tužbi donio presudu dana 20. studenog 2002. Navedenom je presudom Upravni sud uvažio tužbu (u presudi se zbog vjerojatne omaške govori o uvažavanju žalbe) i naložio upravnom organu donošenje rješenja o žalbi podnositelja. S obzirom na ovu okolnost (donošenje presude) Upravni je sud predložio da Ustavni sud odbije Ustavnu tužbu.

⁶⁷ U samom se predmetu radilo o razdoblju od tri godine i osam mjeseci.

⁶⁸ Ovakvo gledište Ustavnog suda proturječi odredbi čl. 42. st. 5. ZUS-a koja izrijekom navodi da Upravni sud, u slučajevima podnošenja tužbi zbog šutnje uprave, istu može: uvažiti te naložiti tuženom organu u kojem će smislu donijeti rješenje, uvažiti te ući u spor pune jurisdikcije i sam presudom riješiti upravnu stvar i, konačno, presudom odbiti tužbu kao neosnovanu. I odbijanje i upuštanje u spor pune jurisdikcije pretpostavlja odlučivanje o meritumu.

⁶⁹ Uvažavajući činjenicu da je odluka Upravnog suda u konkretnom predmetu donesena nakon prestanka trajanja pravno relevantnog razdoblja u kojem je Ustavni sud ispitivao i utvrdio povredu ustavnog prava podnositelja, ovlaštenje Ustavnog suda da nadležnom redovnom sudu (u ovom slučaju Upravnom sudu), na temelju čl. 63. st. 2. Ustavnog zakona, naloži donošenje sudske odluke u određenom roku nije bilo potrebno primijeniti.

Odluka br. U-IIA-635/2004 od 25. studenoga 2004.⁷⁰ od posebne je važnosti jer se u njoj Ustavni sud izravno očitovao o odnosu između upravnog i upravno-sudskog postupka. Naime u ustavnoj tužbi, žaleći se na duljinu postupka, podnositelj se pozvao na praksu Europskog suda navodeći da: “taj sud u upravnim stvarima kad postupak jednom dođe pred Upravni sud razmatra i postupak pred upravnim tijelima i postupak pred Upravnim sudom kao jedinstvenu cjelinu.”

Odgovarajući na ovakve podnositeljeve navode Ustavni sud istaknuo je kako je: “s obzirom na sadržaj članka 63. stavka 1. Ustavnog zakona, a imajući u vidu odredbu članka 29. stavka 1. Ustava, razvidno da se dužnost donošenja odluka u razumnom roku odnosi isključivo na tijela sudbene vlasti.”⁷¹

B) Kritike prakse Ustavnog suda i praksa Europskog suda

Dok je prva opisana odluka utvrdila jasno i logično razgraničenje između upravnog i upravno-sudskog postupka, a u pogledu nemogućnosti izravne ustavnosudske zaštite protiv šutnje uprave, određena su gledišta izrečena u svim navedenim odlukama nosili sa sobom stanovite nedoumice. Naime, iz odluka je razvidno da je Ustavni sud u odlučivanju po pitanju povrede razumnosti roka rješavanja Upravnog suda primijenio ista načela i utvrđenja kao i u rješavanju po pitanjima povrede razumnosti roka rješavanja ostalih redovnih sudova u Republici Hrvatskoj.

S obzirom na više puta naznačenu posebnost upravno-sudskog postupka, navedena je praksa Ustavnog suda izazvala određene kritičke reakcije. Istaknuto je, naime kako je Ustavni sud u odlučivanju po pitanju razumnosti roka rješavanja Upravnog suda išao smjerom suprotnim od onoga utvrđenog praksom Europskog suda.⁷²

⁷⁰ Podnositelja ustavne tužbe Ministarstvo obrane (u daljnjem tekstu: Ministarstvo) nije rasporedilo na stalnu dužnost, a što je obvezno moralo učiniti. Zbog toga je tužitelj 30. srpnja 1996. podnio tužbu Upravnom sudu koja je 8. listopada 1998. uvažena te je Ministarstvu naloženo da u roku od 30 dana donese rješenje o zahtjevu podnositelja. Kako Ministarstvo nije donijelo novo rješenje podnositelj je 28. lipnja 1999. podnio zahtjev Upravnom sudu za donošenje odluke u smislu čl. 64. ZUS-a. U međuvremenu je Ministarstvo 2. srpnja 1999. donijelo rješenje odbivši zahtjev podnositelja. Takvo je rješenje 28. rujna 2000. Upravni sud poništio. Nakon tog je Ministarstvo rješenjem od 20. veljače 2001. odbilo zahtjev podnositelja. Takvo je rješenje podnositelju dostavljeno tek nakon skoro pune tri godine, dana 27. siječnja 2004. Podnositelj je protiv tog rješenja 18. veljače 2004. podnio tužbu Upravnom sudu. Dana 17. lipnja 2004. Upravni sud odbio je podnositeljevu tužbu. Ustavna tužba podnesena je 25. veljače 2004.

⁷¹ U predmetu je Ustavni sud utvrdio kako je duljina sudskog postupka iznosila sedam dana, jer je toliko vremena prošlo od pokretanja upravnog spora do podnošenja ustavne tužbe.

⁷² Smjerovi odlučivanja u slučajevima povreda razumnosti roka odlučivanja Upravnog suda istaknuti su i prije nego što je Ustavni sud razvio opisanu praksu. V. tako: Vajić, Nina, *Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 51(2001), str. 985. Autorica u navedenom radu ističe: “Možda nije na odmet skrenuti pažnju i na činjenicu da u svrhu određivanja “razumnog roka” Europski sud među građanske postupke uključuje i upravni postupak. Ako se, primjerice, postupak nastavlja pred upravnim sudom, tada se u obzir uzima i prethodno trajanje postupka pred upravnim organima, a ne samo onaj dio koji se odvija pred sudom”. Potrebu uračunavanja prethodnog trajanja postupaka

Kritički se stav, uglavnom,⁷³ odnosio na način na koji je Ustavni sud procjenjivao početak i završetak roka prilikom ocjenjivanja moguće povrede razumnog roka postupanja Upravnog suda. Naime, kako je i navedeno, Ustavni sud je kao početak roka uzimao trenutak podnošenja tužbe Upravnom sudu, dok je završetkom roka smatrao trenutak podnošenja ustavne tužbe zbog povrede ustavnog prava na odlučivanje u razumnom roku.

Upozoravajući na neusklađenost ovakve prakse s onom Europskog suda istaknuto je kako je Europski sud kroz dugotrajnu praksu kao početak tijekom relevantnog roka ustvrdio trenutak započinjanja osporenog postupka. U situacijama kada je vođenje sudskih postupaka uvjetovano obveznim prethodnim radnjama u upravnim postupcima, relevantno razdoblje započinje trenutkom ulaganja onoga pravnog sredstva u upravnom postupku čije je korištenje nužan preduvjet za mogućnost korištenja upravnosudske zaštite. Primijenjena na hrvatsko pozitivno pravo ovakva bi praksa značila kako bi se kao početak tijekom relevantnoga razdoblja trebao uzimati trenutak podnošenja žalbe u upravnom postupku jer je ona, kako je ranije u radu i naglašeno, obvezni uvjet za moguću daljnju upravnosudsku zaštitu. Ustavni je sud, tako, uzimajući kao trenutak započinjanja relevantnog razdoblja dan podnošenja tužbe Upravnom sudu, zapravo skratio vremenski period važan za procjenu razumnosti odlučivanja Upravnog suda. Ovakva skraćivanja mogu, zorno nam na žalost pokazuje stvarni život, iznositi i veći broj mjeseci ili čak godina.⁷⁴

Također, pored kritika upućenih utvrđivanju početka relevantnoga razdoblja, upozoreno je i na čvrstu ustavnosudsku praksu u utvrđivanju okončavanja navedenog razdoblja. Ustavni sud, naime trenutkom okončavanja nepobitno smatra dan podnošenja ustavne tužbe što je, ističe se, također suprotno judikaturi Europskog suda. Europski sud, se služi slojevitijom metodom prilikom utvrđivanja završetka trajanja osporavanog postupka. Tako se u situacijama kada tijekom utvrđivanja razumnosti njegova trajanja sudski postupak još uvijek nije okončan, odnosno još uvijek traje, razdoblje označuje kao nedovršeno te se obračunava ukupno vrijeme trajanja sudskog postupka od dana njegova početka, pa do dana donošenja odluke Europskog suda o njegovoj razumnosti. Također, u situacijama kada je sudska odluka ipak donesena za vrijeme trajanja postupka ocjenjivanja razumnosti njegova trajanja pred Europskim sudom, kao trenutak u kojem relevantno razdoblje završava uzima se dan kada je takva odluka donesena.⁷⁵

pred organima javne uprave ističe i Jurić Knežević, Dunja, *Nedonošenje upravnog akta (šutnja uprave) i put pravne zaštite*, Pravo i porezi, 9(2003), str. 57. Osobito iscrpnu kritiku i upućivanje na judikaturu Europskog suda v. u: Šprajc, op. cit. (bilj. 17), str. 5-6.

⁷³ O značajnom odstupanju Ustavnog suda od prakse Europskog suda, u pojedinim odlukama Ustavnog suda, a u pitanju procjenjivanje značenja koje za stranku imaju interesi o kojima se u postupku odlučivalo v. u: Šprajc, op. cit. (bilj. 17), str. 6.

⁷⁴ V. o problematici u ibid., str. 5. i 6. Autor upozorava na praksu Europskog suda u presudi König v. Njemačka od 28. lipnja 1978. O navedenom v. i u: Dijk, Hoof, op. cit. (bilj. 11), str. 603.; Robertson, Merills, op. cit. (bilj. 11), str. 100. i Gomien i dr., op. cit. (bilj. 11), str. 165-166.

⁷⁵ V. Šprajc, op. cit. (bilj. 17), str. 5. i 6. Autor upozorava na praksu opisanu u presudi KVARTUČ protiv Hrvatske od 18. studenog 2004.

Kako je vidljivo iz opisane odluke Ustavnog suda, i ovdje se postupalo suprotno praksi Europskog suda jer se u ukupno trajanje postupka nije računalo razdoblje od dana podnošenja ustavne tužbe pa do donošenja presude Upravnog suda. I ovakva praksa ide na štetu građana koji traže zaštitu pred Ustavnim sudom jer skraćuje vremensko razdoblje koje se uzima u obzir prilikom prosuđivanja razumnosti roka.

Za daljnji je razvoj instituta zaštite građana od povreda njihovog ustavnog prava na donošenje sudskih odluka u razumnom roku izuzetno značajno što je u 2006. godini Europski sud donio dvije presude u kojima je tužena strana bila Republika Hrvatska, a u kojima se izravno prosuđivala razumnost trajanja postupaka pred Upravnim sudom.⁷⁶ Navedenim je presudama, zapravo, potvrđena ispravnost iznesenih kritičkih razmišljanja te jasno iskazana praksa Europskog suda u rješavanju ovoga problema. Zbog njihova značaja stavove iskazane u presudama potrebno je pozornije promotriti.

Tako je u predmetu POČUČA protiv Hrvatske⁷⁷, u kojem je podnositelj zahtjeva pred Europskim sudom prigovorio kako duljina postupka pred tijelima u Republici Hrvatskoj nije bila u skladu sa zahtjevom razumnog roka predviđenog

⁷⁶ Riječ je o presudama POČUČA protiv Hrvatske od 29. lipnja 2006. i BOŽIĆ protiv Hrvatske od 29. lipnja 2006. Iako u osnovi, zapravo, nema prosuđivanje razumnog roka odlučivanja Upravnog suda. Važno je spomenuti i presudu u predmetu VAJAGIĆ protiv Hrvatske od 20. srpnja 2006. U njoj je, naime Europski sud proglasio dugotrajne upravne i sudske postupke o naknadi za izvlaštenu nekretninu izravno protivne zahtjevima koji proizlaze iz prava na mirno uživanje vlasništva prema čl. 1. Protokola 1. uz Europsku konvenciju i bez obzira na procjenu razumnosti trajanja naznačenih postupaka. O značenju presude u predmetu VAJAGIĆ protiv Hrvatske, kao i o ostalim navedenim presudama v. u: Šprajc, Ivan, *Presude Europskog suda za ljudska prava u slučajevima Božić, Počuča i Vajagić protiv Hrvatske*, Ovjjetnik, 5-6(2007), str. 30-33.

⁷⁷ Činjenično stanje navedene presude zorno pokazuje kroz kakve se sve postupovne "Scile i Haribde" ponekad moraju probijati hrvatski građani. Podnositelj je zahtjeva, naime tražio od nadležnog organa prvog stupnja u Republici Hrvatskoj usklađenje mirovine temeljem odluke Ustavnog suda od 12. svibnja 1998. Nakon što o njegovom zahtjevu nije odlučeno u zakonskom roku podnositelj zahtjeva zbog šutnje uprave izjavio je žalbu nadležnom organu drugog stupnja. S obzirom na to da i drugostupanjski organ nije o žalbi riješio u zakonskom roku podnositelj zahtjeva je Upravnom sudu podnio tužbu zbog šutnje uprave. Nakon što je Upravni sud donio presudu kojom je naložio Središnjem uredu da odluči o žalbi podnositelja te mu dao upute za postupanje podnositelj je podnio ustavnu tužbu Ustavnom sudu. Tvrdio je da je Upravni sud dao pogrešnu uputu Središnjem uredu te da i nadležni organ i Upravni sud nisu odlučili o njegovom predmetu u razumnom roku. Ustavni je sud utvrdio da je ustavna tužba podnositelja zahtjeva nedopuštena, odnosno da je preuranjena jer je upravni postupak još bio u tijeku. Također, s obzirom na duljinu postupka Ustavni sud utvrdio je da je podnositelj ustavnu tužbu podnio nakon što je već bila donesena odluka u predmetu, a to je mogao učiniti samo dok je još postupak pred Upravnim sudom bio u tijeku. U međuvremenu je, nakon presude Upravnog suda, nadležni drugostupanjski organ naložio prvostupanjskom da donese odluku u predmetu podnositelja zahtjeva. Potonji je podnositelj zahtjev odbio pa je podnositelj zahtjeva na takvo rješenje uložio žalbu koju je, pak, drugostupanjski organ odbio. Takvo je drugostupanjsko rješenje podnositelj zahtjeva pobijao tužbom podnesenom Upravnom sudu. Upravni je sud odbio podnositeljevu tužbu. Konačno, podnositelj zahtjeva podnio je ustavnu tužbu Ustavnom sudu protiv takve odbijajuće presude, te je postupak po tužbi u vrijeme donošenja presude Europskog suda još uvijek bio u tijeku trajući skoro osam godina.

u čl. 6. st. 1. Europske konvencije, Europski sud (između ostalog) odgovorio na upućivanje Republike Hrvatske (kao tužene strane) na praksu Ustavnog suda, prema kojoj je za povredu prava na suđenje u razumnoj roku mjerodavna samo neaktivnost sudskih vlasti odnosno, u samom predmetu, Upravnog suda. U svom je odgovoru Europski sud vrlo jasno istaknuo, upozoravajući na vlastitu judikaturu, pogrešnost ovakvog tumačenja povrede prava na suđenje u razumnoj roku te nedvojbeno ukazao na nužnost usuglašavanja buduće prakse rješavanja ovoga pitanja pred hrvatskim sudovima s praksom Europskog suda.

Tako je Europski sud najprije naglasio kako je priznao ustavnu tužbu na temelju čl. 63. Ustavnog zakona kao djelotvorno pravno sredstvo⁷⁸ te ne vidi nikakvih razloga za odstupanje od ovakve svoje prakse u odnosu na građanske i kaznene postupke. Međutim, u svjetlu naknadne prakse Ustavnog suda, Europski sud je našao potrebnim preispitati sudsku praksu u odnosu na upravni postupak.

U skladu s ovakvim stavom Europski je sud, tako najprije podsjetio i ponovio kako se pravno sredstvo dostupno stranci u postupku na domaćoj razini smatra djelotvornim, u smislu čl. 13. i 35. st. 1. Europske konvencije, samo ako je sposobno pokriti sve stadije postupka kojima se prigovara i uzeti u obzir njihovu ukupnu duljinu.⁷⁹

Nadalje, što je od osobite važnosti, Europski sud je u pogledu pitanja početka postupka istaknuo da postupak pred organima uprave treba uključiti prilikom izračunavanja ukupnog trajanja postupka u smislu čl. 6. Europske konvencije u situacijama kada na temelju domaćeg zakonodavstva podnositelj zahtjeva mora iscrpiti prethodni upravni postupak prije nego što se može obratiti Upravnom sudu.⁸⁰ Europski sud, s obzirom na izrečeno gledište, ističe kako je iz prakse Ustavnog suda, u odlučivanju o ustavnim tužbama zbog povrede prava na odlučivanje u razumnoj roku pred Upravnim sudom, vidljivo da Ustavni sud ne uzima u obzir ukupno trajanje postupka jer isključuje razdoblje tijekom kojega je postupak trajao pred organima uprave, a zbog činjenice da stranke imaju mogućnost koristiti se posebnim pravnim sredstvom kako bi takav postupak ubrzali.⁸¹ Takav se pristup, dakle razlikuje od pristupa Europskog suda jer ne pokriva sve stadije postupka. Europski sud, stoga zaključuje kako se ustavna tužba ne može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom u odnosu na duljinu upravnog postupka.

U nastavku Europski sud razmotrio je i pitanje je li zbroj sredstava, koje pruža hrvatsko pravo, zadovoljava zahtjev iz čl. 35. st. 1. Europske konvencije. Naime, stav je Europskog suda da čak i ako jedno pravno sredstvo samo po sebi potpuno ne zadovoljava zahtjev djelotvornosti njega, ipak, može zadovoljiti

⁷⁸ Europski sud je ukazao na odluku u predmetu SLAVIČEK protiv Hrvatske od 4. srpnja 2002.

⁷⁹ Europski sud, primjerice ukazuje na predmete WYSCZELSKI protiv Poljske od 29. studenog 2005.

⁸⁰ Između brojnih, Europski sud, navodi predmet KIURKCHIAN protiv Bugarske od 24. ožujka 2005.

⁸¹ Europski sud ističe predmet ŠTAJCAR protiv Hrvatske od 20. siječnja 2000.

zbroj sredstava koje pruža domaće pravo.⁸² U svezi s ovim pitanjem Europski sud je primijetio da se pravno sredstvo za duljinu postupka koji je još uvijek u tijeku može smatrati djelotvornim ukoliko se obrati posebna pozornost na brzinu pravnog sredstva, budući da prekomjerna duljina samog pravnog sredstva može narušiti njegovu narav.⁸³ Europski sud, sukladno navedenim shvaćanjima, ističe tako da u konkretnom slučaju uopće nije *in abstracto* potrebno odlučiti zadovoljava li zbroj pravnih sredstava zahtjeve iz čl. 35. st. 1. jer je dovoljno primijetiti samo okolnost da je Upravnom sudu trebalo više od tri godine odlučiti o tužbi podnositelja zahtjeva zbog šutnje uprave. Takvim se odugovlačenjem, već unaprijed potkopala moguća djelotvornost zbroja pravnih sredstava.

U predmetu BOŽIĆ⁸⁴ protiv Hrvatske Europski sud je ponovio svoje gledište i praksu u pogledu početka postupka, kao i djelotvornosti pravnih sredstava glede svih stadija postupka, a s obzirom na praksu Ustavnog suda koji prilikom odlučivanja o tužbama zbog povrede razumnosti roka odlučivanja pred Upravnim sudom ne uzima u razmatranje trajanje postupka pred organima uprave. Također, bitno je napomenuti i kako je Europski sud u presudi istaknuo da je podnositeljica zahtjeva iskazala određenu nemarnost u korištenju sredstava namijenjenih za ubrzanje postupka jer nije izjavljivala žalbe zbog šutnje uprave svaki put kada bi organi uprave premašili zakonske rokove za rješavanje upravne stvari. Međutim, stav je Europskog suda, da ponašanje podnositeljice, a niti složenost predmeta, nisu doveli do odugovlačenja postupka.

⁸² Europski sud upućuje na presudu LUKENDA protiv Slovenije od 6. listopada 2005. Navedenom se presudom ukazuje na "problem u sustavu" do kojeg je došlo zbog neadekvatnih zakonskih rješenja i neefikasnosti u funkcioniranju sudova. U istom smislu v. i presudu BRONIEWSKI protiv Poljske od 22. lipnja 2004.

⁸³ S tim u vezi, Europski sud ukazuje na presude DORAN protiv Irske od 31. srpnja i ERDÖŠ protiv Mađarske 9. travnja 2002.

⁸⁴ I u ovom je predmetu stranka (podnositeljica zahtjeva pred Europskim sudom) prošla tmoviti put od trenutka iniciranja upravnog postupka radi povrata dužnih isplata mirovine. Naime, nakon što je nadležni prvostupanjski organ odbio njezin zahtjev podnositeljica je protiv takve odluke uložila žalbu. Postupajući po žalbi drugostupanjski je organ poništio prvostupanjsku odluku zbog činjeničnih pogrešaka i vratio predmet na ponovljeni postupak. I u ponovljenom je postupku prvostupanjski organ odbio zahtjev podnositeljice. Nakon što se podnositeljica ponovno žalila, te nakon što je drugostupanjski organ ponovno poništio prvostupanjsko rješenje i vratio predmet na ponovljeni postupak, prvostupanjski organ po treći je put odbio podnositeljičin zahtjev. Podnositeljica se i ovaj put žalila te je drugostupanjski organ po treći put poništio prvostupanjsko rješenje zbog činjeničnih nedostataka te još jednom vratio predmet na ponovljeni postupak. S obzirom na činjenicu da nadležni prvostupanjski organ nije donio odluku u zakonskom roku od dva mjeseca podnositeljica je izjavila žalbu zbog šutnje uprave. Kako niti drugostupanjski organ nije donio rješenje o žalbi u zakonskom roku od dva mjeseca podnositeljica je Upravnom sudu Republike Hrvatske podnijela tužbu zbog šutnje uprave. Ovu je tužbu podnositeljica naknadno povukla jer je naknadno doneseno prvostupanjsko rješenje kojim je zahtjev podnositeljice djelomično usvojen. Na ovakvo se rješenje podnositeljica žalila, a drugostupanjski je organ žalbu odbio. Podnositeljica zahtjeva podnijela je tužbu Upravnom sudu pobijajući navedenu odluku koju je tužbu Upravni sud presudom odbio. Nakon toga podnositeljica je podnijela ustavnu tužbu Ustavnom sudu protiv te odluke te je postupak po ustavnoj tužbi u vrijeme donošenja presude Europskog suda još uvijek bio u tijeku. Cjelokupno je opisano postupanje trajalo više od sedam godina.

Do spomenutog je odugovlačenja, što je Europski sud istaknuo u ispitivanju zadovoljava li zbroj sredstava u Republici Hrvatskoj zahtjev djelotvornosti iz čl. 35. st. 1. Europske konvencije, naime, došlo zbog nedostatka u postupovnom sustavu koji je omogućio opetovana vraćanja predmeta na ponovljeni postupak, a koja su bila potrebna zbog nepotpunih činjeničnih utvrđenja.⁸⁵ Budući da niti žalba, niti tužba zbog šutnje uprave nisu namijenjene za ispravljanje takvog nedostatka, pa to i ne mogu učiniti, Europski sud je istaknuo kako ne može zaključiti da bi njihovo korištenje, u okolnostima samog predmeta, povećalo djelotvornost ustavne tužbe. Iz svega navedenoga slijedi da se od podnositelja ustavne tužbe nije moglo očekivati da istu podnese jer ona nije djelotvorno pravno sredstvo za duljinu postupka. Europski sud je, stoga smatrao nepotrebnim odlučiti bi li u drugačijim okolnostima zbroj pravnih sredstava zadovoljio zahtjeve iz čl. 35. st. 1. Europske konvencije.

Iz prethodno je opisane prakse Ustavnog i Europskog suda vidljivo kako je prilikom postupka ocjenjivanja razumnosti trajanja upravnosudskog postupka Ustavni sud postupao protivno istančanijoj i razvijenijoj praksi Europskog suda. No, od izuzetnog je značaja za daljnji razvoj cjelokupnog instituta pravne zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku što je Ustavni sud, uvidjevši vlastite propuste, ipak uvažio stavove Europskog suda te promijenio vlastitu praksu u procjenjivanju razumnosti trajanja upravnosudskog postupka.

C) Odluka i Rješenje Ustavnog suda br. U-III A-4885/2005 od 20. lipnja 2007.

Do spomenutog je zaokreta u procjenjivanju trajanja postupaka pred Upravnim sudom došlo u Odluci i Rješenju Ustavnog suda br. U-III A-4885/2005 od 20. lipnja 2007.⁸⁶ (u nastavku rada: Odluka i Rješenje), kojim je Ustavni sud Rješenjem odbacio ustavnu tužbu u odnosu na duljinu upravnog postupka, dok je Odlukom usvojio dio ustavne tužbe koji se odnosio na nerazumno dugo trajanje upravnog spora.

Temeljna je važnost Odluke i Rješenja u činjenici da je Ustavni sud, odustavši od vlastitih ranijih pravnih stajališta, istaknuo kako se duljina upravnog postupka u konkretnoj upravnoj stvari razmatra od dana kada je nastao “spor” u smislu čl. 6. st. 1. Europske konvencije, odnosno od dana podnošenja

⁸⁵ Europski je sud istaknuo kako su u predmetu organi uprave donijeli čak sedam odluka prilikom čega nisu uvijek poštovali stroge zakonske rokove. Propuštanje rokova, međutim, samo za sebe nije bilo glavni uzrok odugovlačenja postupka, već je to bilo upravo opetovano vraćanje predmeta na ponovni postupak.

⁸⁶ Ustavni sud, ponovimo, zadržao je nadležnost za odlučivanje o povredi prava na suđenje u razumnom roku u postupcima koji su pokrenuti prije stupanja na snagu Zakona o sudovima (pa tako i u predmetu o kojem govorimo). U konkretnom se slučaju radilo o postupku vezanom za tzv. “denacionalizaciju” jer je stranka u travnju 1997. zatražila naknadu za oduzetu imovinu. Nakon što je nadležno prvostupanjsko tijelo odbilo njezin zahtjev 2000., stranka se žalila te je na drugostupanjsko (po nju negativno) rješenje čekala do rujna 2002. U istom je mjesecu stranka podnijela i tužbu Upravnom sudu na takvo drugostupanjsko rješenje. U prosincu 2005. stranka podnosi tužbu Ustavnom zbog preduogog trajanja upravnosudskog, ali i upravnog postupka. Upravni sud u srpnju 2006. odbija tužbu podnositeljice kao neosnovanu.

žalbe protiv prvostupanjskog rješenja.⁸⁷ Također, od velike je važnosti i činjenica da je iz presude vidljivo kako je Ustavni sud promijenio stajalište i u pogledu završetka računanja relevantnog razdoblja jer je u njega uračunato i vrijeme do trenutka kada je podnositeljici dostavljena presuda Upravnog suda. Na taj se način i u ovom pogledu Ustavni sud priklonio ranije opisanoj praksi Europskog suda koji, kada je za vrijeme postupka ocjenjivanja razumnog roka sudska odluka ipak donesena, kao trenutak u kojem relevantno razdoblje završava uzima dan kada je takva odluka donesena.

Obrazlažući ovakvu promjenu pravnog stajališta Ustavni sud je istaknuo kako se promjena zasnivala na nekoliko pravno relevantnih činjenica. Tako je, u prvom redu, istaknuto kako se prema čl. 218. st. 1. i 247. st. 1. ZUP-a postupci moraju okončati unutar zakonskih (a ne razumnih) rokova.

Nadalje, upozoreno je na činjenicu da u upravnom postupku, prema čl. 218. st. 2. ZUP-a i čl. 26. st. 1. ZUS-a, stranke imaju na raspolaganju sredstva u situacijama kada organi uprave ne poštuju navedene rokove – radi se o žalbi i tužbi zbog šutnje uprave. Ustavni sud je istaknuo kako je do Odluke i Rješenja smatrao da su navedena sredstva *a priori* djelotvorna za ubrzavanje postupaka. Međutim, s obzirom na to da upravna praksa u Republici Hrvatskoj jasno pokazuje da ista sredstva nisu djelotvorna, Ustavni sud smatra da se njegovo dosadašnje pravno stajalište u tom pitanju mora promijeniti.

Tako, Ustavni sud utvrđuje da, i neaktivnošću, i neučinkovitošću organa javne uprave, promatranih zajedno s trajanjem upravnog spora može doći do povrede čl. 29. st. 1. Ustava i čl. 6. st. 1. Europske konvencije u dijelu koji se odnosi na razumnu duljinu odlučivanja o pravima i obvezama stranaka. Ustavni sud posebno, nadalje, naglašava kako samo trajanje upravnog spora ne pokazuje stvarno trajanje “spornog” razdoblja odlučivanja o konkretnoj upravnoj stvari.

U svezi s naznačenim činjenicama Ustavni sud je posebno napomenuo da, u situacijama u kojima je moguće koristiti sredstva pravne zaštite protiv šutnje uprave, neće razmatrati duljinu “spornog” dijela prethodno okončanog upravnog postupka, ako se podnositelji izrijeком ne pozovu na njegovo nerazumno dugo trajanje te ujedno ne dokažu da su u tom postupku koristili sredstva pravne zaštite protiv šutnje uprave.⁸⁸

⁸⁷ Apostrofiranje ovoga dijela Odluke i Rješenja kao ključnoga v. i u: Šprajc, Ivan, *Promjena ustavnosudske prakse u procjenjivanju razumnosti trajanja upravnosudskog postupka (uz Odluku i Rješenje Ustavnog suda br. U-III A-4885/2005 od 20. lipnja 2007.)*, Odvjetnik, 7-8(2007), str. 25.

⁸⁸ Obrazlažući opisano gledište Ustavni sud se pozvao na čl. 72. Ustavnog zakona te na presudu Europskog suda u predmetu ŠTAJCAR protiv Hrvatske. Ističemo kako je navedeno gledište Ustavni sud ponovio i u spomenutoj odluci br. U-III V-1639/2008 od 24. rujna 2008. kojom je odbio ustavnu tužbu podnesenu protiv rješenja Vrhovnog suda. Isticanje činjenice da iz opisanog gledišta proizlazi da tek stranka koja može dokazati da je uložila žalbu zbog šutnje uprave, te nakon toga tzv. “požurnicu” prema čl. 26. ZUS-a može očekivati da će Ustavni sud uzeti u obzir trajanje žalbenog upravnog postupka pri procjeni razumnosti trajanja upravno-sudskog postupka v. u Šprajc, op. cit. (bilj. 87), str. 26.

Od velike je važnosti i činjenica da se Ustavni sud očitovao i o opisanim situacijama kada na nerazumno duge rokove odlučivanja u upravnim i upravnosudskim postupcima utječe činjenica što Upravni sud više puta vraća upravnu stvar na upravni postupak i to najčešće zbog nepotpuno ili pogrešno utvrđenih činjenica. Ustavni sud ističe kako takva upravna i upravnosudska praksa ukazuje na bitne nedostatke u hrvatskom upravno postupovnom pravu te da se oni ne mogu ispraviti sredstvima pravne zaštite protiv šutnje uprave.

Zbog toga Ustavni sud utvrđuje da: “u situacijama opetovanog ponavljanja upravnih postupaka zbog poništavanja upravnih akata i vraćanja predmeta na ponovni upravni postupak od strane Upravnog suda Republike Hrvatske ima razumnog opravdanja sagledavati ukupno trajanje upravnih i upravnosudskih postupaka zajedno, i na toj osnovi prosuđivati eventualnu povredu podnositeljevog ustavnog prava zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava i konvencijskog prava zajamčenog člankom 6. stavkom 1. Konvencije.”

U konačnoj je ocjeni Ustavni sud, sagledavajući sve okolnosti konkretnog slučaja, zaključio kako je podnositeljici povrijeđeno njeno ustavno i konvencijsko pravo u dijelu koji se odnosi na razumnu duljinu upravnosudskog postupka, dok je dio ustavne tužbe u kojem se prigovara duljini upravnog postupka nedopušten.

Naime, Ustavni sud utvrđuje kako podnositeljica nije iskoristila niti jedno pravno sredstvo protiv šutnje uprave⁸⁹ pa se u samom predmetu i nije mogla ispitati djelotvornost takvih pravnih sredstava. Polazeći, naime od dosadašnje upravne prakse, ističe dalje Ustavni sud, “nesporno je da je cjelokupni postupak mogao, ali i nije morao trajati kraće da je podnositeljica iskoristila pravo na žalbu, odnosno pravo na tužbu zbog šutnje administracije.” Kako podnositeljica navedena sredstva uopće nije niti koristila Ustavni sud nije *in abstracto* nadležan ispitivati bi li njihovo podnošenje dovelo do drugačije duljine trajanja upravnog postupka.

Opisana (izmijenjena) pravna shvaćanja Ustavnog suda od velikog su značaja za daljnji razvoj i usavršavanje instituta pravne zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku pred Upravnim sudom. Ona su, smatramo, konačno usuglasila praksu Ustavnog suda s pravednijom i istančanijom praksom Europskog suda u pogledu računanja početka i završetka relevantnog razdoblja za procjenu razumnosti trajanja upravnosudskog postupka. Mišljenja smo kako je od osobitog značaja što se početak relevantnog razdoblja od objave Odluke i Rješenja mora računati od trenutka izjavljivanja žalbe (ili prigovora) u upravnom postupku što će, podrazumijeva se, produžiti trajanje relevantnoga razdoblja. Samim time i građani koji neposredno trpe zbog otezanja u žalbenom stadiju upravnog postupka moći će ostvariti pravednije (i veće) novčane naknade zbog povrede razumnosti trajanja upravnosudskog postupka. Bitno je naglasiti i kako

⁸⁹ Navedenu je činjenicu Ustavni sud istaknuo i u dijelu presude koji se odnosi na ponašanje podnositeljice ustavne tužbe. U navedenom se dijelu presude konstatira i da je podnositeljica tek u ustavnoj tužbi po prvi put prigovorila duljini upravnog postupka.

je Odluka i Rješenje dovela do promjene prakse Vrhovnog suda u računanja relevantnoga razdoblja u upravnosudskim postupcima.⁹⁰

Mišljenja smo, nadalje, kako će se nova praksa Ustavnog suda snažno odraziti i na sam institut pravne zaštite građana od šutnje uprave u upravnom postupku.

U svezi s time, najprije želimo istaknuti kako smatramo da je vezivanje uračunavanja žalbenog postupka, prilikom procjene razumnosti roka, uz obligatorno korištenje pravnih sredstava protiv šutnje uprave prilično dvojbeno. Naime, iako se Ustavni sud priklonio praksi Europskog suda po tom pitanju,⁹¹ ipak smatramo da se time nije postiglo u cijelosti pravedno rješenje. U svezi s ovakvim našim stavom želimo upozoriti kako je i sam Ustavni sud u Odluci i Rješenju naglasio dužnost donošenja rješenja u određenim rokovima u upravnom postupku te činjenicu da upravna praksa u Republici Hrvatskoj jasno pokazuje da sredstva pravne zaštite protiv šutnje uprave nisu djelotvorna. Isto tako želimo upozoriti i ponoviti kako je stanovište Europskog suda da se pravno sredstvo može smatrati djelotvornim samo ako se obrati posebna pozornost na brzinu pravnog sredstva, budući da odgovarajuću narav pravnog sredstva može potkopati njegova prekomjerna duljina. Ističemo i kako je upravo u vezi s navedenim stanovištem, Europski sud u predmetu POČUČA protiv Hrvatske primijetio da je Upravnom sudu trebalo više od tri godine odlučiti o tužbi podnositelja zahtjeva zbog šutnje uprave. Slijedom svega navedenog zaključujemo kako se sredstva pravne zaštite protiv šutnje uprave u Republici Hrvatskoj teško mogu smatrati djelotvornima. Ovo se naročito odnosi na tužbu zbog šutnje uprave jer hrvatski građani imaju zaista jake razloga za oklijevanje s njenim podnošenjem – poziciju u kojoj se nalaze i u kojoj drugostupanjske organe veže zakonski dvomjesečni rok za donošenje rješenja podnošenjem tužbe zamjenjuju pozicijom u kojoj se smatra da su trogodišnji rokovi rješavanja Upravnog suda razumni.⁹²

No ipak, opisano stanovište Ustavnog suda vjerojatno će dovesti i do osnažanja samoga instituta pravne zaštite od šutnje uprave jer će “natjerati” građane koji žele zaštititi i svoje ustavno pravo na suđenje u razumnom roku da žalbu i tužbu (ili barem, tzv. “požurnicu” organu drugog stupnja) zbog šutnje uprave zaista i iskoriste. Moguće je da će se učestalijim korištenjem i povećavanjem broja žalbi i tužbi zbog šutnje uprave u konačnici ipak postići ubrzavanje upravnih postupaka.

Od vrlo je velike važnosti i što je Ustavni sud u Odluci i Rješenju naglasio problematiku opetovanog vraćanja predmeta na ponovno odlučivanje organima uprave od strane Upravnog suda. Potrebno je istaknuti kako sličan problem postoji i u upravnom postupanju kada do učestalog “dodavanja” predmeta

⁹⁰ O razvoju pravne prakse Vrhovnog suda u odlučivanju o povredi prava na rješavanje u razumnom roku pred Upravnim sudom govorit ćemo u nastavku rada.

⁹¹ V. presude u predmetima ŠTAJCAR protiv Hrvatske, POČUČA protiv Hrvatske i BOŽIĆ protiv Hrvatske.

⁹² O procjeni Vrhovnog suda razumnosti roka trajanja upravnosudskih postupaka pokrenutih tužbama zbog šutnje uprave te nužnosti promjene njegove pravne prakse, govorit će se u nastavku rada.

između organa uprave raznih razina. Iako navedene pojave pridonose nepotrebnim, ponekad i grotesknim, otezanjima postupka pravna sredstva za zaštitu od šutnje uprave ne mogu ih spriječiti. Zadaća je, tako, budućih normativnih reformi upravnog i, vjerojatno, upravnosudskih, postupaka, uz unaprijeđenja pravnih sredstava za zaštitu od nerješavanja organa javne uprave stati na kraj i ovakvim, vrlo grubim, oblicima usporavanja postupaka.⁹³

D) Praksa Vrhovnog suda u odlučivanju o povredi prava na suđenje u razumnom roku pred Upravnim sudom

S obzirom na činjenicu da Ustavni sud više ne odlučuje neposredno povodom povreda razumnosti trajanja upravnosudskih postupaka, potrebno je razmotriti kakvu je praksu u odlučivanju o ovom pitanju razvio Vrhovni sud koji je prema Zakonu o sudovima nadležan, povodom zahtjeva stranaka za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ocjenjivati razumnost trajanja upravnosudskih postupaka.⁹⁴

Prije opisane Odluke i Rješenja Ustavnoga suda Vrhovni sud je pitanje razumnosti trajanja postupaka pred Upravnim sudom samo djelomično procjenjivao prema tadašnjim stajalištima Ustavnog suda⁹⁵, no niti on nije u cijelosti prihvatio primjereniju praksu Europskog suda.

Vrhovni sud je, tako, kao početak trajanja relevantnoga razdoblja za procjenjivanje razumnosti roka postupanja pred Upravnim sudom uzimao dan podnošenja tužbe Upravnom sudu.⁹⁶ U pogledu trenutka završetka razdoblja koje se procjenjuje, indikativno je, u skoro svim predmetima Upravni sud, nakon dobivanja zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, reagirao je donošenjem presuda u relativno kratkim rokovima,⁹⁷ pa je završetkom relevantnoga razdoblja u takvim situacijama Vrhovni sud smatrao upravo dan donošenja takvih presuda.⁹⁸ Također, u rijetkim predmetima gdje Upravni sud ne bi donio presudu nakon dobivanja zahtjeva, Vrhovni sud u relevantno razdoblje uračunava i vrijeme koje je proteklo do donošenja presude samoga Vrhovnog suda.⁹⁹

Iz navedene je prakse utvrđivanja početka i završetka relevantnog razdoblja vidljivo kako je Vrhovni sud nastavio s praksom Ustavnog suda u utvrđivanju početka navedenog razdoblja – radi se o danu podnošenja tužbe Upravnom

⁹³ Prihvatljiv model pravne zaštite od opisane pojave predstavlja sustav uveden u slovensko pravo Zakonom o upravnom sporu iz 2006. (Uradni list RS 105/2006) prema kojem je pokretanje upravnog spora moguće i u situacijama kada upravni organi ne donose konačni upravni akt u roku od tri godine od početka upravnog postupka, i to bez obzira jesu li u postupku bila korištena redovna ili izvanredna pravna sredstva.

⁹⁴ V. čl. 27. st. 2. Zakona o sudovima.

⁹⁵ Praksu Vrhovnog suda moguće je vidjeti na <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

⁹⁶ V. primjerice rješenja VSRH-Uzp 72/2006-5, VSRH-Uzp 12/2006-6, VSRH-Uzp 9/2006-2 i VSRH-Uzp 42/2006-2.

⁹⁷ Isto je djelovanje izazivalo i slanje ustavne tužbe nadležnim sudovima jer su se i tada “zakašnjele” presude donosile vrlo brzo nakon dobivanja ustavnih tužbi.

⁹⁸ Uz ranije navedena rješenja v. i: VSRH Uzp 20/2006-2 i VSRH Uzp 16/2006-2.

⁹⁹ V. rješenje VSRH Uzp 51/2006-6.

sudu. Na taj se način, kako je to već u radu i navedeno, postupilo na štetu stranaka koje su zahtijevale zaštitu njihovog ustavnog prava na suđenje u razumnom roku jer je rok skraćen za cjelokupno razdoblje od dana izjavljivanja žalbe u upravnom postupku pa do dana podnošenja tužbe Upravnom sudu.

Prilikom utvrđivanja završetka relevantnog razdoblja Vrhovni sud slijedio je praksu Europskog suda i na taj način odstupio od tadašnje prakse Ustavnog suda. Vidljivo je, naime kako je Vrhovni sud, zapravo, relevantno razdoblje smatrao nedovršenim sve do dana donošenja vlastita rješenja ili donošenja odluke Upravnog suda, dok je Ustavni sud završetak razdoblja moguće povrede prava na suđenje u razumnom roku izričito fiksirao u dan podnošenja ustavne tužbe. Praksa Vrhovnog suda, sukladna onoj Europskog suda, u pogledu izračuna završetka procjenjivanog razdoblja, primjerenija je duhu instituta zaštite stranaka od povrede njihova prava na suđenje u razumnom roku jer navedeno razdoblje opravdano, maksimalno moguće, produžuje do trenutka okončavanja neizvjesnosti za strankinu pravnu poziciju.

Uvidom u rješenja Vrhovnoga suda vidljivo je da su za uspjeh stranaka s njihovim zahtjevima presudni bili uglavnom vrlo dugi vremenski periodi rješavanja Upravnih sudova (više od tri, četiri pa čak i pet godina) dok su u situacijama kada su navedeni postupci trajali manje od tri godine zahtjevi odbijani.¹⁰⁰ Također, moguće je zaključiti da je navedeni rok od tri godine označen kao granica između razumnog i nerazumnog roka bez dubljeg ulaženja u sam predmet (npr. značenje interesa o kojima se odlučuje u postupku za samu stranku). Za našu je raspravu nužno posebno istaknuti kako je i u situacijama rješavanja Upravnog suda po žalbama zbog šutnje uprave rok od tri godine smatran razumnim.¹⁰¹

Kako je to u radu, već i napomenuto objava Odluke i Rješenja Ustavnog suda odrazila se i na praksu Vrhovnog suda. Tako se od prosinca 2007. početak i završetak relevantnoga razdoblja procjenjuju prema novom stajalištu Ustavnog suda (odnosno prema dugogodišnjem stajalištu Europskog suda). Navedeno znači da je Vrhovni sud početkom relevantnoga razdoblja označio trenutak izjavljivanja žalbe u upravnom postupku, dok je i dalje nastavio smatrati završetak navedenog razdoblja otvorenim sve do donošenja vlastitog rješenja ili odluke Upravnog suda.¹⁰²

Vrhovni sud, što je od posebne važnosti, preuzeo je i stajalište Ustavnog suda u pogledu nužnosti korištenja sredstava pravne zaštite od šutnje uprave kao preduvjeta za uračunavanje žalbenog razdoblja u upravnom postupku, a prilikom

¹⁰⁰ V. tako, primjerice, rješenje VSRH Uzp 12/2007-5 u kojem je trajanje upravnosudskog postupka od 2 godine i 11 mjeseci ocijenjeno razumnim te rješenje VSRH Uzp 117/2006-5 u kojem je trajanje od tri godine i 15 dana ocijenjeno nerazumnim.

¹⁰¹ V. tako rješenje VSRH Uzp-88/06-5 u kojem je rok rješavanja Upravnog suda po tužbi zbog šutnje uprave od 2 godine 11 mjeseci i 16 dana ocijenjen razumnim.

¹⁰² V. primjerice rješenja: VSRH Uzp-185/2007-5, VSRH Uzp-219/2007-7 i VSRH Uzp-343/2007-5.

procjenjivanja ukupnog trajanja postupka pred Upravnim sudom.¹⁰³ Procjenjujući razumnost trajanja postupaka pokrenutih pravnim sredstvima protiv šutnje uprave, na žalost, Vrhovni je sud zadržao raniju praksu koja je višegodišnje postupke u ovim situacijama smatrala razumnima.¹⁰⁴ Mišljenja smo kako inzistiranjem na takvom stanovištu Vrhovni sud i žalbu i tužbu zbog šutnje uprave u potpunosti obezvređuje. Dužnost donošenja rješenja u dvomjesečnim ili kraćim rokovima ne smije se, a zbog korištenja navedenih sredstava pravne zaštite, pretvoriti u "razumni" postupak u trajanju od tri godine. Zbog toga smatramo kako bi Vrhovni sud morao, vlastitom praksom, "natjerati" Upravni sud da presude povodom tužbi zbog šutnje uprave donese najduže u roku od dva mjeseca po zaprimanju tužbe, odnosno da se svako prekoračenje navedenog roka smatra nerazumnim. Upravnosudski postupci po tužbama zbog šutnje uprave u osnovi su (ako se ne uđe u spor pune jurisdikcije) prilično jednostavni – svode se na utvrđivanje činjenice jesu li nadležni organi propustili u zakonskim rokovima donijeti rješenje ili ne, te ne vidimo nikakvog razloga da ih Upravni sud ne okonča u dvomjesečnom roku. Mišljenja smo da bi Vrhovni sud morao prihvatiti ovakvo (ili, u pogledu rokova, slično) gledište kako bi pravna sredstva zaštite od šutnje uprave zaista mogla postati djelotvorna.

Konačno, potrebno je istaknuti i kako je Vrhovni sud preuzeo stanovišta Ustavnog suda u pogledu opetovanog vraćanja predmeta od strane Upravnog suda na rješavanje organima uprave, te je i on naglasio kako sredstvima pravne zaštite protiv šutnje uprave nije moguće ispraviti nedostatke u sustavu postupovnog prava koji takvu pojavu omogućuju.¹⁰⁵

5. Zaključak

Iz prethodnog je izlaganja vidljivo kako je Republika Hrvatska u posljednjih jedanaest godina nizom normativnih intervencija pokušala zaustaviti, po načelu zakonitosti, izuzetno opasnu pojavu prekomjernih odugovlačenja u postupcima. Smatramo kako se u ustavnim i zakonskim tekstovima u opisanom procesu napredovalo od nedovoljno razvijenih k potpunijim i s Europskom konvencijom usklađenijim rješenjima. Posebno želimo istaknuti kako smo mišljenja da će se rasterećenjem Ustavnog suda od prekomjernog broja ustavnih tužbi, (a koje je

¹⁰³ V. tako, rješenje VSRH Uzp 325/2007-5 koje, mišljenja smo, vrlo dobro pokazuje u kojoj mjeri je navedeno stajalište tvrdo i nepravedeno prema građanima. U navedenom je postupku, naime zahtjev odbijen kao neosnovan iako se predmet u prvostupanjskom upravnom postupku rješavao četiri, dok u drugostupanjskom (žalbenom) postupku rješenje do trenutka podnošenja zahtjeva Vrhovnom sudu nije bilo doneseno čak šest godina. Vrhovni je sud samo zaključio kako predlagatelj nije dokazao da je koristio žalbu i tužbu zbog šutnje uprave (iz rješenja nije vidljivo, niti je imalo jasno, zbog čega je predlagatelj uopće podnio tužbu Upravnom sudu ako ne zbog šutnje uprave) te je kao relevantno razdoblje računao samo ono koje je proteklo od podnošenja tužbe Upravnom sudu do dana donošenja odluke Vrhovnog suda o zahtjevu predlagatelja.

¹⁰⁴ V. tako, primjerice, rješenje VSRH Uzp-316/2007-5.

¹⁰⁵ V. tako rješenja VSRH Uzp 185/2007-5, VSRH Uzp 226/2007-5, VSRH Uzp 292/2007-4 i VSRH Uzp 85/2008-5

rasterećenje omogućeno Zakonom o sudovima) postići dvojaka svrha: oslobađanje prostora Ustavnom sudu za kvalitetnije obavljanje svojih temeljnih zadaća te unaprjeđenje samog instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

No, želimo još jednom upozoriti kako smatramo da praksa Ustavnog i Vrhovnog suda još uvijek ne omogućuje u potpunosti pravnu zaštitu građana od šutnje uprave, kao i zaštitu od pretjerano dugih postupaka pred Upravnim sudom. Mišljenja smo kako se glavna prepreka u pružanju takve potpunije pravne zaštite nalazi u činjenici da, zapravo, i Ustavni, i Vrhovni sud žalbu i tužbu zbog šutnje uprave smatraju efikasnim. Izvjesno je, međutim, da se primjenom navedenih pravnih sredstava građani mogu i vremenski udaljiti od rješenja vlastitih pravnih situacija. S tim u vezi, osobito želimo istaknuti kako postupci povodom tužbi zbog šutnje uprave pred Upravnim sudom traju i nekoliko godina, te da takve dugotrajne postupke vlastitom praksom podupiru, i Vrhovni, i Ustavni sud. Mišljenja smo, stoga, da bi primarna zadaća ustavno-sudske i sudske prakse u budućnosti trebala biti "natjerati" Upravni sud da o tužbama podnesenima zbog šutnje uprave riješi u što je moguće kraćem roku (ne dužem od dva mjeseca). Naime, izvjesno je da se samo u perspektivi brzog rješavanja o tužbama zbog šutnje uprave građani mogu "odvažiti" na takav put pravne zaštite.

Literatura

1. BELAJEC, Velimir, *Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe*, Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava – interpretativna uloga Ustavnog suda, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, Organizator, Zagreb, 2000., str. 131-149.
2. BORKOVIĆ, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
3. CRAIG, Paul i DE BURCA, Grainne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York, 2003., str. 115.
4. CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
5. CRNIĆ, Ivica, *Hrvatska sudbena vlast i pravo na suđenje u razumnom roku*, Hrvatska pravna revija, 11(2002), str. 125-131.
6. CRNIĆ, Jadranko, *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
7. CRNIĆ, Jadranko, *O podnošenju ustavne tužbe prije iscrpljenog pravnog puta*, Informator, 5080(2002), str. 1-4.
8. CRNIĆ, Jadranko, *Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda – podnošenje ustavne tužbe prije iscrpljenog pravnog puta*, Godišnjak, 9(2002), str. 3-42.
9. CRNIĆ, Jadranko, *Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske: spas ili requiem za Ustavni sud*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52, 2(2002), str. 259-287.
10. CRNIĆ, Jadranko, *Uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske u zaštiti temeljnih ljudskih prava i sloboda*, Hrvatska pravna revija, 1(2005), str. 1-8.
11. CRNIĆ, Jadranko, *Razmišljanje o (ne)ustavnosti nekih odredaba (novog) Zakona o sudovima*, Informator, 5405-5408.(2006), str. 29., 30. i 32.
12. CRNIĆ, Jadranko, *O bespućima nekih odredaba (novog) Zakona o sudovima*, Informator, 5425(2006), str. 8. i 13.

13. DUPELJ, Želimir, *Šutnja uprave*, Pravo i porezi, 6(2002), str. 27-32.
14. GALIĆ, Aleš, *Novo uređenje pravnih lekova zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u Republici Sloveniji*, Pravni život, 12(2006), str. 85-96.
15. GARAŠIĆ, 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, Supplement(1998), str. 967-1004.
16. GERKMAN-RUDEC, Renata, *Odlučivanje u razumnom roku u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Pravo u gospodarstvu 5(2003), str. 59-65.
17. GOMIEN, Donna i dr., *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996.
18. GORANIĆ, Ivana, *Suđenje u "razumnom roku" – jedan od uvjeta za pravično suđenje (članak 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)*, Vladavina prava, 6(2000), str. 47-62.
19. GRBAC, Sanja, *Hrvatska i članak 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda: razumni rok*, magistarski rad, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2005.
20. GRDINIĆ, Elica, *Mehanizmi zaštite prava na suđenje u razumnom roku – komparativni prikaz*, Hrvatska pravna revija, 2(2005), str. 1-6.
21. IVANČEVIĆ, Velimir, *Pravna zaštita građana kod šutnje administracije*, Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, Suvremena javna uprava, Zagreb, str. 187-215.
22. JEROVŠEK, Tone, *Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora*, Okrugli stol održan 7. lipnja 2006. u palači HAZU u Zagrebu, Modernizacija prava, Knjiga 4, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, str. 64-80.
23. JURIĆ KNEŽEVIĆ Dunja, *Nedonošenje upravnog akta (šutnja uprave) i put pravne zaštite*, Pravo i porezi, 9(2003), str. 51-57.
24. KORAĆ, Aleksandra, *Izbjegavanje medicinskog vještačenja i razumni rok u paternitetskim sporovima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 6(2002), str. 1253-1284.
25. KRBEK, Ivo, *Upravnosudska zaštita protiv šutnje upravne vlasti*, Mjesečnik, 2-3(1937), str. 81-92.
26. KRIJAN, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Informator, Zagreb, 2001.
27. LUKINA-KARAJKOVIĆ, Lidija, *Prikaz odluka Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu protiv Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52, 3-4(2002), str. 651-663.
28. MAGERL, Milivoj, *Upravni spor zbog šutnje administracije*, Informator, 3034(1983), str. 11-12.
29. MATOVIĆ, Ivan, *Neki aspekti zaštite protiv šutnje administracije*, Zbornik Više upravne škole u Zagrebu, 11(1982), str. 153-177.
30. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Kontrola ustavnosti i zakonitosti općih akata općina i gradova*, Hrvatska javna uprava, 3-4(2001), str. 495-542.

31. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Razvoj upravnog sudstva u Jugoslaviji*, u: Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, *Suvremena javna uprava*, Zagreb, 2003., str. 293-308.
32. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled*, u: Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, *Suvremena javna uprava*, Zagreb, 2003., str. 309-356.
33. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Aktualna pitanja primjene Zakona o općem upravnom postupku*, *Pravo u gospodarstvu*, 43(2004), str. 276.
34. MEDVEDOVIĆ, Dragan, *Glavni smjerovi modernizacije općeg upravnog postupka*, Okrugli stol održan 7. lipnja 2006. u palači HAZU u Zagrebu, *Modernizacija prava*, Knjiga 4, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2006., str. 37-57.
35. MRŠIĆ, Gordana, *Donošenje sudske odluke u razumnom roku*, *Hrvatska pravna revija*, 4(2003), str. 106-110.
36. OMEJEC, Jasna, *“Razumni rok” u interpretaciji Ustavnog suda Republike Hrvatske*, *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava – interpretativna uloga Ustavnog suda*, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, *Organizator*, Zagreb, 2000., str. 131-149.
37. OMEJEC, Jasna, *Pravni učinci ustavnosudske kontrole zakona i drugih propisa*, *Ustav kao jamac načela pravne države*, uredili: Jadranko Crnić i Nikola Filipović, *Organizator*, Zagreb, 2002., str. 95-139.
38. PEČEK, Robert, *Pravo na pravično suđenje podrazumijeva i načelo jednakosti sredstava*, *Hrvatska pravna revija*, 11(2004), str. 85-88.
39. PETKOVIĆ, Josip, *Članak 59a Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu*, *Pravo i porezi*, 10(2002), str. 53-61.
40. POTOČNJAK, Željko, *Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2(2004), str. 823-853.
41. POTOČNJAK, Željko, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – neki prijedlozi za unapređenje hrvatskog sustava na temelju stranih iskustava*, *Hrvatska pravna revija*, 4(2005), str. 1-15.
42. POTOČNJAK, Željko, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu novog Zakona o sudovima*, *Hrvatska pravna revija*, 4(2006), str. 13-31.
43. RADOLOVIĆ, Aldo, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija?*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1(2008), str. 277-317.
44. ROBERTSON, A. H., MERILLS, J. G., *Human Rights in Europe – A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1993.
45. RODIN, Siniša, *Ustavopravni aspekti primjene Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1-2(1998), str. 85-116.
46. SESSA, Đuro, *Savjetodavno vijeće sudaca Europe – mišljenje o pravičnom suđenju unutar razumnog roka i ulogi suca u postupku*, *Hrvatska pravna revija*, 1(2005), str. 9-15.
47. SESSA, Đuro, *Novi Zakon o sudovima*, *Informator*, 5405-5408(2006), str. 1-3.

48. SOKOL, Smiljko, *Prethodni nadzor ustavnosti zakona i mogućnosti njegove primjene prema Ustavu Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1(1996), str. 5-14.
49. SOKOL, Smiljko, *Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti i promicanju vladavine prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 51, 6(2001), str. 1163-1174.
50. SRKOČ, Lana, *Postupak pred novim stalnim Europskim sudom za ljudska prava s osvrtom na čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Pravnik, 3-4(1999), str. 134-161.
51. STEINER, Josephine i dr., *Textbook on EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
52. ŠIKIĆ, Marko, *Temlji zaštite građana od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska javna uprava, 2(2006), str. 121-148.
53. ŠIKIĆ, Marko, *Pitanja uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 29(2008), str. 491-521.
54. ŠPRAJC, Ivan, *O načinu procjenjivanja "razumnosti" trajanja upravnosudskog postupka*, Informator, 5322(2005), str. 5-6.
55. ŠPRAJC, Ivan, *Presude Europskog suda za ljudska prava u slučajevima Božić, Počuča i Vajagić protiv Hrvatske*, Odvjetnik 5-6(2007), str. 30-33.
56. ŠPRAJC, Ivan, *Promjena ustavnosudske prakse u procjenjivanju razumnosti trajanja upravnosudskog postupka (uz Odluku i Rješenje Ustavnog suda br. U-III-A-4885/2005 od 20. lipnja 2007)*, Odvjetnik 7-8(2007), str. 24-27.
57. TRATAR, Boštjan, *Novi zakon o upravnom sporu: s pojasnili i stvarnim kazalom*, Založba Legat, Ljubljana, 2006.
58. UZELAC, Alan, *Hrvatsko procesno pravo i jamstvo "pravičnog postupka" iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, Supplement, 1998.
59. UZELAC, Alan, *Reforma pravosuđa i njezina ograničenja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2(2002), str. 289-318.
60. UZELAC, Alan, *Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4(2005), str. 1101-1137.
61. VAJIĆ, Nina, *Europski sud za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4(2001), str. 487-524.
62. VAJIĆ, Nina, *Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5(2001), str. 981-990.
63. VAN DIJK, Pieter i dr., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

Izvori

1. Ustav Republike Hrvatske (NN br. 56/90)
2. Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava Republike Hrvatske (NN br. 135/97)
3. Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine br. 41/01 – pročišćeni tekst i 55/01 – ispravak)
4. Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine br. 13/91, 99/99 i 49/02 – pročišćeni tekst)

5. Zakon 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 (NN – Međunarodni ugovori 18/97, 6/99 – pročišćeni tekst nakon stupanja na snagu Protokol br. 11) Protokoli br. 12 i 13 (NN – Međunarodni ugovori 14/02) Protokol br. 14 (NN – Međunarodni ugovori 1/06)
6. Zakon o općem upravnom postupku (Narodne novine br. 53/91 i 103/96)
7. Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine br. 53/91, 9/92 i 77/92)
8. Zakon o parničnom postupku (NN br. 53/91, 91/92, 112/99, 117/03 i 84/08)
9. Zakon o sudovima (NN 150/05, 16/07 i 113/08)
10. Napatuk za izradu izvješća o stanju rješavanja upravnih stvari u tijelima državne uprave i upravnim tijelima Grada Zagreba i rokovima za dostavljanje toga izvješća (NN br. 86/06)

Odluke i Rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske:

- | | |
|---|--|
| U-III/303/2000. od 17. svibnja 2000. | U-III/634/1998. od 4. listopada 2001. |
| U-III/400/1998. od 11. listopada 2001. | U-III/806/1999 od 12. listopada 2001. |
| U-III A-880/2002 od 10. srpnja 2002. | U-III/686/1999. od 24. listopada 2002. |
| U-III A/995/2002 od 18. prosinca 2002. | U-III/440/2004 od 13. svibnja 2004. |
| U-III A/1694/2002 od 9. lipnja 2004. | U-III A/3211/2003 od 28. lipnja 2004. |
| U-III A-1949/2003 od 13. listopada 2004. | U-III B/3828/2003 od 14. listopada 2004. |
| U-III A-321/2004 od 25. listopada 2004. | U-III A-1839/2002 od 25. listopada 2004. |
| U-III A-321/2004 od 25. listopada 2004. | U-III A-1839/2002 od 25. listopada 2004. |
| U-III A-635/2004 od 25. studenog 2004. | U-III A-635/2004 od 25. studenog 2004. |
| U-III/3236/2002 od 8. prosinca 2004. | U-III/2634/2003 od 17. ožujka 2005. |
| U-III A-1033/2003. od 9. lipnja 2005. | U-III B-4366/2005 od 5. travnja 2006. |
| U-III A-4885/2005 od 20. lipnja 2007. | U-III V s-1639/2008 od 24. rujna 2008. |
| Izvješće Ustavnog suda Republike Hrvatske | U-X-835/2005 |

Pisma Ustavnog suda Republike Hrvatske:

- SU-RR-20-5/2006
SUP-RR-44/2007

Rješenja Vrhovnog suda Hrvatske:

- | | |
|-----------------------|-----------------------|
| VSRH – Uzp 9/2006-2 | VSRH – Uzp 12/2006-6 |
| VSRH – Uzp 16/2006-2 | VSRH – Uzp 20/2006-2 |
| VSRH – Uzp 36/2006-5 | VSRH – Uzp 38/2006-6 |
| VSRH – Uzp 42/2006-2 | VSRH – Uzp 51/2006-6 |
| VSRH – Uzp 72/2006-5 | VSRH – Uzp 117/2006-5 |
| VSRH – Uzp 12/2007-5 | VSRH – Uzp-88/06-5 |
| VSRH – Uzp 185/2007-5 | VSRH – Uzp 219/2007-7 |
| VSRH – Uzp-343/2007-5 | VSRH – Uzp-316/2007-5 |
| VSRH – Uzp 185/2007-5 | VSRH – Uzp 226/2007-5 |
| VSRH – UZP 292/2007-4 | VSRH Uzp 85/2008-5 |

Presude Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu:

KÖNIG protiv Njemačke od 28. lipnja 1978.

RAJAK protiv Hrvatske od 28. lipnja 2001.

HORVAT protiv Hrvatske od 26. srpnja 2001.

SLAVIČEK protiv Hrvatske od 4. srpnja 2002.

JEFTIĆ protiv Hrvatske od 3. listopada 2002.

BARBAČA protiv Hrvatske od 18. rujna 2003.

WIERCISZEWSKA protiv Poljske od 25. studenoga 2003.

BRONIEWSKI protiv Poljske od 22. lipnja 2004.

KVARTUČ protiv Hrvatske od 18. studenog 2004.

KIURKCHIAN protiv Bugarske od 24. ožujka 2005.

PITRA protiv Hrvatske od 16. lipnja 2005.

LUKENDA protiv Slovenije od 6. listopada 2005.

RAGUŽ protiv Hrvatske od 10. studenog 2005.

WYSZCZELSKI protiv Poljske od 29. studenog 2005.

BOŽIĆ protiv Hrvatske od 29. lipnja 2006.

POČUČA protiv Hrvatske od 29. lipnja 2006.

VAJAGIĆ protiv Hrvatske od 20. srpnja 2006.

SMOJE protiv Hrvatske od 11. siječnja. 2007.

TOMLJENOVIĆ protiv Hrvatske od 21. lipnja 2007.

Izviješće European Commission for the Efficincy of Justice: Lenght of court proceedings in the member states of the Concil of Europe based on the case-law of the European Court of Human Rights.

Summary

THE RIGHT TO TRIAL WITHIN THE REASONABLE TIME IN PROCEDURES IN FRONT OF THE ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA

The article analyses issues on citizens' legal protection from infringement of the right to trial within the reasonable time in procedures in front of the Administrative Court of the Republic of Croatia. To understand in depth the legal protection, the first part of the article presents in nutshell a description of development of the entire institute of legal protection to prevent administrative silence in the Republic of Croatia. Further on, the author deals with the administrative legal protection from infringement of the right to trial within the reasonable time in procedures in front of the Administrative Court of the Republic of Croatia paying a special attention to case law of the Administrative Court of the Republic of Croatia and of the Supreme Court of the Republic of Croatia. Moreover, the mentioned protection from unreasonably long Administrative Court procedures before final judgments are delivered is considered with regard to the legal protection to prevent administrative silence in administrative procedures.

Key words: *right to trial within the reasonable time, Administrative Court of the Republic of Croatia, administrative procedure, administrative dispute, administrative silence.*

Riassunto

DIRITTO AD UN PROCESSO DI RAGIONEVOLE DURATA NEI PROCEDIMENTI DINNANZI AL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Nel lavoro si analizza la questione della tutela giuridica dei cittadini nel caso della violazione del diritto ad un processo di ragionevole durata nei procedimenti dinnanzi al Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia. Al fine di comprendere interamente la tutela giuridica menzionata, nel lavoro, in primo luogo, si descrive sommariamente l'evoluzione della tutela giuridica nel caso del silenzio della pubblica amministrazione nella Repubblica di Croazia. In secondo luogo, si prende in esame in maniera più approfondita proprio la tutela giuridica dei cittadini nel caso di violazione del diritto ad un processo di ragionevole durata nei procedimenti dinnanzi al Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia, dedicando particolare attenzione alla giurisprudenza della Corte Costituzionale della Repubblica di Croazia, come pure alla giurisprudenza della Corte di Cassazione della Repubblica di Croazia. La citata tutela nel caso di tempi irragionevolmente lunghi nella soluzione da parte del Tribunale amministrativo viene osservata, altresì, in rapporto alla tutela giuridica nel caso del silenzio della pubblica amministrazione nel procedimento amministrativo.

***Parole chiave:** diritto ad un processo di ragionevole durata, Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia, procedimento amministrativo, contenzioso amministrativo, silenzio dell'amministrazione.*

PRAVO PRVOKUPA PREMA ZAKONU O OTOCIMA

Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 374.239
352.07(497.5)(094)
Ur.: 8. prosinca 2008.
Pr.: 18. veljače 2009.
Prethodno priopćenje

Zakonom o otocima uspostavljeno je posebno stvarnopravno uređenje za otoke, a njegovom posljednjom novelom u Zakon su unesene odredbe o zakonskom pravu prvokupa i ograničenjima u pravnom prometu. U radu je detaljno obrađena problematika polja primjene zakonskog prava prvokupa koje je prošireno s kupoprodaje i na neke druge, (ali ne sve) dobrovoljne raspoložbe nekretninama, kao i na prodaju u stečajnom i ovršnom postupku. Upravo ta proširena primjena otvara brojna pitanja provedivosti Zakona, kao i njegove ustavnosti i usklađenosti s načelom jamstva vlasništva i razmjernosti ograničenja vlasništva. Zakonsko pravo prvokupa, kako je uređeno Zakonom o otocima, u znatnoj mjeri odstupa od klasičnog instituta prava prvokupa i općeg stvarnopravnog i obveznopravnog uređenja, kako u hrvatskom, tako i u poredbenom pravu. Autor također ukazuje na podnormiranost instituta zakonskog prava prvokupa općenito (konkurencija više zakonskih prava prvokupa, vremenska (ne)vezanost odlukom o nekorištenju zakonskog prava prvokupa) i potrebu usuglašavanja zakona koji uređuju tu materiju međusobno, kao i u odnosu na druge zakone na koje upućuju.

Ključne riječi: pravo prvokupa, zakonsko pravo prvokupa, otoci.

1. Uvod

Pravo prvokupa je povlastica nositelja toga prava koje ga ovlašćuje da stvar ili pravo (na kojima ima pravo prvokupa) kupi prije svih ostalih, za istu cijenu i pod istim uvjetima pod kojima je vlasnik tu stvar ili pravo namjeravao prodati trećoj osobi. Dvije su osnovne vrste prava prvokupa – ugovorno i zakonsko, ovisno o tomu je li pravni temelj nastanka ugovor, odnosno ugovorna odredba ili zakonska norma. Zakonsko pravo prvokupa je institut kojim se s namjenom postizanja

javnog ili općeg interesa omogućava usmjeravanje pravnog prometa¹ onih pokretnina i nekretnina koje zbog svoje važnosti zaslužuju drugačiji tretman. Ustav Republike Hrvatske propisuje koja su dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. Za te se kategorije dobara mogu uspostaviti posebni stvarnopravni režimi od kojih mnogi sadrže i odredbe o pravu prvokupa.

Jedno od dobara koje je Ustavom Republike Hrvatske proglašeno potencijalnim dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku jesu i otoci.^{2,3} Hrvatski je zakonodavac, koristeći Ustavno ovlaštenje, da za otoke uspostavi posebno pravno uređenje, donio Zakon o otocima.⁴ Posljednjom novelom Zakona⁵ od 24. ožujka 2003. unesene su u Zakon odredbe o pravu prvokupa i ograničenjima u pravnom prometu (čl. 35.a-35.d ZO-a). Ovlaštenici prava prvokupa su Republika Hrvatska, županija i grad ili općina na čijem se području nekretnina nalazi.

Polje primjene pravila o pravu prvokupa prošireno je s ugovora o kupoprodaji i na druge, (ali ne sve) načine dobrovoljnog otuđenja prava vlasništva, kao i na postupke prodaje u ovršnim i stečajnim postupcima. Odredbe o pravu prvokupa po Zakonu o otocima prilično odstupaju od klasičnog shvaćanja instituta prava prvokupa, a njihova će primjena u praksi vlasniku postaviti ograničenja nesrazmjerna cilju radi kojeg su postavljena.

Pored prava prvokupa vlasnicima je postavljeno dodatno ograničenje u raspolaganju nekretninama koje zakon označava kao "prva čestica do mora ili prva čestica do obalne čestice" i koje ne smiju biti predmetom prodaje dok se ne utvrdi granica pomorskog dobra. Kako ta granica u pravilu nije utvrđena raspolaganje nekretninama na malim otocima dodatno je usporeno i time pravo vlasništva u velikoj mjeri ograničeno.

Sva zakonom propisana ograničenja vlasništva, pa tako i ona iz Zakona o otocima, morala bi biti u skladu s Ustavom i međunarodnim ugovorima postuliranim načelom jamstva vlasništva⁶ i razmjernosti ograničenja.^{7, 8} Zbog svih gore navedenih razloga odredbe Zakona o otocima, koje uređuju pravo prvokupa, zaslužuju da im se posveti pozornost.

¹ JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana, 2004., str. 324.

² Tako i GAVELLA, Nikola, JOSIPOVIĆ, Tatjana, GLIHA, Igor, BELAJ, Vlado, STIPKOVIĆ, Zlatan, *Stvarno pravo*, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2007., str. 368., fus. 75.

³ Čl. 52. st. 1. Ustava Republike Hrvatske, NN, br. 56/90., 135/97., 8/98. (pročišćeni tekst), 113/20., 124/00., 28/01., 41/01. (pročišćeni tekst), 55/01.

⁴ NN, br. 34/99., Uredba o dopuni Zakona o otocima, NN, br. 149/99., Zakon o prijevozu u linijskom i povremenom obalnom pomorskom prometu, NN, br. 33/06. i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o otocima, NN, br. 33/06. (u daljnjem tekstu Zakon o otocima ili ZO).

⁵ NN, br. 33/06.

⁶ Čl. 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, *Međunarodni ugovori*, br. 18/97. i 6/99. (pročišćeni tekst).

⁷ GAVELLA, Nikola et al., op. cit., str. 404-405.

⁸ "Svako ograničenje slobode ili prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju." (čl. 16. st. 2. Ustava RH).

Budući da će se na zakonsko pravo prvokupa podredno, na odgovarajući način, primjenjivati opća pravila o kupoprodaji s pravom prvokupa, propisana Zakonom o obveznim odnosima, uvodno ćemo prikazati pravila instituta ugovornog prava prvokupa do čije će primjene doći u slučaju kada posebni zakon ne odredi drukčije.

2. Odgovarajuća primjena pravila o kupoprodaji s pravom prvokupa

U pozitivnom hrvatskom pravu ugovorno pravo prvokupa uređeno je Zakonom o obveznim odnosima,⁹ u čl. 449.-455. ZOO-a, u sklopu Glave VIII, Odjeljka 2., Odsjeka VII pod naslovom 'Kupoprodaje s posebnim pogodbama', a te će se odredbe podredno primjenjivati i na zakonska prava prvokupa koja propisuju posebni zakoni (čl. 455. st. 4. ZOO-a).¹⁰

Nastavno ćemo uputiti na one odredbe općeg režima prava prvokupa čija će primjena doći u obzir ukoliko pojedino pitanje nije riješeno posebnim propisom, kao i na odredbe koje bi mogle izazvati dvojbe u praksi.

Bez obzira na pravni temelj prava prvokupa, sadržaj toga prava je isti – dužnost vlasnika da, ukoliko se odluči za prodaju, stvar prvo ponudi ovlašteniku prava prvokupa i pravo nositelja toga prava da po ponuđenoj cijeni i uvjetima kupi stvar prije trećih.

Pravo prvokupa, u pravilu, ima učinak ograničenja prava raspolaganja sa stvari samo za slučaj kada se opterećena stvar prodaje (tako propisuje i ZOO u čl. 449.), a ne i u drugim slučajevima dobrovoljnog otuđenja stvari – darovanja, zamjene i drugih.¹¹ Štoviše, pravo prvokupa najmoprimca isključeno je u slučaju kada najmodavac prodaje stambene prostorije članovima obitelji ili članovima njegovog kućnog domaćinstva (čl. 577. st. 1. BGB-a). Nasuprot tomu, proširena primjena pravila o pravu prvokupa postojala je u hrvatskom pravu prema Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine¹² (do posljednjih izmjena 2002. godine) i to na sva stvarnopravna raspolaganja (vidi *infra* 3.3 i 4.4.1.). Prošireno polje primjene prava prvokupa propisano je i Zakonom o otocima (vidi *infra* 4.4. i dalje).

⁹ NN, br. 35/05., 41/08. (u daljnjem tekstu ZOO).

¹⁰ 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; KAČER, Hrvoje i PERKUŠIĆ, Ante, *Pravo prvokupa i njegovo mjesto u hrvatskom (pozitivnom) pravu de lege lata i de lege ferenda*, Pravni vjesnik, 23 (3-4), str. 122-124.

¹¹ Takvo je gledište i slovenskog i njemačkog prava i teorije; JUHART, Miha, *Zakonita predkupna pravica*, VI. dnevi javnega prava, Portorož, 2000., str. 138.; STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, 2008., str. 637.; PALANDT, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ertgänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 61. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2002, str. 1370.

¹² NN, br. 92/96., 39/99., 92/99., 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., 80/02., 81/02. (u daljnjem tekstu Zakon o naknadi).

Ukoliko posebni zakon ne uredi drukčije, na zakonsko pravo prvokupa odgovarajuće će se primijeniti odredbe ZOO-a o rokovima za ostvarenje prava i isplatu cijene (čl. 450.). Rok u kojem se nositelj zakonskog prava prvokupa mora izjasniti ukoliko želi koristiti svoje pravo prvokupa u pravilu je određen posebnim zakonima, kojima je propisano pravo prvokupa,¹³ ali ukoliko taj rok nije propisan primijenit će se opće pravilo ZOO-a, odnosno mjesec dana od primitka ponude (čl. 450. st. 1.).¹⁴ Navedeni rokovi unutar kojih se može dati izjava o korištenju prava prvokupa su prekluzivni, kako za ugovorno, tako i za zakonsko pravo prvokupa.

Odredba koja će se u nedostatku posebnih pravila odgovarajuće primjenjivati i na zakonsko pravo prvokupa je ona iz čl. 450. st. 2. ZOO-a, kojom je propisano da je ovlaštenik prava prvokupa, koji odluči svoje pravo konzumirati, uz izjavu da kupuje stvar (prihvat ponude) dužan isplatiti dogovorenu cijenu, ili je položiti kod suda, ili druge zakonom ovlaštene osobe, iz čega proizlazi da ugovor sklopljen u režimu prava prvokupa nije konsenzualan, već da se radi o realnom ugovoru. Dakle, da bi ugovor bio sklopljen nije dovoljan samo prihvat ponude, već nositelj prava prvokupa (ne samo ugovorni, nego i zakonski, osim ako bi ta obveza bila izrijeком isključena) mora ispuniti i dodatnu pretpostavku – isplatu cijene. Ovakvo tumačenje ide u korist vlasnika čije je vlasništvo već ograničeno pravom prvokupa. Cilj koji vlasnik želi postići kupoprodajnim ugovorom je primiti ugovorenu cijenu (bilo od nositelja prava prvokupa, bilo od treće osobe) i taj interes vlasnika se treba osigurati. Ovo tim više što, ukoliko ponudu prihvatiti nositelj zakonskog prava prvokupa, vlasnik nije imao mogućnost izbora ugovornog partnera pa ga treba osloboditi rizika neplaćanja.¹⁵ U slučaju kada je trećemu ostavljen rok za isplatu cijene, nositelj prava prvokupa moći će se koristiti tim rokom jedino ukoliko da dovoljno osiguranje (čl. 450. st. 3. ZOO-a).

Zakon o obveznim odnosima, u čl. 455. st. 3. propisuje da nositelji prava prvokupa moraju pismeno biti obaviješteni o namjeravanoj prodaji i o njezinim uvjetima. U suprotnom imaju pravo zahtijevati poništaj prodaje. Posebni zakoni koji uređuju pojedina zakonska prava prvokupa u pravilu propisuju rokove u kojima se može tražiti poništenje ugovora sklopljenog bez propisane obavijesti (ili s netočnom obaviješću) nositelju prava prvokupa. Zakon o otocima propisuje

¹³ Tako je Zakonom o prostornom uređenju i gradnji propisan rok od 60 dana (čl. 134. st. 2.). Prema Zakonu o zaštiti prirode Republika Hrvatska, županija odnosno Grad Zagreb, grad ili općina dužni su se o ponudi očitovati u roku od 60 dana od primitka pisane ponude (čl. 112. st. 3.). Po Zakonu o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (čl. 39. st. 1., 2. i 3.) vlasnik je dužan istodobno ponuditi kulturno dobro koje namjerava prodati Republici Hrvatskoj, županiji, Gradu Zagrebu, gradu ili općini na čijem se području to kulturno dobro nalazi, a oni se o toj ponudi moraju očitovati u roku od 60 dana od primitka pisane ponude (čl. 37. st. 3.). Zakon o arhivskom gradivu i arhivima (čl. 36. st. 3.) i Zakon o najmu stanova (čl. 44. st. 2.) propisuju rok od 30 dana. Zakon o vodama ne sadrži nikakvu odredbu pa će se u tom slučaju primijeniti odredbe ZOO-a.

¹⁴ Tako će biti u slučaju prodaje nekretnina koje su vodno dobro.

¹⁵ JUHART, Miha, *Zakonita...*, op. cit., str. 140.

strožu sankciju od one predviđene ZOO-om. Ugovori sklopljeni bez ponude ili s netočnom ponudom su ništetni, što znači da se pravo utvrđivati njihovu ništetnost ne gasi. Ukoliko posebni zakon ne bi sadržavao odredbu sa strožom sankcijom ili ne bi propisao rokove u kojima se može tražiti poništenje ugovora, nositelj zakonskog prava prvokupa mogao bi poništaj tražiti u rokovima propisanim ZOO-om – u subjektivnom roku od šest mjeseci od dana sklapanja ugovora ili od saznanja za točne uvjete ugovora, a najkasnije protekom objektivnog roka od pet godina od prijenosa vlasništva stvari na trećega (čl. 454., st. 2. i 3. ZOO-a), ali jedino uz zahtjev da se stvar njemu proda pod istim uvjetima.

Zakonom o obveznim odnosima propisano je da trajanje zakonskog prava prvokupa nije ograničeno, što znači da će pravo prvokupa opterećivati svagdašnjeg vlasnika opterećene stvari, dok je na snazi zakon kojim je pravo prvokupa propisano, osim ako bi sam zakon ograničio njegovo trajanje.

Podredna primjena pravila ZOO-a proizlazi i iz opće odredbe koja zakonsko pravo prvokupa, u djelovanju prema trećima, izjednačuje s upisanim ugovornim pravom prvokupa. Ova bi se opća odredba primijenila u slučaju kada drukčije nije propisano posebnim zakonom na primjer u slučaju prisilne javne prodaje. Nositelj ugovornog prava prvokupa čije je pravo bilo upisano u javnoj knjizi mogao bi zahtijevati poništaj javne ponude u slučaju da nije bio posebno pozvan da joj pristupi (čl. 452. ZOO.). Navedeno bi pravo imao i ovlaštenik zakonskog prava prvokupa osim u slučajevima kada to nije propisano posebnim zakonom (vidi *infra*).

Ovakvu sistematizaciju, i podrednu primjenu pravila o ugovornom pravu prvokupa na zakonska prava prvokupa, nalazimo i u poredbenom pravu. U Sloveniji je ugovorno pravo prvokupa, '*predkupna pravica*', uređeno Obligacijskim zakonikom,¹⁶ a tamo navedene odredbe primjenjivat će se i na zakonsko pravo prvokupa, ukoliko posebni zakon ne propiše drugačije (čl. 513.). Austrijski ABGB,¹⁷ također, uređuje ugovorno pravo prvokupa '*Das Vorkaufsrecht*' nastavno uz ugovor o kupoprodaji (§§ 1072-1079), čije se odredbe podredno primjenjuju i na zakonsko pravo prvokupa. U njemačkom je BGB-u¹⁸ obvezno pravo prvokupa uređeno odredbama §463-473, a koje se podredno primjenjuju na 'stvarno pravo prvokupa' (*dingliche Vorkaufrecht*) uređeno u §1094-1103 BGB-a i zakonska prava prvokupa (*gesetzliche Vorkaufsrechte*) uređena BGB-om ili posebnim zakonom. Za razliku od hrvatskog, slovenskog, austrijskog i njemačkog prava, talijanski Codice civile¹⁹ nema odredbe o ugovornom pravu prvokupa (iako su ga stranke slobodne ugovoriti, tzv. '*patto di prelazione*') koje bi se primjenjivale u slučajevima

¹⁶ Čl. 507-513. Obligacijskog zakonika, Uradni list RS, št. 83/01., 28/06., 32/04., 40/07., 97/07.

¹⁷ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁹ Codice civile, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262.

zakonskog prava prvokupa (*prelazione legale*), već je svaki slučaj postojanja zakonskog prava prvokupa uređen zasebno, bilo samim Codice civileom, bilo posebnim zakonom.

U poredbenom pravu nismo pronašli zakon koji bi posebno uređivao pravo prvokupa na otocima kao što je slučaj u našem pravu, ali su pojedini otoci u posebnom režimu po nekim drugim propisima pa stoga na njima postoji i pravo prvokupa.²⁰ Prodaja cijelih otoka, odnosno nekretnina na otocima bez pomorskog dobra, navodno, nije nigdje zabranjena, odnosno tome se najduže opirala Grčka, koja je pod pritiskom Europske unije dopustila prodaju otoka.²¹

Za razliku od hrvatskog i slovenskog prava u kojima se ugovor može sklapati tek nakon što je nositelj prava prvokupa izjavio da svoje pravo neće koristiti, u njemačkom i talijanskom pravu, prodavatelj sklapa ugovor i o tomu obavještava nositelja prava prvokupa koji, ako želi, može preuzeti ugovor sa sadržajem kojeg je prodavatelj ugovorio s trećim (§ 463 i 464 BGB-a), dolazi do prijenosa ugovora s učinkom *ex tunc*.²² Pravna priroda prava prvokupa u njemačkoj je literaturi sporna. Jedni smatraju da se radi o dvostruko uvjetovanom ugovoru o prodaji, dok se po drugom shvaćanju zastupa gledište da se nositelju prava prvokupa osigurava preobražajno pravo koje ovlašćuje nositelja na jednostrano sklapanje kupoprodajnog ugovora.²³

3. Zakonsko pravo prvokupa

Radi zaštite javnog interesa, posebice u odnosu na nekretnine, uspostavljaju se posebni pravni režimi koji njihovim vlasnicima nameću dodatna ograničenja. Jedno od takvih ograničenja u pravnom prometu je i zakonsko pravo prvokupa. Zakonsko pravo prvokupa po svojoj je pravnoj prirodi ‘mirujuće pravo’²⁴ koje oživi u trenutku kada vlasnik stvar odluči prodati. Pravo prvokupa predstavlja ograničenje vlasnikove autonomije da odlučuje s kime će sklopiti ugovor o kupoprodaji, ali ne i uvjete pod kojima će prodaju ostvariti. U hrvatskom pravnom poretku zakonsko pravo prvokupa propisano je u nekoliko zakona, primjerice u Zakonu o prostornom uređenju i gradnji,²⁵ Zakonu o zaštiti prirode,²⁶ Zakonu o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara,²⁷ Zakonu o najmu stanova,²⁸

²⁰ Primjerice, Decreto legislativo n. 490, 29 ottobre 1999; Decreto legislativo n.156, 24 marzo 2006. odnose se na kulturna dobra (*beni culturali*), među kojima su i otočići “Li Galli”, “Isola dei Briganti”, “Isola Rotonda”, na kojima Ministarstvo kulture Republike Italije ima pravo prvokupa.

²¹ Podaci preuzeti iz članka FRKOVIĆ, Snježana, Promet nekretnina na otocima, u zborniku *Nekretnine u pravnom prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 74.

²² GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001., str. 872.

²³ STAUDINGER, op. cit., str. 636.

²⁴ “*Mirojuća pravica*” tako: JUHART, Miha, *Zakonita...*, op. cit., str. 138.

²⁵ NN, br. 76/07.

²⁶ NN, br. 70/05.

²⁷ NN, br. 69/99., 151/03., 157/03., 100/04.

²⁸ NN, br. 91/96., 48/98., 66/98., 22/06.

Zakonu o vodama,²⁹ Zakonu o otocima i drugima, pri donošenju kojih je zakonodavac ocijenio da postoji opći interes za postavljanje takvog ograničenja prava vlasništva.

U Sloveniji su zakonska prava prvokupa toliko česta da su rijetki primjeri u kojima je promet nekretninama u potpunosti slobodan.³⁰ Zakonsko pravo prvokupa propisuju, primjerice Zakon o urejanju prostora^{31,32} Zakon o kmetijskih zemljištima,^{33,34} Zakon o vodah,³⁵ Zakon o vojnih grobištima,³⁶ Zakon o gozdovih,³⁷ Zakon o varstvu kulturne dediščine.^{38,39}

Posebna stvarnopravna uređenja s institutom prvokupa česta su i talijanskom pravu – 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 gospodarstva⁴⁰ (*la prelazione agraria*), pravo prvokupa najmoprimca nekretnine koja nije za stambene namjene (*la prelazione urbana*),⁴¹ pravo prvokupa onih dobara koja su od povijesnog i umjetničkog interesa.⁴²

U njemačkom pravu 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.⁴³

²⁹ NN, br. 107/95., 150/05.

³⁰ VRENČUR, Renato, Zakonita predkupna pravica na području nepremičnin, Podjetje in delo, št. 6-7, 2003., XXIX, Dnevi slovenskih pravnika 2003., Pororož, str. 1565.

³¹ Uradni list RS, št. 110/02., 8/03., čl. 85-89.

³² Zakon o urejanju prostora koristi pravo prvokupa kao instrument za postizanje ciljeva prostorne politike i omogućava lokalnim zajednicama da općinskom odlukom odrede područje na kojem općina ima pravo prvokupa.

³³ Uradni list RS, št. 59/96., 31/98., 1/99., 54/00., 68/00., 27/02., 58/02., 67/02., 110/02., 36/03., 55/03. (uradno prečišćeno besedilo), čl. 20-24.

³⁴ Ovaj zakon uređuje *prednostnu pravica na kmetijskih zemljištima in gozdovih* – pravo prvokupa za poljoprivredno i šumsko zemljište koje ima svojih specifičnosti – širok krug osoba koje su nositelji prava prvokupa pa se ponuda šalje upravnoj jedinici koja ponudu stavlja na oglasnu ploču pa ponuda ima elemente javne ponude. Tako: JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, op. cit., str. 330.

³⁵ Uradni list RS, št. 67/02., 57/08. (čl. 16. i 22.).

³⁶ Uradni list RS, št. 65/03. (čl. 25.).

³⁷ Uradni list RS, št. 30/93., 13/98., 67/02., 110/07. (čl. 47.).

³⁸ Uradni list RS, št. 16/08. (čl. 62.).

³⁹ Ukoliko je nekretnina spomenik državnog značaja pravo prvokupa ima Republika Slovenija, a ukoliko ga ona ne iskoristi prenosi ga na pokrajinu i potom općinu. Ukoliko se radi o kulturnom spomeniku od lokalnog značaja pravo prvokupa ima samo lokalna zajednica. Zanimljivost je ovoga zakona mogućnost prijenosa prava prvokupa na treću osobu radi boljeg očuvanja i javne dostupnosti te privođenja uporabi u skladu s društvenim značenjem spomenika (čl. 62. st. 4.).

⁴⁰ L. 65/590, art. 8. i 71/817, art. 7.

⁴¹ L. 78/392, art. 38.

⁴² D. Leg. 99/490, art. 58-61. i 135.

⁴³ Baugesetzbuch, 8.12.86, BGBl I 2253, §§ 24-29.

3.1. Ovlaštenik zakonskog prava prvokupa

Korisnici zakonskog prava prvokupa najčešće su država, županije i općine, no ponekad su kao korisnici navedene treće osobe, koje zakonodavac iz različitih razloga odluči zaštititi (primjerice zaštićenog najmoprimca⁴⁴). Po Zakonu o otocima vlasnici nekretnine na malim, povremeno nastanjenim i nenastanjenim otocima, koji namjeravaju takvu nekretninu prodati, dužni su je, po tržišnoj cijeni ponuditi na prodaju Republici Hrvatskoj, zatim županiji i potom gradu ili općini na čijem se području nekretnina nalazi.

Pravo prvokupa se ponekad osniva i za treće osobe čije interese zakonodavac smatra dovoljno osnovanima da bi se opravdalo takvo ograničenje vlasništva (takvo bi se ograničenje moglo propisati u slučaju zaštite zakupnika poljoprivrednog zemljišta, suvlasnika, sunasljednika ili slično). U pozitivnom hrvatskom pravu takav je slučaj sa zaštićenim najmoprimcem po Zakonu o najmu i pravu prvokupa prijašnjeg vlasnika po Zakonu o naknadi. Zakonska prava prvokupa u korist određenih osoba nalazimo i u poredbenom pravu. U talijanskom i njemačkom pravu postoji zakonsko pravo prvokupa sunasljednika za slučaj da neki od njih želi otuđiti svoj dio prije izvršene diobe, za vrijeme trajanja nasljedničke zajednice (art. 732 Codice Civile,⁴⁵ §2034. BGB-a). U slovenskom pravu zakonsko pravo prvokupa ima suvlasnik nekretnine, odnosno ukoliko ima više suvlasnika zainteresiranih za pravo prvokupa mogu ga ostvariti razmjerno svojim idealnim dijelovima (čl. 66. Stvarnopravni zakonik⁴⁶). Zakonsko pravo prvokupa propisano je u slovenskom Stvarnopravnom zakoniku i za etažne vlasnike, ukoliko postoje dva ili više etažnih vlasnika, a ne više od pet posebnih dijelova zgrade, ostali etažni vlasnici imaju pri prodaji posebnog dijela nekretnine pravo prvokupa (čl. 125. Stvarnopravni zakonik). Hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁴⁷ ne sadrži slične odredbe, iako je u teoriji bilo zagovornika zakonskog prava prvokupa u korist suvlasnika. *Ratio* takve odredbe bio bi smanjenje broja suvlasnika, odnosno povećanje broja samovlasnika, čime bi se smanjio i broj sporova koji iz suvlasništva često nastaju, a što bi svakako bilo u općem interesu.^{48,49}

⁴⁴ Čl. 44. i 45. Zakona o najmu stanova.

⁴⁵ CIAN, Giorgio, TRABUCCHI, Alberto, Commentario breve al Codice civile, 6^a edizione, tomo primo CEDAM, 2003., str. 565-569.

⁴⁶ Uradni list, št. 87/2002.

⁴⁷ NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06. (u daljnjem tekstu Zakon o vlasništvu ili ZV).

⁴⁸ Vidi: BELAJ, Vlado, Pravo prvokupa stana, Zakonitost, časopis za pravnu teoriju i praksu, god. 44., br. 9-10, Zagreb, 1990., str. 1261.

⁴⁹ Iz navedenih je razloga pravo prvokupa suvlasnika uvedeno i u slovensko pravo u kojem ono nije postojalo do donošenja Stvarnopravnog zakonika. JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, op. cit., str. 328. O problematici uvođenja zakonskog prava prvokupa za suvlasnike vidjeti: TRATNIK, Matjaž, Zakonita predkupna pravica solastnika nepremičnine, Pravna praksa, Časopis za pravna vprašanja, 44/03, 2003., str. 12-14.

3.2. Djelovanje prema trećima

Zakonsko pravo prvokupa stječe se na temelju zakona, u trenutku ispunjenja pretpostavki predviđenih posebnim zakonom i od trenutka nastanka ono djeluje apsolutno, *erga omnes* i može se suprotstaviti svima, odnosno nitko se ne može braniti nepoznavanjem prava i pozivati na dobru vjeru. Navedena karakteristika daje zakonskom pravu prvokupa (kao i u zemljišnu knjigu upisanom ugovornom pravu prvokupa) određena stvarnopravna obilježja i učinke,⁵⁰ pa se u literaturi naziva i “stvarno pravo prvokupa”.⁵¹ U njemačkom se pravu razlikuju *dingliches Vorkaufsrecht* koje je osnovano u korist određene nekretnine, odnosno njezina svagdašnjeg vlasnika, od *persönliches Vorkaufsrecht* koje su osnovane u korist određenih osoba (§ 1103 BGB-a). Iako postoji i bez upisa u zemljišnu knjigu, neki zakoni koji propisuju zakonsko pravo prvokupa nalažu njegov upis u zemljišne knjige kako bi se ojačao njegov publicitet.⁵² Novi slovenski Zakon o zemljiški knjigi⁵³ (za razliku od staroga) nema osnove za upis zakonskog prava prvokupa jer se smatra da sam zakon daje dovoljan publicitet tome pravu.⁵⁴

3.3. Trajanje zakonskog prava prvokupa

Za razliku od ugovornog prava prvokupa, koje se može ugovoriti na najviše pet godina, zakonsko pravo prvokupa je neiscrpno i njegov ga ovlaštenik može ostvariti i suprotstaviti prilikom svake prodaje opterećene stvari. U pravilu, zakonsko pravo prvokupa traje dok je na snazi zakon koji ga je uredio. Svojevrsna iznimka, koja je ostavljala dvojbu oko pitanja trajanja prava prvokupa bilo je pravo prvokupa ustanovljeno u korist prijašnjeg vlasnika nekretnine Zakonom o naknadi⁵⁵ detaljnije razrađeno čl. 29.-31. Naime, u slučaju daljnjeg stvarnopravnog raspolaganja otkupljenim stanom prijašnji vlasnik je imao pravo prvokupa, ali ne po tržišnoj cijeni, već po cijeni po kojoj je izvršen otkup stana

⁵⁰ GAZZONI, Francesco, loc. cit., ‘*la prelazione legale ha efficacia reale*’; JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, op. cit., str. 325.; BELAJ, Vlado, loc. cit.

⁵¹ VRENČUR, Renato, op. cit., str. 1566.

⁵² Tako je Zakonom o prostornom uređenju i gradnji propisano da će se odluka kojom je određeno područje na kojem se ima pravo prvokupa nekretnina potrebnih za građenje dostaviti nadležnom zemljišnoknjižnom sudu i nadležnom katastarskom uredu (čl. 133. st. 1. i 3.). I Zakon o zaštiti prirode u čl. 112. st. 7. propisuje da se pravo prvokupa upisuje u zemljišne knjige nadležnog suda, međutim ne propisuje tko je i u kojim rokovima dužan zatražiti upis toga prava. Suprotno tomu, Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara ne sadrži odredbu o obvezi upisa zakonskog prava prvokupa na nekretninama koje predstavljaju kulturno dobro već samo obvezu zabilježbe činjenice da je određena nekretnina kulturno dobro (čl. 12.). Ni Zakon o najmu stanova ne sadrži odredbu o upisu zakonskog prava prvokupa u zemljišne knjige.

⁵³ Uradni list Republike Slovenije, št. 58/03.

⁵⁴ VRENČUR, Renato, op. cit., str. 1569.

⁵⁵ Vidi: CRNIĆ, Jadranko, Komentar zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, Zagreb, 1997.; KAČER, Hrvoje, Pravo prvokupa u korist prijašnjih vlasnika prema Zakonu o naknadi, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak br. 4, Organizator, Zagreb, 1997., str. 414-415.

(čl. 29. st. 4.). Odredba čl. 29. st. 1. ukinuta je Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske od 21. travnja 1999.,⁵⁶ ali je nastupanje pravnih posljedica ove odluke odgođeno dok Hrvatski sabor ne donese nove propise, uz preporuku da se novim propisima pojašni sadržaj pretpostavki za ostvarivanje prava prvokupa i da se *odredi rok važenja prava prvokupa*. ZID Zakona o naknadi donesen je tek 5. srpnja 2002. i čl. 4. brisani su čl. 29., 30. i 31. Rok trajanja prava prvokupa nije određen, ali je brisana odredba o cijeni po kojoj se stan moralo ponuditi bivšem vlasniku na prvokup pa u sadašnjem obliku ne predstavlja za vlasnika preveliko ograničenje.

Zakonsko pravo prvokupa u pravilu nije ograničeno vremenom (čl. 455. st. 2. ZOO-a), premda bi zakonodavac posebnim zakonom mogao postaviti vremensko ograničenje ukoliko bi to bilo u svrhu postizanja cilja radi kojega se pravo prvokupa propisuje. U slučajevima kada se pravo prvokupa propisuje radi očuvanja nekih općih interesa, a korisnik su država, županija ili grad zakonsko pravo prvokupa je vremenski neograničeno jer postoji opravdani interes, pa i dužnost, da se ta dobra očuvaju i zaštite. Kada je zakonsko pravo prvokupa osnovano u korist suvlasnika (slovensko pravo) ili sunasljednika (talijansko i njemačko pravo) ono u konkretnom slučaju postoji dok postoji suvlasnička, odnosno nasljednička zajednica. U pozitivnom hrvatskom pravu zakonsko pravo prvokupa postoji u korist zaštićenog najmoprimca po Zakonu o najmu i u korist prijašnjeg vlasnika po Zakonu o naknadi. Pitanje je do kada to pravo postoji – prestaje li nakon prve prodaje, smrću ovlaštenika ili postoji i u korist ovlaštenikovih nasljednika.

3.4. Konkurencija više prava prvokupa

Na istoj stvari može istovremeno postojati više prava prvokupa. U odnosu na ugovorno pravo prvokupa, zakonsko pravo prvokupa je “jače” od onog ugovornog, bez obzira je li ugovorno pravo prvokupa nastalo prije ili poslije zakonskoga i neovisno o tomu je li upisano u zemljišne knjige (budući da upis nije konstitutivnog karaktera). Naime, zakonodavac za određene stvari ili prava predviđa pravo prvokupa, jer smatra da je od javnog interesa da takve stvari budu u vlasništvu ovlaštenika prava prvokupa. Ukoliko ovlaštenik zakonskog prava prvokupa ne bi iskoristio svoje pravo prvokupa, vlasnik bi stvar bio dužan ponuditi ugovornom ovlašteniku, a tek ukoliko ni ugovorni ovlaštenik ne bi prihvatio ponudu, vlasnik bi bio slobodan raspolagati s takvom stvari, ali ne po povoljnijoj cijeni ili boljim uvjetima, nego je bilo naznačeno u ponudi.

⁵⁶ Odluka Ustavnog suda, br. U-I-673/1996, NN, br. 39/99. U obrazloženju odluke Ustavnog suda stoji: “... Vlasništvo načelno sadrži u sebi i pravo raspolaganja stvari, a to među ostalim, znači pravo prodati stvar po ugovorenoj (tržišnoj) cijeni. Zakonsko pravo prvokupa može ograničiti pravo raspolaganja, ali to ograničenje treba biti u skladu s ciljem zbog kojeg je uneseno u Zakon o naknadi... Za postizanje tog cilja nije potrebno da se to pravo odredi bez ikakvog roka, tako da nije jasno je li to teret koji leži na nekretnini (stanu); ili ono vrijedi samo za života određenog pravnog subjekta (i kojega: vlasnika stana ili prijašnjeg vlasnika). Cilj odredaba o prvokupu mogao bi se postići i razboritim vremenskim ograničenjem prava prvokupa.”

Jedna nekretnina može biti opterećena i s više zakonskih prava prvokupa. Broj propisa kojima je osnovano zakonsko pravo prvokupa prilično je velik, a njihove su odredbe često neusklađene, i s općim pravilima stvarnog i obveznog prava, i međusobno, što otežava i koči promet nekretninama, posebice kada na istoj nekretnini postoji više zakonskih prava prvokupa. Kod takvog stanja, postavlja se pitanje ne koji način riješiti konkurenciju tih prava, posebice ukoliko su nositelji prava prvokupa različite osobe. U pravnoj teoriji izraženo je stajalište da bi se konkurenciju više prava prvokupa trebalo rješavati po analogiji s odredbama nasljednog prava o pravu prvokupa na jednake dijelove sa i ili bez priraštaja ili akrecencije.⁵⁷

Na problematiku konkurencije više zakonskih prava prvokupa i potrebu usklađivanja propisa koji uređuju materiju zakonskog prava prvokupa ukazuje se i u slovenskoj pravnoj teoriji.⁵⁸

4. Zakon o otocima

Godine 1999., 9. travnja, donesen je Zakon o otocima.⁵⁹ U čl. 1. st. 1. propisano je da su “otoci kao hrvatsko prirodno bogatstvo, te nekretnine na otocima osobitoga nacionalnoga, povijesnoga, gospodarskog i ekološkog značenja, od interesa za Republiku Hrvatsku i imaju njezinu osobitu zaštitu”. Taj Zakon nije regulirao imovinskopravne odnose niti je postavljao ograničenja u prometu nekretninama, već je njime bilo normirano samo upravljanje otočnim resursima. Međutim, sve češći naslovi o rasprodaji hrvatskih otoka i otočića koji čine nacionalno bogatstvo potaknuli su zakonodavca na izmjene i dopune Zakona,⁶⁰ koje su donesene 24. ožujka 2003.⁶¹ Tako je odredbom čl. 21. ZID ZO-a dodana Glava VII.a i članci 35.a, 35.b, 35.c i 35.d s naslovom Pravo prvokupa i ograničenja u pravnom prometu.

Zakonsko pravo prvokupa ustanovljeno Zakonom o otocima nije vremenski ograničeno, odnosno postojat će dok su na snazi zakonske odredbe koje ga propisuju ili dok nekretnina na koju se odnose ne bude stavljena izvan prometa. Naime, budući da na mnogim otočićima još nije utvrđena granica pomorskog dobra neke će nekretnine, dijelovi nekretnina ili čak cijeli otoci utvrđenjem te granice postat opće dobro i slijedom toga *extra commercium*. U nekim će se slučajevima katastarske čestice cijepati, pri čemu će jedan dio čestice postati pomorsko dobro, a drugi dio ostati u vlasničkom režimu i opterećen pravom prvokupa.

Zakon o otocima nalaže tijelu nadležnom za geodetske poslove i katastar da u roku od 90 dana od dana stupanja na snagu Zakona o otocima dostavi

⁵⁷ KAČER, Hrvoje, PERKUŠIĆ, Ante, op. cit., str. 126.

⁵⁸ VRENČUR, Renato, op. cit., str. 1573.; JUHART, Miha, PĻAVŠAK, Nina, op. cit., str. 332-333.

⁵⁹ NN, br. 34/99.

⁶⁰ FRKOVIĆ, Snježana, op. cit., str. 71. i dalje.

⁶¹ NN, br. 33/06.

nadležnom općinskom sudu podatke i dokumentaciju o katastarskim česticama za nekretnine na otočićima na koje se odnose odredbe o pravu prvokupa. Općinski sud će po službenoj dužnosti izvršiti zabilježbu zabrane otuđenja na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske i prava prvokupa u korist Republike Hrvatske, županije, grada i općine na nekretninama u vlasništvu drugih osoba (čl. 35.b st. 3. ZO-a).⁶² Zakon o otocima propisuje da će se pravo prvokupa upisati zabilježbom, dakle propisuje drugu vrstu upisa od onoga predviđenog u Zakonu o zemljišnim knjigama,⁶³ po kojemu pravo prvokupa može biti predmet uknjižbe i predbilježbe (čl. 31. st. 1. ZZK). Prilikom noveliranja Zakona o otocima trebalo bi uskladiti postupak upisa prava prvokupa s postupkom propisanim ZZK-om.

Zabrana otuđenja vrši se zabilježbom.⁶⁴ Neobično je da je zabilježba zabrane otuđenja propisana samo za Republiku Hrvatsku, budući da je zabrana otuđenja na malim, povremeno nastanjenim i nenastanjenim otočićima i nekretninama propisana, ne samo za Republiku Hrvatsku, nego i za županiju, grad i općinu na čijem se području nekretnina nalazi (čl. 35.d, st. 1. ZO-a). Ovakvo rješenje vjerojatno je posljedica ograničene mogućnosti pravnog raspolaganja svim nekretninama koje su u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i to na način da mogu raspolagati u pravilu samo na temelju javnog natječaja i uz naknadu po tržišnoj cijeni (čl. 391. ZV-a). Za razliku od jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave Republika Hrvatska nije općim zakonom ograničena u raspolaganju svojim nekretninama. Neovisno o postojanju ograničenja iz čl. 391. ZV-a smatramo da bi odredbu čl. 35.b st. 3. ZO-a bilo korisno dopuniti na način da se zabilježba zabrane otuđenja po službenoj dužnosti ima izvršiti i na nekretninama u vlasništvu županije, grada i općine.

Načelo neotuđivosti nekretnina koje se nalaze na malim, povremeno nastanjenim i nenastanjenim otočićima, a u vlasništvu su Republike Hrvatske, županije, grada ili općine implicira i zabranu osnivanja stvarnih prava koje se mogu ostvariti namirenjem iz vrijednosti stvari (hipoteka, fiducijarno vlasništvo, stvarni tereti). Zakonom je propisan i način na koji će se provoditi gospodarenje ovim nekretninama – zakupom ili koncesijom (čl. 35.d st. 2. ZO-a). Iz naprijed navedenoga proizlazi da su navedene nekretnine po svojoj pravnoj prirodi javna dobra u općoj uporabi, na koja će se na odgovarajući način primjenjivati pravila koja vrijede za opća dobra (čl. 35. st. 4. ZV-a). Iako zakon ne propisuje sankciju za slučaj otuđenja ovih nekretnina od strane RH, županije, grada ili općine, smatramo da je jedini prihvatljivi odgovor ništavost takvog pravnog posla, po

⁶² U Izvješću o učincima provedbe Zakona o otocima u 2007. godini piše kako je Državna geodetska uprava do 30. lipnja 2006. godine dostavila sve podatke i dokumentaciju nadležnim sudovima radi zabilježbi prava prvokupa i zabrane otuđenja. Dostavljeni su podaci za 738 otočića s ukupno 18.057 katastarskih čestica. Izvor: www.sabor.hr/fgs.axd?id=12223.

⁶³ NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07. (u daljnjem tekstu ZZK).

⁶⁴ 1 ZZK u čl. 31. st. 2. predviđa zabilježbu kao vrstu upisa za zabranu otuđenja.

općim pravilima ZOO-a zbog suprotnosti s prisilnim propisima Republike Hrvatske.⁶⁵

4.1. Konkurencija više prava prvokupa

Otoci su primjer na kojemu nerijetko postoji konkurencija više zakonskih prava prvokupa. Brojni otoci obuhvaćeni odredbama 35.a-35.d Zakona o otocima, već su na temelju Zakona o zaštiti prirode u pravnom prometu ograničeni pravom prvokupa, bilo da su u sastavu nacionalnih parkova, bilo drugih zakonom zaštićenih kategorija. Na nekima, pored navedena dva zakonska prava prvokupa, postoji i zakonsko pravo prvokupa prema Zakonu o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara.⁶⁶ Ukoliko su otoci unutar nacionalnog parka, parka prirode, strogog ili posebnog rezervata, vlasnik ih je po Zakonu o zaštiti prirode dužan, kao i po Zakonu o otocima, ponuditi prvo Republici Hrvatskoj, zatim županiji te potom gradu ili općini na čijem se području nekretnina nalazi (čl. 112. st. 1. Zakona o zaštiti prirode). Premda je u oba slučaja ovlaštenik Republika Hrvatska, a upravne i stručne poslove upravljanja imovinom Republike Hrvatske obavlja Središnji državni ured za upravljanje državnom imovinom,⁶⁷ on će odluku donijeti na temelju mišljenja nadležnog Ministarstva, a nadležna su različita Ministarstva. I rokovi u kojima ovlaštenici mogu iskoristiti svoje pravo prvokupa različito su propisani u navedenim zakonima, pa tako Zakon o zaštiti prirode određuje rok od 90 dana za očitovanje o ponudi dok Zakon o otocima propisuje rok od 30 dana za svakog od ovlaštenika.

Situacija se dodatno komplicira u slučaju kada se nekretnina nalazi u 'ostalim zaštićenim područjima' iz Zakona o zaštiti prirode, jer ju je vlasnik u tom slučaju dužan ponuditi prvo županiji, zatim Republici Hrvatskoj te potom gradu ili općini na čijem se području nalazi. Dakle, u tom se slučaju razlikuje i red prvenstva kod ovlaštenika, kao i rokovi u kojima su ovi dužni odgovoriti na ponudu.

Republika Hrvatska, županija, Grad Zagreb, grad ili općina na čijem se području kulturno dobro nalazi, nositelji su zakonskog prava prvokupa i po Zakonu o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (čl. 37. st. 1.). Međutim, prvenstvo u ostvarenju prava prvokupa ima grad ili općina u odnosu na županiju i Grad Zagreb, pa Republika Hrvatska (čl. 37. st. 2.). Ovaj Zakon osim različitog prvenstvenog reda propisuje i drugačiji postupak. Naime, vlasnik je dužan istodobno ponuditi kulturno dobro koje namjerava prodati svim ovlaštenicima prava prvokupa, a oni se o toj ponudi moraju očitovati u roku od 60 dana od primitka pisane ponude (čl. 37. st. 3.).

⁶⁵ Čl. 322. ZOO-a.

⁶⁶ U Izvješću o učincima provedbe Zakona o otocima u 2007. godini piše kako se od ukupno 44 zaprimljena zahtjeva za prodaju nekretnina po odredbama o pravu prvokupa, njih 25 odnosilo na područja nacionalnih parkova i parka prirode.

⁶⁷ Središnji državni ured za upravljanje državnom imovinom ustrojen je Zakonom o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i državnih upravnih organizacija, NN, br. 199/03.

Ovdje se nameće nekoliko pitanja, primjerice koje od više zakonskih prava prvokupa ima prednost i može li vlasnik istovremeno staviti ponudu za sva zakonska prava prvokupa koja terete njegovu nekretninu ili mora proći svaki postupak zasebno.

De lege ferenda trebalo bi odrediti zajednički okvir za postupak u slučaju konkurencije više zakonskih prava prvokupa kada su nositelji prava prvokupa Republika Hrvatska, županije i gradovi ili općine na način da vlasnik, bez obzira s koliko je prava prvokupa opterećena njegova nekretnina, upućuje samo jednu ponudu. Ponudu bi mogao uputiti Središnjem državnom uredu za upravljanje državnom imovinom, koji bi istu prosljeđivao svim nositeljima i brinuo o slanju odgovora na ponudu u za to predviđenom roku. Na taj bi se način rasteretilo vlasnika i uspostavilo jedinstveni režim koji bi doprinio pravnoj sigurnosti i bržem odvijanju prometa nekretninama.

4.2. Ponuda

Vlasnik nekretnine na malim, povremeno nastanjenim i nenastanjenim otocima dužan je nekretninu koju namjerava prodati pisanim podneskom ponuditi po tržišnoj cijeni na prodaju nositeljima prava prvokupa i to prvo Republici Hrvatskoj⁶⁸ koja mora donijeti odluku o prihvaćanju ili neprihvatanju ponude u roku od 30 dana od zaprimanja ponude. Ukoliko Republika Hrvatska ne prihvati ponudu, vlasnik ju je dužan poslati županiji, koja također ima rok od 30 dana za prihvaćanje ponude, a ako ni županija ne prihvati ponudu, vlasnik će ponudu uputiti gradu, odnosno općini na čijem se području nekretnina nalazi da oni u roku od 30 dana od zaprimanja ponude donese svoju odluku.

Vlasnik nekretnine u ponudi mora navesti uvjete prodaje i cijenu te priložiti izvod iz zemljišnih knjiga i kopiju katastarskog plana (čl. 35.a, st. 4. ZO-a). U nastavku st. 4. propisana je dužnost vlasnika jamčiti zaštitu od evikcije. Odgovornost za pravne nedostatke (zaštita od evikcije) propisana je čl. 357. ZOO-a za sve naplatne pravne poslove, međutim odredbom čl. 435. ZOO-a dopušteno je odgovornost prodavatelja za pravne nedostatke ograničiti ili isključiti. Odredbom Zakona o otocima kojom se stipulira dužnost vlasnika jamčiti zaštitu od evikcije zabranjena je ugovorna odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti za pravne nedostatke. Dakle, bivši vlasnik nekretnine iz čl. 35.a, st. 1. ZO-a odgovarat će nositelju prava prvokupa koji ostvari to svoje pravo za pravne nedostatke ispunjenja i dužan je štititi drugu stranu od prava i zahtjeva trećih osoba kojima bi njezino pravo bilo isključeno ili suženo (umanjeno ili ograničeno). Zakon o otocima je jedini od zakona koji uređuju zakonsko pravo prvokupa koji propisuje zabranu ograničenja i isključenja odgovornosti za pravne nedostatke.

⁶⁸ “Od stupanja na snagu Zakona o otocima do 31. prosinca 2007. Ministarstvo je zaprimilo i protokoliralo 44 zahtjeva za prodaju nekretnina po navedenim odredbama.” Izvješće o učincima..., op. cit., str. 10. Izvješće ne sadrži informacije o tome koliko je ponuda RH prihvatila, odnosno po koliko zahtjeva ne može postupati zbog neutvrđene granice pomorskog dobra.

Zakonom je, nadalje, propisano da je vlasnik nekretninu dužan ponuditi po tržišnoj cijeni. Definicija tržišne cijene dana je u čl. 35a, st. 3. kao vrijednost izražena u cijeni koja se za određenu nekretninu može postići na tržištu i koja ovisi o odnosu ponude i potražnje u vrijeme njezinog utvrđivanja. Uz ostavljeno otvoreno pitanje hoće li se moći utvrditi tržišna cijena kako je to predviđeno Zakonom, smatramo bitnim naglasiti da je pravo svakog vlasnika samostalno odlučiti želi li svoju stvar prodati ili ne želi, kao i, ukoliko je želi prodati, odrediti kupoprodajnu cijenu. Ovlaštenik prava prvokupa ima pravo kupiti opterećenu stvar po istoj cijeni i pod istim uvjetima pod kojima bi je kupila treća osoba, a ta cijena ne mora nužno biti tržišna cijena. Stoga ova odredba predstavlja veće ograničenje za vlasnika nekretnine, nego što je slučaj kod općeg režima prava prvokupa.

4.3. Prihvat ponude

Odgovor na ponudu – prihvat mora se izjaviti unutar prekluzivnih rokova iz čl. 35.a st. 1. (svaki od ovlaštenika ima trideset dana). Zakon o otocima ne sadrži odredbu o obvezi isplate cijene, a niti o rokovima, odnosno obvezi njezina polaganja kod suda, odnosno druge zakonom ovlaštene osobe.⁶⁹ Premda bi se ovdje u nedostatku izričite odredbe specijalnog zakona primjenjivale odredbe ZOO-a (čl. 450. st. 2.) smatramo da se nepotrebno otvara mogućnost za drugačije tumačenje te da bi izrijeком trebalo propisati dužnost i rok isplate kupoprodajne cijene. Ovo sve tim više jer bi se u protivnom postavilo i pitanje pravne valjanosti prihvata ponude, a time i ugovora, a sve s obzirom na to da su ugovori s pravom prvokupa, prema odredbama ZOO-a, realni.

Mišljenja smo da primjena općeg propisa nije u suprotnosti s posebnim zakonom, štoviše, cilj je nositelja prava prvokupa, koji želi ostvariti pravo prvokupa postati vlasnik nekretnine i ugovor učiniti perfektnim. Potreba izričitog propisivanja obveze isplate cijene išla bi, kako u korist stranaka ugovora, tako i u korist pravne sigurnosti uopće.

Rokovi unutar kojih se može dati izjava o korištenju prava prvokupa su prekluzivni, kako za ugovorno, tako i za zakonsko pravo prvokupa, međutim kod zakonskog prava prvokupa ono će (osim ako nije drugačije određeno zakonom) i dalje postojati na stvari i svaki novi vlasnik bit će u obvezi obavijestiti nositelja zakonskog prava prvokupa o namjeravanoj prodaji.

Zakon o otocima ne regulira situaciju u kojoj je obavijest o korištenju pravom prvokupa bila poslana pravovremeno, ali je stigla ponuditelju nakon

⁶⁹ Zakonom o prostornom uređenju i gradnji propisano je da izjava o prihvaćanju ponude može imati učinak samo ako nositelj prava prvokupa isplati cijeli iznos vlasniku ili ga deponira kod javnog bilježnika i nadležnog suda (čl. 134. st. 3.). Izjava o prihvaćanju ponude zaštićenog najmoprimca imati će učinak samo ako ovaj isplati dogovorenu cijenu ili položi kod nadležnog suda ili javnog bilježnika (čl. 44. st. 3. Zakona o najmu stanova). Ostali zakoni koji osnivaju zakonsko pravo prvokupa ne propisuju obvezu nositelja prava prvokupa koji se želi koristiti svojim pravom da istovremeno s prihvatom ponude isplati ugovorenu cijenu.

proteka roka. Mišljenja smo da bi u tom slučaju valjalo primijeniti odredbe ZOO-a o ponudi, točnije odredbu čl. 266. st. 2. o zakašnjelom prihvatu i zakašnjeljoj izjavi o prihvatu.⁷⁰

Ukoliko neki od ovlaštenika zakonskog prava prvokupa izjavu o prihvatu pošalje nakon proteka roka u kojem ju je bio dužan dati, vlasnik je slobodan nekretninom raspolagati i taj ga prihvata ne obvezuje. Pitanje je, međutim, bi li vlasnik trebao ponovo poslati ponudu u slučaju da prvi puta nije uspio realizirati kupoprodaju nekretnine. U slučaju ekonomskih i financijskih promjena takva bi obveza proizlazila iz općeg načela obveznog prava – načela o savjesnosti i poštenju. Međutim, ukoliko takve promjene ne nastupe do trenutku ponovne prodaje pitanje je treba li vlasniku nekretnine nametati obvezu ponovne prodaje. S druge strane, takva bi obveza, na ponovnu ponudu pri svakoj potencijalnoj prodaji, proizlazila iz samog pojma i sadržaja prava prvokupa. *De lege ferenda* smatramo da bi trebalo propisati protekom kojega vremena bi za vlasnika ponovno nastupila obveza ponuditi nekretninu ovlašteniku prava prvokupa.

Ukoliko ovlaštenici prava prvokupa donesu odluku o nekorištenju zakonskog prava prvokupa ili je ne donesu u zakonom propisanom roku vlasnik je slobodan raspolagati svojom nekretninom na malom, povremeno nastanjenom ili nenastanjenom otoku, naravno, po cijeni i pod uvjetima koji nisu za trećega povoljniji od onih navedenih u ponudi. Međutim, ukoliko vlasnik ne realizira ugovor o otuđenju postavlja se pitanje do kada on može slobodno raspolagati svojom nekretninom, odnosno je li protekom određenog vremena ili izmjenom gospodarskih okolnosti vlasnik dužan ponovo ponuditi svoju nekretninu ovlaštenicima prava prvokupa.⁷¹ Zakon o otocima ne sadrži odredbu koja bi dala odgovor na navedeno pitanje, a takvih odredaba nema niti u jednom od zakona koji uređuju zakonsko pravo prvokupa. Mišljenja smo da nedorečenost propisa ne bi smjela ići na štetu vlasnika u kojem bi cilju valjalo zaključiti da je vlasnik slobodan tom nekretninom raspolagati od trenutka kada je dobio odluku o nekorištenju prava prvokupa pa dok nekretninu ne proda, ali, naravno, nikako po nižoj cijeni ili uvjetima povoljnijim od onih navedenih u ponudi. Ovakvo tumačenje, kojim se, u nedostatku izričite odredbe, štite interesi vlasnika, mogao bi, međutim, biti oštećen opći interes radi kojega je pravo prvokupa i ustanovljeno. Naime, Republika Hrvatska i/ili drugi ovlaštenici prava prvokupa možda u trenutku primanja ponude nisu bili u financijskoj mogućnosti ostvariti svoje pravo prvokupa, iako su zainteresirani za kupovinu te nekretnine.

⁷⁰ SLAKOPER, Zvonimir u: GORENC, Vilim et al., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF; Zagreb, 2005., str. 709.

⁷¹ 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.

4.4. Polje primjene pravila o pravu prvokupa

Odredba koja zaslužuje pomnije razmatranje je čl. 35.a, st. 3. Zakona o otocima. Naime, tom se odredbom proširuje primjena instituta prava prvokupa na nekretnine iz čl. 35.a st. 1. i u slučaju njihovog otuđenja na temelju darovnih ugovora, unošenjem nekretnine kao uloga u trgovačko društvo, u ovršnim i steajnim postupcima, kao i u postupcima stjecanja fiducijarnog vlasništva.

Institut prava prvokupa tradicionalno je vezan uz kupoprodaju, na što upućuje i sam naziv instituta. Zakonodavac je pri noveliranju zakona ipak odlučio proširiti primjenu pravila o pravu prvokupa, ali ne na sva raspolaganja koja za posljedicu imaju promjenu vlasnika. Nejasno je čime se zakonodavac rukovodio kada je određivao polje primjene pravila o pravu prvokupa, odnosno, kada je već širio primjenu pravila o pravu prvokupa, iz kojih je razloga određene pravne poslove izostavio, a iz kojih je razloga neke, koji su po svojoj pravnoj prirodi nespojivi s institutom prava prvokupa, propisao.⁷²

Prema Zakonu o vlasništvu pravni temelj stjecanja vlasništva mogu biti pravni posao, odluka suda, odnosno druge nadležne vlasti, nasljeđivanje i zakon ( l. 114. st. 1. ZV-a). ‘Klasični’ pravni poslovi, uređeni odredbama ZOO-a, kojima je kauza stjecanje prava vlasništva su kupoprodaja, darovanje, zamjena, ugovor o doživotnom i ugovor o dosmrtnom uzdržavanju. Međutim, vlasništvo se može prenijeti na treću osobu i brojnim drugim raspolaganjima. Primjerice unošenjem stvari u orta ku imovinu, prenošenjem vlasništva kao ulog u trgovačko društvo, u ovršnim i steajnim postupcima, davanjem umjesto isplate, nagodbom.

Proširenje primjene prava prvokupa na druge ugovore i postupke prisilne prodaje predstavlja znatno ograničenje vlasničkih prava, stoga smatramo da ga treba tumačiti restriktivno – samo na one ugovore i postupke taksativno navedene u Zakonu. Moguće je, međutim, da će se u praksi i/ili teoriji naići i na suprotna stajališta, primjerice da bi se pravila imala primjenjivati i na ugovor o zamjeni budući da iz ugovora o zamjeni nastaju za svakog ugovaratelja prava i obveze koja iz ugovora o kupoprodaji nastaju za prodavatelja ( l. 474. i 475. ZOO-a). Iz ove bi se odredbe moglo zaključiti da za svakog ugovaratelja nastaju obveze kao da se radi o ugovoru o kupoprodaji, pa da bi ugovaratelj koji je vlasnik nekretnine na malim, nenaseljenim ili povremeno naseljenim oto icima na koje se odnosi pravo prvokupa iz čl. 35.a i dalje ZO-a, a želi zamijeniti svoju nekretninu, bio dužan prvo je ponuditi Republici Hrvatskoj i ostalim nositeljima prava prvokupa. Proširenje primjene pravila o pravu prvokupa na ugovor o zamjeni čini se u svakom slučaju prihvatljivijim od njegove primjene na ugovor o darovanju. S druge strane, ugovor o zamjeni je imenovani ugovor i, ukoliko je

⁷² Frković navodi kako je Prijedlogom zakona o izmjenama i dopunama Zakona o otocima predviđeno pravo prvokupa, a ništavost je zapriječena, kako za slučaj nepoštivanja prava prvokupa, tako i za ugovore o zamjeni, prividne ugovore o darovanju te sve druge fiktivne ugovore u kojima su visina cijene i uvjeti prodaje prividni i povoljniji za kupca. Vidjeti: FRKOVIC, Snjezana, op. cit., str. 100.

zakonodavac želio proširiti pravo prvokupa i na ugovore o zamjeni, takva je odredba trebala biti unesena u Zakon budući da se radi o institutu koji je, kao što smo već naglasili, izvorno povezan s prodajom, a ne i drugim vrstama raspolaganja, koliko god oni bili slični kupoprodaji.

Ukoliko bi se pravo prvokupa imalo primjenjivati i na ugovor o zamjeni, vlasnik nekretnine zainteresiran za zamjenu u ponudi bi trebao navesti uvjete pod kojima želi izvršiti zamjenu. Ukoliko se radi o zamjeni za neku zamjenjivu stvar ili stvar koja nije određena, ali je određiva (primjerice zamjena za poljoprivredne strojeve ili za nekretninu na kojoj je moguće graditi) nositelji prava prvokupa bi to svoje pravo mogli ostvariti ukoliko takve stvari imaju u svom vlasništvu i mogu njima raspolagati. Ovdje posebice mislimo na ograničenje koje je propisano čl. 391. ZV-a. Naime, nekretninu u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica područne (regionalne) samouprave poglavarstva tih jedinica mogu otuđiti ili njom na drugi način raspolagati samo na osnovu javnog natječaja. Ukoliko je predmet zamjene točno određena stvar pravo prvokupa neće se moći ostvariti.

U talijanskom pravu je zakonsko pravo prvokupa uređeno brojnim zakonima koji međusobno nisu usklađeni i stoga ostavljaju teoriji i praksi otvorena pitanja polja primjene prava prvokupa. Tako se pravo prvokupa može ostvariti kada se stvar otuđuje (*'alienare'*⁷³), *prenosi na naplatnom pravnom temelju ('trasferimento a titolo oneroso'*⁷⁴) ili prodaje (*vendita*).⁷⁵ U slučaju zamjene (i drugim načinima prijenosa vlasništva kada cijena stvari na kojoj postoji pravo prvokupa nije izričito određena) u talijanskoj teoriji nalazimo gledište da je nositelj prava prvokupa dužan isplatiti protuvrijednost.⁷⁶ Suglasnost postoji glede darovanja za koje se smatra da nije kompatibilno s pravom prvokupa (vidi *infra* 4.4.1.), kao i za postupke prisilne naplate (vidi *infra* 4.4.3.).

4.4.1. Ugovor o darovanju

Pravo prvokupa na nekretnine iz čl. 35.a, st. 1. odnosi se i na njihovo otuđenje na temelju darovnih ugovora.

Ugovor o darovanju⁷⁷ je besplatan pravni posao za koji se ne traži protučinidba, a po svojoj prirodi je ugovor *intuitu personae*, koji se sklapa zbog osobnih svojstava i osobnih odnosa ugovornih strana. Namjera (*animus donandi*) je, volja, darovatelja obogatiti drugu stranu, povećati joj imovinu iz nekih osobnih razloga, primjerice osobite privrženosti ili zahvalnosti. Namjera darovatelja nije stvar prodati niti na njoj zaraditi pa rješenje iz Zakona o otocima

⁷³ Art. 732. Codice civile.

⁷⁴ Art. 8. l. 26. maggio 1965 n. 590; art. 7. l. 14. agosto 1971 n. 817.

⁷⁵ TRIOLA, Roberto, *La prelazione legale e volontaria*, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, 2007., str. 212.-234.

⁷⁶ MANSI, Antonio, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, CEDAM, 2004., terza edizione interamente rifatta, str. 278.-279.

⁷⁷ Čl. 479.-498. ZOO-a.

predstavlja znatno odstupanje od klasičnog shvaćanja instituta prvokupa (nekoga tko ima nakanu darovanja prisiljava se na prodaju).⁷⁸ Iako se u praksi pokazalo da se ugovor o darovanju nerijetko koristio za zaobilazjenje pravila postavljenih za druge, naplatne pravne poslove, primjena pravila o pravu prvokupa na ugovor o darovanju nije ispravan put za rješavanje takvih zlouporaba. Postoje drugi mehanizmi kojima bi se postigao cilj ove odredbe, primjerice primjena općih pravila o simuliranim poslovima.⁷⁹

Ukoliko vlasnik nekretnine na nekom od otoka obuhvaćenih odredbom čl. 35.a, st. 1. želi tu nekretninu darovati postavlja se pitanje na koji način vlasnik treba ponuditi takvu nekretninu državi, županiji i općini.⁸⁰ Ukoliko se nekretnina želi darovati ne postoje ni treći niti cijena koju bi treći bio spreman platiti. Zakonom je, doduše, propisano da je vlasnik nekretninu dužan ponuditi po tržišnoj cijeni, pa ukoliko bi vlasnik takvu ponudu poslao, a nositelji prava prvokupa odlučili ne koristiti to svoje pravo, vlasnik svejedno ne bi mogao realizirati ugovor o darovanju jer bi takav ugovor bio sklopljen po povoljnijim uvjetima, bez protučinidbe i stoga ništetan (čl. 35.b ZO-a).

Iznimno, pravo prvokupa ne odnosi se na otuđenje nekretnina na temelju darovnih ugovora pod uvjetom da su “darovatelj i obdarenik svrstani u prvi nasljedni red” (čl. 35.a, st. 3. ZO-a).⁸¹ Navedena iznimka zaslužuje analizu. Naime, postavlja se pitanje što uopće znači odredba da su darovatelj i obdarenik svrstani u prvi nasljedni red i koji bi to slučajevi bili. Stipulacija odredbe toliko je nespretna da bi se mogla tumačiti na tri različita načina. Naime, ukoliko bi se zahtijevalo da stranke darovnog ugovora međusobno budu u prvom nasljednom redu, to bi onda bilo jedino u slučaju darovanja između bračnih i izvanbračnih drugova i to samo u slučaju da imaju zajedničku djecu (u protivnom oni prelaze u drugi nasljedni red i nasljeđuju zajedno s roditeljima (čl. 11. ZN-a) pa u tom slučaju nasljednika prvog nasljednog reda uopće ne bi bilo). Ovakvo usko shvaćanje navedene iznimke čini nam se neprihvatljivim. Iste su dvojbe postojale u primjeni odredbe čl. 9. Zakona o naknadi pa je bilo opravdano očekivati da će se iskustva i zauzeta stajališta o tumačenju kruga zakonskih nasljednika i nasljednih redova koristiti i prilikom ZID Zakona o otocima. Drugi način na koji se navedena iznimka može tumačiti je slučaj kada je obdarenik svrstan u prvi nasljedni red darovatelja. Dakle, odnosila bi se na darovanja učinjena djeci, posvojcetu te bračnom ili izvanbračnom drugu. Konačno, ukoliko bi se iznimka tumačila najšire ne bi bilo odlučno koja od ugovornih strana ugovora o darovanju je drugoj strani u prvom nasljednom redu, dakle, konkretno, bila bi dopuštena i darovanja roditeljima i posvojiteljima.

⁷⁸ KAČER, Hrvoje, op. cit., str. 410.

⁷⁹ Tako i STAUDINGER, op. cit., str. 637.; JUHART, Miha, *Zakonita...*, op. cit., str. 137.

⁸⁰ Slične dvojbe o primjeni prava prvokupa na druga stvarnopravna raspolaganja iznošene su u komentarima Zakona o naknadi. Vidjeti: CRNIĆ, Jadranko, op. cit., str. 54-61.

⁸¹ Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03., 163/03., 35/05. (u daljem tekstu: ZN). Prema Zakonu o nasljeđivanju u prvi nasljedni red ulaze ostaviteljeva djeca, posvojcjad, bračni i izvanbračni drug ostavitelja, a ostali potomci po pravu predstavljanja (čl. 8. i 9. ZN-a).

Budući da ova odredba predstavlja ograničenje vlasnikove slobode raspolaganja mišljenja smo da bi navedenu iznimku trebalo tumačiti najšire, odnosno na način da su dopuštena darovanja između djece i roditelja neovisno o tomu tko je darovatelj, a tko obdarenik.

Proširenje polja primjene prava prvokupa i na otuđenja učinjena na temelju darovnih ugovora predstavlja ograničenje vlasnikova prava da slobodno raspoláže nekretninom koje nije razmjerno cilju zbog kojega je to ograničenje propisano. Dio odredbe kojim se određuje izuzetak od primjene pravila o pravu prvokupa nomotehnički je loše sročeno, a činjenica da se iznimka može tumačiti na tri različita načina svakako ne pridonosi pravnoj sigurnosti.

Konačno, nije nevažno istaknuti kako niti jedan od pozitivnih hrvatskih propisa ne proširuje primjenu prava prvokupa i na ostale slučajeve otuđenja. Takvu je odredbu sadržavao Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine. Članak 29. st. 1. toga Zakona propisivao je da u slučaju daljnjeg stvarnopravnog raspolaganja otkupljenim stanom prijašnji vlasnik ima pravo prvokupa. Budući da se u daljnjem tekstu čl. 29. spominjala "namjera prodaje" i "ponuda prodaje prijašnjem vlasniku", a pretpostavke, uvjete, način stavljanja ponude i način prodaje za slučajeve drugih stvarnopravnih raspolaganja nisu uopće bili razrađeni postavilo se pitanje kako tumačiti navedenu odredbu. Oni koji su se zauzimali za šire tumačenje smatrali su da je cilj ove odredbe sprječavanje izigravanja prava prvokupa bivših vlasnika simuliranjem nekog drugog pravnog posla kojemu je cilj prijenos prava vlasništva.⁸² ZID Zakona o naknadi brisani su čl. 29., 30. i 31. čime su navedene dvojbe riješene na način da se pravo prvokupa primjenjuje samo na ugovore o kupoprodaji.

U talijanskoj je teoriji zauzeto gledište da se pravo prvokupa ne primjenjuje na ugovore o darovanju. Budući da se radi o besplatnom pravnom poslu, primjena prava prvokupa nespojiva je sa spontanošću i *intuitu personae* obilježjima koja su karakteristična za ugovor o darovanju.⁸³ Slovenski Zakon o urejanju prostora⁸⁴ propisuje da je pravo prvokupa isključeno ako vlasnik proda ili daruje nekretninu svojem bračnom drugu ili srodniku u uspravnoj liniji ili s njima izjednačenim osobama. Odredba o isključenju prava prvokupa pri darovanju unijela je 'zbrku', i u slovenskoj pravnoj teoriji smatraju da je u zakon unijeta zabunom zakonodavca.⁸⁵ U drugim, u slovenskom pravu brojnim zakonima koji uređuju pravo prvokupa, polje njegove primjene nikada nije prošireno na ugovor o darovanju, budući da je za darovatelja bitan element ugovora osoba obdarenika.⁸⁶ Zakonom o varstvu

⁸² O dvojabama koje je izazvala odredba čl. 29. Zakona o naknadi vidjeti: CRNIĆ, Jadranko, op. cit., str. 56-61.; KACER, Hrvoje, op. cit., str. 406-412.

⁸³ TRIOLA, Roberto, op. cit., str. 211-212.; CIAN, Giorgio, TRABUCCHI, Alberto, op. cit., str. 566.

⁸⁴ Uradni list RS, št. 110/02.

⁸⁵ "Zmedo vnaša predvsem določba o izključitvi predkupne pravice pri darilu, kar lahko razumemo samo kot zmoto zakonodajalca." JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina, op. cit., str. 329.

⁸⁶ "Pri ostalih poslih (menjava in darilo) je nasprotna stranka bistven element pravnega posla, ki ga ni mogoče izenačiti z abstraktnim pojmom predkupnega upravičenca." u JUHART, Miha,

kulturne dediščine slovenski zakonodavac isključuje primjenu prava prvokupa ukoliko se stvar *prodaje* bračnom drugu, srođnicima u uspravnoj liniji, posvojiteljima i posvojčadi te osobi javnog prava (čl. 62. st. 9.), čime se potvrđuje stav slovenskog zakonodavca i teorije da se pravo prvokupa primjenjuje isključivo na ugovore o kupoprodaji. Niti u njemačkom pravu ugovor o darovanju ne predstavlja slučaj u kojem bi se moglo koristiti pravo prvokupa.⁸⁷

4.4.2. *Unošenje nekretnine kao uloga u trgovačko društvo*

Član društva može u društvo uložiti novac, stvari, prava, rad i druge usluge ili dobra. Vrijednost nenovčanog uloga članovi sporazumno određuju u novcu. Unosom stvari i prava kao uloga u društvo, osoba koja je izvršila unos, može steći položaj člana u društvu ili joj se mogu priznati samo određena članska prava.⁸⁸ Pod unosom vlasništva smatra se i unos suvlasničkog dijela. Udio u zajedničkom vlasništvu nekretnine zajedničar ne može prenositi trećima, odnosno može ga u cijelosti ili djelomično prenijeti samo na drugog zajedničara (čl. 58. st. 1. ZV-a), ali nema zapreke da svi zajedničari zajedno raspolažu nekretninom (čl. 61. ZV-a) i da se nekretnina u zajedničkom vlasništvu na taj način unese kao ulog u trgovačko društvo. U tom bi slučaju svi zajedničari stekli članska prava u društvu. Unosom stvari – nekretnine u trgovačko društvo, dakle njezinim upisom u zemljišne knjige ona postaje vlasništvo trgovačkog društva. Unos nekretnine može se učiniti pri osnivanju društva ili povećanjem njegovog temeljnog kapitala. Ukoliko je nekretnina koja se nalazi na otocima na koje se odnosi ograničenje raspolaganja pravom prvokupa unesena u temeljni kapital društva prije stupanja na snagu ZID Zakona o otocima, ona ostaje i dalje vlasništvo trgovačkog društva, ali je to vlasništvo opterećeno pravom prvokupa u korist RH, županije i grada ili općine na čijem se području nalazi.

Nekretnina koja se želi unijeti kao ulog u trgovačko društvo nakon stupanja na snagu ZID Zakona o otocima mora se prvo ponuditi ovlaštenicima prava prvokupa, pa se, ukoliko oni svoje pravo ostvare, u temeljni kapital može unijeti novac ostvaren prodajom. Ukoliko je nekretnina potrebna za obavljanje djelatnosti društva (u naravi je, primjerice maslinik, a društvo je registrirano za proizvodnju maslinovog ulja) pa je član(ovi) ne žele prodati, neće moći ući u temeljni kapital društva. Vlasnik takve nekretnine mogao bi u ponudi navesti uz cijenu i uvjet da se nekretnina, ukoliko je ovlaštenik prava prvokupa kupi, ima dati u zakup trgovačkom društvu. Vlasnik bi, nadalje, mogao osnovati pravo

Zakonita..., op. cit.

⁸⁷ STAUDINGER, op. cit., str. 636-637.; PALANDT, op. cit., str. 1370.

⁸⁸ O unosu nekretnine kao uloga u trgovačko društvo vidjeti: BARBIĆ, Jakša, *Nekretnina kao predmet uloga u trgovačko društvo*, Informator, Male stranice, br. 5344-5346, Zagreb, 2005.; BARBIĆ, Jakša, *Pravo društava, Društva kapitala*, knjiga druga, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 2005., str. 899-973.

plodouživanja te nekretnine u korist trgovačkog društva,⁸⁹ a vrijednost toga prava unijeti u temeljni kapital društva.

Razlog iz kojega je pravo prvokupa prošireno i na unos nekretnina u trgovačko društvo isti je kao i kod ostalih načina otuđenja – sprječavanje simuliranja drugih pravnih poslova kako bi se uistinu izvršila prodaja.

Zakonom je ograničenje propisano samo za trgovačka društva, a ne i za društva koja nemaju pravnu osobnost – ortakluk i tajno društvo. Budući da su Zakonom taksativno navedeni slučajevi na koje se ima primijeniti pravo prvokupa, mišljenja smo da se ova odredba ne bi smjela tumačiti široko u smislu da se primjenjuje i na ortaku imovinu i imovinu tajnog društva, iako ne vidimo razloge iz kojih oni nisu obuhvaćeni definicijom.

4.4.3. Ovršni postupak

Proširenje prava prvokupa iz čl. 35.a st. 3. odnosi se i na otuđenja učinjena u ovršnim i stečajnim postupcima, dakle sudskim postupcima u kojima dolazi do prisilne prodaje dužnikove imovine s istim pravozaštitnim ciljem – zaštitom vjerovnika.⁹⁰

Polje primjene prava prvokupa prošireno je već ZOO-om, koji propisuje da prodavatelj čije je pravo prvokupa bilo upisano u javnoj knjizi može zahtijevati poništaj javne prodaje, ako nije bio posebno pozvan da joj pristupi (čl. 452. st. 2. ZOO-a). Budući da se pravila o kupoprodaji s pravom prvokupa na odgovarajući način primjenjuju i na zakonsko pravo prvokupa, pravo zahtijevati poništaj javne prodaje imao bi i nositelj zakonskog prava prvokupa. I Ovršnim je zakonom,⁹¹ u čl. 90. propisano da se zaključak o prodaji dostavlja i osobama koje imaju upisano pravo prvokupa, a u čl. 91. propisano je da osoba, koja ima zakonsko ili ugovorno pravo prvokupa upisano u zemljišnoj knjizi, ima prednost pred najpovoljnijim ponuditeljem ako odmah po zaključenju dražbe izjavi da nekretninu kupuje uz iste uvjete.

Ovršnim je zakonom, dakle ustanovljena obveza poštivanja zakonskog prava prvokupa, pa se, na prvi pogled, odredba u Zakonu o otocima čini suvišnom. Međutim, između navedenih odredbi ipak postoji značajna razlika i to u roku u kojem se mora dati izjava o prihvaćanju ponude. Ovršni zakon propisuje da ovlaštenik prava prvokupa mora odmah po zaključenju dražbe izjaviti da kupuje nekretninu. Zakon o otocima ne propisuje posebne rokove za slučaj prodaje u ovršnom postupku, već iste kao za klasičnu prodaju – 30 dana za tijelo nadležno za upravljanje imovinom Republike Hrvatske, narednih 30 dana županiji te po isteku toga roka 30 dana gradu, odnosno općini na čijem se području nekretnina nalazi (čl. 35.a st. 1.). Dakle, po Zakonu o otocima najpovoljniji ponuditelj će

⁸⁹ Iako u ZV-u nije izrijekom propisano da plodouživatelj može biti i pravna osoba, u literaturi se zastupa stav kako nema zapreke da ovlaštenik osobne služnosti bude i pravna osoba. Vidi: STIPKOVIĆ, Zlatan u GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 642., 661.

⁹⁰ DIKA, Mihajlo, *Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 36-42.

⁹¹ NN, br. 57/96., 22/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05., 68/98. (u daljnjem tekstu: OZ).

steći vlasništvo na nekretnini tek ukoliko niti jedan od nositelja prava prvokupa ne prihvati ponudu, a najkasnije protekom 90 dana. Budući da je Zakon o otocima specijalan zakon, a zakonskim se pravom prvokupa štiti javni interes, mišljenja smo da se nositeljima prava prvokupa treba ostaviti da o konzumiranju svoga prava odluče u rokovima propisanim Zakonom o otocima. Ovršenikov je cilj prodaja stvari, a nebitna je činjenica tko će kupovnu cijenu isplatiti. Ovo stajalište nije bezrezervno, naime takvo bi postupanje doprinijelo kašnjenju i odugovlačenju postupka čime se nanosi šteta interesima vjerovnika. Nadalje, ostaje otvoreno pitanje štetnih posljedica koje bi mogle proizići za ovršenika u slučaju da nositelji prava prvokupa odluče svoje pravo ne koristiti, a kupac (najbolji ponuditelj ili kupac iz neposredne pogodbe) odustane od kupoprodaje. Upravo zaštita interesa vjerovnika u talijanskom pravu ide još i dalje pa mogućnost korištenja prava prvokupa u postupcima prisilne naplate u Italiji uopće nije predviđena.⁹²

Prodaja nekretnine prema Ovršnom zakonu može se provesti na dva načina – usmenom javnom dražbom (čl. 92. st. 1.) ili ugovorom o prodaji neposrednom pogodbom preko osobe ovlaštene za promet nekretnina, sudskoga ovršitelja, javnoga bilježnika ili na drugi način (čl. 92. st. 4. i 5.).

Ako se nekretnina prodaje neposrednom pogodbom, sud će prije prodaje pozvati imatelja uknjiženoga prava prvokupa, odnosno imatelja zakonskoga prava prvokupa koji je o tom svom pravu prije toga obavijestio sud da se u određenom roku u zapisnik kod suda očituje hoće li se tim pravom koristiti (čl. 91. st. 2. OZ-a). U slučaju neposredne pogodbe, kao i kod prodaje na javnoj dražbi, nositelji prava prvokupa po Zakonu o otocima morali bi odluku o (ne) korištenju prava prvokupa dati u rokovima iz toga Zakona, dakle dužima od rokova predviđenih Ovršnim zakonom.

Ukoliko neki od ovlaštenika prava prvokupa odluči koristiti svoje pravo prvokupa najpovoljniji ponuditelj s dražbe, odnosno kupac iz neposredne pogodbe nema nikakvo pravo. Slovenski Zakon o izvršbi in zavarovanju⁹³ u tom slučaju daje najboljem ponuditelju iz javne dražbe, odnosno kupcu iz neposredne pogodbe pravo ponuditi višu cijenu.⁹⁴

U trenutku ovršne prodaje nekretnine vlasnik ne otuđuje svoju nekretninu, on se u postupku nalazi u ulozi ovršenika gdje se ne radi o dobrovoljnoj raspoložbi, već se nad njime provodi prisilni postupak. Prodaja u ovršnom postupku je akt državne vlasti pa se postavlja pitanje je li o postojanju neupisanog zakonskog prava prvokupa dužna voditi računa Republika Hrvatska po Ovršnom zakonu ili je vlasnik dužan obavijestiti Republiku Hrvatsku sukladno Zakonu o otocima, premda on nije prodavatelj.

⁹² TRIOLA, Roberto, op. cit., str. 231.

⁹³ Uradni list, št. 51/98., 11/01., 75/02., 87/02., 16/04., 17/06., 69/06., 115/06., 3/07. (uradno prečišćeno besedilo) i 93/07.

⁹⁴ Mišljenje je Juharta da se stvar tada mora ponovo ponuditi nositelju prava prvokupa, odnosno da bi se po okončanju postupka mogla provesti još jedna dražba između najboljeg ponuditelja i nositelja prava prvokupa. Vidjeti: JUHART, Miha, PAVŠAK, Nina, op. cit., str. 326.

Danas iz zemljišnoknjižnog uložka najčešće nije vidljivo da se radi o nekretnini na kojoj postoji zakonsko pravo prvokupa iz Zakona o otocima. Pri takvom stanju stvari postavlja se pitanje je li ovršni sud dužan istraživati nalazi li se nekretnina na području zahvaćenom režimom prava prvokupa iz čl. 35.a Zakona o otocima, tim više što je u čl. 35.b st. 3. Zakona o otocima propisana dužnost tijela nadležnog za geodetske poslove i katastar da dostavi nadležnom općinskom sudu dokumentaciju o nekretninama na kojima će se po službenoj dužnosti upisati zakonsko pravo prvokupa u zemljišne knjige. Mišljenja smo da ovršni sud nije dužan obavljati istražne radnje, a za štetu koja bi mogla nastati prodajom nekretnine na kojoj je postojalo zakonsko pravo prvokupa koje nije bilo upisano u zemljišnu knjigu odgovarala bi, po našem mišljenju tijela koja nisu postupila u skladu sa Zakonom, odnosno za njih, Republika Hrvatska.

U talijanskom se pravu primjena prava prvokupa ne može proširiti na ovršne i stečajne postupke. Iako u zakonu L: 26 maggio 1965 n. 590 postoji i izričita odredba da se pravo prvokupa ne primjenjuje u slučaju prodaje u ovršnom i stečajnom postupku, u teoriji se smatra da je takva odredba suvišna budući da modaliteti provedbe takve prodaje nisu kompatibilni s postupkom predviđenim za ostvarivanje prava prvokupa za koje su potrebni autonomija volje i naplatno otuđenje.⁹⁵ Nadalje se ističe kako potencijalni kupci na javnoj dražbi ne bi bili zainteresirani za kupnju u istoj mjeri kao kada pravo prvokupa ne postoji, jer u slučaju postojanja prava prvokupa, kupuju samo uvjetno. Osim toga izvršavanje prava prvokupa doprinijelo bi kašnjenju i odugovlačenju postupka čime se nanosi šteta interesima vjerovnika, a to je po stajalištu talijanske doktrine nedopustivo.⁹⁶ U njemačkom je pravu pravo prvokupa isključeno kada prodaja uslijedi u ovršnom postupku ili iz stečajne mase (§ 471 BGB-a).

4.4.4. *Stečajni postupak*

Proširenju primjene pravila o pravu prvokupa propisano je i za stečajni postupak⁹⁷ (čl. 35.a, st. 3. ZO-a).

Stečajni postupak je poseban građanski izvanparnični sudski postupak koji se provodi s ciljem preustroja dužnika na temelju stečajnog plana, odnosno u slučaju kada to nije moguće radi istodobnog i ujednačenog namirenja svih stečajnih vjerovnika iste skupine (vrste ili isplatnog reda) koje se provodi unovčenjem dužnikove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima.^{98,99}

Stečajni se postupak pokreće na zahtjev ovlaštene osobe – vjerovnika i dužnika (čl. 7. i čl. 39. st. 1. SZ-a). Stečajni sudac, između ostaloga, imenuje i

⁹⁵ TRIOLA, Roberto, op. cit., str. 230-234.

⁹⁶ TRIOLA, Roberto, op. cit., str. 231.

⁹⁷ Stečajni postupak ureden je Stečajnim zakonom, NN, br. 44/96., 161/98., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04., 82/06. (u daljnjem tekstu: SZ).

⁹⁸ Čl. 2. SZ-a.

⁹⁹ ERAKOVIĆ, Andrija, Redovna i prisilna naplata potraživanja, Zagreb, 1998., str. 215-230.; isti: Učinci stečaja na parnični i ovršni postupak, Pravo u gospodarstvu, br. 6/01.

razrješava stečajnoga upravitelja, nadzire njegov rad i daje mu obvezatne upute, u skladu sa Stečajnim zakonom (čl. 17. st. 1. t. 3.). Stečajni upravitelj vodi samo one poslove dužnika pojedinca koji se odnose na stečajnu masu (cjelokupnu imovinu dužnika u vrijeme otvaranja stečaja te imovinu koju stekne tijekom postupka) i zastupa ga kao stečajnoga dužnika s ovlastima zakonskoga zastupnika (čl. 24. st. 4.).

Nakon izvještajnoga ročišta stečajni upravitelj je dužan bez odgode unovčiti imovinu koja ulazi u stečajnu masu ako to nije u suprotnosti s odlukom skupštine vjerovnika (čl. 158. st.1.) i pri njezinu se unovčenju dužan držati odluka skupštine vjerovnika i odbora vjerovnika (čl. 158. st. 2.). Kupoprodaju na temelju ovlaštenja skupštine vjerovnika stečajni upravitelj može izvršiti javnim oglašavanjem, javnom dražbom ili neposrednom pogodbom. Budući da stečajnom masom, od otvaranja stečajnog postupka, upravlja stečajni upravitelj, on bi, a ne vlasnik nekretnine kako to predviđa Zakon o otocima, bio dužan pozvati nositelje zakonskog prava prvokupa. U svakom slučaju kada utvrdi najboljeg ponuđača ili pronađe kupca neposrednom pogodbom, stečajni je upravitelj dužan po toj cijeni ponuditi nekretninu nositeljima prava prvokupa iz Zakona o otocima, koji u zakonom predviđenim rokovima moraju odgovoriti na ponudu.

Stečajni upravitelj može predložiti sudu da se unovčenje određenih dijelova imovine koja ulazi u stečajnu masu odredi i provede po pravilima koja vrijede za sudsku ovrhu radi naplate novčane tražbine (158. st. 3. SZ-a) i to u ovom slučaju prodajom nekretnine. Tada vrijedi sve što je prethodno navedeno za ostvarenje prava prvokupa u ovršnom postupku.

Ukoliko postoje različni vjerovnici koji nisu pokrenuli postupak ovrhe na nekretnini radi prisilnoga namirenja svoje tražbine, stečajni sudac te nekretnine prodaje, na prijedlog stečajnoga upravitelja, uz odgovarajuću primjenu pravila o ovrsi na nekretnini (čl. 164. st. 1. SZ-a). Stečajni sudac će zaključkom o prodaji utvrditi vrijednost nekretnine, način prodaje i uvjete prodaje (čl. 164. st. 4 SZ-a), a rok od objave zaključka na oglasnoj ploči do prodaje iznosi 15 dana (čl. 164. st. 5.). Ukoliko se nekretnina ne bude mogla prodati na drugom ročištu po cijeni utvrđenoj u zaključku o prodaju, na narednim se ročištima može prodati za nižu vrijednost koju zaključkom odredi stečajni sudac (čl. 164. st. 6. SZ-a). U trenutku kada se javi kupac zainteresiran za kupoprodaju po navedenoj cijeni, nekretninu bi trebalo ponuditi nositeljima prava prvokupa, koji bi o njegovu (ne)korištenju bili dužni donijeti odluku u rokovima iz Zakona o otocima.

Ako je različni vjerovnik pokrenuo postupak ovrhe na nekretnini radi prisilnoga namirenja svoje tražbine prije nego što je stečajni upravitelj predložio njezinu prodaju prema odredbi stavka 1. ovoga članka, nekretnina će se prodati u ovršnom postupku koji je pokrenuo različni vjerovnik (čl. 164. st. 2. SZ-a).

U svim prethodno navedenim slučajevima, odredba Zakona o otocima o proširenju primjene pravila o pravu prvokupa čini se suvišnom. Naime, ukoliko se nekretnina prodaje od strane stečajnog upravitelja, upravitelj bi bio dužan pozvati nositelje prava prvokupa kao što je to dužan učiniti vlasnik kod klasične

kupoprodaje. U ostalim slučajevima Stečajni zakon upućuje na primjenu pravila Ovršnog zakona pa bi na pravo prvokupa morao paziti sud *ex offio*.

Stečajni postupak obuhvaća, međutim i izradu stečajnog plana koji je predviđen upravo radi održavanja dužnikove djelatnosti (čl. 2., st. 2. SZ-a) pa se pri njegovoj izradi može odstupiti od zakonskih odredaba o unovčenju i raspodjeli stečajne mase (čl. 213. st. 1. SZ-a). Iako, dakle cilj stečajnog plana u pravilu nije prodaja, stečajnim se planom mogu predvidjeti i neke mjere koje bi mogle dovesti do statusnih promjena.¹⁰⁰ Tako je stečajnim planom moguće predvidjeti, primjerice da se dio ili sva imovina dužnika prenese na jednu ili više već postojećih osoba ili osoba koje će tek biti osnovane; da se dužnika pripoji drugoj osobi ili spoji s jednom ili više osoba;¹⁰¹ da se proda sva ili dio imovine dužnika, sa ili bez razlučnih prava kao i mogućnost da se sva ili dio imovine dužnika raspodijeli između vjerovnika.¹⁰² Pitanje je hoće li se pravo prvokupa moći konzimirati ukoliko se radi o generalnoj sukcesiji, a sadržaj ponude bi u svakom slučaju morao biti u skladu sa stečajnim planom.

Poput hrvatskog prava i u slovenskom je pravu pravilo da ovlaštenici upisanog prava prvokupa moraju biti pozvani na javnu dražbu, a u suprotnome imaju pravo tražiti njezino poništenje (čl. 510., st. 2. Obligacijskog zakonika). Posebna pravila za izvršavanje prava prvokupa u prisilnim postupcima uređuje Zakon o finničnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju¹⁰³ U čl. 347. izrijeком je rečeno kako se nositelja prava prvokupa mora obavijestiti o dražbi istovremeno s objavom raspisa. U posljednjem koraku javne dražbe nositelju prava prvokupa ponudi se da stvar kupi po najvišoj cijeni postignutoj na javnoj dražbi. Ukoliko je nositelj prava prvokupa zainteresiran za ostvarenje svoga prava, dražba se nastavlja između njega i najboljega ponuđača na javnoj dražbi (čl. 347. st. 2.). Na taj se način omogućava i zaštita interesa nositelja prava prvokupa, kao i zaštita vjerovnika, kojima je u interesu da se za stvar koja je na javnoj dražbi postigne što veća cijena. Ukoliko se imovina prodaje izabirom ponuda ili neposrednom pogodbom, ugovor se sklapa pod odložnim uvjetom (ukoliko nositelj prava prvokupa ne iskoristi svoje pravo) i

¹⁰⁰ BARBIĆ, Jakša, Statusne promjene dioničkog društva, Pravo i porezi, 8/2004., str. 3-10.; BARBIĆ, Jakša, Statusne promjene dioničkih društava - pripajanje i spajanje, Pravo i porezi, 9/2004., str. 3-13.; BARBIĆ, Jakša, Statusne promjene dioničkog društva - podjela, Pravo i porezi, 10/2004., str. 3-15., PETROVIĆ, Siniša, Pripajanje i spajanje kao statusne promjene, Pravo u gospodarstvu, 1/2000., str. 27-76.; PETROVIĆ, Siniša, Pripajanje i spajanje društava s ograničenom odgovornošću, Slobodno poduzetništvo, 6/2001., 125-138.

¹⁰¹ Vidjeti čl. 513. i dalje Zakona o trgovačkim društvima.

¹⁰² Vidjeti čl. 550.a i dalje ZTD-a.

¹⁰³ Stupanjem na snagu (1. listopada 2008.) Zakona o finničnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, Ur. list RS, št. 126/07. prestao je važiti Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji, Uradni list RS, št. 67/93, 74/94., 8/96., 25/97., 39/97., 1/99., 52/99., 101/01., 42/02., 58/03., 10/06. koji je propisivao je da se o prodaji dužnikove imovine (koja se može obaviti javnom dražbom, prikupljanjem ponuda i neposrednom pogodbom) moraju obavijestiti svi koji imaju pravo prvokupa. Starim je zakonom bilo predviđeno i posebno zakonsko pravo prvokupa za zgrade namijenjene za obrazovanje, znanost, kulturu, zdravstvo i socijalnu zaštitu u korist onih koji ispunjavaju uvjete za obavljanje takve djelatnosti (čl. 150. st. 2.).

pod raskidnim uvjetom (ukoliko ga ovaj iskoristi). Ponuda se šalje nositelju prava prvokupa koji, ukoliko je želi iskoristiti, mora u roku od 15 dana odgovoriti na ponudu i isplatiti cijenu u cijelosti (čl. 347. st. 3.).

Pravila njemačkog BGB-a isključila su primjenu pravila o pravu prvokupa kada prodaja uslijedi u ovršnom postupku ili iz stečajne mase (§ 471 BGB-a), ali u slučaju ‘stvarnog prava prvokupa’ propisana je iznimka, naime pravo prvokupa može se ostvariti i kada stečajni upravitelj prodaje nekretninu u stečajnom postupku iz slobodne ruke (§1098/1 BGB-a). Kao što je već rečeno, u Italiji je zauzeto jednoglasno stajalište da je primjena prava prvokupa kod prisilnih prodaja u suprotnosti s ciljevima i zahtjevima takvih postupaka, stoga u takvim postupcima nositelji prava prvokupa svoja prava ne mogu izvršavati (vidi *supra* 4.4.3.).

4.4.5. Postupak stjecanja fiducijarnog vlasništva

Pravo prvokupa na nekretnine iz čl. 35.a st. 1. Zakona o otocima odnosi se i na njihovo otuđenje... “u postupcima stjecanja fiducijarnog vlasništva” (čl. 35.a, st. 3. ZO-a).

Fiducijarno vlasništvo je institut stvarnopravnog osiguranja tražbine vjerovnika (fiducijara ili predlagatelja osiguranja) prijenosom prava vlasništva dužnikove nekretnine (fiducijanta ili protivnika osiguranja). U hrvatskom je pravnom sustavu prijenos prava vlasništva radi osiguranja uređen dvama zakonima - Ovršnim zakonom i Zakonom o vlasništvu. Velike razlike koje postoje između uređenja tog instituta po navedenim zakonima prelaze okvire ovoga rada.¹⁰⁴ Za potrebe ovoga rada bitno je naglasiti da se po oba zakona na vjerovnika prenosi pravo vlasništva, ali svrha toga prijenosa je osiguranje tražbine, a ne stjecanje prava vlasništva.

Stjecanje prava vlasništva može biti posljedica neispunjenja tražbine osigurane fiducijarnim vlasništvom, ali tek po provedenom postupku namirenja.

Zakon o vlasništvu, u čl. 34. st. 5., kojim regulira institut fiducijarnog vlasništva, upućuje fiducijarnog vlasnika kojemu tražbina nije o dospijeću ispunjena na namirenje u skladu s pravilima o namirivanju zalogom osiguranih tražbina izvansudskim putem. Kada je predmet založnog prava nekretnina Zakon o vlasništvu ne dopušta namirenje izvansudskim putem pa se, budući da tako nalaže odredba čl. 34. st. 5., treba primijeniti čl. 377. ZV-a, o namirenju prodajom, a iznimno neposrednom pogodbom.¹⁰⁵ U tom bi se slučaju ovlaštenici prava prvokupa trebali pozvati da se u roku određenom Zakonom o otocima

¹⁰⁴ Opširnije o različitosti koncepcija i genezi instituta fiducijarnog vlasništva vidjeti: GAVELLA, Nikola et al., op. cit., str. 469-551.; DIKA, Mihajlo, op. cit., str. 784-821.; MIHELČIĆ, Gabrijela, *Nekretnina kao sredstvo osiguranja tražbine prijenosom vlasništva*, str. 320-326., u SLAKOPER, Zvonimir et al., *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka 2007., str. 320-350.

¹⁰⁵ JOSIPOVIĆ, Tatjana, *Stvarnopravna osiguranja tražbina na nekretninama-pravni i gospodarski učinci*, u zborniku radova *Nekretnine u pravnom prometu-Aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse 2007.*, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2007., str. 42- 43.

očituju jesu li zainteresirani nekretninu kupiti po postignutoj cijeni. Međutim, trenutak kada bi se nositelji prava prvokupa trebali pozvati je stadij namirenja, a ne stjecanja fiducijarnog vlasništva, kao što je propisano Zakonom o otocima.

Prema pravilima Ovršnog zakona predlagatelj osiguranja, bilo sudskog, bilo javnobilježničkog, može, u slučaju kada mu tražbina nije o dospijeću namirena, postupati po odredbi čl. 274.f, st. 5. OZ-a, odnosno istu unovčiti preko javnog bilježnika (st. 3.). Za takvu je prodaju propisano da se glede načina prodaje i prodajne cijene na odgovarajući način primjenjuju pravila o prodaji, odnosno unovčenju predmeta osiguranja kao predmeta ovrhe u ovršnom postupku pa ovdje upućujemo na već rečeno za ovršni postupak (vidi *supra*).

Umjesto unovčenja predmeta osiguranja po odredbama čl. 274.f predlagatelj osiguranja ovlašten je, po dospijeću svoje tražbine, zahtijevati od protivnika osiguranja da se očituje zahtijeva li da se predmet osiguranja unovči preko javnog bilježnika (čl. 277. OZ-a). Pravna posljedica neočitovanja je propisana st. 7. – smatrat će se da je predlagatelj osiguranja postao ‘punopravni’ vlasnik stvari. Predlagatelj osiguranja postat će ‘punopravni’ vlasnik stvari i ako javni bilježnik ne uspije s prodajom u roku od tri mjeseca od kada ga je predlagatelj osiguranja ovlastio jer će se u tom slučaju smatrati da se protivnik osiguranja odrekao prava tražiti prodaju nekretnine koja je bila predmet osiguranja. Smatra se da je predlagatelj osiguranja postao ‘punopravni’ vlasnik stvari za cijenu koja odgovara iznosu ugovorene tražbine uvećane za kamate, troškove postupka i poreza (čl. 277. st. 7. OZ-a).

Po oba zakona, Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Ovršnom zakonu, ‘punopravno’ vlasništvo će se steći tek po dospijeću tražbine bilo prodajom, bilo da predlagatelj osiguranja postane ‘punopravni’ vlasnik. U toj bi fazi, po našem mišljenju, trebalo pozvati nositelje prava prvokupa da odluče žele li se koristiti svojim pravom i kupiti nekretninu po postignutoj cijeni, odnosno ukoliko predlagatelj osiguranja postane ‘punopravni’ vlasnik po cijeni za koju se smatra da je postao vlasnik – visina ugovorene tražbine, uvećana za kamate, troškove i porez.

Nejasno je na koji bi način ovlaštenik prava prvokupa mogao ostvariti to svoje pravo u postupku stjecanja fiducijarnog vlasništva. Ono što bi se, eventualno, moglo je *per analogiam* primijeniti stav zauzet u teoriji i stavu Ministarstva pravosuđa¹⁰⁶ glede zaključenja sporazuma o osiguranju sa stranom osobom. Naime, ukoliko je strana fizička ili pravna osoba predlagatelj osiguranja ona u trenutku zaključenja sporazuma mora dokazati da su ispunjene sve pretpostavke potrebne za stjecanje prava vlasništva u Republici Hrvatskoj, odnosno da suglasnost Ministarstva treba pribaviti već kod fiducijarnog prijenosa.^{107,108}

¹⁰⁶ Ministarstvo pravosuđa, Kl.: 940-01/98-01/369, Ur. br.: 514-02-02/4/98 od 9. travnja 1998. godine, STUHNE, Zinaida, Ovršni zakon s komentarom, 1998., str. 475. i 476., cit. prema MIHELČIĆ, Gabrijela, op. cit., str. 331.

¹⁰⁷ Čl. 356. st. 2. ZV-a.

¹⁰⁸ MIHELČIĆ, Gabrijela, op. cit., str. 331.

Dakle, predlagatelj osiguranja bi u trenutku zaključenja sporazuma trebao imati odluku nositelja prava prvokupa da se neće koristiti svojim pravom prvokupa ili dokaz da je protekao rok u kojem su se nositelji prava prvokupa bili dužni očitovati o ponudi. Ostaje otvoreno pitanje kako bi morala glasiti ponuda učinjena nositeljima prava prvokupa i što bi bilo u slučaju da nositelj prava prvokupa tu ponudu prihvati, budući da je, još jednom napominjemo, svrha prijena osiguranje tražbine, a ne stjecanje prava vlasništva.

4.5. Prijenos vlasništva bez obavijesti nositeljima prava prvokupa

Ugovor o kupoprodaji koji je sklopljen bez prethodno upućene ponude Republici Hrvatskoj, županiji, gradu, odnosno općini na čijem se području nekretnina nalazi, a po postupku predviđenom u čl. 35.a ništetan je. Ništetan je 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, st. 2. ZO). Budući da se pravila o pravu prvokupa odnose i na njihovo otuđenje na temelju darovnih ugovora, unošenjem nekretnine kao uloga u trgovačko društvo, u ovršnim i stečajnim postupcima te postupcima stjecanja fiducijarnog vlasništva, ukoliko bi ovi bili sklopljeni suprotno odredbama čl. 35.a i 35.b st. 1. i oni bi bili ništetni.

Ništetni će biti ugovori u tri slučaja: ukoliko je ugovor sklopljen bez prethodne obavijesti nositelju prava prvokupa; ukoliko je sklopljen prije isteka roka za odgovor na ponudu te ukoliko je nekretnina prodana po nižoj cijeni ili povoljnijim uvjetima od onih navedenih u ponudi.

Od svih pozitivnih hrvatskih propisa kojima je osnovano zakonsko pravo prvokupa Zakon o otocima je jedini koji propisuje sankciju ništetnosti ugovora u gore navedenim slučajevima.¹⁰⁹ I kod ugovornog prava prvokupa uređenog

¹⁰⁹ Tako je Zakonom o prostornom uređenju i gradnji sklopljenje ugovora suprotno odredbama toga zakona razlog za poništenje tog ugovora, koje se može tražiti unutar tri godine od njegova sklapanja (čl. 135.). Prema Zakonu o zaštiti prirode oštećeni nositelj prava prvokupa tužbom može zahtijevati poništenje ugovora u roku do devedeset dana od saznanja za sklapanje ugovora, ali najkasnije u roku od pet godina od sklapanja ugovora o kupoprodaji (čl. 112. st. 5.). Zakon o zaštiti prirode ima jednu neobičnu odredbu u kojoj daje mogućnost Republici Hrvatskoj, županiji ili Gradu Zagrebu (ne i gradu i općini na čijem se području nalazi nekretnina, iako su i oni nositelji prava prvokupa po čl. 112. st. 1., kao ni ostalim zainteresiranim subjektima, sudu koji je po ZOO dužan na ništetnost paziti po službenoj dužnosti – napomena autora) da u subjektivnom roku od devedeset dana i objektivnom roku od pet godina (čl. 328. ZOO - pravo na isticanje ništetnosti se ne gasi – napomena autora) zahtijevaju da se utvrdi ništavost ugovora o kupoprodaji nekretnine u zaštićenom području i kad je taj ugovor sklopljen u obliku darovanja, ili kad su visina cijene, ili uvjeti prodaje prividni, a stvarna cijena i uvjeti ugovora povoljniji za kupca. Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara propisuje da nositelji prava prvokupa mogu tužbom tražiti poništenje kupoprodajnog ugovora, devedeset dana od saznanja za sklapanje ugovora, 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. st. 1., 2. i 3.). Zakon o arhivskom gradivu i arhivima propisuje samo objektivni rok od pet godina unutar kojega nadležni državni arhiv ima pravo tužbom zahtijevati poništenje ugovora o kupoprodaji (čl. 36. st. 5.). Zakon

odredbama ZOO-a nositelj prava prvokupa čije je pravo bilo povrijeđeno može zahtijevati da se prijenos poništi i da se stvar njemu proda pod istim uvjetima (čl. 454. ZOO-a).

Na ništetnost se može pozivati svaka zainteresirana osoba (čl. 327. ZOO-a). To će prvenstveno biti nositelji prava prvokupa (Republika Hrvatska, županija i grad/općina na čijem se području nekretnina nalazi) i ugovaratelji, a pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti izričito je propisano i za državnog odvjetnika. Na ništetnost pazi i sud po službenoj dužnosti.

4.6. Granica pomorskog dobra

Odredba koja dodatno otežava položaj vlasnika nekretnina na malim, povremeno nastanjenim i nenastanjenim otocima je članak 35.c kojim je zabranjen promet nekretninama koje su prva čestica do mora ili prva čestica do obalne čestice dok se ne utvrdi granica pomorskog dobra sukladno posebnom zakonu. Ugovor o kupoprodaji sklopljen protivno ovoj odredbi neće imati pravnih učinaka, odnosno, bit će ništetan. Ukoliko granica nije utvrđena, a u pravilu nije, rokovi za odgovor na ponudu za korištenje prava prvokupa počinju teći od dana pravomoćnosti akta o utvrđenju granice pomorskog dobra (čl. 35.c).

Posebni zakon koji uređuje materiju pomorskog dobra je Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama¹¹⁰ i na temelju toga Zakona donesena Uredba o postupku utvrđivanja granice pomorskog dobra¹¹¹ kojom je, između ostaloga, uređen postupak i kriteriji za utvrđivanje granice pomorskog dobra. Granicu pomorskog dobra utvrđuje Povjerenstvo za granice Ministarstva, na prijedlog županijskog Povjerenstva za granice (čl. 14. ZPDML-a). Podnositelj zahtjeva za utvrđenje granice pomorskog dobra može biti i fizička ili pravna osoba.¹¹² Uz zahtjev je podnositelj dužan priložiti detaljnu dokumentaciju i dokaz o uplaćenju naknadi za utvrđivanje granice pomorskog dobra¹¹³ (čl. 4. st. 9. Uredbe). Zahtjev koji je potpun, Povjerenstvo mora obraditi u roku od devedeset dana i Povjerenstvu Ministarstva dostaviti prijedlog granice pomorskog dobra (čl. 6. Uredbe). Povjerenstvo Ministarstva granicu pomorskog dobra utvrđuje rješenjem u upravnom postupku (čl. 9. Uredbe). Uredba ne propisuje rok u kojemu je Povjerenstvo Ministarstva dužno donijeti rješenje pa se u pogledu rokova trebaju

o najmu stanova predviđa najkraće rokove – subjektivni 30 dana i objektivni šest mjeseci od dana izvršenog prijenosa u zemljišnim knjigama za poništenje ugovora i uz zahtjev da se stan njemu proda pod istim uvjetima (čl. 45. st. 1.-3.). Zakon o vodama ne sadrži nikakvu odredbu pa će se u tom slučaju primijeniti odredbe ZOO-a.

¹¹⁰ NN, br. 158/03., 100/04., 141/06. (u daljnjem tekstu: ZPDML).

¹¹¹ NN, br. 8/04., 82/05. (u daljnjem tekstu: Uredba).

¹¹² Podnositelj zahtjeva za utvrđivanje granice pomorskog dobra može biti Vlada Republike Hrvatske preko Ministarstva mora, turizma, prometa i razvitka, tijela državne uprave, tijela jedinice lokalne samouprave i fizičke i/ili pravne osobe (čl. 4. st. 8. Uredbe).

¹¹³ Naknada iznosi 5.000,00 kn, a podnositelj zahtjeva koji je izvršio obvezu izrade geodetskog elaborata, sukladno rješenju o utvrđenoj granici ima pravo na povrat uplaćene naknade iz županijskog proračuna u roku od dvije godine (čl. 6. st. 11. i 12.).

primijeniti odredbe Zakona o općem upravnom postupku.¹¹⁴ Povjerenstvo Ministarstva svoju odluku donosi po prijedlogu izrađenom od strane županijskog povjerenstva, koje izradi prijedloga može pristupiti jedino ukoliko je zahtjevu priložena sva Uredbom propisana dokumentacija. Slijedom toga smatramo da se rješenje može donijeti u skraćenom postupku propisanom čl. 141., st. 1. i 2. ZOUP-a. Kada je postupak pokrenut na zahtjev stranke, a nije potrebno provoditi ispitni postupak, nadležni organ dužan je donijeti rješenje i dostaviti ga stranci što prije, a najkasnije u roku od mjesec dana od predaje urednog zahtjeva (čl. 218. st. 1. ZOUP-a). Budući da županijsko povjerenstvo mora prijedlog granice izraditi u roku od devedeset dana, mišljenja smo da bi navedeni rok od mjesec dana trebao početi teći nakon proteka toga roka, odnosno od dana kada županijsko povjerenstvo dostavilo prijedlog granice Povjerenstvu Ministarstva. Ukoliko nadležni organ protiv čijeg je rješenja dopuštena žalba ne donese rješenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku, stranka ima pravo žalbe kao da je njezin zahtjev odbijen (čl. 218. st. 2. ZOUP-a). Zakonom o pomorskom dobru propisano je da se protiv rješenja Povjerenstva za granice Ministarstva može uložiti žalba Ministarstvu (čl. 14. st. 6. ZPDML-a). Ukoliko ne bude doneseno rješenje povodom žalbe, preostaje jedino pokrenuti upravni spor.

Tek nakon što granica pomorskog dobra bude utvrđena i rješenje postane konačno nastavit će se postupak odlučivanja o korištenju pravom prvokupa.

5. Zaključak

Posebno uređenje prava prvokupa prema Zakona o otocima učinilo je priličan otklon od općeg stvarnopravnog i obveznopravnog uređenja. Pravom prvokupa zakonodavac odgovara na zahtjeve javnosti da se zaštiti nacionalno bogatstvo, ali iako su otoci nesporno dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, proširena primjena zakonskog prava prvokupa impostirana Zakonom o otocima predstavlja veliko ograničenje za vlasnike nekretnina na otocima na koje se odredbe ovoga Zakona odnose i nije u razmjeru s ciljem koji se tim odredbama želi postići. *Ratio* ograničenja u stvarnopravnom raspolaganju navedena u Zakonu o otocima je sprječavanje zlorabe prava simuliranjem nekog drugog pravnog posla (najčešće darovanja) što se, po našem mišljenju treba rješavati primjenom općih načela o zabrani zlorabe prava i obveznopravnih pravila o simuliranim poslovima.

Čini nam se da tako restriktivno uređenje nije kompatibilno s općim uređenjem prava prvokupa, kao ni s institutom prava vlasništva. Mišljenja smo da pravo prvokupa ne bi smjelo predstavljati ograničenje prava vlasništva već pravo, rezervirano za određenu osobu ili krug osoba, koje se može ostvariti u slučaju kada se vlasnik odluči stvar prodati. Otoci su nesporno područja od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku, no želja za njihovom zaštitom mora

¹¹⁴ NN, br. 47/86. (pročišćeni tekst), 53/91., 58/93., 103/96. (u daljnjem tekstu ZOUP).

biti stavljena u odnos ravnoteže s pravom vlasništva na tim nekretninama. Ovo tim više jer se stječe dojam da se ovim odredbama želi ispraviti nedovoljnu dosadašnju zaštitu dobara od interesa za Republiku Hrvatsku koja je omogućila “rasprodaju” obale. Prema informacijama dobivenim iz Ministarstva mora, prometa i infrastrukture¹¹⁵ od 57 zaprimljenih zahtjeva za prodaju nekretnina po navedenim odredbama samo su dva zahtjeva o nekretninama na otocima izglednog prvokupa, ali zbog neutvrđene granice pomorskog dobra ne mogu ući u proces obrade. Ne dovodeći u pitanje potrebu zaštite otoka putem instituta prava prvokupa, mišljenja smo da navedeni podaci upućuju na zaključak da bi pravo prvokupa trebalo ograničiti samo u slučaju kupoprodaje.

Premda je tema ovoga rada pravo prvokupa prema odredbama Zakona o otocima ne možemo se oteti dojmu o stanovitoj praktičnoj bespredmetnosti ovoga rada s obzirom na situaciju da pravo prvokupa niti ne može doći u razmatranje i to zbog toga jer granice pomorskog dobra još uvijek nisu utvrđene premda je obveza utvrđivanja ovih granica bila propisivana unatrag niz godina odredbama niza zakona koji su se bavili materijom pomorskog dobra. Ipak, pisanjem ovoga rada otvorila su nam se brojna praktična i teoretska pravna pitanja i problemi vezani na zakonsko pravo prvokupa, ne samo na otocima, nego vezano uz zakonsko pravo prvokupa općenito. Zaštita dobara od interesa za Republiku Hrvatsku s jedne strane i što manja ograničenja vlasnika takvih dobara s druge, trebale bi biti misao vodilja pri međusobnom usuglašavanju zakona koji uređuju zakonska prava prvokupa, a s tim ciljem valjalo bi, *de lege ferenda*, Središnjem državnom uredu za upravljanje državnom imovinom (ili nekom drugom tijelu) dati ulogu koordinatora posebice za slučajeve kada na jednoj nekretnini postoji više ovlaštenika prava prvokupa.

¹¹⁵ Klasa: 050-30/08-01/336; Urbroj: 530-06-08-2 od 26. rujna 2008.

Summary

THE RIGHT OF PRE-EMPTION ACCORDING TO THE LAW ON ISLANDS

A special legal regulation of real property has been established for islands with the enactment of the Law on Islands. Recent amendments of the Law introduced the provisions on right of pre-emption regulated by the law and limitations in legal operations. The article presents a comprehensive analysis of problemacy concerning the field of application of the right of pre-emption regulated by the law, which has been extended from buying and selling to some others (however, not all) voluntary disposals of real property as well as to selling in insolvency and enforcement procedures. The extended application opens numerous questions concerning the implementation of the Law in practice as well as its constitutionality and compliance with the principle of guaranteeing property and proportional limitations of property. The right to pre-emption regulated by the law, as it has been regulated by the Law on Islands, significantly differs from the classical institute of the right of pre-emption and general regulation of real property and civil obligations in Croatian and comparative law. The author also points at lack of normative provisions concerning the institute of right of pre-emption regulated by the law in general (collision of several rights of pre-emption regulated by the law, (absence of) temporally restraint by the decision on nonusing the right of pre-emption regulated by the law) and need to harmonize laws regulating this matter among themselves and other laws referred to in their provisions.

Key words: *right of pre-emption, right of pre-emption regulated by the law, islands.*

Riassunto

**DIRITTO DI PRELAZIONE IN BASE ALLA LEGGE SULLE
ISOLE**

Con la legge sulle isole è stato istituito un regime giuridico particolare per le isole; inoltre, in seguito alla più recente modifica della legge medesima sono state introdotte le disposizioni afferenti il diritto di prelazione legale e la limitazione nel traffico giuridico. Nel contributo si esamina attentamente la questione del campo di applicazione del diritto di prelazione legale, il quale è stato esteso dal contratto di vendita anche ad altri (ma non tutti) gli atti di disposizione volontaria sui beni immobili, come pure alla vendita fallimentare ed a quella nell'esecuzione forzata. Proprio l'estensione del campo applicativo apre numerose questioni sull'applicabilità della legge, come sulla sua costituzionalità e conformità rispetto ai principi di tutela della proprietà e di proporzionalità nella limitazione della proprietà.

Il diritto di prelazione legale, disciplinato dalla legge sulle isole, si allontana in misura considerevole dall'istituto classico della prelazione, come pure dalla disciplina del diritto, sia reale, che obbligatorio, tanto nel diritto croato, quanto in quello comparato. L'autore rileva che la disciplina normativa, relativa all'istituto della prelazione legale è lacunosa (concorso di diverse fattispecie di prelazione legale, (non) collegamento temporale con la decisione relativa all'inutilizzo della prelazione legale), come pure segnala la necessità di coordinamento, sia tra gli atti legislativi stessi, che regolano siffatta materia, sia rispetto alle altre fonti, alle quali questi rinviano.

Parole chiave: diritto di prelazione, diritto di prelazione legale, isole.

UGOVORI O VALUTNOM I O KAMATNOM SWAPU

Dr. sc. Zvonimir Slakoper,
redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.78:347.4
Ur.: 23. prosinca 2008.
Pr.: 28. veljače 2009.
Pregledni znanstveni članak

Nakon dezintegracije monetarnog sustava uspostavljenog sporazumom iz Bretton Wooda i donošenja britanskih restriktivnih deviznih propisa razvili su se ugovori o valutnom swapu i ugovori o kamatnom swapu. Ugovori o valutnom swapu upravljani su na zaštitu od rizika promjene tečaja strane valute, a ugovori o kamatnom swapu na zaštitu od rizika varijabilne kamatne stope. Zaštita se u prvim ugovorima postiže tako što strane ugovaraju sadašnju razmjenu dvije valute po tečaju u vrijeme ugovaranja i ponovnu razmjenu istih valuta u obrnutim smjerovima nakon isteka ugovorenog vremena i po ugovorenom tečaju. Drugi podrazumijevaju postojanje ili nastanak obveze plaćanja kamata ugovornih strana prema trećim osobama, i to obvezu jedne strane da plaća kamatu po fiksnoj stopi i druge po varijabilnoj stopi. U svrhu zaštite od rizika promjene varijabilne kamatne stope te strane ugovaraju isplatu razlike između fiksne stope i varijabilne stope u vrijeme plaćanja.

Ugovori o valutnom i o kamatnom swapu ubrajaju se u financijske izvedenice, tj. u financijske instrumente koji su izvedeni iz drugih financijskih instrumenata, u ovom slučaju iz stranih valuta i kamata. Oni su prisutni u više hrvatskih propisa, a i u domaćoj poslovnoj praksi. U poslovnoj praksi redovito se ti ugovori ostvaruju sklapanjem najprije okvirnog ugovora, odnosno ISDA Master Agreementa, kojim se ugovaraju opći uvjeti pojedinih ugovora, koji se nakon toga sklapaju u obliku zaključnice, odnosno potvrde. Na koncu rada prikazuje se građanskopravna kvalifikacija ugovora o swapu u engleskom i njemačkom pravu te izvode zaključci o toj kvalifikaciji prema hrvatskom pravu. Posebno se razmatra pitanje valjanosti ugovora o swapu s obzirom na njihovu aleatornost.

Ključne riječi: bankovni ugovori, valutni swap, kamatni swap.

1. Mjesto ugovora o swapu u trgovačkim poslovima

1.1. Uvodna napomena

U ekonomskoj literaturi i propisima ugovori o swapu uvršćuju se među financijske izvedenice (derivate, derivative), pa je prvo potrebno prikazati opći pojam izvedenice, a zatim pojam financijske izvedenice.

1.2. Pojam i temeljne vrste izvedenica

Pojam i vrste izvedenica objasniti će se prikazom činjeničnih okolnosti koje su odlučne za njihovo razumijevanje.

Prvu okolnost predstavlja činjenica da se tržišne cijene različitih dobara mijenjaju, često ovisno o okolnostima koje nisu predvidive. Npr. tržišna cijena žita u vrijeme žetve ovisi o veličini uroda: ako ukupni urod žita bude veći tržišna cijena će biti niža, a ako bude manji tržišna cijena će biti viša. Veličina uroda i dosljedno tržišna cijena žita u vrijeme žetve, je u vrijeme sjetve, odnosno u razdoblju do žetve nepoznata i ovisi, između ostalog, i o klimatskim prilikama koje predstavljaju nepredvidivu okolnost.

Troškovi proizvodnje žita proizvođaču su poznati prije žetve. Budući da njegova zarada ili gubitak ovise o tomu jesu li troškovi proizvodnje veći ili manji od tržišne cijene žita u vrijeme žetve, za njega postoji rizik da pretrpi gubitak ako bi tržišna cijena žita u vrijeme žetve bila niža od troškova proizvodnje. Ali ako proda urod prije žetve i po cijeni koja je viša od troškova proizvodnje, proizvođač je postigao zaradu i otklonio rizik gubitka zbog niže tržišne cijene u vrijeme žetve.

Rizik gubitka zbog neizvjesnosti koja će biti tržišna cijena žita u vrijeme žetve, snosi i prerađivač žita. On ga snosi zato što cijena koju plaća za žito čini dio njegovih troškova prerade, a ako bi ukupni troškovi prerade bili viši od cijene po kojoj može prodati prerađeno žito, on bi pretrpio gubitak. Stoga, ako prije žetve kupi žito po cijeni koja troškove prerade čini nižima od cijene po kojoj može prodati prerađeno žito, postići će zaradu i otkloniti rizik gubitka zbog moguće više tržišne cijene žita u vrijeme žetve.

Stoga proizvođač i prerađivač žita prije žetve sklapaju kupoprodajni ugovor kojim se prerađivač obvezuje proizvođaču platiti točno određenu cijenu, koja je neovisna o tržišnoj cijeni žita u vrijeme žetve.

Drugi mogući razlog, odnosno pobuda za sklapanje ovog ugovora je špekulacija.

Mogući kupac žita nije samo prerađivač nego i trgovac žitom. Iz dugoročnih vremenskih prognoza trgovac žitom zaključuje da će urod žita biti manji, odnosno cijena žita u vrijeme žetve viša od cijene po kojoj je proizvođač žita spreman prodati urod žita prije žetve, i taj trgovac kao kupac s proizvođačem kao prodavateljem sklopi kupoprodajni ugovor, očekujući da će kupljeno žito u vrijeme žetve moći prodati skuplje no što ga je kupio. Njegova pobuda nije otklanjanje rizika gubitka, nego očekivanje dobitka¹.

¹ Usp. Brealey, Richard A. – Myers, Stewart C.: Principles of Corporate Finance, 1988., s. 614.

Nakon sklapanja tog ugovora, iz novih vremenskih prognoza trgovac žitom zaključi da će urod biti veći, a tržišna cijena žita niža od očekivane, a možda i od ugovorene, tj. one koju se obvezao platiti proizvođaču žita. Pobuđen tim, on ponudi da drugome trgovcu žitom prenese sva prava i obveze iz prethodno sklopljenog kupoprodajnog ugovora i to za određenu cijenu. Drugi trgovac žitom drži da će tržišna cijena žita u vrijeme žetve biti viša od cijene koju nudi prvi trgovac te pobuđen očekivanjem zarade na razlici između tih cijena, prihvati ponudu.

Sklopljeni kupoprodajni ugovori nazivaju se terminski ugovori zato što je: (1) njihov predmet standardizirana generička roba, koja ima tekuću, odnosno tržišnu cijenu, (2) ugovorena određena cijena neovisna o tržišnoj cijeni u vrijeme ispunjenja ugovornih obveza.

Žito predstavlja “primarni proizvod”², “temeljnu vrijednost”³, “referentnu imovinu”⁴, odnosno “vezanu imovinu”⁵, a kupoprodajni ugovor sklopljen (1) uz točno određenu cijenu žita neovisnu o njegovoj tržišnoj cijeni u vrijeme ispunjenja i (2) zbog smanjenja rizika gubitka ili zbog špekulacije, koji proizlaze iz neizvjesnosti koja će biti tržišna cijena žita u trenutku ispunjenja ugovornih obveza, predstavlja izvedenicu koja je izvedena iz žita kao “temeljne vrijednosti”.

“Temeljna vrijednost” ili “primarni proizvod” osim svake trgovačke robe, uključujući posebno plemenite metale, mogu biti dionice i dionički indeksi, vrijednosni papiri s određenom kamatom i strane valute, pa se prema tomu predstavlja li temeljnu vrijednost roba ili jedan od upravo navedenih ostalih predmeta ugovora, izvedenice dijele na robne izvedenice i financijske izvedenice⁶. Dosljedno bi financijske izvedenice bile izvedene iz financijskih “primarnih proizvoda” u koje se ubrajaju dionice i dionički indeksi, vrijednosni papiri s određenom kamatom i strane valute. Osim toga, u primarne financijske proizvode mogu se ubrojiti i ugovori o kreditu, a za swapove su najvažnije strane valute s jedne strane i vrijednosni papiri s određenom kamatom i ugovori o kreditu s druge, jer strane valute predstavljaju primarni proizvod iz kojeg je izveden valutni swap, a vrijednosni papiri s određenom kamatom i ugovori o kreditu primarni proizvod iz kojeg je izveden kamatni swap⁷.

² Usp. Claussen, Carsten Peter: *Bank- und Boersenrecht*, 2. izd. (dalje: Claussen), s. 559.

³ Usp. Schwintowski, Hans-Peter – Schaefer, Frank A. : *Bankrecht*, 1997. (dalje: Schwintowski/Schaeffer), s. 873.

⁴ Benjamin, Joanna: *Financial Law*, 2007. (dalje: Benjamin), s. 69. Autorica navodi i kako su izvedenice prvobitno, odnosno izvorno izvedene iz roba, kako su bile poznate i u antičko vrijeme, te kako su se značajno razvile u 19. stoljeću.

⁵ Usp. Orsag, Silvije: *Vrijednosni papiri*, 2003. (dalje: Orsag), s. 725. – 730.

⁶ Schwintowski/Schaeffer, s. 873. Palandt: *Buergerliches Gesetzbuch*, 62. izdanje (dalje: Palandt), s. 690 definira derivat kao prava koja su izvedena iz vrijednosnih papira, ali nisu zapisana kao što su prava iz vrijednosnih papira zapisana u ispravi i neodvojiva od isprave.

⁷ Kamatni swap kao izvedenica kredita promatra se npr. u Hudson, Alastair (ur.): *Credit Derivatives, – Law, Regulation and Accounting Issues*, 1999. (dalje: Hudson, Credit). Stoga bi ovdje ugovor o kreditu bio “primarni proizvod” ili “temeljna vrijednost”.

1.3. Položaj i važnost swapova prema ekonomskoj literaturi

Ekonomska literatura poznaje i rabi pojam financijskih tržišta, koja “omogućavaju razmjenu novčanih viškova i manjkova, tj. novca, kapitala i deviza...”⁸. Ta tržišta ova literatura dijeli na: (1) novčano tržište, (2) tržište kapitala, (3) devizno (valutno) tržište i (4) tržište izvedenih financijskih instrumenata (derivativa, izvedenica).

Devizno tržište ili devizno-valutno tržište⁹ je “... dio... financijskog tržišta na kojem se ... trguje stranim valutama...”¹⁰, a najrašireniji instrumenti tog tržišta su: “terminski ugovori (forward ugovori), valutni futures ugovori (currency futures), valutni swap ugovori (currency swaps) i valutne opcije (currency options)”¹¹.

Iako bi izraz “trgovanje” mogao ostaviti nedoumice glede pravne kvalifikacije ugovora koji se sklapaju, Zakon o deviznom poslovanju¹² te nedoumice otklanja izrijekom navodeći kako “tržište stranih sredstava plaćanja, ... obuhvaća sve poslove kupnje i prodaje stranih sredstava plaćanja”¹³, što znači da se radi o kupoprodajnim ugovorima čiji su predmet strana sredstva plaćanja, tj. “devize, strana gotovina, čekovi i ostali novčani instrumenti koji glase na stranu valutu i koji su unovčivi u stranoj valuti”¹⁴. Ugovori o valutnom swapu bili bi, dakle u vezi s kupoprodajnim ugovorima čiji predmet su strana sredstva plaćanja.

Pod tržištem izvedenih financijskih instrumenata (izvedenica, derivativa) ekonomska literatura uzima “tržišta financijskih instrumenata koji su izvedeni iz već postojećih financijskih instrumenata”¹⁵, a u izvedene financijske instrumente ubraja terminske ugovore, opcije i zamjene (SWAP) koje mogu biti kamatne, valutne ili ostale¹⁶. Razvidno je kako se ovdje izrazi “swap” i “zamjena” rabe kao sinonimi te kako bi se radilo o kamatnim, valutnim i ostalim “zamjenama” ili “swapovima”, a važno je podrobnije analizirati pojmove “financijskih instrumenata” i “izvedenih financijskih instrumenata” (izvedenica, derivativa).

Financijske izvedenice bile bi “financijski instrumenti, najčešće vrijednosni papiri, kojima je vrijednost izvedena iz vrijednosti neke druge temeljitije varijable, što može biti bilo koja roba, financijski instrument, pa čak i neka druga financijska izvedenica”¹⁷, a nazivaju se i uvjetovane tražbine, jer su tražbine iz izvedenica uvjetovane tražbinama iz vrijednosnih papira iz kojih su izvedene.

⁸ Leko, Vlado: Financijske institucije i tržišta, 2004. (dalje: Leko), s. 87.

⁹ Prvi izraz rabi Leko, s. 101., a drugi Lovrinović u Lovrinović, Ivan: Novčano tržište srce financijskog tržišta, 1997. (dalje: Lovrinović), s. 153.

¹⁰ Leko, s. 101.

¹¹ Lovrinović, s. 153.

¹² NN 96/03, 140/05 i 132/06 (dalje: ZDP).

¹³ Čl. 42. st. 1. ZDP.

¹⁴ Čl. 4. ZDP.

¹⁵ Lovrinović, s. 153.

¹⁶ Orsag, s. 670. – 682.

¹⁷ Orsag, s. 662.

Drugim riječima, financijske izvedenice bili bi financijski instrumenti izvedeni (derivirani) iz primarnih financijskih instrumenata, odnosno “čija je vrijednost izvedena iz neke druge imovine ili iz nekog drugog financijskog instrumenta”¹⁸. One se dijele, odnosno klasificiraju u četiri skupine, i to na terminske ugovore (futures, forwards), zamjene (swapove), opcije i ostale¹⁹.

U poredbenoj literaturi navodi se kako su swapovi OTC-proizvodi, a OTC-proizvodi su oni koji se sklapaju i odvijaju izvan burze. Tipičnim derivatima kojima se trguje izvan burze pripadaju, s jedne strane jednostavni terminski poslovi (forwards, devizni terminski poslovi, FRAs, swaps) i s druge opcije²⁰. Osim izraza “derivati” (izvedenice) rabi se i izraz financijske inovacije, te se financijske inovacije, odnosno izvedenice uvršćuju u četiri skupine: opcijski poslovi, terminski poslovi, swapovi, a u širem smislu ovdje pripadaju i zajmovi vrijednosnih papira²¹. Zastupa se i gledište kako su swapovi nestandardizirani izvedeni financijski instrumenti²².

2. Povijesne okolnosti i nastanak swapova

2.1. Sporazum iz Bretton Woodsa

Pred kraj Drugog svjetskog rata, u srpnju 1944., politički vrh savezničkih država sastao se na UN-ovoj međunarodnoj monetarnoj i financijskoj konferenciji u Bretton Woodu. Ekonomski rezultat ovog političkog dijaloga, ali i rasprave između Keynesa i Whitea bio je sporazum, koji je ustrojio međudržavne financijske i trgovinske odnose u skladu sa njihovim političkim pregovaračkim pozicijama, ali i ekonomskim zahtjevima. Uspostavio je novi svjetski sustav financijskih propisa, institucija i postupaka kojima se uređivao tada postojeći međunarodni monetarni poredak.

Utemeljenjem Međunarodnog monetarnog fonda (u daljnjem tekstu MMF) i Međunarodne banke za obnovu i razvoj (današnje sastavnice Svjetske banke) Bretonvudski sporazum utjecao je i praktično na svjetska monetarna zbivanja tako što je prvi puta u povijesti institucionalizirana međunarodna monetarna suradnja. MMF-ovo djelovanje bilo je usmjereno na stabilizaciju deviznih tečajeva, unaprjeđenje multilateralnog sustava plaćanja, postizanje ravnoteže međunarodne razmjene, i dr. U svrhu postizanja tih ciljeva MMF se koristio politikom deviznih tečajeva i sustavom kvota.

¹⁸ Orsag, s. 659.

¹⁹ Prema Orsag, s. 671., osim opcija ovdje se uvršćuju terminski poslovi, swapovi (zamjene) i zajmovi vrijednosnih papira.

²⁰ Nobel, Peter: *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 2. izd., s. 40.

²¹ Claussen, s. 560.

²² Zobl, Dieter – Kramer, Stefan: *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, 2004. (dalje: Zobl/Kramer), s.s. 216. – 217. Za pojam financijskih izvedenica *de lege lata* v. niže “Swap u hrvatskim propisima”.

Devizni tečajevi prema politici MMF-a bili su fiksni i utvrđeni prema paritetnom tečaju u odnosu na zlato (tzv. *peg*), odnosno na USD koji je određen kao međunarodna rezervna valuta²³. Nije, dakle postojao rizik promjene valutnih tečajeva, a time ni rizik gubitka koji bi proizlazio iz toga.

Dodatno, bretonvudski sporazum onemogućio je slobodno kretanje kapitala, u prvom redu stranih valuta uslijed uspostavljenih deviznih ograničenja i strogih financijskih propisa koji su bitno otežali prijenos valuta između subjekata iz različitih država. U vezi s nastankom swapova, osobito treba spomenuti britanske devizne propise, odnosno ograničenja koja su ti propisi sadržavali. Oni su restriktivno određivali iznos nacionalne valute koju su domaći pravni subjekti mogli investirati (odnosno doznačiti) u inozemstvo. Jednako striktni bili su i prema mogućnosti zaduživanja stranih pravnih osoba – investitora, na britanskom financijskom tržištu.

2.2. *Dezintegracija postojećeg sustava*

Kako je u tom sustavu USD faktički bio vodeća svjetska valuta, nepovoljne političko-ekonomske okolnosti 70-ih godina prošlog stoljeća dovele su to toga da SAD više nije imao gospodarski interes za održavanjem postojećeg čvrstog pariteta stranih valuta. Stoga je SAD, oko 1971. odlučio staviti izvan snage dio sporazuma iz kojeg proizlazi takav paritet stranih valuta. Uspostavljeno je slobodno kretanje deviznih tečajeva, što je rezultiralo nastankom rizika gubitka u poslovanju zbog mogućih promjena u vrijednosti valuta, ali i pojavom financijskih špekulacija²⁴.

U uzročnoj vezi sa slobodnim kretanjem, odnosno promjenjivošću deviznih tečajeva, povećana je i mogućnost i učestalost promjene kamatnih stopa od strane središnjih banaka. U takvim uvjetima subjekti preferiraju promjenjivu kamatnu stopu kod odobravanja zajmova, odnosno kredita i izdavanja obveznica.

Za razumijevanje swapa, osim svega rečenog, potrebno je posebno istaći kako postoji kontinuirana ekonomska potreba za pribavljanjem novčanih sredstava u stranoj valuti i uz što niže troškove, tj. što nižu kamatu. Zbog te potrebe subjekti se kontinuirano zadužuju, uzimajući zajmove, odnosno kredite i izdavajući vrijednosne papire čijom prodajom pribavljaju novčana sredstva. Istovremeno, zbog nastanka spomenutih rizika, subjekti su zainteresirani za pronalaženje odgovarajućih metoda zaštite od posljedica koje ti rizici mogu uzrokovati.

Ugovorima o swapu ti se rizici smanjuju. Dapače, “velika potreba za osiguranjem od rizika promjene valutnih tečajeva i kamatnih stopa bila je zadovoljena swapovima, terminskim ugovorima, opcijama...”²⁵.

²³ Utvrđeni devizni tečaj pojedine valute mogao je fluktuirati unutar raspona od +/- 1%, a u slučaju ozbiljnijih poremećaja platne bilance države, dopuštala se revaloracija i devaloracija valute uz prethodnu suglasnost MMF-a.

²⁴ Pod financijskim špekulacijama mogu se uzeti poslovi koji se temelje na očekivanjima promjene vrijednosti, npr. stranih valuta i promjene kamatnih stopa, u svrhu zarade.

²⁵ Benjamin, s. 65.

2.3. “Paralelni zajam” i “uzajamni zajam”

Prije pojave swapova nastali su “paralelni zajam” i “uzajamni zajam”.

Prvo je nastao “paralelni zajam”. Ovaj ugovor predstavlja sporazum dvaju subjekata (redovito pravnih osoba, odnosno trgovačkih društava) kojima oni preuzimaju istovremenu i uzajamnu novčanu obvezu međusobne razmjene određenog iznosa vlastitih, domaćih valuta na određeno vremensko razdoblje te uzajamni povrat primljenih iznosa uz plaćanje ugovorenih kamata. Složenost strukture ovog ugovora u praksi rezultirala je pojavom mnogih pravnih dvojbi pri izvršavanju samog ugovora koje su se redovito vezivale uz rizik neispunjenja²⁶.

Maksimalno pojednostavljivanje izložene poslovne tehnike i njeno uobličavanje u “pravno prihvatljiviji” oblik rezultiralo je stvaranjem, tzv. *back-to-back loans*, odnosno “uzajamnih zajmova”. Ovim se ugovorom njegovi subjekti obvezuju da će jedan drugome dati u zajam određeni novčani iznos u različitoj valuti na određeno vrijeme uz obvezu međusobnog plaćanja ugovorene vrste i visine kamata na primljeni iznos. Istekom ugovorenog roka, dolazi do međusobnog povrata primljenih iznosa u primljenoj valuti, čime dolazi do ispunjenja ugovora i njegova prestanka²⁷. Iz izloženog sadržaja i postupka primjene “paralelnog zajma” moguće je prepoznati sličnosti s ugovorom o kamatnom *swapu*, dok se ugovorni model “uzajamnih zajmova” vezuje uz razvoj današnjeg ugovora o valutnom *swapu*.

Paralelne zajmove i uzajamne zajmove postupno su zamijenili ugovori o *swapu*.

2.4. Početci ugovora o *swapu*

Za razliku od svojih ugovornih prethodnika, swapovi nude veću fleksibilnost ugovaranja te strukturiranja ovih financijskih instrumenata “po mjeri” odnosno želji njihovih korisnika (tzv. *bespoke financial products*). *Swapovi* su ovisni o kretanjima kamatnih stopa i onima na deviznom tržištu, s obzirom na to da ova kretanja izravno utječu na uspješnost tržišta *swapovima*.

Prvi ugovor o *swapu* sklopljen je već 1976. godine između nizozemskog trgovačkog društva Bos Kalis Westminister i Imperial Chemical Industries Finance Ltd. London, preko Goldman Sachsa i Continental Illinois Ltd. kao financijskog posrednika (tzv. *swap facilitator*). Međutim podaci o ovom aranžmanu nisu bili objavljeni s obzirom na to da je Goldman Sachs ugovaranje cijele financijske transakcije tretirao kao tadašnju stratešku poslovnu prednost²⁸.

Za primjer prvoga sklopljenog ugovora o kamatnom *swapu* ekonomska literatura uzima ugovor sklopljen u kolovozu 1981. godine između IBM-a i Svjetske banke kojim se Svjetska banka obvezala servisirati (podmiriti) postojeći

²⁶ O tome vidi Strahinjčić, Ratko: *Ugovor o valutnom i kamatnom swapu*, Magistarski rad, Pravni fakultet, Zagreb, 1991. (dalje: Strahinjčić), s. 9.

²⁷ Ibid.

²⁸ Vidi Gengatharen, R.: *Derivatives Law and Regulation*, Kluwer Law International, London 2001, (dalje: Gengatharen), s.11.

dug IBM-a denominiran u švicarskim francima (CHF) i tadašnjoj njemačkoj marki (DEM), dok se IBM zauzvrat obvezao podmiriti postojeći dug Svjetske banke denominiran u američkim dolarima (USD)²⁹. Ovaj ugovor o kamatnom *swapu* prekretnica je razvoja tržišta *swapovima*, s obzirom na to da je neupitan poslovni ugled stranaka predmetnog ugovora zajamčio isplativost ovog financijskog instrumenta.

Kao prvi *cross currency floating to fixed rate swap* navodi se ugovor sklopljen 1981. godine između francuskog automobilskog proizvođača Renault i japanskog trgovačkog društva za trgovanje vrijednosnicama Yamaichi Securities Co. Radi financiranja poslovnog pothvata u Japanu, Renault je bio zainteresiran za zaduživanje u jenima uz fiksnu kamatu, koju zbog tadašnjih nacionalnih propisa, nije mogao pribaviti na japanskom financijskom tržištu. Na raspolaganju su mu bile kreditne linije denominirane u američkim dolarima uz promjenjivu kamatu. Istovremeno, Yamaichi Securities Co. raspolagao je značajnim iznosima u domaćoj valuti, doznačenih od strane japanskih investitora u svrhu kupnje američkih obveznica s promjenjivom kamatnom stopom (tzv. *Floating Rate Notes*) koje glase na američke dolare. Renault i Yamaichi Securities Co. sklopili su ugovor o valutnom swapu temeljem kojeg je francuski automobilski proizvođač pribavio potrebni iznos jena na koji je plaćao fiksnu kamatu Yamaichiju, dok je Yamaichi na primljeni valutni iznos u američkim dolarima plaćao Renaultu promjenjivu kamatu, koju je isplaćivao iz kupljenih obveznica. Po isteku ugovorenog vremena ugovorne strane međusobno su razmijenile primljene valutne iznose³⁰.

3. Pojam i vrste swapa

3.1. Uvodna napomena

Temeljne vrste swapova su valutni swap i kamatni swap. Oni se često prikazuju zajedno, ali poglavito zbog toga što su i jedan i drugi financijske izvedenice i zbog temeljno istovjetne svrhe, a to je otklanjanje rizika promjene vrijednosti kod primarnog instrumenta iz kojeg su izvedeni. Odnosno, zbog otklanjanja rizika gubitka koji bi nastao uslijed promjene vrijednosti strane valute, što je svrha valutnog swapa, odnosno promjene kamatne stope u kreditu koji je od trećeg uzela ugovorna strana ili na vrijednosni papir koji je izdala ta strana, što je svrha kamatnog swapa³¹.

²⁹ Vidi Hull, J.C.: *Options, Futures and Other Derivatives*, 6th ed., Prentice Hall, New Jersey 2006. (dalje: Hull) s. 149, Kolb, R.W.: *Futures, Options, and Swaps*, 4th ed., Blackwell Publishing, London, 2003. (dalje: Kolb), s. 670.

³⁰ Vidi Strahinjčić, s. 55.

³¹ Prema Benjamin, s. 67. "swapovi se široko koriste u upravljanju financijskim rizicima, uključujući naročito kamatni, valutni, tržišni i kreditni rizik" pri čemu se pod kamatnim rizikom

No, kako u drugim činjeničnim okolnostima i pravnim pitanjima glede temeljnih vrsta swapova ima malo zajedničkih elemenata, pojam i vrste swapova dalje će se prikazati zasebno.

3.2. *Valutni swap*

Ugovorom o valutnom swapu ugovorne strane uzajamno se obvezuju, prvo razmijeniti, odnosno jedna drugoj isplatiti, novčane svote u dvjema različitim valutama, ali iste vrijednosti. Odnosno uz primjenu tečaja u vrijeme isplate, a nakon ugovorenog vremena ponovno razmijeniti, odnosno isplatiti, iste vrijednosti u istim valutama, sada u obrnutom smjeru.

Pri drugoj razmjeni tih različitih valuta primjenjuje se isti tečaj koji se primjenjivao pri prvoj razmjeni³², odnosno one se razmjenjuju po terminskom tečaju³³.

Osim što strane ugovaraju dvostruku razmjenu, međusobne isplate, jednake vrijednosti u različitim valutama, one uz to ugovaraju i međusobna plaćanja kamata na primljene svote³⁴, iako se u dijelu literature plaćanje kamata ne spominje u vezi s pojmom, tzv. "čistog" valutnog swapa³⁵.

Drugim riječima, ispunjenje "klasičnog" ugovora o valutnom *swapu* obično se sastoji od tri ugovorne etape s karakterističnim prestacijama. Kontrahenti najprije međusobno isplaćuju ugovorene valutne iznose čija se visina određuje po promptnom tečaju predmetne valute prema nekoj drugoj ugovorenoj valuti na dan sklapanja ugovora. Sljedeća etapa kod ispunjenja ugovora sastoji se u međusobnom plaćanju ugovorene kamate na primljeni iznos strane valute, prema prethodno utvrđenoj dinamici, a tijekom ugovorenog vremena trajanja ugovora. Na kraju, istekom ugovorenog vremena trajanja ugovora, dolazi do međusobnog povrata prethodno primljenih valutnih iznosa, čija je visina utvrđena na dan sklapanja ugovora sukladno terminskom tečaju valuta³⁶.

Ugovor o valutnom swapu možemo podijeliti na tri različite vrste prema vrsti kamatne stope prema kojoj se određuje kamata, koju se strane obvezuju plaćati:

- klasični valutni swap, ako su obje ugovorene stope fiksne,
- *cross currency floating to fixed rate swap*, ako je jedna ugovorena stopa fiksna, a druga promjenjiva i
- *cross currency floating to floating rate swap*, ako su obje ugovorene stope promjenjive.

uzima rizik gubitka povezan s promjenama promjenjive kamatne stope, a valutnim rizikom rizik gubitka povezan s promjenama u relativnoj vrijednosti razlika valuta.

³² Kraemer, Lutz: *Finanzswaps und Swapperivate in der Bankpraxis*, 1999. (dalje: Kraemer), s. 86.

³³ Schwintowski/Schaefer, s. 911.

³⁴ Kraemer, s. 86.

³⁵ Schwintowski/Schaefer, s. 911.

³⁶ Vidi Hudson, A.: *The Law on Financial Derivatives*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London 2002. (dalje: Hudson, *The Law*), s. 62.

Ovo razlikovanje vrsta valutnog swapa proizlazi iz različitih ekonomskih interesa i financijskih pozicija ugovornih strana. Jednostavno govoreći, klasičnim valutnim swapom otklanja se rizik promjene tečaja strane valute. Kod *currency floating to fixed rate swap* uključen je rizik promjene kamatnih stopa, ali samo kod jedne ugovorne strane, a u slučaju *cross currency floating to floating rate swap* taj je rizik uključen kod obje ugovorne strane.

Posljednje dvije vrste valutnog swapa u literaturi se ponekad izdvajaju iz podjele swapova na kamatne i valutne, i to kao posebna vrsta swapa, kombinirani valutno-kamatni swap³⁷.

3.3. Kamatni swap

Iako se ugovor o kamatnom swapu neobično često naziva “zamjenom kamatnih stopa” (interest rate swap), odnosno ugovorom o zamjeni kamatnih stopa³⁸, tim ugovorom strane ne zamjenjuju kamatne stope – što je doslovno uzeto i nemoguće – niti razmjenjuju kamatne obveze koje imaju prema trećim osobama, a naziv ovog ugovora proizlazi iz ekonomskih učinaka koje njegovo sklapanje i ispunjenje ima za ugovorne strane. Dapače, u pretežno ekonomskoj literaturi, navodi se kako ugovor o kamatnom swapu predstavlja sporazum između dvaju subjekata kojima se oni obvezuju razmijeniti određene kamatne obveze unutar unaprijed određenog vremenskog razdoblja, na temelju prethodno utvrđenog iznosa glavnice³⁹. Te, kako njime ugovorne strane preuzimaju međusobnu novčanu obvezu o isplati ugovorene vrste i visine kamate tijekom određenog vremena i prema određenoj dinamici (periodična plaćanja), na istu valutu i isti iznos glavnice⁴⁰.

Umjesto toga, za razumijevanje kamatnog swapa treba reći slijedeće.

On je izveden iz ugovora o kreditu⁴¹ ili drugoga pravnog odnosa koji postoji između strana ugovora o swapu i trećih osoba, u kojima strane ugovora o swapu prema trećim osobama imaju obvezu plaćanja kamata. Strana koja trećem vjerovniku plaća ugovornu kamatu po promjenljivoj (varijabilnoj) stopi izložena je riziku povećanja kamatnih stopa, odnosno riziku povećanja svote koju je kao kamate dužna plaćati tom vjerovniku. Druga strana trećem vjerovniku plaća ugovornu kamatu po fiksnoj stopi. Ako prva strana u razdoblju do potpunog ispunjenja njene obveze prema trećem vjerovniku očekuje povećanje kamatnih stopa, a druga strana smanjenje, prvoj je strani u interesu plaćanje kamata po fiksnoj stopi, a drugoj po promjenljivoj stopi.

³⁷ Schwintowski/Schaefer, s. 910.

³⁸ Npr. Benjamin, s. 67. rabi izraz “interest rate swap”.

³⁹ Rose, S. P.: Commercial Bank Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston 1991. (dalje: Rose).

⁴⁰ Vidi Strahinjić, s. 35.

⁴¹ Kamatni swap kao izvedenica kredita promatra se npr. u Hudson, Credit. Stoga bi ovdje ugovor o kreditu bio “primarni proizvod” ili “temeljna vrijednost”.

Stoga one sklapaju ugovor kojim se druga strana obvezuje plaćati prvoj kamate po promjenjivoj stopi, a prva strana drugoj po fiksnoj stopi i to na istu glavnici, a ta odgovara glavnici duga, i jedne, i druge strane prema trećim vjerovnicima. Drugim riječima, druga strana plaćat će prvoj strani svote, koje prva strana kao kamate plaća svom vjerovniku (uz primjenu promjenjive kamatne stope), a prva strana plaćat će drugoj strani svote, koje druga strana kao kamate plaća svom vjerovniku (uz primjenu fiksne kamatne stope).

Nakon prijeba međusobnih tražbina prve i druge strane, jedna strana razliku isplaćuje drugoj⁴². Ako stopa promjenjive kamate bude povećana u odnosu na stopu fiksne kamate, obveza druge strane će biti veća od obveze prve i razliku će druga strana isplatiti prvoj. Ako stopa promjenjive kamate bude smanjena u odnosu na stopu fiksne kamate, veća će biti obveza prve strane i ona će razliku isplatiti drugoj. U prvom će slučaju svota koju druga strana plaća prvoj, odgovarati povećanju svote koju prva strana plaća trećem vjerovniku, što znači da njena imovina neće biti smanjena zbog povećanja (promjenjive) kamatne stope. U drugom će slučaju za svotu, koju prva strana plaća drugoj, imovina druge strane biti povećana, jer će od prve primiti veću svotu od svote koju duguje trećem vjerovniku kao kamatu (po fiksnoj stopi).

Dosljedno tomu, u literaturi se navodi kako pri temeljnom obliku kamatnog swapa strane ugovaraju, tijekom ugovorenog razdoblja, razmijeniti novčane isplate u istoj valuti. Kod navedenog, jedna strana preuzima drugoj isplate "kamata" po fiksnoj stopi na fiktivni nominalni iznos, a zauzvrat se druga obvezuje prvoj na isti fiktivni nominalni iznos isplate "kamata" po varijabilnoj stopi⁴³. Ili, drugim riječima, pri tipičnom kamatnom swapu strane ugovaraju da tijekom trajanja ugovora A plaća B čvrsti iznos, a B plaća A varijabilni iznos, a oba na istovjetnu nominalnu svotu kao fiktivnu veličinu na koju se ti iznosi obračunavaju⁴⁴. Također, kamatni swap je "...sporazum između dviju stranaka o međusobnoj periodičnoj isplati određenih iznosa denominiranih u istoj valuti"⁴⁵.

Posebno, pak, treba naglasiti da kod kamatnog swapa strane ne isplaćuju glavnice⁴⁶.

Praksa je stvorila nekoliko vrsta ugovora o kamatnom swapu od kojih su prve dvije osnovne:

- kuponski kamatni *swap* (tzv. *plain vanilla interest rate swap*, *coupon swap*) i
- bazni kamatni *swap*.

⁴² Prema Henderson, S. K.: *Henderson on Derivatives*, LexisNexis Butterworths, London 2003. (dalje: Henderson) s. 45.: "where the variable, or floating amount is greater than the fixed rate amount, then it is surplus of that floating amount over the fixed one which is payable by the party owing that floating amount, and vice versa."

⁴³ Schwintowski/Schaefer, s. 911.

⁴⁴ Kraemer, s. 79.

⁴⁵ Vidi Hudson, *The Law*, s. 50.

⁴⁶ Claussen, s. 380

Kasnih osamdesetih godina dvadesetog stoljeća razvile su se nove vrste financijskih izvedenica temeljenih na ugovoru o swapu, koje se nazivaju *fully paid transactions*⁴⁷ i to su *floor*, *cap* i *collar*.

4. Ekonomska analiza swapova

4.1. Općenito

Unutar područja financijskih izvedenica ugovori o zamjeni ili *ugovori o swapu* zauzimaju vodeće mjesto, u smislu učestalosti njihove uporabe u međunarodnim financijskim transakcijama te u pogledu udjela koji ovi financijski instrumenti zauzimaju unutar ukupne vrijednosti tržišta financijskim izvedenicama⁴⁸. Ugovore o *swapu* kao financijski instrument izuzetno prilagodljive financijsko-pravne strukture, poput ostalih financijskih izvedenica, karakterizira složeni odnos uzajamne povezanosti financijskih i pravnih elemenata unutar integralne, autohtone cjeline.

Swapovi su imali presudan utjecaj na sektore financiranja, omogućujući društvima ulazak u nova tržišta kapitala te iskorištavanje prednosti inovativnih proizvoda bez povećanja rizika. Njihova uporaba, u skladu s općenitim karakteristikama financijskih izvedenica, omogućuje učinkovitije upravljanje tržišnim rizicima, smanjenje troškova financiranja, veću diversifikaciju portfelja i uvećani prinos na uložena sredstva. Konkretnije, ugovor o valutnom *swapu* omogućava sudionicima na tržištu sniženje troškova vezanih uz upravljanje sa stranom valutom pomoću arbitraže⁴⁹ njihova relativnog pristupa različitim deviznim tržištima. Valutni *swap* najčešće se koristi kod dugoročnog financiranja u stranoj valuti te u slučaju potrebe povećanja likvidnosti na tržištu. Kao što je već rečeno, ovaj ugovor pretvara ekonomske slabosti – poput segmentacije tržišta kapitala, u prednost koristeći se metodama porezne, pravne i tržišne arbitraže.

4.2. Valutni swap

Ekonomska analiza ugovora o valutnom swapu vezana je uz međunarodno tržište kapitala. Iako suvremena financijska teorija smatra kako je među svjetskim financijskim tržištima postignut zadovoljavajući stupanj harmonizacije i integracije, brojna empirijska istraživanja dokazuju kako su svjetska tržišta

⁴⁷ Vidi Henderson, s. 45.

⁴⁸ Eksplozivni rast vrijednosti tržišta ovih financijskih instrumenata jedinstvena je pojava modernih financija. Radi se o najbržem razvoju i rastu u vrijednosti pojedinog financijskog instrumenta u povijesti financija općenito. Godine 2005., vrijednost tržišta swapovima prešla je nominalnu vrijednost od 180 trilijuna američkih dolara. Vidi Kolb, s. 660.

⁴⁹ Arbitraža, sukladno definiciji ponuđenoj u Rječniku bankarstva (Leko, V. (ur): Rječnik bankarstva, Masmedia, Zagreb, 2003., str. 26.), jest prosudba, ostvarivanje dobiti ili profitiranja na temelju trgovanja istim vrijednosnicama, valutama ili robom, unutar dva ili više tržišta. Pretpostavka arbitraže jest postojanje inherentne nepravilnosti tržišta. Arbitraža omogućuje uspješniju trgovinu unutar tržišta na kojima se djeluje.

kapitala izrazito segmentirana⁵⁰. Ekonomsku motivaciju za sklapanje ugovora o valutnom *swapu* možemo razložiti zahvaljujući pretpostavci nesavršenosti financijskog tržišta. Ne ulazeći zasebno u cjelovitu analizu tržišne asimetrije, naše razlaganje temeljimo na tezi tržišne neefikasnosti u slučaju zaduživanja dvaju subjekata (redovito trgovačkih društava) na određenom financijskom tržištu i pojave, tzv. komparativne prednosti – u smislu nižeg troška zaduživanja čime je jednom od subjekata omogućena strateška prednost naspram drugog⁵¹.

U tom pogledu, analizu poslovne tehnike sklapanja i izvršavanja ugovora o valutnom swapu moguće je razložiti na jednostavnom modelu dvaju država, uzmimo Francusku i Sjedinjene Američke Države. Pretpostavimo kako se trgovačko društvo sa sjedištem u Francuskoj relativno jednostavno može zadužiti na francuskom tržištu kapitala, no njegov je pristup američkom financijskom tržištu (pretpostavimo da ondje želi investirati i ostvariti svoj kredit) i tamošnjim investitorima otežan. Isto vrijedi i za suprotnu situaciju u kojoj bi se jedno američko trgovačko društvo željelo zadužiti na francuskom tržištu kapitala radi financiranja određene investicije u toj državi⁵². Pretpostavimo da je društvo A francusko trgovačko društvo koje se može zadužiti u eurima po kamatnoj stopi od 7%, dok američko trgovačko društvo – društvo B, to isto može učiniti po kamatnoj stopi od 8%. Istovremeno, društvo B može ostvariti kredit denominiran u američkim dolarima po kamatnoj stopi od 9% dok društvo A može pozajmiti potrebna sredstva na američkom tržištu kapitala po višoj kamatnoj stopi od 10%. Komparativne prednosti društva A vezane su uz zaduživanje u eurima, dok su one društva B vezane uz zaduživanje u američkim dolarima. Pod uvjetom prethodnog pribavljanja novčanih sredstava u skladu s vlastitim strateškim prednostima na domaćem tržištu kapitala, društva A i B mogu pristupiti sklapanju ugovora o valutnom *swapu*.

Neefikasnost financijskog tržišta jest u tomu što će investitori vrednovati i pristupati stranim sudionicima na tržištu različito od domaćih, čime ovi potonji stječu stratešku, komparativnu prednost.

Dakle, temeljni ekonomski razlog sklapanja ugovora o valutnom *swapu* je smanjenje troškova zaduživanja na inozemnom tržištu kapitala pomoću svojevrzne arbitraže u smislu odabira tržišta kapitala. U tom pogledu ugovor o valutnom swapu pogodan je alternativan izvor financiranja.

Nadalje, ekonomska svrha ovog ugovora može biti i zaštita od rizika promjena u vrijednosti valuta, odnosno deviznog tečaja. Primjerice, ukoliko

⁵⁰ U smislu njihove ograničenosti državnim područjem i nacionalnim pravnim sustavom unutar kojeg djeluju. Ova segmentacija tržišta kapitala većinom je posljedica državnih restrikcija na sastav međunarodnog portfelja pojedinih investitora. O tome vidi istraživanja Bonser-Neal, C. G., Brauer, R. N., Wheatley, S.: *International Investments Restrictions and Closed-End Country Fund Prices*, *The Journal of Finance*, Vol. 45 (2), lipanj 1990, American Finance Association, s. 523-547.

⁵¹ Primjerice, trgovačko društvo može imati sjedište u državi na čijem se tržištu zadužuje, nadalje može biti bolje informirano o prilikama na tržištu, može biti u boljoj poslovnoj poziciji (bonitet, kreditna sposobnost) od svog suugovaratelja, itd.

⁵² Primjer preuzet iz Kolb, s. 668.

neko trgovačko društvo želi investirati u američkim dolarima a većina njegove financijske imovine denominirana je u eurima, valutnim *swapom* može se učinkovito zaštititi od rizika promjena u tečajnoj vrijednosti razmjene eura i američkog dolara (tzv. *hedging*).

Ubrzani razvoj i široka primjena valutnog *swapa* može se zahvaliti i aktualnim računovodstvenim metodama i financijskom izvještavanju.

4.3. Kamatni swap

Učestalost sklapanja i primjene ovog ugovora govori o njegovoj izuzetnoj prilagodljivosti kao financijskog instrumenta koja se izravno nastavlja na tzv. komparativne prednosti koje pojedini sudionici na tržištu koriste kao svoju stratešku prednost u poslovanju. Kod ugovora o kamatnom swapu, radi se o tomu da pojedina trgovačka društva mogu ostvariti povoljnije uvjete financiranja (niži trošak zaduživanja) na tržištu, zahvaljujući boljem poznavanju tržišnih prilika, ali i vlastitom, dosljednom, poslovnom bonitetu i kreditnoj klasi. U praktičnom smislu to znači kako će navedeni čimbenici odlučujuće utjecati na ukupni trošak financiranja subjekta s obzirom na to da će se u skladu s njima obračunavati kamate na pozajmljena sredstva, računati visina premije za rizik te visina ostalih naknada i drugi uvjeti zaduživanja.

Uzmemo li kao primjer poslovne banke (većina europsko-kontinentalnih financijskih tržišta je tradicionalno temeljena na bankama, tzv. bankocentričnost) jasno je kako se dio njihova posla sastoji u povećanju prinosa na uložena sredstva (aktiva bilance). Poslovne banke svoja ulaganja financiraju prikupljenim sredstvima (pasiva bilance) koja su, međutim, različite ročnosti i kamatnih stopa (neusklađenost aktive i pasive). Primjerice, banka može na uložena sredstva naplaćivati fiksnu kamatu dok na prikupljena sredstva isplaćuje promjenjivu kamatu (vrijedi i suprotni slučaj). U tom pogledu nepovoljna kretanja kamatnih stopa na tržištu, dakle smanjenje aktivnih i povećanje pasivnih kamatnih stopa imali bi negativne učinke na bančino poslovanje, odnosno njen račun dobiti i gubitka i na novčane tijekove.

Navedeno je moguće razjasniti na sljedećem primjeru. Pretpostavimo da se ugovor o kamatnom *swapu* sklapa na vrijeme od pet godina (tzv. *tenor*), te da se temelji na glavnici od 1 milijuna USD (tzv. *notional amount*, *notional principal amount*) uz godišnje plaćanje kamata. Pretpostavimo da se društvo A obvezuje plaćati fiksnu kamatu od 9% društvu B na navedenu glavicu, a zauzvrat se društvo B obvezuje plaćati promjenjivu kamatu, prema LIBOR-u⁵³ (tzv. *LIBOR*

⁵³ LIBOR je međubankovna, ponudbena kamatna stopa koja se obračunava na međusobne kredite banaka prvorazrednog kreditnog rejtinga, na tržištu kapitala u Londonu. Dospijeće ovih kredita može biti različito – od mjesec do godine dana. Radi se o promjenjivoj kamatnoj stopi koja odražava bankarske troškove prikupljanja sredstava na tržištu novca u svrhu daljnjih plasmana. Visina LIBOR-a utvrđuje se svakodnevno i objavljuje ju Britansko udruženje bankara (British Bankers' Association) nakon 11.00h ujutro, po londonskom vremenu. Referencijalna je stopa za GBP, USD, EUR, YEN, CHF, i dr.

flat), društvu A. Dakle, društvo A plaća društvu B 9% kamate na glavnicu od 1 milijuna USD na godinu, što iznosi 90.000 USD⁵⁴. Društvo B plaća društvu A kamate na istu glavnicu ovisno o kretanjima LIBOR-a na tržištu. S obzirom na to da se kamate isplaćuju godišnje, neka i u ovom primjeru referencijalna stopa LIBOR-a bude ona za kredite od godine dana. Pretpostavimo da jednogodišnji LIBOR iznosi 8.75% na dan sklapanja ugovora o kamatnom swapu ($t = 0$). Buduća kretanja LIBOR-a nisu poznata kontrahentima. Općenito možemo zaključiti kako će iznos na ime promjenjivog LIBOR-a na kraju svakog razdoblja t , biti $t-1$. Kako se u izloženom primjeru kamatni swap ugovara u petogodišnjem trajanju, kažemo da ugovor ima pet određenih datuma plaćanja (tzv. *determination dates*)⁵⁵ koji su određeni na svaku godinu trajanja ugovora, dakle 0, 1, 2, 3 i 4 te pet datuma dospijeca (tzv. *payment date*). Datum plaćanja je godinu dana kasnije od datuma utvrđivanja plaćanja⁵⁶. Dakle, vrijednosti LIBOR-a će se bilježiti od početka izvršavanja ugovora o kamatnom swapu te će se na temelju toga odrediti njegova vrijednost po završetku prvog razdoblja. Kako smo pretpostavili da će LIBOR na dan sklapanja ugovora iznositi 8.75%, možemo zaključiti kako će prvi iznos koji će društvo B platiti na ime kamata biti 87.500 USD. Sukladno tomu, drugi iznos koji društvo B mora platiti nastupa u vrijeme $t = 2$ i jednak je vrijednosti LIBOR-a temeljem njegovih kretanja u vrijeme $t = 1$.

NOVČANI TIJEK KOD KLASIČNOG UGOVORA O KAMATNOM SWAPU

god	LIBOR _t	iznos promjenjive kamate društvo B plaća društvu A	iznos fiksne kamate društvo A plaća društvu B
0	8.75%		
1	LIBOR ₁ = ?	LIBOR ₀ x 1.000.000. USD = 87.500 USD	90.000 USD
2	LIBOR ₂ = ?	LIBOR ₁ x 1.000.000. USD	90.000 USD
3	LIBOR ₃ = ?	LIBOR ₂ x 1.000.000. USD	90.000 USD
4	LIBOR ₄ = ?	LIBOR ₃ x 1.000.000. USD	90.000 USD
5	N/A	LIBOR ₄ x 1.000.000. USD	90.000 USD

* preuzeto iz Kolb, s. 663.

⁵⁴ Upravo stoga što se iznos glavnice ne "razmjenjuje" među strankama ugovora, već se samo koristi kao temeljni iznos za obračun kamata, u literaturi se naziva *notional amount*.

⁵⁵ "...the dates at which the amount of payments due from each party are determined." Vidi Kolb, s. 664.

⁵⁶ Općenito, kod ove vrste kamatnog *swapa* datum plaćanja slijedi jedan vremenski period kasnije od datuma samog utvrđivanja plaćanja. Većina *swapova* se uređuje tako da se iznosi unaprijed utvrđuju, a zatim podmiruju kao dug ("Most swaps are determined in advance and paid in arrears." Ibid.).

Kao i kod valutnog swapa, ugovor o kamatnom swapu putem arbitraže pronalazi jedinstveno rješenje prema konkretnim potrebama određenog subjekta, koristeći se opet metodom arbitraže – porezne, pravne (u smislu pozitivnopravnog uređenja), kamatne i dr.

4.5. *Ekonomska svrha*

Ugovorom o kamatnom swapu ostvaruje se zaštita (*hedging*) od rizika promjene kamatnih stopa na tržištu te dodatno osiguranje u smislu predvidljivosti budućih prinosa.

Kako bismo razložili tehniku kamatnog *swapa* pretpostavimo da imamo dva različita trgovačka društva – označit ćemo ih opet kao društvo A i društvo B.

Društvo A sa slabijim kreditnim rejtingom (npr. BB) zadužuje se u iznosu od 100 milijuna USD uz promjenjivu kamatnu stopu LIBOR + 0.50%. Pozajmljena sredstva ulaže u kreditni portfelj uz fiksnu kamatnu stopu u iznosu od 13.25% godišnje. U slučaju da se LIBOR poveća na više od 12.75% društvo A ostvarilo bi gubitak s obzirom na to da bi kamatni troškovi bili veći od njegovih kamatnih prihoda, no u slučaju rasta LIBOR-a društvo A ostvarilo bi dobit.

Društvo B ima prvorazredni kreditni rejting AAA te bi se na domaćem tržištu moglo zadužiti uz promjenjivu kamatnu stopu LIBOR +0.00% godišnje. No zadužilo bi se uz fiksnu kamatnu stopu od 11% godišnje na iznos od 100 milijuna USD. Sredstva ulaže u kreditni portfelj uz promjenjivu kamatnu stopu LIBOR + 0.75% godišnje. U slučaju smanjenja LIBOR-a društvo B ostvarilo bi gubitak, no u slučaju njegova povećanja ostvarilo bi dobit.

S obzirom na to da društvo A preferira fiksnu kamatu a društvo B promjenjivu, oni ulaze u *swap*. Ugovor o kamatnom *swapu* sklapaju preko banke posrednika, čime im je omogućena zaštita od negativnih posljedica kretanja LIBOR-a i jeftiniji troškovi financiranja od onih koje bi ostvarili samostalnim zaduživanjem na domaćem tržištu. Sklapanjem ugovora o kamatnom swapu društvo A plaća kamate po stopi LIBOR +0.00%, a plaća fiksno po stopi od 11.35%, dok društvo B prima fiksno 11.25%, a plaća LIBOR +0.00%. Svako od društava otplaćuje svoj dug (glavnica + kamata) i naplaćuje svoje potraživanje (glavnica + kamata) u skladu s ranije sklopljenim ugovorima, dok je ugovor o kamatnom swapu zaseban, samostalan ugovor⁵⁷.

S obzirom na to da u primjeru navodimo banku posrednika kod swap transakcije, zaključit ćemo kako danas sudionici tržišta više ne traže samostalno potencijalnog suugovaratelja za *swap* transakciju, već se s nalogom za pronalaženje prikladnog poslovnog partnera obraćaju samoj poslovnoj (investicijskoj) banci. Same ugovorne strane kamatnog swapa danas često ostaju međusobno nepoznate s obzirom na to da svaka od njih sklapa pojedinačan ugovor o

⁵⁷ Primjer preuzet iz Jurman, A.: Mogućnosti primjene kamatnih swapova u hrvatskom bankarstvu, Zbornik Radova Sveučilišta u Rijeci, Ekonomski fakultet, god. 22 (1), svibanj 2004, s. 69-86.

kamatnom swapu s konkretnom bankom, koja kao financijski posrednik prima za navedenu uslugu određenu proviziju.

Najčešće će upravo dva trgovačka društva posredstvom neke poslovne (investicijske) banke sklopiti ovakav ugovor na međusobnu poslovnu korist. No s vremenom, banke su shvatile kako zapravo ne postoji potreba za drugom ugovornom stranom koja bi imala potpuno komplementarne uvjete financiranja. Redovito će upravo banke izravno ući u *swap* transakciju, na način da umjesto određenog subjekta otplaćuju, već postojeći dug koji ovaj subjekt ostvaruje prema određenim, za njega nepovoljnim, uvjetima. Zauzvrat, taj će mu subjekt isplaćivati određena sredstva na ime otplate tog duga po željenoj kamatnoj stopi.

5. *Swap u hrvatskim propisima*

Swap je izrijeком ili implicate prisutan u više hrvatskih propisa, u prvom redu iz područja javnog prava, koji swap uređuju iz javnopravne perspektive.

Među tim propisima najprije treba spomenuti Zakon o tržištu kapitala⁵⁸ i to zato što on sadrži pojmovnik u kojem u određenoj mjeri objašnjava više pojmova, uključujući i pojam *swapa*. Iako to čini za potrebe Zakona domašaj pojmovnika sa stajališta ugovora o *swapu* je neobično važan, jer detaljniji opis u drugim propisima nismo pronašli.

Prema ZTK, zamjene (*swaps*) ubrajaju se u izvedenice, a izvedenice su jedan od financijskih instrumenata, u koje se još ubrajaju prenosivi vrijednosni papiri, instrumenti tržišta novca i jedinice u subjektima za zajednička ulaganja. U izvedenice se ubrajaju “opcije (*options*), budućnosnice (*futures*), zamjene (*swaps*), kamatni unaprijedni ugovori (*forward rate agreements*) i bilo koji drugi izvedeni financijski instrumenti koji se odnose na vrijednosne papire, valute, kamatne stope ili prinose”⁵⁹. Iz toga što su *swapovi* jedna od izvedenica, te iz naznake kako se, između ostalih, *swapovi* “odnose na vrijednosne papire, valute, kamatne stope ili prinose”, proizlazi da bi *swapovi* bili izvedeni iz valuta, kamatnih stopa ili prinosa.

Za zaključiti je, dakle, da ZTK uzima *swapove*, između ostalog, kao izvedenice koje su izvedene iz valuta, kamatnih stopa ili prinosa.

Oni su uvršteni u pojmovnik zato što prema ZTK sklapanje i ispunjenje ugovora o *swapu* predstavlja jednu od financijskih usluga, odnosno aktivnosti koje su uređene tim Zakonom. Naime, prema njemu investicijske usluge i aktivnosti su između ostalog i zaprimanje i prijenos naloga u svezi s jednim ili više financijskih instrumenata, znači i *swapova*, izvršavanje naloga za račun klijenata, trgovanje za vlastiti račun i upravljanje portfeljem⁶⁰.

⁵⁸ NN 88/08 (dalje: ZTK).

⁵⁹ Čl. 3. st. 1. t. 2. d al. 1. ZTK.

⁶⁰ Čl. 5. st. 1. ZTK.

Istovremeno oni mogu činiti dio imovine investicijskih fondova. Naime, drugi propis čije odredbe neizravno (implicite) podrazumijevaju i ugovore o swapu je Zakon o investicijskim fondovima⁶¹, koji ugovore o swapu promatra kao mogući dio imovine investicijskih fondova. Točnije govoreći, i imovina zatvorenog investicijskog fonda, i imovina otvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom, i imovina otvorenog investicijskog fonda s privatnom ponudom može se djelomično sastojati i od “terminskih i opcijskih ugovora i drugih financijskih izvedenica, kojima se trguje na uređenim tržištima ... i/ili financijskih izvedenica kojima se trguje na drugim organiziranim tržištima (OTC)”⁶², a kako su ugovori o swapu jedna od financijskih izvedenica prema ZTK i prema literaturi, i oni su obuhvaćeni pojmom “drugih financijskih izvedenica” koje mogu biti dio imovine investicijskih fondova.

Postoje, ipak, pretpostavke za to da ugovori o swapu budu dio imovine investicijskih fondova s javnom ponudom, a posebno je bitno da se oni temelje na financijskim instrumentima ulaganja koje je dopušteno odgovarajućim odredbama ZIF-a, financijskim indeksima, kamatnim stopama, deviznim tečajevima ili valutama u koje fond smije ulagati na temelju svog prospekta i statuta, te da se koriste isključivo za smanjivanje ili ograničavanje rizika ili povećanje prinosa, odnosno smanjenje troškova fonda bez ikakvog povećanja rizika. Nužnost da se financijske izvedenice temelje na kamatnim stopama, deviznim tečajevima ili valutama potrebno je dovesti u vezu s ugovorima o swapu, kamatnom i valutnom, a korištenje u svrhu smanjenja rizika ili povećanja prinosa samo podcrtava opću svrhu sklapanja tih ugovora, koja se i općenito sastoji u smanjenju rizika.

Dok ZIF ugovore o swapu, u okviru financijskih izvedenica, promatra kao dio imovine investicijskih fondova Zakon o obveznim i dobrovoljnim mirovinskim fondovima⁶³ promatra ih kao mogući objekt ulaganja imovine mirovinskog fonda. Prikupljena sredstva mogu se ulagati, npr. u određene vrijednosne papire, depozite, potvrde o ulozima, tako da ulaganja u pojedine oblike u strukturi vrijednosti imovine mirovinskih fondova ne prelaze zakonom određeni postotak⁶⁴. Na način “da bude usklađena zbog rizika i eventualnih gubitaka zbog promjene kamatnih stopa, tečajeve stranih valuta, odnosno drugih tržišnih rizika s obvezama mirovinskog fonda”⁶⁵, a posebno “da bude valutno usklađena s obvezama mirovinskog fonda, s tim da se najviše 30% imovine mirovinskog fonda može ulagati u imovinu koja je nominirana na valutu različitu od valute na koju glase obveze mirovinskog fonda”⁶⁶. Iako već i citirani način na koji se imovina mirovinskih fondova mora ulagati upućuje na to da je pri ulaganju dopuštena primjena izvedenih financijskih instrumenata, posebno

⁶¹ NN 150/05 (dalje: ZIF).

⁶² Čl. 78. st. 1. t. 5., čl. 100. st. 1. t. 5. i čl. 136. t. 5. ZIF.

⁶³ NN 49/99, 63/00, 103/03, 177/04, 71/07 (dalje: ZODMF).

⁶⁴ Čl. 69. i 69.a ZODMF.

⁶⁵ Čl. 69.b st. 1. ZODMF.

⁶⁶ Čl. 69.b st. 3. ZODMF.

onih deviznog tržišta, ZODMF to dopušta i izrijekom određujući kako se “kod ulaganja imovine mirovinskih fondova mogu ... upotrebljavati terminski ugovori, opcije i ostali izvedeni financijski instrumenti”⁶⁷.

No, različito od primjene tih instrumenata kao dijelova imovine investicijskih fondova, gdje se oni mogu koristiti ne samo u svrhu smanjenja rizika, nego i u svrhu povećanja prinosa, ovdje se ti instrumenti mogu koristiti “samo radi zaštite imovine mirovinskog fonda”⁶⁸. Drugim riječima, dok kod investicijskih fondova svrha korištenja ovih instrumenata može biti i špekulativna, zbog očekivanja povećanja prinosa, ovdje svrha može biti samo zaštitna, zbog očekivanja pada tržišne vrijednosti postojeće imovine.

Primjerice, ako se očekuje pad tržišne vrijednosti dionica koje čine dio imovine, može se sklopiti opcijski ugovor kojim se stječe pravo prodaje dionica na određeni dan u budućnosti i to po ugovorenoj cijeni, neovisno o očekivanoj nižoj tržišnoj cijeni dionica na taj dan⁶⁹. Istovremeno, budući da je špekulativna svrha ovdje zabranjena, ne bi bilo dopušteno sklopiti opcijski ugovor kojim se stječe pravo kupiti dionice na određeni budući dan po ugovorenoj cijeni zbog očekivanja da će tržišna cijena dionica na taj dan biti viša od ugovorene.

Ugovore o swapu podrazumijeva i Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci⁷⁰ jer joj dopušta, ne samo izdavanje vrijednosnih papira, nego i ugovaranje “kupnje, prodaje i zamjene vrijednosnih papira i drugih lako utrživih financijskih instrumenata, kao i prava i obveza u vezi s istima”⁷¹, pri čemu se ti ugovori mogu “sklapati kao ugovori o promptnoj kupnji i prodaji, kupnji i prodaji na rok, zamjeni, prijeloju, povratnoj kupnji (repo poslovi) te kao drugi ugovori s vrijednosnim papirima”⁷². Ove ugovore HNB može sklapati radi “provođenja utvrđene monetarne i devizne politike”⁷³, što treba promatrati u svezi s njenom nadležnošću da samostalno upravlja međunarodnim pričuvama RH⁷⁴, koja treba podrazumijevati i zaštitu vrijednosti tih pričuva. Kako se međunarodne pričuve RH sastoje, između ostalog, i od novčanica i potražnih salda u konvertibilnoj stranoj valuti i od vrijednosnih papira koji sadrže novčanu tražbinu u stranoj valuti⁷⁵, te kako HNB trguje imovinom koja čini međunarodne pričuve RH na promptnom i terminskom tržištu, pri čemu tečaj deviza ugovara⁷⁶, treba podrazumijevati kako to obuhvaća i ugovore o valutnom swapu.

⁶⁷ Čl. 69.c st. 1. ZODMF.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ O opcijskim ugovorima i opcijama detaljnije v. u Slakoper, Zvonimir (ur.): *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet u Rijeci, 2007.

⁷⁰ NN 75/08 (dalje: ZHNB).

⁷¹ Čl. 10. st. 1. ZHNB.

⁷² Čl. 10. st. 2. ZHNB.

⁷³ Čl. 10. st. 1. ZHNB.

⁷⁴ Čl. 5. ZHNB.

⁷⁵ Čl. 18. st. 2. ZHNB. Pod utjecajem terminologije ekonomske struke te vrijednosne papire ZHNB i drugi propisi često nazivaju “dužnički vrijednosni papiri”.

⁷⁶ Čl. 17. ZHNB.

Pojam izvedenih financijskih instrumenata poznaje i ZDP, koji navodi da su “izvedeni financijski instrumenti ... vrijednosni papiri ili ugovori čija se vrijednost mijenja prema promjenama vrijednosti financijskog instrumenta ili drugoga pravnog posla iz kojega su izvedeni”⁷⁷. Kako on ovaj pojam dalje ne razrađuje, držimo da bi se na njega mogla primijeniti odredba ZTK koja nabraja što sve pripada u pojam izvedenica, što dovodi do toga da bi i prema ZDP ugovori o swapu bili jedan od izvedenih financijskih instrumenata.

U tom slučaju, kad god bi jedan ugovor o swapu potpadao pod polje primjene ZDP, na njega bi se primjenjivale odredbe ZDP “koje se odnose na poslove koji su podloga za poslove s izvedenim financijskim instrumentima”⁷⁸, a to bi bilo onda kad se radi o ugovoru između rezidenta i nerezidenta neovisno o valuti i o ugovoru između rezidenata u stranim sredstvima plaćanja⁷⁹. Budući da ugovor o valutnom swapu uvijek podrazumijeva dvije različite valute, proizlazi da bi svaki ugovor o valutnom swapu potpadao pod primjenu ZDP. Kako je kupoprodaja deviza podloga tog ugovora, primjenjivala bi se pravila ZDP o kupoprodaji stranih sredstava plaćanja.

Znači da bi rezidenti i nerezidenti kupoprodaju stranih sredstava plaćanja obavljali u bankama samo u svoje ime i za svoj račun, dok bi banke kupoprodaje stranih sredstava plaćanja ugovarale u svoje ime i za svoj račun te u svoje ime, a za tuđi račun⁸⁰. Uz to, za ugovore o valutnom swapu važne su odredbe koje određuju da “sudionici tržišta stranih sredstava plaćanja mogu kupovati, odnosno prodavati devize promptno i terminski (na rok)” te da “terminska kupnja, odnosno prodaja deviza ... jest kupnja, odnosno prodaja kod koje je rok za izvršenje obveze duži od dva radna dana od sklapanja ugovora”⁸¹.

⁷⁷ Čl. 5. st. 2. ZDP.

⁷⁸ Čl. 18. st. 1. ZDP.

⁷⁹ Čl. 1. st. 1. ZDP. Prema čl. 2. st. 1. rezidentima se smatraju pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, osim njihovih podružnica u inozemstvu, podružnice stranih trgovačkih društava i trgovaca pojedinaca upisane u registar koji se vodi kod nadležnog tijela državne vlasti ili uprave u Republici Hrvatskoj, trgovci pojedinci, obrtnici i druge fizičke osobe sa sjedištem odnosno prebivalištem u Republici Hrvatskoj koje samostalnim radom obavljaju gospodarsku djelatnost za koju su registrirane (u daljnjem tekstu: poduzetnici pojedinci), fizičke osobe s prebivalištem u Republici Hrvatskoj, fizičke osobe koje u Republici Hrvatskoj borave na osnovi važeće dozvole boravka u trajanju najmanje 183 dana, osim diplomatskih i konzularnih predstavnika stranih zemalja te članova njihovih obitelji, i diplomatska, konzularna i druga predstavništva Republike Hrvatske u inozemstvu koja se financiraju iz proračuna te hrvatski državljani zaposleni u tim predstavništvima i članovi njihovih obitelji. Prema st. 2. istog članka, sve druge osobe smatraju se nerezidentima.

⁸⁰ Čl. 42. st. 2. i 3. ZDP.

⁸¹ Čl. 43. ZDP.

6. Sklapanje ugovora o swapu

6.1. Ugovorne strane

U svezi s ugovornim stranama treba promotriti pitanje može li svaka osoba biti ugovorna strana ili u svezi s tim postoje li kakva ograničenja.

Imajući u vidu prikazane hrvatske propise, prvo se može uočiti kako su HNB i banke ovlaštene sklapati ugovore o valutnom swapu temeljem izričitih odredbi ZHNB i ZDP. Glede drugih osoba, u obzir treba uzeti odredbe ZTK. Kako iz njega proizlazi da bi sklapanje i ispunjenje ugovora o swapu predstavljalo jednu od financijskih usluga, odnosno aktivnosti⁸², primjenjivale bi se odredbe ZTK o osobama koje su ovlaštene pružati financijske usluge, a to su, kratko govoreći, investicijska društva i kreditne institucije⁸³. Dapače, prema izričitoj odredbi čl. 6. ZTK osim iscrpno, a ne primjerice pobrojanih osoba “nitko drugi u Republici Hrvatskoj ne smije pružati investicijske usluge, niti obavljati investicijske aktivnosti”⁸⁴.

Stoga se postavlja pitanje valjanosti ugovora koje bi sklopile osobe izvan kruga ovlaštenih za to u čl. 6. ZTK.

Na prvi pogled, budući da su te odredbe prisilne pravne prirode, moglo bi se zaključiti kako bi ugovori sklopljeni između drugih osoba bili ništavi zbog protivnosti prisilnim propisima. Također bi se moglo reći i kako ti prisilni propisi zapravo ograničavaju promet spomenutim objektima, tj. da ih čine objektima u ograničenom prometu, što bi također upućivalo na ništavost ugovora zbog protivnosti činidbe prisilnim propisima⁸⁵.

⁸² Prema čl. 5. st. 1. ZTK investicijske usluge i aktivnosti su: 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

⁸³ Čl. 6. st. 1. – 3. ZTK: Pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti u Republici Hrvatskoj može: 1. investicijsko društvo koje je za to dobilo odobrenje za rad od Agencije, 2. investicijsko društvo sa sjedištem u državi članici koje nije kreditna institucija ili financijska institucija i koje u skladu s odredbama ovog Zakona ustroji podružnicu u Republici Hrvatskoj ili je ovlašteno neposredno pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti u Republici Hrvatskoj, 3. podružnica investicijskog društva sa sjedištem u trećoj državi koja je za to dobila odobrenje za rad od Agencije. Osim društava iz stavka 1. ovog članka, pružati investicijske usluge i obavljati investicijske aktivnosti u Republici Hrvatskoj može: 1. kreditna institucija koja za to dobije odobrenje od Hrvatske narodne banke, 2. kreditna institucija ili financijska institucija iz države članice koja, u skladu s odredbama zakona koji uređuje osnivanje i poslovanje kreditnih institucija, ustroji podružnicu u Republici Hrvatskoj ili je ovlaštena neposredno pružati financijske usluge u Republici Hrvatskoj, 3. podružnica kreditne institucije sa sjedištem u trećoj državi koja je za to dobila odobrenje za rad od Hrvatske narodne banke. U Republici Hrvatskoj investicijske usluge iz članka 5. stavka 1. točke 8. ovog Zakona može obavljati i tržišni operater koji ispunjava uvjete propisane ovim Zakonom”.

⁸⁴ Čl. 6. st. 4. ZTK.

⁸⁵ Čl. 322. st. 1. ZOO.

S druge strane, odredbe ZTK drugim osobama ne zabranjuju pojedinačno i prigodno sklapanje ugovora, nego pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti, što znači pružanje tih usluga, odnosno obavljanje aktivnosti kao djelatnosti⁸⁶, a prema općim pravilima o ništetnosti pravnih poslova sama zabrana sklapanja ugovora jednoj strani ne dovodi do ništavosti ugovora⁸⁷. Kako odredba ZTK drugim osobama zabranjuje pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti, držimo da se ovdje radi o zabrani sklapanja ugovora, a to, ponavljamo, ne bi dovelo do ništetnosti sklopljenog ugovora, nego samo do javnopravnih sankcija⁸⁸.

Uz to, ništavost je najteža pravna posljedica prekoračenja granica slobode ugovaranja, propisana radi zaštite važnih interesa javnog poretka, pa kad takvi interesi javnog poretka nisu povrijeđeni, ugovor ne treba biti ništav. U prilog tezi o potrebi stajališta o valjanosti ugovora upućuje i načelo *favor negotii*, prema kojem ugovor treba uzeti valjanim, a ne ništavim, kad god je to moguće.

Ako ugovorne strane same ne bi mogle ispuniti preuzete obveze, zato što im to priječe prisilni propisi, moglo bi se zauzeti stajalište kako, između ostalih obveza, nastaje i obveza da ovlaštenoj osobi daju odgovarajući nalog, koji će ovlaštena osoba (npr. banka) provesti za račun tih ugovornih strana i čijim ispunjenjem će biti ispunjene njihove obveze iz sklopljenog ugovora. Takva situacija ne bi odudarala od drugih svakodnevnih situacija u kojima ugovorne strane same ne mogu ispuniti preuzete obveze, nego trećim osobama daju naloge za poduzimanje pravnih poslova kojima će biti ispunjene njihove obveze (npr. nalozi za otpremu robe špediterima ili nalozi za otvaranje akreditiva ili izdavanje garancija bankama).

Budući da predmet poslovanja, odnosno djelatnosti osoba koje u ZTK nisu navedene kao osobe ovlaštene za pružanje investicijskih usluga, odnosno obavljanje investicijskih aktivnosti, ne mogu biti te usluge, odnosno aktivnosti, načelno je moguće postaviti pitanje valjanosti pravnih poslova poduzetih izvan okvira pravne sposobnosti (*ultra vires*). To je pitanje moguće postaviti, stoga što je primjena teorije *ultra vires* u nekim državama dovela do ništetnosti više ugovora o swapu⁸⁹. Suprotno tomu, prema izričitoj odredbi ZOO valjani su i pravni poslovi koje pravna osoba poduzme izvan djelatnosti koje čine predmet

⁸⁶ Čl. 35. ZTVP glasi : “(1) Poslove s vrijednosnim papirima kao djelatnost smiju obavljati samo brokersko društvo i banka, koji su za obavljanje tih poslova dobili dozvolu Komisije i upisali ih kao djelatnosti u sudski registar. (2) Osobe koje nemaju dozvolu Komisije ne smiju kao djelatnost obavljati poslove s vrijednosnim papirima.”

⁸⁷ Čl. 322. st. 2. ZOO.

⁸⁸ Podrobnije v. u Gorenc, Vilim (ur.): Komentar Zakona o obveznim odnosima, 2005. (dalje: Komentar ZOO), s. 472. i dalje.

⁸⁹ U Engleskoj prema odluci House of Lords i u Njemačkoj prema starijem stajalištu Saveznog suda, prema Schwintowski/Schaefer, s. 926. i dalje. Ipak, u Njemačkoj je danas vladajuće gledište kako i država, na koju se odnosilo ranije stajalište Saveznog suda, može valjano poduzimati poslove *ultra vires*. Prema Wadsley, Jan – Penn, Graham: The Law Relating to Domestic Banking, 2000. (dalje: Wadsley/Penn), s. 279. u engleskom pravu strana koja je više primila od druge dužna je višak vratiti drugoj strani primjenom instituta stjecanja bez osnove .

njena poslovanja, pa otpada mogućnost da prema hrvatskom pravu poslovi poduzeti *ultra vires* ne bi bili valjani⁹⁰.

6.2. Tehnika sklapanja i sadržaj ugovora

6.2.1. Općenito

Ugovori o swapu redovito se sklapaju “u dva koraka”.

Strane koje namjeravaju sklopiti jedan, ali redovito sklapaju više, ugovora o *swapu* prvo se sporazumijevaju o pravilima koja će se primjenjivati na buduće ugovore o swapu koje će sklapati. Drugim riječima, one “sklapaju”, tzv. “okvirni ugovor” koji sadrži odredbe koje će se primjenjivati na pojedinačne ugovore, koje će strane kasnije sklapati, ali ne i bitne sastojke pojedinog ugovora o swapu koji će sklopiti⁹¹.

Kako ZOO ne poznaje izraz “okvirni ugovor”, potrebno je kratko ga objasniti.

Strane, poglavito trgovci, koje namjeravaju sklopiti više ili niz ugovora iste vrste i istoga tipa ponekad, prije sklapanja prvoga od tih ugovora, u pisanom obliku određuju značajan dio sadržaja tih budućih ugovora, tako da za nastanak budućih ugovora preostane suglasiti se o njihovim bitnim sastojcima, dok su ostali sastojci određeni “okvirnim ugovorom” (npr. značenje pojedinih izraza, vrijeme ispunjenja, mjesto ispunjenja, posljedice zakašnjenja, mjerodavno pravo, nadležnost za rješavanje sporova i slično). Kako su po posljednjem “okvirni ugovori” usporedivi s općim uvjetima ugovora, odnosno poslovanja, literatura ih ponekad uvršćuje u opće uvjete poslovanja⁹². Istodobno ovdje opće uvjete ne priprema jedna strana, nego obje zajednički, ili obje strane prihvaćaju opće uvjete koje je izradio netko treći. Strane te uvjete prihvaćaju izrijeком, dok se opći uvjeti poslovanja, općenito govoreći, primjenjuju čim je suugovaratelj sastavljača za njih znao ili morao znati⁹³.

Okvirni ugovor koji prihvaćaju strane koje namjeravaju sklopiti ili sklapati ugovore o swapu redovito je ISDA Master Agreement, koji je izradila Međunarodna udruga swap “dealera”⁹⁴.

6.2.2. ISDA Master Agreement

ISDA Master Agreement rezultat je rada Međunarodne udruge swap “dealera”, koja je već 1985. godine izradila ISDA Code of Standard Wording, Assumptions and Provisions for Swaps, a 1992. prvi Master Agreement. Danas se rabi posljednji Master Agreement iz 2002. godine.

⁹⁰ Čl. 274. st. 2. ZOO.

⁹¹ Budući da prihvaćanjem okvirnog ugovora još ne nastaju obveze strana, u izrazu “sklapaju tzv. okvirni ugovor”, riječ sklapaju je pod navodnicima.

⁹² Npr. Schwenger, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. izdanje, (dalje: Schwenger), s. 285.

⁹³ Čl. 295. st. 5. ZOO.

⁹⁴ International Swap Dealers Association, Inc.

Kao i u drugim slučajevima u kojima postoji potreba za ujednačavanjem ugovornih odredbi koje će se primjenjivati na buduće ugovore koje će sklapati strane, posebno ako se radi o ugovorima s međunarodnim obilježjem u kojima strane ne pripadaju istome pravnom krugu, npr. jedna u common law, a druga u kontinentalni pravni krug, Master Agreementom se nastoji ujednačiti sadržaj ugovora na koje se primjenjuje. U ovome je slučaju to osobito značajno jer se radi o novim tipovima ugovora, koji su neimenovani i kao takvi nisu opisani u propisima koji uređuju ugovore.

On se ne primjenjuje samo na ugovore o swapu, nego sadrži odredbe koje se mogu primijeniti i na druge financijske izvedenice, odnosno ugovore koji se sklapaju.

Naime, kako su se usporedo sa swapovima razvijali i brojni drugi oblici složenih financijskih instrumenata, odnosno financijskih izvedenica, bilo je razložno izraditi jedan tipski ili konkretnije okvirni ugovor prikladan za različite vrste transakcija od kojih su ovi složeni instrumenti sastavljeni (tzv. *composite financial products*) te ih u teleološkom smislu smatrati dijelom jedinstvenog ugovora. U tom pogledu takav okvirni ugovor trebao bi biti usmjeren na određivanje načina na koji bi se sve neispunjene obveze mogle svesti na jedan neto-iznos koji subjekti međusobno duguju (tzv. *netting*)⁹⁵.

ISDA Master Agreement (posljednja, treća revizija izvršena je 2002. godine čime se broj stranica ovog ugovora povisio na 28) upravo je takav okvirni ugovor i predstavlja svojevrsne opće uvjete poslovanja, kojim se na složenom tržištu financijskih izvedenica uspostavlja red i povećava pravna sigurnost. Ovim se okvirnim ugovorom različite financijske izvedenice međusobno povezuju te se uređuju međusobne obveze i prava ugovornih strana u slučaju neispunjenja, promjene poreznih propisa, eventualnog spora oko prebijanja dugovanih iznosa i drugih sporova koji bi mogli proizaći iz samog ugovora.

ISDA Master Agreement sastoji se u prvom redu od standardnog, odnosno tipskog ugovora. Uz taj ugovor nalazi se "Schedule to the Master Agreement", odnosno dodatak u koji se unose podaci o odredbama standardnog ugovora koje strane žele primijeniti, a koje ne žele primijeniti i o odredbama kojima žele dopuniti odnosno izmijeniti odredbe standardnog ugovora. I na koncu, posebne odredbe koje zapravo predstavljaju bitne sastojke svakoga pojedinog ugovora što se sklapa uz primjenu Master Agreementa navode se u odvojenim potvrdama⁹⁶, dok se svaki pojedini ugovor u standardnom ugovoru naziva "specified transaction".

Sam standardni, odnosno tipski ugovor sadrži odredbe o:

- plaćanjima vezanim uz svaku pojedinu transakciju;
- ovlasti za zastupanje i pravovaljanosti posebnih poslovnih informacija koje subjekti međusobno razmjenjuju;

⁹⁵ Vidi Hudson, A.: *The Law on Financial Derivatives*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London 2002, s. 122.

⁹⁶ Tako i Firth, 10-012.

- postupanju u slučaju uskraćivanja, odnosno neplaćanja poreza (tzv. *tax withholdment*);
- ugovornim standardima (tzv. *convenants*) kojih se subjekti moraju pridržavati tijekom trajanja ugovora;
- raskidu ugovora u slučaju izmjene određenih okolnosti;
- postupanju u slučaju neispunjenja neke od ugovornih obveza, bilo od strane samih ugovornih strana ili trećih te
- podmiranju međusobnih obveza po prestanku ugovora⁹⁷.

Osim toga on sadrži i druge definicije i ugovorne standarde koji su uobičajeni za financijske transakcije, primjerice o valuti, restrikcijama glede prijenosa novčanih iznosa, nadležnosti i pravu koje se primjenjuje na sam ugovorni odnos, pojašnjenja nekih lokalnih poslovnih običaja, itd.

Nasuprot tomu standardni odnosno tipski ugovor ne sadrži definicije financijskih izvedenica pri čijem ugovaranju se rabi, nego govori o “specified transactions”. Stoga razumijevanju pojedinih tipova ugovora koji se sklapaju uz primjenu ISDA Master Agreement bitno doprinose knjižice koje također izdaje ISDA i koje sadrže standardne definicije i druge odredbe potrebne za razumijevanje pojedinih tipova financijskih izvedenica. Osim toga, danas se pitanja obvezatne popratne dokumentacije vezane uz pojedinu financijsku izvedenicu, ali i druge pravne nedoumice rješavaju pomoću definicija i pravila sadržanih u tiskanim priručnicima (tzv. *publications*, odnosno *booklets*).

Svaka knjižica definicija odnosi se na određenu vrstu financijskih izvedenica (tzv. *main families of derivative products*) te obuhvaća njene podvrste. Potrebno je naglasiti kako je priroda ove popratne dokumentacije dinamična te da kod ugovaranja ovakvih transakcija pomoću ISDA-inog okvirnog ugovora svakako treba revidirati pojedine termine i prilagoditi ih potrebama pojedinog ugovornog odnosa, upravo stoga što je svaka financijska izvedenica zapravo jedinstvena. Dakako da se definicije u tiskanim knjižicama periodički revidiraju i osuvremenjuju, ovisno o kretanjima na financijskom tržištu.

Općenito govoreći treba uočiti kako ovaj vrijedan rezultat kontinuiranih napora za ujednačavanjem ugovora o financijskim izvedenicama bitno doprinosi svojoj svrsi, ali i kako je ispunjenje njegove svrhe ograničeno. Kao i značajan broj drugih ujednačenih odredbi koje se široko primjenjuju pri sklapanju ugovora s međunarodnim obilježjem, npr. Ujednačena pravila i običaji za dokumentarne akreditive Međunarodne trgovačke komore, ISDA Master Agreement čitav niz pravnih pitanja ostavlja otvorenim. To podrazumijeva potrebu popunjavanja značajnih pravnih praznina odgovarajućim pravnim pravilima mjerodavnog prava, a to pak, kad god ugovor ima međunarodno obilježje, za prethodnu potrebu određivanja mjerodavnog prava.

S tim u vezi potrebno je reći kako ISDA Master Agreement sadržajem i terminologijom pripada u common law u kojem je i nastao. Stoga će pri nužnom povezivanju ISDA Master Agreementa s pravilima mjerodavnog prava u svakom

⁹⁷ Ibidem, 551.

pojedinom slučaju, njegovom supsumiranju pod terminologiju i sadržaj mjerodavnog prava i pri njegovom tumačenju postojati značajno manje otvorenih pitanja kad je mjerodavno pravo neke od država koje pripadaju tom pravnom krugu, nego kad je mjerodavno pravo države koja pripada kontinentalnom pravnom krugu. Dapače, neki autori spominju svojevrsni sukob između common lawa i kontinentalnog pravnog kruga koji, pogotovo zahvaljujući njemačkoj i francuskoj judikaturi, sve češće primjenjuje specifična tumačenja pojedinih ugovornih odredbi povezanih s poslovanjem financijskim izvedenicama.

6.2.3. *Pojedini ugovori*

Svaki pojedini ugovor o swapu sklopljen je, kao i svaki drugi ugovor, tek kad se ugovorne strane suglase o njegovim bitnim sastojcima. Kako ISDA Master Agreement, kao okvirni ugovor, ne sadrži bitne sastojke, pojedini ugovori o swapu nastat će tek u trenutku kad se strane suglase o bitnim sastojcima svakoga pojedinog ugovora o swapu.

Bitni sastojci ugovora o kamatnom swapu precizno i pregledno su navedeni, primjerice u standardnom, odnosno tipskom ugovoru jedne banke, koji je dostupan na web stranici⁹⁸. Prema tom standardnom odnosno tipskom ugovoru bitni sastojci ugovora o valutnom swapu su:

1. rok zamjene (tenor) koji uključuje datum početka roka zamjene i datum završetka roka zamjene;
2. iznos i valuta glavnice za koju će se obračunavati ugovorene kamate;
3. određenje varijabilne kamatne stope, što uključuje određenje ugovorne strane koja ju je dužna isplatiti i elemente odredivosti varijabilne kamatne stope i relevantan datum utvrđivanja vrijednosti referentne kamatne stope primjenom koje se varijabilna kamatna stopa u pojedinom slučaju izračunava (datum utvrđivanja vrijednosti referentne kamatne stope);
4. određenje fiksne kamatne stope, što uključuje određenje ugovorne strane koja ju je dužna isplatiti i iznos fiksne kamatne stope;
5. datum namire (kajih unutar roka zamjene može biti više) i
6. obračunsko razdoblje (kajih unutar roka zamjene može biti više).

Ispravu o sklapanju pojedinog ugovora, koja sadrži bitne sastojke, ovaj tipski ugovor naziva zaključnica, a ISDA Master Agreement potvrđuje⁹⁹. U dijelu engleske literature se, međutim, polazi od načela neformalnosti ugovora, te navodi kako u slučaju nesuglasnosti sadržaja usmenog sporazuma sa sadržajem pisane potvrde, prednost treba dati sadržaju usmenog sporazuma, jer je potvrda samo dokaz o sklopljenom sporazumu¹⁰⁰

⁹⁸ [http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20kamatnih%20stopa%20\(IRS\).doc](http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20kamatnih%20stopa%20(IRS).doc).

⁹⁹ "Confirmation" iz čl. 1. c) ISDA Master Agreement. Činjenicu da ona sadrži bitne sastojke pojedinog ugovora potvrđuju Firth, Simon, *Derivatives Law and Practice*, 2004. (dalje: Firth) 11-004 i Hudson, *The Law*, s. 220.

¹⁰⁰ Firth, 3-036.

Bitni sastojci ugovora o valutnom swapu proizlaze iz njegova opisa danog u literaturi. Budući da se tim ugovorom strane obvezuju razmijeniti određenu novčanu svotu u različitim valutama i u budućnosti ponovno, u obrnutom smjeru, razmijeniti istu svotu, proizlazi da su bitni sastojci ovog ugovora svota koja se odmah razmjenjuje i to i u jednoj i u drugoj valuti, tečaj sadašnje razmjene i tečaj buduće razmjene. Ako bi valutni swap uključivao i kamate, bitni sastojak ugovora činila bi i kamatna stopa, odnosno način određivanja kamatne stope.

Osim sadržaja potvrde, sadržaj ugovora o swapu redovito čini i sadržaj ISDA Master Agreementa i "Schedule to the Master Agreement" koje su ugovorne strane prihvatile prije sklapanja pojedinih ugovora, čiji su bitni sastojci sadržani u potvrdama. Poslije toga, sadržaj ugovora čine praksa uspostavljena između ugovornih strana, trgovački običaji, a na koncu i dispozitivne odredbe mjerodavnog prava koje se primjenjuje na ugovor¹⁰¹.

7. Građanskopravna kvalifikacija ugovora o swapu

7.1. Englesko pravo

Temeljno pitanje koje postavlja engleska literatura, i to ne samo glede swapova, nego i glede drugih financijskih izvedenica na koje se redovito primjenjuje ISDA Master Agreement, je pitanje čine li svi poslovi sklopljeni između dvije strane uz primjenu ISDA Master Agreementa jedan ugovor ili više pojedinačnih ugovora. Iako bi ISDA Master Agreement zahtijevao da se svi poslovi uzmu kao jedan ugovor, vladajuće gledište je suprotno, da se radi o više pojedinačnih ugovora, jer oni ne nastaju samim potpisivanjem ISDA Master Agreementa, nego pojedinačnih potvrda koje sadrže bitne sastojke svakoga pojedinog ugovora sklopljenog uz primjenu istoga ISDA Master Agreementa¹⁰².

Literatura nadalje nudi više odgovora na pitanje pravne kvalifikacije swapova, zapostavljajući značajne pravne razlike između valutnog i kamatnog swapa. Ugovori o swapu vide se i analiziraju kao financijski terminski ugovori, kao "executory contracts", kao uzajamni dug i kao obveze koje postoje pod uvjetom.

Shvaćanje swapova kao financijskih terminskih ugovora znači da se složene financijske transakcije razmatraju kao jednostavne (temeljne) transakcije "upakirane" (uklopljene) unutar istog financijskog instrumenta. U tom smislu swapovi se mogu razmatrati kao niz terminskih poslova¹⁰³. Svaki datum isplate iznosa kamata može se smatrati kao terminsko plaćanje, obvezu plaćanja određenog duga čija se visina izračunava u odnosu na referentnu kamatnu stopu

¹⁰¹ To proizlazi iz okolnosti što ugovori o swapu imaju karakter trgovačkih ugovora, o čemu podrobnije v. niže "Građanskopravna kvalifikacija ugovora o swapu, Hrvatsko pravo".

¹⁰² Hudson, *The Law*, s. 193.

¹⁰³ Za terminske poslove v. naprijed "Pojam i temeljne vrste izvedenica", a podrobnije u Slakoper, Zvonimir (ur.): *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet u Rijeci, 2007., s. 977. i dalje.

na točno određeni dan. Master Agreement u tom slučaju predstavlja jedan “krovni ugovor” (tzv. umbrella contract) unutar kojeg se izrijekom navodi svaka pojedina transakcija od koje se sastoji ovaj složeni financijski instrument.

Shvaćanje kamatnih swapova kao “executory contracts”¹⁰⁴ najbliže je kontinentalnom pojmu ugovora sa sukcesivnim činidbama, pri čemu sve činidbe čine jednu cjelinu, pa neispunjenje jedne može dovesti do raskida ugovora u cjelini. To proizlazi iz stava o postojanju jedinstvenog ugovora, koji se ne smatra ispunjenim do dana kada je izvršeno i posljednje plaćanje¹⁰⁵. Suprotno tomu, gledište kako se radi o uzajamnom dugu vidi svako pojedinačno plaćanje jedne i druge strane tijekom trajanja ugovora kao zasebnu ugovornu obvezu¹⁰⁶.

Dio literature koji swapove vidi kao uvjetne obveze ističe kako obveza plaćanja određenog novčanog iznosa u sklopu *swapa*, ovisi o ispunjenju nekog prethodnog uvjeta. Kod kamatnog swapa takav prethodni uvjet predstavljale bi promjene u kamatnoj stopi na tržištu. U smislu ove teorije ugovor o kamatnom swapu mogao bi se razložiti na niz zasebnih ugovora s obvezom plaćanja uvjetovanom nastupom određenog prethodnog uvjeta¹⁰⁷.

7.2. Njemačko pravo

Pri kvalificiranju swapova njemačka literatura odvojeno promatra valutne swapove i kamatne swapove.

Gledišta literature o pravnoj prirodi valutnog swapa nisu jedinstvena. Navodi se kako preteže mišljenje da je ugovor o valutnom swapu dvostruki kupoprodajni ugovor, gdje je promptni devizni ugovor vezan uz terminski devizni ugovor, dok manjina, valutni swap vidi kao dvostruki ugovor o razmjeni ili kao ugovor *sui generis*¹⁰⁸. Istovremeno se zauzimaju i čvrsta gledišta kako čisti valutni swap neprijeporno predstavlja posebni oblik deviznog terminskog posla¹⁰⁹, ali i kako on nije ni kupoprodaja niti zajam, nego atipični ugovor kojim se knjiški novac razmjenjuje za strani knjiški novac pri čemu pretežu elementi sukcesivne razmjene¹¹⁰.

Tezi da bi valutni swap bio kupoprodaja prigovara se tvrdnjom kako nedostaje kupoprodajna cijena i kako se ne može odrediti koja strana je kupac, a koja

¹⁰⁴ Prema Hudson, *The Law*, s. 198. ugovor o kamatnom *swapu* smatra se executory contract obzirom da: “...it is formed at the creation of the agreement but it requires performance to be made at some point in the future”.

¹⁰⁵ Prema Hudson, *The Law* s. 198. “Completion of all payments is the pre-requisite of performance and not the making of any individual payment”.

¹⁰⁶ Ibidem, 203.: “...where periodical payments are required to be made by each party to a swap which will continue over time until expiry, each payment made by each party should be seen as a distinct contractual debt obligation.”

¹⁰⁷ Ibidem, 206.

¹⁰⁸ Schwintowski/Schaefer, s. 916.

¹⁰⁹ Schwintowski/Schaefer, s. 924.

¹¹⁰ Kraemer, s. 156. – 157.

prodavatelj jer se razmjenjuju valute¹¹¹, koja proizlazi iz shvaćanja da strani novac nema svojstva potrebna da bi bio podvrgnut pojmu predmeta kupoprodaje. Umjesto toga, novčana obveza vidi se kao obveza pribavljanja vrijednosti, odnosno imovinske moći (“*Vermögensmacht*”), a ne obveza predaje stvari¹¹², jer se u njemačkom pravu i novčane obveze u stranoj valuti pretežno uzimaju kao novčane obveze, točnije kao obveze pribavljanja stranog knjiškog novca¹¹³.

Pitanju je li obveza isplate strane valute novčana obveza posvetit će se posebna pozornost pri pravnom kvalificiranju valutnog swapa sa stajališta hrvatskog prava.

Kao i glede valutnog swapa i glede kamatnog swapa u njemačkom pravu razmatraju se mogućnosti da bi on bio kvalificiran kao kupoprodaja, razmjena, zajam ili atipični ugovor.

Glede mogućnosti da bi bio kvalificiran kao razmjena, navodi se kako se kod razmjene radi o razmjeni individualnih vrijednosti¹¹⁴ te kako on nije razmjena u smislu par. 515. BGB, jer nema razmjene takvih vrijednosti, nego se ugovorom o kamatnom swapu utemeljuju uzajamne novčane obveze¹¹⁵, odnosno “isključivo preuzimaju obveze plaćanja prema drugoj ugovornoj strani”¹¹⁶. Taj ugovor nije ni zajam jer zajam podrazumijeva prepuštanje kapitala s ugovaranjem kamata kao naknade za prepuštanje kapitala dok se “kod čistog kamatnog swapa ne prepušta ... kapital, nego se obveze plaćanja orijentiraju na nominalnu svotu glavnice”. Sukladno tomu posebno se ističe kako se ne radi o uzajamnom plaćanju kamata, kao što se često pogrešno formulira, jer obveza plaćanja kamata kao samostalni predmet obveze ne može postojati¹¹⁷ nego može postojati samo kad postoji glavna obveza, odnosno glavnica na koju se plaćaju kamate, a ovdje su obveze plaćanja ugovorenih svota glavne obveze ugovornih strana.

Kod kamatnog swapa postavlja se i pitanje odnosa tog ugovora prema pravnim poslovima s kojima je on povezan, jer je on povezan, npr. s ugovorima o kreditu koje su ugovorne strane kao korisnici kredita sklopile s trećim osobama kao davateljima kredita.

Ugovori o swapu ne sadrže poveznicu prema pravnim poslovima (npr. kreditima) u svezi s kojima se sklapaju ugovori o swapu i oni predstavljaju novu i samostalnu obvezu plaćanja¹¹⁸ te nema međusobnog utjecaja povrede ugovora o swapu na pravne poslove u svezi s kojima su oni sklopljeni, ni *vice versa*¹¹⁹, osim u slučaju tzv. cross-default-klauzule u ugovoru o swapu koja daje pravo jednostranog raskida ugovora u slučaju da je otkazan ugovor o kreditu s

¹¹¹ Schwintowski/Schaefer, s. 916.

¹¹² Kraemer, s. 135.

¹¹³ Kraemer, s. 136.

¹¹⁴ Kraemer, s. 147.

¹¹⁵ Claussen, s. 382.

¹¹⁶ Schwintowski/Schaefer, s. 915. Slično Claussen, s. 381.

¹¹⁸ Kraemer, s. 107.

¹¹⁸ Kraemer, s. 164.

¹¹⁹ Kraemer, s. 180.

kojim je povezan ugovor o swapu. Budući da su oni u pravilu neovisni od poslova financiranja s kojima su u vezi, postoji njihova apstraktnost u odnosu na poslove koji predstavljaju njihovu gospodarsku bazu.

7.3. Hrvatsko pravo

7.3.1. Zajednička obilježja ugovora o valutnom swapu i kamatnom swapu

U poredbenoj literaturi jedinstveno se navodi kako su ugovori o swapu potpuni dvostranoobvezni, odnosno sinalagmatični ugovori¹²⁰, a to je neprijeporno i za hrvatsko pravo¹²¹. To dovodi do toga da se na njih, osim pravila koja se odnose na sve pravne poslove, primjenjuju i pravila koja se odnose samo na dvostranoobvezne ugovore¹²².

Ugovore o swapu sklapaju osobe koje imaju svojstvo trgovaca¹²³ i to u obavljanju njihovih gospodarskih djelatnosti odnosno u vezi s tim djelatnostima. Time ti ugovori ispunjavaju i subjektivne i objektivne pretpostavke potrebne da bi bili kvalificirani kao trgovački ugovori¹²⁴. Jednostavno govoreći, ugovori o swapu su trgovački ugovori¹²⁵.

Okolnost što su ugovori o swapu trgovački ugovori izaziva više značajnih posljedica. Ona, u prvom redu, utječe na hijerarhiju pravnih izvora koji se primjenjuju na ove ugovore, jer se na obvezne odnose između trgovaca u prvom redu primjenjuje praksa koju su trgovci međusobno razvili, zatim trgovački običaji, uvijek ako postoje i ako sudionici u njima nisu izrijeckom ili prešutno isključili njihovu primjenu, a dispozitivne odredbe ZOO tek ako strane drukčije ugovore ili ako nema ni prakse razvijene između trgovaca, niti trgovačkih običaja. Osim toga, ugovorne strane uvijek su obvezane najmanje na pozornost dobrog gospodarstvenika. Na ugovore se primjenjuju odredbe ZOO koje se odnose na trgovačke ugovore, a neke su ustanove isključene od primjene (npr. ustanova prekomjernog oštećenja¹²⁶).

Okolnost što ugovore o swapu sklapaju trgovci utječe i na način ispunjenja obveza plaćanja koje proizlaze iz ugovora o swapu. Naime, trgovci su

¹²⁰ Zobl/Kramer, s. 216. – 217., Schwintowski/Schaefer, s. 918. i Kraemer, s. 106.

¹²¹ Pojam sinalagmatičnih ugovora v. u Klarić, Petar – Vedriš, Martin: Građansko pravo, 9. izd., s. 493.

¹²² Čl. 357. – 374. ZOO koji uređuju odgovornost za nedostatke ispunjenja, pravilo istodobnog ispunjenja, prigovor neizvjesnog ispunjenja, raskid ugovora zbog neispunjenja, *clausulu rebus sic stantibus* i nemogućnost ispunjenja

¹²³ Prema čl. 1. Zakona o trgovačkim društvima (NN 111/1993, 34/1999, 121/1999, 118/2003 i 107/2007) (dalje: ZTD) trgovac je “osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti”. Iscrpnije v. u Gorenc, Vilim – Slakoper, Zvonimir – Filipović, Vladimir – Brkanić, Vlado: Komentar Zakona o trgovačkim društvima, 3. izd., 2004., s. 3.

¹²⁴ Prema čl. 14. st. 2. ZOO trgovački ugovori su “ugovori što ih sklapaju trgovci među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili su u vezi s obavljanjem tih djelatnosti”. Iscrpnije v. u Komentar ZOO, s. 27. i dalje.

¹²⁵ Za njemačko pravo tako Kraemer, s. 119.

¹²⁶ Čl. 375. ZOO.

obuhvaćeni pojmom poslovnog subjekta iz Zakona o platnom prometu u zemlji¹²⁷, a poslovni subjekti dužni su svoja novčana sredstva držati na računima kod banaka i sva plaćanja obavljati preko tih računa¹²⁸. Kako je ova odredba ZPPZ prisilne pravne prirode, plaćanja bankovnim računima, tj. prijenosom tražbine s bankovnog računa dužnika na bankovni račun vjerovnika, treba uzeti kao zakonsko sredstvo plaćanja između trgovaca.

Imajući sad u vidu da se novčana tražbina imatelja bankovnog računa prema banci, temeljem ugovora o tekućem računu, obavljanju platnog prometa ili o novčanom pologu, naziva žiralni ili knjiški novac, jednostavno se može reći kako okolnost što ugovore o swapu sklapaju trgovci dovodi do toga da oni obveze plaćanja iz tih ugovora ispunjavaju žiralnim (knjiškim) novcem, tj. prijenosom tražbine s bankovnog računa dužnika na bankovni račun vjerovnika¹²⁹. Obveza plaćanja ispunjena je u trenutku kad banci vjerovnika “stigne novčana doznaka u korist vjerovnika ili nalog (virman) dužnikove banke, odnosno druge pravne osobe da odobri računu vjerovnika iznos naznačen u nalogu”¹³⁰.

Ugovori o swapu su dugoročni ugovori s trajanjem od dvije do deset ili više godina, ponekad kraćim od svega jedne godine ili dužim i do dvadeset godina¹³¹. Tijekom tog vremena ugovorne strane razmjenjuju činidbe, pa se postavlja pitanje radi li se o ugovorima kojima nastaje trajni obvezni odnos, odnosno ugovorima s trajnim činidbama, ili o ugovorima sa sukcesivnim činidbama, a u drugom slučaju i pitanje čine li sve sukcesivne činidbe jednu cjelinu ili ne čine. Ta su pitanja posebno bitna zbog posljedica zakašnjenja, odnosno neispunjenja jedne od sukcesivnih činidbi.

Posebno, prema dijelu literature kamatni swap bio bi trajni obvezni odnos¹³² zato što se ispunjava tijekom dužeg vremena davanjem uzastopnih činidbi koje prema volji ugovornih strana predstavljaju gospodarsko jedinstvo, ali se zastupa i gledište kako ni on nije pravi trajni obvezni odnos nego ugovor o sukcesivnoj isporuci¹³³.

Kad se obveze i pravni položaj strana ugovora o swapu usporede s obvezama i pravnim položajem strana u tipičnim ugovorima s trajnim činidbama, kao što su ugovori o najmu i zakupu, proizlazi da obveze strana ugovora o swapu, koje se sastoje u periodičnim činidbama, ne odgovaraju pojmu trajnih činidbi, nego pojmu sukcesivnih činidbi¹³⁴. Teže od toga je pitanje čine li sve sukcesivne

¹²⁷ NN 117/2001 (dalje: ZPPZ). Prema čl. 2. st. 4. ZPPZ “poslovni subjekt je pravna osoba, tijelo državne vlasti, tijelo državne uprave, jedinica lokalne samouprave, jedinica područne (regionalne) samouprave i fizička osoba koja obavlja registriranu djelatnost u skladu s propisima”.

¹²⁸ Čl. 18. ZPPZ.

¹²⁹ Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hnosell – Vogt – Wiegand (ur.): Obligationenrecht I; Honsell – Vogt – Watter (ur.) Obligationenrecht II, 3. izd. (dalje: Basler) I, s. 498.

¹³⁰ Čl. 177. st. 1. ZOO.

¹³¹ Kraemer, s. 112.

¹³² Zobl/Kramer, s. 216. – 217.

¹³³ Tako navode Schwintowski/Schaefer, s. 918.

¹³⁴ Tako i Schwintowski/Schaefer, s. 918.

činidbe jednu cjelinu, kad bi u slučaju neispunjenja jedne od njih bio moguć raskid ugovora u cjelini, ili ne čine, kad bi u slučaju neispunjenja jedne od njih ugovor mogao biti raskinut samo glede budućih periodičnih činidbi¹³⁵. Prema autoru, na ovo pitanje se ne može odgovoriti općenito, nego glede pojedinih vrsta swapa.

Čistim ugovorom o valutnom swapu strane dva puta, u obrnutim smjerovima, razmjenjuju istu vrijednost u različitim valutama, i očito bez druge razmjene svrha ugovora ne može biti postignuta ni za jednu ugovornu stranu. Iz toga proizlazi da sve činidbe ugovornih strana čine jednu cjelinu.

Čistim ugovorom o kamatnom swapu jedna strana periodično plaća drugoj svotu koja odgovara razlici između fiksne i varijabilne kamatne stope na određenu glavnica pri čemu je svrha za jednu stranu otklanjanje rizika promjene (varijabilne) kamatne stope. Iz toga bi proizlazio zaključak kako ovdje svrha ugovora djelomično može biti postignuta i djelomičnim ispunjenjem, odnosno kako se ne može reći da vjerovnik ne bi imao interesa za djelomično ispunjenje. Znači da sve činidbe, odnosno pojedinačna plaćanja ne bi činila jednu cjelinu.

7.3.2. *Valutni swap*

Prema autoru ugovor o valutnom swapu koji se odnosi na domaću i stranu valutu, u temeljnom obliku, koji podrazumijeva samo razmjene novčanih svota u različitim valutama, a ne i plaćanje kamata, odgovarao bi ugovoru kojim se istovremeno sklapaju dva kupoprodajna ugovora tako da jedna strana u prvom ima svojstvo prodavatelja, a u drugom svojstvo kupca, a druga strana obrnuto.

Strana valuta koju se strane obvezuju isplatiti prva sad, a druga kasnije, je predmet oba kupoprodajna ugovora, koji se prodavatelj obvezuje prenijeti, tj. isplatiti, a domaća valuta koju se strane obvezuju isplatiti, druga sad, a prva kasnije, je cijena, koju se kupac obvezuje isplatiti prodavatelju.

Imajući u vidu da predmet prodavateljeve obveze redovito čine stvari i prava¹³⁶, potrebno je utvrditi odgovara li strana valuta pojmu mogućih predmeta prodavateljeve obveze, a analizu započeti prikazom pojma novca.

On je opće mjerilo vrijednosti i ujedno je zamjenjiv za druga dobra, a ta mu svojstva daje okolnost što države prisilnim propisima određuju što je novac na njihovom državnom području. Posebno, zamjenjivost za sve druge vrste dobara proizlazi iz vjerovnikove obveze primanja, kad dužnik ispunjava novčanu obvezu, onoga što propisi određuju kao novac, a to se naziva zakonsko sredstvo plaćanja. Drugim riječima, novcem na području određene države, sa stajališta

¹³⁵ Prema čl. 365. ZOO zakašnjenje s ispunjenjem jedne od uzastopnih obveza u pravilu omogućava raskid ugovora samo glede budućih obveza, a glede dotad ispunjenih samo ako vjerovnik za "njihovo ispunjenje bez ostalih ispunjenja" nema interesa, što je slučaj kad sve uzastopne obveze čine jednu cjelinu. Iscrpnije v. u Komentar ZOO, s. 548. i dalje.

¹³⁶ Komentar ZOO, s. 576.

obveznog prava, treba uzeti samo ono što njeni (prisilni) propisi određuju kao zakonsko sredstvo plaćanja¹³⁷.

De lege lata novčana jedinica, tj. valuta RH je kuna i ona je zakonsko sredstvo plaćanja u RH¹³⁸, stoga novcem u RH, odnosno kad se primjenjuje pravo RH treba uzeti samo kunu. *A contrario*, druge novčane jedinice, odnosno valute u RH nisu novac u pravnom smislu, pa proizlazi da obveza plaćanja domaće valute ima karakter obveze plaćanja, odnosno karakter novčane obveze, koja se kod kupoprodaje naziva cijena, dok obveza plaćanja strane valute nema karakter novčane obveze. Stjecatelj strane valute, naime ne stječe zakonsko sredstvo plaćanja neposredno razmjenjivo za sva druga dobra, koje ujedno vjerovnici novčanih obveza moraju primiti kad dužnici tih obveza ponude plaćanje.

Dakle, strana koja isplaćuje domaću valutu, ima svojstvo kupca, a da bi ugovor o valutnom swapu odgovarao kupoprodaji, strana valuta, koju isplaćuje druga strana, mora odgovarati pojmu jednog od mogućih predmeta prodaje.

Prema ZOO prodavatelj se kupcu obvezuje predati svar, a “prodavatelj nekog prava ... pribaviti to pravo kupcu”¹³⁹, što podrazumijeva da predmet prodaje može biti i pravo i to “svako subjektivno i prenosivo pravo iz bilo kojega pravnog područja”¹⁴⁰, a za mogućnost da ono bude predmet kupoprodaje nužno je samo da se radi o subjektivnom i prenosivom pravu¹⁴¹.

Kad bi druga strana prvoj predavala stranu valutu u obliku stvari (novčanica i kovanog novca), moglo bi se stranu valutu uzeti kao stvar. No, kako smisao novca u općenitom smislu, dakle i strane valute, nije u materijalnosti nego u tome da nosi i ima vrijednost, te kako strane ne ispunjavaju obveze plaćanja predajom novčanica, nego prijenosom novčane tražbine na račun vjerovnika, tj. tzv. žiralnim ili knjiškim novcem, otpada mogućnost da se strana valuta uzme kao stvar, a ostaje mogućnost da se uzme kao pravo.

Imatelj strane valute, odnosno terminologijom ZDP-a, stranih sredstava plaćanja, bilo u obliku novčanica ili tražbine od banke temeljem ugovora o depozitu ili ugovora o tekućem računu, u vezi s tom stranom valutom ima odgovarajuće pravne ovlasti, a kako pravne ovlasti čine sadržaj subjektivnog prava¹⁴², može se reći da strana valuta predstavlja određeno subjektivno pravo njenog imatelja. To pravo je neprijeporno imovinsko pravo, a ne pravo osobnosti, i nije neodvojivo od osobe njegova imatelja, nego je prenosivo, iako ne neograničeno, nego u okvirima koje određuje ZDP.

Stoga držimo da se strana valuta može supsumirati pod pojam subjektivnog prenosivog prava i da tako ulazi u okvir mogućih predmeta obveze prodavatelja, odnosno mogućih predmeta prodaje.

¹³⁷ Podrobnije v. u Slakoper, Zvonimir (ur.): *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet u Rijeci, 2007., s. 71. i dalje.

¹³⁸ Čl. 21. st. 1. i 2. ZHNB.

¹³⁹ Čl. 376. st. 2. ZOO.

¹⁴⁰ Komentar ZOO, s. 577.

¹⁴¹ Tako i Komentar ZOO, s. 577.

¹⁴² Klarić/Vedriš, s. 66. i dalje.

Iduće pitanje je što bi bila cijena koju se obvezuje platiti kupac strane valute. Odgovor je tečaj strane valute jer je svota domaće valute koju se kupac obvezuje platiti rezultat izračuna vrijednosti strane valute uz primjenu tečaja te valute prema HRK. Dapače, osobe koje objavljuju tečajeve stranih valuta i same tečaj uzimaju kao cijenu, jer u tečajnoj listi naznačuju cijenu kad stranu valutu prodaju (“prodajni tečaj”) i kad stranu valutu kupuju (“kupovni tečaj”). Izloženo dovodi do supsumiranja ugovora o valutnom swapu, koji se odnosi na domaću i stranu valutu, pod pojam kupoprodaje.

Dosljedno tomu, ako bi se ugovor o valutnom swapu odnosio na dvije strane valute, a ne na domaću i stranu, on bi u hrvatskom pravu odgovarao pojmu ugovora o razmjeni, jer se tim ugovorom strane obvezuju razmijeniti stvari ili prenosiva prava¹⁴³ u koja, kao što je navedeno, treba ubrojiti stranu valutu.

U slučajevima kad, osim obveza isplate određene novčane svote, ugovor o valutnom swapu sadrži i obvezu plaćanja kamata na primljenu glavnicu, ugovor bi odgovarao pojmu ugovora o zajmu i to bez obzira radi li se o kamati po fiksnoj ili po promjenjivoj (varijabilnoj) kamatnoj stopi. Naime, predmet ugovora o zajmu može biti novac, ali i zamjenjive stvari i zamjenjiva prava¹⁴⁴. Kako je neprijeporno da strana valuta – bilo u obliku novčanica ili tražbine na bankovnom računu, nije individualnost (*species*), nego je zamjenjiva, moguće ju je uvrstiti u pojam zamjenjivih prava i kroz to ona može biti predmet ugovora o zajmu.

Razumije se da bi se ustvari radilo o istovremenom sklapanju dva ugovora o zajmu, pri čemu su u drugom ugovoru strane zamijenile svojstva zajmodavatelja i zajmoprimatelja iz prvog ugovora.

7.3.3. Kamatni swap

Za potrebe pravne kvalifikacije ugovora o kamatnom swapu, osim literature, koristili smo i obrazac ugovora jedne banke, objavljen na internetskoj stranici te banke, koji stoga ujedno uzimamo kao standardni ili tipski ugovor o kamatnom swapu te banke¹⁴⁵.

Prema izričaju ugovorne odredbe jedna se “strana obvezuje platiti drugoj kamatu dobivenu obračunom dogovorene varijabilne ili fiksne kamatne stope na određenu glavnicu, dok se druga ugovorna strana obvezuje platiti prvoj kamatu dobivenu obračunom dogovorene varijabilne ili fiksne kamatne stope na određenu glavnicu”. Ove obveze ugovornih strana podrazumijevaju prethodno ugovaranje svota i valuta glavnice za koju će se obračunavati ugovorene kamate i određivanje varijabilne ili/i fiksne kamatne stope i “ugovorne strane koja ju je dužna isplatiti”.

¹⁴³ Čl. 474. ZOO. Podrobnije v. u Komentar ZOO, s. 738. – 740.

¹⁴⁴ Komentar ZOO, s. 765.

¹⁴⁵ [http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20kamatnih%20stopa%20\(IRS\).doc](http://www.volksbank.hr/VBTeleTrader/UserDocsImages/Ugovor%20o%20zamjeni%20kamatnih%20stopa%20(IRS).doc)

Međutim, ni iz jedne odredbe tog standardnog ili tipskog ugovora ne proizlazi da bi bilo jedna ili druga strana bile dužne isplatiti drugoj strani glavnice na koju se obračunavaju ugovorene kamate. Kako te obveze nema, svote koje se strane međusobno obvezuju platiti nemaju i ne mogu imati karakter kamate, jer karakter kamate može imati samo svota koja se plaća u svezi s nekom glavnicom. Ako ne postoji tražbina glavnice, ne može postojati ni tražbina kamate, što je neprijeporno i u poredbenoj literaturi¹⁴⁶.

Iz toga proizlazi da ugovor o kamatnom swapu ne može biti kvalificiran kao ugovor o zajmu. On ne može biti kvalificiran ni kao ugovor o kupoprodaji, jer obje strane imaju obvezu plaćanja, odnosno ni jedna od njih nema obvezu predaje stvari ili prijenosa prava, niti kao ugovor o razmjeni, zato što obje strane imaju obvezu plaćanja, a ne obveze predaje stvari ili prijenosa prava. Također, ako se karakteristične bitne obveze ugovornih strana usporede s bitnim obvezama strana drugih imenovanih ugovora, proizlazi da se ugovor o kamatnom swapu ne može podvesti pod pojam ni jednoga imenovanog ugovora opisanog u ZOO.

Prema tomu, preostaje da se ovaj ugovor uzme kao atipični, odnosno neimenovani ugovor. Dosljedno, na njega se ne mogu primjenjivati pravila ZOO koja uređuju neki od imenovanih ugovora, nego samo opća pravila koja se primjenjuju na sve naplatne (potpune dvostranoobvezne) ugovore.

Uz to treba reći kako ugovor o kamatnom *swapu* treba uvrstiti među apstraktne, a ne među kauzalne, pravne poslove, jer iz tog ugovora nije razvidna kauza, odnosno gospodarska svrha obvezivanja. Dapače, ona u okviru samog tog ugovora ni ne postoji, nego postoji samo u svezi s drugim pravnim poslovima koje ugovorne strane poduzimaju s trećim osobama.

U svezi s posljednje spomenutom činjenicom treba reći i kako ugovor o kamatnom swapu u pravilu nije pravno povezan s pravnim poslovima koje njegove strane poduzimaju s trećim osobama. Makar ti poslovi i ugovor o kamatnom *swapu* čine jednu gospodarsku cjelinu koja ima jedinstvenu svrhu, pravna sudbina ugovora o kamatnom *swapu* neovisna je o pravnoj sudbini pravnih poslova s kojima je on gospodarski povezan. Na primjer, zakašnjenje ili neispunjenje obveza iz tih poslova ne utječe na prava i obveze strana ugovora o kamatnom *swapu*, ni *vice versa*. Jedino iznimno, u slučaju ugovaranja cross default klauzule, postoji pravna veza između ugovora o kamatnom swapu i pravnih poslova s kojima je gospodarski povezan.

7.3.4. *Kombinirani kamatno-valutni swap*

Kod kombiniranog kamatno-valutnog *swapa* strane se obvezuju na početku razmijeniti glavnice u različitim valutama prema aktualnom tečaju, a tijekom

¹⁴⁶ Kamate se uzimaju kao naknada za prepuštanje kapitala (Schwenzer, s. 55.), odnosno kao naknada za mogućnost uporabe kapitala koja ovisi o proteku vremena (Schwintowski/Schaeffer, s. 557.), odnosno kao naknada za uporabu kapitala prepuštenog na određeno vrijeme koja je neovisna o dobitku i prihodu (Palandt, s. 262.) što sve podrazumijeva postojanje glavnice.

trajanja ugovora na periodična plaćanja čvrstog iznosa u jednoj valuti i varijabilnog u drugoj valuti. Dakle, različito nego kod čistog kamatnog swapa, gdje strane međusobno ne isplaćuju glavnice, tj. nominalni iznos, ovdje strane to čine, iz čega proizlazi da periodične isplate ovdje zaista imaju karakter kamata koje se plaćaju za korištenje glavnice. Po tomu je ova vrsta swapa slična ranijim uzajamnim zajmovima kod kojih su dva društva iz različitih država jedno drugome davala zajam, svatko u svojoj domaćoj valuti, a u istim vrijednostima¹⁴⁷.

Iako bi se na prvi pogled ovdje zaista radilo o dva istovremeno sklopljena ugovora o zajmu, pri čemu u drugom, strane imaju zamijenjene uloge zajmodavca i zajmoprimca, u njemačkoj literaturi se navodi kako to nije uzajamni ili dvostruki zajam zato jer jedna strana drugoj daje istu vrijednost i zato jer smisao ugovora nije u prepuštanju kapitala na uporabu¹⁴⁸. Umjesto toga on bi bio atipični ugovor kod kojeg su prisutni i međusobno neodvojivi elementi zajma i razmjene¹⁴⁹.

Zbog zadnje navedenih razloga ovo je stajalište prihvatljivo i za hrvatsko pravo.

7.4. Posebno o aleatornosti ugovora o swapu

7.4.1. U poredbenom pravu

U poredbenom općem obveznom pravu ugovori o swapu razmatraju se u okvirima prikaza aleatornih pravnih poslova, kod kojih u trenutku nastanka prava i obveze strana još nisu u cijelosti poznati, nego su ovisni o nekom vanjskom i neizvjesnom događaju¹⁵⁰. Oni se uvršćuju među nepotpune obveze zato što njihovim poduzimanjem ne nastaju utužive tražbine, odnosno obveze¹⁵¹.

Točnije govoreći *swapovi* se spominju kao jedan od diferencijalnih poslova, koji čine jednu skupinu ugovora na sreću, čija svrha je u osiguranju dobitka ili izbjegavanju gubitka pozivom na fluktuaciju vrijednosti ili cijene imovine bilo koje vrste¹⁵². Istovremeno se vide i kao terminski poslovi.

¹⁴⁷ Kraemer, s. 153.

¹⁴⁸ Kraemer, s. 153.

¹⁴⁹ Kraemer, s. 155.

¹⁵⁰ V. Klarić/Vedriš, s. 111.

¹⁵¹ Par. 762. njemačkog Bürgerliches Gesetzbuch (dalje: BGB) i čl. 513. švicarskog Obligationenrecht (dalje: OR).

¹⁵² Prema engleskom Financial Services and Markets Act 2000, Schedule 2, diferencijalni posao je "(a) a contract for differences; or (b) any other contract the purpose or pretended purpose of which is to secure a profit or avoid a loss by reference to fluctuations in- (i) the value or price of property of any description; or (ii) an index or other factor designated for that purpose in the contract"; <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/20000008.htm>. Slično za švicarsko pravo v. Basler I, s. 2670., a za njemačko Palandt, s. 1127.

Temeljno i općenito pravilo koje postoji u svezi s igrama i okladama je pravilo prema kojem iz njih ne nastaje zahtjev odnosno obveza¹⁵³ i ono se odnosi i na “diferencijalne poslove i takve poslove o isporukama roba ili vrijednosnih papira, koji imaju karakter igre ili oklade”¹⁵⁴.

U švicarskom pravu, unatoč tomu, kad se takav ugovor sklapa radi osiguranja od rizika promjene tečaja predmeta ugovora (hedging), prigovor postojanja karaktera igre ne može se staviti¹⁵⁵, što znači da nastale obveze nisu nepotpune, nego potpune, tj. da stranama pripadaju i odgovarajući zahtjevi. S druge strane, kad se ugovor sklapa u špekulativnu svrhu, postoji mogućnost prekoračenja granice pojma igre, ali samo sklapanje u špekulativnu svrhu ne dovodi do neutuživosti tražbine, a postoji i predmnjeva da se terminski ugovori ne sklapaju s nakanom igre¹⁵⁶.

Slično tomu i u njemačkom pravu¹⁵⁷.

I u engleskom pravu igrom ne nastaje utuživa tražbina i postavlja se pitanje predstavljaju li izvedenice igru, odnosno okladu, koja postoji kad dvije strane imaju suprotna gledišta o nastanku budućeg neizvjesnog događaja i sporazumijevaju se o dobitku one strane čije se gledište pokaže točnim. No, u sudskoj praksi izraženo je gledište kako se ne radi o okladi ako se ugovor sklapa u dobroj vjeri iz komercijalnih razloga i ako element oklade ne preteže i nije bit transakcije. Nakon donošenja Zakona o financijskim uslugama iz 1986 izvedenice kredita, što uključuje i kamatne swapove, treba uzeti kao investiciju koja je i izuzeta od primjene Zakona o igrama izričitom odredbom tog Zakona¹⁵⁸.

Stoga se može zaključiti da i u engleskom pravu sklapanjem ugovora o swapu nastaje utuživa tražbina.

7.4.2. *U hrvatskom pravu*

Sa stajališta hrvatskog prava, na pitanje aleatornosti ugovora o swapu treba primijeniti pravna pravila austrijskog ABGB i važećih propisa.

Pravna pravila austrijskog ABGB treba primijeniti zato što drugi važeći propisi obveznog prava, a napose ZOO, ne uređuju ugovore na sreću, te zato što se pravna pravila austrijskog ABGB mogu primijeniti temeljem Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941.¹⁵⁹ prema kojemu se propisi, koji su bili na snazi 6. travnja 1941. mogu primjenjivati u RH kao pravna pravila na odnose koji nisu uređeni važećim propisima, ako su, u skladu

¹⁵³ Čl. 513. st. 1. OR i par. 762. st. 1. BGB.

¹⁵⁴ Čl. 513. st. 2. OR.

¹⁵⁵ Basler I, s. 2675. – 2676.

¹⁵⁶ Zobl/Kramer, s. 207.

¹⁵⁷ Palandt, s. 1127

¹⁵⁸ Hudson, Credit, s. 56. – 58. V. i Firth, 3-029 – 3-031.

¹⁵⁹ NN 73/91.

s posebnim propisima, do 31. prosinca 1991. primjenjivana u RH i ako su u skladu s Ustavom i zakonima RH.

Ukratko, pravila ABGB mogu se primijeniti, između ostalog, ako su u skladu s Ustavom i zakonima RH.

Ugovori na sreću su ugovori kojima se obećava i prihvaća nada neke koristi, koja se još ne zna, a mogu biti naplatni ili besplatni ovisno o tomu je li druga strana nešto zauzvrat obećava ili ne obećava¹⁶⁰. Na prvom mjestu u ugovore na sreću ubrajaju se oklada i igra. Oklada postoji kad o nekom događaju koji je objema stranama nepoznat u trenutku sklapanja ugovora, strane ugovaraju određenu cijenu u korist one strane čija tvrdnja o tom događaju je bila uspješna¹⁶¹, a posebno je važno istaći kako se cijena ne može potraživati putem suda¹⁶², što znači da okladom ne nastaje utuživa tražbina, odnosno zahtjev.

Jednostavnije rečeno, utuživa tražbina ugovorne strane ne nastaje kad o budućem neizvjesnom događaju ovisi treba li ugovorena korist pripasti jednoj ili drugoj strani, tako da u slučaju pojave događaja ona pripadne jednoj, a u slučaju da se on ne pojavi drugoj strani. Stoga je bitno ustanoviti postoje li takve okolnosti u slučaju sklapanja ugovora o swapu: ako one postoje, ugovor ima karakter oklade i ne bi nastala utuživa tražbina, a ako ne postoje utuživa tražbina nastaje.

Ugovor o čistom kamatnom swapu odgovara pojmu oklade jer se u trenutku sklapanja ugovora ne zna koja će strana drugoj strani biti dužna platiti. Naime, promjena kamatne stope je stranama nepoznata, a o njoj ovisi hoće li, nakon prijeboja međusobnih tražbina, jedna ili druga strana biti dužna obaviti isplatu razlike drugoj strani.

Bitno drukčije, ugovor o čistom valutnom swapu nema karakter oklade jer su u trenutku sklapanja ugovora poznati i pravni položaj ugovornih strana, odnosno njihove obveze, i same obveze koje su određene.

Stoga se pitanje postojanja utužive tražbine postavlja samo u svezi s kamatnim swapom. Na to pitanje treba odgovoriti istovjetno kao što je odgovoreno u švicarskom, njemačkom i engleskom pravu i to iz istovjetnih razloga. Posebno treba naglasiti okolnost što su ugovorne strane trgovci, koji u okviru pozornosti dobrog gospodarstvenika svjesno preuzimaju rizik postojanja i visine svoje obveze, te što se ugovori sklapaju upravo u svrhu otklanjanja rizika promjene kamatne stope. Osim toga treba reći i kako bi se moglo uzeti da pravilo da se trgovački ugovori i ugovori na sreću ne mogu pobijati zbog prekomjernog oštećenja¹⁶³ podrazumijeva valjanost tih ugovora. I na kraju, u izlaganju o ugovorima o swapu u hrvatskim propisima navedeno je više propisa koji, ne samo što ne zabranjuju sklapanje tih ugovora ili ih oglašuju ništetnim,

¹⁶⁰ Par. 1267. austrijskog Allgemeine Buergerliche Gesetzbuch (dalje: BGB).

¹⁶¹ Par. 1270. ABGB.

¹⁶² Par. 1271. ABGB, a identično i čl. 513. OR., par. 762. BGB, te u engleskom pravu prema Hudson, Credit, s. 56.

¹⁶³ Čl. 375. st. 5. ZOO.

nego izravno i izrijekom ili neizravno opisuju i uređuju pojedina pitanja u svezi s tim ugovorima. To znači da ti propisi podrazumijevaju valjanost ugovora o swapu.

Korištena literatura i propisi

1. Avancini, Peter – Iro, Gert M. – Koziol, Helmut: Oesterreichisches Bankvertragsrecht, Bd. I i II, 1987.
2. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hnosell – Vogt – Wiegand (ur.): Obligationenrecht I; Hnosell – Vogt – Watter (ur.) Obligationenrecht II, 3. izd.
3. Benjamin, Joanna: Financial Law, 2007.
4. Bonser-Neal, C. G., Brauer, R. N., Wheatley, S.: International Investments Restrictions and Closed-End Country Fund Prices, The Journal of Finance, Vol. 45 (2), lipanj 1990, American Finance Association
5. Brealey, Richard A. – Myers, Stewart C.: Principles of Corporate Finance, 1988.
6. Claussen, Carsten Peter: Bank- und Boersenrecht, 2. izd.
7. Firth, Simon: Derivatives Law and Practice, 2004.
8. Gengatharen, Rasiah: Derivatives Law and Regulation, Kluwer Law International, 2001.
9. Gorenc, Vilim – Slakoper, Zvonimir – Filipović, Vladimir – Brkanić, Vlado: Komentar Zakona o trgovačkim društvima, 3. izd.
10. Gorenc, Vilim (ur.): Komentar Zakona o obveznim odnosima, 2005.
11. Građanski zakonik njemački (Buergerliches Gesetzbuch)
12. Henderson, Schuyler K.: Henderson on Derivatives, LexisNexis UK, 2004.
13. Hudson, A.: Modern Financial Techniques, Derivatives and Law, Kluwer Law International, 2000.
14. Hudson, Alastair (ur.): Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues, 1999.
15. Hudson, Alastair: Swaps, Restitution and Trusts, Sweet & Maxwell, 1999.
16. Hudson, Alastair: The Law on Financial Derivatives, Sweet & Maxwell, 2002.
17. Hull, J.C.: Options, Futures and Other Derivatives, 6th edition, Prentice Hall, New Jersey, 2006.
18. James, Simon: The Law of Derivatives, LLP Professional Publishing, 1999.
19. Jurman, A.: Mogućnosti primjene kamatnih swapova u hrvatskom bankarstvu, Zbornik Radova Sveučilišta u Rijeci, Ekonomski fakultet, god. 22 (1), svibanj 2004., str. 69-86.
20. Klarić, Petar – Vedriš, Martin: Građansko pravo, 9. izdanje
21. Kolb, Robert W., James, Overdahl A.: Financial Derivatives, 2003.
22. Kraemer, Lutz: Finanzswaps und Swapderivate in der Bankpraxis, 1999.
23. Nobel, Peter: Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. izdanje
24. Opći građanski zakonik austrijski (Allgemeine Buergerliche Gesetzbuch)
25. Orsag, Silvije: Vrijednosni papiri, 2003.
26. Overdahl, J.A.: Futures, Options, and Swaps, 5th ed., Blackwell Publishing, Oxford, 2007.
27. Palandt, Buergerliches Gesetzbuch, 62. izd.

28. Rebmann, Kurt – Saecker, Franz Juergen – Rixecker, Roland (hrsg.): Muenche-ner Kommentar BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd 2a, 4. izdanje
29. Rose, S. P.: Commercial Bank Management, Richard D. Irwin, Inc., Boston 1991.
30. Schwintowski, Hans-Peter – Schaefer, Frank A.: Bankrecht, 1997.
31. Slakoper, Zvonimir (ur.): Bankovni i financijski ugovori, Pravni fakultet u Rijeci, 2007.
32. Strahinjić, Ratko: Ugovor o valutnom i kamatnom swapu, magistarski rad, Pravni fakultet, Zagreb, 1991.
33. Wadsley, Jan – Penn, Graham: The Law Relating to Domestic Banking, 2000.
34. Wood, Philip R.: Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting, Sweet & Maxwell, 1995.
35. Zakon o deviznom poslovanju, NN 96/03., 140/05. i 132/06.
36. Zakon o Hrvatskoj narodnoj banci, NN 75/08.
37. Zakon o investicijskim fondovima, NN 150/05.
38. Zakon o obligacijama švicarski (Obligationenrecht)
39. Zakon o obveznim i dobrovoljnim mirovinskim fondovima, NN49/99, 63/00, 103/03., 177/04., 71/07.
40. Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05. i 41/08.
41. Zakon o platnom prometu u zemlji, NN 117/2001.
42. Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/1993., 34/1999., 121/1999., 118/2003. i 107/2007.
43. Zakon o tržištu kapitala, NN 88/08.
44. Zobl, Dieter – Kramer, Stefan: Schweizerisches Kapitalmarktrecht, 2004.

Summary

CURRENCY SWAPS AND INTEREST RATE SWAPS

Following the disintegration of monetary system established by the Bretton Wood agreement and enactment of the British restrictive currency regulations the currency swaps and interest rate swaps have been developed. The currency swaps are aimed at risk protection from fluctuating exchange rates of foreign currency and the interest rate swaps at risk protection from floating interest rates. Protection is accomplished by the first type of contracts in such a manner as to contractual parties stipulate the current exchange of two currencies according to the exchange rates at the time of entering into a contract and repeated exchange of the same currencies in opposite directions after the expiration of a contract and according to a stipulated exchange rate. The latter imply existence or emerging of an obligation to pay interest rates by contractual parties to third persons. More specifically, one party is obliged to pay interest rates according to fixed rate and the other party according to floating rate. With the aim to protect themselves from risks of floating interest rates oscillations these parties stipulate a payment of difference between the fixed rate and floating rate at the time of payment.

The currency swap and interest rate swap belong to financial derivatives, i.e. financial instruments which have been derived from other financial instruments, in this particular case from foreign currencies and interest rates. The swaps are present in numerous Croatian regulations as well as in domestic business practice. In business practice these contracts have regularly been stipulated, first of all, by stipulation of a framework contract, that is ISDA Master Agreement which contains provisions on general requirements applied in individual contracts subsequently stipulated in the form of sales agreement or endorsement. The last part of the article deals with a civil legal qualification of swaps in English and German law as well as conclusions on the qualification according to Croatian law. A special attention is given to the issue on swap validity in regards to its aleatory nature.

Key words: *banking contracts, currency swap, interest rate swap.*

Riassunto

CONTRATTI DI SWAP DI VALUTA E DI INTERESSI

A seguito della disintegrazione del sistema monetario costituito con l'Accordo di *Bretton Wood* e della restrittiva normativa monetaria britannica, si sono sviluppati i contratti di *swap* di valuta e di *swap* di interessi. I contratti di *swap* di valuta sono volti a proteggere dal rischio della variazione del tasso di cambio della valuta straniera, mentre i contratti di *swap* di interessi tutelano dalle fluttuazioni del tasso variabile degli interessi. Nel primo tipo di contratto, al fine di garantire tutela, le parti stabiliscono l'attuale cambio delle due valute secondo il tasso corrente al momento della contrattazione, come pure un nuovo scambio delle stesse valute nel senso opposto alla scadenza del tempo stabilito dal contratto, e ciò in base al tasso prestabilito. Il secondo tipo di contratto, invece, presuppone l'esistenza o la costituzione di un'obbligazione di corresponsione degli interessi delle parti contrattuali verso soggetti terzi, ossia l'obbligazione in capo ad una parte di corrispondere gli interessi a tasso fisso, mentre per la controparte di corrisponderli a tasso variabile. Al fine di evitare il rischio della fluttuazione del tasso variabile, le parti concordano di versare la differenza tra il tasso fisso e quello variabile al momento del pagamento.

I contratti di *swap* di valuta e di interessi si annoverano tra i derivati finanziari, ossia tra i c.d. strumenti finanziari, che derivano da altri strumenti finanziari, nel caso di specie dalle valute straniere e dagli interessi. Essi sono presenti, sia in diverse leggi croate, che nella prassi nazionale. Nella prassi professionale solitamente questi contratti vengono conclusi attraverso la previa stipula di contratti quadro, ovvero attraverso lo *ISDA Master Agreement*, con il quale si fissano le condizioni generali dei singoli contratti, i quali successivamente vengono conclusi sotto forma di conferma. Al termine del lavoro si pone in rilievo la qualifica giuridica del contratto di *swap* nei diritti inglese e tedesco; si traggono, poi, le conclusioni circa detta qualifica con riferimento al diritto croato. In particolare si analizza la questione della validità dei contratti di *swap* alla luce del loro carattere aleatorio.

Parole chiave: *contratti bancari, swap di valuta, swap di interessi.*

ZAKLJUČENJE, PUNOVAŽNOST I DOKAZIVANJE ELEKTRONSKIH UGOVORA: KOMPARATIVNA ANALIZA^{1*}

Dr. Genc Trnavci, redoviti profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

UDK: 347.441:004.78
Ur.: 29. listopada 2008.
Pr.: 15. prosinca 2008.
Pregledni znanstveni članak

Pravna regulacija transakcija elektronskim putem doživjela je pravi procvat u posljednje vrijeme. Usporedna zakonodavstva posebnu pažnju su posvetila problemima u vezi sa zaključivanjem elektronskih ugovora, odnosno postizanjem pravno relevantne suglasnosti prilikom njihovog zaključenja, dokazivanju postojanja i tumačenju sadržaja elektronskih ugovora i elektronskoj formi kao uvjetu punovažnosti ugovora. Zahtjevom primjene sigurnog (naprednog, kvalificiranog) elektronskog potpisa pravni propisi posvećeni ovoj problematici normirali su i pitanje zaštite integriteta elektronskog dokumenta i identiteta elektronskog potpisa. Također, rasvijetljena je i problematika zaključivanja ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu, zaključivanje ugovora posredstvom e-pošte i zaključivanje ugovora o licenci posredstvom Interneta. Usporedno-pravni propisi posvećeni elektronskim ugovorima mahom sadrže propise posvećene zaštiti potrošača, pogotovo u situacijama kada ovi, prilikom zaključenja ugovora, počine nenamjerne greške. Kako bi se zaštitili potrošači, u pojedinim usporednim zakonodavstvima elektronski ugovori, čiji predmet prelazi određeni iznos, odnosno vrijednost, mogu proizvesti pravni učinak samo pod uvjetom da su elektronski zapisi pisane redakcije ugovora i potpisi autentificirani.

Ključne riječi: *zaključenje elektronskog ugovora, tumačenje elektronskog ugovora, dokazivanje elektronskog ugovora, elektronski potpis.*

^{1*} Rad je pisan na bosanskom jeziku kao izvornom jeziku autora.

1. Uvod

Krajem devedesetih godina prethodnog stoljeća i početkom 21. stoljeća pojava trgovine i financijskih transakcija preko Interneta,² takozvane internetske trgovine (e-commerce), prvo u Sjedinjenim Američkim Državama, a onda i diljem svijeta, dobila je nezapamćene razmjere. Veliki i mali poslovni subjekti počeli su prodavati robe i pružati usluge preko web stranica (*web cites*) i registriranih domenskih imena (*domain names*).³ U zapadnim zemljama, a u sve većoj mjeri i kod nas, potrošači i trgovci mogu kupiti gotovo bilo koju robu ili uslugu preko web stranica kao što su *Amazon.com*, *eBay*, *eToys*, i dr.

Drugim riječima, sada se ugovori mogu zaključiti elektronskim putem, kako između osoba koje se poznaju, tako i između odsutnih osoba, pa i onih koje nikada prije toga nisu kontaktirale. Isto tako, prava intelektualnog vlasništva na kompjuterskim programima (*software*) i druge elektronske informacije mogu se ustupiti, bilo kupoprodajom fizičkog nosača informacija (npr. CD, *floppy disk* itd.) te njihovim licenciranjem i instaliranjem na kompjuter, bilo tzv. skidanjem (*downloading*, *downloadiranjem*) sa Interneta na kompjuter.

Zahvaljujući fenomenu Interneta i drugih informacionih sistema koji su mu prethodili, te njihovom snažnom utjecaju na razvoj globalnog društva i ekonomije, pa i pravnih odnosa koji tim povodom nastaju, 21. stoljeće dobilo je naziv "Informatičko doba" kao opću kulturološku, sociološku i historijsku odrednicu.⁴ Elektronska trgovina dobila je takve razmjere u međunarodnoj trgovini da je već krajem 90-tih godina privukla zanimanje od strane Svjetske trgovačke organizacije (WTO).⁵ Pojava Interneta i pravnih odnosa koji nastaju

² Internet predstavlja mrežu nekoliko stotina milijuna računara povezanih elektronskim putem preko programa koji naziva: *Hypertext Transfer Protocol (HTTP)*. Dokumenti koji nastaju i razmjenjuju se ovim putem, formatiraju se na temelju zajedničkih računarskih kodnih jezika kao što su *Hypertext Markup Language (HTML)* i *Java*. Ova mreža stvorena je 1969. godine od strane američkog Ministarstva odbrane za potrebe uspostavljanja vojno-obrambenih komunikacija. 80-tih godina prethodnog stoljeća, Internet dat je na korištenje akademskim centrima i univerzitetima prvo u SAD, a kasnije i cijelom svijetu. (Vidjeti opširno u: Wendell, K. *Internet History*, 1997.; <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet>, posljednji put posjećena 19. septembra 2008. godine.

³ "To su takozvane dot-com kompanija koje pružaju usluge MAP-a (*Merchant Account Provider*) Radi se o poduzećima koja nude uslugu autorizacije kreditnih kartica radi naplaćivanja naručene robe pod različitim uvjetima i uz različitu naknadu. Vlasnici Internet trgovina, kao korisnici MAP usluga, pristupaju MAP sustavu koji omogućava pregled izvršenih transakcija. Novac od narudžbi pristiže na korisnički račun kod MAP poduzeća. Korisnici MAP usluga u pravilu plaćaju mjesečnu ili godišnju članarinu, a također plaćaju i naknadu za svaku transakciju napravljenu preko MAP sustava. Problem sa stranim MAP uslugama je što se zaobilazi domaći porezni sistem" (<http://www.poslovniforum.hr/tp/ecommerce.asp>, u odjeljku: "Plaćanje kreditnim karticama").

⁴ Početkom 2000-ih, ekonomska vrijednost kompjuterske tehnologije i elektronske trgovine premašila je vrijednost proizvodnog sektora u SAD. Vidjeti u: Henry Cheeseman, *Bussines Law: Etrhical, International & E-Commerce Environment*, 4th Edition, New Jersey, 2001, str. 182.

⁵ Vidjeti o tome opširno u: Marc Bacchetta, PatrickLow, Aaditya Mattoo, Ludger Schuknecht, Hannu Wagerand, Madelon Wehrens, *Electronic Commerce and the Role of the WTO*, WTO Publications, 1998, Geneva; Rosa Pérez-Estevé and Ludger Schuknecht, *A Quantitative Assessment*

tim posredstvom, stoga, nije mogla ostati nezamijećena od strane zakonodavaca, kako u usporednom pravu, tako od strane međunarodne pravničke javnosti na razinama međunarodnih organizacija.

Implikacije Interneta na razvitak i promjenu pravnih odnosa među pravnim subjektima su mnogostruke i dalekosežne. U praksi se pokazalo da je pojava Interneta imala do sada snažan utjecaj ne samo na problematiku zaključenja ugovora elektronskim putem, koje je u žiži interesiranja ove studije, već i na različite aspekte zaštite prava na slobodu izražavanja (slobodu govora) i njegove zloupotrebe,⁶ prava na privatnost,⁷ te na zaštitu pojedinih prava intelektualnog vlasništva, kao što je prava na patent, žig⁸ i autorskih prava.

Ova studija, međutim, razmatranje sužava na tri pitanja, koja su se morala riješiti u usporednom zakonodavstvu u vezi sa elektronskim ugovorima. To su:

- zaključivanje elektronskog ugovora, odnosno postizanje pravno relevantne suglasnosti prilikom zaključenja elektronskih ugovora;
- dokazivanje postojanja i tumačenje sadržaja elektronskih ugovora i
- elektronska forma kao uvjet punovažnosti ugovora.

2. Normiranje elektronskih ugovora u međunarodnim izvorima i usporednom zakonodavstvu

2.1. UNCITRAL-ovi Modeli zakona

Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovačko pravo (*United Nations Commission on International Trade Law* – u daljem tekstu UNCITRAL)⁹

of Electronic Commerce, World Trade Organization, Economic Research and Analysis Division, Staff Working Paper ERAD-99-01, 1999, Geneva.

⁶ Implikacije Interneta na zaštitu prava na slobodu izražavanja (slobodu govora) i njegove zloupotrebe po prvi put su razmatrane i razriješene u slučaju pred američkim pravosuđem *Reno v. American Civil Liberties Union* 521 U.S: 844, 117 S.C.Ct. 2329, 1997).

⁷ Problem zaštite prava na privatnost, kao i poslovne tajne, koje se veoma lako može narušiti provaljivanjem elektronskih kodova preko Interneta, u američkom pravnom sistemu riješene su donošenjem Zakona o privatnosti elektronskih komunikacija (*Electronic Communications Privacy Act*) 1999. godine.

⁸ Novembra 1999. godine u SAD donijet je Zakon o zaštiti potrošača od zloupotrebe trgovačkih imena i žigova (*Anticybersquatting Consumer Protection Act*) kao odgovor na rastući problem neovlaštenog registriranja firmi i žigova poznatih kompanija i pojedinaca kao domenskih imena na Internetu.

⁹ UNCITRAL je osnovan Rezolucijom 2205 (XXI) od 17. decembra 1966. sa mandatom da unaprijedi progresivnu harmonizaciju i unifikaciju međunarodnog trgovačkog prava. Najveći neprijeporni uspjesi ove Komisije su usvajanje i ratifikacija Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe (*Vienna Convention on Contracts for International Sales of Goods*), Model zakona o međunarodnim transferima kredita (*Model Law on International Credit Transfers*), Model zakon o međunarodnim trgovačkim arbitražama (*Model Law on International Commercial Arbitration*) i Arbitražna pravila (*Arbitration Rules*). Usporedi: Richard Hill and Ian Walden, *The Draft UNCITRAL Model Law for electronic commerce: issues and solutions*, The Computer Lawyer, mart 1996.

1996. godine predložila je Model zakon za elektronsku trgovinu. Generalna skupština UN je ovaj prijedlog usvojila u formi rezolucije i ponudila ga je članicama UN za svoje nacionalne kodifikacije elektronske trgovine kao alternativu tradicionalnom načinu obavljanja elektronske trgovine putem papira i mastila.¹⁰ Cilj ovog Modela zakona jeste ponuditi nacionalnim zakonodavcima širom svijeta funkcionalan set pravila prilagođenih potrebama nesmetanog obavljanja međunarodne trgovine i stvaranje pravne sigurnosti i pogodnog pravnog ambijenta za razvoj elektronske trgovine, te nesmetano zaključenje elektronskih ugovora.¹¹

Ovaj Model zakon izvršio je veliki utjecaj na nacionalna i regionalna zakonodavstva diljem svijeta.¹² Njime se ponudio odgovor na sljedeće probleme u vezi sa zaključenjem i punovažnošću elektronskog ugovora:

- Da li je pisana forma, tj. pisana redakcija ugovora (samo pismeno) neophodna i, u vezi s tim da li je elektronska transmisija ekvivalentna pisanoj formi?¹³
- Da li je kod ovih ugovora neophodan potpis i što se smatra potpisom kod elektronske transmisije?
- Da li su elektronske transmisije priznate kao dokazno sredstvo prema pozitivnim propisima zemalja članica?

Kao što se može vidjeti, ovaj Model zakon bavi se mahom pitanjima iz oblasti zaključivanja i punovažnosti elektronskih ugovora. Ponuđenim zakonskim rješenjima normirana je problematika priznavanja pravnih učinaka razmjene elektronskih informacija u članu 5, Glavi II (*Legal Recognition of Data Messages*) i zaključenja (formiranja) i punovažnosti ugovora u članu 11, Glavi III (*Formation and Validity of Contracts*). Time su sva ostala pitanja iz oblasti ugovornog prava i drugih grana prava u vezi sa elektronskom trgovinom prepuštena pravnoj regulaciji već postojećeg ili budućeg zakonodavstva država članica UN.

¹⁰ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 51/162 OF 16 DECEMBER 1996, UNCITRAL MODEL LAW ON ELECTRONIC COMMERCE. Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/51/628)] 51/162 Model Law on Electronic Commerce adopted by the United Nations Commission on International Trade Law.

¹¹ Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, Ženeva, 1996. godine, str. 1.

¹² U kojim zemljama je usvojen, a u kojim je izvršio veliki utjecaj vidjeti u: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html

¹³ O procesu razmatranja ove problematike na različitim razinama, koji je prethodio donošenju UNCITRAL-ovog Modela zakona vidjeti opširno u: Commission of European Communities' TEDIS report, *Legal Position of the Member States with respect to Electronic Data Interchange* (September, 1989), and *Legal Position in the EFTA Member States with respect to Electronic Data Interchange* (July, 1991); and UNCITRAL report *Electronic Data Interchange: Preliminary Study of Legal Issues Related to the Formation of Contracts by Electronic Means* (18 May, 1990; A/CN.9/333).

UNCITRAL je, isto tako, ponudila svojim članicama Model zakona o elektronskom potpisu iz 2001. godine. Ovaj model zakona zabranjuje primjenu takozvanog sistema prethodne dozvole, koji obavezuje privredne subjekte pribaviti prethodnu dozvolu za uspostavljanje i distribuciju sistema elektronskog potpisa.¹⁴ Također, ovim izvorom naglašava se načelo tehnološke neutralnosti elektronskog potpisa, koji isključuje mogućnost nacionalnim zakonodavstvima da favoriziraju bilo koju konkretnu tehnologiju za stvaranje elektronskih potpisa.¹⁵

2.2 Sjedinjene Američke Države

Prije svih u svijetu, u Sjedinjenim Američkim Državama, u domenu ugovora zaključenih preko Interneta, uvidjelo se da pravo sadržano ne samo u okvirima *common law-a*, već i ono u članovima 2 (*Sales* – Kupoprodaje) i 2A (*Leases* – zakupi) Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD (*Uniform Commercial Code* – *UCC*) iz 1952. godine, sa izmjenama, nije odgovaralo potrebama pravne regulacije domaćih i međunarodnih transakcija u elektronskoj trgovini. To je iz razloga što su pri tim transakcijama nastajali problemi u vezi sa skoro svim aspektima ugovora zaključenog preko Interneta: zaključenjem ugovora, ispunjavanjem ugovornih obaveza i osiguravanjem pravne zaštite potrošača.¹⁶

Kako bi razriješili navedene probleme, grupa pravnika, sudaca, advokata i sveučilišnih profesora sazvanih u Nacionalnoj konferenciji povjerenika za jednoobrazne državne zakone (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) sastavila je 1999. godine model Jednoobraznog zakona o transakcijama računarskih informacija (*Uniform Computer Information Transactions Act* – *UCITA*).¹⁷ Slično kao i članovi 2 i 2A *UCC*, *UCITA* je propisala pravila koja se odnose na zaključenje i ispunjavanje elektronskih ugovora. Ovim pravilima odgovoreno je na mnoge probleme koji se mogu pojaviti prilikom trgovanja preko Interneta. Kao i gore analizirani *UNCITRAL*-ov dokument, te *UCC*, *UCITA* spada u kategoriju modela zakona koji, zbog

¹⁴ Ovaj standard prenijet u članak 5. Zakona o elektroničkoj trgovini RH.

¹⁵ Usporedi: James X. Dempsey, *Stvaranje pravnog okvira za razvoj IKT, Primer regulisanja elektronskog potpisa u zemljama u razvoju*, <http://www.e-trgovina.co.yu/pravo/gipi4.html>, str. 4 (posljednji put posjećeno 23. septembra 2008. godine).

¹⁶ U sudskoj praksi SAD čuvena su dva sudska slučaja koji su se odnosili na prodaju kompjuterskih hardvera i softvera preko Interneta. To su slučajevi *ProCD, Incorporated v. Ziedenberg* (86 F.3d 1447, 1996) i *Hill v. Gateway 2000, Inc* (105 F.3d 1147, 1997) u kojima su potrošači nabavili kompjutersku opremu preko Interneta, a dobavljač im je dostavio u paketu ugovore o licenci i prodaji u pisanoj formi, koje ovi nisu pročitali, sa klauzulom da mogu odustati od ugovora u roku od 30 dana. Prvostepeni sudovi su zaključili da ovi ugovori nisu proizveli pravni učinak, a drugostepeni je našao da su potrošači vezani ovim ugovorima, budući da to zahtijevaju potrebe modernih tržišnih transakcija, a potrošači su imali priliku pročitati ugovore i odustati od pravnog posla.

¹⁷ Prije ove kodifikacije, država Utah prva u svijetu donijela je Zakon o digitalnom potpisu (*Digital Signature Act*, Utah Code Ann. § 46-3-101 et seq.).

podjele ustavnih nadležnosti u federalnoj strukturi SAD, ne može stupiti na snagu dok ga u svojim zakonodavnim procedurama ne usvoje države članice američke Federacije. Od 1999. godine upravo to se mahom i desilo: veliki broj država inkorporirao je UCITA u svoje zakonodavstvo. Zahvaljujući uspjehu na planu postizanja uniformnosti u američkom zakonodavstvu, UCITA se u toj zemlji smatra temeljem internetskog ugovornog prava i jednim od najvažnijih izvora trgovačkog prava.

Za razliku od ostalih izvora prava u usporednom zakonodavstvu, UCITA predstavlja potpunu i sveobuhvatnu kodifikaciju prava elektronske trgovine, koja je u potpunosti prilagođena potrebama elektronskog poslovanja. Dok se ostale kodifikacije uglavnom bave problemima zaključenja elektronskih ugovora i dokazivanja njihovog sadržaja, UCITA kao *lex specialis* u trgovačkom pravu SAD normira skoro sve aspekte elektronskog ugovornog prava i to: trajanje ugovora (*Duration*),¹⁸ pravo na kopiju softvera (*Title to Copy*),¹⁹ ispunjavanje elektronskog ugovora (*Performance*),²⁰ promijenjene okolnosti i višu silu (*Excuse of Performance*),²¹ nesavjesne elektronske ugovore (*Unconscionable Contracts*),²² prava i obaveze ugovornih strana (*Warranties*),²³ povrede ugovornih obaveza (*Breach of Licence Agreements*),²⁴ prigrivore (*Remedies*),²⁵ raskid elektronskog ugovora (*Cancellation*),²⁶ pravo na naknadu štete (*Damages*),²⁷ pravo dužnika da otkloni skrivene nedostatke (*Right up Cure a Contract*), pravo povjerioca na kupovinu radi pokrića (*Cover*),²⁸ klauzule o ograničavanju odgovornosti (*Limitations of Remedies*),²⁹ itd.

Komplementaran UCITA donijet je i model Zakon o jednoobraznim elektronskim transakcijama (*Uniform Electronic Transactions Act –UETA*), kojem je cilj donošenje jednoobraznih propisa o elektronskim zapisima (tekstu) ugovora i elektronskim potpisima. Ovim propisom, uspostavljena su dva principa: 1. elektronski zapis (*electronic record*) zadovoljava zahtjeve pisane redakcije sporazuma; i 2. elektronski potpis ekvivalentan je pisanom potpisu na

¹⁸ Ukoliko se ugovorom izričito ne odredi njegovo trajanje, smatrat će se da će ugovor trajati razumno vrijeme, uzimajući u obzir prirodu predmeta ugovora i okolnosti nastanka i ispunjenja ugovora (§ 308 UCITA).

¹⁹ § 502(a) UCITA.

²⁰ § 601 UCITA.

²¹ § 615 UCITA.

²² § 111 UCITA.

²³ § 401-406 UCITA.

²⁴ § 701-710 UCITA.

²⁵ § 805 UCITA.

²⁶ § 802 UCITA.

²⁷ § 808 UCITA.

²⁸ § 809 UCITA.

²⁹ § 803 UCITA. Vidjeti slučaj *M.A. Mortenson Company, Inc. V. Timberline Software Corporation* (970 P.2d 803, 1999), koji se odnosi na dozvoljenost klauzule o ograničavanju odgovornosti koja se uobičajeno unosi u ugovor o licenciranju kompjuterskog programa.

papiru, čak i kada se zahtijeva notarska forma,³⁰ pod uvjetom da je ugovor elektronski ovjeren od ovlaštene osobe (notara).³¹

2.3. Europska unija

U pravnom sistemu Europske unije donijete su dvije direktive: Direktiva o elektronskom potpisu iz 1999. godine (*Directive on Electronic Signatures*)³² i Direktiva o elektronskoj trgovini Europske unije iz 2000. godine (*Electronic Commerce Directive*).³³

Cilj ovih direktiva jeste stvaranje jedinstvenog pravnog okvira za elektronsku trgovinu unutar zajedničkog tržišta, kako bi se osigurala pravna sigurnost, kako za poslovne subjekte, tako i za potrošače. U skladu sa članom 5. Rimskog sporazuma, koji uspostavlja takozvani princip supsidijarnosti prava EU,³⁴ ovaj cilj postiže se tehnikom harmonizacije nacionalnih propisa u domeni zaključenja i pravnih učinaka elektronskih ugovora. Direktive se pozivaju i na princip klauzule unutarnjeg tržišta (*Internal Market clause*) koja podrazumijeva da, ukoliko privredni subjekt započne djelatnost elektronske trgovine u skladu sa propisima zemlje članice u kojoj je registriran, zemlja članica u kojoj se usluga ili proizvod putem elektronske trgovine distribuira ne može na bilo koji način zabraniti ili ograničiti takvu distribuciju.³⁵ Ovim direktivama pokriven je čitav niz djelatnosti distribucije roba i usluga elektronskim putem kao što je: *online* kupovina knjiga, naručivanje turističkih usluga, pružanje bankarskih usluga, pristup novinama, skidanje muzike itd. Cilj Direktive o elektronskom potpisu jeste priznavanje punovažnosti ugovora sačinjenih u elektronskoj formi i izjednačavanje njihove dokazne snage sa onima sačinjenim u tradicionalnoj pisanoj formi.³⁶ Važno je napomenuti da Direktiva o elektronskoj trgovini obuhvata, kako tzv. darovne (dobročine) ugovore, tako i teretne ugovore,

³⁰ § 2 UETA.

³¹ § 11 UETA.

³² *Direktive*, 1999/93/EC. Europska komisija 2003. godine donijela je Odluku o standardima proizvoda elektronskih potpisa koji su u skladu sa Direktivom 1999/93/EC. To su: 1. CWA 14167-1 (March 2003): security requirements for trustworthy systems managing certificates for electronic signatures – Part 1: System Security Requirements i 2. CWA 14167-2 (March 2002): security requirements for trustworthy systems managing certificates for electronic signatures — Part 2: cryptographic module for CSP signing operations — Protection Profile (MCSO-PP). Prema zajedničkom Izvještaju Europskog parlamenta i Vijeća EU korištenje digitalnih propisa nije bilo na odgovarajućem nivou (European Parliament and the Council August-2006 report, http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=1920). Objašnjenje tome nađeno je u ekonomskim i tehnološkim razlozima, a ne u neodgovarajućoj pravnoj regulaciji.

³³ *Direktive*, 2000/31/EC.

³⁴ Član 5 Sporazuma kojim se uspostavlja Europska ekonomska zajednica koji je potpisan 25. marta 1957. godine u Rimu.

³⁵ Član 5 Direktive o elektronskoj trgovini.

³⁶ O značaju ove Direktive za usporedna zakonodavstva vidjeti opširno u: Matias M. Siems, *The EU Directive on Electronic Signatures - A World Wide Model or a Fruitless Attempt to Regulate the Future?*, *International Review of Law, Computer and Technology*, 16 (2002): 7-22.

odnosno kao one zaključene između građansko-pravnih subjekata, tako i one zaključene između privredno-pravnih subjekata.³⁷ Slično UNCITRAL-ovom Modelu zakona o elektronskom potpisu, Direktiva o elektronskom potpisu zahtijeva od zemalja članica EU da ne primjenjuju princip prethodne dozvole i naglašava načelo tehnološke neutralnosti propisa posvećenim elektronskom potpisu.³⁸ Redaktori ovih izvora na stanovištu su da princip tehnološke neutralnosti bolje potiče rast elektronske trgovine i razmjenu na pravno reguliranom tržištu, od pristupa koji favorizira jednu ili nekoliko tehnologija digitalnog potpisa koji, doduše, pruža veću sigurnost i pouzdanost elektronskih transakcija.³⁹

Pravila obije direktive su okvirne naravi, budući da cilj direktive u pravu EU nije unifikacija zakonodavstava zemalja članica, već njihovo približavanje (aproksimacija) i harmonizacija. Stoga, ovim direktivama, posebno Direktivi o elektronskoj trgovini, nedostaju brojna konkretna pravila, koja su posvećena materiji ugovora zaključenih elektronskom poštom, zaključivanje ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu (*Click-Wrap Licences*), zaključivanje ugovora o licenci preko Interneta (*Licencing Agreement*) i dr., koja su inače sadržana u UCITA-i drugim nacionalnim kodifikacijama elektronske trgovine.

2.4. Pravna regulacija elektronske trgovine u pojedinim europskim zakonodavstvima

Njemačka je među prvima, odmah nakon američke savezne države Utah, 1997. godine donijela Zakon o tele-uslugama.⁴⁰ Ovaj Zakon izvršio je veliki utjecaj na donošenje gore analiziranih direktiva EU. Ove direktive su, međutim, naknadno izvršile povratni utjecaj na njemačko zakonodavstvo tokom prve dekade 2000-tih godina.⁴¹ Tako, donijet je Zakon o elektronskoj trgovini, kojim

³⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive_en.htm (posljednji put posjećena 9. septembra 2008. godine).

³⁸ Član 5 Direktive o elektronskom potpisu. Suprotan princip usvojen je u zakonodavstvu ruskim Zakonom o elektronskom potpisu iz 2002. godine i argentinskim Zakonom o elektronskom potpisu (prema James X. Dempsey, op. cit., str. 4, fusnota 16).

³⁹ Vidjeti o tome u: Andrew Barofsky, *THE EUROPEAN COMMISSION'S DIRECTIVE ON ELECTRONIC SIGNATURES: TECHNOLOGICAL "FAVORITISM" TOWARDS DIGITAL SIGNATURES*, http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bciclr/24_1/04_FMS.htm, abstract i zaključak, str. 1 (posljednji put posjećena 24. septembra 2008. godine).

⁴⁰ *Signatur Gesetz vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870, 1872)*. Italija je skoro usporedo sa Njemačkom donijela vlastiti Zakon o elektronskom potpisu 1997. godine (Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513, Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59) *Gazzetta Ufficiale* 13. 3. 1998, n. 60.

⁴¹ Ulrich Wuermeling, *E-Commerce — Germany, E-COMMERCE — GERMANY IMPLEMENTATION OF THE E-COMMERCE-DIRECTIVE IN GERMANY*, *Computer Law & Security Report*, Volume 17, Issue 3, 1 May 2001, Pages 168-169.

se primjenjuje gore razmatrana Direktiva o elektronskoj trgovini.⁴² Ovim aktom pojačan je pravni položaj potrošača i dodatno osigurano njihovo pravo na privatnost kada su ovi strana prilikom zaključenja i ispunjenja elektronskih ugovora. 2007. godine donijet je i Zakon o elektronskim medijima kojim je dalje unaprijeđena regulacija u domenu pružanja *online* usluga i elektronske trgovine.⁴³

Velika Britanija je 2000. godine donijela Zakon o Elektronskoj trgovini (*Electronic Commerce Act*) koji je po strukturi veoma sličan Modelu zakona UNCITRAL-a, koji se uglavnom bavi aspektima zaključenja elektronskih ugovora i njihove ekvivalencije ugovorima tradicionalnog tipa.⁴⁴ U tom duhu, čitav odjeljak ovog Zakona posvećen je pravilima o funkcionalnoj ekvivalentnosti navedenih ugovora (*Functional Equivalency Rules*). Iste godine donijet je Zakon o elektronskim komunikacijama (*Electronic Communications Act 2000*),⁴⁵ koji se bavi s dva poglavlja: osobama koje se bave pružanjem usluga elektronskih potpisa i kriptografijom (*Part I, Cryptography Service Providers*;) i poticanjem elektronske trgovine, pohranjivanjem informacija itd. (*Part II, Facilitation of electronic commerce, data storage, etc.*) i odgovarajuću Uredbu o elektronskim komunikacijama 2002. godine (*The Electronic Signatures Regulations*).⁴⁶

Francuska je 13. marta 2000. godine donijela Zakon o elektronskom potpisu kojim je priznata ekvivalentnost elektronskog potpisa onome naznačenom na tradicionalan način.⁴⁷ Izraz "*de sa main*" (potpisivanje vlastitom rukom) u članu 1326. *Code de Napoleon* zamijenjen je riječima "*par lui-même*" (osobno potpisivanje), koji je sadržan u članu 5. ovog Zakona. 2004. godine u Francuskoj je donijet Zakon o povjerenju u digitalnu ekonomiju (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*) u daljem tekstu LCEN),⁴⁸ koji se bazira na gore analiziranoj Direktivi EU. LCEN normira elektronske ugovore u odjeljku II,⁴⁹ u glavi III.⁵⁰ Ostali aspekti elektronskih ugovora regulirani su Ordonansom koja se odnosi na određene formalnosti kod elektronskih ugovora⁵¹ i Dekretom od 16. februara 2005. godine.⁵² Ovim propisima primijenjena je tehnika reforme

⁴² Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BGBl. I 2001 S. 3721.

⁴³ Telemediengesetz, BGBl. I 2007 S. 179.

⁴⁴ Electronic Commerce Act, 2000 S.O. 2000, CHAPTER 17, UK.

⁴⁵ Electronic Communications Act 2000 2000 CHAPTER 7.

⁴⁶ The Electronic Signatures Regulations 2002, 2002 No. 318.

⁴⁷ Loi no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (JO no 62 du 14 mars 2000, p. 3968).

⁴⁸ "*Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*" (LCEN). Objavljen je 21. juna 2004. godine i odmah je stupio na snagu.

⁴⁹ Članovi 14-28 LCEN.

⁵⁰ Članovi 25-28 LCEN.

⁵¹ Ordonnance no 2005-674 du juin 2005 relative a l'accoplissement de certaines formalites contractuelles par voie electronique, JORF 17 juin 20005.

⁵² Decret no 2005-137 du 16 fevrier 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation.

zakonodavstva putem amandmana, koja je svojstvena francuskom pravnom sistemu. Gdje god je to bilo moguće, ovi propisi interpolirani su u postojeće zakonodavstvo i to u: francuski Građanski zakonik (u daljem tekstu CC) njegov odjeljak III, knjiga III, posvećenom općoj teoriji ugovora, gdje je unijeta nova glava VII sa nazivom Ugovori o elektronskoj formi. Također donijeti su i Zakonik o pošti i elektronskim komunikacijama i Zakonik o potrošnji.⁵³

Republika Hrvatska donijela je Zakon o elektroničkom potpisu 2002. godine,⁵⁴ a Zakon o elektroničkoj trgovini 2003. godine.⁵⁵ Nešto kasnije, **Bosna i Hercegovina** donijela je Zakon o elektronskom potpisu 2006. godine⁵⁶ i Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu 2007. godine.⁵⁷ Propisi ove dvije zemlje bit će analizirani u kontekstu komparacije ustanova elektronskih ugovora, iskristaliziranih u ne tako dugogodišnjoj poslovnoj praksi transakcija elektronskim putem. U Bosni i Hercegovini donijet je i Okvirni zakon o zalozima.⁵⁸ Ovaj izvor prava jeste još jedan *lex specialis* u odnosu na važeće entitetske verzije Zakona o obligacionim odnosima, čija je domena isključivo zaključivanje ugovora o registriranoj zalozi na visoko-individualiziranim pokretnim stvarima (automobilima, građevinskim mašinama i dr.) i to elektronskim putem, najčešće posredstvom Interneta. Sličan zakon nešto kasnije donijela je i RH, kao i sve zemlje u bližem okruženju.⁵⁹ Naravno, primjena ovih zakona ne bi mogla biti moguća, bez priznavanja punovažnosti ugovora zaključenih elektronskim putem.

3. Punovažnost elektronskih ugovora

Elektronski ugovor se u različitim zakonodavstvima različito naziva, pa i definira. Uobičajeno je da postojeće zakonske definicije dozvoljavaju zaključenje elektronskog ugovora, ne samo preko Interneta, već i preko drugih informacionih sistema. Za ovaj ugovor, UCITA koristi termin “transakcija računarske

⁵³ Usporedi: Dragan Pavić, *Elektronski ugovori u usporednom zakonodavstvu*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6, Mostar 2008., str. 543.

⁵⁴ Zakon o elektroničkom potpisu od 17. siječnja 2002. godine (Narodne novine, 10/02).

⁵⁵ Zakon o elektroničkoj trgovini od 15. listopada 2003. godine (Narodne novine 173/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkoj trgovini od 30. svibnja 2008. godine (Narodne novine, 67/08).

⁵⁶ Zakon o elektronskom potpisu od 14. novembra 2006. godine (Službeni glasnik BiH br. 91/06).

⁵⁷ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu od 20. novembra 2007. godine (Službeni glasnik BiH br. 88/07).

⁵⁸ Okvirni zakon o zalozima (Službeni glasnik BiH 28/04).

⁵⁹ Zakon o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (Narodne novine 121/05). O analizi ovih zakonskih tekstova detaljnije vidjeti u: M. Povlakić, *Registrirana zaloga u BiH*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6, Mostar 2008., str. 366-381.

informacije” (*Computer Information Transaction*).⁶⁰ UNCITRAL-ov Model zakon isti pravni pojam definira kao aktivnosti komercijalnog karaktera poduzete putem razmjene informacija koje su nastale, spremljene ili otposlane putem elektronskih, optičkih ili analognih sredstava uključujući EDI,⁶¹ elektronskom poštom, telegram, telex, telekopiju itd.⁶² U upotrijebljenim terminima, očito, preteže ekonomsko i informatičko značenje i konotacija.

U skladu sa načelom slobode ugovaranja i načelom konsesualizma, UNCITRAL-ov Model zakon i sva usporedna zakonodavstva i međunarodni izvori nedvosmisleno priznaju punovažnost ugovora zaključenih elektronskim putem.⁶³ Direktivom o elektronskom potpisu zahtijeva se od članica da naprednom elektronskom potpisu daju isti pravni učinak kao i tradicionalnom svojeručnom potpisu.⁶⁴ Otuda, u francuskom pravu,⁶⁵ njemačkom pravu⁶⁶, hrvatskom pravu,⁶⁷ bosanskohercegovačkom pravu⁶⁸ i drugim usporednim zakonodavstvima, elektronska forma izjednačena je sa tradicionalnom pisanom formom, kada je ova uvjet punovažnosti ugovora, pa čak i u situacijama kada se zahtijeva svojeručni potpis.⁶⁹

Izuzetak od ovog principa najčešće jesu pojedini ugovori i drugi pravni poslovi koji se i dalje moraju zaključiti na tradicionalan način i koji se najčešće odnose na: ugovore kojima se prenose stvarna prava na nekretninama (osim prava zakupa),⁷⁰ ugovore kod kojih objektivno pravo izričito zahtijeva formu

⁶⁰ § 102(a)(11) UCITA, ovaj ugovor definira se riječima: “transakcija računarske informacije jeste ugovor kojim se stvaraju, prenose ili licenciraju računarske informacije ili prava na informacije”.

⁶¹ EDI jeste akronim za pojam elektronska razmjena podataka (*electronic data interchange*). Vidjeti u: Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, op. cit., str. 1.

⁶² Član 1 i 2 UNCITRAL-ovog Modela zakona. Član 1. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu BiH elektronsku trgovinu, odnosno elektronski pravni i poslovni promet, kao svoj *ratione materiae*, definira kao “... poduzimanje i pružanje usluga informacionog društva, obaveze davaoca usluga u vezi sa informiranjem, zaključivanje ugovora i odgovornost davaoca usluga.” Slična je odredba u članku 1. Zakona o elektroničkoj trgovini RH.

⁶³ UNCITRAL-ov Model Zakon u članu 5 i Direktiva o elektronskoj trgovini u članu 9 izričito propisuju punovažnost elektronskih ugovora. Načelo dispozitivnosti odredbi posvećenih elektronskim ugovorima dosljedno je istaknuto u članu 4. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH.

⁶⁴ Član 5 Direktive o elektronskom potpisu. To je predviđeno članom 5, stavu (1) Zakona o elektronskom potpisu BiH, članak 2., točka 2. i članka 4. Zakona o elektroničkom potpisu RH.

⁶⁵ Član 25. francuskog Zakona o povjerenju u digitalnu ekonomiju.

⁶⁶ § 126(a)(1) njemačkog Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

⁶⁷ Članak 5. Zakona o elektroničkom potpisu RH.

⁶⁸ Prema članu 4, stavu 2. Zakona o elektronskom potpisu BiH: “Pravno djelovanje elektronskog potpisa i njegova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da je elektronski potpis dostupan jedino u elektronskoj formi ili zbog toga što nije zasnovan na kvalificiranoj potvrdi, ili kvalificiranoj potvrdi akreditiranog ovjerioca,”

⁶⁹ Ovim članom interpoliralo se u član 1108-1 CC.

⁷⁰ Član 9 (a) Direktive o elektronskoj trgovini.

sudske ovjere, notarsku formu ili formu javne isprave,⁷¹ pravo zaloge i jamstva, kada ga daju lica kojima to nije registrirana djelatnost,⁷² i ugovori i pravni poslovi iz oblasti obiteljskog i nasljednog prava.⁷³ Na primjer, u skladu sa ovim standardom, koji je izričito stipuliran Direktivom o elektronskom potpisu, u Njemačkoj je 2001. godine donijet Zakon o izmjenama pravila o pravnoj formi i ostalih pravila građanskog prava u vezi sa novim poslovno-pravnim komunikacijama, kojim je isključena mogućnost zaključenja u elektronskoj formi sljedećih pravnih poslova: poduzimati izjave u vezi sa ugovorom o radu,⁷⁴ izdavati uvjerenja iz radnog odnosa,⁷⁵ zaključivati ugovor o osiguranju,⁷⁶ izjaviti obećanje o činidbi,⁷⁷ priznanje duga,⁷⁸ zaključiti ugovor o potrošačkom kreditu.⁷⁹ Slični propisi sadržani su i u pravu Hrvatske⁸⁰ i Bosne i Hercegovine,⁸¹ kojima je zajedničko izuzimanje od mogućnosti zaključivanja u elektronskoj formi svih pravnih poslova zaključenih u notarskoj formi. Izuzetak je spomenuti § 11 američkog UETA, koji dozvoljava zaključivanje notarskih ugovora elektronskim putem.

Potpuno isključivanje mogućnosti da notarski ugovori mogu biti zaključeni u elektronskoj formi čini se pretjerano prohibitivnim i neusklađenim sa tendencijama reforme ovog aspekta zakonodavstva u skladu sa potrebama tržišnog poslovanja elektronskim putem.⁸²

⁷¹ Član 9 (b) Direktive o elektronskoj trgovini.

⁷² Član 9 (c) Direktive o elektronskoj trgovini.

⁷³ Član 9 (d) Direktive o elektronskoj trgovini.

⁷⁴ § 623. BGB.

⁷⁵ § 630. BGB.

⁷⁶ § 766. BGB.

⁷⁷ § 780. BGB.

⁷⁸ § 781. BGB.

⁷⁹ § 4. st. 1. *Das Verbraucherkreditgesetz* (29. 6. 2000., BGBl. I S. 940).

⁸⁰ Prema članku 6., stavu 2. hrvatskog Zakona o elektroničkom potpisu, sljedeći pravni propisi se ne mogu zaključiti u elektronskoj formi: 1. pravni poslovi kojima se vrši prijenos vlasništva na nekretninama ili se uspostavljaju druga stvarna prava na nekretninama; 2. oporučni poslovi; 3. imovinski predbračni, odnosno bračni ugovori; 4. opterećenje i otuđenje imovine za koje je potrebno odobrenje centra za socijalnu skrb; 5. ugovori o predaji i raspolaganju s imovinom za života; 6. ugovori o doživotnom uzdržavanju i sporazume u svezi s nasljeđivanjem; 7. darovni ugovori; 8. drugi pravni poslovi za koje je posebnim zakonom propisano da se sastavljaju u obliku javnobilježničkog akta, odnosno isprave i 9. drugi pravni poslovi ili radnje za koje je posebnim zakonom ili na temelju zakona donesenim propisom izričito određena uporaba vlastoručnog potpisa u dokumentima na papiru ili ovjera vlastoručnog potpisa. Slična je odredba i u članu 5, stavu (2) Zakona o elektronskom potpisu BiH.

⁸¹ Član 2, stav 1, točka 2. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu BiH.

⁸² Na primjer, i Italiji između Privredne komore kod koje je se vodi registar privrednih subjekata i Notarske komore, kojim je omogućeno dostavljanje Komori notarskih akata u elektronskoj formi. Vidjeti o tome u: Consiglio Nazionale del notariato: Collaborazione tra Consiglio Nazionale del notariato e Camere di commercio, comunicato stampa, Milano, 10 ottobre 2002. (<http://www.interlex.it/segnal/notai.htm>).

4. Zaključivanje elektronskog ugovora

Prema stanovištu koje prevladava u međunarodnim izvorima⁸³ i usporednom zakonodavstvu, elektronski ugovor može biti zaključen na bilo koji način koji očituje sporazum, odnosno eksplicitnu ponudu i eksplicitnog prihvata, ponašanje pregovaračkih strana (konkludentne radnje, *conduct of both parties*) ili funkcioniranje elektronskih posrednika.⁸⁴

Većina europskih zakonodavstva insistira na primjeni člana 9 Direktive o elektronskoj trgovini kojim se stranke štite od neželjenog ili slučajnog zaključivanja ugovora. Najčešće, kako bi ovako zaključen ugovor proizveo pravni učinak, strane moraju jedna drugoj pružiti mogućnost provjere svih točaka ugovora, posebno cijenu i mogućnost ispravljanja grešaka, nakon čega se može postići suglasnost koja proizvodi ugovorne učinke. Po pravilu, potrebna su najmanje dva "klika", kako bi se zaključio ovakav ugovor, prvi za inicijalnu porudžbinu, a drugi za njenu potvrdu.⁸⁵ Kod potrošačkih ugovora (vidjeti odjeljak niže), pak, ponegdje je neophodno razmijeniti čak sedam poruka.⁸⁶

Ukoliko je ponuda odasлана i primljena, ona može biti prihvaćena ili obećanjem da će kopija biti poslana ili samim slanjem kopije. **U svakom slučaju, u većini pravnih sistema, pa čak i u američkom pravu, ponuda je prihvaćena kada elektronski prihvata bude primljen od strane ponuđača (teorija prijema).**⁸⁷ Prihvata koji sadrži izmijenjene točke među privredno-pravnim subjektima, tj. trgovcima, dovest će do nastanka elektronskog ugovora, osim ako ponuđač u razumnom roku obavijesti ponuđenog da ne želi biti vezan tim ugovorom.⁸⁸ Ukoliko ponuđač uvjetuje da prihvat ponude mora biti potpun, tj. odnositi se na sve točke ponude, kako one bitne, tako i one sporedne, prihvat koji sadrži izmijenjene točke neće dovesti do nastanka elektronskog ugovora, već će predstavljati protu-ponudu.⁸⁹

Poseban problem predstavlja zaključivanje ugovora preko takozvanih elektronskih posrednika, koji se danas trgovačke kuće široko koriste radi ubrzanja i pojednostavljanja prodaje roba i usluga. Naime, radi se o prodaji posredstvom

⁸³ Glava III, članovi 11.-15. UNCITRALOV-og Modela zakona.

⁸⁴ § 114 UCITA.

⁸⁵ J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, Paris, 2005, str. 139.

⁸⁶ X. Linant de Bellefond, *Le droit du commerce électronique*, PUF, Paris, 2005, str. 40.

⁸⁷ § 203 UCITA. U angloameričkoj pravnoj tradiciji, momenat postizanja suglasnosti zasniva se na teoriji odašiljanja (teoriji ekspedicije ili teoriji otpravljanja), prema kojoj je mjerodavan moment odašiljanja prijehvata ponuđaču, a to je po pravilu trenutak kada je ponuđeni prihvat predao pošti ili ga ubacio u poštansko sanduče. Najvažnija stvar za ponuđenog je dokazati da je prihvat odaslao. Problem kod ove teorije je što će se ugovor smatrati zaključenim i kada izjava o prijehvatu uopće ne stigne do ponuđača, tako da ovaj i nije svjestan da je ugovor nastao. Smisao ove koncepcije je da skрати vrijeme ponuđaču za opoziv svoje ponude. Da podsjetimo, ponuda je u *common law*-u u načelu opoziva izjava volje. Vidjeti o ovome opširnije u: Genč Trnavci, *Obligaciono pravo, knjiga I*, Univerzitet u Bihacu, 2002. godine, str. 177-178.

⁸⁸ § 204 UCITA.

⁸⁹ § 205 UCITA.

telefonskog ili računarskog sistema koje uspostavljaju prodavatelji radi prihvaćanja narudžbi. Ukoliko bi potrošač naručio proizvod putem tog sistema, a njegova ponuda bi sadržavala drukčije točke ugovora od općih uvjeta prodavatelja, takav ugovor bi nastao, ali ne bi sadržavao takve točke. Drugim riječima, protu-ponude nisu učinkovite ukoliko se izjave putem elektronskih posrednika-agenata.⁹⁰

Interesantno je da je Zakon o elektronskom potpisu BiH svoj djelokrug primjene ograničio na **zatvorene sisteme** (sic!), "... koji su u potpunosti uređeni ugovorima između poznatog broja ugovornih strana, ako je njihova primjena ugovorena (sic!)". Ova odredba je apsurdna, nije usklađena sa potrebama modernog elektronskog poslovnog prometa, pogotovu ako se u obzir uzme činjenica da svi međunarodni izvori i referentna usporedna zakonodavstva svojim pozitivnim propisima uređuju kako zatvorene, tako i otvorene sisteme, a posebno akcentiraju načelo punovažnosti ugovora zaključenih elektronskim putem među licima koja se ne poznaju.⁹¹ Iz ovog, naravno, ne proistječe zaključak prema kojem se nepunovažnim smatraju elektronski ugovori zaključeni u Bosni i Hercegovini preko Interneta ili drugih otvorenih informacionih sistema, kao i oni zaključeni između lica koja se ne poznaju. Naprotiv, i ovi ugovori su punovažni u skladu sa načelom konsensualizma sadržanim u važećim entitetskim verzijama Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, ovakvim pristupom u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu problem i dalje nije riješen, jer i dalje nije ostvarena svrha reforme zakonodavstva koja bi trebalo regulirati elektronske ugovore i internetsko pravo u skladu sa direktivama Europske unije i pozitivnim iskustvima paradigmatičkih usporednih zakonodavstava. Stoga, bosanskohercegovački zakonodavac bi citiranu odredbu posvećenu djelokrugu primijene Zakona elektronskom potpisu što prije trebalo promijeniti i njegovu primjenu proširiti na ugovore zaključene posredstvom otvorenih informacionih sustava, pa i među licima koja se ne poznaju.⁹²

5. Zaštita integriteta elektronskog dokumenta i identiteta elektronskog potpisa

Pitanje zaštite integriteta elektronskog dokumenta i identiteta elektronskog potpisa riješeno je zahtjevom primjene sigurnog (naprednog, kvalificiranog) elektronskog potpisa.⁹³ Prema Direktivi o elektronskom potpisu, napredni elektronski potpis mora ispunjavati sljedeće kriterije:

⁹⁰ § 206 UCITA.

⁹¹ Član 2., stav 1. Zakona o elektronskom potpisu BiH.

⁹² Suprotno ovom pristupu, prema Zakonu o elektroničkom potpisu RH propisano je: "Ovim se Zakonom uređuje pravo fizičkih i pravnih osoba na uporabu elektroničkog potpisa u upravnim, sudskim i drugim postupcima, poslovnim i drugim radnjama, te prava, obveze i odgovornosti fizičkih i pravnih osoba u svezi s davanjem usluga certificiranja elektroničkog potpisa, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno."

⁹³ J. Huet, *Le Code civil et les contrats électroniques*, contributions a l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Universite de Paris II, Dalloz, Paris, N. 5.

- vezuje se isključivo za potpisnika;
- podesan je za identificiranje potpisnika;
- kreiran je na način i sredstvima koji su pod kontrolom potpisnika i
- odnosi se na podatke čije se naknadne izmjene mogu otkriti (detektirati).⁹⁴

Ukoliko bi elektronski potpis posjedovao sve nabrojane karakteristike, Direktiva o elektronskom potpisu obvezuje članice EU da u svojim zakonodavstvima ugrade propise koji izjednačavaju ovakav elektronski potpis sa tradicionalnim svojeručnim potpisom.⁹⁵ Njemačko pravo poznaje tri kategorije elektronskih potpisa. To su: prosti, kvalificiran i akreditiran od strane države.⁹⁶ Njemačka Savezna agencija za mreže ovlaštena je provjeriti infrastrukturu informatičke tehnologije i kvalificiranost kadrova privrednog subjekta koji aplicira za dobivanje akreditacije elektronskog potpisa od strane države.⁹⁷

Važno je napomenuti da poreski propisi kojima se zahtijeva ispunjavanje fiskalnih obaveza prema državi, kao i drugi imperativni propisi (npr., koji se odnose na proceduru registracije vozila) neće oduzeti punovažnost ugovorima zaključenim u elektronskoj formi, iako će stvarati praktične probleme administrativne naravi za ugovorne strane.⁹⁸ Ovim problemima veoma se lako mogu otkloniti donošenjem odgovarajućih podzakonskih propisa u vezi sa reformom administracije i odgovarajućom edukacijom državnih službenika i državnih namještenika.

6. Zaključivanje ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu (Click-Wrap Licences, Click to Agree Contract)

U svim usporednim zakonodavstvima klasična pravila posvećena ugovoru o licenci prava intelektualnog vlasništva zahtijevaju njegovo zaključivanje u pisanoj formi, to jest potpisivanje pisane redakcije teksta ugovora od ugovornih strana. Pojavom i razvojem Interneta, licenciranje kompjuterskih programa više nije efikasno obavljati na klasičan način, već se to čini putem tzv. *click-wrap* licenciranja. Ovaj način licenciranja koriste mnoge kompanije radi prodaje

⁹⁴ Član 2. Direktive o elektronskom potpisu. Ova odredba preuzeta je u Zakonu o elektronskom potpisu BiH (član 3, stav c) i koristi termin "siguran elektronski potpis". Sličan propis stipuliran je i članom 8. UNCITRALOV-og Modela zakona.

⁹⁵ Član 5. Direktive o elektronskom potpisu.

⁹⁶ Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, BGBl. I 2001 S. 876.

⁹⁷ Ibidem. Prema članku 7, stavu 2. Zakona o elektroničkom potpisu RH, Ministarstvu gospodarstva povjerena je nadležnost donošenja pravilnika radi propisivanja mjera "... zaštite elektroničkog potpisa i naprednoga elektroničkog potpisa te mjere provjere identiteta potpisnika moraju poduzeti ...".

⁹⁸ U talijanskom pravu poznat je problem registracije ugovora poreskim organima radi stavljanja pečata o plaćenom porezu. Vidjeti u: S. Brescia, *In tema di firma digitale e di documento informatico* (d.p.r. 10 novembre 1997, 513), *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXIII, n. 1-2, gennaio-aprile 2000, str. 19.-20.

513), *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXIII, n. 1-2, gennaio-aprile 2000, str. 19.-20.

softvera preko Interneta ili, pak, u odgovarajućoj fizičkoj ambalaži (npr. u formatu CD-a), koji se kasnije instalira na računar.

Program se instalira putem interaktivnog prikazivanja na ekranu serije prozora za dijalog u kojem se pojavljuje tekst ugovora o licenci prije nego se program definitivno instalira na računar. Ovakvi ugovori su po pravilu adhezionog karaktera, tako da korisnici, odnosno potrošači ne mogu pregovarati o uvjetima i točkama ugovora. Zaključivanje ugovora od strane korisnika licence po pravilu se postiže klikom miša na dio prozora za dijalog na kojem piše "prihvaćam" ("I accept", "I agree").

Ovako zaključeni ugovori o licenci u elektronskoj formi sadrže sve klauzule, uvjete i točke punovažnog ugovora, uključujući i odredbe posvećene trgovačkim znacima i poslovnim tajnama, s tim da im nedostaje klasična pisana redakcija i potpisi na listovima papira, to jest u tzv. tvrdoj kopiji (*hard copy*). *Click-wrap* ugovori, kako se popularno nazivaju u informatičkoj terminologiji, a sada i u pravnoj, omogućavaju brz, jeftin i pogodan način za davanje licenci da svoj softver masovno distribuiraju na globalnom tržištu, bez potrebe sastavljanja ugovora o licenci na papiru i njegovog potpisivanja.

Pitanje punovažnosti ovako zaključenih ugovora postavilo se prije svih u pravu SAD, čiji su sudovi u početku priznavali punovažnost ovakvih ugovora primjenjujući opći princip sadržan u članu 2 UCC-a, koji se odnosi na ugovor o prodaji i koji propisuje da ugovor o kupoprodaji roba mora biti sačinjen na način dovoljan za postizanje sporazuma, uključujući i ponašanje stranaka koje upućuje na postojanje ugovora.⁹⁹ Isto tako, sudovi su se pozivali na § 19 *Restatement (Second) of Contracts* koje je posvećeno tumačenju ugovora. Ovaj paragraf stipulira sljedeće: "suglasnost se može manifestirati pisano, usmeno ili na drugi način".¹⁰⁰

Dilema vezana za zaključivanje i tumačenje ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu sada je definitivno razriješena § 210(a) UCITA, koji izričito propisuje da je korisnik licence vezan ugovorom zaključenim na gore opisan način, ukoliko mu je dana mogućnost uvida u uvjete tog ugovora prije nego "manifestira suglasnost" ("*manifests assent*"). Isto tako, pitanje punovažnosti ovako zaključenih ugovora riješeno je članom 6 UNCITRAL-og modela zakona

⁹⁹ U sudskoj praksi SAD poznat je slučaj *Hotmail Corporation v. Van\$ Money Pie, Inc.*, 47 U.S.P.Q: 1020 (N.D.Cal. 1998), koji se odnosio upravo na povredu *click-wrap* ugovora od strane korisnika usluga Internetske kompanije *The Hotmai Corporation*. Tužena strana je kao korisnik ovog internetskog pretraživača potpisala sa tom kompanijom *click-wrap* ugovor kojim se obvezala, između ostalog, da neće slati reklamni materijal u elektronskoj formi (tzv. *spam*) i poruke pornografskog karaktera, što je kasnije *Hotmail* kompanija utvrdila da je korisnik činio, uslijed čega je pokrenuta parnica. U gore citiranoj presudi sud je uvažio postojanje i punovažnost tog ugovora, te je usvojio tužbeni zahtjev.

¹⁰⁰ "*Manifestation of assent may be made by written or spoken words or by other action*" (§ 19 *Restatement (Second) of Contracts*). *Nota bene* da *Restatement of Contracts* predstavlja pravnu kompilaciju, koju je 1932. godine sastavio Američki pravni institut. U pravnom sistemu SAD ova kompilacija ne predstavlja izvor prava, već se, zahvaljujući autoritetu koji uživa, suci i drugi pravnici praktičari rado pozivaju na njegova tumačenja pozitivnog prava.

i svim drugim izvorima usporednog prava kojima se regulira elektronska trgovina. Elektronska forma listom je izjednačena sa pisanom formom sačinjenom na tradicionalan način. Ostala zakonodavstva nemaju posebne odredbe posvećene ugovorima o licenci pritiskom dugmeta na mišu.

7. Ugovori zaključeni posredstvom elektronske pošte (E-Mail Contracts)

Zahvaljujući trenutnoj i pouzdanoj razmjeni informacija koje omogućava, upotreba e-pošte u svakodnevnoj poslovnoj i privatnoj komunikaciji postala je neizostavni dio svakodnevnice, tako da polako potiskuje pisanu korespondenciju, uporabu telefona i faks mašina. Svakoj osobi omogućeno je korištenje vlastite i jedinstvene e-mail adrese, koja može pouzdano identificirati korisnika, tj. pošiljaoca elektronskog pisma.¹⁰¹

Zaključenje neformalnih ugovora posredstvom e-pošte nikada se nije postavljalo kao problem u poslovnoj praksi i sudskoj praksi. Međutim, pitanje se postavljalo kod zaključenja formalnih ugovora: da li je punovažan ugovor zaključen korespondencijom putem e-pošte, za koji objektivno pravo, inače, zahtijeva zaključenje u pisanoj formi? Kao što je već istaknuto, ako se ne radi o ugovorima za koje je propisana notarska forma, odnosno o ugovorima kod kojih se prilikom zaključenja zahtijeva učešće sudskog ili nekog drugog organa (npr. ugovor o doživotnom izdržavanju), pravni sistemi većine referentnih usporednih zakonodavstva na stanovištu su da ugovori zaključeni posredstvom e-pošte sadrže pisanu formu kao objektivno bitan element ugovora.¹⁰²

Dakle, smatra se da printana kopija elektronske pošte koja sadržava ugovorne odredbe ima isti pravni značaj kao i ugovor potpisan mastilom, pod uvjetom da je da je takva kopija reproducirana sa elektronske poruke čiji je integritet očuvan korištenjem imena, simbola i kodova, kao i ostalih informacija pomoću kojih je moguće identificirati pošiljaoca, te utvrditi njegovu ugovornu volju u vrijeme nastanka ugovora.¹⁰³ Drugim riječima, smatra se da ovakav ugovor ne mora

¹⁰¹ Ugovori zaključeni elektronskom poštom normirani su u I odjeljku LCEN. U članu 3., točka c) Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, elektronskom porukom smatra se niz podataka koji su poslani i primljeni na elektronski način, što uključuje prije svega elektronsku razmjenu podataka i elektronsku poštu. Ovom odredbom dosljedno je primijenjeno načelo tehnološke neutralnosti propisa posvećenih elektronskoj trgovini. Interesantno je da u Zakonu o elektroničkoj trgovini RH nema eksplicitne odredbe koja je posvećena zaključivanju ugovora posredstvom elektronske pošte, mada se njegovoj dozvoljenosti može zaključiti sistematskim tumačenjem odredbe članka 2. ovog zakona koja normira značenje izraza upotrijebljenih u Zakonu.

¹⁰² Vidjeti slučaj pred talijanskim pravosuđem koji se odnosi na punovažnost ugovora zaključenog preko e-pošte: <<http://www.interlex.it/docdigit/ricorsocuneo.htm>>.

¹⁰³ Prema Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, ako nije drugačije dogovoreno, smatra se da je poruka poslana u vrijeme kada uđe u informacijski sistem koji nije pod kontrolom pošiljaoca i u skladu s voljom pošiljaoca (član 9.), a momentom prijema smatra se moment kada poruka uđe u informacijski sistem primaoca (član 10.).

sadržati potpis mastilom ili kemijskom olovkom, budući da u sebi sadrži elektronski potpis koji predstavlja elektronski ekvivalent klasičnom potpisu.¹⁰⁴

8. Zaštita potrošača prilikom zaključenja elektronskog ugovora

Usporedno-pravni propisi posvećeni elektronskim ugovorima mahom sadrže propise posvećene zaštiti potrošača,¹⁰⁵ pogotovo u situacijama kada ovi, prilikom zaključenja ugovora, počine nenamjerne greške, pod uvjetom da:

- odmah (promptno) nakon saznanja o grešci, potrošač obavijesti drugu ugovornu stranu o tome;
- nije koristio predmet ugovora ili ostvario kakvu dobit po osnovi korištenja informacije ili je pružio takvu dobit trećoj strani;
- dostavi sve kopije informacije drugoj strani ili uništi sve kopije u skladu sa instrukcijama druge strane i
- plati sve troškove isporuke i obrade drugoj strani.¹⁰⁶

Ova pravila se neće primijeniti, ukoliko je distributer omogućio potrošačima zadovoljavajući program za izbjegavanje grešaka ili verificiranje informacija vezanih za prodaju najmanje po drugi put (klikom miša po drugi put), prije nego je elektronska porudžbina procesuirana. To je upravo slučaj sa autentifikacijom elektronskog potpisa ugovora.

U njemačkom pravu potrošači su dodatno zaštićeni mogućnošću da odustanu od elektronskog ugovora u roku od 14 dana od dana zaključenja, osim kod ugovora čiji su predmet isporuka hrane ili putničke usluge.¹⁰⁷

9. Potvrđivanje (autentifikacija) elektronskog potpisa ugovora

U pojedinim usporednim zakonodavstvima elektronski ugovori čiji predmet prelazi određeni iznos,¹⁰⁸ odnosno vrijednost, mogu proizvesti pravni učinak samo pod uvjetom da su elektronski zapisi pisane redakcije ugovora i potpisi autentificirani. Autentifikacija se može obaviti i primjenom tzv. procedure atribucije (*attribution procedure*) u cilju verifikacije podataka i eventualnog otklanjanja grešaka ili promjena u podacima. Ova procedura zahtijeva korištenje kodova, algoritama, riječi i brojeva za šifru, povratne pozive i druge vrste potvrđivanja.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Član 7. UNCITRAL-ovog Modela zakona pokriva materiju ugovora zaključenih putem e-pošte. Član 10 Direktive o elektronskoj trgovini, normirajući materiju *click-wrap* ugovora, indirektno spominje zaključivanje ugovora putem e-pošte.

¹⁰⁵ Prema članu 3, točka k) Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, potrošačem se smatra svako lice koje djeluje u svrhu koja ne spada u njegovu ili njenu trgovinsku, poslovnu ili profesionalnu aktivnost.

¹⁰⁶ § 217 UCITA. Usporedi član 19. i 20. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH.

¹⁰⁷ Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BGBl. I 2001 S. 3721.

¹⁰⁸ 5000 dolara ili više prema § 201 UCITA.

¹⁰⁹ § 102(a)(5) UCITA.

U praksi, procedura autentifikacije najčešće nalazi primjenu kada potrošač kupuje softver preko Interneta na *web-cite*-u koji funkcionira putem elektronskog sistema naručivanja. Od potrošača se zahtijeva da unese podatke o njegovom imenu, prezimenu, adresi, telefonskom broju, informacijama iz kreditne kartice, informacije vezane za računar sa kojeg se naručuje i PIN broj. Elektronski agent zatim zahtijeva da potrošač potvrdi (verificira) sve informacije po drugi put, prije no što potrošač prihvati ponudu klikom na odgovarajućem mjestu u aplikaciji *web-cite*-a. Kod ugovora ovakvog tipa, samo pod navedenim uvjetima, distributer će dozvoliti potrošaču da softver "skine" (downloadira) sa Interneta na svoj računar.

Dakle, autentificirati (*authenticate*) ugovor podrazumijeva da on mora imati dodatnu elektronsku formu, a to je, ustvari, potpisivanje pisane redakcije elektronskog ugovora putem primjene elektronskog simbola, zvuka ili poruke koja joj se pridodaje, koja je sastavni dio pisane redakcije ili koja je povezana sa pisanom redakcijom ugovora.¹¹⁰ Drugim riječima, elektronska autentifikacija ovog ugovora osigurava lakoću identificiranja jedne od ugovornih strana, na taj način da se sa sigurnošću može zaključiti da podatke nije mogao bilo tko drugi unijeti, osim osobe koja je tu radnju poduzela osobno ili preko njenog elektronskog agenta.¹¹¹

10. Zaključivanje ugovora o licenci preko Interneta (Licencing Agreement)

Zaključivanje ugovora o licenci jeste jedan od najčešće zaključivanih ugovora preko Interneta kojima se, na neodređen rok ili za određeni period, prenose sva ili pojedina imovinska ovlaštenja iz subjektivnih prava intelektualnog vlasništva. Važnost ovog ugovora koji se zaključuje preko Interneta priznata je i od strane redaktora UCITA, koji su mu u nekoliko odredbi posvetili posebnu pažnju, posebno u domenu prenošenja prava korištenja informacija,¹¹² uključujući i takozvanu isključivu licencu.¹¹³

Poseban slučaj predstavljaju takozvani ugovori o pristupu softveru i informacijama (*Software and Information Access Contracts*) koji, umjesto ustupanja same informacije, bilo fizičkim nosačem, bilo downloadiranjem, podrazumijeva prenošenje stjecatelju od strane prenositelja ovlaštenja pristupa bankama podataka za određeno vrijeme ili određeni broj puta, koje su pod

¹¹⁰ § 102(a)(6) UCITA.

¹¹¹ § 108 i § 213 UCITA.

¹¹² § 102(40) UCITA izričito definira ugovor o licenci informacija ili prava na informacije sljedećim riječima (u prijevodu autora): "*Licenca podrazumijeva ugovor koji ovlašćuje pristup ili upotrebu, distribuciju, izvođenje, promjenu ili reprodukciju informacije ili prava na informaciju, ali izričito ograničava pristup ili upotrebljava autorizaciju ili izričito prenosi manje od punog obima prava na informaciju, bez obzira na to da li stjecatelj ima pravo na kopiju ili nema to pravo. Ovaj pojam podrazumijeva sporazum o pristupu, zakup računarskog programa i isporuku kopije*".

¹¹³ § 102(a)(41)(42) UCITA.

kontrolom prenositelja. Pristup bankama podataka mora biti omogućen stjecatelju u skladu sa odredbama zaključenog elektronskog ugovora. Ukoliko što drugo nije ugovoreno, pristup će biti omogućen u razumno vrijeme i na razuman način koji je prilagođen tipu ugovora i uobičajenim standardima poslovanja, trgovine i date industrije. Periodično obnavljanje, dopunjavanje (*updating*) i promjene informacija u bazi podataka se neće smatrati povredom ovog ugovora, osim ako je takav postupak u suprotnosti sa njegovim izričitim odredbama. Sporadični padovi sistema i nemogućnost pristupa bankama podataka se, također, neće smatrati kršenjem ugovora ako su ovi događaji: 1. normalni u danoj djelatnosti, trgovini ili industriji; ili 2. su uzrokovani planiranom neaktivnošću; normalnim periodima otkazivanja opreme komunikacije ili programa; ili razumnim potrebama za održavanjem.¹¹⁴ Ostali pravni sustavi ne sadrže posebne odredbe posvećene zaključivanju ugovora o licenci posredstvom Interneta.

11. Dokazivanje i tumačenje elektronskog ugovora

U skoro svim referentnim usporednim zakonodavstvima u domenu građanskog procesnog prava usvojen je princip slobodne ocjene dokaza.¹¹⁵ Otuda se postojanje i sadržaj ugovora mogu dokazivati svim dokaznim sredstvima, uključujući i podatke u elektronskoj formi. UNCITRAL-ovim Modelom zakona i Direktivom o elektronskom potpisu EU izričito se traži od članica da u svojim zakonodavstvima ne isključe mogućnost dokazivanja elektronskog potpisa u pravnim procedurama samo zbog toga što je dan u elektronskoj formi.¹¹⁶

Problem dokazivanja naročito dolazi do izražaja po pitanju čuvanja elektronskih podataka pomoću kojih se dokazuje postojanje i sadržaj ovih ugovora. U francuskom pravu profesionalci (trgovci, privrednici) dužni su arhivirati sve podatke u periodu od 10 godina od momenta zaključenja, odnosno izvršenja ugovora sa trenutnim izvršenjem prestacija. Ove osobe dužne su omogućiti pristup ovim podacima na zahtjev druge strane, ako vrijednost ugovora prelazi iznos od 120 eura.¹¹⁷ Budući da se u francuskom pravu zahtijeva pisana forma za dokazivanje ugovora (dokazna forma) čija vrijednost prelazi 1500 eura, gore spomenutim Zakonom o elektronskom potpisu od 13. marta 2000. godine, ugovorima zaključenim u elektronskoj formi dana je ista dokazna snaga kao i onima zaključenim na tradicionalan način, u pisanoj formi.

U američkom pravu, izričito je propisano da, ukoliko elektronski zapis ugovora predstavlja konačni izraz ugovorne volje potpisnika, uvjeti i točke tog ugovora ne mogu se izmijeniti ili derogirati tumačenjem nekog prethodnog sporazuma ili istovremenog usmenog dogovora (*Parole evidence*).¹¹⁸ Međutim,

¹¹⁴ § 611 UCITA.

¹¹⁵ *Pravna enciklopedija*, knjiga druga, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 973-974.

¹¹⁶ Član 9 UNCITRALOV-og Modela zakona i član 5 Direktive o elektronskom potpisu.

¹¹⁷ Član 27. LCEN, članovi 1.-2. Dekreta od 16. februara 2005. godine.

¹¹⁸ §301 UCITA.

tumačenje cilja ugovora sadržanog u elektronskom zapisu ugovora može se postići istraživanjem ranijeg ponašanja ugovornih stranaka u poslovanju i prilikom ispunjavanja ugovornih obaveza, i primjenom trgovačkih uzusa (običaja, *usage of trade*).¹¹⁹

12. Zaključak

Svi izvori prava elektronske trgovine, kako međunarodni izvori, tako i nacionalni izvori, nedvosmisleno priznaju punovažnost ugovora zaključenih elektronskim putem. U skladu sa načelom konsenzualizma, ovaj princip jednako se primjenjuje, kako na zaključivanje neformalnih ugovora prostom suglasnošću koja je postignuta elektronskim putem, tako i u slučaju ugovora za koje se, do ere Interneta, tradicionalno zahtijevala pisana forma u takozvanoj “tvrdoj formi”, to jest pisana redakcija ugovora sa potpisom ugovornih strana na kraju teksta “putem mastila”.

Najveći broj referentnih usporednih zakonodavstva držao se uputa UNCITRAL-ovih modela zakona i direktiva EU. Ova dva paradigmatska modela pristupili su metodi fragmentarnog normiranja materije ugovora zaključenih elektronskim putem, baveći se samo pitanjima izjednačavanja pisane forme ugovora sa elektronskom formom i potpisa mastilom sa elektronskim potpisom, kao i pitanjem dokazivanja postojanja i sadržaja elektronskog ugovora. Samo je američko pravo elektronsku trgovinu kodificiralo na sveobuhvatan način, precizirajući smisao, sadržaj i strukturu svih pravnih pojmova od značaja za ugovor. Pristup američkih kodifikatora očito je mnogo uspješniji od pristupa drugih usporednih zakonodavaca. Uspjeh američke kodifikacije prava elektronske trgovine odraz je razvijenosti obima i intenziteta elektronskih transakcija na američkom tržištu, kao i razvijenosti pravne svijesti o neophodnosti adekvatne pravne regulacije tih transakcija.

U većini usporednih zakonodavstava, osim američkog, elektronskim putem nije dozvoljeno zaključiti ugovor za koji se zahtijeva notarska forma ili neka druga pojačana forma koja zahtijeva aktivno učešće sudskog tijela, ispunjavanje uvjeta prethodne dozvole ili naknadne suglasnosti. Ponovo, pristup američkog zakonodavstva koji dozvoljava ispunjavanje svih poznatih formi ugovora na elektronski način daleko je bolje prilagođen potrebama modernog i ubrzanog pravno reguliranog prometa na suvremenim tržištima roba, usluga, novca i kapitala.

Svi pravni sustavi, osim argentinskog i ruskog, ne favoriziraju bilo koju tehnologiju koja je namijenjena procesu komunikacije prilikom zaključivanja elektronskih ugovora. Time je u ovoj materiji istaknuto načelo tehnološke neutralnosti propisa posvećenih elektronskoj trgovini. Dakako, ovaj pristup velike većine zakonodavaca smatra se prilagođenim uvjetima ubrzanog tehnološkog razvoja i inventivnosti u ovoj oblasti komunikacija, čime se otklanja mogućnost

¹¹⁹ Ibidem.

favoriziranja bilo koje tehnologije i isključivanja novih, uspješnijih tehnologija koje mogu nastati nakon donošenja ovih propisa. Selektivni pristup argentinskog zakonodavaca i ruskog zakonodavaca, međutim, doprinosi većoj sigurnosti i pouzdanosti obavljenih transakcija.

U usporednim zakonodavstvima jednodušno je stanovište da elektronski ugovori mogu biti zaključeni na bilo koji način kojim se očituje sporazum, bilo putem izjavljivanja eksplicitne ponude i eksplicitnog prihvata, bilo ponašanjem pregovaračkih strana (konkludentnim radnjama, *conduct of both parties*) ili funkcioniranjem elektronskih posrednika. Međutim, ugovorne stranke, posebno potrošači, štite se od neželjenog ili slučajnog zaključivanja ugovora, tako što strane moraju jedna drugoj pružiti mogućnost provjere svih točaka ugovora, posebno cijenu, kao i mogućnost ispravljanja grešaka. U proceduri zaključivanja *click wrap* ugovora i drugih vrsta elektronskih ugovora, moraju se u ovu svrhu razmijeniti od dva do čak sedam klikova mišem.

Printana kopija elektronske pošte koja sadržava ugovorne odredbe ima isti pravni značaj kao i ugovor potpisan mastilom, pod uvjetom da je da je takva kopija reproducirana sa elektronske poruke čiji je integritet očuvan korištenjem imena, simbola i kodova, kao i ostalih informacija pomoću kojih je moguće identificirati pošiljaoca, te utvrditi njegovu ugovornu volju u vrijeme nastanka ugovora. Međutim, prilikom zaključivanja ugovora preko takozvanih elektronskih posrednika, protu-ponude od strane potrošača i drugih pregovarača nemaju pravni učinak.

U svim usporednim zakonodavstvima, osim u BiH, izvori prava kojima se pravno regulira elektronska trgovina primjenjuju se na otvorene sisteme, tako da ti pravni izvori predstavljaju *lex specialis* u odnosu na opća pravila ugovornog prava. Posebne pravne norme posvećene elektronskoj trgovini doista su bolje prilagođene normiranju svih aspekata zaključivanja ugovora elektronskim putem i to u svim fazama: od momenta pregovaranja, nastanka ugovora i njegovog pravnog učinka, do momenta dokazivanja integriteta njegovog sadržaja, potpisa i eventualnih izmjena ugovora. Bosanskohercegovački zakonodavac bi stoga trebao čim prije izmijeniti odredbe svog Zakona o elektronskom potpisu, tako što će oblast njegove primjene proširiti i na otvorene računarske sisteme, pa i onda kada ugovor zaključuju lica koja se do tada nisu poznavala.

Propisi upravnog prava, poreski propisi kojima se zahtijeva ispunjavanje fiskalnih obaveza prema državi i drugi imperativni propisi (npr., koji se odnose na proceduru registracije vozila) neće oduzeti punovažnost ugovorima zaključenim u elektronskoj formi, iako će stvarati praktične probleme administrativne naravi za ugovorne strane. Problemi administrativne naravi veoma se lako mogu otkloniti donošenjem odgovarajućih podzakonskih propisa u vezi sa reformom administracije i odgovarajućom edukacijom državnih službenika i državnih namještenika, kao bi se ovi osposobili da svoj upravni rad vrše tako da ne ometaju transakcije putem elektronskih ugovora.

Summary

MEANING AND VALIDITY OF AN ELECTRONIC CONTRACT AND PROVIDING EVIDENCE FOR IT: THE COMPARATIVE ANALYSIS

The legal regulation governing electronic transactions in comparative legal systems has been flourishing recently. International model laws and directives have paid a special attention to issues concerning the electronic contracts stipulation (i.e. a manifestation of relevant legal assent to conclude a contract), providing evidence on contract existence and interpretation of their content in civil procedures and electronic form as a requirement for contract to be valid and legally binding. By introducing the requirement of applying the advanced (secure, qualified) electronic signature, the legal regulations governing the above mentioned issues have also introduced norms on protection of electronic document integrity and electronic signature identity. Furthermore, completely new legal concepts have been developed in a domain of electronic commerce, i.e. electronic signature, secure (advanced) electronic signature, click-wrap licenses (click to agree contract), e-mail contracts, Internet licensing agreements etc. Comparative legal regulations on electronic contracts have introduced special and explicit rules governing the consumer protection, especially in cases when consumers enter into a contract by unintentional mistake. In addition, if the price indicated in the Internet contract is above a certain limit, some national legal systems require that signatures affixed to the electronic contract have to be authenticated.

Key words: *electronic contracts stipulation, electronic contracts interpretation, providing evidence on electronic contracts, electronic signature.*

Riassunto

**CONCLUSIONE, VALIDITA' E PROVA DEI CONTRATTI
ELETTRONICI: ANALISI COMPARATA**

La disciplina giuridica delle transazioni a mezzo canali elettronici ha subito letteralmente una proliferazione negli ultimi tempi. Le legislazioni comparate hanno dedicato particolare attenzione alle questioni relative alla conclusione dei contratti elettronici, ovvero al raggiungimento di un accordo giuridicamente rilevante all'atto della conclusione, alla prova dell'esistenza ed all'interpretazione del contenuto dei contratti elettronici, come pure alla forma elettronica, quale condizione ai fini della validità del contratto. Attraverso la pretesa dell'utilizzo della firma elettronica sicura (avanzata, qualificata), le norme giuridiche, dedicate a questa materia hanno disciplinato anche la questione della tutela dell'integrità del documento elettronico e dell'autenticità della firma elettronica. Altresì, è chiarita la questione della conclusione del contratto di licenza, cliccando sul *mouse*, della conclusione del contratto via *e-mail* e della conclusione del contratto di licenza a mezzo *internet*. Le previsioni normative comparate, che si occupano dei contratti elettronici, contengono norme dedicate alla tutela del consumatore, specie nelle situazioni in cui costoro, all'atto della conclusione del contratto, commettono errori involontari. Al fine di proteggere i consumatori, in alcuni ordinamenti comparati i contratti elettronici, il cui valore supera un certo importo, danno luogo a conseguenze giuridiche solo a condizione che le annotazioni elettroniche della redazione scritta del contratto, così come la firma, siano autenticati.

Parole chiave: *conclusione di un contratto elettronico, interpretazione del contratto elettronico, prova del contratto elettronico, firma elettronica.*

NACRT ZAJEDNIČKOG REFERENTNOG OKVIRA ZA EUROPSKO PRIVATNO PRAVO

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

UDK: 341.9::061.1EU
Ur.: 13. siječnja 2009.
Pr.: 2. ožujka 2009.
Pregledni znanstveni članak

Rad je posvećen analizi razloga i postupka donošenja te najznačajnijih karakteristika u ovom trenutku sigurno najvažnijeg teksta usmjerenog na usaglašavanje obveznog, a posebno ugovornog prava u okviru Europske unije, "Nacrta Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo". (Draft Common Frame of Reference for a European Private Law). Istraživanje pokazuje da je po opsegu materije koju je obuhvatio, po strukturi i načinu prezentacije građe, riječ o projektu koji premašuje sve dosadašnje slične napore. U radu je također posebna pozornost posvećena problemima njegove moguće uloge u širem kontekstu političkog procesa razvoja europskog privatnog prava.

Ključne riječi: europsko privatno pravo, mjere ujednačavanja nacionalnih prava.

1. Uvodne napomene

Uz rad na Ugovoru kojim se potvrđuje Ustav za Europu, odnosno, nakon njegovog odbacivanja na samitu u Bruxellesu 2007. godine, uz rad na utvrđivanju teksta novog Reformskog ugovora,¹ najvažniji politički i pravni projekt Europske unije (dalje: EU) u ovom desetljeću svakako je projekt koji se u europskoj pravnoj literaturi uobičajeno naziva projektom ili inicijativom europskog ugovornog (privatnog) prava. Riječ je o projektu² koji je započeo

¹ Više vidi: BAČIĆ, A. – BAČIĆ, P., *Europsko pravo, studijski izvori*, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2007., str. 152.-167.

² Potrebno je naglasiti, kako je detaljno objašnjeno dalje u tekstu, da se ne radi o projektu u formalnom smislu riječi, već zapravo o procesu koji obuhvaća niz institucija, doveo je do rada na nekoliko zasebnih formalnih projekata organiziranih, kako od institucija EU, tako i od nezavisnih znanstvenih i stručnih institucija te inicirao žive rasprave o različitim aspektima europskog privatnog prava u političkim, stručnim i akademskim krugovima.

programskim aktima Europske komisije (dalje: Komisija) početkom novog milenijuma i još uvijek traje, usprkos vrlo značajnim promjenama, čak u njegovim temeljnim ciljevima i ambicijama. Iako su se intenzitet aktivnosti i politička opredjeljenja europskih institucija glede projekta bitno mijenjali tijekom godina, može se radi uvodnih razjašnjenja ustvrditi da je njegov osnovni cilj, kao što sugerira i naziv, (iako samo kolokvijalni), formiranje određenog jedinstvenog korpusa europskog privatnog, odnosno prvenstveno europskog ugovornog prava.³

Zanimljivo je da je ovaj projekt nastavljen i nakon odbacivanja Ustava za Europu u Francuskoj i Nizozemskoj, odnosno na samitu u Bruxellesu, iako je politički i ideološki sasvim sigurno tijesno povezan s procesom namjeravanih ustavnih promjena u EU koje su se manifestirale nastojanjem usvajanja Ustava. Naime, ideološka i politička pozadina oba projekta jest jačanje integrativnih procesa u EU, a odbacivanje Ustava i svođenje političkih ambicija na mnogo skromnije okvire novog Reformskog ugovora stvorilo je kod većine aktera i promatrača uvjerenje da će i ostali integrativni procesi biti, ako ne zaustavljeni, onda svakako ozbiljno reducirani. No, projekt je nastavljen, iako su se promjene u političkom okruženju svakako manifestirale na njegov obujam, preferencije i predlagane načine ostvarenja temeljnih ciljeva.

U okviru ovog projekta 31. prosinca 2007. godine, Komisiji je službeno predstavljen "*Draft-Common Frame of Reference for a European private law*" (dalje: DCFR), odnosno "Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo",⁴ kao rezultat višegodišnjeg rada dvije istraživačke skupine: *Study Group on a European Civil Code* i *Research Group on the Existing EC Private Law* (tzv. "*acquis-group*"). Potrebno je naglasiti da je riječ o "privremenom izdanju", odnosno "privremenoj skici" ("*interim outline edition*") DCFR-a, budući da se puni tekst očekuje krajem 2008., odnosno početkom 2009. godine. Puni tekst DCFR-a sadržavat će osim već objavljenog i pravila o nekim u prvom izdanju neobrađenim posebnim ugovorima i pravima i obvezama koji iz njih proizlaze (dopuna Knjige IV: "Posebni ugovori"), pravila o stjecanju i prestanku prava vlasništva na pokretninama (Knjiga VIII), pravila o sredstvima osiguranja na pokretninama (Knjiga IX), pravila o zakladama (*trusts*)

³ Naravno, i prije ove inicijative Komisije postojali su akademski projekti istog cilja i sadržaja, i to počevši već od dvadesetih godina prošlog stoljeća. Dovoljno je spomenuti francusko-talijanski nacrt Zakona o obligacijama i ugovorima iz 1929. godine ili nacrt Zajedničkog europskog zakona o obligacijama kojega je 1953. godine ponudilo francusko udruženje Henri Capitant. Od novijih inicijativa svakako su najznačajnije Načela europskog ugovornog prava koja je izradila Landova komisija i Europski zakon o ugovorima, temeljen na talijanskom Codice civile, (Gandolfi, G. (ed.), *Code européen des contrats: livre premier*, Pavia, 2001.), a poznat kao Gandolfi zakon po voditelju, tzv. Pavia grupe (*Accademia dei Giusprivatisti Europei*) koja je bila nositelj projekta.

⁴ VON BAR, C. – CLIVE, E. –SCHULTE-NÖLKE, H., (editors), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008. (dalje: VON BAR, – CLIVE, –SCHULTE-NÖLKE). Tekst DCFR-a dostupan je i na mrežnoj stranici: <http://www.law-net.eu>

(Knjiga X). Osim toga, tekst pravila DCFR-a bit će u konačnoj verziji dopunjen komentarima i napomenama.⁵

Publiciranje ovog teksta i njegovo predstavljanje, kako institucijama EU (prvenstveno Komisiji)⁶ tako i svim ostalim zainteresiranim akterima, počevši od legislativnih tijela država članica EU preko pravosudnih tijela EU i država članica, predstavnika poslovnih krugova, odvjetničkih udruženja do udruga potrošača i dr., svakako predstavlja do sada najvažniji događaj u području formiranja europskog ugovornog (privatnog) prava, a u okviru živih aktivnosti koje je potakla inicijativa Komisije. Iako se značaj ovog teksta vrlo različito shvaća, od onih koji ga vide kao vrlo uspješan nacrt (barem jednog značajnog dijela) budućeg europskog građanskog zakonika, pa do onih koji ga ne smatraju ničim više od zanimljivog rezultata isključivo akademskog proučavanja ugovornog (privatnog) prava, nesumnjivo je da on predstavlja vrhunac dosadašnjih napora u okviru projekta europskog ugovornog prava te da će, bez obzira kakva će biti njegova politička sudbina, imati značajnog utjecaja na budući razvoj u ovoj oblasti.

2. Povijesna pozadina

Interes za usklađivanje ugovornog, odnosno uopće civilnog prava na nivou tada Europske ekonomske zajednice u prvim desetljećima njenog postojanja nije bio naglašen. Prve faze formiranja europskog zajedničkog tržišta zahtijevale su, naime prvenstveno intervencije u oblasti javnog prava, tj. otvaranje granica, uklanjanje carinskih barijera i sl., kao i poticanje ekonomskog razvoja. Ali, sredinom sedamdesetih godina prošlog stoljeća kada su u najvećoj mjeri već otklonjene ovakve prepreke ustanovljavanju i funkcioniranju zajedničkog tržišta, veća pozornost se usmjerava na druga pitanja, odnosno uočava se da i različitosti u privatnopravnim sustavima država članica mogu predstavljati opstrukciju funkcioniranju zajedničkog tržišta, tako da se interes europskog zakonodavca prebacuje i na privatnopravno područje. Osim toga, u to vrijeme Europska ekonomska zajednica proklamira i novi cilj, a to je ostvarenje “Zajednice s ljudskim likom”, odnosno ostvarenje ukupnog blagostanja svih njenih građana, tj. države blagostanja ili socijalne države. To znači da se pozornost usmjerava i na socijalne funkcije Europske ekonomske zajednice, kao što su zaštita potrošača, zaštita zdravlja i sl.⁷

⁵ Više vidi: VON BAR, – CLIVE, –SCHULTE-NÖLKE, str. 4.

⁶ U tekstu koji je od strane radnih grupa dostavljen Komisiji sadržane su i sve napomene i komentari koji su izostavljeni u objavljenom tekstu DCFR-a, tako da Komisija ima već sada puni uvid u genezu svakog od prihvaćenih pravila DCFR-a.

⁷ Tako vidi: Prvi program iz 1975. godine donesen u obliku Rezolucije Europskog Vijeća, poznat kao Prethodni program EEZ o zaštiti potrošača i politici obavještavanja (Official Journal C 92/1/75.); Drugi program zaštite potrošača iz 1981. godine, donesen u obliku Rezolucije Vijeća o zaštiti potrošača i politici obavještavanja (Official Journal C 133/1/81.).

U sljedećih desetak godina donosi se nekoliko direktiva iz oblasti zaštite potrošača i to pretežito u cilju ujednačavanja prava potrošača povodom sklapanja potrošačkih ugovora, što znači prvi prodor europskog zakonodavca u oblast ugovornog prava. Daljnji poticaj ovakvom razvoju donosi *Single European Act* iz 1986. godine kojim se definira cilj potpunog ostvarenja jedinstvenog tržišta do kraja 1992. godine te se odredbama čl. 18. *Single European Acta* mijenja osnivački Ugovor na način da se uvodi čl. 100a⁸ koji otklanja neka ograničenja u zakonodavnoj djelatnosti tijela Europske zajednice prema odredbama čl. 100. Ugovora (današnji čl. 94.). Politički cilj ostvarenja jedinstvenog tržišta dovodi do vrlo intenzivne aktivnosti Zajednice koja donosi niz, tzv. potrošačkih direktiva.⁹

Iako je *Single European Actom* bilo predviđeno da projekt jedinstvenog tržišta bude ostvaren do 1992. godine, taj cilj nije realiziran i ovakva se aktivnost europskog zakonodavca nastavlja i nakon 1992. godine. Tako nastaje veliki broj direktiva kojima europski zakonodavac harmonizira pravila nacionalnih prava iz oblasti zaštite potrošača, posebno u oblasti potrošačkih ugovora. No, iako je primjena većine ovih direktiva ograničena na potrošačke ugovore, nekima od njih zadire se i u neka od temeljnih pitanja ugovornog prava,¹⁰ tako da pojedini autori već počinju govoriti o rađanju “europskog ugovornog prava u okviru *acquis communautaire-a*”, barem u faktičnom, ako ne u normativnom smislu.¹¹ Naravno, nisu svi akti europskog sekundarnog prava koji na ovaj ili onaj način dotiču materiju ugovornog, odnosno privatnog prava, akti iz oblasti prava zaštite potrošača. Do danas u europskom sekundarnom pravu postoji veliki broj normativnih akata, pretežito direktiva, čije odredbe imaju značajnog utjecaja na ugovorno pravo, odnosno na privatno pravo uopće.¹² U literaturi se navodi da

⁸ Današnji čl. 95. Ugovora o Europskoj uniji (*Treaty on European Union consolidated text*, Official Journal C 325 of 24 December 2002), (dalje: Ugovor).

⁹ Sljedeća faza u razvoju prava zaštite potrošača započinje stupanjem na snagu Ugovora o Europskoj uniji, tzv. Maastrichtskog ugovora (*Treaty on European Union*, Official Journal C 191 of 29 July 1992, Maastricht, 7. 2. 1992., stupio na snagu 1.11.1993. godine) koji proklamira načelo visokog nivoa zaštite potrošača te ona postaje jedan od njenih temeljnih ciljeva (čl. 3(t)). Osim toga, Glava XI, tj. odredbe čl. 129a (današnji čl. 153 Ugovora o EZ, bavi se isključivo problemom zaštite potrošača) naglašavajući ovu zaštitu kao jedan od ciljeva Zajednice, koji će se ostvarivati u prvom redu uspostavljanjem i osiguravanjem zajedničkog tržišta, posebnim aktivnostima koje podupiru djelovanja država članica upravljena na zaštitu zdravlja, sigurnosti i gospodarskih interesa potrošača, kao i njihovim adekvatnim informiranjem.

¹⁰ Najbolji primjer je Direktiva o nepoštenim klauzulama potrošačkih ugovora (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts* OJ L 095, 21/04/1993 p. 0029–0034).

¹¹ Više vidi: TRNKIĆ, J., *Limits to the internal market mandate? Some reflections on the European contract law project*, Paper for the Jean Monnet seminar *Advanced Issues of European Law* in Dubrovnik, 29 April – 6 May 2007., str. 2. (dalje: TRNKIĆ).

¹² Osim direktiva kojima se uređuju određeni aspekti ili određeni tipovi potrošačkih ugovora tu spadaju i direktive kojima se uređuje sustav plaćanja, direktiva o odgovornosti za štetu uzrokovanu neispravnim proizvodom, direktiva o trgovačkim zastupnicima, direktiva o elektroničkoj trgovini, direktiva o elektroničkom potpisu, direktive o različitim oblicima financijskih usluga, direktive o zaštiti osobnih podataka, direktive kojima se uređuju autorska prava, direktive o javnim uslugama,

devetnaest direktiva zadire u većoj ili manjoj mjeri u samu srž privatnog prava,¹³ i nesumnjivo je da su upravo ti akti najznačajniji dio *acquisa* koji pokazuje da je europski zakonodavac postao vrlo bitan faktor i u formiranju privatnog prava.¹⁴

3. Ustavna osnova za reguliranje materije privatnog prava

No, znači li to da europski zakonodavac ima Ugovorom utvrđenu osnovu, tj. priznatu nadležnost za harmoniziranje privatnog/ugovornog prava, odnosno barem potrošačkog prava. Iako u Preambulama svih potrošačkih direktiva europski zakonodavac redovito kao razlog donošenja harmonizacijskih mjera široko elaborira potrebu zaštite interesa potrošača, stvarna ustavna osnova tih mjera su one odredbe Ugovora koje ga ovlašćuju na harmoniziranje nacionalnih prava država članica u svrhu uspostavljanja i funkcioniranja jedinstvenog europskog tržišta, odnosno odredbe čl. 94. i čl. 95. Ugovora. Stoga se različita rješenja nacionalnih prava apostrofiraju kao smetnja funkcioniranju jedinstvenog tržišta i osnova za intervenciju se nalazi u navedenim odredbama Ugovora. To je i jedino moguće rješenje budući da Ugovor tijelima Europske zajednice dodjeljuje samo strogo određene kompetencije, a zaštita potrošača i ugovorno odnosno privatno pravo sami po sebi nisu obuhvaćeni tim kompetencijama. Kako je već objašnjeno, oblast zaštite potrošača jest od Maastrichta jedan od ciljeva Zajednice, ali čl. 153. Ugovora daje mogućnost intervencije europskom zakonodavcu u ovu oblast samo mjerama usvojenim u skladu s odredbama čl. 95. Ugovora, a to znači u kontekstu dovršenja jedinstvenog europskog tržišta, te mjerama kojima se podržava, dopunjuje i nadzire politika država članica u toj oblasti.¹⁵ To znači da je, kako se ističe u pravnoj literaturi, gledano s aspekta ustavnih ovlasti Zajednice potrošačko ugovorno pravo, odnosno europsko ugovorno pravo na određeni način nastalo kao nusproizvod aktivnosti Zajednice usmjerene prema integraciji zajedničkog tržišta.¹⁶ Riječ je o pojavi koja se u literaturi često naziva “puzajućom integracijom”¹⁷ i koja omogućava prodor europskog zakonodavca u područja za koja nema jasne ustavne osnove u

a nesumnjivo je da za ugovorno pravo određeno značenje imaju i druge oblasti sekundarnog komunitarnog prava, posebno prava konkurencije i radnog prava.

¹³ Tako vidi: SMITS, J. M., *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/3, str. 7. (dalje: SMITS, European..)

¹⁴ Među njima je vrlo značajan korpus od desetak direktiva potrošačkog ugovornog prava koje manifestiraju volju europskog zakonodavca da regulira ovaj dio privatnog prava.

¹⁵ Čl. 153. st. 3. Ugovora: *The Community shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through:*

(a) measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market;

(b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States.

¹⁶ WEATHERILL, S., *The European Commission’s Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality*, *Journal of Consumer Policy* 2001/ 24, str. 339.–399. (str. 346.) (dalje: WEATHERILL).

¹⁷ Tzv. “Creeping integration”.

Ugovoru. Drugim riječima, u oblasti privatnog/ugovornog prava komunitarna nadležnost je samo posredna, njena je intervencija moguća samo u kontekstu ostvarenja “višeg cilja”, tj. integracije tržišta.¹⁸

Naravno, jasno je da je prilikom donošenja mjera iz oblasti potrošačkog prava postojala politička volja, odnosno konsenzus između država članica da se u svrhu ostvarenja zaštite interesa potrošača pristupi harmonizaciji prava, što je omogućilo da se u nekim slučajevima prilično slobodno tumači zahtjev iz čl. 94. i 95. Ugovora, a kako bi se etablirala ustavna osnova za intervenciju europskog zakonodavca. Simptomatično je, naime da se u Preambulama većine direktiva uopće ne elaborira u kojoj mjeri (i je li uopće!) razlike između nacionalnih prava relevantne za konkretnu mjeru ugrožavaju koncept zajedničkog tržišta i time opravdavaju komunitarnu intervenciju.¹⁹

Zanimljivo je da u pravnoj literaturi postoji i drukčije shvaćanje o razlozima ovako intenzivne aktivnosti Zajednice u oblasti zaštite potrošača. Grundmann,²⁰ naime smatra da su ograničenja kompetencije tijela Zajednice iz čl. 94. i 95. Ugovora onemogućila na formalnoj razini harmonizaciju općeg ugovornog prava i trgovačkog ugovornog prava budući da razlike između nacionalnih prava u tim oblastima ne mogu dovesti do ugrožavanja zajedničkog tržišta jer je riječ o dispozitivnim pravilima.²¹ Stoga je po mišljenju Grundmanna bilo logično da se europski zakonodavac okrenuo jedinoj oblasti ugovornog prava u kojoj su pravila kogentna i u odnosima s međunarodnim elementom, a to su pravila potrošačkog ugovornog prava.²²

4. Slabosti privatnopravnog *acquisa*

Iako je na ovaj način nastao određeni korpus pravila koja se mogu uvjetno rečeno smatrati europskim privatnim ili uže europskim ugovornim pravom, riječ je samo o “izoliranim otocima komunitarnog prava u moru nacionalnog

¹⁸ Tako vidi: SMITS, *European...*, str. 6.

¹⁹ Takav je konsenzus nužno morao postojati u vrijeme prije *Single European Acta* budući da su se mjere harmonizacije po čl. 94. Ugovora, koji je tada bio ustavna osnova za intervenciju, donosile u Vijeću jednoglasno. Tek čl. 95. Ugovora predviđa proceduru većinskog odlučivanja u Vijeću.

²⁰ Više vidi: GRUNDMANN, S., *Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so similar?*, *European Business Law Review*, 2003., str. 237.-257. (str. 248. sq.) (dalje: GRUNDMANN).

²¹ U slučaju *Alstom Atlantique* (Case C-339/89, *Alstom Atlantique* [1991] ECR, I-107, presuda 24.1.1991.) Europski sud pravde zauzeo je stav da se razlike u pravilima nacionalnih prava koja reguliraju ugovorne odnose i nemaju karakter kogentnih normi u odnosima s međunarodnim elementom ne mogu smatrati preprekom funkcioniranju zajedničkog tržišta.

²² Ovakav stav Grundmann temelji na analizi sličnosti pravila Direktive o nekim aspektima prodaje potrošačkih roba i garancijama (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ EC 1999 L 171/12) i Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji roba ((Vienna) UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11th April 1980, United Nations, Official Records, 1981, 178) iz čega izvlači zaključak da je europsko ugovorno pravo potrošača zapravo opće ugovorno, odnosno trgovačko ugovorno pravo.

privatnog prava”.²³ Obuhvaćene su samo pojedine uske oblasti, bez unutrašnje kohezije i sustava. Većinu, uvjetno rečeno, privatnopravnog *acquisa* čine norme ugovornog prava, no i tu je riječ u pravilu samo o reguliranju specifičnih ugovora²⁴ i samo specifičnih aspekata tih ugovora. Iako europski zakonodavac dijelom za tako specifične situacije regulira i pitanja, kao što su nastanak ugovora²⁵ ili sadržaj ugovora,²⁶ većina normi ugovornog europskog prava posvećena je pravilima izvršenja ugovornih obveza i sankcijama za neuredno izvršenje ili neizvršenje tih obveza.²⁷ No, uvijek ostaje kao temeljna karakteristika fragmentarnost potrošačkog *acquisa* i činjenica da su područja regulative izabrana arbitrarno, vjerojatno kao posljedica potrebe za trenutnom intervencijom u nekom sektoru ili uspješnog lobiranja određenih interesnih grupa, a ne kao izraz sustavnog i promišljenog reguliranja, makar i samo određenih širih područja ugovornog prava.

Značajna slabost potrošačkog *acquisa* jest i činjenica da su rješenja često međusobno neusklađena tako da stvaraju probleme u primjeni. Primjerice, rok za jednostrani raskid ugovora o time-sharingu jest deset dana,²⁸ no ako je ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija trgovca rok je sedam dana.²⁹ Isto tako,

²³ Ova se metafora koja slikovito opisuje odnos nacionalnog i tzv. europskog privatnog prava često susreće u literaturi. Tako vidi: HARTKAMP, A., *Perspectives for the Development of a European Civil Law*, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.htm, str. 1.; KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Gemeineuropäisches Privatrecht*, u: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*; Müller-Graff ed., II ed., 1999., str. 149.

²⁴ Iznimke su na određeni način (budući da su i one potrošačke direktive, tj. ograničene na zaštitu potrošača) Direktive o nepoštenim klauzulama potrošačkih ugovora i Direktiva o nepoštenoj i zavaravajućoj poslovnoj praksi (Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’) (Text with EEA relevance) Official Journal L 149, 11/06/2005 P. 0022 – 0039).

²⁵ Npr. pravilima o formi ugovora, zastupanju, vremenu nastanka ugovora i sl.

²⁶ Npr. pravila o nepoštenim klauzulama potrošačkih ugovora, pravila o tumačenju klauzula adhezijskih ugovora, pravila o obvezatnom sadržaju, primjerice, ugovora o potrošačkom kreditu, o time-sharingu i sl.

²⁷ Posebno su značajna pravila Direktive o nekim aspektima prodaje potrošačkih roba i garancijama koja reguliraju pitanja materijalnih nedostataka prodane stvari, sankcija koje stoje na raspolaganju potrošaču u slučaju postojanja tih nedostataka, te sadrže pravilo garancijama za ispravnost proizvoda. Značajna su i pravila o pravu na jednostrani raskid ugovora kod ugovora sklopljenih na daljinu ili izvan poslovnih prostorija trgovca ili ugovora o time-sharingu i ugovora o potrošačkom kreditu.

²⁸ Čl. 4. st. 1. Direktive o time-sharingu (Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, Official Journal L 280, 29/10/1994 P. 0083 – 0087).

²⁹ Čl. 5. Direktive o ugovorima sklopljenim izvan poslovnih prostorija trgovca (Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, Official Journal L 372, 31/12/1985 P. 0031 – 0033).

nema valjanog opravdanja za različite rokove za jednostrani raskid ugovora kod različitih vrsta potrošačkih ugovora.³⁰

Nekonzistentnosti potrošačkog *acquisa* značajno pridonosi i činjenica da direktive često upotrebljavaju pojmove koji su općeniti i mogu imati različito značenje, a u okviru europskog prava nemaju jedinstveno tumačenje, primjerice pojmovi “šteta”, “naknada”, “nevaljanost ugovora”, “prestanak ugovora” i sl. Ako se tumačenje značenja ovakvih pojmova zatraži od ECJ-a (što je, s obzirom na to da je ECJ isključivo ovlašten tumačiti značenje normi komunitarnog prava, jedino rješenje) on ih tumači u kontekstu određene direktive i u skladu s njenim ciljem, tako da praktički postoje različita tumačenja pojedinih pojmova upotrijebljenih u različitim direktivama. Naime, u slučaju *Leitner*³¹ ECJ je izričito zauzeo stav da definicija pojedinog pojma koja vrijedi za taj pojam u jednoj direktivi ne vrijedi za ostale direktive. Drugim riječima, ne postoji jedinstveno tumačenje pojedinih pojmova u svjetlu čitavog privatnopravnog (potrošačkog) *acquisa*, nego samo različita tumačenja uvjetovana različitim ciljevima pojedinih normativnih akata koji čine taj *acquis*. No, to je s obzirom na fragmentarnost ovog dijela *acquisa*, odnosno tzv. *patch-work* metodu europskog zakonodavca, zapravo jedino mogući pristup ECJ-a problemu. Sve to, uz svakako i činjenicu da većina direktiva iz ove oblasti predstavlja akte, tzv. minimalne harmonizacije, čini taj privatnopravni segment *acquisa* prilično neučinkovitim.

5. Projekt (inicijativa) europskog ugovornog/privatnog prava

Zbog svega se toga već krajem 80-ih godina prošlog stoljeća sve češće, posebno u pravnoj znanosti, upozorava da razlike u nacionalnim pravima, posebno u ugovornom pravu država članica, predstavljaju ozbiljnu prepreku funkcioniranju zajedničkog tržišta te se poziva na pojačanu aktivnost europskog zakonodavca. Veoma se živo raspravlja o ideji kreiranja jedinstvenog europskog građanskog zakonika, posebice nakon što je Europski parlament (dalje: Parlament) prihvatio ideju realizacije ovakvog projekta u svojim rezolucijama iz 1989.³² i 1994. godine,³³ odnosno pozvao europske institucije na izradu

³⁰ Kod ugovora sklopljenih sredstvima daljinske komunikacije (Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts OJ L 144, 4.6.1997, p. 19–27) rok je sedam radnih dana, kod ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija trgovca rok je sedam kalendarskih dana, kod ugovora o time-sharingu rok je 10 dana, a kod ugovora o financijskim uslugama koje se pružaju sredstvima daljinske komunikacije rok je 14 dana (Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, OJ L 271, 9.10.2002, p. 16–24).

³¹ ECJ 12 March 2002, case C-168/00, ECR 2002-I, 2631 (Simone Leitner/TUI Germany).

³² Resolution A2-157/89, Official Journal C 158, 26.6.1989, p. 400.

³³ Resolution A3-0329/94, OJ C 205, 25.7.94., p. 518.

Europskog građanskog zakonika. U pravnoj znanosti ova je ideja izazvala veoma različite reakcije, od apsolutnog prihvatanja do potpunog odbijanja.³⁴

No, Komisija je u to vrijeme bila prilično suzdržana u pogledu inicijative Parlamenta i može se reći da pravi impuls njenom angažmanu na projektu europskog privatnog (ugovornog) prava daju tek zaključci Europskog Vijeća u Tampereu u listopadu 1999. godine (tzv. *Tampere Milestones*) kojima se preuzima obveza stvaranja “istinskog europskog prostora pravde” (*a genuine European area of justice*), a posebno obveza postizanja “većeg stupnja usklađenosti u oblasti privatnog prava” (*greater convergence in civil law*).³⁵ Nakon toga uslijedila je i nova inicijativa Parlamenta u ožujku 2000. godine koja zaključuje da je viši stupanj harmonizacije ugovornog prava nužan za jedinstveno tržište te poziva Komisiju izvršiti potrebna istraživanja u toj oblasti.³⁶

5.1. *Communication 2001.*

Prvi akt kojim Komisija započinje postupak ostvarivanja obveza iz Tamperea jest *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, iz srpnja 2001. godine (Saopćenje Komisije Vijeću i Europskom parlamentu o europskom ugovornom pravu; dalje: *Communication 2001.*).³⁷ Kako se ističe, svrha *Communication 2001.* jest prikupljanje informacija od strane svih zainteresiranih aktera³⁸ u pogledu pitanja je li potrebna sveobuhvatna aktivnost institucija Zajednice u oblasti ugovornog prava, posebno stoga što dosadašnja metoda sektorskog pristupa problemima³⁹ pokazuje određene nedostatke. Komisija usmjerava pozornost na dva kruga pitanja: probleme koji nastaju zbog razlika između nacionalnih prava država članica; opcije budućeg razvoja europskog ugovornog prava.

Communication 2001. sadrži opis postojećeg stanja europskog ugovornog prava, i to međunarodnih instrumenata kao što je Rimski konvencija o

³⁴ Stavovi velikog broja znanstvenika vezani uz ovu ideju objavljeni su knjizi: *Towards European Civil Code* (editors: HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONIDUS, E., DU PERRON, E., VRANKEN, J.), Kluwer Law International, Hague/Utrecht, 1994. Drugo dopunjeno izdanje objavljeno je u travnju 1998., a treće, također dopunjeno, u srpnju 2004. godine.

³⁵ Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, *Conclusions of the Chair*; SI(1999) 800, točka 39. Europski summit u Tampereu (Finska) imao je veliki politički značaj za daljni razvoj integrativnih procesa u oblasti privatnog prava s obzirom na to da je inicijativa potekla od Vijeća kao tijela koje ima značajni politički autoritet. Više vidi: STAUDENMAYER, D., *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law*, *Journal of Consumer Policy* 27: 269–287, 2004. (dalje: STAUDENMAYER, *The Place..*), str. 269.sq.

³⁶ Resolution B5-0228, 0229 – 0230 / 2000, *Official Journal C* 377, 29.12.2000, p. 323.

³⁷ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, COM(2001) 398 final, Bruxelles, 11.7.2001.

³⁸ Komisija ovim Saopćenjem poziva predstavnike potrošača, poslovnih krugova, profesionalnih organizacija, javne administracije, svih institucija, akademsku zajednicu i sve ostale zainteresirane subjekte da svojim sudjelovanjem pomognu prikupljanju informacija o sadašnjem stanju stvari i daju prijedloge mogućih rješenja.

³⁹ Tzv. *sector-specific* ili *case by case approach*.

mjerodavnom pravu za ugovore,⁴⁰ Uredba o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima⁴¹ i Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji roba te kratku analizu postojećeg privatnopravnog *acquisa*.⁴² Komisija od zainteresiranih aktera očekuje odgovore na pitanja opstruiraju li i u kojoj mjeri razlike između nacionalnih prava funkcioniranje jedinstvenog tržišta.⁴³ Isto tako, upozorava na već navedene nedostatke postojećeg *acquisa* (fragmentarnost, sektorska regulacija, međusobna nekonzistentnost, upotreba apstraktnih termina koji se, posebno u različitim nacionalnim pravima, različito tumače i sl.).

Ako informacije prikupljene na temelju poziva iz *Communication 2001.* pokazuju da problemi postoje i da se ne mogu riješiti dosadašnjim sektorskim pristupom, Komisija otvara mogućnost donošenja horizontalne mjere koja bi osigurala sveobuhvatnu harmonizaciju ugovornog prava. No, pri tom upozorava na ograničenja postavljena načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti,⁴⁴ budući da privatnopravna materija, kao ni pitanja vezana uz zaštitu potrošača ne spadaju u isključivu nadležnost Zajednice.

Najvažniji dio *Communication 2001.* jest onaj koji nudi četiri moguće opcije za rješavanje navedenih problema.⁴⁵ Komisija ostavlja otvorena vrata i za druge moguće opcije,⁴⁶ te ističe da se ponuđene opcije mogu kombinirati. Prva ponu-

⁴⁰ 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version) (Official Journal C 27, 26.1.1998, p. 34).

⁴¹ Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 12, 16.1.2001, p. 1).

⁴² Anex I Saopćenja sadrži kratku analizu komunitarnih normativnih akata koji su relevantni za privatno, posebno za ugovorno pravo, a strukturiran je prema oblastima (potrošački ugovori; sustavi plaćanja; trgovački zastupnici; zapošljavanje radnika iz drugih zemalja; odgovornost za neispravan proizvod; elektronička trgovina; financijske usluge; vrijednosni papiri; zaštita osobnih podataka; autorska i slična prava; javne usluge). Anex III Saopćenja sadrži analizu postojećeg *acquisa* i Bečke konvencije strukturiranu prema temama (ugovor općenito; zaključenje ugovora, oblik ugovora; prestanak ugovora; predugovorne i ugovorne obveze; posljedice neispunjenja ugovornih obveza; izvanugovorna odgovornost: odgovornost za neispravan proizvod; zaštita prava na privatnost; kogentna priroda odredbi; minimalna harmonizacija).

⁴³ U tom kontekstu *Communication 2001.* posebno upozorava na razlike među kogentnim pravilima, zatim postavlja pitanje utječu li na funkcioniranje zajedničkog tržišta razlike u formaliziranim standardnim ugovorima pojedinih zemalja, koliko nepoznavanje stranog prava povećava troškove poslovanja, posebno malih i srednjih poduzetnika, te negativno utječe na slobodno kretanje potrošača na jedinstvenom tržištu. Više o sadržaju i značaju ovog dijela *Communications 2001.*, vidi: WEATHERILL, str. 349. sq.

⁴⁴ Prema odredbama čl. 5. Ugovora i pripadajućeg Protokola, Zajednica izvan okvira svoje isključive nadležnosti može djelovati samo ako ciljevi predložene mjere ne mogu biti dovoljno ostvareni djelovanjem država članica, odnosno mogu biti bolje ostvareni djelovanjem Zajednice (načelo supsidijarnosti, čl. 5. st. 2. Ugovora), a bilo kakvo djelovanje Zajednice ne smije prelaziti ono što je nužno za postizanje ciljeva definiranih Ugovorom (načelo proporcionalnosti, čl. 5. st. 3. Ugovora).

⁴⁵ Točke 46.-69. *Communication 2001.*

⁴⁶ Primjerice, rješavanje navedenih problema zaključivanjem međunarodne konvencije koja bi regulirala materiju ugovornog prava, slično Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji roba, ali s mnogo širim opsegom regulacije.

dena opcija (točka 49.-51.) jest nepoduzimanje nikakvih aktivnosti, tj. prepuštanje rješavanja problema samo-regulativnim mehanizmima tržišta.

Druga opcija (točka 52.-56.) jest promicanje aktivnosti na utvrđivanju zajedničkih načela ugovornog prava pojedinih nacionalnih sustava država članica, a predloženo je da se ostvaruje poticanjem komparativno-pravnih istraživanja u suradnji akademske zajednice i pravnika-praktičara. Tako definirana načela (bez obzira bi li bila redigirana kao opća načela ugovornog prava ili načela pojedinih posebnih ugovora) bila bi, prema stavu Komisije, korisna strankama prilikom sastavljanja ugovora, nacionalnim sudovima i arbitražama, te komunitarnom i nacionalnim zakonodavcima prilikom donošenja novih propisa. Iako se mogu primjenjivati u praksi samo na temelju slobodne odluke, njihova dugotrajna i gusta primjena mogla bi, smatra se, dovesti s vremenom i do formiranja specifičnog korpusa običajnog prava i na taj način postići visoki stupanj usuglašenosti ugovornog/privatnog prava u EU.

Treća je opcija (točka 57.-60.) usmjerena na poboljšanje postojećeg *acquisa* i zapravo se uklapa u ostvarenje strategije definirane Lisabonskim Vijećem koja zahtijeva pojednostavljenje europskog regulatornog sustava.⁴⁷ U okviru treće opcije Komisija namjerava provesti konsolidaciju *acquisa* i uvesti potrebne izmjene radi ostvarenja zahtjeva transparentnosti i jasnoće europskog regulatornog korpusa.

Četvrta opcija (točke 61.-69.), svakako najambicioznija, jest usvajanje novog sveobuhvatnog normativnog akta koji bi sadržavao opće odredbe ugovornog prava i pravila o pojedinim ugovorima. Što se tiče oblika toga akta *Communication* 2001. otvara različite mogućnosti. Ako bi izbor pao na direktivu to bi dalo veću slobodu državama članicama da pravila prilagode svojim potrebama i karakteristikama sustava, no razlike u regulativi mogle bi predstavljati prepreku funkcioniranju jedinstvenog tržišta. Uredba bi osigurala viši stupanj pravne sigurnosti, transparentnost i jedinstvene uvjete za nastup na tržištu, dok bi preporuka imala najblaži utjecaj na otklanjanje razlika između nacionalnih prava.⁴⁸ Što se tiče obvezujuće snage pravila ovakvog akta za stranke, moguće je predvidjeti sustav *opt-in*, tj. da pravila vrijede samo ako ih stranke posebno ugovore, ili pak sustav *opt-out* prema kojemu pravila vrijede ukoliko nisu izričito isključena voljom stranaka. U slučaju da se prihvati *opt-out* sustav moguće je predvidjeti da neka pravila imaju snagu kogentnih normi, tj. da se ne mogu ugovorom isključiti.

⁴⁷ Zapravo, aktivnost europskih institucija u pravcu pojednostavljenja postojeće regulative započinje već 1996. godine kada je usvojen SLIM pilot-program (*simpler legislation for the internal market*), a 1997. godine Komisija u cilju ostvarenja programa ovog projekta osniva, tzv. BEST (*Business Environment Simplification Task Force*).

⁴⁸ Prihvaćanje preporuke kao oblika akta bilo bi moguće jedino ako bi pravila za stranke vrijedila isključivo po *opt-in* sustavu.

5.2. Akcijski plan: Koherentnije europsko ugovorno pravo

Na temelju prikupljenih reakcija na *Communication 2001*. Komisija je u veljači 2003. izradila Akcijski plan u obliku Saopćenja Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: Koherentnije europsko ugovorno pravo, Akcijski plan (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law, An Action Plan*: (dalje: Akcijski plan)).⁴⁹ Komisija je primila 181 odgovor na *Communication 2001*.⁵⁰ Sumirajući rezultate konzultacija⁵¹ Akcijski plan navodi da niti jedan prilog ne sugerira potpuno napuštanje sektorskog pristupa, te da je vrlo mali broj sudionika podržao prvu opciju iz *Communication 2001*. (odsustvo bilo kakve akcije Zajednice), gotovo svi sudionici daju podršku drugoj opciji (unaprjeđenje postojećeg *acquisa*), treća opcija (izrada općih načela ugovornog prava) dobila je značajnu podršku sudionika, dok je veliki broj sudionika, barem u sadašnjoj fazi, protiv četvrte opcije (usvajanje sveobuhvatnog normativnog akta).⁵²

No, konzultacije su ukazale na probleme kao što su: razlike u nekim temeljnim pravilima ugovornog prava između pojedinih nacionalnih sustava,⁵³ primjena pravila međunarodnog privatnog prava koja može riješiti ovaj problem nije uvijek ekonomski opravdana i stoga poželjna za poslovne subjekte;

⁴⁹ COM(2003) 68 final.

⁵⁰ Reakcije na *Communication 2001*. su i: Rezolucija Parlamenta o aproksimaciji građanskog i trgovačkog prava država članica (*The Resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States*) Parlamenta iz 2001. godine (COM (2001) 398 final, C5-0471/2001–2001/2187(COS), O.J C140E, 13.6.2002, p. 538), koja zahtijeva od Komisije donošenje akcijskog plana s razrađenim sustavom mjera;

Izvještaj Vijeća o potrebi aproksimacije zakonodavstva država članica u građanskim stvarima (*Council Report on the need to approximate Member States' legislation in civil matters*, <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st12/12735en1.pdf>) iz 2001. godine, koji također od Komisije zahtijeva da na temelju provedenih konzultacija iznese svoja zapažanja i preporuke u obliku Zelene ili Bijele knjige; Mišljenje Ekonomskog i Socijalnog povjerenstva o Saopćenju Vijeću i Europskom parlamentu o europskom ugovornom pravu (*Opinion of the Economic and Social Committee on the Communication to the Council and the European Parliament on European contract law*, ECOSOC INT/117 European Contract Law, OJ C 241, 7.10.2002, p. 1.), koje naglašava potrebu za pronalaženjem generalnih rješenja u ovoj oblasti.

⁵¹ Reakcije na *Communication 2001*. navedene su u Annexu Akcijskog plana, sistematizirane prema temama (implikacije postojećih razlika na jedinstveno europsko tržište; jedinstvena primjena komunitarnog prava; ponuđene i druge opcije; buduće aktivnosti) te prema statusu sudionika. Više o reakcijama na *Communication 2001*. vidi: STAUDENMAYER, D., *The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects*, 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002), str. 673. sq.

⁵² Dok su pogledi pripadnika akademske zajednice prema prihvatljivosti ove opcije podijeljeni, vlade pojedinih država članica uglavnom su izrazile protivljenje takvoj mogućnosti, a pravnici praktičari su je u velikoj mjeri podržali, no kao isključivo opt-in sustav.

⁵³ Sudionici rasprave posebno su ukazivali na teškoće koje donose razlike, primjerice u pravilima o rokovima zastare, o valjanosti pojedinih klauzula adhezijskih ugovora, u pravilima o formi kao uvjetu valjanosti ugovora, u pravilima stvarnog prava o stjecanju vlasništva na pokretninama, u pravilima o nastanku i djelovanju sredstava osiguranja potraživanja, pravilima o financijskim uslugama, kabotaži itd.

postojanje značajnih nekonzistentnosti između rješenja pojedinih direktiva tako da se slične situacije različito tretiraju; na neke situacije se mogu primijeniti različiti akti što zbog razlike u pravilima dovodi do pravne nesigurnosti; upotreba apstraktnih pravnih termina koji imaju donekle različito značenje u pojedinim pravnim sustavima tako da ispravna implementacija pravila ne dovodi do uspješne harmonizacije; načelo prema kojemu se pojedini apstraktni pojmovi moraju tumačiti u svjetlu direktive dovodi do narušavanja jedinstva nacionalnog prava ako takvo tumačenje ne odgovara onom u nacionalnom pravu; do fragmentacije nacionalnog prava dolazi i kad EC direktive koriste pojmove strane nacionalnom pravu; koncept minimalne harmonizacije karakterističan za većinu direktiva potrošačkog prava vodi razlikama između nacionalnih prava; itd.⁵⁴

Iz sadržaja Akcijskog plana vidljivo je da su provedene konzultacije utjecale na Komisiju da donekle izmijeni pristup rješavanju problema u europskom privatnom pravu. Predlaže se mješavina regulatornih i neregulatornih mjera, odnosno, uz zadržavanje postojeće tehnike sektorskog uređenja pojedinih pitanja, predlažu se tri moguća načina djelovanja: unaprjeđenje konzistentnosti komunitarnog *acquisa* ugovornog prava; izrada jedinstvenih općih uvjeta ugovora (poslovanja) koji bi bili primjenjivi na čitavom području EU; ispitivanje zahtjeva li usklađivanje u oblasti europskog ugovornog prava i nesektorsku mjeru kao što je tzv. opcijski instrument. Očito je, dakle da su konzultacije utjecale na Komisiju da se u definiranju temelja za buduće rasprave i u daljnjim aktivnostima snažnije usmjeri na kombinaciju druge i treće opcije ponuđene u *Communication* 2001.

Kako su prikupljeni prilozi pokazali da se većina država članica protivi usvajanju sveobuhvatnog horizontalnog akta (četvrta opcija), Akcijski plan naglasak stavlja na daljnju sektorsku harmonizaciju, tj. na unaprjeđenje postojećeg *acquisa* i predlaganje novih mjera kojima će se *acquis* dopunjavati (točka 55.-79.).⁵⁵ Cilj je da ugovorni *acquis* bude u visokom stupnju konzistentan, kako u redigiranju pravila, tako i u implementaciji u nacionalna prava i u primjeni.⁵⁶

5.2.1. Zajednički referentni okvir (*Common Frame of Reference*)

No, što je za predmet ovog rada od temeljnog interesa, Akcijski plan kao prethodnu mjeru predviđa izradu, tzv. zajedničkog referentnog okvira (*common frame of reference*, dalje: CFR) kao pretpostavke i sredstva za reviziju *acquisa* (točka 59.-68.). Komisija očekuje da CFR sadrži zajednička načela i terminologiju

⁵⁴ Više o ovakvim nedostacima vidi: SMITS, *European...*, str. 14.-17.

⁵⁵ Akcijski plan to izričito naglašava nazivajući ovu mjeru "key action" (točka 54.).

⁵⁶ U ostvarenju ovog cilja predlaže se posebice (točka 76.): uklanjanje utvrđenih nekonzistentnosti; podizanje kvalitete regulative; pojednostavljenje i pojašnjavanje postojećih akata; prilagodavanje postojećih akata novim ekonomskim i poslovnim okolnostima koje nisu bile predviđene u vrijeme donošenja akata; popunjavanje praznina u EC legislativi.

europskog ugovornog prava, te da odgovara potrebama gospodarskih subjekata na jedinstvenom europskom tržištu.⁵⁷ Akcijski plan detaljno obrazlaže svrhe (ciljeve), sadržaj (opseg) i organizacijske aspekte budućeg CFR-a.

Svrhe CFR-a: CFR kao sredstvo za unaprjeđenje postojećeg *acquisa* i za izradu budućih akata komunitarnog privatnog prava: CFR kao sredstvo za postizanje višeg stupnja konvergencije između nacionalnih prava zemalja članica, ali isto tako i nekih drugih zemalja; Komisija će (i) na CFR-u temeljiti svoje zaključke o eventualnoj potrebi izrade nesektorske horizontalne mjere kao što je opcijski instrument.

Sadržaj CFR-a: Uz napomenu da sadržaj budućeg CFR-a mora proizlaziti iz ciljeva kojima će služiti, Akcijski plan navodi da bi CFR mogao obuhvatiti opća pravila ugovornog prava⁵⁸ i pravila o svim posebnim ugovorima koji su relevantni za transgranične poslove. Kao temeljne izvore inspiracije za buduću CFR Akcijski plan navodi: na temelju analize pravnih sustava zemalja članica CFR bi morao utvrditi zajednička pravila (načela) i tako definirati najbolja rješenja;⁵⁹ postojeći *acquis* u oblasti ugovornog prava; na EU razini obvezujući međunarodni instrumenti, posebno Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji roba. Zbog ciljeva kojima je namijenjen CFR mora utvrditi jedinstvenu terminologiju i zajednička pravila za temeljne pravne institute i pojmove ugovornog prava i s njim povezanih oblasti privatnog prava.

Organizacijski aspekti izrade CFR-a: Akcijski plan predviđa korištenje niza, u vrijeme njegovog donošenja, već započetih istraživačkih projekata u oblasti europskog privatnog, posebno ugovornog prava te, ako se za to ukaže potreba, iniciranje novih. Predviđa se mogućnost da istraživački projekti budu podržani u financijskom i organizacijskom smislu od strane *Sixth Framework Programme for research and technological development (FP6)* i to u okviru njegovog integracijskog programa “*Priority 7: Citizens and governance in a knowledgebased society*”.⁶⁰ Kako bi osigurala da buduću CFR odgovara potrebama gospodarskog života, Komisija predviđa da će tijekom njegove izrade široko konzultirati sve zainteresirane subjekte.

U pravnoj se literaturi često donošenje CFR-a apostrofira kao najvažniji dio Akcijskog plana Komisije.⁶¹ To je, s jedne strane, zbog njegove uloge u

⁵⁷ Akcijski plan izričito govori o CFR-u kao o “modelu europskog ugovornog prava” (točka 60.).

⁵⁸ Opća pravila o zaključenju ugovora, valjanosti ugovora, tumačenju ugovora, izvršenju i posljedicama neizvršenja ili neurednog izvršenja ugovornih obveza, pravila o sredstvima osiguranja na pokretninama i pravila o stjecanju bez osnove.

⁵⁹ Akcijski plan posebno upozorava da bi u izradi CFR-a trebalo analizirati i sudsku praksu zemalja članica, posebno onu viših sudova.

⁶⁰ Decision 1513/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002 concerning the sixth framework programme of the European Community for research, technological development and demonstration activities, contributing to the creation of the European Research Area and to innovation (Official Journal L 232, 29.8.2002, p. 1).

⁶¹ REICH, N., *A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?*, *Journal of Consumer Policy* (2005) 28:383–407, Springer 2005., (dalje: REICH, *A European...*), str. 389.; TRNK, str. 3.; STAUDENMAYER, *The Place...*, str. 275. sq.

revidiranju *acquisa* gdje mora na temelju identifikacije slabosti postojećeg *acquisa* pružiti odgovarajuća sredstva i metode za njihovo otklanjanje, te poslužiti kao svojevrsan izvor rješenja ili model za formuliranje budućih komunitarnih akata.⁶² S druge strane, to je i zbog uloge koju, prema ponešto suzdržano iznesenim namjerama Komisije, treba odigrati u donošenju odluke o stvaranju, ali i u samom (eventualnom) redigiranju opcijskog instrumenta. Naime, iako tijekom konzultacija povodom *Communication 2001.* četvrta opcija, tj. usvajanje nesektorske mjere, svojevrsnog horizontalnog instrumenta europskog ugovornog prava, nije dobila tako široku podršku kao druga i treća opcija, Komisija u potpunosti ne odbacuje ovu ideju. No, u odnosu na *Communication 2001.* prijedlog iz Akcijskog plana znatno je manje ambiciozan, tj. predlaže se razmatranje formuliranja horizontalnog instrumenta ugovornog prava koji bi bio isključivo opcijski. Sadržavao bi moderan sustav pravila ugovornog prava prilagođen posebno transgraničnim ugovorima na jedinstvenom europskom tržištu i bio bi ponuđen strankama kao mjerodavno pravo koje mogu izabrati za ugovor, odnosno kao 28. režim ugovornog prava, uz postojeće nacionalne sustave.⁶³ Što se tiče forme i sadržaja⁶⁴ opcijskog instrumenta Akcijski plan je dosta neprecizan, samo se navodi da bi mogao imati oblik uredbe ili preporuke, ali naravno, egzistirao bi paralelno s nacionalnim sustavima. Što se tiče opsega, mogao bi se odnositi na sve ugovore ili samo na transgranične ugovore.⁶⁵ Akcijski plan posebno naglašava načelo dispozitivnosti koje bi moralo biti temelj ovakvog instrumenta, što znači da bi uglavnom sadržavao dispozitivna pravila, a kogentna samo kada je to posebno opravdano, primjerice u svezi sa zaštitom prava potrošača. Otvorenim za raspravu Akcijski plan ostavlja i pitanje bi li izbor opcijskog instrumenta kao mjerodavnog prava isključio (ili ne) primjenu kogentnih normi nacionalnog prava. No, ono što je posebno značajno jest da bi CFR, po viđenju Komisije, bio ne samo osnova za raspravu o potrebi uvođenja opcijskog instrumenta, nego bi njegov sadržaj trebao služiti kao temelj pri formuliranju ovog instrumenta.

⁶² Akcijski plan izričito navodi da CFR mora služiti ne samo Komisiji u pripremanju prijedloga akata, nego mora biti vodič i Vijeću i Parlamentu u formuliranju amandmana na prijedloge Komisije (točka 80.).

⁶³ Time bi se, prema navodima Komisije, izbjegle negativne posljedice koje primjena stranog prava u skladu s kolizijskim normama ima, posebno za male i srednje poduzetnike (povećanje troškova poslovanja koje ih često čini nekonkurentnima na jedinstvenom tržištu) i za potrošače.

⁶⁴ Otvorenim je ostavljeno pitanje bi li opcijski instrument sadržavao samo opće norme ugovornog prava ili i norme o posebnim ugovorima. Isto tako, Akcijski plan poziva zainteresirane da se izjasne o odnosu eventualnog opcijskog instrumenta i Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe, tj. bi li opcijski instrument obuhvatio i pravila o međunarodnoj kupoprodaji roba ili bi to prepustio i dalje Bečkoj konvenciji.

⁶⁵ Više o posljedicama izbora navedenih mogućnosti glede sadržaja, opsega i oblika akta vidi: STAUDENMAYER, *The Place...*, str. 277. sq.

5.3. *Communication 2004.*

Pozivom na davanja mišljenja i prikupljanjem priloga od strane veoma širokog kruga sudionika u raspravi Komisija je i u slučaju *Communication 2001.* i Akcijskog plana, zapravo tražila politički mandat za daljnje djelovanje u oblasti ugovornog, odnosno privatnog prava. Mišljenja prikupljena povodom *Communication 2001.* potvrdila su stav Komisije da dosadašnji način uređenja ovih pitanja ometa nesmetano funkcioniranje jedinstvenog tržišta i da je stoga nužna određena aktivnost Zajednice. Diskusija inicirana Akcijskim planom imala je za cilj osigurati mandat tijelima Zajednice za primjenu predloženog sustava mjera. No, s druge strane, način na koji je projekt europskog ugovornog/ privatnog prava etabliran ovim aktima i pratećim konzultacijama kao politika Zajednice pokazuje da se Komisija nastoji kretati u granicama svojih ustavnih (tj. Ugovorom utvrđenih) kompetencija, odnosno projekt europskog ugovornog/ privatnog prava postavlja kao projekt izgradnje jedinstvenog tržišta. Drugim riječima, a kako se ističe u pravnoj teoriji, Komisija opravdanje za aktivnost traži i pronalazi u preprekama koje razlike u pravnim sustavima postavljaju transgraničnom ugovaranju.⁶⁶

Takav pristup Komisije jasno je vidljiv i iz njenog sljedećeg akta. U listopadu 2004. godine Komisija donosi novo "Saopćenje Europskom parlamentu i Vijeću: Europsko ugovorno pravo i revizija *acquisa*: put naprijed" (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*; dalje: *Communication 2004.*)⁶⁷ *Communication 2004.* se nastavlja na Akcijski plan i to na temelju prikupljene 122 reakcije na ovaj dokument od strane europskih institucija, država članica i svih zainteresiranih. I Parlament, i Vijeće u svojim rezolucijama podržavaju rad na CFR-u.

Definirajući daljnju aktivnost na ostvarenju mjera predloženih Akcijskim planom, *Communication 2004.* ponovno obrazlaže sve tri mjere iz Akcijskog plana. No, naglasak je svakako na prvoj mjeri, tj. na dogradnji i reviziji postojećeg *acquisa*. U tom kontekstu *Communication 2004.* ponovno naglašava odlučujuću ulogu CFR-a u ostvarenju ove mjere, te ga definira kao priručnik ("*handbook*") ili "kutiju alata" (*toolbox*)⁶⁸ za europskog zakonodavca prilikom izrade prijedloga izmjena postojećih i prijedloga novih akata.⁶⁹ Osim toga, navodi i druge moguće uloge CFR-a, kao što je pomoć nacionalnom zakonodavcu

⁶⁶ Tako vidi: KARSTEN, J. – PETRI, G., *Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission's 2004 Communication "European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward"*, *Journal of Consumer Policy* (2005) 28: 31.–51. (dalje: KARSTEN, – PETRI), str. 33.

⁶⁷ COM (2004) 651 final.

⁶⁸ U pravnoj literaturi često se koriste i sintagme kao "*better regulation instrument*" ili "*legislator's guide*".

⁶⁹ *Communication 2004.* detaljno određuje probleme kojima će biti posvećena pozornost prilikom revizije *acquisa*, te radnje koje će se u tu svrhu poduzeti.

prilikom implementacije europskih direktiva, ali i prilikom uređivanja pitanja koja nisu regulirana na nivou EU, upotreba u arbitražnim postupcima, osnova za razvoj ostalih mjera predloženih Akcijskim planom,⁷⁰ moguće ga je integrirati u ugovore koje Komisija i druge institucije EU zaključuju,⁷¹ te konačno može služiti kao izvor inspiracije za ECJ kada tumači europsko ugovorno pravo. Što se tiče pravne prirode CFR-a, Komisija u ovom trenutku smatra da bi morao biti neobvezujući instrument, no ostavlja otvorenu mogućnost da se o njegovoj pravnoj prirodi i dalje raspravlja.

Communication 2004. utvrđuje da će Komisija u okviru *The Sixth Research Framework Programme* tri godine financirati istraživački rad na izradi nacrtu CFR-a, te ga očekuje krajem 2007. godine. Isto tako, skicira plan participacije nezavisnih eksperata, predstavnika različitih tijela i grupa koji će pratiti rezultate rada istraživačkih skupina i davati odgovarajući *feedback*.⁷² Tako predviđa osnivanje mreže nezavisnih eksperata, redovito održavanje radionica vezanih uz svaku od tema istraživanja, osnivanje internetskih siteova na kojima će biti redovito ažurirani rezultati istraživanja i doprinos nezavisnih eksperata. Radi osiguravanja političkog praćenja i podrške projektu predviđa osnivanje radne grupe vladinih eksperata svih zemalja članica, te redovito obavještanje Parlamenta o rezultatima rada.

Što se tiče moguće strukture CFR-a *Communication 2004.* određuje da će se CFR sastojati iz tri dijela: opća načela ugovornog prava i eventualna ograničenja primjene tih načela; definicije temeljnih pojmova ugovornog prava te model-pravila.⁷³ Koje će oblasti biti obuhvaćene CFR-om mora, po stavu Komisije, biti u prvom redu determinirano njegovom najvažnijom svrhom, tj. ulogom "alata" za reviziju *acquisa*.⁷⁴

Konačno, *Communication 2004.* naglašava da Komisija nije vezana rezultatima rada na nacrtu CFR-a, te da će nakon podnošenja nacrtu ispitati njegovu praktičnu upotrebljivost. I nakon procesa evaluacije prezentirati svoj nacrt CFR-a. Komisijin nacrt će također biti otvoren za konzultacije na nivou institu-

⁷⁰ Osnova za opcijski instrument, ali i za razvijanje općih uvjeta ugovora (poslovanja) na nivou čitave EU.

⁷¹ Ova moguća upotreba CFR-a proizlazi iz prethodne, tj. upotrebe CFR-a kao osnove za definiranje općih (standardnih) uvjeta ugovora.

⁷² Tzv. *Stakeholder participation*. U određivanju članova ovih ekspertnih timova *Communication 2004.* kao temeljna načela određuje: zastupljenost različitosti pravnih tradicija u EU; postizanje ravnoteže ekonomskih (gospodarskih) interesa, što znači da moraju biti zastupljeni predstavnici širokog spektra grupa, od multi-nacionalnog biznisa do predstavnika potrošača.

⁷³ Annex I *Communication 2004.* sadrži mogući nacrt strukture CFR-a (*Poglavlja*: I. Načela; II. Definicije; III. Model pravila: Ugovor; Predugovorne obveze; Izvršenje/neizvršenje; Složene obveze; Asignacija; Prijenos ugovora; Zastara; Ugovor o prodaji; Ugovori o osiguranju).

⁷⁴ Ipak, *Communication 2004.* navodi da očekuje, pored općih pravila ugovornog prava, da posebna pozornost bude posvećena potrošačkim ugovorima, ugovorima o osiguranju, ugovoru o prodaji i ugovorima o uslugama, te odredbama o zadržavanju i prijenosu vlasništva na robu. Isto tako, upozorava se da bi nacrt CFR-a morao riješiti problem koji nastaje, stoga što nacionalna prava različito određuju odnos ugovornog i stvarnog prava.

cija EU, država članica i nezavisnih eksperata. Usvajanje Komisijinog CFR-a očekuje se krajem 2009. godine.

Ako se na kraju sumiraju poruke *Communication 2004*, dolazi se do zaključka da se Komisija zapravo odlučila za specifičnu mješavinu treće i četvrte opcije iz *Communication 2001*. (najavljenju na određeni način već Akcijskim planom), dok se četvrta opcija, iako se ostavlja otvorenom za rasprave, sve manje naglašava. Naime, opredjeljenje *Communication 2004* jest prvenstveno daljnja sektorska harmonizacija unaprijeđenjem postojećeg *acquisa* i predlaganjem novih sektorskih mjera (treća opcija), a temeljno sredstvo (*toolbox*) za ostvarenje ovog cilja je CFR koji u biti predstavlja drugu opciju, tj. utvrđivanje općih načela (pravila) ugovornog prava.⁷⁵ Naravno, naglašavanje značaja, a posebno mogućeg opsega i strukture CFR-a ostavlja otvorena vrata i četvrtoj opciji, iako Komisija izričito apostrofira da nema namjeru predložiti izradu “Europskog građanskog zakonika” koji bi harmonizirao nacionalna prava država članica.

6. DCFR

6.1. Sudionici izrade teksta DCFR-a

6.1.1. Radne grupe

Tekst DCFR-a koji je Komisiji predstavljen krajem 2007. godine supotpisuju dvije radne grupe, *Study Group on a European Civil Code* (tzv. *Bar-group*;⁷⁶ dalje: SGECC) i *Research Group on the Existing EC Private Law* (tzv. *acquis-group*). Formalno, DCFR nastaje kao ispunjenje obveze iz ugovora radnih grupa s Komisijom iz 2005. godine, a u okviru formiranja, tzv. Mreže izvrsnosti: “Zajednička načela europskog ugovornog prava”, čiji je koordinatorski profesor Hans Schulte-Nölke.⁷⁷ No, treba napomenuti da je SGECC nastala još mnogo ranije, točnije 1998. godine, kao svojevrsni nasljednik Komisije za europsko ugovorno pravo (tzv. Landova komisija).⁷⁸ Kao i Landova komisija i SGECC je

⁷⁵ Tako vidi: CASTRONOVO, C., *Common Frame of Reference; Conciliation or Clash?*, *Juridica International* XI/2006., str. 25.

⁷⁶ Naziv je dobila po predsjedavajućem (danas predsjedavajući upravnog odbora SGECC-a) Christianu von Baru, profesoru prava i direktoru European Legal Studies Institute of the University of Osnabrück.

⁷⁷ *Network of excellence “Common Principles of European Contract Law”*. Više o mreži izvrsnosti vidi na mrežnoj stranici: <http://www.copecel.org/>

⁷⁸ *Commission on European Contract Law – CECL*, nazvana po svom utemeljitelju i predsjedavajućem “Landova komisija”, formirana je 1980. godine, a sastavljena je od nezavisnih predstavnika akademske zajednice i pravnika praktičara. 1995. godine izradila je Prvi dio Načela europskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law (PECL)*) (LANDO & BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, 1995.); 1999. godine objavljen je drugi dio Načela (LANDO & BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2*, The Hague, 1999.); 2003. objavljen je treći dio Načela (LANDO, CLIVE, PRÜM & ZIMMERMANN (eds.) *Principles of European Contract Law, Part 3*, The Hague, 2003.) čime je CECL formalno prestala s radom.

grupa sastavljena od nezavisnih predstavnika akademske zajednice i pravnika praktičara i to iz gotovo svih zemalja članica EU, pa su čak njeni članovi bili i znanstvenici iz zemalja koje su u to vrijeme bile zemlje kandidati za ulazak u EU.⁷⁹

Na svom prvom sastanku u Utrechtu u Nizozemskoj preuzela je obvezu izraditi nacrt zajedničkih načela europskog privatnog prava iz onih oblasti koje su posebno relevantne za funkcioniranje jedinstvenog tržišta (najznačajnije oblasti obveznog prava i dijelovi stvarnog prava, posebno pravila o pravu vlasništva na pokretninama). Kako s Landovom komisijom dijeli iste polazišne osnove i temeljne ciljeve SGECC,⁸⁰ uz izričiti pristanak Landove Komisije, za osnovu svog rada uzima Landova načela koja su već utvrdila zajednička načela europskog prava u oblasti općeg ugovornog prava. No, SGECC, naravno, ima ambiciju ići dalje od Landovih načela na način prilagođavati ih promjenama koje su u međuvremenu nastale i dopunjavati novim istraživačkim rezultatima, te izraditi i načela za posebne ugovore, načela za izvanugovorne obveze (delikte, stjecanje bez osnove i poslovodstvo bez naloga) kao i temeljna pravila o stjecanju i prijenosu prava na pokretninama.⁸¹

Nakon što je SGECC već započela s radom dolazi do navedenih inicijativa Komisije pokrenutih zaključcima samita u Tampereu i rad na zajedničkim načelima europskog ugovornog prava postaje dio projekta Komisije. Akcijskim planom iz 2003. godine predviđeno je da se za ostvarenje predloženih mjera, a posebno revizije *acquisa*, izradi CFR, te da se u tu svrhu koriste istraživački projekti koji su već u tijeku.⁸²

Više o radu CECL-a vidi: LANDO, O. – BEALE, H., *Principles of European contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000., str. XI.-XVI.; BONELL, M. J.: “Restatement”, 2nd ed. 1997., Chapter 5: The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, str. 85.-103.; str. 85.

⁷⁹ Više o SGECC vidi na mrežnoj stranici: <http://www.sgecc.net/>

⁸⁰ SGECC se može na određeni način smatrati nasljednikom Landove komisije jer s jedne strane svoj rad temelji na Landovim načelima, a s druge strane postoji i “kadrovska” povezanost dvije grupe, budući da je otprilike pola članova tzv. treće Landove komisije nastavilo rad u okviru radnih grupa SGECC-a.

⁸¹ Više o nastanku, organizaciji, ciljevima i radu SGCC-a, vidi: VON BAR, C., *Working Together Toward a Common Frame of Reference*, *Juridica International*, X/2005., str. 17.-26. (dalje: VON BAR, Working.); VON BAR, C., *The Study Group on a European Civil Code*, “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (June 1999), Chapter III, 137-150 (dostupno i na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonbar2.html>) (dalje: VON BAR, *The Study.*).

⁸² Sažeti prikaz rada najznačajnijih znanstvenih projekata europskog privatnog/ugovornog prava sadrže materijali s Konferencije koja je u organizaciji ERA (Academy of European Law; više o ERA i njenim aktivnostima na projektu europskog ugovornog prava, a posebno CFR-a, vidi na mrežnoj stranici ERA: <http://www.era.int/web/en/html/index.htm>), održana u Trieru 3. travnja 2003. godine. (ERA Conference on “European Contract Law”). Materijali su dostupni na mrežnoj stranici: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf

Naime, krajem osamdesetih i tijekom devedesetih godina prošlog stoljeća započela je vrlo živa aktivnost u akademskim krugovima vezana uz različite aspekte europskog privatnog, posebno ugovornog prava. Nakon *Communication* 2001. taj se rad intenzivira i u vrijeme donošenja ovog akta u Europi djeluje niz istraživačkih projekata koji se bave ovom materijom. Radi se o privatnim projektima koje ne financiraju, ni vlade pojedinih država, ni institucije EU, nego uglavnom nezavisne fondacije. Značajan impuls ovakvom radu dala je Konferencija “*Towards a European Civil Code*”, koju je 1997. godine organizirala u Hagu nizozemska vlada koja je tada predsjedala EU, a konferencija se bavila mogućnošću izrade europskog građanskog zakonika. Konferencija je bila poticaj grupi akademika da inicira osnivanje radnih grupa koje će na temelju znanstvenog komparativno-pravnog istraživanja svih europskih privatnopravnih sustava izraditi nacrt budućeg europskog građanskog zakonika u obliku načela (ili “*restatements*”). Tako su formirane tri radne skupine: Drobnig/Basedow grupa (Hamburg); Von Bar (Osnabrück); Hondius/Barendrecht/Hesselink (Utrecht/Tilburg/Amsterdam), koje zapravo čine osnovu današnjeg SGECC-a.

Osim ove inicijative treba spomenuti, tzv. Pavia grupu (*Accademia dei Giusprivatisti Europei*) pod vodstvom prof. Gandolfija koja je također radila na nacrtu Građanskog zakonika,⁸³ grupu prof. Spiera i prof. Koziola koja je radila na načelima europskog odštetnog (deliktnog) prava, zatim nekoliko znanstveno-edukacijskih projekata kao što je projekt “*Common Core of European Private Law*”, pod vodstvom prof. Bussanija i prof. Matteia na Sveučilištu u Trentu (Italija), projekt “*Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*”, kojega je 1994. godine inicirao prof. van Gerven na Sveučilištima u Leuvenu (Belgija) i Maastrichtu (Nizozemska).⁸⁴

Naravno, neformalna suradnja između tijela EU (posebno Komisije) i SGECC-a postojala je već od prvih inicijativa Komisije na projektu europskog ugovornog prava, no ona se formalizira tek 2005. godine uključivanjem SGECC-a u tzv. Mrežu izvrsnosti, poznatu i kao Mreža “Zajednička načela europskog ugovornog prava” (“*Common Principles of European Contract Law*” Network – CoPECL), a u okviru *Sixth Framework Programme for research and technological development (FP6)*.⁸⁵ Mreža izvrsnosti osnovana je u svibnju 2005. godine a obuhvaća, pored SGECC i *The Research Group on the Existing EC Private Law, (Acquis Group)*, *The Project Group on a Restatement of*

⁸³ Više vidi: GANDOLFI, G., *The Academy of European Private Lawyers and the Pavia Draft of a “European Contract Code*, ERA Conference on “*European Contract Law*”. Trier, 3. April 2003., http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf

⁸⁴ Više o ovom projektu vidi: DEVROE, W. – DROSHOUT, D., *The Leuven Centre for a Common Law of Europe and the Ius Commune Casebook project*, ERA Conference on “*European Contract Law*”. Trier, 3. April 2003., http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf

⁸⁵ Do 2005. godine, tj. do potpisivanja ugovora s Komisijom, rad SGECC-a financiran je iz nacionalnih fondova za znanstvena istraživanja i iz privatnih izvora, a od 2005. financira se u okviru FP6.

European Insurance Contract Law (Insurance Group); The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat; The Common Core Group; The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules – TILEC – Tilburg Law and Economics Center (Economic Impact Group); The Database Group i The Academy of European Law (ERA). Mreža je nastala potpisivanjem ugovora između Komisije i 17 sveučilišta, instituta i drugih znanstvenih organizacija, a objedinjuje rad preko 150 istraživača iz svih zemalja EU.⁸⁶

No, ugovorom je predviđeno da glavninu rada na nacrtu CFR-a preuzmu SGECC, *Acquis* grupa i *Insurance group* (tzv. *drafting-groups*). Osim toga, ugovor je obvezivao istraživačke grupe da tekst DCFR-a predstave do kraja 2007. godine.⁸⁷

Tijekom vremena SGECC se razvila u veoma razgranatu mrežu radnih timova koji dijele rad po temama. Tako je radna grupa sa sjedištem u Osnabrücku radila na izvanugovornim obvezama, radna grupa sa sjedištem u Utrechtu na ugovoru o prodaji, radna grupa sa sjedištem u Tilburgu na ugovorima o uslugama, radna grupa sa sjedištem u Amsterdamu na ugovorima o trgovačkom zastupanju, franšizingu i distribuciji, radna grupa sa sjedištem u Bergenu na ugovoru o zakupu pokretnina, radna grupa sa sjedištem u Hamburgu na osobnim sredstvima osiguranja, te druga radna grupa sa sjedištem u Amsterdamu na ugovoru o mandatu. Radne grupe čine znanstvenici iz različitih zemalja, predsjedavajući grupe te savjetodavni odbor također sastavljen od predstavnika iz različitih zemalja. Rad svih grupa SGECC-a koordinira Koordinacijska grupa sastavljena od 40 članova, a pod predsjedanjem prof. von Bara.

Acquis grupa osnovana je 2002. godine, a koordinator rada je prof. Hans Schulte-Nölke. Članice grupe su sveučilišta, instituti i druge znanstvene ustanove iz svih zemalja EU, koje predstavlja tridesetak pravnih znanstvenika, članova grupe. Grupa je osnovana s ciljem doprinošenja nastanku CFR-a time što će izraditi načela postojećeg ugovornog prava EZ s pratećim komentarima. Dakle, u odnosu na SGECC koja se bavi izučavanjem nacionalnih pravnih sustava, *acquis* grupa ima sasvim drukčiji pristup, ona mora prikazati stanje europskog zakonodavstva u oblasti ugovornog prava, kako bi se kombiniranjem ta dva segmenta (kao i segmenta međunarodnih instrumenata obvezujućih za zemlje članice EU) mogao definirati sadržaj CFR-a.⁸⁸

⁸⁶ Više o članicama Mreže, istraživačima i radu vidi na mrežnoj stranici: <http://www.copecel.org/>

⁸⁷ Razlozi su političke prirode, tj. za rad je predviđeno ovako kratko vrijeme budući da je za političke konzultacije povodom DCFR-a te konačno formuliranje i usvajanje Komisijinog nacrtu CFR-a potrebno dvije godine, a projekt mora biti dovršen u mandatu Barossove Komisije, tj. do kraja 2009. godine.

⁸⁸ Više o radu *acquis* grupe vidi: SCHULTE-NÖLKE, H., *The Commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group*, ERA Conference on "European Contract Law". Trier, 3. April 2003., http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf

6.1.2. CFR-mreža i mreža vladinih eksperata

Komisija je već u Akcijskom planu, a posebno u *Communication* 2004. jasno iskazala namjeru da aktivnosti vezane uz izradu CFR-a ne budu ograničene na istraživačke grupe, već da u tom radu sudjeluju, na način da ga prate i u određenoj mjeri provjeravaju i dopunjuju, predstavnici različitih zainteresiranih grupacija. Stoga je Komisija 2004. godine osnovala još dvije “mreže”. Prva je, tzv. “CFR-mreža” koju čine predstavnici različitih gospodarskih subjekata (industrija, trgovina, financijske usluge), potrošačkih udruga i pravnih profesija (suci, bilježnici, odvjetnici, arbitri), a prilikom sastavljanja vodilo se računa i o teritorijalnoj zastupljenosti, tj. predstavljene su sve zemlje članice EU. Mrežu čini oko 180 članova. Druga je mreža eksperata država članica sastavljena na temelju nominacija iz svih država.⁸⁹ Učešće mreža u radu na nacrtu CFR-a zamišljeno je tako da se određuju teme za raspravu i na posebnu web-stranicu postavlja odgovarajući materijal kojega su izradile istraživačke skupine. Zainteresirani članovi mreže sudjeluju u radionicama na pojedine teme i nakon toga daju svoje pisane priloge raspravi. Komisija sumira rezultate i daje rok od 6 mjeseci istraživačkoj grupi prihvatiti sugestije ili obrazložiti razloge odbijanja.⁹⁰

Dakle, DCFR je produkt suradnje triju mreža: Mreže izvrsnosti (CoPECL), CFR-mreže i mreže eksperata država članica. No, treba napomenuti da je u prvim fazama rada suradnja između istraživačkih grupa i CFR-mreže prolazila kroz određene poteškoće, prvenstveno zbog neodržavanja planiranih plenarnih sjednica na kojima bi sudjelovali i istraživači i predstavnici mreža, tako da dobiju sveobuhvatni uvid u ciljeve i opseg projekta, da razumiju odnos PECL-a i ponuđenih rezultata istraživanja, i sl. Osim toga, prve su radionice bile nedovoljno pripremljene (predstavnicima mreža ponuđen je suviše opsežan materijal za raspravu, nije bilo dovoljno vremena za pripremu prezentacija i sl.).⁹¹ Tijekom prve godine poteškoće u radu osjetili su i predstavnici CFR-mreže i mreže eksperata, a posebno su se žalili na nedostatak vremena za davanje komentara na prijedloge istraživačkih grupa. Isto tako, Parlament smatra da nije dovoljno uključen u rad na DCFR-u i Rezolucijom od 23. ožujka⁹² zahtijeva svoje snažnije uključivanje.⁹³

⁸⁹ Većinu članova ove mreže čine predstavnici ministarstava pravosuđa država članica.

⁹⁰ Više o organizaciji rada mreža vidi: **Report from the Commission, First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review** (Text with EEA relevance), COM(2005) 456 final, (točka 2.2.) (dalje: Annual Report 2005.).

⁹¹ Više vidi: VON BAR, Working..., str. 21. sq.

⁹² EP Resolution on European contract law and the revision of the acquis: the way forward, 23.3.2006. dostupno na stranici EP- <http://www.europarl.europa.eu/>.

⁹³ Više vidi: LURGER, B., *The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe* (str. 178.-199.); u: *Private Law and the Many Cultures of Europe*, (edited by: Thomas Wilhelmson, Elina Paunio, Annika Pohjolainen), Kluwer Law International, 2007., str. 179. sq.

Osnivanjem CFR-mreže i mreže eksperata država članica ostvaruje se nekoliko ciljeva. S jedne strane, sudjelovanje predstavnika različitih interesnih grupacija kroz CFR-mrežu kao i mrežu državnih eksperata osigurava praćenje rada istraživačkih grupa i kontinuirano provođenje testa praktične upotrebljivosti prijedloga istraživačke grupe, odnosno daje se koristan *feedback* istraživačima. Time se ujedno osigurava da će konačni tekst CFR-a u većoj mjeri odgovarati ciljevima zbog kojih se pristupilo čitavom projektu, tj. poslužiti kao osnova za reviziju postojećeg i redigiranje budućeg europskog privatnopravnog zakonodavstva (uključujući eventualno i donošenje opcijskog instrumenta), odnosno odgovarati potrebama onih kojima su ta pravila u praksi namijenjena. Osim toga, uključivši ovako širok krug zainteresiranih subjekata u rad na nacrtu CFR-a i osiguravši im organizacijom rada mogućnost značajnog utjecaja na njegov sadržaj, Komisija očito želi na proceduralnom nivou osigurati čitavom projektu što čvršći legitimitet i tako pomoći generalnom prihvaćanju konačnog teksta CFR-a.⁹⁴

Tomu svakako služi i izrazita transparentnost čitavog procesa.⁹⁵ Tako su popisi članova obje mreže i rezultati rada nekih od održanih radionica mreže državnih eksperata dostupni javnosti na web-stranici.⁹⁶ Osim toga, Komisija je ustanovila posebnu web-stranicu dostupnu svim članovima obje mreže i Zastupnicima u Parlamentu na kojoj su postavljeni svi relevantni dokumenti, svi nacrti istraživačkih grupa, komentari članova mreža i izvješća Komisije o svim održanim radionicama. Istom cilju služilo je i održavanje, tzv. Europskih diskusijskih foruma, predviđenih u *Communication* 2004., na kojima su sudjelovali svi oni koji su na političkom ili na tehničkom nivou sudjelovali u radu na CFR-u, te niz konferencija organiziranih od strane Komisije, Parlamenta ili pojedinih članica Mreže izvrsnosti.⁹⁷

6.2. Odnos Komisije prema napretku na projektu izrade nacрта CFR-a

Izvršavajući obvezu preuzetu u *Communication* 2004. Komisija je izdala dva izvješća o praćenju rada na nacrtu CFR-a. Prvo je: Izvješće Komisije, Prvo godišnje izvješće o europskom ugovornom pravu i reviziji *acquis* (*Report from the Commission, First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review (Text with EEA relevance)*), od 23. rujna 2005. (*Annual*

⁹⁴ Komisija i sama naglašava da je učinkovitost suradnje između istraživačkih grupa i osnovanih mreža, tj. poštovanje ovakve procedure, od odlučujućeg značaja za uspjeh projekta (točka 2.6. 2. *Annual Report* 2005.). Tako vidi i: KARSTEN – PETRI, str. 25.

⁹⁵ Zapravo, čitav projekt europskog ugovornog prava obilježen je od početka nastojanjem Komisije uključiti što više sudionika u raspravu i na taj način dobiti čvršći legitimitet. To svakako pokazuje i tehnika prikupljanja reakcija na *Communacion* 2001., Akcijski plan i *Communication* 2004.

⁹⁶ http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/common_frame_ref_en.htm

⁹⁷ Održana su tri Foruma, 26. rujna 2005. godine u Londonu, 26. svibnja 2006. godine u Beču i 1. ožujka 2007. godine u Stuttgartu.

Report 2005.), a drugo: Izvješće Komisije, Drugo izvješće o Zajedničkom referentnom okviru (*Report from the Commission, Second Progress Report on The Common Frame of Reference*) od 25. srpnja 2007. godine (dalje: *Progress Report 2007.*).⁹⁸

Annual Report 2005. pokazuje jasno promjenu u političkoj klimi u svezi s ostvarenjem projekta europskog privatnog/ugovornog prava. Naime, u to vrijeme dolazi do odbacivanja Ustava za Europu na referendumima u Francuskoj i Nizozemskoj što za posljedicu ima sužavanje ili barem privremeno usporavanje integrativnih ambicija na svim razinama djelovanja u EU. Reakcija Komisije na ovakav razvoj događaja jest da se u projektu europskog privatnog/ugovornog prava gotovo isključivo fokusira na aktivnosti vezane uz *acquis*, a to zapravo znači uglavnom na potrošačke ugovore. No, potrebno je napomenuti da je takvo opredjeljenje Komisije doživjelo veliki otpor SGECC-a koji nije pristajao svoj rad ograničiti na potrošački ugovorni *acquis*. U dogovoru s Komisijom postignut je određeni kompromis, tj. SGECC se obvezao poduzeti dodatne napore u onom dijelu koji je za Komisiju prioritetan (potrošački ugovorni *acquis*) te i u tehničkom smislu u materijalima naglasiti koji su dijelovi posebno značajni za potrošački *acquis* i s kojim su odredbama tog *acquisa* povezani. Isto tako, dogovoreno je da se u svakom slučaju, gdje je to opravdano, predvide pored općih pravila za sve ugovore i posebna pravila za potrošačke ugovore i obrazloži takvo rješenje. SGECC je, iako dosta nevoljko, preuzeo i obvezu da formuliра definicije temeljnih pravnih pojmova, koje Komisija smatra nužnima za ostvarenje funkcije CFR-a kao priručnika ("*toolbox*"). S druge strane, SGECC je u dogovoru s Komisijom osigurao i svoj daljnji rad na općem ugovornom pravu i na onim oblastima obveznog i stvarnog prava koje su s njim funkcionalno povezane.⁹⁹

Da je rad na potrošačkom ugovornom *acquisu* postao prioritet Komisije jasno je vidljivo i iz vrlo površnog i mlakog spominjanja druge (opći uvjeti poslovanja/ugovora primjenjivi na čitavom EU teritoriju) i treće (opcijski instrument) mjere iz Akcijskog plana. Od druge mjere ona ovim izvješćem praktički odustaje,¹⁰⁰ dok pitanje opcijskog instrumenta ostavlja otvorenim, ali kako se čini, tek za raspravu i to u nekim specifičnim oblastima.¹⁰¹

Najznačajniji dio *Annual Report 2005.* posvećen je, dakle prvoj predloženoj mjeri i u tom se kontekstu analizira dosadašnji rad na CFR-u, pitanja organizacije suradnje između istraživačkih grupa s jedne i CFR-mreže i mreže eksperata država članica s druge strane te prvi rezultati do kojih je takva suradnja dovela.¹⁰²

⁹⁸ COM(2007) 447 final.

⁹⁹ Više vidi: VON BAR, Working..., str. 21.-22.

¹⁰⁰ Vidi točka 4.1.

¹⁰¹ Vidi točka 4.2.

¹⁰² Vidi supra.

Osim toga, *Annual Report 2005.* detaljno izvještava o radu na dijagnosticiranju problema vezanih uz praktičnu primjenu relevantnog *acquisa*. U vrijeme podnošenja ovog izvješća rad je tek dijelom bio izvršen, tj. ispitani su problemi vezani uz četiri potrošačke direktive i izvješće detaljno iznosi rezultate tog ispitivanja. Kao moguća rješenja *Annual Report 2005.* predviđa dvije opcije: nastavak korištenja tehnike vertikalne intervencije, tj. revidiranje postojećih direktiva ili donošenje novih za specifična pitanja; horizontalni pristup, tj. donošenje jednog ili više okvirnih instrumenata koji će regulirati zajednička obilježja potrošačkog *acquisa* (npr. jedinstvene definicije pravnih pojmova, temeljna prava i obveze zajedničke za sve potrošačke ugovore, itd.).¹⁰³

Progress Report 2007. posvećen je isključivo radu na CFR-u i u njemu se, u skladu s opredjeljenjem iz 2005. godine, jasno naglašava da je prioritet Komisije rad na pitanjima vezanim uz potrošačke ugovore, kako bi se ostvario cilj revizije tog dijela *acquisa*. U skladu s tim organizirane su i radionice u 2006. godini (teme radionica: prodaja potrošačkih roba, predugovorne obveze informiranja, nepoštene klauzule ugovora, pravo na jednostrani raskid ugovora, pravo na naknadu štete.). Da bi se osigurao prioritet ovim pitanjima istraživačke grupe su pristale da se materijal koji se odnosi na potrošački *acquis* podijeli u tri grupe: “revizija *acquisa*”: materijal koji se odnosi na teme ugovornog prava kojima se bave potrošačke direktive i materijal koji može pomoći reviziji tih direktiva;¹⁰⁴ “neposredno relevantan materijal”: materijal koji se odnosi na teme općeg ugovornog prava, a neposredno su relevantne za potrošački *acquis*;¹⁰⁵ “bitna podloga”: materijal koji se odnosi na teme općeg ugovornog prava koje čine temelj, podlogu na kojoj mora počivati i potrošački *acquis*.¹⁰⁶

Progress Report 2007. detaljno navodi pitanja kojima su se u okviru navedenih širih tema bavile radionice, kao i prijedlozi sudionika, te naglašava da će rezultate rada uzeti u obzir u formuliranju svog prijedloga CFR-a.

U Zaključku *Progress Reporta 2007.* Komisija ponavlja svoju namjeru da CFR koristi prvenstveno kao priručnik (“*toolbox*”) za reviziju potrošačkog ugovornog prava i pripremanje novih mjera u toj oblasti. No, istovremeno naglašava da, u svrhu odlučivanja o daljnjem radu na projektu, treba donijeti odluku o mogućem proširivanju opsega CFR-a i na druge dijelove *acquisa* koji

¹⁰³ Da je Komisija ozbiljno nastavila rad u ovom smjeru pokazuje i činjenica da je u listopadu 2008. godine objavila Prijedlog Direktive o pravima potrošača (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, COM(2008) 614 final 2008/0196 (COD)), kao horizontalnog akta u oblasti prava zaštite potrošača. U pravnoj teoriji europskog privatnog prava postoji već od ranije značajna podrška takvom pristupu europskog zakonodavca. Vidi: REICH, A *European...*, str. 397.sq.; KARSTEN, – PETRI, str. 41. sq.; STAUDENMAYER, *The Place...*, str. 272.sq.; SMITS, *European...*, str. 24.; REICH, N., *A Common Frame of Reference – Ghost or host for integration?*, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, ZERP-Diskussionpapier, 7/2006., Bremen, Oktober 2006., (dalje: REICH, A *Common...*), str. 30. sq.

¹⁰⁴ Npr. obveza predugovornog informiranja.

¹⁰⁵ Radi se o konceptima nacionalnih ugovornih prava koje potrošački *acquis* ne regulira, ali podrazumijeva njihovo postojanje i sadržaj, npr. vrijeme nastanka ugovora.

¹⁰⁶ Npr. načelo savjesnosti i poštenja.

se bave ugovornim pravom i na sve s njima povezane probleme općeg ugovornog prava. Takvo rješenje predlagali su neki članovi CFR-mreže, neke države članice, a ono je od početka inicijative europskog privatnog/ugovornog prava jasno opredjeljenje Parlamenta, sada ponovljeno u Rezolucijama Parlamenta iz ožujka¹⁰⁷ i rujna¹⁰⁸ 2006. godine.

6.3. *Struktura DCFR-a*

Kako je već navedeno, tekst DCFR-a objavljen je 31. prosinca 2007. godine. No, potrebno je napomenuti da je u isto vrijeme kada je Komisiji predstavljen DCFR druga grupa iz Mreže izvrsnosti (CoPECL), *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* u suradnji sa *Société de Legislation Comparée*, javnosti predstavila dva teksta: *Terminologie Contractuelle Commune*, 2008. (Zajednička ugovorna terminologija)¹⁰⁹ i *Principes Contractuels Communs*, 2008. (Zajednička načela ugovora). U ovom posljednjem dijelu obrađena su tri temeljna principa europskog ugovornog prava, načelo ugovorne slobode, načelo sigurnosti, načelo lojalnosti ugovoru te ponuđena pravila (u obliku načela) koja se vezuju uz ove temeljne principe ugovornog prava, a slijede strukturu pravila PECL-a. U svjetlu ovih načela izvršena je, dakle svojevrsna revizija pravila PECL-a. Na taj način rad *Association Henri Capitant* predstavlja alternativnu verziju jednog dijela materije koja je obuhvaćena radom CGECC-a i *Acquis* grupe i predstavljena u DCFR-u.¹¹⁰

Isto tako, *The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)* kao članica Mreže izvrsnosti objavila je 17. prosinca 2007. tekst pod naslovom “*Principles of European Insurance Contract Law – PEICL*” (Načela europskog ugovornog prava osiguranja),¹¹¹ a planira se da ova načela u drugom izdanju DCFR-a budu uvrštena u Knjigu IV.¹¹² I *Acquis* grupa je objavila dijelove svog istraživanja, no njihov je rad već najvećim dijelom inkorporiran u tekst DCFR-a.¹¹³

¹⁰⁷ OJ C 292 E, 1.12.2006, p. 109.

¹⁰⁸ OJ C 305 E, 14.12.2006, p. 247.

¹⁰⁹ U ovom dijelu detaljno su obrađeni sljedeći temeljni pojmovi: ugovor, obveza/ovlaštenje; pravni poslovi/pravne činjenice; javni poredak i imperativni propisi; dobra vjera; oblici krivnje; povreda obveze; oblici šteta; popravlanje štete.

¹¹⁰ Nije jasno u kojoj mjeri je rad SGECC-a i *Acquis* grupe s jedne i *Association Henri Capitant* s druge strane bio usklađen, no nesumnjivo je da Komisija može birati između ponuđenih tekstova. Takav stav izražen je u uvodnoj riječi na Konferenciji koja je od 23. do 24. listopada 2008. održana na Sorbonne University u Parizu na temu “Which European contract law for the European Union?”, u organizaciji francuskog Ministarstva pravosuđa.

¹¹¹ Više vidi na mrežnoj stranici: <http://www.out-law.com/page-8948>.

¹¹² Vidi: VON BAR, – CLIVE, –SCHULTE-NÖLKE, str. 28.

¹¹³ Objavljeni su pripremni radovi *Acquis* grupe koji sistematiziraju direktive koje čine privatnopravni *acquis*: Research Group on the Existing EC Private Law, Principles of the Existing EC Contract Law (*Acquis Principles*), Vol. I: Contract: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Sellier, 2007.

DCFR se sastoji od dva dijela: definicije pravnih pojmova i model-pravila. Materijal koji se sastoji od model pravila strukturiran je u (za sada) 7 knjiga. Svaka je knjiga podijeljena na poglavlja, a poglavlja su podijeljena na odjeljke i po potrebi na pododjeljke. Zbog obimnosti materijala Knjiga IV podijeljena je da Dijelove, a svaki je posvećen određenoj vrsti ugovora. Po knjigama materija je strukturirana na sljedeći način: Opće odredbe (Knjiga I); Ugovori i drugi pravni poslovi (Knjiga II); Obveze i ovlaštenja (Knjiga III); Posebni ugovori i prava i obveze koje iz njih proizlaze (Knjiga IV); Posloводство bez naloga (Knjiga V); Izvanugovorna odgovornost za štetu uzrokovanu drugome (Knjiga VI); Neosnovano obogaćenje (Knjiga VII).

Osim toga, Aneks I DCFR-a sadrži 172 definicije pravnih pojmova, a Aneks II detaljna pravila o računanju vremena i definicije relevantne za ta pravila.¹¹⁴ Popis definicija korištenih u tekstu DCFR-a izdvojen je od model-pravila, kako ističu autori, uglavnom iz tehničkih razloga. Naime, nije se željelo Knjigu I opteretiti velikom količinom teksta. Osim toga, kako su definicije razvijane postupno kako se razvijao rad na pojedinim dijelovima materije, željelo se ostaviti prostora za dopune bez većih redaktorskih napora.¹¹⁵ Rad na model-pravilima i definicijama činio je organsku cjelinu, definicije su izvedene iz model pravila i, osim kada pojedino pravilo izričito nekom pojmu daje drukčije značenje, primjenjive su na čitav tekst DCFR-a.

Konačna verzija DCFR-a čije se izdanje očekuje početkom 2009. godine sadržavat će i pravila o stjecanju i prestanku prava vlasništva na pokretninama (Knjiga VIII), pravila o sredstvima osiguranja na pokretninama (Knjiga IX) i pravila o zakladama (*trusts*) (Knjiga X).

Prvo javno izdanje DCFR-a ne sadrži vrlo značajan dio rada SGECC-a i *Acquis* grupe koji je predstavljen Komisiji, a to su prateći komentari i napomene uz svako pojedino model-pravilo.¹¹⁶ U komentarima i napomenama dat je prikaz rješenja različitih europskih pravnih sustava, uključujući u pravilu i sudsku praksu, te pravila *acquisa* koja su utjecala na formuliranje određenog pravila, obrazloženo je gledište grupe i prikazani su ilustrativni primjeri. No, većina

Predviđeno je da će drugi tom ovog izdanja biti objavljen u prosincu 2008. godine, a obuhvatit će pitanja izvršenja obveza, neizvršenja obveza i sankcija za neizvršenje.

¹¹⁴ Osim toga, prvo izdanje DCFR-a sadrži i tablice koje označavaju koja pravila DCFR-a obrađuju pitanja obrađena u odgovarajućim pravilima PECL-a i obrnuto te indeks pojmova.

¹¹⁵ VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 9.

¹¹⁶ U pravnoj je teoriji ovo kritizirano s argumentacijom da DCFR ne može valjano služiti svojoj svrsi priručnika za reviziju *acquisa* niti eventualnog modela za nacionalne zakonodavce ako se jasno ne izloži kako je svako pojedino pravilo nastalo, koji su izvori inspiracije, zašto se radna grupa priklonila jednom, a ne drugom mogućem uzoru, zašto su u nekim slučajevima predložena rješenja kojih nema u nacionalnim zakonodavstvima, itd. Drugim riječima, smatra se da bi za formiranje budućeg europskog *ius commune* korisnije bilo iznijeti argumente koji stoje iza svakog pravila, nego formulirati pravila u strukturi klasične građanske kodifikacije. Vidi: SMITS, J. M., *Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, str. 145.-148., 2008.; dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1117248>, str. 146. (dalje: SMITS, *Draft*..)

ovog materijala dostupna je već sada u izdanjima serije SGECC/PEL (Principles of European Law) u kojima je SGECC od 2006. godine objavljivala pojedine dijelove istraživanja.¹¹⁷ Uvid u ove vrlo detaljne komparativno-pravne prikaze svih pravnih sustava zemalja EU¹¹⁸ i postojećeg EU zakonodavstva, pripadajuće komentare istraživača te ilustrativne primjere, pokazuje da je SGECC usvojila tehniku koju je Landova komisija koristila u izradi PECL-a, no isto tako da je tu tehniku znatno unaprijedila i obogatila. Ovakav način rada odgovara u velikoj mjeri metodi koje je korištena i još se uvijek koristi pri izradi američkih *Restatements of Law*¹¹⁹ i stoga se u pravnoj literaturi često pravila DCFR-a apostrofiraju kao *restatements* europskog privatnog prava.¹²⁰

Knjiga I (Opće odredbe) sadrži neka opća pravila potrebna za uporabu ponuđenog teksta¹²¹ i, kako se ističe u pravnoj teoriji, heterogenog je sadržaja.¹²² Određuje polje primjene ponuđenih model-pravila; način tumačenja i daljnjeg razvoja tih pravila, upućuje na način korištenja Aneksa I i II, te daje definicije

¹¹⁷ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Commercial Agency, Franchis and Distribution Contracts (PEL CAFDC) Prepared by *Martijn W. Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Diaz, Manola Scotton, Muriel Veldmann* (Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006).

Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Service Contracts (PEL SC). Prepared by *Maurits Barendrecht, Chris Jansen, Marco Loos, Andrea Pinna, Rui Cascão, Stéphanie van Gulijk* (Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006);

Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.), Prepared by *Ulrich Drobnig* (Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2007).

Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben.Int.). Prepared by *Christian von Bar* (Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006);

M Hesselink and others, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL, Sellier, München 2006);

M Barendrecht and others, Service Contracts (PEL, Sellier, München 2007); U Drobnig, Personal Security (PEL, Sellier, München 2007);

K Lilleholt and others Lease of Goods (PEL, Sellier, München 2008); E Hondius and others, Sales (PEL, Sellier, München 2008).

¹¹⁸ Često je dat i prikaz rješenja pravnih sustava zemalja koje su u vrijeme izrade teksta bile zemlje kandidati za ulazak u EU.

¹¹⁹ Do sada je Američki pravni institut (*American Law Institute – ALI*) izradio tri teksta *Restatementsa*. Bez obzira na značajne razlike u pristupu između ovih tekstova, zajedničko im je da se proučavanjem i sistematiziranjem postojeće sudske prakse iz svih saveznih država SAD-a pokušava formulirati koherentan sustav općih pravnih pravila zajedničkih za sve savezne države.

¹²⁰ Više o načinu rada na DCFR-u vidi: VON BAR, C., A Common Frame of Reference for European Private Law –Academic Efforts and Political Realities, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (May 2008), <http://www.ejcl.org>, (dalje: VON BAR, A Common Frame..), str. 4. sq.

¹²¹ Tako svrhu Knjige I objašnjavaju autori DCFR-a (VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 45.).

¹²² Tako vidi: EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., The Common Frame of References for European Private Law -Policy Choices and Codification Problems, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1269270 (dalje: EIDENMÜLLER et al.), str. 6.

pojmovi “u pisanom obliku”, “pisana forma”, “potpis” i njima sličnih pojmova. Najznačajnije su svakako odredbe o polju primjene kojima se određuje da će se pravila primjenjivati na ugovorne i izvanugovorne obveze i s njima povezana stvarnopravna pitanja. Izričito je isključena primjena pravila DCFR-a na prava i obveze javnopravne prirode, statusna pitanja fizičkih osoba, nasljednopravna pitanja; obiteljskopravne odnose; vrijednosne papire; radnopravne odnose; stvarna prava na nekretninama; pitanja statusnog trgovačkog prava i procesnopravna pitanja.

Knjiga II (Ugovori i drugi pravni poslovi) sadrži uz opće odredbe o pregovorima i predugovornim obvezama, pravila o nastanku ugovora, odnosno pravnih poslova, pravila o jednostranom raskidu ugovora, pravila o zastupanju, pravila o tumačenju pravnih poslova, pravila o razlozima nevaljanosti pravnih poslova, pravila o sadržaju i učincima ugovora te pravila o nepoštenim klauzulama ugovora.

Knjiga III (Obveze i ovlaštenja) osim općih pravila sadrži i pravila o izvršenju obveza, o posljedicama, odnosno sankcijama za neizvršenje ili neuredno izvršenje obveza, pravila o složenim obvezama s više dužnika i vjerovnika, pravila o prijenosu ugovora i o asignaciji, pravila o kompenzaciji, pravila o sjedinjenju te pravila o zastari.

Očito je da Knjige II i III predstavljaju dio teksta koji je obradio pravila PECL-a, redigiravši ih i u mnogim aspektima dopunivši novim sadržajem. Sadržajno je riječ o onome što u nacionalnim pravnim sustavima kontinentalnog prava (posebno u sustavima germanskog pravnog kruga) odgovara općem dijelu obveznog prava. Ako se Knjige II i III promatraju kao cjelina očito je da je ugovoru osigurano središnje mjesto, no autori DCFR-a smatrali su da nije dovoljno obraditi samo ugovore, nego je potrebno postaviti opća pravila i za druge pravne poslove.¹²³ Podjela materije između Knjige II i Knjige III izvršena je, stoga da bi se izbjeglo ponavljanje pravila o općim učincima obveza u Knjigama koje su posvećene pojedinim izvorima obveza,¹²⁴ što bi tekst učinilo suviše glomaznim i stoga teškim za primjenu.¹²⁵ Podjelu materije između Knjiga II i III omogućilo je stajalište SGECC-a da treba jasno razlikovati pojam ugovora (ili drugog pravnog posla) od pojma obveznog odnosa koji nastaje na temelju tog ugovora/pravnog posla ili na temelju drugih pravnih činjenica. To je jasno vidljivo i kroz ponuđene definicije s jedne strane ugovora kao: “.. sporazuma koji stvara ili ima za cilj da stvori obvezujuću pravni odnos ili koji

¹²³ Jednostrano obećanje, ponuda, izjava o jednostranom raskidu ugovora, davanje punomoći, izjava o kompenzaciji itd. Za posebne pravne poslove predviđena su u nekim slučajevima posebna pravila (npr. pravila o nastanku, o tumačenju i sl.), u nekim slučajevima predviđeno je da se na njih primjenjuju opća pravila o ugovorima (npr. pravila o obliku ugovora, o djelomičnoj nevaljanosti ugovora i sl.), a u nekima da se analogno primjenjuju pravila o ugovorima (npr. pravila o valjanosti ugovora, o primjeni običaja i prakse i sl.).

¹²⁴ Što bi se jedino moglo otkloniti korištenjem tehnike upućivanja, no ona čini tekst nepreglednim i teško upotrebljivim.

¹²⁵ Tako vidi: VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 23.

stvara ili ima za cilj da stvori neki drugi pravni učinak. Ugovor je bilateralni ili multilateralni pravni akt.”¹²⁶ a s druge strane obveze kao “...dužnosti ponašanja koju jedna strana u pravnom odnosu, dužnik, duguje drugoj strani, vjerovniku”¹²⁷

Knjiga IV bavi se posebnim ugovorima: ugovor o prodaji, ugovor o zakupu (najmu); ugovori o uslugama; ugovor o nalogu; ugovori o trgovačkom zastupanju, franšizingu i distribuciji te ugovori o osobnim sredstvima osiguranja.¹²⁸

Knjige V-VII posvećene su ostalim izvorima obveza, tj. deliktima, poslovođstvu bez naloga i stjecanju bez osnove.

Iako SGECC stalno naglašava da DCFR nema ambiciju niti politički mandat biti nacrt budućeg europskog građanskog zakonika,¹²⁹ način na koji je strukturiran, kao i način na koji su pravila redigirana odgovaraju sustavu i redakciji nacionalnih građanskih zakonika, što je u dijelu pravne teorije kritizirano.¹³⁰ No, s druge strane, u skladu sa zahtjevima Komisije koja CFR apostrofira kao priručnik za reviziju potrošačkog ugovornog *acquisa*, autori DCFR-a su u ovaj sustav normi koji umnogome odgovara klasičnom građanskom zakoniku (zakonu o obveznim odnosima), uključili i relevantna pravila tog dijela europskog prava. Tako su u Knjizi II pravila o obvezama predugovornog informiranja, pravila o pravu na jednostrani raskid potrošačkih ugovora, pravila o nediskriminaciji itd., u dijelu o ugovoru o prodaji čitav je niz posebnih pravila o zaštiti potrošača, neka od posebnih pravila nalaze se i u dijelu o ugovoru o zakupu, o ugovorima o osobnim sredstvima osiguranja, itd. Ako se analizira način na koji su ova pravila formulirana, opći je dojam da su autori DCFR-a najčešće preuzeli doslovne formulacije iz europskih potrošačkih direktiva, a u nekim su slučajevima njihovu primjenu proširili i na nepotrošačke ugovore, odnosno prihvatili ih kao opća pravila ugovornog prava.¹³¹

Na određeni način ova pravila odudaraju od cjeline koja je ipak dominantno određena logikom građanske kodifikacije. Naime, pravila potrošačkog *acquisa*

¹²⁶ Annex I: A “contract” is an agreement which gives rise to, or is intended to give rise to, a binding legal relationship or which has, or is intended to have, some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.

¹²⁷ Annex I: An obligation is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor.

¹²⁸ Dijelovi posvećeni ugovoru o zajmu i ugovoru o darovanju još su u pripremi.

¹²⁹ Autori DCFR-a stalno naglašavaju da je riječ o akademskom, a ne politički autoriziranom tekstu. Ističu da je DCFR rezultat dugogodišnjeg komparativno-pravnog izučavanja europskih privatnopravnih sustava i da ni jedno od ponuđenih pravila nije autorizirano od strane bilo koje europske ili nacionalne institucije. Više vidi: VON BAR, A Common Frame..., str. 3.; VON BAR, – CLIVE, –SCHULTE-NÖLKE, str. 5.

¹³⁰ Tako vidi: SMITS, Draft..., str. 146.; EIDENMÜLLER et al., str. 13. sq. U teoriji se, naime ističe da DCFR mora odgovarati ciljevima radi kojih se na inicijativu Komisije pristupilo njegovoj izradi, a to je prvenstveno revizija *acquisa*. Stoga Smits smatra da, strukturiran kao građanski zakonik, DCFR sadrži mnogo sasvim nepotrebnog materijala i da ne odgovara zahtjevima prakse.

¹³¹ Primjerice, obveze predugovornog informiranja i pravo na jednostrani raskid ugovora bez navođenja razloga.

školski su primjer funkcionalnog pristupa stvaranju prava u kojemu se miješaju elementi javnog prava s elementima privatnog prava. Osim toga, pretežito se sastoje od pravila kogentne prirode, a i jedno i drugo je suprotno sustavu klasičnog građanskog, odnosno ugovornog prava. Isto tako, razlika u pravilima po kriteriju statusa subjekata također je strana građanskoj kodifikaciji.¹³² No, njihovo je uključivanje u svakom slučaju nužno ako je DCFR osnova za izradu CFR-a, posebno ako DCFR ima ambiciju predstavljati zajednička pravila europskog ugovornog/obveznog prava, budući da su pravila *acquisa* inkorporirana na ovaj ili na onaj način u nacionalne pravne sustave. Naime, jedna od uloga koju je Komisija namijenila budućem CFR-u jest i služiti kao vodič nacionalnim zakonodavcima u prihvaćanju normi europskog sekundarnog prava, odnosno pomoći u otklanjanju nedostataka u već izvršenom implementiranju pravila *acquisa* u nacionalna prava.

6.4. Opseg DCFR-a

Iz prikaza strukture DCFR-a jasno je da je tekst obuhvatio, a pogotovo da će u konačnoj verziji obuhvatiti mnogo šire područje od onoga pokrivenog pravilima PECL-a, a svakako i od onoga što je u svojim programskim aktima formulirala Komisija. Prema navodima autora DCFR-a, nekoliko je razloga za takav pristup. U prvom redu, SGECC je kao nezavisna grupa znanstvenika formiran s ciljem da temelji svoj rad na PECL-u, ali da taj tekst ne samo prilagodi promjenama nego i dopuni novim istraživanjima u novim oblastima. Ističe se da SGECC kao nezavisna grupa znanstvenika nije ni na koji način ograničen u radu onim što je Komisija odredila kao sadržaj budućeg “političkog” CFR-a. Naime, iako Komisija najviše inzistira na ulozi budućeg CFR-a kao priručnika za reviziju potrošačkog *acquisa*, SGECC smatra da se rad ne može ograničiti samo na potrošačko pravo, budući da ga ne smatra zasebnom oblasti obveznog prava koja može postojati i razvijati se neovisno od općih pravila ugovornog i izvanugovornog prava.

Kao daljnji argument za proširenje opsega DCFR-a u odnosu na pravila PECL-a i potrošačkog *acquisa* navodi se da je Ugovorom s Komisijom iz 2005. godine SGECC preuzeo obvezu obraditi, pored općeg ugovornog prava i posebne ugovore, područje izvanugovornih obveza te stjecanja i prijenosa prava na pokretninama.¹³³ Što se tiče uključivanja posebnih ugovora u tekst DCFR-a to se obrazlaže činjenicom da opća pravila ugovornog prava nisu dovoljna ako se tekstu hoće dati šira praktična primjena. Naime, posebne vrste ugovora zahtijevaju posebna pravila koja odstupaju od općih pravila ili konkretiziraju

¹³² Više o problemima uključivanja privatnopravnog *acquisa* u sustav građanske kodifikacije, vidi: HESSELINK, M., *The Structure of the New European Private Law*, *European Journal of Comparative Law*, vol 6., 4. December 2002., str. 7.-23.

¹³³ Tako vidi: VON BAR, *A Common Frame...*, str. 4. sq.

opća pravila ugovornog prava.¹³⁴ Uvrštavanje ostalih izvora obveza u tekst DCFR-a obrazlaže se činjenicom da je obvezno pravo organska cjelina, odnosno da u praksi ponekad nije jednostavno povući granicu između ugovornih i izvanugovornih obveza.¹³⁵ Slični se razlozi navode i za uvrštavanje određenih stvarnopravnih normi u DCFR.¹³⁶

No, upravo zbog razlika u shvaćanjima, s jedne strane Komisije, a s druge strane SGECC-a o opsegu materije koju treba obuhvatiti, redaktori DCFR-a su se potrudili da tekst strukturiraju tako da se pojedini dijelovi mogu izdvojiti i uz manje redakcijske intervencije upotrebljavati kao zasebne cjeline. Naime, ako Komisija ostane pri shvaćanju da CFR ima ulogu isključivo priručnika za reviziju postojećeg i izradu budućeg stvarnopravnog *acquisa*, moguće je da u konačni prijedlog “političkog” CFR-a uđu samo dijelovi o općim pravilima ugovora i o nekim vrstama u DCFR-u obrađenih posebnih ugovora. Stoga su u izradi DCFR-a autori većim cjelinama osigurali relativnu samostalnost.¹³⁷

6.5. Odnos prema pravilima PECL-a

Kako je već navedeno, DCFR se temelji na pravilima PECL-a, tj. u dijelu u kojemu se opseg dva teksta podudara DCFR preuzima pravila PECL-a. No, u određenoj mjeri ih mijenja i dopunjava. Do intervencija u tekst PECL-a dolazi prvenstveno zbog razlike u strukturi i opsegu između dva teksta. Naime, dok DCFR nastoji stvoriti koherentan i sveobuhvatan sustav obveznog prava i jedinstvenu terminologiju, pravila PECL-a su tek naknadno proširena na neke oblasti izvan općeg ugovornog prava, bez unaprijed osmišljenog koncepta, i stoga postoje određene nedosljednosti, posebice u uporabi terminologije, a posebna slabost je nedostatak koordiniranosti između I i II dijela s jedne i III dijela PECL-a s druge strane. Tako, primjerice, DCFR jasno razlikuje koncept ugovora kao vrste pravnog posla od koncepta obveznog odnosa (tj. obveze i ovlaštenja) koja nastaje iz ugovora i stoga su izvršene uglavnom terminološke izmjene teksta PECL-a.¹³⁸ Razlike u opsegu i strukturi dovele su i do uvrštavanja pravila usmjerenih na zaštitu potrošača u pravila PECL-a. Isto tako, izmijenjena su i pravila o izvršenju i neizvršenju ugovornih obveza i pretvorena u opća pravila o izvršenju i neizvršenju obveza bez obzira na izvor iz kojega potječu. Kako DCFR općenito uređuje pravne poslove, a ne samo ugovore, značajno su dopunjena pravila PECL-a koja su samo marginalno doticala druge pravne poslove.

¹³⁴ Besplatni ugovori su također uvršteni, iako je njihovo praktično značenje za tržište veoma malo, no to se obrazlaže potrebom za koherentnošću sustava.

¹³⁵ Primjerice, postupanje *falsus procurator*, uređenje posljedica neizvršenja, odnosno djelomičnog izvršenja ugovornih obveza, povreda predugovornih obveza, postupanje nalagoprimatelja preko granica naloga, a u korist nalagodavatelja i sl.

¹³⁶ Više vidi: VON BAR, *A Common Frame..*, str. 4. sq.; VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 19.-20.

¹³⁷ Tako vidi: VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 36. sq.

¹³⁸ Primjerice, ne izvršava se *ugovor*, nego *obveza iz ugovora*.

Drugi razlog izmjena pravila PECL-a su intervencije članova CFR-mreže i mreže eksperata država članica. Tako su značajno izmijenjena pravila o zastupanju, pravila o predugovornim izjavama koje čine dio ugovora, pravila o pravu suda na izmjenu sadržaja ugovora zbog promijenjenih okolnosti, pravila o općim uvjetima ugovora te pravila o složenim obvezama s više subjekata.

Konačno, neke od izmjena i dopuna pravila PECL-a uslijedila su kao rezultat istraživačkog rada SGECC-a ili kao odgovor na kritičke osvrte u literaturi na pravila PECL-a, te kao rezultat razvoja nacionalnog i međunarodnog ugovornog prava do kojega je došlo u međuvremenu. Tako su značajno izmijenjena pravila, primjerice, o zabludi kao uzroku poboynosti pravnih poslova, pravila o ugovorima u korist trećega, pravila o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, pravila o asignaciji, kao novi instituti uvrštena su pravila u složenim ugovorima i pravila o konfuziji, itd.¹³⁹

6.6. Jezik DCFR-a

Prvo izdanje DCFR-a objavljeno je na engleskom jeziku koji je bio službeni radni jezik SGECC-a. No, pitanje jezika jedna je od spornih točaka koje se spominju u svezi s radom na CFR-u, odnosno DCFR-u. Naime, upotreba engleskog jezika u uređivanju materije civilnog prava može stvoriti veoma velike poteškoće i opasnosti zbog značajnih sadržajnih razlika u terminologiji *common-law* sustava i terminologiji kontinentalnog civilnog prava. Upotreba pravnog engleskog jezika u redigiranju pravila kao što su pravila DCFR-a bila bi sasvim sigurno pogrešan pristup jer prevođenje termina kontinentalnog civilnog prava u pravni engleski jezik zahtijeva od svakog, tko se služi takvim pravilima, iznimno široko komparativno-pravno znanje i stalan oprez da se određenom terminu ne dade značenje koje mu redaktori nisu namjeravali dati.¹⁴⁰ Ovih je opasnosti bila očito svjesna i SGECC koja je, stoga izbjegavala uporabu tehničkih termina i nastojala je uvijek kada je to bilo moguće upotrebljavati jasne i lako prevodive opisne formulacije, kako bi izbjegla da čitatelj iz bilo koje europske pravne kulture terminu dade ono značenje koje ima u njegovom pravnom sustavu.¹⁴¹ Naravno, da bi DCFR mogao služiti svrsi kojoj je namijenjen on mora biti preveden barem na glavne europske jezike i taj projekt je u tijeku.¹⁴²

¹³⁹ Više o odnosu DCFR-a i PECL-a vidi: VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 24.-26.; EIDENMÜLLER et al., str. 9.-11.

¹⁴⁰ Više o problemima uporabe različitih jezika u pravu uopće, a posebno u građanskom pravu vidi: HEUTGER, V., A more coherent European wide legal language, *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 8 (2004) N° 2; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-002a.htm>.

¹⁴¹ Može se, stoga reći da je na određeni način stvoren nekakav novi engleski pravni jezik koji ne korespondira s *common-law* pravnim jezikom.

¹⁴² No, u pravnoj teoriji se postavlja pitanje znači li činjenica da je radni jezik SGECC-a engleski i da je DCFR izraden na engleskom jeziku da je engleska verzija original te da će se stoga sve nejasnoće koje se eventualno pojave u prevedenim tekstovima rješavati referiranjem na englesku verziju. Vidi: VAN ERP, S., *European Private Law: A European Standing Committee on Legal*

6.7. *Temeljna načela na kojima počiva DCFR*

U svim aktima u kojima Komisija raspravlja o budućem CFR-u jasno se izražava gledište da bi tekst morao sadržavati, pored model pravila i definicija temeljnih pojmova korištenih u tim pravilima, i temeljna načela na kojima počiva.¹⁴³ No, objavljeni tekst DCFR-a ne sadrži odjeljak posvećen temeljnim načelima. Istina, autori DCFR-a u Uvodu takvu mogućnost ostavljaju otvorenom za sljedeća izdanja, smatrajući da bi bilo moguće navesti temeljna načela u obliku preambule, recitala, odnosno neke vrste “uvodne liste” koja bi definirala bit pravila DCFR-a. No, istovremeno ističu da takav poduhvat krije u sebi i značajne opasnosti. S jedne strane, temeljna su načela uvijek u visokom stupnju apstraktna i stoga imaju malo značenje za praksu. Njihovo pravo značenje i vrijednost mogu se procjenjivati samo ako ih se poveže s pravilima koja ih konkretiziraju. Osim toga, načela gledana izolirano često postavljaju kontradiktorne zahtjeve, tako da u formuliranju konkretnih pravila treba pronaći pravu ravnotežu između različitih zahtjeva. I to je dodatni razlog da se rasprava o tome koji su principi i u kojoj mjeri ostvareni u DCFR-u može voditi isključivo na temelju analize model-pravila.¹⁴⁴

No, značajni dio Uvoda DCFR-a bavi se upravo raspravom o temeljnim načelima na kojima je izrađen ponuđeni tekst tako da se na određeni način može reći da se autori DCFR-a već u ovom izdanju ipak izjašnjavaju i o temeljnim načelima.¹⁴⁵ Ističu da je svrha načela dati opće smjernice za razumijevanje i tumačenje model-pravila onima koji će ih koristiti u izradi novih ili izmjeni postojećih normativnih akata.¹⁴⁶ Sam pojam temeljnih načela nekog sustava normi kao što je DCFR složen je i heterogen. Naime, ona u prvom redu predstavljaju temeljne vrijednosti, odnosno pravno-političko opredjeljenje ili socijalni i ekonomski sustav koji se primjenom pravila formuliranih u skladu s tim načelima ostvaruje. Prema tomu, temeljna načela se mogu promatrati i kao ciljevi koji se nastoje realizirati sustavom pravila. S druge strane, kako su pravila DCFR-a, “destilirana” iz rješenja pravnih sustava zemalja članica i pravila europskog *acquisa*, to znači da ona odražavaju vrijednosne sustave svojih, uvjetno rečeno, izvora. No, kako ti vrijednosni sustavi, ili barem odnos između pojedinih vrijednosti koje se u određenom sustavu ostvaruju, nije uvijek isti, DCFR je morao izborom rješenja postići ravnotežu odnosno na najbolji mogući način uskladiti različite zahtjeve.

Uvod DCFR-a nabroja neke od temeljnih vrijednosti/ciljeva koje bi morala ostvarivati pravila europskog privatnog prava: pravda, sloboda, zaštita ljudskih prava, ekonomsko blagostanje, solidarnost i socijalna odgovornost. Tome dodaje

Terminology as a Next Step?, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9., 2. july 2005., <http://www.ejcl.org>.

¹⁴³ Vidi supra.

¹⁴⁴ VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 9.

¹⁴⁵ VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 10.-18.

¹⁴⁶ VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, str. 11.-12.

specifične ciljeve odnosno vrijednosti EU u oblasti privatnog prava, a to su unaprijeđenje jedinstvenog tržišta i zaštita kulturne i jezične raznolikosti, te neke formalne zahtjeve svakog sustava privatnopravnih normi, kao što je racionalnost, pravna sigurnost, predvidivost i učinkovitost.¹⁴⁷ Kratko se obrazlaže kako su navedene vrijednosti, odnosno ciljevi ostvareni u normativnom sustavu DCFR-a te kako je postignuta ravnoteža između ponekad međusobno suprotstavljenih zahtjeva.

No, ova rasprava o temeljnim načelima u Uvodu DCFR-a na žalost teško da može ostvariti cilj kojega sami autori apostrofiraju kao glavni razlog navođenja načela, a to je da budu vodič za razumijevanje i primjenu pravila. Naime, njihov je sadržaj izložen vrlo općenito, često nedovoljno jasno i bez dublje analize svih aspekata pa čak i različitih značenja koje mogu imati u kontekstu privatnog prava.¹⁴⁸ Osim toga, načela su izložena linearno, tehnikom nabiranja (i to ne iscrpnog!) tako da odnos među njima ostaje nejasan. Sasvim sigurno neka od njih imaju veći značaj za tekst gledan u cjelini, odnosno predstavljaju vrijednost "višeg reda" u odnosu na ostale, no to iz Uvoda DCFR-a nije do kraja razvidno.¹⁴⁹ Posebno je ostao nerazjašnjen problem odnosa prioriteta u onim slučajevima kada su zahtjevi pojedinih načela u međusobnom sukobu.¹⁵⁰ Ako se želi da nabiranje temeljnih načela služi svom interpretativnom cilju trebalo je definirati neka opća pravila (ili načela) koja određuju kada jedno temeljno načelo prevladava nad drugim, te što je još značajnije, navesti razloge za takvo rješenje.

Naravno, sasvim je drugo pitanje, ali čak mnogo značajnije od ovih kritičkih primjedbi na način izlaganja temeljnih načela, pitanje u kojoj mjeri konkretna model-pravila DCFR-a ostvaruju proklamirana načela i kako ostvaruju ravnotežu među suprotstavljenim zahtjevima. A upravo to je pravi test vrijednosti svakog regulatornog teksta pa tako i DCFR-a.¹⁵¹ Isto tako, moguća je rasprava i o tomu koja je temeljna socioekonomska paradigma na kojoj se temelji projekt DCFR-a, te koliko je ona prihvatljiva. Naime, pitanje je temelji li se DCFR na neoliberalnoj filozofiji koja polazi od reafirmacije autonomije privatne stranačke volje i teži sužavanju socijalnih elemenata u privatnom pravu, ili pak naglasak stavlja upravo na socijalnu komponentu. U svezi s tim u pravnoj teoriji postoje

¹⁴⁷ Pri tomu se ističe da su ovo samo neke od vrijednosti/ciljeva te da isti značaj može biti dan i drugim vrijednostima, primjerice načelu zaštite opravdanih očekivanja, načelu odgovornosti za stvoren rizik itd.

¹⁴⁸ To se posebno odnosi na vrijednosti kao što su pravda, sloboda, društvena solidarnost i sl.

¹⁴⁹ Istina, posebno se ističe načelo pravičnosti ("Every model rule in this DCFR pursues the aim of reaching a just and fair solution for the situation to be regulated.") i načelo ekonomskog blagostanja ("The rules in the DCFR are in general intended to be such as will promote economic welfare; and this is a criterion against which any legislative intervention should be checked.").

¹⁵⁰ Npr. načelo slobode i načelo društvene solidarnosti; načelo pravičnosti i načelo pravne sigurnosti; načelo pravičnosti i načelo učinkovitosti; načelo slobode ugovaranja i načelo zaštite slabije strane u ugovoru; načelo *pacta sunt servanda* i načelo pravičnosti; itd.

¹⁵¹ No, to zahtijeva detaljnu analizu ogromnog broja model-pravila, što prelazi granice ovog rada.

dosta disonantna mišljenja. Mišljenja variraju od onih koji smatraju da je DCFR mješavina neoliberalnog i socijalno-demokratskog razmišljanja, s tim da su potrebna njegova daljnja usavršavanja u pravcu razvijanja zaštite socijalnih vrijednosti,¹⁵² do onih koji u njemu vide suviše ograničenja temeljnom načelu autonomije volje i nepotrebno naglašavanje socijalnih elemenata stranih privatnom pravu.¹⁵³

7. Zaključne napomene

Objavljivanje prvog izdanja DCFR-a kao mogućeg nacrta budućeg “političkog” CFR-a svakako je najznačajniji događaj u okviru veoma razgranate i složene inicijative u oblasti europskog privatnog prava. Radi se o iznimno kompleksnom i višeslojnom tekstu čija će prava evaluacija, kako na političkom nivou,¹⁵⁴ tako i u pravnoj znanosti, tek uslijediti. Kakva će biti politička sudbina ovog projekta, tj. koliko će od ponuđenog materijala i uz kakve intervencije biti uključeno u Komisijin prijedlog CFR-a, za sada je još uvijek veoma neizvjesno. Realno je očekivati, prema svim programskim i ostalim aktima Komisije, da će ona iskoristiti one dijelove DCFR-a koji mogu poslužiti za reviziju postojećeg i kreiranje budućeg privatnopravnog, posebno potrošačkog *acquisa*. U tom smislu tekst DCFR-a može biti posebno koristan u onoj mjeri u kojoj njegova pravila odražavaju temeljna načela na kojima počiva *acquis*, pa stoga može poslužiti da se pravila pojedinih direktiva međusobno usklade, da čine koherentan sustav, odnosno da se njihova primjena proširi i na neka druga područja i tako otklone glavne zamjerke efikasnosti *acquisa* vezane sa sektorski pristup, postojanje pravnih praznina i unutrašnju nekonzistentnost. Reviziji *acquisa* kao i uspješnijoj harmonizaciji nacionalnih prava implementacijom dijelova *acquisa* trebale bi poslužiti i definicije pravnih pojmova, naravno u mjeri u kojoj su uspješno formulirane.

Druga moguća uloga DCFR-a, tj. da preko utjecaja na budući CFR, zapravo, posluži kao temelj za izradu horizontalnog opcijskog instrumenta EU u oblasti ugovornog (ili eventualno, čak i šire, privatnog) prava, sasvim je sigurno rukovodila članove SGECC-a u određivanju opsega i strukture teksta.¹⁵⁵ Jer, po strukturi i sadržaju DCFR, bez obzira na to što se njegovi autori neprestano ograđuju od takve interpretacije, sasvim sigurno odgovara nacrtu najznačajnijih dijelova građanske kodifikacije. No, bez obzira koliko ideja izrade opcijskog

¹⁵² Tako: HESSELINK, M., *Common Frame of Reference & Social Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04.

¹⁵³ Tako: EIDENMÜLLER et al., str. 24. sq.

¹⁵⁴ Tj. od strane Komisije, Parlamenta i Vijeća.

¹⁵⁵ Simptomatično je da prof. von Bar apostrofira komisijino inzistiranje na CFR-u kao priručniku ili alatu (*toolbox*) za reviziju *acquisa* i izradu novih sektorskih mjera kao “...ništa više nego sinonim za pogreb prve klase za drugi važni aspekt CFR ideje.”, tj. ideje da CFR služi kao opcijski instrument. Vidi: VON BAR, *A Common Frame*, str. 2.

instrumenta imala zagovornika,¹⁵⁶ iz novijih akata Komisije vezanih uz projekt EU privatnog prava¹⁵⁷ proizlazi da je na političkom nivou njena realizacija danas u najmanju ruku neizvjesna. Naime, ne samo da ideja nije dobila dovoljno široku podršku u konzultacijama koje je Komisija obavila povodom *Communication* 2001., Akcijskog plana i *Communication* 2004., nego uvijek ostaje otvorenim i već spomenuti problem kompetencije EU da uređuje ovu materiju,¹⁵⁸ makar i u obliku uspostavljanja EU opcijskog režima ugovornog prava koji bi stajao uz postojećih 27 nacionalnih pravnih režima. Naravno, problem kompetencije tijela EU postavlja se, iako u blažoj formi, i vezano uz donošenje “političkog” CFR-a koji bi sadržajno bio usmjeren isključivo na reviziju postojećeg i izradu budućeg *acquisa*.¹⁵⁹

Hoće li DCFR ostvariti obje svoje priželjkivane funkcije ovisi, ne samo o političkim odlukama na razini EU, nego u mnogome i od socijalno-ekonomske prihvatljivosti teksta, a sasvim sigurno i od kvalitete teksta gledanog u cjelini, kao i na razini pojedinih instituta i pojedinih pravila, te svakako i od njegove unutrašnje konzistentnosti.

Ali bez obzira na krajnji ishod ovog ipak u biti političkog procesa, činjenica je da je istraživački rad koji je trajao više od jednog desetljeća¹⁶⁰ i objedinio snage ogromnog broja pravnih stručnjaka iz svih zemalja EU već dao rezultate nesumnjive vrijednosti. Izvršena su sistematska i detaljna komparativno-pravna istraživanja svih 27 nacionalnih pravnih sustava, i to ne samo na legislativnom nivou, nego i na nivou sudske i poslovne prakse te isto takva analiza privatnopravnog EU *acquisa*. U odnosu na pravila PECL-a izvršen je veliki korak naprijed utoliko što je značajno prošireno područje istraživanja i ponuđena

¹⁵⁶ Tako, primjerice vidi: HESSELINK, Common Frame, str. 2. sq.; CALLIESS, G. P., Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report The European Commission's Action Plan COM(2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM(2002) 654 final –PART II/II, German Law Journal Vol. 4 No. 4 –1 April 2003.

¹⁵⁷ Da se Komisija očito opredjeljuje za nastavljjanje sektorskog pristupa pokazuje i već spomenuti Prijedlog Direktive o pravima potrošača.

¹⁵⁸ Više vidi: HESSELINK, M.W., RUTGERS, J. W., DE BOOYS, T., The legal basis for an optional instrument on European contract law, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, No. 2007/04. (dalje: HESSELINK et al.); TRNKIĆ, str. 3. sq.; WEATHERILL, S., European Private Law and the Constitutional Dimension, u: The institutional Framework of European Private Law (Editor: Fabrizio Cafaggi), Oxford University Press, 2006., str. 79.-106.

¹⁵⁹ Naime, kako se ističe u pravnoj teoriji, mnoga pitanja kojima će se vjerojatno baviti budućí CFR ne bi mogla proći, tzv. *Tobacco test* (ECJ je presudom u slučaju *Tobacco Advertising* (Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council, Case C-376/98) stavio izvan snage Direktivu o reklamiranju duhanskih proizvoda s obrazloženjem da čl. 95. Ugovora ne daje Zajednici generalnu kompetenciju regulirati unutrašnje tržište, odnosno da čl. 95. Ugovora treba tumačiti strogo u svjetlu načela supsidijarnosti i proporcionalnosti definiranih u čl. 5. Ugovora.). Više vidi: HESSELINK et al., str. 72.

¹⁶⁰ Naravno, ako se uzme u obzir da DCFR inkorporira i u određenoj mjeri revidirana pravila PECL-a, onda je rad na ovom projektu zapravo trajao punih 16 godina.

opća struktura koja prelazi okvire pravila ugovornog prava. I dok je sigurno da se DCFR-u mogu na svim razinama njegove analize uputiti i određene kritičke primjedbe, nesumnjiva je vrijednost ovog teksta što je pokazao da se mogu iz ogromnog bogatstva različitih nacionalnih prava “destilirati” i zajednička rješenja. Naravno, bilo bi sasvim nerealno proglašavati DCFR već sada prihvatljivim i uspješnim nacrtom Europskog građanskog zakonika, no on je sigurno veliki korak dalje na putu prema ostvarenju tog, sudeći po svemu, za sada još jako dalekog cilja.

Literatura

1. BAČIĆ, A. – BAČIĆ, P., *Europsko pravo, studijski izvori*, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2007.
2. BONELL, M. J., “Restatement”, 2nd ed. 1997., Chapter 5: The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, str. 85.-103.
3. CALLIESS, G. P., Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report The European Commission’s Action Plan COM(2003) 68 final and the Green Paper on the Modernisation of the 1980 Rome Convention COM(2002) 654 final –PART II/II, *German Law Journal*, Vol. 4, No. 4–1 April 2003.
4. CASTRONOVO, C., Common Frame of Reference; Conciliation or Clash?, *Juridica International XI/2006*.
5. DEVROE, W – DROSHOUT, D., The Leuven Centre for a Common Law of Europe and the Ius Commune Casebook project, ERA Conference on “European Contract Law”. Trier, 3. April 2003. http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf
6. EIDENMÜLLER, H. – FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C. – JANSEN, N. – WAGNER, G. – ZIMMERMANN, R., The Common Frame of References for European Private Law -Policy Choices and Codification Problems, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1269270 (dalje: EIDENMÜLLER et al.)
7. GANDOLFI, G., The Academy of European Private Lawyers and the Pavia Draft of a “European Contract Code, ERA Conference on “European Contract Law”. Trier, 3. April 2003., http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf
8. GRUNDMANN, S., Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?, *European Business Law Review*, 2003., str. 237.-257.
9. HARTKAMP, A., Perspectives for the Development of a European Civil Law, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.htm
10. HESSELINK, M., Common Frame of Reference & Social Justice, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04.
11. HESSELINK, M., The Structure of the New European Private Law, *European Journal of Comparative Law*, vol 6., 4. December, 2002., str. 7.-23.

12. HESSELINK, M.W. –RUTGERS, J. W. –DE BOOYS, T., The legal basis for an optional instrument on European contract law, Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series, No. 2007/04.
13. HEUTGER, V., A more coherent European wide legal language, European Integration online Papers (EIoP) Vol. 8 (2004) N° 2; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-002a.htm>
14. KARSTEN, J. – PETRI, G., Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission's 2004 Communication "European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward", *Journal of Consumer Policy* (2005) 28: 31–51.
15. KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Gemeineuropäisches Privatrecht*, u: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*; Müller-Graff ed., II ed., 1999., str. 149.
16. LANDO & BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht, 1995.
17. LANDO & BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2*, The Hague, 1999.
18. LANDO, CLIVE, PRÜM & ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law, Part 3*, The Hague, 2003.
19. LANDO, O. – BEALE, H., *Principles of European contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000., str. XI-XVI.
20. LURGER, B., The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe (str. 178.-199.); u: *Private Law and the Many Cultures of Europe*, (edited by: Thomas Wilhelmson, Elina Paunio, Annika Pohjolainen), Kluwer Law International, 2007.,
21. REICH, N., A Common Frame of Reference – Ghost or host for integration?, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik, ZERP-Diskussionpapier, 7/2006.*, Bremen, Oktober 2006.
22. REICH, N., A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?, *Journal of Consumer Policy* (2005) 28:383–407, Springer, 2005.
23. SCHULTE-NÖLKE, H., The Commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group, ERA Conference on "European Contract Law". Trier, 3. April 2003., http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf
24. SMITS, J. M., Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, str. 145.-148., 2008.; dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1117248>, str. 145.
25. SMITS, J. M., *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/3.
26. STAUDENMAYER, D., The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects, 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002).
27. STAUDENMAYER, D., The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law, *Journal of Consumer Policy* 27: 269–287, 2004.

28. Towards European Civil Code (editors: HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONIDUS, E., DU PERRON, E., VRANKEN, J.), Kluwer Law International, 2004.
29. TRNKA, J., Limits to the internal market mandate?, Some reflections on the European contract law project, Paper for the Jean Monnet seminar *Advanced Issues of European Law* in Dubrovnik, 29 April – 6 May 2007.
30. VAN ERP, S., European Private Law: A European Standing Committee on Legal Terminology as a Next Step?, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9., 2. July 2005., <http://www.ejcl.org>
31. VON BAR, C. – CLIVE, E. – SCHULTE-NÖLKE, H. (editors), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition, Sellier, Munich, 2008.
32. VON BAR, C., A Common Frame of Reference for European Private Law –Academic Efforts and Political Realities, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1 (May 2008), <http://www.ejcl.org>
33. VON BAR, C., The Study Group on a European Civil Code, “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (June 1999), Chapter III, str. 137.-150. (dostupno i na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonbar2.html>)
34. VON BAR, C., Working Together Toward a Common Frame of Reference, *Juridica International*, X/2005., str. 17.-26.
35. WEATHERILL, S., The European Commission’s Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality, *Journal of Consumer Policy*, 2001/ 24, str. 339.-399.
36. WEATHERILL, S., *European Private Law and the Constitutional Dimension*, u: *The institutional Framework of European Private Law* (Editor: Fabrizio Cafaggi), Oxford University Press, 2006., str. 79.-106.

Summary

THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE FOR A EUROPEAN PRIVATE LAW

The article is dedicated to the analysis of reasons, enactment procedure and the most important characteristics of the Draft Common Frame of Reference for a European Private Law, which is at this moment definitively the most important text directed to harmonization of the law of obligations, particularly of the contracts law within the European Union. Taking into account the extent of the project, structure and modes of project presentation the research indicates that we are dealing with the project which exceeds all previous similar efforts. Moreover, in the article a special attention is given to issues on possible role which could project have in the wider context applied to political process of European Private Law development.

Key words: *European Private Law, measures to harmonise domestic laws.*

Riassunto

LA BOZZA DEL QUADRO COMUNE DI RIFERIMENTO DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

Il lavoro è dedicato all'analisi delle ragioni e del procedimento di emanazione, ma anche dei tratti salienti, di quello che ad oggi è certamente il testo più importante nell'ambito dell'uniformazione del diritto delle obbligazioni e, in particolare, del diritto contrattuale nella cornice dell'Unione europea, ovvero il "la bozza del Quadro comune di riferimento del diritto privato europeo" (*Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*). La ricerca dimostra che, per l'ampiezza della materia trattata, per la struttura e per il modo di presentare la disciplina si tratta di un progetto che supera qualsiasi altro simile sforzo fino ad ora tentato. Nel lavoro si dedica, altresì, particolare attenzione ai problemi del suo possibile ruolo nel più ampio contesto del processo di evoluzione del diritto privato europeo.

Parole chiave: *diritto privato europeo, misure di uniformazione dei diritti nazionali.*

PRAVNA SREDSTVA PROTIV NEUČINKOVITOG SUCA

Dr. sc. Aleksandra Maganić, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.962.6
Ur.: 23. siječnja 2009.
Pr.: 4. ožujka 2009.
Pregledni znanstveni članak

Ostvarivanje postulata pravičnog suđenja, osobito zahtjeva za suđenje u razumnom roku predstavlja sve složeniji zadatak s kojim se suočavaju gotovo svi nacionalni pravosudni sustavi. Kako u takvim uvjetima više nisu izolirani ni tradicionalno vrlo dobro organizirani pravosudni sustavi Austrije i Njemačke, cilj je prikazati djelotvornost nacionalnih pravnih instrumenta koji radi zaštite prava na suđenje u razumnom roku u tim komparativnim modelima stoje na raspolaganju. Ipak, ideja rada bila je otići i korak dalje, odnosno ispitati stvarnu provedivost odluka donesenih u povodu pravnih sredstava izjavljenih zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku te pokušati odrediti granice institucionalne odgovornosti sudova i individualne odgovornosti suca. S obzirom na to da je utvrđeno da djelotvorna pravna sredstva radi zaštite prava na suđenje u razumnom roku ne pokrivaju i individualnu odgovornost suca kojem je određeno u kojem roku ima poduzeti procesnu radnju ili okončati postupak, trebalo je prikazati instrumente kojima građani mogu potaknuti pitanje individualne odgovornosti suca te time utjecati i na izricanje odgovarajućih disciplinskih mjera. U Hrvatskoj je uočena ispodnormiranost odredbi o pritužbama građana na rad sudova i sudaca, jer zakon ne propisuje što pritužba mora sadržavati, u kojem roku će se na nju odgovoriti te hoće li se o eventualno poduzetim mjerama podnositelj pritužbe obavijestiti. Stoga je predloženo uvođenje nadzorne žalbe kao općeg pravnog instrumenta protiv neučinkovitog suca. Argumentacija za takav stav izvodi se iz analize komparativnih rješenja pri čemu se preporučuje ono što bi bilo najpogodnije za Republiku Hrvatsku.

Ključne riječi: razuman rok, zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, nadzorna žalba (pritužba).

1. Uvod

Kvaliteta i učinkovitost pojedinog nacionalnog pravosudnog sustava određuje se brojnim evaluacijskim kriterijima^{1,2} među kojima je i zahtjev za pravično postupanje³ u skladu s odredbom čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴ Ipak, čini se da je u tom sklopu postupovnih zahtjeva njegov najintrigantniji dio upravo zahtjev za donošenje odluke u razumnom roku, koji ne samo da je najčešća konvencijska povreda na koji se stranke u postupku pred Europskim sudom za ljudska prava pozivaju,⁵ nego je i jedan od najimplicitnijih pokazatelja djelotvornosti pravosudnog sustava. Nužnost poštivanja ove postupovne garancije jedan je od uzroka nepromijenjene trajne preopterećenosti Europskog suda,⁶ pa se zbog takve pomalo paradoksalne situacije javila bojazan da će se i sam Europski sud pretvoriti u negaciju prava na suđenje u razumnom roku.⁷ Pokušaj zadržavanja i prevladavanja tog problema u granicama nacionalnog pravosudnog sustava, primjenom adekvatnih pravnih sredstava kojima bi se pospješila brzina rješavanja pojedinog slučaja i eventualno kompenzirale stranke oštećene postupkom koji je predugo trajao, pozivanjem na čl. 13. EK i pravo na djelotvorno pravno sredstvo u svrhu zaštite konvencijskih prava, u komparativnim rješenjima nacionalnih pravosudnih sustava odjeknuo je izborom različitih pravnih sredstva i njihovom manje-više nejednakom djelotvornošću.

Ideja za nastanak ovog rada proizašla je iz naziva neostvarenog njemačkog modela zaštite za suđenje u razumnom roku, tzv. *Untätigkeitsbeschwerde*,⁸ odnosno žalbe zbog nedjelovanja suda koja može biti i posljedica nedjelovanja i

¹ Evaluacijski kriteriji prema Izvješću o učinkovitosti i kvaliteti pravosuđa Europske komisije za učinkovitost pravosuđa (*European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ*) iz 2008. (podaci za 2006.) obuhvaćaju pristup sudu, organizaciju i aktivnost sudova, alternativne oblike rješavanja predmeta, pravični postupak, suce i sudsko osoblje, državne odvjetnike, odvjetnike, notare i ovrhu sudskih odluka, <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/>, u nastavku: Izvješće CEPEJ-a iz 2008.

² Vidi *Uzelac, Alan*, Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba funkcioniranja europskih pravosudnih sustava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 55:3-4/2005., str. 1101.-1136.

³ *Fair trial*.

⁴ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, MU br. 6/99., 8/99.), u nastavku: EK.

⁵ *Grabenwarter, Christoph*, Europäische Menschenrechtskonvention, C. H. Beck, München, 2008., str. 343.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Brkić, Snežana*, Povreda prava na suđenje u razumnom roku u Republici Srbiji, Pravni život, 13/2008., V. dio, str. 213.

⁸ Nacrt zakona o pravnom sredstvu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku od 22. kolovoza 2005. (Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zügiges gerichtliches Verfahren – Untätigkeitsbeschwerdengesetz, <http://www.rivsgbnrw.de/gesetze/untatigkeitsbeschwerde.pdf>) nije usvojen.

neučinkovitosti pojedinog suca.⁹ Potaknuti zbivanjima u njemačkoj legislativi i doktrini pokušat ćemo najprije skicirati šire okvire pojedinih nacionalnih sustava u kojima se odvija borba za vremenski djelotvornije, ekonomičnije i uspješnije pravosuđe, a potom problem rasvijetliti iz perspektive (ne)djelovanja suca i različitih oblika njegove odgovornosti. Konačno, komparacija bi trebala prikazati moguće modele, njihove prednosti i nedostatke te dati odgovor postoje li i kakvi su instrumenti kontrole sučeve djelatnosti, tko je ovlašten podnijeti pravno sredstvo zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, a tko pritužbu protiv neprofesionalnog i neučinkovitog suca te u kakvom je odnosu pravno sredstvo radi ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku s individualnom odgovornošću suca za zakonito i pravilno postupanje. S obzirom na tradicionalnu pripadnost Hrvatske germanskom pravnom krugu, komparativna analiza temelji se na usporedbi austrijskih, njemačkih i hrvatskih rješenja.

2. Donošenje odluke u razumnom roku kao mjerilo učinkovitosti pravosudnog sustava

Poteškoće u ostvarivanju pravodobne i djelotvorne pravne zaštite prestale su biti boljka samo nekih nacionalnih pravosudnih sustava i vremenom su se pretvorile u sveprisutni bauk koji je zahvatio gotovo cijelu Europu. I dok se u nekim zemljama taj problem očituje kao neprijatelj broj jedan nacionalnog pravosudnog sustava i sveopća zapreka u njegovom redovitom djelovanju,¹⁰ u drugima se ozbiljno razmišlja o instrumentima što učinkovitije zaštite građana od nedjelotvornosti pravosudne vlasti¹¹ i poduzimaju odlučni koraci u tom pravcu.¹² Moguće je da se dugotrajni postupci pojavljuju tek kao pojedinačni ekscesi u inače urednom i pravovremenom djelovanju pravosudnog sustava,¹³ ali latentna opasnost porasta takvih slučajeva zahtijeva pravovremeno iznalaženje djelotvornih instrumenata u svrhu ostvarivanja prava na pravnu zaštitu i suđenje u razumnom roku.

Težina problema izrazita je u pravosudnim sustavima koji pokazuju opću nesposobnost da udovolje zahtjevu za suđenje u razumnom roku. Takvim bi se mogao smatrati i pravosudni sustav Republike Hrvatske koji i unatoč postojanju

⁹ Vidi *Kroppenberg, Inge*, *Rechtsschutz gegen den untätigen Zivilrichter*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 119, 2/2006., str. 177.-198.

¹⁰ Broj dana koji bi sudu u prvostupanjskim građanskim parničnim postupcima hipotetički trebali da razriješi svoje zaostatke pod pretpostavkom da ne prima nove predmete u Italiji iznosi 507, u Sloveniji 531, Hrvatskoj 537 i Bosni i Hercegovini 701. Ovaj pokazatelj primijenjen u ovršnim postupcima u Bosni i Hercegovini iznosi 2313, Makedoniji 1291, Portugalu 1275, Italiji 465 i Crnoj Gori 370 dana. Izvješće CEPEJ-a iz 2008., str. 146.-147.

¹¹ Njemačka projektom žalbe protiv neučinkovitosti, vidi bilj. 8.

¹² Austrija je nedavnom izmjenom Ustava (Bundesgesetz v 5. 1. 2008. mit dem B-VG geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl 2008/2.) pučkim pravobraniteljima (*Völkersanwaltschaft*) prenijela ozbiljne ovlasti prema kojima su oni u ograničenoj mjeri ovlašteni kontrolirati sudove (čl. 148.a i 148.c BV-G).

¹³ *G. protiv Njemačke* br. 66491/01 od 5. listopada. 2006. u kojem je postupak trajao 28 godina i 11 mjeseci.

djelotvornog pravnog sredstva za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku u vidu ustavne tužbe, kakvom se nakon izmjena koje je donio Ustavni Zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 2002.¹⁴ ona u pravilu smatrala,¹⁵ jednostavno ne uspijeva pronaći izlaz iz postojeće situacije. Novi instrumenti zaštite prava na suđenje u razumnom roku koje propisuje Zakon o sudovima¹⁶ rasterećuju i oslobađaju Ustavni sud smrtonosnog zagrljaja zahtjeva za suđenje u razumnom roku, ali istovremeno prijete zagušiti djelatnost nekih drugih državnih sudova.¹⁷ Hrvatska, koja čeka u predvorju Europske unije neprestano se proziva zbog nedjelotvornosti pravosuđa, korumpiranosti i upletenosti visokih pravosudnih dužnosnika u financijske i političke skandale.¹⁸

Nasuprot tomu, evaluacijski kriteriji ne pokazuju tako lošu sliku hrvatskog pravosuđa. U Hrvatskoj proračunska sredstva za sudove, državno odvjetništvo i pravnu pomoć,¹⁹ iznose 54 EUR po stanovniku, pa se Hrvatska nalazi negdje na sredini ljestvice koju sačinjava četrdesetak europskih zemalja. Time je ona znatno odmakla nekim zemljama bivše Jugoslavije kao što su Crna Gora (17 EUR) i Bosna i Hercegovina (22 EUR). Ipak, zaostaje za Slovenijom (76 EUR), koja kao i Hrvatska ima problema s dugotrajnošću građanskih parničnih postupaka. Stavljanjem u odnos izdvajanja za sudski proračun i prihoda po stanovniku proizlazi da se u Hrvatskoj za pravosuđe izdvaja 0,76%, u Bosni i Hercegovini 0,85%, Crnoj Gori 0,59%, pa se ove zemlje nalaze na samom vrhu tablice iznad svih ostalih europskih zemalja.²⁰

¹⁴ Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (Narodne novine br. 49/02.), u nastavku UZUS 02.

¹⁵ U postupcima *Slaviček protiv Hrvatske* br. 20862/02 od 4. srpnja 2002. i *Nogolica protiv Hrvatske* br. 77784/01 od 5. rujna 2002. Europski sud za ljudska prava utvrdio je da je ustavna tužba iz čl. 63. UZUS-a 02 djelotvorno pravno sredstvo.

¹⁶ Zakonom o sudovima (Narodne novine br. 150/05., 16/07., 113/08.), u nastavku: ZS, kao novi instrument za donošenje odluke u razumnom roku uvodi se zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (čl. 27.-28.).

¹⁷ Prema postojećim rješenjima velik broj predmeta zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku pripast će u nadležnost Vrhovnog suda. Tako će Vrhovni sud kao viša instanca biti nadležan za zahtjeve protiv postupaka koji su u tijeku pred županijskim sudom, ali i za zahtjeve u odnosu na postupak koji je u tijeku pred Visokim trgovačkim sudom RH, Visokim prekršajnim sudom RH i Upravnim sudom RH (čl. 27. st. 2. ZS). Osim toga, Vrhovni sud nadležan je odlučivati i o žalbama protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu suđenja u razumnom roku (čl. 28. st. 3. ZS).

¹⁸ Ministar pravosuđa Ivan Šimonović u prosincu 2008. razriješio je dužnosti predsjednika Visokog trgovačkog suda RH Srđana Šimca, predsjednicu Trgovačkog suda u Zagrebu Nevenku Marković i predsjednika Općinskog suda u Belom Manastiru Zlatka Kajtara zbog utvrđenih nepravilnosti u radu. Predsjednik Visokog Trgovačkog suda RH razriješen je dužnosti zbog nekih propusta i nedostatka u vođenju knjiga upisnika. Predsjednica Trgovačkog suda u Zagrebu razriješena je dužnosti predsjednice suda zato što je pravosudna inspekcija Ministarstva pravosuđa obavljenim nadzorom poslova sudske uprave utvrdila da je Trgovački sud u Zagrebu u razdoblju od srpnja 2006. primio četiri donacije od različitih trgovačkih društava, iako su takve donacije u suprotnosti s čl. 151. ZS-a. Konačno, predsjednik Općinskog suda u Belom Manastiru Zlatko Kajtar razriješen je dužnosti zbog propusta u financijskom poslovanju suda i nezakonitom trošenju sredstava suda, <http://www.javno.hr> od 22. 12. 2008.

¹⁹ *Courts, prosecution and legal aid.*

²⁰ Izvješće CEPEJ-a iz 2008., str. 42. i 43.

Hrvatska se odnosu na ostale europske pravosudne sustave ističe i vrlo velikim brojem sudaca. Prema podacima za 2006. godinu ukupan broj sudaca u Hrvatskoj je 1924, od čega je 265 predsjednika sudova (koji u sudovima s više od 20 sudaca obavljaju samo poslove sudske uprave) i 300 istražnih sudaca. Prema broju sudaca na 100.000 stanovnika ispred Hrvatske (43) nalazi se samo Slovenija (50) i Monako (54).²¹ Pored toga, u sudovima u Hrvatskoj uposlano je 7168 službenika i namještenika te administrativnog i tehničkog osoblja. Njihov ukupan broj u odnosu na 100.000 stanovnika smješta Hrvatsku na sam europski vrh (161). Čini se da je praksa upošljavanja u sudovima velikog broja osoba koje nisu suci naslijeđena iz bivšeg jugoslavenskog sustava, jer se iza Hrvatske nalaze ostale zemlje bivše Jugoslavije Srbija (144), Crna Gora (140), Slovenija (135) i Makedonija (101). Međutim, zanimljivo je da je u Bosni i Hercegovini taj broj znatno manji (67).²²

Nakon što smo iznijeli podatke o nekim, tek okvirnim pokazateljima koji bi mogli utjecati na duljinu trajanja postupka, ne možemo ne upitati se kako je moguće da Hrvatska koja izdvaja značajna sredstva za učinkovito funkcioniranje pravosuđa i u europskim okvirima prednjači po brojnosti sudaca i sudskog osoblja ima gotovo 1.600.000 neriješenih predmeta od kojih oko 30% čine predmeti koji čekaju na rješavanje 15, 20, pa čak i 30 godina?²³ Iako se stanje u međuvremenu dijelom saniralo,²⁴ na hrvatskim sudovima je i dalje teret velike odgovornosti u pružanju brze i učinkovite pravne zaštite građanima, ali i u funkcioniranju pravne države uopće. Neki autori nas ipak upozoravaju da se treba čuvati pretjeranog optimizma jer je broj neriješenih predmeta i nadalje visok, jer je riješeno ono što je bilo najlakše riješiti i konačno i najvažnije – da nisu otklonjene strukturalne zapreke u društvu i pravosuđu koje su generirale pojavu velikih sudskih zaostataka.²⁵

Poteškoće vezane uz ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku jačim ili slabijim intenzitetom potresaju i tradicionalno djelotvorne germanske sustave. Stoga će sljedeća zadaća rada biti ne samo iznijeti osnovne odrednice razumnog roka, nego i oslikati stanje u austrijskom, njemačkom i hrvatskom pravosuđu u svezi s pravnim sredstvom građana radi ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku.

2.1. Razumni rok

Zahtjev za suđenje u razumnom roku samo je jedan od zahtjeva koji može biti u suprotnosti s drugim zahtjevima pravičnog suđenja. Primjerice, pravo stranaka

²¹ Izvješće CEPEJ-a iz 2008., str. 106.-109.

²² Izvješće CEPEJ-a iz 2008., str. 116.-118.

²³ Radolović, Aldo, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost (pre)skupa avantura ili utopija?, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 29:1/2008., str. 277.-278.

²⁴ Prema Statističkom pregledu Ministarstva pravosuđa RH od travnja 2008. utvrđeno je da broj neriješenih predmeta za 2007. iznosio 969.100 predmeta.

²⁵ Radolović, op. cit. (bilj. 23), str. 279.

da budu saslušane redovito doprinosi produljenju postupka. Stoga je zadaća svakog uspješnog postupovnog zakonika pronaći razumni kompromis između ovih suprotnih postupovnih principa.²⁶ Efikasnost pravosuđa u užem smislu koja bi značila sposobnost proizvodnja što većeg broja odluka, procesuiranje što većeg broja predmeta, vođenje postupaka u što kraćem roku ili, pak, što manju cijenu pravosuđa ne mora nužno doprinositi njegovoj ukupnoj kvaliteti.²⁷ Ipak, pravilno shvaćeno i umjereno praćeno ubrzanje postupka ne mora i ne smije bezuvjetno kontrastirati s kvalitetom postupka, tj. donošenjem pravilne odluke.²⁸

Razumni rok je pravni standard čija primjena ovisi o nizu konkretnih okolnosti svakog pojedinog slučaja. U izgradnji stajališta o tomu je li postupak okončan u razumnom roku veliku ulogu imaju praksa Europskog suda i praksa domaćih nacionalnih sudova,²⁹ prema kojima kriteriji pomoću kojih se određuje je li odluka donesena u razumnom roku obuhvaćaju značaj stvari za podnositelja zahtjeva, složenost slučaja, ponašanje podnositelja zahtjeva i državnih tijela.³⁰ No i usprkos načelne neodređenosti razumnog roka za duljinu trajanja pojedinog postupka, stidljivo se probijaju procjene koliko bi najdulje smio trajati postupak u cijelosti^{31, 32, 33} ili njegovi pojedini stadiji.³⁴ Pravnorelevantno razdoblje u građanskim postupcima računa se od podnošenja tužbe, pa sve do pravomoćnosti odluke donesene u posljednjoj instanci.³⁵ Smatra se da u period trajanja postupka treba uračunati i vrijeme potrebno za ovrhu.³⁶ U zemljama u kojima je EK stupila na snagu nakon što je postupak pokrenut, Europski sud ispituje samo razdoblje koje spada u njegovu nadležnost,³⁷ uzimajući u obzir i stanje predmeta

²⁶ *Schoibl, Norbert A.*, Der Fristsetzungsantrag im österreichischen Zivilverfahrensrecht als Beschwerde gegen unzumutbare Verfahrensverzögerungen, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 118, 2/2005., str. 207.

²⁷ *Uzelac*, op. cit. (bilj. 2), str. 1110.

²⁸ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 207.-208.

²⁹ U Hrvatskoj značajnu ulogu u tom smislu ima Ustavni sud. Međutim, nakon donošenja ZS-a relevantna je i praksa Vrhovnog suda i drugih sudova koji odlučuju u povodu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

³⁰ *Grabenwarter*, op. cit. (bilj. 5), str. 344.-345.

³¹ Prema *Pečeku* iz ustaljene prakse Ustavnog suda proizlazi da bi postupak trebao biti okončan u roku od 3 godine, a ako bi trajao u dva stupnja, svaki stupanj trebao bi trajati maksimalno 3 godine. *Peček, Robert*, Pravo na pravično suđenje u razumnom roku, *Informer*, br. 5426 od 8. ožujka 2006.

³² Iz općeg pregleda prakse Europskog suda proizlazi da bi postupke koji traju dulje od 5 godina mogli samo u rijetkim slučajevima i u okvirima posebnih okolnosti smatrati postupcima čija je duljina trajanja primjerena. *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 210.

³³ Prema *Mastiloviću* taj rok nije duži od 6 godina u prvostupanjskom postupku, odnosno tri godine ako se radi o žalbenom postupku. *Mastilović, Blagoje*, Neka zapažanja u primjeni zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, *Hrvatska pravna revija*, 2/2008., str. 5.

³⁴ Prijedlog trajanja pojedinih postupovnih stadija dao je *Radolović*. Prema njemu u Hrvatskoj bi prvostupanjski postupak trebao trajati 1 godinu, žalbeni postupak 6 mjeseci, revizija 3 mjeseca i ovrha 3 mjeseca, tj. ukupno 2 godine. *Radolović*, op. cit. (bilj. 23), str. 283.

³⁵ *Grabenwarter*, op. cit. (bilj. 5), str. 343.-344.

³⁶ Cf. *ibid.*, 344.

³⁷ U Hrvatskoj je EK stupila na snagu 5. studenog 1997., a u Srbiji 3. ožujka 2004.

na taj dan, odnosno koliko je postupak trajao do podnošenja zahtjeva za suđenje u razumnom roku.

Izgleda da se u određivanju pravnorelevantnog razdoblja za izračunavanje duljine trajanja postupka praksa sudova u Hrvatskoj udaljila od uobičajenih standarda. Tako je sveprisutna tendencija skraćivanja duljine trajanja postupka koju domaći sudovi obrazlažu često neutemeljenim argumentima. Naime, u određivanju duljine trajanja postupka domaći sudovi se, poput Europskog suda, pozivaju na moment stupanja EK na snagu, a ne na trenutak podnošenja tužbe sudu čime znatno skraćuju duljinu trajanja postupka.³⁸ Ako je zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku tijekom postupka bio usvojen, pa se nakon toga podnese novi zahtjev, vrijeme trajanja postupka izračunava se od trenutka usvajanja prethodnog zahtjeva.³⁹ Zahtjev za donošenje odluke u razumnom roku, podnesen u ovršnom postupku, računa se od trenutka podnošenja prijedloga za ovrhu.^{40,41} Zahtjev je neosnovan, ako je postupak okončan prije nego što je zahtjev podnesen.⁴²

U stvarima koje imaju posebno značenje za podnositelja zahtjeva, povreda prava na suđenje u razumnom roku može nastupiti i u kraćem vremenskom razdoblju. Tako su posebno osjetljivi predmeti koji se tiču djece, radnog odnosa, starijih osoba (rente). U skladu s tim suđeno je da je predugo trajao postupak o kontaktima roditelja i djeteta u trajanju od 5 godina i 5 mjeseci nakon što je redovni postupak protekao u roku od 11 mjeseci, jer Savezni Ustavni sud⁴³ odluku nije donio očekujući izmjenu zakona.⁴⁴ Isto tako predugo je trajao trostupanjski postupak skrbi u trajanju od 4 godine i 10 mjeseci, jer je prvostupanjski postupak trajao 3 godine i 10 mjeseci.⁴⁵ Neprimjeren je rok od skoro 2 godine u dvostupanjskom postupku skrbi uzevši u obzir složenost slučaja (sudjelovanje vještaka, sumnja na zlostavljanje djeteta) i obvezu sudova da u tim postupcima postupaju s posebnom brižljivošću.⁴⁶

Predugo je trajao i trostupanjski postupak u svezi s otkazom rada od 3 godine i 7 mjeseci, a s obzirom na značenje ponovljenog otkaza za tijek poslovne karijere.⁴⁷ Postupak radi temeljnog značenja mirovine predugo je trajao jer je duljina trajanja postupka od 12 godina uključivši 4 instance uistinu neprimjeren, neovisno o

³⁸ Rješenje Vrhovnog suda RH Gzp. 341/06-5 od 22. svibnja 2007.

³⁹ Rješenje Vrhovnog suda RH Gzp. 157/07-4 od 18. rujna 2007.

⁴⁰ Rješenje Vrhovnog suda RH Gzp. 283/06-5 od 28. svibnja 2007.

⁴¹ U nekim presudama Europskog suda koji su zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku donesene protiv Srbije Europski sud je uzeo u obzir duljinu trajanja ovršnih postupaka. Vidi *Bulović protiv Srbije* br.14145/04 od 1. travnja 2008., *V.A.M. protiv Srbije* br.39177/05 od 13. ožujka 2007., *Brkić*, op. cit. (bilj. 7), str. 213.

⁴² Rješenje Vrhovnog suda RH Gzp. 514/07-2 od 26. rujna 2007.

⁴³ Bundesverfassungsgericht, u nastavku: BVerfG.

⁴⁴ *Niederböster protiv Njemačke* br. 39547/98 od 27. veljače 2003.

⁴⁵ *Marsalek protiv Češke* br. 8153/04 od 4. travnja 2006.

⁴⁶ *Remmo protiv Njemačke* br. 5496/04 od 20. ožujka 2007.

⁴⁷ *Delgado protiv Francuske* br. 38437/97 od 14. studenog 2000.

složenom činjeničnom stanju, saslušanju različitih eksperata i četverogodišnjem prekidu postupka s kojim je podnositeljica zahtjeva bila suglasna.⁴⁸

Iz zahtjeva za donošenje odluke u razumnom roku proizlazi obveza države da pravosudni sustav organizira na način da postupak može okončati u razumnom roku. Istovremeno, pozivanje na opterećenost pojedinih sudova ili pravosudnih grana Europski sud prihvaća samo za određeni vremenski period. Kronična opterećenost sudova znači prihvaćanje povrede organizacijske obveze države i u pojedinim slučajevima povredu zahtjeva za donošenje odluke u razumnom roku.⁴⁹

2.2. Djelotvorno pravno sredstvo za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku

Polazeći od pravila da svatko čija su prava i slobode priznata u EK-u povrijeđena ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom, čak i slučaju kada su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu (čl. 13. EK), izvodi se zaključak da bi zemlje potpisnice EK trebale osigurati sve potrebne uvjete za primjenu djelotvornih pravnih sredstava radi ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku. U prvom redu mislilo se na postojanje određene nacionalne instance, koja može biti sud, Ustavni sud ili neko drugo neovisno i nepristrano tijelo,⁵⁰ a koja bi u postupcima pokrenutim zahtjevom za suđenje u razumnom roku mogla odlučivati. Pored toga, nužno je postojanje djelotvornog pravnog sredstva čija se djelotvornost prosuđuje u ovisnosti o primjerenosti i dostupnosti pravnog sredstva. Pri tom će jedan od odlučujućih kriterija biti trajanje samog postupka u povodu zahtjeva, jer će pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u slučaju neprimjerenog trajanja postupka i samo biti neprimjerenost.⁵¹

Kako se uspješnost vlastitih pravnih sredstava usmjerenih na ostvarivanje ovih ciljeva može procjenjivati samo usporedbom s pravnim sredstvima drugih nacionalnih sustava, izvršit ćemo analizu ovih sredstava u Austriji, Njemačkoj i Hrvatskoj. Pri tom ćemo nastojati pružiti i povijesnu perspektivu razvoja pravnih sredstava za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku, jer ona prikazuje idejni i praktični tijek njihova razvoja, ali ukazuje i na potrebe i probleme nacionalnog pravosuđa u određenom vremenskom razdoblju.

2.2.1. Austrija

Nakon donošenja Novele o proširenju vrijednosti iz 1989.⁵² sudionicima građanskog i kaznenog postupka u Austriji stajao je na raspolaganju više pre-

⁴⁸ *Laudon protiv Njemačke*, br. 14635/03 od 26. travnja 2007.

⁴⁹ *Grabenwarter*, op. cit. (bilj. 5), str. 346.

⁵⁰ Cf. *ibid.*, str. 395.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Erweiterten Wertgrenzen-Novelle (BGBl 1989/343)*, u nastavku: WGN 1989.

ventivan nego reparativan i djelotvoran instrumentarij koji je nudio zahtjev za utvrđenje roka (*Fristsetzungsantrag*) prema § 91. Zakona o organizaciji sudova.⁵³ Prema toj odredbi ako je sud odugovlačio sa zakazivanjem i provedbom ročišta ili rasprave, pribavljanjem nalaza i mišljenja vještaka ili izradom odluke, stranka je uvijek mogla podnijeti zahtjev sudu pred kojim je postupak u tijeku i nakon toga višem sudu, koji je mogao odrediti primjereni rok za poduzimanje postupovne radnje, te je izuzev u slučaju propisanom st. 2. trebao zahtjev i svoje stajalište proslijediti nižem sudu. Međutim, ako je sud proveo sve u zahtjevu navedene radnje u roku od 4 mjeseca od dospijeća zahtjeva i o tomu obavijestio stranku, smatrat će se da je zahtjev povučen, osim ako stranka u roku od 14 dana nakon dostave obavještenja ne izjavi da ostaje pri zahtjevu. Odluku o zahtjevu prema st. 1. u hitnom postupku donosi viši sud u sastavu od trojice drugostupanjskih sudaca od kojih jedan predsjedava; ako sud nije odugovlačio, zahtjev će se odbiti. Odluka je nepobojna.⁵⁴

Jedan od prigovora koji se zahtjevu za određenje roka može uputiti je da se odnosi samo na pojedine postupovne stadije (ročišta ili raspravu) ili radnje (pribavljanje nalaza i mišljenja vještaka, izrada odluke) te da nije pravno sredstvo kojim je obuhvaćen cjelokupni postupak.⁵⁵ Naime, s obzirom na to da se stranke sudu mogu obratiti zahtjevom za određenje roka samo ako se zakašnjenje tiče nekog procesnog stadija ili neke procesne radnje, u Austriji nedostaje pravno sredstvo koje bi se podnosilo protiv nerazumno dugog postupka u cijelosti. Osim toga, prema § 91. GOG nema ni djelotvornog pravnog sredstva protiv potencijalnog odugovlačenja drugostupanjskih sudova, kao što je npr. Zemaljski sud (*Landesgericht*)⁵⁶ u postupku zbog smetanja posjeda ili postupcima čija vrijednost ne prelazi 4000 EUR. Zahtjev se ne može podnijeti ni u slučaju odugovlačenja Najvišeg (Vrhovnog) suda (*Oberste Gerichtshof*)^{57,58} pa je dvojbeno sveobuhvatna “djelotvornost” ovog pravnog sredstva kojeg je

⁵³ Gerichtsorganisationsgesetz (RGG 1896/217), u nastavku: GOG.

⁵⁴ (1) Ist ein Gericht mit der Vornahme einer Verfahrenshandlung, etwa der Anberaumung oder Durchführung einer Tagsatzung oder Verhandlung, der Einholung eines Sachverständigengutachtens oder der Ausfertigung einer Entscheidung säumig, so kann eine Partei stets bei diesem Gericht den an den übergeordneten Gerichtshof gerichteten Antrag stellen, er möge dem Gericht für die Vornahme der Verfahrenshandlung eine angemessene Frist setzen; außer im Fall des Abs. 2 hat das Gericht diesen Antrag mit seiner Stellungnahme dem übergeordneten Gericht sofort vorzulegen.

(2) Führt das Gericht alle im Antrag genannten Verfahrenshandlungen binnen vier Wochen nach dessen Einlagen durch und verständigt es hievon die Partei, so gilt der Antrag als zurückgezogen, wenn nicht die Partei binnen vierzehn Tagen nach Zustellung der Verständigung erklärt, ihren Antrag aufrechtzuerhalten.

(3) Die Entscheidung über den Antrag nach Abs. 1 hat der übergeordnete Gerichtshof durch einen Senat von drei Berufsrichtern, von denen einer den Vorsitz zu führen hat, mit besonderer Beschleunigung zu fällen; liegt keine Säumnis des Gerichtes vor, so ist der Antrag abzuweisen. Die Entscheidung ist unanfechtbar (§ 91. GOG).

⁵⁵ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 216.

⁵⁶ *Landesgericht*, u nastavku: LG.

⁵⁷ *Obersten Gerichtshof*, u nastavku: OGH.

⁵⁸ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 223.

kao takvog u svojim novijim odlukama odredio Europski sud.⁵⁹ Jer ako stranke nemaju mogućnost podnijeti pravni lijek protiv pojedinih sudskih instanci, taj pravni lijek ne može biti u potpunosti djelotvoran.

Europski sud predmet može razmatrati samo nakon što su iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva, pa je u presudi *Tuma protiv Austrije*⁶⁰ zauzeo stajalište da je § 91. GOG djelotvorno domaće pravno sredstvo prema čl. 35. st. 1. EK i da je podnositelj zahtjeva zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, postupka koji je do odluke OGH-a trajao 10 godina, najprije trebao podnijeti zahtjev za određenje roka prema § 91. GOG, jer je on u okvirima domaćeg pravnog sustava predviđen kao pravno sredstvo kojim se može otkloniti odugovlačenja u pribavljanju nalaza i mišljenja vještaka, a koje je u konkretnom postupku trajalo 6 godina. Stoga je zbog neiscrpljenosti domaćih pravnih sredstava zahtjev podnesen Europskom sudu bio odbačen.

Zahtjev za utvrđenje roka nije vezan rokom, a u pogledu forme dovoljno je da ispunjava opće pretpostavke, odnosno da sadrži određeni zahtjev i pozove se na razloge na kojima se zasniva.⁶¹ Podnositelj zahtjeva za utvrđenje roka može biti podnositelj zahtjeva, tužitelj, tuženik i umješlač. U izvanparničnom postupku, bit će to svaka osoba koja ima položaj stranke. U aktualnoj pravosudnopolitičkoj diskusiji iz redova sudaca proizašao je prijedlog da aktivnu legitimaciju za podnošenje zahtjeva za određenja roka prema § 91. GOG treba proširiti i na predsjednike zemaljskih sudova (LG), visokih zemaljskih sudova (*Oberlandesgericht*)⁶² i predstojnike prvostupajskih sudova⁶³ jer se smatra da se stranke ne služe zahtjevom u mjeri u kojoj je on dopušten, želeći izbjeći stvaranje napete atmosfere i izložiti se riziku gubitka postupka, a s obzirom na to da se zahtjev u praksi često iskazao kao "tupo oružje". Takav prijedlog pozitivno je prihvaćen i u Ministarstvu pravosuđa.⁶⁴

Zahtjev se podnosi sudu potencijalno odgovornom za odugovlačenje, jer bi on mogao ispraviti pogrešku, odnosno izvršiti radnju koju stranka zahtjeva, u roku od četiri tjedna, nakon čega bi se smatralo da zahtjev nije bio ni podnesen. Podnese li stranka zahtjev višem sudu, on će zahtjev proslijediti nižem sudu.

Međutim, stranka ima mogućnost da i nakon što je sud potencijalno odgovoran za odugovlačenje izvršio radnju u roku od četiri tjedna, zadrži pravo da zahtjev podnese višem sudu, o čemu može odlučiti u roku od 14 dana od primitke obavijesti nižeg suda da je radnja izvršena. To bi, primjerice bilo opravdano kada niži sud radnju ne bi izvršio u potpunosti. Ali, ako bi stranka

⁵⁹ *Holzinger br. 1 protiv Austrije* br. 23459/94 od 30. siječnja 2001., *Holzinger br. 2 protiv Austrije* br. 28898/95 od 30. siječnja 2001., *Graf protiv Austrije* br. 72594/01 od 3. lipnja 2003., *Löffler br. 2 protiv Austrije* br. 72159/01 od 4. ožujka 2004., *Wohlmeyer Bau GmbH protiv Austrije* br. 20077/02 od 8. srpnja 2004.

⁶⁰ *Tuma protiv Austrije* br. 32942/03 od 24. svibnja 2007.

⁶¹ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 219.

⁶² *Oberlandesgericht*, u nastavku OLG.

⁶³ *Vorsteher des Bezirksgerichtes*.

⁶⁴ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 221.-222.

svoje pravo da zahtjev podnese višem sudu ostvarila, iako za to nisu bile ispunjene pretpostavke, u odnosu prema stranci mogla bi se izreći i novčana kazna zbog objijesti prema § 220. austrijskog Zakonika o civilnom procesnom redu⁶⁵ (*Mutwillensstrafe*). Naime, viši sud mora imati na raspolaganju određena sredstva protiv stranke koja bi mogla odugovlačiti postupak, jer će se u slučaju zahtjeva stranke višem sudu postupak morati prekinuti, sve dok viši sud ne odluči je li niži sud postupao pravilno, odnosno dok ne ispita postoji li kašnjenje i je li radnja izvršena u cijelosti. Ako utvrdi da je niži sud postupao korektno te da stranka nije imala razloga za podnošenje zahtjeva višem sudu stoji na raspolaganju izricanje novčane kazne.⁶⁶

Podaci o učestalosti primjene zahtjeva za određenje roka u praksi austrijskih sudova ne odražavaju objektivnu situaciju, s obzirom na to da ne postoje podaci o tome koliko često je zahtjev podnesen sudovima koji su potencijalno bili odgovorni za odugovlačenje, odnosno zato što se u slučaju da je zahtjevu bilo udovoljeno smatralo da je povučen. Oni se odnose samo na zahtjeve upućene višim sudovima (LG-u, OLG-u i OGH-u), a prema registru za zahtjeve za određenje roka u građanskim stvarima u okviru informacijskog sustava Saveznog ministarstva pravosuđa (BIS-Justiz) 1995.-119, 1996.-86, 1997.-110, 1998.-123, 2000.-161, 2001.-141, 2002.-113, 2003.-151.⁶⁷

Ako pak viši sud u povodu zahtjeva za određenje roka prema § 91. GOG utvrdi da je zahtjev osnovan, odnosno da postoji odugovlačenje potencijalno odgovornog nižeg suda, on može odrediti rok u kojem se ta radnja ima izvršiti. Naravno da će određenje roka biti smisleno samo ako radnja još nije izvršena u cijelosti ili jednom dijelu. Prema stavovima izraženim u praksi nekih viših sudova i nekih autora određenje roka ne mora uslijediti automatski, čim sud utvrdi odugovlačenje nižeg suda, već viši sud mora ispitati može li “određenje primjerenog roka za provođenje radnje čije je izvođenje izostalo uopće predstavljati primjerenost sredstvo za otklanjanje odugovlačenja”.⁶⁸ Ipak smatra se da bi stranka u tom slučaju ostala bez pravne zaštite koja joj pripada, jer kako bi se svrha postupka za utvrđenje roka u kojem se radnja treba izvršiti mogla ostvariti ako ne određenjem roka u kojem se radnja ima izvršiti. Ključno je da u slučaju da niži sud ne postupi prema odluci višeg suda o zahtjevu za određenje roka, postojeći zakonski okvir ne predviđa nikakvu sankciju. Kao izlaz iz situacije moguće su samo disciplinske mjere.⁶⁹ Protiv odluke o zahtjevu za određenje roka pravni lijek nije dopušten.

Iako je Europski sud zauzeo stav da je zahtjev za određenje roka prema § 91. GOG djelotvorno domaće pravno sredstvo za otklanjanje neučinkovitosti sudova, ono pokazuje neke strukturalne manjkavosti. Prije svega, zahtjev nije cjelovit jer su njime obuhvaćene samo neke procesne radnje i stadiji. Stoga se on

⁶⁵ Zivilprozessordnung (RGrBl 1895/113), u nastavku: öZPO.

⁶⁶ Najviši iznos novčane kazne zbog objijesti ne smije prijeći 2900 EUR (§ 220. st. 1. öZPO).

⁶⁷ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 219.

⁶⁸ Cf. *ibid.*, str. 235.-236.

⁶⁹ Cf. *ibid.*, str. 236.

ne podnosi zbog odugovlačenja postupka, već zbog odugovlačenja s pojedinom procesnom radnjom ili ročištem. Istovremeno, kako se nakon okončanja postupka ne bi moglo tražiti određivanje roka za poduzimanje procesne radnje ili određivanja ročišta, to bi značilo da se zahtjev ne može podnijeti protiv okončanog postupka koji je predugo trajao, što bi bilo u suprotnosti s praksom Europskog suda jer nije presudno je li postupak u tijeku, već je li žrtva pretrpjela povredu prava utvrđenog Konvencijom (čl. 34. EK).⁷⁰ Osim toga, necjelovitost zahtjeva proizlazi i iz nemogućnosti njegova podnošenja protiv nekih odluka OLG-a i svih odluka OGH-a, čime stranke gube mogućnost ostvarivanja pravne zaštite zbog odugovlačenja postupka pred nekim sudskim instancama i time dovodi u pitanje djelotvornost toga procesnopravnog instrumenta. Konačno, odluku višeg suda kojom se nižem sudu nalaže izvršenje neke procesne radnje ili provođenje ročišta ne prate nikakve sankcije. Ipak, unatoč tomu što nevelik broj zahtjeva za određenje roka ne odražava pravo stanje stvari, on ukazuje da sudovi kojima je zahtjev prvotno upućen radnje u pravilu provode u okviru roka od četiri tjedna, nakon čega se smatra da nije bio ni podnesen.

Pomalo idiličnu sliku sa zahtjevom za određenje roka prema § 91. GOG u austrijskom pravu kao da kvare neke novije izmjene saveznog Ustava⁷¹ kojima se predviđaju ozbiljne mjere koje u borbi za djelotvornije pravosuđe može poduzimati pučko pravobraniteljstvo (*Volksanwaltschaft*). O značaju ovog pitanja za austrijski pravni poredak gotovo da bi bilo neumjesno govoriti, jer je njihova inkorporacija u ustavni tekst znak nesporne važnosti, ali očito i potrebe da se to pitanje uredi iz neke druge perspektive. Radi se od dvjema novim odredbama čl. 148.a i 148.c B-VG-a prema kojima pučki pravobranitelj u ograničenom opsegu može kontrolirati sudove (čl. 148.a st. 3. B-VG). Tako je on po službenoj dužnosti ili u povodu žalbe ovlašten provesti ispitivanje u slučaju odugovlačenja suda s poduzimanjem procesnih radnji. Kao posebno kontrolno sredstvo omogućeno mu je podnošenje zahtjeva za određenje roka prema § 91. GOG i poticanje određenih mjera službene kontrole (čl. 148.c B-VG).⁷²

U izvješću pučkog pravobranitelja *Ewalda Stadlera* upućenom ministrici pravosuđa upozorava se na porast broja žalbi koje se odnose na predugo trajanje postupka. Kao razlozi za takvo stanje navode se višemjesečna izrada nalaza i mišljenja vještaka, preopterećenost sudova uzrokovana bolešću pojedinih sudaca ili *Rechtspflegera*, zatim izmjena sudaca nastala spajanjem prvostupanjskih sudova 1. srpnja 2002. Bilježe se slučajevi u kojima je za izradu nalaza vještaka trebalo 16 mjeseci i višemjesečnih prekida postupka. Vrlo je značajno da je nakon provedbe postupka ispitivanja pučkog pravobranitelja i utvrđivanja lošeg stanja, u pravilu uslijedilo određenje određenih mjera službene kontrole.⁷³

⁷⁰ U slučaju *Šoč protiv Hrvatske* br. 47863/99 od 9. svibnja 2003. Europski sud je utvrdio da bi odbacivanje ustavne tužbe zbog povrede razumnog roka u postupku, koji je bio okončan, značilo povredu prava na djelotvorno pravno sredstvo (čl. 13. EK).

⁷¹ Bundes-Verfassungsgesetz, (BGBl 1920/1), u nastavku: B-VG, vidi bilj. 12.

⁷² <http://www.kucsko-stadlmayer.at/docs/Neuerungen%20im%20Verfassungsrecht%202008.pdf>.

⁷³ <http://www.volksanw.gov.at/bericht/nationalrat/pb-28/htm/8.htm>.

Izgleda da je takvo stanje stvari potaknulo ustavnu izmjenu, pa se pored čl. 148.a st. 1. B-VG-a koji svakome omogućava da podnese žalbu zbog tvrdnje o lošem stanju u upravi zemalja uključujući i djelatnost tih tijela, a na koju se nositelji privatnih prava žale, ako su oni njime pogođeni i ako nemaju pravnog sredstva ili im ono više ne stoji na raspolaganju, uvodi novo pravno sredstvo koje svakome omogućava da se zbog tvrdnje o odugovlačenju suda u poduzimanju procesnih radnji obrati pučkom pravobraniteljstvu, ako je on time pogođen (čl. 148.a st. 3. B-VG). Državno pravobraniteljstvo dužno je ispitati svaku takvu žalbu i podnositelja žalbe obavijestiti o rezultatima provedenog postupka i poduzetim mjerama.⁷⁴

2.2.2. Njemačka

Tradicionalno visokoorganizirano i gotovo besprijekorno funkcionalno njemačko pravosuđe je u posljednjih nekoliko godina počelo pokazivati sve veće poteškoće vezane uz ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku. U multipliciranju nastalih poteškoća odlučnu ulogu imalo je nekoliko značajnih normativnih i pravno-političkih momenata koji su novonastalu situaciju trajno odredili i koji je (na žalost) još uvijek određuju. Iako je EK u Njemačkoj davno stupila na snagu⁷⁵ i u tom smislu predstavlja gotovo zaboravljeni, davno integrirani element njemačkog pravnog sustava,⁷⁶ iznenadna pojava sve većeg broja nerazumno dugih postupaka ponovno je reanimirala njezinu aktualnost. Rješavanje domaćih problema s postupcima koji su predugo trajali različitim domaćim instrumentima⁷⁷ koji su stajali na raspolaganju, pokazalo se nedje-

⁷⁴ (1) Jedermann kann sich bei der Volksanwaltschaft wegen behaupteter Missstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zu Verfügung steht. Jede solcher Beschwerde ist von der Volksanwaltschaft zu prüfen. Dem Beschwerdeführer sind das Ergebnis der Prüfung sowie die allenfalls getroffene Veranlassungen mitzuteilen.

(2) Die Volksanwaltschaft ist berechtigt, von ihr vermutete Missstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten von Amts wegen zu prüfen.

(3) Unbeschadet des Abs. 1. kann sich jedermann wegen behaupteter Säumnis eines Gerichtes mit der Vornahme einer Verfahrenshandlung bei der Volksanwaltschaft beschweren, sofern er davon getroffen ist. Abs. 2. gilt sinngemäß.

⁷⁵ 4. studenog 1950. potpisana je u Rimu, a 3. rujna 1953. stupila je na snagu.

⁷⁶ U Njemačkoj je EK neposredno važeće nacionalno pravo i u rangu je jednostavnog zakona; njezino ostvarivanje, kao i ostvarivanje drugih zakona u okviru Saveza, ovisit će o uvažavanju metodski dopuštenih oblika tumačenja i primjenjivanja, *Piorreck, Karl Friedrich*, Der Gesetzentwurf eines Untätigkeitsbeschwerdengesetzes ist vom Tisch – das Problem rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung aber nicht, <http://www.hefam.de/koll/pio20080628.pdf>.

⁷⁷ Ustavna žalba (*Verfassungsbeschwerde*) prema čl. 19. st. 4. njemačkog Ustava (Grundgesetz) v. 23. svibnja 1949., BGBl S 1), u nastavku: GG, nadzorna žalba (*Dienstaufsichtsbeschwerde*) prema § 26. Njemačkog zakona o sucima (Deutsches Richtergesetz v. 8. rujna 1961., BGBl I S 1665), u nastavku: DRiG, žalba zbog nečinjenja (*Untätigkeitsbeschwerde*) koja nije utemeljena na određenom zakonskom pravilu, tužba zbog naknade štete (*Schadenersatzklage*) prema § 839.

lotvornim pravnim sredstvima,⁷⁸ pa se valjalo uputiti u potragu za djelotvornim domaćim sredstvima koja bi toj svrsi mogla poslužiti. Nakon neuspjelog pokušaja Ministarstva pravosuđa Hessena,⁷⁹ uslijedio je još jedan Nacrt Zakona o žalbi zbog nečinjenja (*Untätigkeitsbeschwerde*),⁸⁰ ovaj put na saveznoj razini. Čini se da Nijemci nisu bili osobito inovativni, jer rješenja u velikoj mjeri podsjećaju na austrijski zahtjev za određenje roka prema § 91. GOG-u. Početni entuzijazam u ostvarivanju toga projekta zamijenili su kritički tonovi iz redova sudaca, kako bi se na kraju moglo samo konstatirati da do realizacije ovog projekta neće doći. U tom smislu bio je i odgovor Vlade krajem 2007. da Nacrt Zakona o žalbi zbog nečinjenja iz 2005. Vlada neće usvojiti.⁸¹

S obzirom na to da je Nacrt predstavljao središnjicu zbivanja vezanih uz pokušaj pronalaženja novog djelotvornog pravnog sredstva oko kojih su se lomila koplja odvjetnika⁸² i sudaca,⁸³ ukratko ćemo izložiti njegove osnovne ideje.

Polazeći od potrebe da se ispune zahtjevi koje nalaže EK-a, osobito čl. 13. koji zahtijeva postojanje domaćeg djelotvornog pravnog sredstva radi ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku, Nacrt predlaže žalbu zbog nečinjenja kao preventivno, postupovnopravno rješenje. Time bi građani pogođeni sudskim nedjelovanjem imali mogućnost neposredno utjecati na ubrzanje postupka. Nacrt nije obuhvatio rješenja koja bi predviđala naknadu štete, jer bi se ona prema sustavu njemačkog odštetnog prava, koji naknadu nematerijalne štete poznaje samo u iznimnim slučajevima, teško određivala.⁸⁴

Nacrt je predvidio izmjenu Zakona o uređenju sudova⁸⁵ kojom bi se u zakonski tekst unio poseban 17. odjeljak pod naslovom pravno sredstvo protiv nečinjenja. Tako bi prema § 198. st. 1. GVG-a svaka stranka ili sudionik postupka koji je u tijeku pred sudom i koji bez dostatnog razloga nije potaknut u razumnom roku imala mogućnost podnijeti žalbu protiv nečinjenja.⁸⁶ Pitanje je li ostvarenje postupka bez dostatnog razloga potaknuto u razumnom roku ili ne,

Gradanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. kolovoza 1896., RGeB S 195), u nastavku: BGB, u svezi s čl. 34. GG.

⁷⁸ Presudom *Sürmeli protiv Njemačke* br. 75529/01 od 8. lipnja 2006. Europski sud je utvrdio da niti jedno od domaćih sredstava koje u Njemačkoj stoje na raspolaganju ne ispunjava uvjet djelotvornosti u smislu čl. 13. EK, a radi ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku (čl. 6. st. 1. EK).

⁷⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde in gerichtlichen Verfahren vom August 2003. (Aktenzeichen: 3100 –II/7 – 381/03).

⁸⁰ Vidi bilj. 8.

⁸¹ Überlange Verfahren auch in Deutschland, <http://www.faz.net/print/Politik/Ueberlange-Verfahren-auch-in-Deutschland>.

⁸² Stellungnahme Nr. 48/2005 des Deutschen Anwaltsvereins.

⁸³ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, Oktober 2005., <http://www2.jura.uni-freiburg.de/institute/izpr2/Webseiten/Hauptseite/Material/WS%202007-2008/Zivilprozessrecht/Untaetigkeitsbeschwerdengesetz-RefE%20-%20Stellungnahme>, u nastavku: Stellungnahme DRB.

⁸⁴ obrazloženje Nacrta, u daljnjem tekstu: Begründung, str. 7.

⁸⁵ Gerichtsverfassungsgesetz v. 27. siječnja 1877. (RGeB S 41), u nastavku: GVG.

⁸⁶ Wird ein anhängiges gerichtliches Verfahren von dem Gericht ohne zureichenden Grund nicht in angemessener Frist gefördert, so können die Parteien oder Beteiligten Beschwerde erheben-Untätigkeitsbeschwerde (§ 198. GVG).

prosudivat će se prema okolnostima svakog pojedinog slučaja i mjerilima koje je razvio Europski sud i Ustavni sud u Njemačkoj, a u svezi s ostvarivanjem prava na suđenje u razumnom roku.⁸⁷

Žalba protiv nečinjenja podnosila bi se sudu pred kojim je postupak u tijeku, u pismenoj formi ili izjavom na zapisnik službenika pisarnice, osim ako za postupak ne bi bilo propisano zastupanje odvjetnika. Potrebno bi bilo naznačiti postupak i u st. 1. naznačene činjenice (čl. 198. st. 2. GVG),⁸⁸ a koje se tiču nerazumno dugog trajanja postupka. Ako bi sud, pred kojim je postupak u tijeku usvojio žalbu, on bi bez odgađanja, a najkasnije u roku od mjesec dana poduzeo mjere koje bi bile potrebne da se postupak okonča u primjerenom (razumnom) roku. U suprotnom, žalbu bi zajedno sa svojim očitovanjem u roku određenom st. 1. proslijedio višem sudu. O postupku u kojem instancijski postupak nije ni započet, odlučivao bi viši sud. U postupcima u kojima o građanskim sporovima u drugom stupnju odlučuju zemaljski sudovi, viši sud bio bi visoki zemaljski sud. U postupcima pred Saveznim sudom odlučivalo bi drugo vijeće toga suda (§ 198. st. 3. GVG).⁸⁹ Mjere koje bi sud pred kojim je postupak u tijeku mogao poduzeti u svrhu ubrzanja postupka obuhvaćale bi, npr. donošenje rješenja o izvođenju dokaza, zakazivanje ročišta za raspravljanje o spornoj stvari ili zakazivanje ročišta za usmenu raspravu. Iako je podnositelj žalbe i sam ovlašten predložiti mjere koje bi sud u cilju ubrzanja postupka mogao poduzeti, sud nije vezan prijedlogom podnositelja.⁹⁰

U slučaju st. 3. reč. 1. podnositelj žalbe mogao bi, u roku od dva tjedna, nakon što su mu mjere suda pred kojim je postupak u tijeku postale poznate, zahtijevati prosljeđivanje predmeta (višem) žalbenom sudu. U zahtjevu bi trebalo iznijeti zašto se ne očekuju mjere usmjerene na okončanje postupka u razumnom roku. Stavak 3. reč. 2. do 5. vrijedio bi na odgovarajući način.⁹¹

⁸⁷ Begründung, str. 10.

⁸⁸ Die Beschwerde ist bei dem Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, schriftlich oder, sofern nicht für das Verfahren die Vertretung durch einen Rechtsanwalt vorgeschrieben ist, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben. Sie muss das Verfahren bezeichnen und in Absatz 1 genannten Tatsachen darlegen (§ 198. st. 2. GVG).

⁸⁹ Hält das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, die Beschwerde für begründet, so hat es ihr abzuhelpfen, indem es unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats Maßnahmen ergreift, die den Abschluss des Verfahrens in angemessener Frist erwarten lassen. Anderenfalls legt es die Beschwerde innerhalb der in Satz 1 genannten Frist mit einer Stellungnahme zu dem Beschwerdevorbringen dem im Rechtsmittelzug nächsthöheren Gericht vor. In Verfahren, in denen ein Rechtsmittel nicht eröffnet ist, entscheidet das im Instanzenzug übergeordnete Gericht. In den vor den Landgerichten im zweiten Rechtszug verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist nächsthöheres Gericht im Sinne dieser Vorschrift das Oberlandesgericht. In Verfahren vor den obersten Bundesgerichten entscheidet ein anderer Senat des Gerichts (§ 198. st. 3. GVG).

⁹⁰ Begründung, str. 11.

⁹¹ Im Falle des Absatzes 3 Satz 1 kann der Beschwerdeführer binnen einer Frist von zwei Wochen, nachdem ihm die zur Abhilfe getroffene Maßnahme des Gerichts bekannt geworden ist, die Vorlage an das Beschwerdegericht beantragen. In dem Antrag ist darzulegen, warum die Maßnahme den Abschluss des Verfahrens in angemessener Frist nicht erwarten lässt. Absatz 3 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend (§ 198. st. 4. GVG).

Žalbeni sud odlučivao bi bez odgađanja, najkasnije u roku od mjesec dana od prosljeđivanja žalbe rješenjem koje se ne bi moglo pobijati. Ako bi žalbeni sud usvojio žalbu, trebao bi odrediti rok u kojem bi trebale uslijediti mjere koje su primjerene za okončanje postupka u razumnom roku. Rješenje bi trebalo kratko obrazložiti. Ako bi žalba bila očito neutemeljena, obrazloženje bi moglo izostati (§ 198. st. 5. GVG).⁹² Smatra se da ne bi trebalo strahovati da će zahtjevi višeg suda o tome koje se mjere imaju poduzeti biti nedjelotvorni. S jedne strane, žalbeni sud nije spriječen u obrazloženju odluke iznijeti koje mjere on smatra poticajnim. S druge strane, iz izričitog određenja 2. rečenice proizlazi da bi sudac postupak trebao razvijati na način na koji je to u svojoj odluci iznio žalbeni sud te da se ne treba zabrinjavati da sudac neće postupiti na taj način. Ne bi li sudac postupao na taj način radit će se o povredi obveza proizašlih iz službe koje mogu imati za posljedicu mjere koje se izriču u tim slučajevima, a moguće je i zahtjev za naknadu štete zbog povrede službene dužnosti.⁹³

Konačno, žalba se ne bi mogla podnijeti prije isteka roka od 6 mjeseci nakon mjere koja bi bila određena prema st. 3. reč. 1. i nakon što bi odluka žalbenog suda prema st. 5. bila obrazložena time da sud nije postupak potaknuo na način određen u st. 5. reč. 2. (§ 198. st. 6. GVG).⁹⁴ Za razliku od prvog slučaja u kojem se žalba protiv odluke suda pred kojim je postupak u tijeku ne bi mogla podnijeti prije isteka roka od 6 mjeseci, u drugom slučaju, žalba protiv odluke žalbenog suda kojom je sudu pred kojim je postupak u tijeku određen rok, u kojem se trebaju poduzeti mjere za okončanje postupka u razumnom roku, mogla bi se podnijeti i prije isteka roka od 6 mjeseci.⁹⁵

Objava Nacrta uzrokovala je buru nezadovoljstva sudaca i sudačkih udruženja koji su odredbe o pravnom sredstvu protiv nečinjenja izjednačavali s napadom na neovisnost sudaca, trudeći se da obrazlože potencijalnu učinkovitost tog pravnog sredstva protiv neučinkovitosti.

Smatra se da Njemačka u postojećim normativnim okvirima već raspolaže nizom pravnih sredstava kojima se može utjecati na ubrzanje postupka te da uvođenje novog pravnog sredstva za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku nije nužno niti opravdano. U vrlo oštrom tonu istaknuto je i da se predugo trajanje postupka ne može uglavnom tražiti u pogreškama sudaca, već u organizacijskim nedostacima i nedovoljnim kadrovskim kapacitetima njemačkih

⁹² Das Beschwerdegericht entscheidet unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Vorlage der Beschwerde durch unanfechtbaren Beschluss. Hält es die Beschwerde für begründet, so bestimmt es eine Frist, in der das vorliegende Gericht Maßnahme ergreift, die geeignet sind, das Verfahren innerhalb angemessener Frist abzuschließen. Der Beschluss soll kurz begründet werden. Ist die Beschwerde offensichtlich unbegründet, kann von einer Begründung abgesehen werden (§ 198. st. 5. GVG).

⁹³ Begründung, str. 12.

⁹⁴ Die Beschwerde kann vor Ablauf von sechs Monaten nach einer Maßnahme gemäß Absatz 3 Satz 1 nicht, nach der Entscheidung des Beschwerdegerichts gemäß Absatz 5 nur mit der Begründung erneuert erhoben werden, das Gericht habe dem Verfahren nicht gemäß Absatz 5 Satz 2 Fortgang gegeben (§ 198. st. 6. GVG).

⁹⁵ Begründung, str. 13.

sudova. Nadalje, ističe se da bi eventualno uvođenje žalbe zbog nečinjenja imalo za posljedicu ukupno produljenje postupka, te da bi za potrebe učinkovitog rješavanja o žalbama građana zbog nečinjenja trebalo angažirati nove suce. U ovlasti žalbenih sudova da određuju mjere, koje imaju provesti sudovi pred kojima je postupak u tijeku, vidi se povreda sudačke neovisnosti, a bez nje samo sredstvo za utvrđenje nečinjenja. Stoga se predlaže da se usvoje alternative koje neće zahtijevati nužno angažiranje novih sudačkih potencijala, pri čemu se prije svega misli na efikasno ostvarivanje zahtjeva za naknadu štete koju građani pretrpe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.⁹⁶

Kao učinkovit način kompenziranja u kaznenom postupku spominje se odluka koju je Veliko vijeće Saveznog suda (*Große Senat Bundesgerichtshof*) donijelo 17. siječnja 2008. prema kojoj se “prilikom izvršenja kazne mora u obzir uzeti i odugovlačenje s okončanjem postupka protivno principima pravne države, ali umjesto da se prema dosadašnjem načinu ostvarivanja to provede na način da se u presudi izrekne smanjenje kazne, odštetu za predugo trajanje postupka treba uračunati tako da se točno određeni dio odmjerene kazne smatra izvršenim”.⁹⁷

Period koji je prethodio donošenju Nacrta zakona o žalbi protiv nečinjenja i nakon njega, u njemačkoj procesnopravnoj doktrini izazvao niz nedoumica počevši od toga je li posebno pravno sredstvo protiv nečinjenja uopće moguće, radi li se o nečinjenju suca ili neučinkovitosti sustava, koja vrsta pravnog sredstva bi trebala davati najbolje rezultate i iz kojih se postupovnih osnova izvodi koncept žalbe protiv nečinjenja te treba li prednost dati pravnom sredstvu koje će biti usmjereno na ubrzanje postupka, ili na kompenzaciju, ili oboje.

Ideja za nastanak žalbe zbog nečinjenja proizašla je iz tužbe zbog nečinjenja (*Untätigkeitsklage*), kao oblika tužbe prisutnog u upravnim i financijskim postupcima. Nedjelovanje nekog tijela javne vlasti primijenjeno na okvire sudskog postupka značilo je nedjelovanje suca, odnosno kada je gledano iz perspektive stranke sam sudac nije postupao dovoljno brzo.⁹⁸ Kako je žalba protiv nečinjenja prije svega bila usmjerena na nečinjenje sudaca,⁹⁹ nije iznenadna niti kritika proizašla upravo iz njihovih redova. Dvojbe o tomu što je predmet žalbe pokušale su se prevladati i u obrazloženju Nacrta koji navodi da će se “Pitanje je li trajanje postupka primjereno, prosuđivati prema objektivnim kriterijima, odnosno da se neće raditi o skriviljenom ponašanju suca, što obrnuto znači da utvrđenje neprimjerenog trajanja nije bezuvjetno vezano uz prebacivanje krivnje na suca koji treba riješiti predmetni spor.”¹⁰⁰

⁹⁶ Stellungnahme DRB., vidi bilj. 83.

⁹⁷ GSSt 1/07=NJW 2008, 860 ff, Nr.33. u: *Piorreck*, op. cit. (bilj. 76), str. 11.

⁹⁸ “Wenn der Richter selbst nach Ansicht Partei nicht zügig genug tätig wird“, *Jakob, Dominique*, *Zulässigkeit und Zukunft der Untätigkeitsbeschwerde im Zivilprozess*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Band 119., 3/2006, str. 304.

⁹⁹ Nichtförderung in angemessener Frist ohne zureichenden Grund.

¹⁰⁰ Begründung, str. 10.

Fikcija da se s nečinjenjem u određenom vremenskom trajanju ima postupati kao s nepobojnom odlukom¹⁰¹ omogućila je konstrukciju pravnog sredstva u vidu žalbe zbog neučinkovitosti. Neovisno o obrazloženju Nacrta koji negira postojanje subjektivnog elementa i prebacivanje krivnje na suca, u doktrini se ipak smatra da u određivanju pojma nedjelovanja sudjeluje, i objektivan, i subjektivan element. Pored objektivnog elementa pobijanja kojeg bi činila odluka, subjektivan element činilo bi (ne)postupanje suca. Spajanjem (ne)postupanja suca s odlukom kao objektivnim elementom, sudac nestaje kao osoba. Pri tom uvjeti u kojima je odluka donesena nemaju nikakvog učinka.¹⁰²

Nešto konstruktivnija kritika iz perspektive procesnopravne doktrine odnosi se na određenje “nepoticanja u primjerenom roku bez dostatnog razloga”, u kojem se smatra da su pojmovi “primjereni rok” i “dostatni razlog” vrlo široko određeni te da time omogućavaju lako podnošenje žalbe. S jedne strane, to bi snižavalo motivacijski prag iskrenih, ali bezizglednih žalbi, ali bi moglo potaknuti zlouporabe i u konačnici djelovati kontraproduktivno, opteretiti više sudove i postupke do konačne odluke još više produljiti. S druge strane, posljedice kojima rezultira žalba protiv neučinkovitosti su preuske jer se svode samo na utvrđenje roka, bez materijalnopravnih određenja koja su isključena.¹⁰³ Konačna ocjena žalbe protiv neučinkovitosti kao pravnog sredstva *sui generis* vrlo je suzdržana. Smatra se da ovo pravno sredstvo niti može biti obuhvatnije, niti precizno određuje svoj opseg, pa je kao takvo namijenjeno samo za slučajeve prave pasivnosti ili neaktivnosti u užem smislu, kao model za određenje roka u kojem odluku treba donijeti.¹⁰⁴ Unatoč tomu što je propisano očuvanje prava građana, ovo pravno sredstvo trebalo bi ograničiti samo na slučajeve u kojima prijeteća povreda prava podnositelja žalbe ima prevagu nad pravom suca na neovisnost.¹⁰⁵

2.2.3. Hrvatska

Uređenje pravnih sredstava usmjerenih na ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku u Hrvatskoj pokazuje ozbiljna nastojanja da se taj izraziti problem hrvatskog pravosuđa uistinu riješi. U tom se smislu osim ustavne tužbe, koja je i sama u načinu određivanja prošla nekoliko razvojnih stadija, ZS-om uvelo i novo pravno sredstvo u vidu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Ipak, čini se da će se teško moći razdvojiti osnovni razlozi koji su doprinijeli uvođenju ovog pravnog sredstva, a koji svoju legitimaciju izvode iz nastojanja usmjerenih na pospješivanje učinkovitosti pravosuđa, od onih koji su primarno bili inspirirani potrebom da se pronađu odgovarajući modaliteti rasterećenja Ustavnog suda, zatrpanog velikim brojem ustavnih tužbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.

¹⁰¹ *Kroppenberg*, op. cit. (bilj. 9), str. 184.

¹⁰² Cf. *ibid.*, str. 188.

¹⁰³ *Jakob*, op. cit. (bilj. 98), str. 328.

¹⁰⁴ *Kroppenberg*, op. cit. (bilj. 9), str. 198.

¹⁰⁵ *Jakob*, op. cit. (bilj. 98), str. 330.

Ubrzo nakon stupanja EK-a na snagu u Hrvatskoj,¹⁰⁶ uvidjelo se da sporost suđenja može izazvati lavinu postupaka protiv Hrvatske, usporedivu s brojem postupaka po istoj osnovi protiv Italije, pa je država zakonskim intervencijama pokušala djelovati na taj problem.¹⁰⁷ Tako je već 1999. donesen Ustavni zakon o Ustavnom sudu¹⁰⁸ koji je u čl. 59. st. 4. propisivao da “Ustavni sud iznimno može pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije negoli je iscrpljen pravni put ako utvrdi da je potpuno razvidno da se pobijanim aktom, odnosno nepodnošenjem akta u razumnom roku grubo vrijeđaju prava ili slobode i da bi nepokretanjem postupka za podnositelja tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice.” Ubrzo nakon toga Europski sud je u predmetu *Horvat protiv Hrvatske* br. 51585/99 od 26. srpnja 2001. ustanovio da ustavna tužba prema čl. 59. st. 4. UZUS-a 99 nije djelotvorno pravno sredstvo iz nekoliko razloga. Najprije, formalno pokretanje postupka ovisilo je o diskrecijsko ocjeni suda, a izrazi “grube povrede” i “teške i nepopravljive posljedice” suviše su bili široko određeni i zbog toga podložni različitim tumačenjima. Osim toga, ustavna tužba bila je usmjerena samo na utvrđivanje povrede.

Drugi stadij u razvoju pravnih sredstava u Hrvatskoj vezanih uz ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku vezuje se uz čl. 63. UZUS-a 02¹⁰⁹ prema kojem je u usporedbi s rješenjima UZUS-a 99 pružen znatno viši stupanj pravne zaštite. Tako je umjesto formulacije “Ustavni sud može...” upotrijebljena formulacija “Ustavni sud će...” čime je ukinuto obilježje iznimnosti ustavne tužbe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku¹¹⁰ i otklonjeno diskrecijsko postupanje Ustavnog suda. U slučaju usvajanja ustavne tužbe, Ustavni sud određuje rok u kojem nadležni sud mora donijeti meritornu odluku i primjerenu naknadu koja podnositelju tužbe pripada zbog povrede njegova ustavnog prava. Međutim, djelotvornost ustavne tužbe dovedena je u pitanje u postupcima koji su okončani, jer je Ustavni sud zauzeo stav da se čl. 63. UZUS-a 02 neće primjenjivati na situacije kada je postupak okončan. Tako je Europski sud u slučaju *Šoć protiv Hrvatske* br. 47863/99 od 9. svibnja 2003. utvrdio povredu prava na djelotvorno pravno sredstvo prema čl. 13. EK u slučajevima koji su okončani. Uslijedili su i drugi slučajevi u kojima je Europski sud utvrdio neodgovarajuću zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u predmetima koji su okončani,¹¹¹ a neki autori zalažu se za širu interpretaciju spornih odredaba UZUS-a 02 prema kojoj bi se moglo utvrditi kršenje prava na suđenje u razumnom roku i dosuditi novčana naknada i kada je postupak dovršen.¹¹²

¹⁰⁶ Vidi bilj. 37.

¹⁰⁷ *Uzelac, Alan*, Vladavina prava i pravosudni sustav: sporost pravosuđa kao prepreka pridruživanju, http://alanuzelac.from.hr/pubs/A09Vladavina_prava.pdf, str. 113.

¹⁰⁸ Ustavni zakon o Ustavnom sudu (Narodne novine, br. 99/99.), u nastavku: UZUS 99.

¹⁰⁹ Vidi bilj. 14.

¹¹⁰ *Perin Tomičić, Iva*, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 28:2/2007., str. 1360.

¹¹¹ *Debelić protiv Hrvatske* br. 2448/03 od 26. svibnja 2005.

¹¹² *Perin*, op. cit. (bilj. 110), str. 1365.

Novo razdoblje u uređenju pravnih sredstava radi povrede prava na suđenje u razumnom roku u Hrvatskoj započinje sa zahtjevom za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (čl. 27. i 28. ZS) kojem je izgleda primarna svrha bila rasterećenje Ustavnog suda, zagušenog velikim brojem predmeta zbog nerazumno dugog trajanja sudskog postupka. Čini se da se prebacivanjem tereta odlučivanja u tim predmetima s Ustavnog suda na redovne sudove (prije svega Vrhovni sud) uistinu uspjelo provesti rasterećenje Ustavnog suda.¹¹³ No, ovo pravno sredstvo koje je ocijenjeno kao konstitucionalno neadekvatno regulirano i zakonodavno ispodnormirano,¹¹⁴ izazvalo je niz nedoumica od kojih su neke razriješene u praktičnoj primjeni,¹¹⁵ a neke zakonodavnim zahvatima.¹¹⁶

Osnovni prigovori koji su se iz redova doktrine upućivali ovom zakonskom uređenju tiču se prije svega odnosa ZS-a i UZUS-a, odnosno preciznije neustavnosti postupka kojim su odredbe o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku unesene u ZS, a ne u UZUS. Naime, smatra se da je donošenjem navedenih odredbi Zakona o sudovima povrijeđen čl. 131. Ustava, a time i ustavno načelo zakonitosti iz čl. 5. Ustava, jer su zakonom koji nije donesen u postupku u kakvom se donose ustavni zakoni, već, ako smo benevolentni, u postupku za donošenje organskog zakona, oduzete (ili točnije pokušane oduzeti) Ustavnom sudu nadležnosti na neustavan način.¹¹⁷

No, unatoč kritikama koje su iskazale bojazan da će se uvođenjem zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, sam postupak pružanja pravne zaštite građanima zbog te povrede nerazumno produžiti, ukratko ćemo iznijeti temeljne ideje ovog pravnog sredstva. Naime, stranka u sudskom postupku koja smatra da nadležni sud nije odlučio u razumnom roku o njezinom pravu ili obvezi može neposredno višem sudu uputiti zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (čl. 27. st. 1. ZS). U slučaju kada je postupak u tijeku pred

¹¹³ U razdoblju od 2000. do 9. lipnja 2008. pokrenuto je 3567 postupaka u povodu ustavne tužbe i prije no što je iscrpljen pravni put zbog nerazumno dugog trajanja sudskog postupka (U-III A) od kojih je riješeno 3469. Samo tijekom 2005. Ustavni sud zaprimio je 1433 predmeta, ali se nakon donošenja ZS-a i uvođenja zahtjeva za zaštitu suđenja u razumnom roku taj broj drastično smanjio (u 2006. 70, u 2007., 23, a u 2008. 25 predmeta). Istovremeno, došlo je do povećanja broja postupaka u povodu ustavne tužbe zbog nerazumno dugog trajanja sudskog postupka kada je Vrhovni sud RH odlučivao o dugotrajnosti (U-III V) u 2007. 176, a u 2008., 80. Od ukupno 256 predmeta te vrste riješeno je samo 6 predmeta, Statističko izvješće Ustavnog suda o odnosu primljenih i riješenih predmeta u razdoblju od 1990. do 9. lipnja 2008., <http://www.usud.hr/uploads/PRIMLJENI-RIJESENI%20PREDMETI-020708.pdf>.

¹¹⁴ Radolović, op. cit. (bilj. 23), str. 299.

¹¹⁵ Od stupanja na snagu ZS-a Ustavni sud nije odbacivao ustavne tužbe koje su mu zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku podnesene, već ih je dopisom prosljeđivao sudu kojeg je smatrao nadležnim prema čl. 27. ZS-a (višem sudu).

¹¹⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine br. 113/08.), u nastavku: Novela ZS-a 08, u čl. 4. izmijenio je čl. 27. st. 3. kojim određuje da je postupak odlučivanja o zahtjevu o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku hitan te da se on provodi uz odgovarajuću primjenu pravila o izvanparničnom postupku, u pravilu bez održavanja ročišta.

¹¹⁷ Crnić, Jadranko, (Ne) ustavni apsurd (ne)razumnog roka u primjeni članka 29. Ustava o "bilokaciji" nadležnosti, Hrvatska pravna revija, 3/2008., str. 5.

Visokim trgovačkim sudom, Visokim prekršajnim sudom RH ili Upravnim sudom RH o zahtjevu će odlučivati Vrhovni sud RH (čl. 27. st. 2. ZS). Ipak, zakon je propustio urediti koja će instanca odlučivati u slučaju nerazumno dugog postupka pred Vrhovnim sudom, što se može prije svega očekivati u postupcima u povodu kojih je izjavljena revizija, ali i u drugim slučajevima. Iako se smatra da će u tom slučaju stranka ustavnu tužbu, (a ne zahtjev?) uputiti Ustavnom sudu, u zakonu to nije izriječno propisano, pa bi se ta zakonska praznina mogla popuniti i na drugačiji način, primjerice da će u tom slučaju odlučivati drugo vijeće Vrhovnog suda. Propisano je da je postupak u kojem treba donijeti odluku o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku hitan (čl. 27. st. 3. ZS), iako nije u potpunosti jasno što to znači. Očito da se zakonodavac nije mogao odlučiti u kojem vremenu bi odluku o zahtjevu trebalo donijeti, pa se poslužio pravnim standardom koji se u hrvatskom postupovnom pravu vrlo često koristi. Istovremeno, smatra se da previše "hitnih" postupaka dovodi do toga da se smisao hitnosti gubi,¹¹⁸ odnosno da se uslijed toga zatupljuje vremenska granica i gubi osjećaj obvezatnosti hitnog postupanja, zloupotrebljavajući lošu situaciju u hrvatskom pravosuđu osobito u pogledu velikog broja neriješenih predmeta.

Sud koji utvrdi da je zahtjev podnositelja osnovan jer je povrijeđeno pravo na donošenje odluke u razumnom roku, odredit će rok u kojem sud pred kojim je postupak u tijeku mora odlučiti o pravu ili obvezi i odrediti primjerenu naknadu podnositelju zahtjeva (čl. 28. st. 1. ZS). Zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku prihvatio je koncepciju višestrukog djelovanja (dvostruke učinkovitosti) usmjerenog, ne samo na ubrzanje postupka, već i na naknadu štete. Time se pokušavaju otkloniti disfunkcionalnosti domaćeg pravosuđa u segmentu pravičnog postupanja i građanima pružiti satisfakciju zbog povrede njihovih postupovnih prava. Protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može se u roku od 15 dana podnijeti žalba Vrhovnom sudu. Protiv rješenja Vrhovnog suda RH žalba nije dopuštena, ali se može podnijeti ustavna tužba (čl. 28. st. 3. ZS).

Ocjena djelotvornosti zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može se dati samo na temelju njegovih prednosti i nedostatka. Nezgode s unošenjem odredbi o zahtjevu u ZS odraz su okolnosti pod kojima je ovo rješenje uneseno u hrvatsko zakonodavstvo. Nakon što su Ustavni sud preplavili brojni predmeti zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, trebalo je brzo iznaći nova, djelotvorna rješenja usmjerena na njegovo rasterećenje. U tom je segmentu ovo zakonsko rješenje izgleda odigralo vrlo dobro, jer se sudeći po statističkim podacima zagušenost Ustavnog suda smanjuje. S druge strane, opasnosti koje sa sobom nose višestruke kompetencije Vrhovnog suda prijete da se nakon Ustavnog suda Vrhovni sud nađe u sličnoj situaciji, odnosno da zahtjevi za suđenje u razumnom roku zaguše Vrhovni sud. Normativno uređenje zahtjeva je više nego skromno, oskudno i nedorečeno, pa će pored već postojećih

¹¹⁸ Radolović, op. cit. (bilj. 23), str. 285.

biti potrebni i novi zakonodavni zahvati. Nepostojanje odredbe o postupanju u slučaju nerazumnog trajanja postupka pred Vrhovnim sudom i sastavu suda koji će u konkretnom slučaju odlučivati samo su neki od brojnih nedostataka koje zakonsko uređenje pokazuje. I konačno za kraj, hitnost postupanja bez propisivanja rokova u kojem stranke mogu očekivati odluke viših sudova krije u sebi dvostruku opasnost. Određenje se može lako zloupotrebjavati pozivajući se na opće stanje u hrvatskom pravosuđu, a osim toga uopće nije jasno što u slučaju da niži sud ne donese odluku u roku koji je odredio viši sud odlučujući u povodu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Sve dok zbog nepoštivanja odluka viših sudova donesenih u povodu zahtjeva ne postoji mogućnost izricanja nikakvih sankcija, izlažemo se riziku da svi projekti usmjereni na ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku ostanu tek zgodno normativno uređenje bez ozbiljnijih posljedica.

3. Je li neučinkovitost pravosudnog sustava posljedica neučinkovitosti sudova ili individualne odgovornosti suca?

Svrha ovog rada nije bila samo prikazati pravne instrumente kojima Austrija, Njemačka i Hrvatska raspolažu radi ostvarivanja prava građana na donošenje odluka u razumnom roku, već bi u našoj analizi trebali otići i korak dalje, odnosno pokušati utvrditi u kojoj mjeri su opisana pravna sredstva uistinu provediva, te je li svrha odluka donesenih u povodu tih sredstava ispunjena deklaracijom, odnosno utvrđenjem roka u kojem odluku treba donijeti ili ona u sebi krije i kondemnatore elemente u smislu obvezujućeg naloga da sud pred kojim je u tijeku postupak, u kojem je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku, o toj stvari mora odlučiti u određenom roku. Tko je odgovaran za konačan rezultat (viši sud koji je dao nalog za donošenjem odluke u razumnom roku ili niži sud koji je nalog trebao izvršiti) te ima li stranka koja sudjeluje u postupku, koji je u tijeku, instrument kojim bi mogla utjecati na stvarnu realizaciju donesene odluke? Nadalje, od kakvog bi značaja bile povrede prava na suđenje u razumnom roka ustanovljene u postupcima koji su već okončani? Teško je vjerovati da bi se stranka zadovoljila samo deklaratornom odlukom kojom bi se utvrdila povreda prava na suđenje u razumnom roku. U tim bi slučajevima ona, zapravo, očekivala kompenzaciju za povredu koju je pretrpjela, jer inače samo utvrđenje povrede u postupku koji je okončan ne bi imalo smisla. Slijedi li u slučaju neostvarivanja odluke pravno sredstvo protiv neučinkovitog suca, odnosno hoće li se kontrola postupanja sudova vršiti samo u okvirima sudskih tijela ili eventualno nekih drugih neovisnih tijela te bi li i građani trebali imati normativno transparentne instrumente u kojima bi mogli iznositi svoje pritužbe na rad konkretnog suca i na taj način doprinosti donošenju odluke u razumnom roku i ukupnoj učinkovitosti pravosudnog sustava?

Nakon iznesenih nedoumica dužni smo najprije vratiti se na naslov ovog dijela rada i pokušati iznijeti shvaćanja o odnosu odgovornosti sudova i sudaca za donošenje odluka u razumnom roku, kao jednom od segmenata koji ukazuje

na postupovnu djelotvornost pravosudnih sustava. U tu svrhu ponovno ćemo se osvrnuti na pravna sredstva radi zaštite prava na suđenje u razumnom roku u Austriji, Njemačkoj i Hrvatskoj.

3.1. Pravna sredstva za zaštitu suđenja u razumnom roku – instrumenti usmjereni na povećanje učinkovitosti sudova

U Austriji se djelotvornim pravnim sredstvom za donošenje odluke u razumnom roku smatra zahtjev za utvrđenje roka prema § 91. GOG. Pored toga, čl. 148.a st. 3. B-VG na ustavnopravnoj razini omogućava svakome tko je pogođen odugovlačenjem suda u poduzimanju procesnih radnji da se obrati pučkom pravobranitelju.

Svrha zahtjeva za utvrđenje roka prema § 91. GOG iscrpljuje se u deklaraciji, odnosno utvrđenju roka u kojem se procesna radnja ima poduzeti. Viši sud se u povodu tako izjavljenog sredstva pravne pomoći ne bi mogao baviti i pitanjima skrivljenosti ponašanja suda koji je u postupku odugovlačio. Stranka bi eventualno prilikom podnošenja zahtjeva za utvrđenja roka prema § 91. GOG mogla podnijeti i nadzornu žalbu (*Aufsichtsbeschwerde*) prema § 78. GOG.¹¹⁹ U procesnopravnoj doktrini i sudskoj praksi zauzeto je gledište da bi stranka mogla sama odrediti kojim redoslijedom se o tim pravnim sredstvima ima odlučiti. U slučaju da nije postupila na taj način, odlučivat će se najprije o onom pravnom sredstvu koje pruža najširu pravnu zaštitu. Ukoliko se redoslijed odlučivanja ne može odrediti ni na taj način, odlučit će se najjednostavnijim, najbržim i najjeftinijim pravnim sredstvom.¹²⁰ Iako skrivljeno ponašanje nije pretpostavka koja mora biti ispunjena za podnošenje zahtjeva za utvrđenje roka, odgovarajuće nečinjenje može se prema stajalištima izraženim u praksi temeljiti i na skrivljenom ponašanju suda.¹²¹ Viši sud zbog nepoštivanja odluke kojom je utvrđen rok za poduzimanje procesne radnje nema nikakve sankcije, osim eventualno disciplinskih mjera. Istovremeno, zahtjev za utvrđenja roka prema § 91. GOG spada na temelju sudskog zahtjeva za okončanje i posljedica koje proizvodi u štetno djelovanje (u smislu nedjelovanja suda), odnosno pod pojam pravnog sredstva u smislu § 2. st. 2. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu u obavljanju službe.^{122,123} Ipak, u pojedinim slučajevima može predstavljati pretpostavku na kojoj se temelji zahtjev za naknadu štete zbog odugovlačenja s postupkom protiv Republike Austrije.¹²⁴

¹¹⁹ Nadzorna žalba je žalba sudionika postupka zbog uskraćivanja ili odugovlačenja u pravosuđu.

¹²⁰ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 226.-227.

¹²¹ Cf. *ibid.*, str. 232.

¹²² *Amtshaftungsgesetz* (BGBl 1949/20), u nastavku: AHG.

¹²³ Zahtjev za naknadu štete nastale u obavljanju službe ne postoji, ako je oštećenik mogao upotrijebiti neko drugo pravno sredstvo ili žalbu u postupku pred upravnim sudom (§ 2. st. 2. AHG).

¹²⁴ *Schoibl*, op. cit. (bilj. 26), str. 238.

Čini se da su nove ustavnopravne ovlasti pučkih pravobranitelja u Austriji usmjerene na ubrzanje sudskih postupaka, u okviru kojih bi pučki pravobranitelj mogao u povodu zahtjeva stranke i *ex officio* podnijeti zahtjev za utvrđenje roka popraćene i mogućnošću poticanja nadzornih mjera. Ključno je da stranka ima pravo znati što se poduzelo u svezi s postupkom koji je nerazumno dugo trajao, odnosno da pučki pravobranitelj stranku mora izvijestiti, ne samo o tijeku postupka ispitivanja koji je pokrenuo, nego i o poduzetim mjerama!

S druge strane, u Njemačkoj je neuspjao pokušaj uvođenja žalbe protiv nečinjenja i nadalje ostavio otvorenim problem odgovornosti za nerazumno dugo trajanje postupka. Iako su mnogi smatrali da je već sam naziv pravnog sredstva - žalba protiv nečinjenja subjektivistički obojen i usmjeren na utvrđivanje odgovornosti suca za propuste u radu, obrazloženje Nacrta pozivalo se na utvrđivanje duljine trajanja postupka prema objektivnim kriterijima, neovisno o krivnji suca koji u tom postupku postupa.¹²⁵ Time je žalba protiv nečinjenja u maniri austrijskog zahtjeva za utvrđenje prema § 91. GOG trebala biti usmjerena samo na utvrđenje roka u kojem je sud pred kojim je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku trebao donijeti odluku. U obrazloženju se nadalje isticalo da se ne bi trebalo pribojavati da će nalog višeg suda koji je odlučivao o žalbi ostati neizvršen. U prilog tomu isticalo se više razloga. Jedan od njih bio je da bi žalbeni sud u obrazloženju odluke mogao određivati mjere koje bi niži sud trebao provesti radi ubrzanja postupka. Drugi se ticao obveze suca koji bi postupak trebao potaknuti u skladu s odlukom žalbenog suda, a što je proizlazilo iz samog određenja Nacrta. U slučaju da sudac ne bi postupio u skladu s odlukom žalbenog suda to bi imalo za posljedicu povredu službene obveze i provođenje disciplinskih mjera te odgovornost za naknadu štete nastale u svezi s obavljanjem službe.¹²⁶ Kako do realizacije ovog projekta ipak nije došlo teško je prosuđivati kakve je posljedice ovo pravno sredstvo uistinu moglo proizvesti.

Prema njemačkom Ustavu svatko tko smatra da je javna vlast povrijedila neko od njegovih temeljnih prava, ima pravo podnijeti ustavnu žalbu (čl. 93. st. 1. br. 4.a GG). Ova individualna žalba (*Individualbeschwerde*) može se podnijeti i protiv postupaka pravosudnih tijela, pri čemu nije nužno da je povreda nastala činjenjem, već je dovoljno i propuštanje. U tom smislu ustavna žalba moguća je i zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Da bi ustavna žalba zbog nerazumno dugog trajanja postupka bila dopuštena, podnositelj žalbe mora pojedinačno iznijeti što je uzrokovalo odugovlačenje postupka i zašto je daljnje trajanje postupka postalo za njega nepodnošljivo.¹²⁷ Svrha se postiže utvrđenjem povrede prava i nalogom sudu da poduzme mjere potrebne za nastavak postupka radi njegovog hitnog rješavanja. Eventualna subjektivna odgovornost suca utvrđivat će se drugim sredstvima nadzornom žalbom prema § 26. DRiG-a i

¹²⁵ Begründung, str. 10.

¹²⁶ Begründung, str. 12.

¹²⁷ <http://www.jura-lotse.de/newsletter/nl88-003.shtml>.

nadzornom žalbom prema čl. 17. GG, o kojima će više riječi biti u okviru dijela rada koji se bavi pritužbama građana.

S obzirom na to da u Njemačkoj ne postoji posebno djelotvorno pravno sredstvo usmjereno na otklanjanje povreda nastalih nerazumno dugim trajanjem postupka, teško je povlačiti crtu razgraničenja između opće odgovornosti pravosudnog sustava i sudova i subjektivne odgovornosti sudaca. Za razliku od austrijskog zahtjeva za utvrđenje roka prema § 91. GOG koji se ograničava samo na utvrđenje roka u kojem procesnu radnju treba poduzeti, pri čemu su za potrebe ispitivanja odgovornosti pojedinog suca na raspolaganju druga sredstva (nadzorna žalba prema § 78. GOG), ali i mogućnost izricanja disciplinskih mjera zbog povrede naloga višeg suda, da je u Njemačkoj bila prihvaćena žalba zbog nečinjenja, nepostupanje suca po nalogu žalbenog suda moglo je za njega rezultirati brojnim neželjenim posljedicama o čemu se, sudeći po obrazloženju Nacrta moglo odlučivati u okviru žalbe zbog nečinjenja. Ipak trebat će razlikovati odgovornost suca za nepostupanje po nalogu višeg suda i odgovornost suca za nerazumno dugo vođenje postupka. Nerazumno dugo vođenje postupka može biti povreda koju je sudac učinio i prije nego što su zahtjev ili žalba podneseni, a odgovornost suca za nepostupanje po nalogu višeg suda uslijedit će tek nakon što je o njima odlučeno.

U Hrvatskoj su pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ustavna tužba i zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Ustavnom tužbom usvojenom u povodu zahtjeva zbog povrede razumnog roka Ustavni sud:

- 1.) nalaže donošenje odluke u određenom roku i
- 2.) određuje primjerenu naknadu koja se isplaćuje u određenom novčanom iznosu.

Neupitno bi trebalo biti poštivanje odluka Ustavnog suda kao posebnog državnog tijela čija je glavna zadaća nadzor nad ustavnošću zakona te zaštita ljudskih prava i sloboda građana zajamčenih ustavom. U tom smislu nije sporno da će se primjerene naknade iz državnog proračuna u pravilu isplaćivati u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva podnositelja ustavne tužbe Ministarstvu financija Republike Hrvatske. Međutim, ono što je problematično poštivanje je odluke Ustavnog suda u dijelu kojim se određuje rok za donošenje odluke, iako svaka odluka sadrži nalog predsjedniku suda, pred kojim je postupak u tijeku, da dostavi Ustavnom sudu pisanu obavijest o datumima donošenja i otpreme odluke u roku od osam dana od dana njene otpreme, a najkasnije u roku od osam dana od isteka roka određenog u odluci. Nalog se temelji na čl. 31. st. 4. i 5. UZUS-a prema kojima Ustavni sud može sam odrediti tijelo kojem provjera provedbu svoje odluke, odnosno rješenja i odrediti način njihove provedbe. Sudeći po sadržaju odluke radi se o kondemnatornoj odluci koja sadrži nalog za činjenje, a koju je Ustavni sud ovlašten provesti.

Nasuprot tomu, što se događa u praksi? Naime, nalozi kojima je određen rok za donošenje odluke često se ne poštuju, pa je čak moguće da ustavna tužba zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku bude ponovno podnesena, jer

u međuvremenu nije ispoštovana ni prethodna odluka Ustavnog suda kojom je već bila utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku i određen rok za donošenje odluke.¹²⁸ To je očiti znak da se u povodu realizacije odluka Ustavnog suda ne čini mnogo, iako su UZUS-om propisane takve mogućnosti.

Odluke sudova nadležnih za odlučivanje o zahtjevu za zaštitu suđenja u razumnom roku također sadrže nalog da se odluka ima donijeti u određenom roku. To proizlazi iz čl. 28. st. 1. prema kojem "Ako sud iz čl. 27. ovog Zakona utvrdi da je zahtjev podnositelja osnovan, odredit će rok u kojem sud pred kojim je postupak u tijeku **mora** odlučiti o pravu ili obveze ili o sumnji ili optužbi za kažnjivo djelo podnositelja zahtjeva te odrediti primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegovog prava na suđenje u razumnom roku." Neovisno o tomu što je utvrđeno da sud pred kojim je u tijeku ili je vođen postupak u kojem je učinjena povreda suđenja u razumnom roku mora donijeti odluku u određenom roku, za nepostupanje suda u skladu s nalogom nije predviđena nikakva sankcija. To, zapravo, znači da su rješenja ZS-a ostala samo na razini proklamacije, ali bez stvarne realizacije.

U vezi s tim, a u odnosu na ono što je izloženo u usporedbi s austrijskim i njemačkim sustavom mogli bi zaključiti sljedeće. Doseg djelovanja odluka donesenih u svezi s ustavnom tužbom i zahtjevom za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku iscrpljuje se u utvrđenju, iako se nesporno radi o kondemnatornim odlukama koje sadrže nalog za donošenje odluke. Na normativnoj razini provedbu odluka Ustavnog suda omogućuju čl. 31. st. 4. i 5. UZUS-a, ali istovremeno nema posebnih pravila o provedbi odluka sudova donesenih u povodu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Ipak, trebalo bi se poslužiti općom proklamacijom o poštivanju pravomoćnih odluka prema čl. 6. st. 3. ZS-a prema kojoj bi "svatko u Republici Hrvatskoj bio dužan poštivati pravomoćnu i ovršnu sudsku odluku i njoj se pokoriti." Neovisno o postojanju ili nepostojanju detaljnijih pravila o provedbi tako donesenih kondemnatornih odluka, izvan svake je pameti da se postupci provode radi utvrđenja grešaka koju su sudovi učinili, a da pri tom nitko nije odgovoran i ne snosi posljedice svojih grešaka. U tom smislu možemo konstatirati da su ova pravna sredstva nedjelotvorna jer se njima ne može postići krajnji cilj kojima stranke u građanskim postupcima teže, a to nije kompenzacija u vidu novčane naknade koja im se pruža radi povrede njihovih ustavnih i konvencijskih prava, već brzo i djelotvorno okončanje njihovih sporova o povrijeđenim ili ugroženim subjektivnim građanskim pravima. Opća nesposobnost u realizaciji odluka donesenih u povodu pravnih sredstava radi zaštite prava na suđenje u razumnom roku dovodi u pitanje djelotvornost pravosudnog sustava i pravnu sigurnost građana uopće. Nemoć i osjećaj gorčine zbog "nesvrshodnih igrokaza" koji se

¹²⁸ U-III/825/2008 od 9. prosinca 2008. kojom je usvojena ustavna tužba zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku podnesena 20. veljače 2008. Podnositelj je u istom parničnom postupku već podnosio ustavnu tužbu (23. travnja 2003.) zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku koja je usvojena 11. siječnja 2006. odlukom broj: U-III-4905/2005.

pred domaćim sudovima odigravaju narušavaju povjerenje građana u djelotvorno funkcioniranje sudbene vlasti.

Dometa djelovanja pravnih sredstva radi zaštite prava na suđenje u razumnom roku u Hrvatskoj se ograničava na utvrđenje počinjenih pogrešaka sudova i oslobođeno je bilo kakve daljnje kontrole provedbe odluka sudova koji su te pogreške utvrdili, odnosno sudaca kojima su takvi predmeti dodijeljeni. Čini se da je opća situacija u hrvatskom pravosuđu zgodno sredstvo za zamagljivanje odgovornosti. Jedno je sigurno, a to je da ako želimo brzo okončanje spora, moramo upotrijebiti sredstva koja nam stoje na raspolaganju, a to je, ili zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ili ustavna tužba. Ne dođe li do realizacije odluka kojima su povrede utvrđene na način da postupak u kojem je povreda bila utvrđena bude okončan, izgleda da bi morali upotrijebiti nova sredstva, (a kojih u Hrvatskoj transparentno normativno nemamo) usmjerena na preispitivanje odgovornosti onih koji nisu postupili po nalogu. Nije sigurno mora li nastavak postupka inicirati predsjednik suda ili bi i građani odgovarajućim podneskom mogli potaknuti konačno donošenje odluke i zatražiti preispitivanje odgovornosti suca. Time dolazimo do zaključka da samim podnošenjem pravnog sredstva za donošenje odluke u razumnom roku ne postizemo krajnji cilj kojem težimo – a to je okončanje postupka u određenom postupku, već da ćemo nužno morati upotrijebiti i druga sredstva koja zbog nedostatnog uređenja ne osiguravaju pravnu zaštitu građana.

3.2. Pritužbe građana na rad sudova i sudaca

Komparativnom usporedbom austrijskih, njemačkih i hrvatskih rješenja o odgovornosti sudaca za rad građanima moramo konstatirati da Hrvatska u odnosu na usporedna rješenja nema institucionalno izgrađeno pravno sredstvo kojim bi se građani mogli obraćati u slučajevima kada imaju određene pritužbe na rad (ili nečinjenje) sudaca. Zapravo, osim ustavne proklamacije o tomu da “Svatko ima pravo slati predstavke i pritužbe, davati prijedloge državnim i drugim javnim tijelima i dobiti na njih odgovor” prema čl. 46. Ustava RH¹²⁹ i zakonskog određenja da “Svatko ima pravo slati predstavke na rad suda ili suca zbog odugovlačenja postupka u kojem je stranka ili ima pravni interes, odnosno zbog ponašanja suca ili drugog djelatnika u službenim odnosima sa strankom i dobiti odgovor na njih.” prema čl. 4. st. 3. ZS-a, ne postoje odredbe o daljnjoj operacionalizaciji tih prava. Tek sporadično, proučavajući tekst ZS-a uočavaju se i neke druge odredbe o predstavkama građana. Tako poslovi sudske uprave obuhvaćaju i poslove u svezi s predstavkama stranaka na rad suda (čl. 29. t. 6. ZS), a obavlja ih predsjednik suda sukladno zakonu i Sudskom poslovniku, a u slučaju njegove odsutnosti sudac određen godišnjim rasporedom poslova - zamjenik predsjednika suda (čl. 30. st. 1. i 2. ZS). Zatim, poslove pravosudne

¹²⁹ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine br. 41/00.- pročišćeni tekst, 55/01.- ispravak), u nastavku: Ustav RH.

uprave obavlja ministarstvo pravosuđa, a među te poslove spada i ispitivanje predstavljeni građana na rad sudova koje se odnose na odugovlačenje sudskog postupka, na ponašanje suca ili drugog djelatnika suda prema stranci u tijeku postupka ili obavljanja drugih službenih radnji (čl. 61. st. 1., čl. 62. t. 5 ZS). Nadalje, poslove nadzora pravilnog obavljanja poslova pravosudne uprave u sudovima obavljaju inspektori Ministarstva pravosuđa (čl. 63. st. 1. ZS).

Neovisno o tomu kakvi su zakoni i jesu li doneseni pod pritiskom vremena ili ne, oni bi trebali biti transparentni, jasni i građanima razumljivi. U konkretnim okolnostima podnositelj pritužbe na rad sudova ili suca koji bi bio informiran da prema čl. 46. Ustava RH i čl. 4. st. 3. ZS ima neosporno pravo pritužbe na rad sudova i sudaca trebao bi nadalje znati:

1. kome pritužbu uputiti,
2. što pritužba treba sadržavati te
3. tko i u kojem roku ga treba obavijestiti što je u svezi s pritužbom poduzeto.

Izostanak odredbi kojima se trebaju operacionalizirati određena prava građana, u ovom slučaju prava na pritužbu na rad sudova i sudaca sprječavaju djelotvorno ostvarenje zakonskih opcija. Točnije, što znači podnesena pritužba ako je potpuno neizvjesno što činiti u slučaju da se ne dobije nikakav odgovor ili ako se dobije odgovor da će se poduzeti odgovarajuće mjere, a ne budemo obaviješteni o daljnjem tijeku postupka u kojem je utvrđena povreda prava na donošenje odluke u razumnom roku?

U Austriji sudionicima postupka zbog uskraćivanja ili odugovlačenja u pravosuđu stoji na raspolaganju nadzorna žalba prema § 78. GOG. Osim što je propisano kome se ona podnosi (predsjedniku suda ili ako je podnesena protiv predsjednika prvostupanjskog suda – predsjedniku višeg zemaljskog suda), određen je i način postupanja. Tako će se u slučaju da žalba očito nije neutemeljena, zahtijevati od suda ili suca, u odnosu na kojega je žalba podnesena, da u određenom roku odluči o žalbi i o tomu obavijesti ili da obavijesti o okolnostima koje bi ga sprječavale da postupi na taj način. Zajedno sa zahtjevom da se postupi na određeni način može biti povezano i izricanje određenih disciplinskih mjera. U slučaju da je žalba podnesena protiv odluke višeg zemaljskog suda ili najvišeg suda podnosi se predsjednicima tih sudova, a u slučaju da su izjavljene protiv predsjednika tih sudova – ministarstvu pravosuđa.

U Njemačkoj treba razlikovati nadzornu žalbu prema čl. 17. GG i prema § 26. DRiG. Na ustavnopravnoj razini svakome se jamči da ima pravo pojedinačno ili zajedno s drugima obraćati se pismeno predstavkama ili pritužbama nadležnim tijelima ili narodnom zastupničkom tijelu (čl. 17. GG).¹³⁰ Riječ je o neformalnom sredstvu pravne pomoći kojim se zbog povrede službene dužnosti može prigovoriti nekom službeniku. To znači da je nositelj službe osobno pogrešno postupao. Međutim, kako u praksi nadzorne tužbe postupak protekne

¹³⁰ Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden (čl. 17. GG).

bez stvarnog rezultata, upotrebljava se dosjetka da je nadzorna žalba neformalna, vremenski neodređena i bezuspješna (*formlos, fristlos und fruchtlos*).¹³¹

Prema čl. 26. DRiG sudac podliježe nadzoru samo ako se time ne ograničava njegova neovisnost. Nadzor obuhvaća ovlast predočiti nepravilan način izvršenja službenih poslova i opomenuti ga na neodgodivo izvršenje službenih poslova. Ako sudac smatra da neka od navedenih mjera ugrožava njegovu neovisnost, o tom pitanju će na njegov zahtjev odlučivati sud prema pravilima određenim zakonom.¹³²

Smatra se da je nadzor moguć samo u vanjskom području (*außerer Ordnung*), ne i u stvarnom (bitnom) području postupanja suca (*Kernbereich*). Međutim, Savezni Vrhovni sud koji se također poziva na navedeno razlikovanje nije dao kriterije razgraničenja za izvanjsko i sadržajno značajno djelovanje suca.¹³³ Zbog toga su neki autori procesnopravne doktrine zauzeli stav da kriteriji razgraničenja dopuštenih i nedopuštenih disciplinskih mjera utemeljeni na stavovima Saveznog suda u ovisnosti o tome o kojoj je vrsti sudačke djelatnosti riječ ne daju zadovoljavajući odgovor te da se nadzor nad sucem proteže na način obavljanja i neodgodivo izvršenje svih specifičnih sudačkih djelatnosti. Ipak izvan dometa službene kontrole trebao bi biti stvarni sadržaj sučeve djelatnosti¹³⁴ čak kada se odnosi i na razloge sadržane u obrazloženju odluke.¹³⁵

4. Umjesto zaključka – je li pravno sredstvo protiv neučinkovitog suca mit ili stvarnost?

Svrha je ovoga rada bila ispitati djelotvornost pravnih sredstava koja građanima Austrije, Njemačke i Hrvatske stoje na raspolaganju radi ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku. U našim nastojanjima trebali smo otići i

¹³¹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Dienstaufsichtsbeschwerde>.

¹³² Savezni vrhovni sud zauzeo je gledište da je nedopušteno da predsjednik prvostupanskog suda ne samo da požuri suca u određenom predmetu, nego i da ga zamoli da ga obavijesti o tome što je u tom predmetu nakon tjedan dana poduzeo, BGHZ 51 S. 280 ff., *Schmidt-Räntsch, Ruth, Dienstaufsicht über Richter*, Giesecking, Bielefeld, 1985., str. 25.

¹³³ Cf. *ibid.*, str. 36.

¹³⁴ Cf. *ibid.*, zaključna razmatranja.

¹³⁵ U slučaju "*Dummdreiste Lüge-Fall*" Saveznog suda (BGHZ 70 S.) radilo se o tome da je sudac prvostupanskog suda u obrazloženju odluke iskaz pogođenog nazvao glupom i bezobraznom laži, nakon čega je ovaj podnio nadzornu pritužbu predsjedniku zemaljskog suda. Zbog neuspjeha iste, nadzorna žalba je podnesena predsjedniku višeg zemaljskog suda, koji je usvojio nadzornu žalbu i sucu predočio da se u buduće mora suzdržavati od izraza kojima omalovažava stranke. Protiv te mjere nadzora sudac je nakon bezuspješnog prigovora podnio zahtjev službeničkom sudu. Nakon bezuspješne žalbe službeničkom sudu u Frankfurtu podnio je reviziju Saveznom sudu prema kojoj je trebalo ispitati je li izrečena mjera nadzora predsjednika višeg zemaljskog suda bila dopuštena. Savezni sud je u povodu revizije odlučio da je mjera koju je predsjednik višeg suda izrekao nedopuštena jer je njome obuhvaćen sadržaj suđenja (odluka, razlozi sadržani u obrazloženju) koji predstavljaju *Kernbereich*, tj. sadržajno značajno područje sudačke djelatnosti u kojem je izricanje mjera nadzora nedopušteno, Cf. *ibid.*, str. 137.-140.

korak dalje od utvrđenja djelotvornosti pravnih sredstava koju prilikom donošenja odluka zbog povreda počinjenih u nacionalnim pravosudnim sustavima prosuđuje Europski sud i pokušati ispitati u kojoj mjeri su odluke sudova donesenih povodom tih pravnih sredstava uistinu provedive, odnosno u kojoj mjeri se njihova neprovedivost može pripisati institucionalnoj odgovornosti sudova ili individualnoj odgovornosti suca. Konačno, ispitivanje nas je trebalo dovesti do odgovora postoji li učinkovito pravno sredstvo protiv neučinkovitog suca te je li ono djelotvorno samo proklamacijski ili građanima istinski omogućava aktivnu ulogu u ostvarivanju njihovih ustavnih i konvencijskih prava preispitivanjem odgovornosti onih koji čak i prema njihovim laičkim prosudbama očito neprofesionalno i nepravilno obavljaju svoj rad.

1. Na razini prosudbe Europskog suda za ljudska prava trebamo zaključiti da je ustavna tužba u Republici Hrvatskoj **djelotvorno pravno sredstvo**, izuzev u slučajevima u kojima je postupak već okončan. Prema mišljenju Europskog suda austrijski zahtjev za utvrđenje roka prema § 91. GOG djelotvorno je pravno sredstvo za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku, iako se ono ne odnosi na cijeli postupak i ne može upotrijebiti pred svim sudskim instancama. U Njemačkoj je propao pokušaj uvođenja novog djelotvornog pravnog sredstva za ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku, a ustavna žalba, nadzorna žalba, normativno neuređena žalba zbog nečinjenja i zahtjev za naknadu štete ne smatraju se, niti pojedinačno, niti u cijelosti pogodnim sredstvima za suđenje u razumnom roku. Nema prosudbi o tome je li zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku djelotvorno pravno sredstvo ili ne.

2. Usporedni pravni poreci pokazuju i određene specifičnosti u svezi s pravnom prirodom odluke koja se u povodu izjavljenih pravnih sredstava donosi, svrhom koja se njome želi ostvariti i njenom provedivošću. Odluka donesena u povodu ustavne tužbe sadrži nalog da se postupak u kojem je utvrđena povreda na suđenje u razumnom roku provede u određenom roku i određuje isplatu odgovarajuće naknade, pa je riječ o kondemnatornoj odluci koju bi trebalo provesti. U slučaju nemogućnosti provedbe odluke trebalo bi utvrditi razloge za nepostupanje po istoj, pa shodno tome i odgovornost sud(c)a. Prema tomu ustavna tužba je **kompensabilno-poticateljski instrument** zaštite prava na suđenje u razumnom roku koji u slučaju usvajanja iste rezultira **kondemnatornom odlukom** kojom se potiče donošenje odluke u određenom roku u postupku u kojem je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku i isplaćuje kompenzacija za pretrpljenu povredu prava. Isto bi vrijedilo i za zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, samo što bi nositelji odlučivanja bili različiti. U austrijskoj procesnopravnoj doktrini zauzet je stav da se zahtjev za utvrđenje roka prema § 91. GOG iscrpljuje u utvrđenju i da nepoštivanje odluke višeg suda neće rezultirati štetnim posljedicama. Radilo bi se o **poticateljskom instrumentu** zaštite prava na suđenje u razumnom roku koji bi rezultirao **deklaratornom odlukom** o utvrđenju roka u kojem bi se postupovna radnja trebala izvršiti. Ipak, čitav postupak proveden u povodu

zahtjeva, iniciran time što je u suđenju došlo do odugovlačenja u provođenju procesnih radnji ne bi imao smisla ako bi se iscrpljivao samo u utvrđenju roka u kojem bi trebalo poduzeti procesnu radnju, a bez obveze na postupanje u skladu s tom odlukom. Zbog toga se smatra da bi nepostupanje po zahtjevu višeg suda moglo rezultirati izricanjem disciplinskih mjera sucu koji nije postupio u skladu s odlukom višeg suda. U Njemačkoj se kao instrument zaštite prava na suđenje u razumnom roku koristi ustavna žalba koja je usmjerena samo na poticanje suda da postupak ubrza i zaključi. Ustavni sud nije ovlašten utvrditi rok u kojem se postupak ima završiti niti odrediti novčani iznos na ime naknade štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.¹³⁶ U tom smislu je ustavna žalba samo **poticateljski instrument** zaštite prava na suđenje u razumnom roku bez ovlasti na utvrđenje roka, a odluka Ustavnog suda **deklaratorne prirode** kojom se samo utvrđuje da postupak u određenom predmetu traje predugo i potiče sud pred kojim je u tijeku postupak u kojem je povreda utvrđena da poduzme neophodne mjere radi ubrzanja i okončanja postupka.

3. S obzirom na to da nepostupanje po odluci donesenoj u povodu djelotvornih pravnih sredstava za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku dovodi u pitanje djelotvornost samog pravnog sredstva i smisao vođenja postupka uopće, treba ustanoviti koji je domet djelovanja pravnog sredstva zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, odnosno obuhvaća li ono i **odgovornost suca za nepostupanje po nalogu u pravilu višeg suda** ili bi se radi ostvarivanja konačnog cilja kojem stranke teže, a to je dakako što brži završetak postupka u kojem je povrijeđeno ili ugroženo neko njihovo subjektivno građansko pravo, stranke morale poslužiti i drugim pravnim sredstvima koja bi bila usmjerena na poticanje preispitivanja odgovornosti suca koji bi u konkretnom slučaju trebao donijeti odluku. Kako zakonska pravila u Austriji i Hrvatskoj, kojima se uređuju pravna sredstva zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku ne propisuju sankciju za nepostupanje nižih sudova prema odlukama viših sudova, očito je da ta pravna sredstva, nisu koncipirana na način da obuhvaćaju (iako bi trebala obuhvaćati) sankciju za neizvršenje odluka donesenih tim povodom. U tom smislu bilo bi nužno da stranke upotrijebe i pravna sredstva koja su usmjerena na preispitivanje odgovornosti suca za (ne)postupanje u konkretnom slučaju. Radi postizanja konačnog cilja strankama stoje na raspolaganju nadzorna žalba (§ 78. GOG, § 17. st. GG, § 26. DRiG), a u Hrvatskoj pritužba (čl. 46. Ustava RH, čl. 4. st. 3. ZS).

4. Unatoč postojanju djelotvornog pravnog sredstva zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u vidu ustavne tužbe, hrvatsko pravosuđe bremenito je brojnim problemima. Trajna opterećenost hrvatskih sudova, ogroman broj neriješenih predmeta i građani koji su u potpunosti izgubili povjerenje u institucije pravosudne vlasti¹³⁷ ukazuju na nedjelotvornost hrvatskog pravosudnog

¹³⁶ Iz obrazloženja odluke *Sürmeli protiv Njemačke* br. 75529/01 od 8. lipnja 2006.

¹³⁷ Transparency International upozorava da se 40 posto svih pritužbi na korupciju odnosi na pravosuđe. <http://www.hsp1861.hr/vijesti7/060304tp.htm> .

sustava. U takvim uvjetima zakonodavnom intervencijom uvodi se novo pravno sredstvo – zahtjev za zaštitu suđenja u razumnom roku čija je osnovna svrha bila osloboditi Ustavni sud pritiska nagomilanih predmeta nastalog uslijed brojnih ustavnih tužbi podnesenih zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku i pronaći odgovarajuće pravno sredstvo kojim se građanima treba pružiti pravna zaštita zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Možemo smatrati da je u ostvarivanju rasterećenosti Ustavnog suda zakonodavac uistinu uspio, ali izgleda da je problem samo privremeno riješen, jer se zbog višestrukih kompetencija Vrhovnog suda u povodu zahtjeva za zaštitu suđenja u razumnom roku može očekivati “lociranje problema na drugom mjestu”, odnosno **velika opterećenost Vrhovnog suda**.¹³⁸ Kako se problemi ne rješavaju njihovim prebacivanjem na drugo mjesto, trebat će očekivati promišljenija rješenja ovog problema, ali i uvođenje odgovarajućih mjera koje bi imale za cilj poštivanje rokova određenih odlukama donesenim u povodu pravnih sredstava podnesenih zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, što se može ostvariti samo odgovornijim pristupom svih sudionika procesa usmjerenog na oživotvorenje djelotvornijeg pravosuđa.

5. Usporedbom rješenja kojima građani mogu izraziti svoje nezadovoljstvo zbog odugovlačenja u postupanju pojedinog suca, odnosno usporedbom pravnih sredstava kojima se može potaknuti individualna odgovornost suca za određeni predmet, moramo zaključiti da Hrvatska pokazuje normativni deficit u uređenju pritužbi građana, osobito u domeni kome se ona podnosi, tko je dužan i u kojem roku na pritužbu odgovoriti i kakve mjere se u svezi s izjavljenom pritužbom mogu očekivati.¹³⁹ Iz toga razloga **de lege ferenda predlažemo uvođenje nadzorne žalbe (pritužbe)** kojim bi građani mogli izraziti svoje nezadovoljstvo u odnosu na rad pojedinog suca. Ovo pravno sredstvo moglo bi se upotrijebiti

¹³⁸ Prema Statističkom izvješću o radu Vrhovnog suda za 2008. godinu osjetan je porast broja neriješenih predmeta u povodu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Dok je on u prvom tromjesečju iznosio 935 predmeta, u drugom 1251 predmeta, u trećem i četvrtom tromjesečju bilo je već 1428 odnosno 1703 neriješenih predmeta. Zanimljivo je da se od ukupnog broja neriješenih predmeta u povodu zahtjeva za zaštitu suđenja u razumnom roku tj. 1703, svega 7 predmeta odnosi na povrede prava na suđenje u razumnom roku u kaznenom postupku. To znači da je u građanskim postupcima u kojima je podnesen zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ostalo neriješeno 1696 predmeta u postupku pred Vrhovnim sudom. Usporedbom ukupnog broja neriješenih predmeta Vrhovnog suda u građanskim postupcima koji se ne odnose na zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (1774) i ukupnog broja neriješenih predmeta koji se odnose na zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (1696) možemo zaključiti da predmeti u povodu zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku iznose gotovo polovinu sveukupnih neriješenih predmeta Vrhovnog suda, <http://www.vsrh.hr/EasyWeb.asp?pcpid=28>.

¹³⁹ Prema Izvješću o hrvatskom pravosuđu 2004-2007. Udruga za pravnu zaštitu “Juris Protecta” mnogobrojne pritužbe građana na rad pojedinih sudaca koje su u Udrugu pristizale, na početku su prosljeđivane u Ministarstvo pravosuđa, ali kako su bile bez ikakvih rezultata, one se više ne prosljeđuju. U Udruzi su potpuno uvjereni da ne postoji ni minimalna volja za pokretanje stegovnih postupaka. http://www.necenzurirano.com/index.php?option=com_content&task=view&id=404&It.

neovisno o podnošenju zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ili čak (ako bi to bilo potrebno) i nakon njega. U tom smislu čini nam se dobro austrijsko rješenje prema kojem redosljed podnošenja pravnih sredstava, pa i određivanje redosljeda odlučivanja o njima stoji na raspolaganju strankama. Argumentaciju za uvođenje nadzorne žalbe pronalazimo i u rješenjima slovenskog zakonodavca koji je radi rješavanja problema dugotrajnosti postupaka u postupcima pred slovenskim sudovima donio poseban Zakon o zaštiti prava na suđenje bez nepotrebnog odlaganja¹⁴⁰ u okviru kojega kao jedno od sredstava za donošenje odluke u razumnom roku propisuje i nadzornu pritužbu (*nadzorstvena pritožba*). Međutim, za razliku od slovenskog rješenja prema kojem je nadzorna pritužba tek prvi pravni instrument koji se može upotrijebiti radi povrede prava na suđenje u razumnom roku, a tek nakon toga moguć je i prijedlog za određenje roka (*rokovni predlog*),¹⁴¹ u Hrvatskoj bi nadzornu žalbu trebalo urediti kao opći instrument građana protiv neučinkovitog suca, čije bi eventualno usvajanje moglo inicirati i provedbu disciplinskog postupka protiv suca koji neprofesionalno (nepravilno) obavljao svoj rad. Da bi se po žalbi uopće moglo postupati, apsolutno nužno je odrediti sadržaj žalbe,¹⁴² kome se ona podnosi te u kojem roku se na nju mora odgovoriti. Ako bi žalba bila usvojena, podnositelja bi se moralo obavijestiti o onome što se u vezi s njegovim pritužbama poduzelo. Samo nadzorna žalba uređena na taj način istinski je pravni instrument za zaštitu građana od neučinkovitosti pravosuđa. Osim toga, u Hrvatskoj bi trebalo razmisliti i o otvaranju novih instanci koje bi mogle vršiti kontrolu pravosuđa, a po uzoru na austrijsko rješenje prema kojem bi pučki pravobranitelj imao mogućnost pokretanja postupaka radi zaštite prava na suđenje u razumnom roku, ne samo u povodu zahtjeva stranke, već i po službenoj dužnosti. I u tom bi slučaju stranka morala biti informirana o tijeku postupka preispitivanja i eventualno poduzetim mjerama. Ako je pučki pravobranitelj neovisan i samostalan u svom radu te ako je njegova zadaća štitići ustavna i zakonska prava građana, ne vidimo razloga da bi se njegove ovlasti trebale vezivati samo uz postupanje u upravnim predmetima.

6. Konačno, u odgovoru na pitanje je li pravno sredstvo protiv neučinkovitog suca mit ili stvarnost treba početi ne samo od normativne razine koja se radi zaštite prava građana u određenom pravnom sustavu pruža, već svrhe i cilja koji se tim pravnim pravilima žele ostvariti. Ako u nekom sustavu imamo proklamaciju o tome da građani mogu upućivati pritužbe ako su nezadovoljni radom suda ili suca, ali bez daljnje operacionalizacije u kojem roku mogu očekivati odgovor te hoće li njihova pritužba moći izazvati kakve posljedice,

¹⁴⁰ Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (Uradni list RS, br.49/2006), u nastavku: ZVPSBNO.

¹⁴¹ Čl. 8. ZVPSBNO.

¹⁴² Ime, prezime, prebivalište ili sjedište podnositelja žalbe i eventualnog punomoćnika, naznaku suda pred kojim je u tijeku postupak u kojem je do povrede došlo, razlozi žalbe, potpis podnositelja i eventualno punomoćnika, a po uzoru na sadržaj slovenske nadzorne pritužbe i prijedloga za utvrđenje roka prema čl. 5. st. 2. ZVPSBNO.

ako postoje djelotvorna pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ali se odluke donesene u povodu tih pravnih sredstva ne provode, ako postoji individualna odgovornost suca za profesionalno i pravilno obavljanje službe, ali se disciplinski postupci ne provode ili vrlo rijetko provode,¹⁴³ ako ne postoji evidencija o tome koliko je pritužba ili zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku upućeno u svezi s predmetima koji su dodijeljeni na rad pojedinom sucu ili u koliko je predmeta nastupila zastara te ako nemamo odgovor na pitanje kako je moguće da se u istom predmetu usvoji nekoliko ustavnih tužbi ili nekoliko zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku – onda je u takvim uvjetima svako sredstvo protiv neučinkovitog suca, ma kako ono bilo dobro normativno uređeno samo **mit**. Da bi pravno sredstvo protiv učinkovitog suca postalo stvarnost, potrebno je postići sklad između solidnog normativnog uređenja i djelotvornog oživotvorenja, a sve u svrhu postizanja zadovoljstva i povjerenja građana u djelotvornost institucija pravosudne vlasti.

¹⁴³ Nakon što nam u DSV-u nije odgovoreno na službeni upit o tome koji broj stegovnih postupaka je vođen u posljednjih 10 godina i kakvi su bili rezultati tako vođenih postupaka, poslužiti ćemo se novinskim navodima. Od 2000. godine na DSV-u je pokrenuto 87 stegovnih postupaka protiv sudaca, desetak njih je razriješeno, neki su kažnjeni novčano, odnosno ukorom, dio je oslobođen ili su stegovni postupci protiv njih obustavljeni., <http://www.vjesnik.hr> od 13. ožujka 2007.

Summary

LEGAL MEANS AGAINST THE INEFFICIENT JUDGE

Realisation of the fair trial postulate, especially of the demand to have a trial within a reasonable time represents more and more complex task imposed to all national legal systems. Having in mind that in such conditions Austrian and German legal systems are not isolated although there have been traditionally well organised, the aim of this article is to present efficiency of national legal instruments available for the protection of the right to trial within a reasonable time in these comparative models. Nevertheless, the idea of the article has been to go further, that is to scrutinise actual execution of decisions taken when implementing legal means in case of the right to trial within a reasonable time infringement and to try to identify limits to courts' institutional liability and judges' individual liability. Due to the fact that efficient legal means for right to trial within a reasonable time protection do not cover individual liability of a judge who received instructions to take a procedural measure or to complete a procedure within certain time, a presentation of instruments which have been at citizens' disposal to raise an issue on judge's individual responsibility is given. Such instruments can be used to influence pronouncing of disciplinary measures. It has been noted a low level of normative provisions governing citizens' complaints on court work and work of judges in Croatia because the law does not prescribe what complaint has to contain, time limits to respond to the complaint and obligation to notify a submitter about measures which are eventually taken. Therefore, the author suggests the enactment of supervisory appeal as a general legal instrument against the inefficient judge. Arguments for such proposal have been based on the analysis of comparative solutions isolating the best ones for the Republic of Croatia.

Key words: *reasonable time, demand for the right to trial within a reasonable time protection, supervisory appeal (complaint).*

Riassunto

MEZZI LEGALI CONTRO IL GIUDICE INEFFICIENTE

La realizzazione dei postulati di un giusto processo richiede, soprattutto, che lo stesso venga svolto in un lasso di tempo ragionevole e ciò rappresenta un compito sempre più arduo con il quale debbono confrontarsi tutte le strutture giudiziarie nazionali. Dal momento che queste condizioni coinvolgono anche i sistemi giudiziari di Austria e Germania, tradizionalmente ritenuti esempi di sistemi molto ben organizzati, s'intende porre in rilievo l'efficacia degli strumenti legali nazionali, previsti da questi modelli comparati al fine di tutelare il diritto ad un giusto processo. Nondimeno, l'indagine si prefissava di andare oltre, ovvero di indagare sulla reale applicabilità delle decisioni prese in ragione dei mezzi legali concepiti per le violazioni del diritto ad ottenere un processo di durata ragionevole, ma anche di cercare di stabilire i confini della responsabilità istituzionale delle corti e di quella individuale del giudice. Essendo accertato che i mezzi legali volti alla tutela del diritto ad un processo di durata ragionevole non coprono la responsabilità individuale del giudice, al quale viene segnalato entro che termine deve attivarsi oppure concludere il procedimento, era necessario indicare gli strumenti attraverso i quali i cittadini possono sollevare la questione della responsabilità individuale del giudice, influenzando così sulla comminazione delle conseguenti misure disciplinari. In Croazia si rileva una disciplina lacunosa circa i reclami dei cittadini sull'operato delle corti e dei giudici, giacché la legge non prevede il contenuto del reclamo, entro quali termini verrà riscontrato, né precisa se colui che presenta l'esposto sarà informato delle eventuali misure prese. Per queste ragioni si suggerisce l'introduzione del ricorso supervisionato, quale strumento legale generico avverso l'inefficienza del giudice. L'argomentazione relativa a questa posizione si fonda anche sull'analisi delle soluzioni comparate e con l'occasione si suggerisce la soluzione più appropriata per la Repubblica di Croazia.

Parole chiave: *termine ragionevole, pretesa di tutela del diritto ad un processo di durata ragionevole, ricorso supervisionato (reclamo).*

**OBVEZNA OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI
IZVAN DJELATNOSTI PROMETA I PRIJEVOZA U
HRVATSKOM I POREDBENOM PRAVU,
S OSVRTOM NA ODREĐIVANJE OBVEZNIKA
SKLAPANJA OSIGURANJA I KRUGA TREĆIH OSOBA**

Mr. sc. Loris Belanić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 368.04:347.51
Ur.: 7. siječnja 2009.
Pr.: 11. veljače 2009.
Pregledni znanstveni članak

Na početku rada govori se općenito o važnosti obveznih osiguranja od odgovornosti, a potom autor daje prikaz pojedinih obveznih osiguranja od odgovornosti u hrvatskom pravu izvan djelatnosti prometa i prijevoza. Pri tomu autor posebnu pozornost daje pitanjima tko se smatra obveznikom sklapanja osiguranja od odgovornosti te koje se osobe smatraju trećim osobama u obrađenim osiguranjima od odgovornosti. Nakon toga daje se prikaz poredbenopravnih uređenja Austrije, Njemačke, Italije i Velike Britanije u materiji obveznih osiguranja od odgovornosti izvan sustava prometa i prijevoza, a s ciljem ukazivanja daljnjih mogućnosti razvoja obveznih osiguranja od odgovornosti u hrvatskom pravu. I u prikazu domaćeg i poredbenog pravnog uređenja, autor posebnu pozornost pridaje pravnim izvorima koji propisuju obvezu sklapanja pojedinog osiguranja od odgovornosti, a u prikazu hrvatskog pravnog uređenja autor se koristi i uvjetima osiguranja pojedinih osiguratelja.

Ključne riječi: *obvezno osiguranje od odgovornosti, obveznik sklapanja osiguranja, treće osobe.*

I. Uvod

Suvremen razvoj gospodarstva i sveopćih ljudskih djelatnosti zahtijeva zaštitu određenih rizika nastanka štete koji se javljaju kao posljedica obavljanja pojedinih gospodarskih ili ostalih ljudskih djelatnosti (aktivnosti). Osiguranje od odgovornosti javlja se upravo kao instrument zaštite osoba koje obavljaju takvu djelatnost, odnosno osoba koje obavljaju takvu gospodarsku aktivnost. Možemo reći da je osiguranje od odgovornosti jedna od preduvjeta razvoja slobodnog

poduzetništva.¹ No, s druge strane, nasuprot proklamiranoj slobodi obavljanja gospodarske djelatnosti i ostalih ljudskih aktivnosti stoji zahtjev za zaštitom osoba koje takvom djelatnošću mogu pretrpjeti određenu štetu. Rezultat ovih stremljenja jest pojava obveznog osiguranja od odgovornosti, koje s jedne strane, omogućuje određenim subjektima nesmetano obavljanje svoje djelatnosti (poslovne, ali i one koje to nisu), a s druge strane omogućuje sigurnost (zaštitu u vidu popravljivanja štete) subjektima koji bi takvom djelatnošću mogli biti oštećeni.² Stoga, iz navedenih razloga u suvremenim državama, paralelno s razvojem gospodarskih, profesionalnih, ali i ostalih ljudskih djelatnosti i jačanjem tehnološkog napretka, postoji stalna tendencija proširivanja broja obveznih osiguranja od odgovornosti.³ Tako je i u Hrvatskoj. Stoga je i cilj ovog rada upravo prikaz dosadašnjeg razvoja obveznih osiguranja od odgovornosti, prvenstveno u Hrvatskoj, s osvrtom na razvoj takvih osiguranja u poredbenim pravnim sustavima, kako bi se ukazalo na daljnje mogućnosti razvoja ili uvođenja nekih novih oblika obveznih osiguranja od odgovornosti u pravni sustav Republike Hrvatske.

II. Osiguranje od odgovornosti i obvezno osiguranje od odgovornosti

Osiguranje od odgovornosti dio je imovinskih osiguranja kojim se osigurava rizik od nastanka obveze naknade štete trećoj oštećenoj osobi.⁴ Umjesto štetnika, tj. odgovorne osobe, štetu će oštećenome nadoknaditi osiguratelj, jer osiguranje od odgovornosti pokriva štetnikovu odgovornost.⁵ Ako odgovorna osoba ne bi imala zaključen ugovor o osiguranju od odgovornosti, tada bi ona morala na teret svoje imovine ispuniti obvezu naknade štete prema oštećenoj osobi. Ispunjenje ove obveze od strane odgovorne osobe rezultiralo bi smanjenjem njezine imovine, do čega ne bi došlo da je imala sklopljeno osigurateljsko pokriće od odgovornosti. Dakle, osiguranje od odgovornosti štiti osiguranika, odnosno osiguranu osobu, od budućeg duga,⁶ jer osiguratelj unaprijed preuzima

¹ Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti*, Pravo i porezi, br. 5., 1997., str. 509.

² Pauković, H., *Osiguranje od odgovornosti*, u: *Ugovor o osiguranju prema novom ZOO-u*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 75.

³ Ilić, A., *Obvezna osiguranja u hrvatskom zakonodavstvu*, Pravo u gospodarstvu, br. 11-12, 1994., str. 937.

⁴ Tako i u čl. 964. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (ZOO, NN, br. 35/05. i 41/08.) navodi se da osiguranjem od odgovornosti osiguratelj odgovara za štetu nastalu osiguranim slučajem. Pavić, D., *Pojam osiguranja od odgovornosti*, u: *Gorenc, Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF plus*, Zagreb, 2005., str. 1476-1477. Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti liječnika*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6., Mostar, 2008., str. 149.

⁵ Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne odgovornosti*, op. cit., str. 510.

⁶ Za osiguranje od odgovornosti kaže se još da ono spada u red pasivnih imovinskih osiguranja jer štiti imovinu odgovorne osobe od opterećenja novim (dodatnim) obvezama, kao što su to

na sebe imovinske posljedice budućeg štetnog događaja,⁷ za koji će biti odgovoran osiguranik. S druge strane, pored zaštite osiguranika od obveze naknade štete, osiguranje od odgovornosti preuzima i zadaću zaštite oštećene osobe time što će mu ono olakšati i ubrzati dobivanje naknade pretrpljene štete, (a koje bi mogla ostati čak i nepodmirena uslijed insolventnosti osiguranika). Možemo stoga reći da osiguranje od odgovornosti postoji u korist osiguranika i oštećene (treće) osobe,⁸ odnosno da ono pruža dvojaku zaštitu: i osiguraniku, i oštećeniku.⁹

U našem je pravu osigurateljska zaštita oštećenika, kao treće osobe koja nije stranka ugovora o osiguranju od odgovornosti, dodatno potencirana postojanjem vlastitog i neposrednog prava oštećenika prema osiguratelju (*tzv. actio directa*, čl. 965. st. 1. ZOO-a) na naknadu štete koju je pretrpio oštećenik, a za koju je odgovoran osiguranik (štetnik). Odnos osiguratelj od odgovornosti - oštećenik nastaje na temelju samog zakona unutar kojeg oštećenik ima pravni položaj vjerovnika tražbine za naknadu štete prema osiguratelju. Ovo je pravo vlastito i neposredno pravo oštećenika, jer mu ga priznaje sam ZOO, te nije uvjetovano prethodnom nemogućnošću naplate od osiguranika.¹⁰ Pravo na direktnu (neposrednu) tužbu je prema ZOO-u predviđeno u svim vrstama osiguranja od odgovornosti neovisno o tomu je li riječ o obveznim ili dobrovoljnim osiguranjima od odgovornosti. Za njegovo ostvarenje bitno je da su ispunjene pretpostavke odgovornosti za štetu osiguranika te postojanje osigurateljskog pokrića,¹¹ kako u pogledu širine rizika, tako i u pogledu visine osigurane svote. Uvođenjem *actio directe* u naše pravo dodatno se poboljšao položaj oštećenika, jer je to pravo omogućilo veću sigurnost naplate, veću brzinu u ostvarivanju naknade, udovoljavanje zahtjevu da se, što je moguće prije otklone štetne posljedice nekog štetnog događaja, onemogućavanje da osiguranik (štetnik) zadrži ostvarenu osigurninu i da je ne proslijedi oštećenome te izbjegavanje zlonamjernih dogovora između osiguranika i oštećenika.¹²

Dodatnu zaštitu trećim oštećenim osobama pruža se i propisivanjem *tzv. obveznih osiguranja od odgovornosti*.¹³ Radi se o osiguranjima koja nastaju na temelju ugovora o osiguranju, s tom karakteristikom da je obveza sklapanja

obveze naknade štete. Andrijašević, S., Račić-Žlibčar, T., Rječnik osiguranja, Masmedia, Zagreb, 1997., str. 320.

⁷ Šulejić, P., *Pravo osiguranja*, Dosije, Beograd, 2005., str. 383.

⁸ Čurković, *Osiguranje od odgovornosti poslodavca za neimovinsku štetu uzrokovanu radnicima*, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti u vezi s radom*, opća redakcija: Klarić, P., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 150.

⁹ Šulejić, P., *Osiguranje od građanske odgovornosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1967., str. 49.

¹⁰ Pavić, D., u: *Gorenc, V., Komentar*, op. cit., komentar uz čl. 965. ZOO-a, str. 1482. i 1483.

¹¹ Pauković, H., op. cit., str. 88.

¹² *Ibid.*, str. 87.

¹³ *Obvezna osiguranja nisu isključivo vezana samo uz osiguranja od odgovornosti, već se javljaju i kao osiguranje putnika od posljedica nezgodnog slučaja u javnom prijevozu te u razna socijalna osiguranja*. Ilić, A., op. cit., str. 937.

osiguranja od odgovornosti izrijekom propisana nekim propisom, i to najčešće zakonom,¹⁴ (ali ne mora biti nužno zakonom) za tzv. obveznike sklapanja osiguranja od odgovornosti. Obvezna osiguranja od odgovornosti uvode se onda kada postoji određeni širi opće društveni interes u zaštiti od posljedica određenih rizika,¹⁵ prvenstveno rizika obavljanja opasne djelatnosti ili korištenja opasnih stvari.¹⁶ Odluku o tomu da li će se neko osiguranje od odgovornosti odrediti kao obvezno donosi sam zakonodavac (ako se obvezna osiguranja propisuju zakonom), ili neko određena strukovna organizacija koja okuplja članove koji obavljaju određenu profesionalnu djelatnost, rukovodeći se pritom određenim razlozima. Kao razlozi koji se uzimaju u obzir prilikom određivanja nekog osiguranja od odgovornosti kao obveznog osiguranja jesu širina kruga osoba koje bivaju ugrožene određenom djelatnošću (ili stvarima), kao i visina potencijalno nastalih šteta. Dakle, ovi razlozi nedvojbeno predstavljaju nastanak šireg društvenog interesa za propisivanjem nekog osiguranja od odgovornosti kao obveznog osiguranja. No, ipak se navodi kako osiguranje od odgovornosti ima podjednak cilj – zaštitu osiguranika (štetnika) i zaštitu oštećenika, ali onog trenutka kada se ono propiše kao obvezno osiguranje od odgovornosti, tada se težište zaštite ipak više pomaklo prema oštećeniku.¹⁷

¹⁴ Šulejić, P., *Pravo osiguranja*, op. cit., str. 73. Obvezna osiguranja treba razlikovati od zakonskih osiguranja. Naime, ova potonja nastaju automatski, na temelju samog zakona, bez sklapanja posebnog ugovora. Navodi se kako su zakonska osiguranja strana tržišnom gospodarstvu, pa čak im se odriče i svojstvo osiguranja, jer im nedostaje bitan element – ugovor o osiguranju. No, unatoč tomu, u Uvjetima za osiguranje od odgovornosti odvjetnika iz 1994., propisano je da je ugovor o osiguranju sklopljen kada odvjetnik podnese zahtjev za osiguranje, čak neovisno o tomu prihvaća li uvjete i cjenik pod kojima osiguratelj sklapa takvo osiguranje (Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 4., 2006., str. 281.). Ovakva odredba *de facto* propisuje automatsko sklapanje ugovora o osiguranju od odgovornosti odvjetnika. Kao da se pritom ne uzima u obzir opća odredba o sklapanju ugovora o osiguranju iz čl. 925. st. 1. ZOO-a koja govori da je ugovor o osiguranju sklopljen onda kada osiguratelj prihvati ponudu o osiguranju, odnosno da osiguratelj može i odbiti ponudu za osiguranjem (arg. iz čl. 925. st. 5. ZOO-a). Određene sličnosti s osiguranjem od odgovornosti odvjetnika sadržava i Zakon o poreznom savjetništvu (NN, br. 127/00.) gdje se u čl. 23. st. 2. Zakona govori da je osiguratelj dužan sklopiti osiguranje od odgovornosti s poreznim savjetnikom ili društvom za porezno savjetovanje kad mu se ovi potonji obrate (ne navodeći pritom da je ugovaratelj osiguranja dužan pritom prihvatiti uvjete i cjenik osiguranja). Također, i u Zakonu o Hrvatskoj komori arhitekata i inženjera u graditeljstvu (NN, br. 47/98.), u čl. 35. st. 7. propisano je da je osiguratelj dužan sklopiti osiguranje od odgovornosti s ovlaštenim arhitektom, odnosno ovlaštenim inženjerom, ako im se ovi obrate. Kao da se stvara dojam da je osiguratelj taj koji je obvezan sklopiti osiguranje od odgovornosti dok ugovaratelj osiguranja slobodno odlučuje kojemu će se osiguratelju obratiti, a ne obratno (što je i pravilo). Smatramo da bi bilo više u duhu građanskog prava i načela autonomije stranaka da je u navedenim zakonima propisano da osiguratelj ne može odbiti ponudu za sklapanje ugovora o osiguranju ako ponuditelj prihvaća uvjete pod kojima se provodi takva vrsta osiguranja. Ovakvu sličnu odredbu nailazimo i u čl. 8. st. 2. Zakona o obveznim osiguranjima u prometu (NN, br. 151/05.).

¹⁵ Slavnić, J., *Obvezno osiguranje, osnove sistema i koncept njegovog regulisanja*, Savremena administracija, Beograd, 1978., str. 18-19.

¹⁶ Čurković, M., *Obvezna osiguranja u prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 9.

¹⁷ *Ibid.*, str. 10.

Iz gore navedenog možemo zaključiti da se kombinacijom osiguranja od odgovornosti i njegovom obvezatnošću sklapanja, maksimalno pokušavaju zaštititi treće oštećene osobe. No, u cijeloj toj priči, nije za izostaviti ni interes osiguratelja koji se sastoji u povećanoj akumulaciji premije osiguranja, kada se, za što je moguće veći broj osiguranja od odgovornosti, propisuje kongentnom normom obveza njihova sklapanja.

III. Podjela obveznih osiguranja od odgovornosti

Ponajprije se treba naglasiti da se na obvezna osiguranja od odgovornosti može primijeniti ona podjela koje se inače primjenjuje na osiguranja od odgovornosti. Tako se osiguranja od odgovornosti mogu podijeliti na osiguranje od izvanugovorne ili opće odgovornosti te na osiguranje od ugovorne (profesionalne) odgovornosti.¹⁸ Za postojanje osigurateljskog pokrića u osiguranju od opće odgovornosti potrebno je ispuniti opće (ili posebne) pretpostavke o izvanugovornoj odgovornosti štetnika. Dok je za postojanje osigurateljskog pokrića iz osiguranja od ugovorne odgovornosti za štetu potrebno, uz opće, postojanje i ugovornog odnosa između osiguranika i oštećenika na temelju kojeg osiguranik pruža određene usluge oštećeniku, kao posebne pretpostavke za osigurateljsko pokriće. Najbolji način ustanovljavanja pokriva li neko osiguranje od odgovornosti opću ili ugovornu odgovornost osiguraniku jest utvrđivanje kruga trećih oštećenih osoba. Upravo odgovor na pitanje pokriva li osiguratelj odgovornost za štetu, koju su pretrpjele osobe, koje su u ugovornom odnosu s osiguranikom ili prema svim osobama neovisno o postojanju ugovornog odnosa s osiguranikom, daje ujedno odgovor na pitanje je li po srijedi osiguranje od opće ili ugovorne odgovornosti. Nadalje, osiguranje od opće (izvanugovorne) odgovornosti, dijeli se još na osiguranje od javne odgovornosti i na osiguranje od privatne odgovornosti.¹⁹ Osiguranje od (opće) javne odgovornosti odnosi se na profesionalnu odgovornost za štetu iz obavljanje poslovne djelatnosti. Dakle, ovim osiguranjem se pokriva odgovornost za štete koju mogu pretrpjeti bilo koje treće osobe (neovisno o tome jesu li ili nisu u ugovornom odnosu sa osiguranikom), a potječu iz obavljanja poslovne (profesionalne) djelatnosti osiguranika. Ovo ujedno znači da moramo razlikovati osiguranje od izvanugovorne (opće, javne) profesionalne odgovornosti i osiguranje od ugovorne profesionalne odgovornosti. Osiguranjem od (opće) privatne odgovornosti osigurava se odgovornost privatne osobe za štetu uzrokovanu aktivnošću u svakodnevnom životu, dakle aktivnošću koja nije vezana uz obavljanje njegove profesionalne djelatnosti.

¹⁸ Matijević, B., *Osiguranje u praksi*, Naklada, Zadar, 2007., str. 110.

¹⁹ Ćurković, M., *Osiguranje od odgovornosti poslodavca...*, op. cit., str. 151.

IV. Pojedina obvezna osiguranja od odgovornosti u hrvatskom pravu

Pravni izvori obveznih osiguranja od odgovornosti u hrvatskom pravu nalaze se ponajprije u raznim zakonima (rjeđe podzakonskim aktima ili aktima strukovnih organizacija)²⁰ koji prvenstveno uređuju pojedinu neku djelatnost ili profesiju (*lex specialis*). Stoga se u izlaganjima o pojedinim obveznim osiguranjima od odgovornosti upućuje na takve propise. Kako se u tim propisima uređuju samo najosnovnija pitanja obveznih osiguranja od odgovornosti,²¹ to potpunije pravne izvore predstavljaju pojedini uvjeti osiguranja, bilo da se radi o oglednim (standardnim) uvjetima koje utvrđuje Hrvatski ured za osiguranje, bilo da se radi uvjetima pojedinih osiguratelja, a na koje će se također upućivati u izlaganju. Konačno, pravni izvor predstavlja i ZOO kao *lex generalis* za pitanje uređenja ugovora o osiguranju, poglavito njegove odredbe iz čl. 964. i 965. ZOO-a, koje se odnose osiguranje od odgovornosti, a o kojima je ranije bilo riječi.

1. Osiguranje od odgovornosti za nuklearnu štetu

Obveza osiguranje od odgovornosti za nuklearnu štetu uvedena je u hrvatsko pravo Zakonom o odgovornosti za nuklearnu štetu.²² Obveznik sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti za nuklearnu štetu je korisnik nuklearnog uređaja²³ (čl. 16. st. 1. Zakona). Njegova obveza se ne odnosi samo na obvezu sklapanja ugovora o osiguranju, već i njegovom stalnom održavanju (obnavljanju).²⁴ S položajem korisnika nuklearnog uređaja može biti izjednačen prije-

²⁰ Primjerice, obveza osiguranja od odgovornosti stalnih sudskih vještaka uvedena je Pravilnikom o stalnim sudskim vještacima (NN, br. 88/08, infra IV, 19). Nadalje, obveza posrednika u transferima nogometnih igrača na sklapanje osiguranja od odgovornosti propisana je Pravilnikom o radu posrednika u transferima igrača Hrvatskog nogometnog saveza od 25. kolovoza 2001., Pravilnik se nalazi na internet stranici: www.hns-cff.hr/upl/products/Pravilnik_o_radu_posrednika_u_transferima_igraca.pdf, posjećena 29. prosinca 2008. (infra IV, 11).

²¹ Primjerice, određuje se obveznik sklapanja osiguranja od odgovornosti, u nekim se zakonima određuju i ovlasti strukovnih udruženja u sklapanju ugovora o osiguranju od odgovornosti za svoje članove i ovlasti u pogledu utvrđivanja uvjeta tog osiguranja (npr. u Zakonu o odvjetništvu), a u nekima se uređuju i minimalne svote osiguranja.

²² NN, br. 143/98., tim Zakonom određeno je da za nuklearnu štetu koja je uzrokovana nuklearnom nezgodom odgovara korisnik nuklearnog postrojenja (čl. 10.) i to po načelu objektivne odgovornosti (čl. 11. Zakona).

²³ Korisnikom nuklearnog uređaja smatra se osoba kojoj je nadležno državno tijelo izdalo dozvolu za gradnju, odnosno uporabu nuklearnog postrojenja (čl. 2. toč. 1. Zakona).

²⁴ Ugovor o osiguranju od odgovornosti za nuklearnu štetu po mnogočemu je specifičan u odnosu na ostale ugovore o osiguranju od odgovornosti, a što je i razumljivo zbog velikih šteta koje mogu nastupiti uporabom nuklearnog postrojenja. Tako se primjenjuju posebna pravila o otkazu ugovora. Po čl. 17. st. 1. Zakona, u pogledu raskida, osiguratelj mora obavijestiti u pisanom obliku korisnika, ali i nadležno državno tijelo tri mjeseca prije raskida. Osiguratelj ne može raskinuti ugovor o osiguranju od odgovornosti koji se odnosi na prijevoz nuklearnog materijala za vrijeme trajanja prijevoza (čl. 17. st. 2. Zakona). I ovaj Zakon u čl. 22. priznaje pravo neposredne tužbe prema osiguratelju od odgovornosti, kao što to priznaje i čl. 965. st. 1. ZOO-a.

voznik nuklearnog materijala (čl. 6. Zakona). Zakonske pretpostavke da se prijevoznik nuklearnog materijala može smatrati korisnikom nuklearnog uređaja jest da je za to dobio odobrenje od nadležnog državnog tijela, te da mu je korisnik nuklearnog uređaja dao pisani pristanak da može stupiti na njegovo mjesto. Ako postojeći ugovor o osiguranju od odgovornosti za nuklearnu štetu nije pokrivaio rizik prijevoza nuklearnog materijala, tada u slučaju “ustupanja mjesta” kako je opisano u Zakonu, prijevoznik, kao korisnik nuklearnog uređaja je obavezan sklopiti takav ugovor o osiguranju. Ako postojeći ugovor o osiguranju pokriva prijevoz nuklearnog materijala, tada se može povući usporedba s čl. 961. st. 1. ZOO-a koji se odnosi na prijenos ugovora o osiguranju u slučaju stjecanja osigurane stvari. Dakle, ako bi dosadašnji korisnik nuklearnog uređaja “ustupanjem mjesta” prijevozniku, kako je to opisano u spomenutom čl. 6. Zakona, prenio i vlasništvo nad nuklearnim materijalom i na prijevoznika – sada kao korisnika, tada bi se moglo govoriti i o prijenosu ugovora o osiguranju od odgovornosti za nuklearnu štetu. S tim uvezi, postojala bi obveza dosadašnjeg korisnika nuklearnog materijala da o tom prijelazu obavijesti osiguratelja (čl. 961. st. 4. ZOO-a), ali i primjena općih odredbi o povećanju i smanjenju rizika ako bi se zbog otuđenja nuklearnog materijala povećala ili smanjila vjerojatnost nastupanja osiguranog slučaja (čl. 961. st. 3. ZOO-a).

Za određivanje kruga potencijalnih trećih oštećenih osoba trebamo uzeti u obzir odredbu koja se odnosi na određivanje nuklearne štete (čl. 2. st. 8. Zakona). Tako bi u krug trećih osoba mogle ući sve one osobe koje trpe štetu uzrokovanu smrću, tjelesnom ozljedom ili narušenjem zdravlja čovjeka, kao i osobe koje trpe štetu zbog uništenja ili oštećenja imovine, ali pod uvjetom da je šteta posljedica opasnih svojstava nuklearnog goriva ili radioaktivnih proizvoda ili otpada, koji se nalaze u nuklearnom postrojenju, ili nuklearnog materijala koji je upućen u nuklearno postrojenje, ili je u njemu proizveden, ili se iz njega odašilje, ili kao posljedica ionizirajućeg zračenja ili bilo koje druge vrste zračenja koja potječe od nuklearnog postrojenja. Iz navedenog proizlazi da treće osobe mogu predstavljati unaprijed neodređen broj (masu) oštećenika koji mogu pretrpjeti štetu djelatnošću nuklearnog postrojenja ili svojstvima nuklearnog materijala. Sukladno čl. 13. Zakona, u krug trećih osoba ne bi spadale osobe koje trpe štetu kada zbog nuklearne nezgode bude oštećeno ili uništeno samo nuklearno postrojenje, ili imovina koja se nalazi na prostoru tog postrojenja, a služi tom postrojenju te osobe koje trpe štetu zbog uništenja, ili oštećenja prijevoznog sredstva kojim se prevezio nuklearni materijal.

2. Osiguranje od odgovornosti za štetu na okolišu

Zakonom o zaštiti okoliša²⁵ propisana je obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti za štete na okolišu. Obveznik sklapanja predmetnog osiguranja od odgovornosti je po čl. 171. st. 1. Zakona operater tvrtke koja obavlja djelatnost

²⁵ NN, br. 110/07.

koja predstavlja rizik za okoliš i za ljudsko zdravlje, tzv. opasna djelatnost (čl. 150. st. 1. Zakona), kao i operater tvrtke koja ne obavlja opasnu djelatnost, ali u obavljanju te djelatnosti ne otklanja opasnosti i ne sprječava nanošenje šteta biljnim i životinjskim vrstama i/ili prirodnim staništima zaštićenim posebnim propisima (čl. 150. st. 2. Zakona). Operater tvrtke je uprava tvrtke (fizička osoba, tijelo ili pravna osoba) koja prema posebnim propisima upravlja tvrtkom ili nadzire rad tvrtke (čl. 3. st. 1. toč. 29. Zakona).

Trećim osobama smatrale bi se Država odnosno RH, kao i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave za štete koje su djelovale na okoliš, odnosno na zaštićene vrste (čl. 157. st. 1. Zakona). Nedvojbeno je da bi i ostale fizičke i pravne osobe mogle trpjeti štetu zbog štetnih zahvata na okolišu.²⁶ Stoga je i propisano u čl. 158. Zakona da se pravo na naknadu štete fizičkih i pravih osoba, kada je prilikom nanošenja šteta na okoliš, ili na zaštićene vrste, ili onečišćenjem od onečišćivača, nanese ujedno i šteta na imovini tih fizičkih i pravnih osoba, ali i na bilo kojem drugom pravu tih osoba,²⁷ prosuđuje po propisima kojima se uređuju obvezni odnosi, dakle po Zakonu o obveznim odnosima. Međutim, takve fizičke i pravne osobe ne mogu se pojaviti u položaju trećih oštećenih osoba u smislu ovlaštenika prava na naknadu iz osiguranja od odgovornosti za štete na okolišu. Ovo stoga jer se u čl. 171. st. 1. Zakona govori o obvezi operatera tvrtki za sklapanje osiguranja od odgovornosti za “možebitne štete nanese na okolišu”, a popratne štete na fizičkim i pravnim osobama, odnosno njihovim imovinskim i ostalim pravima, se po čl. 158. Zakona ne smatraju štetama na okolišu već “drugim štetama” koje su nastale prilikom nastanka šteta na okolišu. Dakle, ovdje se ne radi o potencijalno neograničenom krugu trećih osoba kao ovlaštenika prava na naknadu iz svote osiguranja od odgovornosti za štetu na okolišu, već u krug ovlaštenika mogu spadati jedino RH i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

3. Osiguranje od odgovornosti ovlaštenih arhitekata i inženjera u graditeljstvu

Zakonom o Hrvatskoj komori arhitekata i inženjera u graditeljstvu²⁸ uvedena je obveza osiguranja od odgovornosti ovlaštenih arhitekata i ovlaštenih inženjera

²⁶ U pravilu se radi o različitim imisijama i zahvatima nepovoljnim za okoliš. Lončarić-Horvat, O., et al., *Pravo okoliša*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Ministarstvo zaštite okoliša i prostornog uređenja i Organizator, Zagreb, 2003., str. 200.

²⁷ Zakon ne govori o tomu što se smatra drugim pravima fizičkih i pravnih osoba osim imovinskih prava. No, ako ovo tumačimo po *argumentum a contrario*, onda se može govoriti o neimovinskim osobnim pravima tih osoba. U osobna neimovinska prava fizičkih osoba svakako bi spadalo, i pravo na život, i tjelesno, i duševno zdravlje (čl. 19. st. 2. ZOO-a). Štetnim djelovanjem na okoliš nedvojbeno se mogu povrijediti i navedena neimovinska osobna prava, što bi imalo za nastanak štete fizičkim osobama (Gavella, N., *Osobna prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2000., str. 76. i 80.). Svakako ako bi štetnim djelovanjem na okoliš, bilo povrijeđeno i neko neimovinsko pravo pravne osobe, pa time nastane pravnoj osobi određena šteta postojala bi i odgovornost za takvu štetu.

²⁸ NN, br. 47/98.

koji bi obavljanjem poslova mogli prouzročiti štetu trećim osobama. U pogledu ovog obveznog osiguranja od odgovornosti propisano je u čl. 35. st. 8. Zakona da Uvjete osiguranja zajedno utvrđuju osiguratelji u RH, Komora te Ministarstvo prostornog uređenja, planiranja i graditeljstva. To je i učinjeno pa su od 1. siječnja 2001. godine u primjeni zajednički Uvjeti za osiguranje od odgovornosti ovlaštenih arhitekata i inženjera u graditeljstvu²⁹ za štete koje mogu počinuti trećim osobama. Također i sama Komora može preuzeti osiguranje od odgovornosti svih ovlaštenih arhitekata i inženjera u RH. U tom slučaju ovlašteni arhitekti inženjeri dužni su plaćati Komori naknadu za osiguranje od odgovornosti (čl. 35. st. 5. Zakona).

Osobe obveznici sklapanja osiguranja od odgovornosti su (čl. 35. st. 1. Zakona): 1) ovlašteni inženjer i ovlašteni arhitekt³⁰ kao (pojedinci) fizičke osobe,³¹ 2) pravna osoba u kojoj rade ovlašteni arhitekti i ovlašteni inženjeri te 3) projektantsko društvo. Pravna osoba ima obvezu sklopiti osiguranje od odgovornosti za svoje zaposlenike koji su ovlašteni arhitekti i ovlašteni inženjeri, a projektantsko društvo ima obvezu sklopiti osiguranje za ovlaštene arhitekate i ovlaštene inženjere koji su članovi toga društva, kao i za ostale ovlaštene inženjere i ovlaštene arhitekate koji su zaposlenici tog projektantskog društva. Dakle, pravne osobe i projektantska društva javljaju se kao ugovaratelji osiguranja za račun ovlaštenih arhitekata i ovlaštenih inženjera koji mogu biti njihovi zaposlenici, ali i članovi projektantskog društva (pravne osobe). Stoga, sukladno čl. 929. st. 1. ZOO-a pravne osobe i projektantska društva imaju samo obvezu plaćanja premije (i ostalih obveza iz ugovora, troškova i sl.), a prava iz osiguranja ostvaruju osiguranici (korisnici osiguranja), tj. članovi i zaposlenici tih pravnih osoba koji su ujedno i ovlašteni arhitekti i ovlašteni inženjeri.³² Osobe koje su dužne sklopiti osiguranje od odgovornosti, dužne su ga i obnavljati (čl. 35. st. 4. Zakona).

Koje su treće osobe, nije Zakonom posebno definirano, već se u čl. 1. st. 4. zajedničkih Uvjeta navodi: "Treća osoba je svaka oštećena osoba koja nije subjekt ugovora o osiguranju od odgovornosti ovlaštenih arhitekata i inženjera u

²⁹ Uvjeti se nalaze na: www.hkaig.hr/akti/11.doc, internet stranica posjećena 29. prosinca 2008.

³⁰ Nije svaki arhitekt ili inženjer obvezan na sklapanje osiguranja od odgovornosti, već samo oni koji su tzv. ovlašteni arhitekti ili inženjeri, a za dobivanje takvog statusa potrebno je da inženjer i arhitekt bude upisan u Imenik ovlaštenih inženjera i arhitekata (čl. 24. st. 1. Zakona) kojeg vodi Komora (čl. 23. st. 1. Zakona), a preduvjeti za to su uz formalno obrazovanje još i neki dodatni uvjeti (čl. 26. st. 2. Zakona). Također, pojmom inženjera u graditeljstvu obuhvaćene su i one osobe koje imaju i titulu inženjera i drugih tehničkih struka (geodezije, strojarstva i elektrotehnike), a ne samo one koje imaju titulu diplomiranog inženjera građevinske struke. Da bi postojala obveza takvih osoba za sklapanjem osiguranja od odgovornosti, bitno je da su takve osobe upisane u Imenik Komore kao inženjeri u graditeljstvu.

³¹ Te su osobe ujedno u čl. 1. st. 2. Uvjeta određeni i kao osiguranici čija se profesionalna odgovornost osigurava.

³² Ugovaratelj osiguranja mogao bi ostvarivati prava samo ako osiguranici na to daju izričit pristanak i da je ugovaratelj osiguranja u posjedu izvornika police osiguranja. Pavić, D., u: Gorenc, Komentar Zakona o obveznim odnosima, RriF plus, Zagreb, 2005., str. 1399.

graditeljstvu, a pretrpjela je štetu koja je nastala kao posljedica obavljanja poslova iz djelokruga ovlaštenih arhitekata i inženjera”. Dakle, radi se o potencijalno neodređenom krugu (broju) trećih osoba koje mogu pretrpjeti štetu kao posljedicu obavljanja poslova iz djelokruga ovlaštenih arhitekata i inženjera.³³ Oštećene treće osobe mogu (primjerice investitori), ali i ne moraju biti ni u kakvom ugovornom odnosu s ovlaštenim arhitektima ili ovlaštenim inženjerima, odnosno pravnim osobama i projektantskim društvima koji zapošljavaju ovlaštene arhitekate ili ovlaštene inženjere. Ovo znači da osiguranje od odgovornosti ovlaštenih arhitekata i inženjera pokriva i štete za koje postoji izvanugovorna odgovornost ovlaštenih arhitekta ili ovlaštenih inženjera u graditeljstvu u obavljanju poslova iz svog djelokruga.

4. Osiguranje od odgovornosti inženjera šumarstva i drvne tehnologije

Zakonom o Hrvatskoj komori inženjera šumarstva i drvne tehnologije³⁴ uvedeno je obvezno osiguranje od odgovornosti za štetu koju bi ovlaštenu inženjer (iz područja šumarstva i drvne tehnologije) mogao nanijeti trećima obavljanjem poslova (čl. 32. Zakona). Do sada, koliko je autoru poznato, nisu doneseni zajednički Uvjeti osiguranja od odgovornosti, iako je u čl. 32. st. 3. Zakona predviđeno da uvjete osiguranja ugovara Komora s osiguravateljima u ime svih svojih članova, koji bi se onda primjenjivali na sve ovlaštene inženjere šumarstva i drvne tehnologije na području cijele države. U nedostatku zajedničkih uvjeta preostaje da pojedini osiguratelji utvrđuju uvjete za predmetno osiguranje od odgovornosti.³⁵

Obveznici sklapanja navedenog osiguranja jesu: 1) ovlaštenu inženjer³⁶ šumarstva i drvne tehnologije samostalno kao pojedinci; 2) pravna osoba kod koje je ovlaštenu inženjer zaposlen. U ovom posljednjem slučaju pravna osoba se javlja kao ugovaratelj osiguranja, (a time i obveznik plaćanja premije), a korisnik (osiguranik) je sam ovlaštenu inženjer kojemu i pripadaju prava iz

³³ Međutim, Uvjetima osiguranja u čl. 12. navede su osobe čiji zahtjevi za naknadu štete neće biti pokriveni osiguranjem, odnosno koji su isključeni iz osiguranja. Radi se o osobama koje ne ulaze u krug trećih osoba, te nemaju pravo na naknadu štete iz svote osiguranja. To su osobe koje su u direktnom ili indirektnom vlasništvu ili pod kontrolom osiguranika, odnosno koje vodi ili njima upravlja osiguranik, odštetni zahtjevi osoba koje su u srodstvu s osiguranikom (srođnicima se smatraju supružnici, djeca i roditelji), kao i solidarno odgovorne osobe za štetu koje postavljaju regresne zahtjeve jedne prema drugoj.

³⁴ NN, br. 26/06

³⁵ Tako primjerice, u obzir bi došla primjena i Uvjeta za osiguranje od ugovorne (profesionalne) odgovornosti Croatia osiguranja (u kojima je u čl. 20. st. 1. toč. 1. i 2. navedeno da se po ovim uvjetima osiguranje može sklopiti i za lov i stupačarenje te šumarstvo i sječu drva), kao i Uvjeti za osiguranje od izvanugovorne (javne) odgovornosti Croatia osiguranja.

³⁶ Ovlaštenu inženjeri šumarstva i drvne tehnologije su oni inženjeri šumarstva i drvne tehnologije koji su upisani u Imenik ovlaštenih inženjera koje vodi Komora (čl. 21. st. 1. Zakona). Da bi se neka osoba upisala u Imenik potrebno je uz formalno obrazovanje udovoljiti i dodatnim uvjetima iz čl. 23. st. 2. Zakona.

osiguranja (osiguranje za tuđi račun). Zakonom je propisana mogućnost da i Komora može sklopiti ugovor o osiguranju u ime svojeg člana (čl. 32. st. 4.).

Treće osobe nisu posebno Zakonom određene, već bi se definicija trećih osoba mogla potražiti u eventualnim uvjetima osiguranja. No, već iz odredbi samog Zakona proizlazi da su treće osobe sve one osobe koje su oštećene obavljanjem poslova ovlaštenog inženjera šumarstva/drvene tehnologije. Smatramo da bi u obzir svakako došle prije svega osobe koje su u ugovornim odnosima s osiguranikom kojima on obavlja svoje usluge (poslove) iz područja šumarstva i drvene tehnologije, ali i sve ostale osobe koje su zbog obavljanja takvih poslova oštećene. Dakle, iz svote osiguranja pokrivala bi se štete kako na osnovi ugovorne (zbog neispunjenja, manjkavog ispunjenja ili zakašnjelog ispunjenja svoje obveze), tako i na osnovi izvanugovorne odgovornosti (štete zbog smrti, narušenja zdravlja, uništenja ili oštećenja stvari).

5. Osiguranje od odgovornosti privatnih detektiva i zaštitara

Zaštitarska djelatnost regulirana je Zakonom o privatnoj zaštiti,³⁷ dok je djelatnost privatnih detektiva regulirana Zakonom o zaštiti osoba i imovine.³⁸ Ono na što treba ukazati jest da je i zaštitarska djelatnost bila ranije uređena Zakonom o zaštiti osobe i imovine, koji se danas primjenjuje samo na privatne detektive. Tim je Zakonom bilo uvedeno obvezno osiguranje od odgovornosti trgovačkih društava za štetu koju bi njezini zaposlenici mogli počinuti strankama ili trećima u obavljanju zaštitarskih, odnosno detektivskih poslova (čl. 37. st. 1. Zakona o zaštiti osoba i imovine). Ova obveza uvedena je bila i za obrtnike, privatne detektive i detektivske urede (čl. 38. Zakona o zaštiti osoba i imovine). U međuvremenu, donijet je Zakon o privatnoj zaštiti, i u čl. 70. tog Zakona određeno je da njegovim stupanjem na snagu prestaju važiti odredbe Zakona o zaštiti osoba i imovine, osim odredbi koje se odnose na detektivsku djelatnost i privatne detektive (čl. 39. do 59. Zakona o zaštiti osobe i imovine) i drugih odredbi koje se odnose na privatne detektive. Dakle, prestale su važiti i odredbe o obveznom osiguranju od odgovornosti osoba (trgovačkih društava) koje obavljaju zaštitarsku djelatnost (čl. 37. Zakona o zaštiti osoba i imovine). Zakon o privatnoj zaštiti, kao važeći zakon koji uređuje zaštitarsku djelatnost, ne sadržava istovjetne odredbe spomenutom čl. 37. Zakona o zaštiti osoba i imovine o obveznom osiguranju od odgovornosti osoba koje obavljaju zaštitarsku djelatnost. Iz ovoga se zaključuje da osobe koje obavljaju zaštitarsku djelatnost, nakon stupanja na snagu Zakona o privatnoj zaštiti (30. travnja 2004. godine) više nisu u obvezi sklapanja osiguranja od odgovornosti za štetu koju trećima prouzroče njihovi djelatnici (zaštitari, čuvari) u obavljanju zaštitarske djelatnosti. Sklapanje takvog osiguranja od odgovornosti ovisi, zapravo o njihovoj slobodnoj volji, a što je s obzirom na ovlasti kojima raspolažu zaštitari i čuvari (čl. 27.

³⁷ NN, br. 68/03.

³⁸ NN, br. 83/96., 90/96. i 96/01.

Zakona o privatnoj zaštiti), kao i na njihovu javnu funkciju³⁹ doista nezahvalno za položaj osoba koje obavljaju takvu djelatnost, a s druge strane otežava se položaj eventualnih oštećenika.

Neovisno o tomu, na ovom mjestu, ipak ćemo se osvrnuti na osiguranje od odgovornosti u zaštitarskoj djelatnosti, pored osiguranja od odgovornosti u detektivskoj djelatnosti. U radu ćemo se osvrnuti na zajedničke Uvjete za osiguranje od odgovornosti iz obavljanja zaštitarske i detektivske djelatnosti od 28. listopada 2004. godine koji se odnose zajednički na obje djelatnosti. Standardni neobvezujući (ogledni) uvjeti još nisu utvrđeni.

Sukladno gore navedenom, postoji samo obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti u obavljanju detektivske djelatnosti.⁴⁰ Obveza sklapanja predmetnog osiguranja postoji na strani privatnih detektiva i detektivskih ureda⁴¹ (čl. 38. Zakona o zaštiti osoba i imovine). S druge strane, djelatnost privatne zaštite⁴² mogu obavljati pravne osobe koje su registrirane za obavljanje poslova privatne zaštite kod nadležnoga trgovačkog suda, osim tajnih društava; te obrtnici koji mogu obavljati samo poslove tehničke zaštite, a poslove tjelesne zaštite obrtnici mogu obavljati samo za vlastite potrebe unutarnje čuvarske službe (čl. 4. Zakona o privatnoj zaštiti). Stoga, kada bi se eventualno *de lege ferenda* uvela i obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti u obavljanju zaštitarske djelatnosti, tada bi obveznici sklapanja takvog osiguranja mogli biti pravne osobe registrirane za obavljanje poslova privatne zaštite (trgovačka društva), zatim, obrtnici koji obavljaju tehničku zaštitu, te tjelesnu zaštitu za svoje vlastite potrebe. Dakle, radilo bi se o istoj kategoriji osoba koje su bile obvezne na sklapanje osiguranja od odgovornosti u obavljanju zaštitarske djelatnosti i po ranije donesenom Zakonu o zaštiti osoba i imovine.

Dakle, po samom Zakonu o zaštiti osoba i imovine kao ugovaratelj osiguranja i kao osiguranik u svakom slučaju je pravna (trgovačko društvo) ili fizička osoba (obrtnik) koja obavlja detektivsku djelatnost (eventualno *de lege ferenda* i zaštitarsku djelatnost). Uvjetima osiguranja (toč. 2. i 3. uvodnih odredbi) određeno je da ugovaratelj osiguranja može biti i druga osoba, dok je osiguranik uvijek osoba koja obavlja detektivsku (zaštitarsku) djelatnost i kojoj pripadaju prava iz osiguranja. U literaturi se ističe da bi se u tom slučaju kao ugovaratelj osiguranja mogla pojaviti i strukovna udruga privatnih detektiva ili zaštitara,

³⁹ Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti u odnosima zaštitarske i detektivske djelatnosti*, Pravo i porezi, br. 7., 1997., str. 734.

⁴⁰ Detektivska djelatnost podrazumijeva poslove prikupljanja i obrade podataka i dokazala (čl. 39. st. 1. Zakona o zaštiti osoba i imovine i čl. 17. st. 2. Uvjeta).

⁴¹ Detektivsku djelatnost obavljaju osobe privatni detektivi koji navedenu djelatnost obavljaju kao obrt (čl. 39. st. 2. i čl. 42. st. 1. Zakona o zaštiti osoba i imovine), a dva ili više privatnih detektiva mogu osnovati detektivski ured koji ima pravni oblik javnog trgovačkog društva ili komanditnog društva (čl. 46. st. 1. i 2. Zakona o zaštiti osoba i imovine).

⁴² Prema čl. 3. Zakona o privatnoj zaštiti, djelatnost privatne zaštite obuhvaća poslove zaštite osoba i imovine koji se obavljaju tjelesnom i/ili tehničkom zaštitom, uz primjenu određenih pravila postupanja propisanih tim Zakonom i drugim propisima donesenih na temelju tog Zakona.

slično kao što se kao ugovaratelji osiguranja od odgovornosti mogu pojaviti i strukovne udruge drugih profesija.⁴³

Sukladno, čl. 37. st. 1. Zakona o zaštiti osoba i imovine koji se odnosi na detektive (a prije se odnosio i na zaštitare) kao treće osobe mogu se pojaviti stranke detektiva (zaštitara),⁴⁴ ali i ostale treće osobe, tj. osobe koje nisu ni u kakvom ugovornom odnosu s detektivom (zaštitarom). Ovo znači da je predmetnim osiguranjem od odgovornosti pokrivena ugovorna i izvanugovorna odgovornost detektiva (zaštitara) u obavljanju njihove djelatnosti.⁴⁵ Tomu u prilog ide i odredba toč. 4. uvodnih odredbi Uvjeta u kojoj su treće osobe opisane kao osobe koje nisu subjekt ugovora o osiguranju, odnosno čija odgovornost nije pokrivena osiguranjem.

6. Osiguranje od odgovornosti Hrvatske kontrole zračne plovidbe

Hrvatska kontrola zračne plovidbe je društvo s ograničenom odgovornošću koje je osnovano Zakonom o osnutku Hrvatske kontrole zračne plovidbe.⁴⁶ Osnivač i jedini član društva je RH (čl. 4. Zakona), a osnovano je radi obavljanja poslova kontrole zračne plovidbe u Republici Hrvatskoj (čl. 1. st. 1. Zakona).

Neminovno je da se propustima u kontroli zračne plovidbe može prouzročiti šteta trećima osobama. Stoga je ponajprije propisano da Hrvatska kontrola zračne plovidbe (dalje u tekstu: Društvo) odgovara za štetu učinjenu trećim osobama (čl. 9. st. 1. Zakona), ali također je propisano da je Društvo obvezno se osigurati od rizika štete (čl. 9. st. 4. Zakona). Dakle, Društvo obveznik je sklapanja obveznog osiguranja od odgovornosti za štete zbog obavljanja poslova kontrole zračne plovidbe. Zakonom nije određeno koje se to osobe mogu smatrati trećima, no ponajprije bi u taj krug osoba spadali, tzv. korisnici uređaja i usluga Društva. Ovdje bi spadali korisnici koji plaćaju naknadu Društvu za korištenje njegovih uređaja i usluga (čl. 8. st. 1. toč. 1. Zakona),⁴⁷ kao i korisnici koji ne plaćaju takve naknade (čl. 8. st. 2. Zakona)⁴⁸ jer se i takvim korisnicima

⁴³ Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti u odnosima zaštitarske i detektivske djelatnosti*, op. cit., str. 734.

⁴⁴ Naime, privatni detektivi, smiju obavljati detektivske poslove samo na temelju ugovora sklopljenog u pisanom obliku između privatnog detektiva i naručitelja detektivske usluge (stranke) te na temelju posebne punomoći stranke (čl. 50. Zakona o zaštiti osoba i imovine). Tako i po čl. 6. Zakona o privatnoj zaštiti pravne osobe i obrtnici provode privatnu zaštitu na temelju pisanog ugovora sklopljenog s fizičkim i pravnim osobama kojima pružaju zaštitu.

⁴⁵ Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti u odnosima zaštitarske i detektivske djelatnosti*, op. cit., str. 734.

⁴⁶ NN, br. 19/98. i 20/00. (odluka Ustavnog suda).

⁴⁷ Ovdje bi se prvenstveno radilo o komercijalnim korisnicima (primjerice aviokompanijama) koji obavljaju zračni prijevoz putnika i tereta.

⁴⁸ To su: državni zrakoplovi Republike Hrvatske (zrakoplovi koji se koriste u vojne, policijske i carinske svrhe), strani državni zrakoplovi na temelju uzajamnosti; korisnici zrakoplova u pokusnom letu i letu za izobrazbu letačkog osoblja (osim, ako se na tim letovima ne prevoze putnici i/ili teret), drugi korisnici zrakoplova izuzeti na temelju izuzeća koje utvrdi Eurocontrol.

može nanijeti šteta propustima u kontroli zračne plovidbe. Svakako da bi se kao treće osobe mogle pojaviti još bilo koje druge osobe kojima je, pored korisnika uređaja i usluga Društva, prouzročena šteta propustima u kontroli zračne plovidbe.⁴⁹

7. *Osiguranja od odgovornosti naručitelja ispitivanja veterinarsko-medicinskih proizvoda*

Obvezno osiguranje odgovornosti naručitelja ispitivanja veterinarsko-medicinskih proizvoda uvedeno čl. 19. Zakona o veterinarsko-medicinskim proizvodima.⁵⁰ Dakle, obveznik sklapanja osiguranja od odgovornosti je naručitelj ispitivanja veterinarsko-medicinskih proizvoda. Prema čl. 2. toč. 21. Zakona, naručitelj kliničkog ispitivanja je svaka pravna ili fizička osoba koja je odgovorna za početak, provođenje kliničkog ispitivanja i o čijem se trošku provodi kliničko ispitivanje. U osigurateljsko pokrivanje ulaze sve štete koje mogu nastati tijekom (kliničkog) ispitivanja veterinarsko-medicinskih proizvoda, pa možemo zaključiti da bi položaj treće osobe imale sve osobe koje trpe bilo kakvu štetu obavljanjem kliničkog ispitivanja veterinarsko-medicinskih proizvoda.

8. *Osiguranje od odgovornosti iz djelatnosti zastupanja u osiguranju i posredovanja u osiguranju (i reosiguranju)*

Djelatnost zastupanja i posredovanja u osiguranju (i reosiguranju) ima za cilj što brže i jednostavnije približavanje budućih ugovaratelja osiguranja i samih osiguratelja koji nude određeni osigurateljski proizvod. Da bi posrednici i zastupnici u osiguranju mogli obavljati taj cilj potrebno je dobro poznavati osigurateljski proizvod koji se prodaje, kao i prepoznati specifične potrebe pojedinih kupaca (budućih ugovaratelja osiguranja).⁵¹ No, svojom djelatnošću posrednici i zastupnici u osiguranju mogu prouzročiti štetu kako osigurateljima, tako i budućim osiguranicima, poglavito ako djelatnost obavljaju nemarno ili uz nedostatak potrebnih stručnih znanja. U tom cilju propisani su određeni formalni uvjeti koji moraju biti ispunjeni za dobivanje ovlaštenja za obavljanje poslova zastupanja i posredovanja u osiguranju (i reosiguranju).⁵² No, također je propisana obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti u obavljanju poslova zastupanja u osiguranju (čl. 237. Zakona o osiguranju), kao i u obavljanju poslova posredovanja u osiguranju i reosiguranju (čl. 243. Zakona o osiguranju),

⁴⁹ Dakle, radilo bi se o osobama u i izvan letjelica kao ovlaštenicima prava na naknadu štete zbog smrti i tjelesne ozljede, kao i o ovlaštenicima prava na naknadu štete zbog uništenja i oštećenja tereta i stvari u letjelicama, kao i stvari izvan letjelica te ovlaštenici prava na naknadu štete zbog uništenja ili oštećenja letjelica.

⁵⁰ NN, br. 84/08.

⁵¹ Čurković, M., *Posredovanje i zastupanje u osiguranju, Osiguranje – hrvatski časopis za teoriju i praksu osiguranja*, god. 39, br. 2-3., 1999., str. 3-4

⁵² Čl. 248. i 249. Zakona o osiguranju, NN, br. 151/05. i 87/08.

i to pod prijetnjom oduzimanja dozvola za rad.⁵³ U pogledu obveznog osiguranja od odgovornosti posrednika u osiguranju i reosiguranju utvrđeni su i neobvezujući ogleđni (standardni) uvjeti od 27. svibnja 2008. godine, dok to nije slučaj i za osiguranje od odgovornosti zastupnika u osiguranju, pa ćemo se stoga u radu osvrnuti na posebne Uvjete za osiguranje od odgovornosti iz obavljanja djelatnosti zastupanja u osiguranju Croatia osiguranja koji su u primjeni od 1. siječnja 2000. godine.

U određivanju obveznika sklapanja osiguranja od odgovornosti u djelatnosti zastupanja u osiguranju moramo poći od poslovnih subjekta koji mogu obavljati gospodarsku djelatnost zastupanja u osiguranju. To su: društvo za zastupanje u osiguranju (čl. 260. st. 1. toč. 1. Zakona o osiguranju), obrt za zastupanje u osiguranju (čl. 250. st. 1. toč. 2. Zakona o osiguranju), te banke, FINA i HP-Hrvatska pošta d.d. (čl. 250. st. 4. Zakona o osiguranju).

Obveznik sklapanja osiguranja od odgovornosti u djelatnosti zastupanja u osiguranju jest društvo za zastupanje u osiguranju (čl. 237. Zakona o osiguranju). Nisu obveznici sklapanja predmetnog osiguranja od odgovornosti obrtnik za zastupanje u osiguranju (čl. 236. Zakona o osiguranju), kao i pojedinačni zastupnik u osiguranju koji nije obrtnik (čl. 234. st. 1. Zakona o osiguranju).⁵⁴ Ovdje valja napomenuti da po čl. 238. st. 1. Zakona o osiguranju za postupke zastupnika u osiguranju odgovara društvo za zastupanje u osiguranju i društvo za osiguranje. Zapravo odgovaralo bi ono društvo s kojim je zastupnik u osiguranju u ugovornom ili zaposleničkom odnosu.

Ako se radi o društvu za zastupanje, tada je ono obvezno imati sklopljeno osiguranje od odgovornosti, pa bi onda i odgovornost takvog društva za zastupanje u osiguranju koja se odnosi na postupke zastupnika u osiguranju koji je s njime zaposleničkom ili nekom drugom pravnom odnosu, bila pokrivena osigurateljskim pokrićem od odgovornosti za djelatnost zastupanja. Dakle, položaj zastupnika u osiguranju koji je u pravnom ili zaposleničkom odnosu s društvom za zastupanje u osiguranju bio bi izjednačen s položajem suosigurane osobe. Čini se da su na tom tragu i posebni Uvjeti za osiguranje od odgovornosti iz obavljanja djelatnosti zastupanja u osiguranju jer izrijeком isključuju iz pokrića samo štete nastale postupanjem ili propustom zaposlenika osiguranika koji nemaju ovlaštenje za rad u smislu zastupnika u osiguranju (čl. 7. toč. 6.

⁵³ U slučaju ako društvo za zastupanje u osiguranju i društvo za posredovanje u osiguranju i reosiguranju nemaju osiguranu odgovornost u skladu sa odredbama Zakona o osiguranju, tada nadzorno tijelo mora oduzeti dozvolu za obavljanje poslova zastupanja u osiguranju i poslova posredovanja u osiguranju i reosiguranju (čl. 252. st. 4. toč. 3. i čl. 254. st. 4. toč. 3. Zakona o osiguranju).

⁵⁴ Položaj pojedinačnog zastupnika u osiguranju koji nije obrtnik je specifičan utoliko što poslove zastupanja u osiguranju može obavljati samo na temelju zaposlenja, odnosno drugog pravnog odnosa u društvu za osiguranje, društvu za zastupanje u osiguranju, odnosno obrtu za zastupanje u osiguranju, banci, Financijskoj agenciji i HP-Hrvatskoj pošti (čl. 234. st. 3. Zakona o osiguranju). S druge strane, obrtnik za zastupanje u osiguranju može obavljati samostalno gospodarsku djelatnost pružanja usluga zastupanja u osiguranju (čl. 236. st. 1. Zakona o osiguranju).

Uvjeta), a ne isključuju iz pokrića takve štete prouzročene od strane zaposlenika osiguranika koji imaju navedeno ovlaštenje za rad kao zastupnici u osiguranju. U Zakonu o osiguranju nije izrijekom propisano da društvo za zastupanje u osiguranju odgovara za postupke obrtnika za zastupanje u osiguranju. Međutim, ako bi obrtnik za zastupanje u osiguranju bio u posebnom ugovornom odnosu s društvom za zastupanje u osiguranju, to bi i obrtnici za zastupanje u osiguranju imali položaj suosigurane osobe, kao što to imaju i pojedinačni zastupnici u osiguranju koji su također u posebnom ugovornom odnosu s društvom za zastupanje u osiguranju.⁵⁵

Ako je zastupnik u osiguranju kao pojedinac u ugovornom ili zaposleničkom odnosu s društvom za osiguranje, (a ne s društvom za zastupanje u osiguranju), ili ako je obrtnik za zastupanje u osiguranju u posebnom ugovornom odnosu s društvom za osiguranje, iz Zakona ne proizlazi izričita odredba po kojoj bi takav osiguratelj (društvo za osiguranje) imao obvezu osigurati se od odgovornosti zbog postupanja njegovog zastupnika u osiguranju, bilo kao pojedinca ili obrtnika. Također, Zakon o osiguranju izričito ne spominje ni obvezu banaka, FINE i HP-Hrvatska pošta d.d. da sklope ugovor o osiguranju od odgovornosti u djelatnosti zastupanja u osiguranju.

U određivanju obveznika sklapanja osiguranja od odgovornosti u djelatnosti posredovanja u osiguranju i reosiguranju, također je najbolje poći od subjekta koji može obavljati gospodarsku djelatnost posredovanja u osiguranju i reosiguranju, a to je društvo za posredovanje u osiguranju i reosiguranju (čl. 253. st. 1. toč. 1. Zakona o osiguranju) kao samostalna pravna osoba. U čl. 243. Zakona o osiguranju propisana je tako obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti takvog društva za obavljanje djelatnosti posredovanja u osiguranju i reosiguranju.

Za određivanje kruga trećih (oštećenih) osoba u predmetnim osiguranjima od odgovornosti potrebno je na početku praviti razliku posrednika i zastupnika u osiguranju.

Kod zastupanja u osiguranju, kao treća osoba može se pojaviti osiguratelj u čije ime i za čiji računa zastupnik nastupa na tržištu. Odgovornost zastupnika prema osiguratelju kojega zastupa bila bi tzv. ugovorna odgovornost. No, kao treće osobe mogu se pojaviti i osobe potencijalnih ugovaratelja osiguranja, kao i osobe koje su na temelju djelatnosti zastupnika sklopile ugovor o osiguranju (ugovaratelji osiguranja). Dakle, u krug trećih osoba ulazile bi i osobe koje nisu ni u kakvom ugovornom odnosu s zastupnikom osiguranja. Ako usprkos

⁵⁵ Kao razlog zbog kojega ne postoji obvezno osiguranje od odgovornosti obrtnika za zastupanje u osiguranju i zastupnika u osiguranju kao pojedinaca jest da su premije takvog osiguranja skupe. Stoga, je praksa u Europi da ako poduzeće u čije ime nastupa zastupnik u osiguranju, osigurava, ili daje jamstvo, ili preuzima potpunu odgovornost za postupanje zastupnika ili obrtnika za zastupanje u osiguranju, tada nije potrebno da ove dvije posljednje kategorije osoba imaju sklopljen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje zastupanja u osiguranju. Čurković, M., Druga EU direktiva o posredovanju o osiguranju, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 4., Mostar, 2006., str. 188.

djelatnosti zastupnika, izostane sklapanje ugovora o osiguranju, a bilo osiguratelju, bilo izjalovljenom ugovaratelju osiguranja nastane šteta koja se pripisuje u odgovornost zastupnika, tada bi također postojalo osigurateljsko pokriće oštećenim osobama.

Kod posredovanja u osiguranju (i reosiguranju) kao treća oštećena osoba može se pojaviti nalogodavac u ugovoru o posredovanju u osiguranju (i reosiguranju). To je najčešće sam potencijalni ugovaratelj osiguranja, ali nije isključeno da to može biti i osiguratelj. Dakle, radilo bi se prvenstveno o osobama prema kojima bi postojala tzv. ugovorna odgovornost. S druge strane, kao treće oštećene osobe mogu se pojaviti i osoba koja je sklopila ugovor o osiguranju s osobom za koju je posrednik nastupao. To može biti osiguratelj, ako je posrednik nastupao za ugovaratelja osiguranja, odnosno ugovaratelj osiguranja ako je posrednik nastupao za osiguratelja. Dakle, kao treće osobe mogu se pojaviti i osobe koje nisu u ugovornoj vezi s posrednikom. Ako usprkos djelatnosti posrednika, izostane sklapanje ugovora o osiguranju, pa bilo osiguratelju, bilo izjalovljenom ugovaratelju osiguranja nastane šteta koje se pripisuje u odgovornost posrednika, tada bi također postojalo osigurateljsko pokriće oštećenim osobama.

Stoga, možemo zaključiti da u zastupanju i posredovanju u osiguranju (i reosiguranju) položaj trećih oštećenih osoba mogu imati i osiguratelji, ali i ugovaratelji osiguranja, uključivši buduće ugovaratelje i one za koje se sklapanje ugovora o osiguranju izjalovilo zbog propusta zastupnika/posrednika u osiguranju (i reosiguranju).

9. Osiguranje od odgovornosti posrednika u prometu nekretnina

Zakonom o posredovanju u prometu nekretnina⁵⁶ uvedena je u hrvatsko pravo obveza sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti za posrednike u prometu nekretnina (čl. 5. st. 1. Zakona). Posljedično tomu, od strane Hrvatskog ureda za osiguranje utvrđeni su i neobvezujući ogledni (standardni) Uvjeti osiguranja od odgovornosti posrednika u prometu nekretnina, od 25. rujna 2008. godine.⁵⁷

Posrednik u prometu nekretnina je obveznik sklapanja osiguranja od odgovornosti u prometnu nekretnina, a određuje se kao ovlašteno trgovačko društvo, trgovac pojedinac ili obrtnik koji ispunjava uvjete za obavljanje posredovanja u prometu nekretnina (čl. 2. st. 1. Zakona o posredovanju u prometu nekretnina).

Treće se osobe prema Zakonu smatraju, sam nalogodavac posrednika, ali i ostale treće osobe kojima je posrednik mogao prouzročiti štetu obavljanjem posredovanja. Nalogodavcem se prema čl. 2. toč. 7. Zakona smatra fizička ili pravna osoba koja s posrednikom u prometu nekretnina sklapa pisani ugovor o

⁵⁶ NN, br. 107/07.

⁵⁷ Uvjeti se nalaze na www.huo.hr, u izborniku "Uvjeti osiguranja", internet stranica posjećena 29. prosinca 2008.

posredovanju (prodavatelj, kupac, zakupnik, zakupodavac, najmodavac, najmoprimac i drugi mogući sudionici u prometu nekretnina). Ostalim trećim osobama smatraju se, u smislu Zakona, osoba koju posrednik u prometu nekretnina nastoji povezati s nalogodavcem radi pregovara o sklapanju pravnih poslova kojih je predmet određena nekretnina (čl. 2. st. 8. Zakona). Dakle, treće osobe su nalogodavci – osobe koje su u ugovornom odnosu s posrednikom, a mogu još biti i ostale treće osobe – osobe koje nisu u ugovornom odnosu s posrednikom. Odatle proizlazi da odgovornost posrednika u obavljanju djelatnosti posredovanja prema trećima, a koja se može osigurati, može biti ugovorne prirode (prema nalogodavcima) ili izvanugovorne prirode (prema ostalim osobama koje nastoji dovesti u vezu s nalogodavcem). Treba se naglasiti da je obveza osiguratelja postoji samo za pokrivanje šteta koja su prouzročena objavljivanjem posredovanja, kao profesionalne djelatnosti,⁵⁸ dakle šteta zbog manjkavog ispunjenja, ili neispunjenja, ili zakašnjenja u ispunjenju svojih obveza iz ugovora o posredovanju, a nikako ne postoji obveza osiguratelja na naknadu štete iz naslova odgovornosti osiguranika (posrednika) za štetu:⁵⁹ zbog smrti, tjelesne ozljede, narušenja zdravlja, te oštećenja ili uništenja stvari trećega. Dakle, iz svote osiguranja isplaćuje se samo iznos naknade čiste imovinske štete.

10. Osiguranje turističke agencije od odgovornosti za paket-aranžman

Već je samim čl. 892. st. 1. ZOO-om iz 2005. godine uvedena obveza organizatora putovanja na sklapanje ugovora osiguranju od odgovornosti za štetu za koju on odgovara sukladno ZOO-u.⁶⁰ Ova obveza posebno je konkretizirana u čl. 19. Zakona o pružanju usluga u turizmu iz 2007.⁶¹ godine koja se odnosi na osiguranje od odgovornosti za štetu turističke agencije kao profesionalnog organizatora putovanja, za pružanje usluge paket aranžmana. U skladu s time, doneseni su i neobvezujući ogledni (standardni) uvjeti osiguranja od odgovornosti organizatora paket aranžmana od strane Hrvatskog ureda za osiguranje od 27. rujna 2007. godine.⁶²

Obveznik, a ujedno i osiguranik sklapanja osiguranja od odgovornosti jest turistička agencija, odnosno pravna i fizička osoba koja pruža usluge organiziranja paket aranžmana uz prethodno pribavljeno rješenje sukladno Zakonu o pružanju usluga u turizmu (uvodne odredbe Uvjeta). U čl. 5. st. 1. toč. 1. Zakona, turistička

⁵⁸ Tako i čl. 1. Uvjeta.

⁵⁹ Navedene su štete Uvjetima izrijekom isključene iz osigurateljskog pokrića (čl. 7. toč. 1. i toč. 13.).

⁶⁰ Organizator putovanja po čl. 888. ZOO-a odgovara za štetu koju prouzroči putniku neispunjenjem, djelomičnim ispunjenjem ili neurednim ispunjenjem obveza koje se odnose na organiziranje putovanja, te još odgovara za štetu kada je pružanje pojedinih usluga povjerio trećim osobama (čl. 889. ZOO-a).

⁶¹ NN, br. 68/07.

⁶² Uvjeti se nalaze na www.huo.hr, u izborniku "Uvjeti osiguranja", internet stranica posjećena 29. prosinca 2008.

agencija se definira kao trgovačko društvo, trgovac pojedinac, obrtnik ili njihova organizacijska jedinica koji pružaju usluge organiziranja putovanja ili posredovanja usluga vezanih uz putovanje i boravak turista.

Trećom osobom, odnosno oštećenikom, smatra se isključivo putnik (čl. 3. st. 1. Uvjeta), dakle osoba koja koristi usluge paket aranžmana turističke agencije.⁶³ Da bi putnik imao položaj treće oštećene osobe mora biti ispunjen još jedan uvjet, a to je da mu je šteta prouzročena neispunjenjem, djelomičnim ispunjenjem ili neurednim ispunjenjem obveza koje se odnose na paket aranžman (čl. 1. Uvjeta, i čl. 19. Zakona o pružanju usluga u turizmu). Putnici ne bi imali položaj trećih oštećeni osoba, odnosno ne bi postojalo osigurateljsko pokriće za štete koje proizlaze iz osiguranikove izvanugovorne odgovornosti za štetu (čl. 3. st. 2. toč. 5. Uvjeta). Dakle, osiguranjem od odgovornosti pokrivena je sama, tzv. ugovorna odgovornost, a ne i izvanugovorna odgovornost organizatora paket aranžmana.

11. Osiguranje od odgovornosti posrednika u transferima nogometnih igrača

Hrvatski nogometni savez (HNS) je dana 25. kolovoza 2001. godine donio Pravilnik o radu posrednika u transferima igrača,⁶⁴ kojim je u čl. 6. st. 1. propisano da će HNS od kandidata za posrednika u transferima nogometnih igrača, (a koji ostvari minimalnu ocjenu potrebnu za polaganje ispita) zatražiti sklapanje osiguranja od profesionalne odgovornosti za djelovanje posrednika.⁶⁵ Dakle, obveznik sklapanja osiguranja je kandidat za polaganje ispita posrednika u transferima igrača. Svakako da i osoba koja je položila ispit za posrednika ima obvezu sklapanja osiguranja od profesionalne odgovornosti, ako mu je prethodna policica istekla (čl. 6. toč. 5. Pravilnika). Kao treće osobe, u ovoj vrsti osiguranja od odgovornosti mogu se pojaviti one osobe za koje je u čl. 6. st. 2. Pravilnika određeno da mogu postaviti zahtjeve za naknadu štete zbog protupropisnog (nepravilnog) djelovanja posrednika. To su: igrač, nogometni klub ili neki drugi posrednik.

⁶³ Prema čl. 3. toč. 2. Uvjeta (trećim oštećenim osobama ne smatraju se: 1) ugovaratelj osiguranja, 2) osiguranik; 3) suvlasnik ugovaratelja osiguranja ili osiguranika; 4) zaposlenik osiguranika, 5) bračni drug, 6) roditelji i 7) djeca osiguranika, odnosno suvlasnika osiguranika kao i 8) druge osobe koje s osiguranikom, odnosno suvlasnikom osiguranika žive u zajedničkom kućanstvu i koje je dužan uzdržavati; 9) osobe kojima je osiguranik povjerio izvršenje usluga prijevoza, smještaja ili drugih usluga vezanih uz izvršenje paket aranžmana; 10) osobe kojima prouzročena šteta proizlazi iz osiguranikove izvanugovorne odgovornosti za štetu.

⁶⁴ Pravilnik se nalazi na internet stranici:

www.hns-cff.hr/upl/products/Pravilnik_o_rad_u_posrednika_u_transferima_igraca.pdf, posjećena 29. prosinca 2008.

⁶⁵ O osiguranju od profesionalne odgovornosti posrednika u transferima igrača više: Čurković, M., *Osiguranje u sportskim aktivnostima*, u: *Novi zakon o športu i aktualna praksa iz područja športa i športskih djelatnosti*, skupina autora, Inženjerski biro, Zagreb, siječanj 2007., str. 196-198.

12. *Osiguranje od odgovornosti odvjetnika*

Sukladno čl. 44. st. 1. Zakona o odvjetništvu⁶⁶ odvjetnik je dužan se osigurati od odgovornosti koju bi mogao počinuti trećima obavljanjem odvjetništva. Ovom zakonskom odredbom osiguranje od odgovornosti odvjetnika uzdignuto je na rang obveznih osiguranja od odgovornosti. Odvjetnik je također dužan uredno produžavati osiguranje od odgovornosti (čl. 44. st. 4. Zakona).⁶⁷

Opće uvjete osiguranja od odgovornosti odvjetnika utvrđuju osiguratelji u dogovoru s Ministarstvom pravosuđa i odvjetničkom komorom (čl. 44. st. 8. Zakona). To je i učinjeno donošenjem zajedničkih Uvjeta osiguranja od odgovornosti odvjetnika od 21. prosinca 1994. koji su još uvijek u primjeni. Nadalje, u čl. 44. st. 5. Zakona propisano je da Odvjetnička Komora može preuzeti osiguranje svih odvjetnika RH, dakle Odvjetnička Komora može se pojaviti kao kolektivni ugovaratelj osiguranja od odgovornosti. U tom su slučaju odvjetnici dužni plaćati Komori naknadu za osiguranje od odgovornosti te imaju položaj osiguranika. Uvjetima osiguranja je pored odvjetnika, osiguranjem obuhvaćena i odgovornost odvjetničkih vježbenika i ostalog osoblja (tzv. suosigurane osobe – čl. 14. st. 2. Uvjeta).

Pitanje koje se samo po sebi nameće jest koje se osobe smatraju trećima. Odgovor na to pitanje može se dobiti ovisno o tomu gleda li se na odvjetničku odgovornost prema trećima kao na ugovornu ili izvanugovornu (opću) odgovornost. Ako se na odvjetničku odgovornost gleda na ugovornu odgovornost, trećim osobama smatrale bi se osobe koje su ugovornom odnosu prema odvjetniku koji podrazumijeva postojanje punomoći (mandatni odnos). Ako se na odvjetničku odgovornost gleda kao na izvanugovornu (opću) odgovornost tada bi se trećim osobama smatrale 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.⁶⁸ Čini se da su i Uvjeti

⁶⁶ NN, br. 9/94.

⁶⁷ Ugovor o osiguranju od odgovornosti za odvjetnike članove odvjetničkog društva i odvjetnike koje rade u tom društvu zaključuju samo društvo (čl. 44 st. 1. reč. 2 Zakona). Što znači da se u ovom slučaju pojavljuje odvjetničko društvo kao ugovaratelj osiguranja, a osiguranici su sami odvjetnici koji rade u društvu ili odvjetnici članovi toga društva.

⁶⁸ 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, H., *Obvezna osiguranja od profesionalne odgovornosti u hrvatskom pravu, Ugovor o osiguranju prema novom ZOO, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 122-123.*). Također se navodi kako u hrvatskom pravu ne postoje zakonske zapreke da se ustanovi i deliktna izvanugovorna odgovornost odvjetnika, no da o tomu sudska praksa još nije zauzela jedinstven stav. Ujedno se ukazuje i na to da u inozemnim pravnim sustavima, koji su ranije odvjetničku odgovornost isključivo tretirali kao ugovornu odgovornost, u novije vrijeme se probija shvaćanje o proširenju odvjetničke odgovornosti i na deliktnu odgovornost u obavljanju poslova koje se odnose na odvjetničku djelatnost (Petrić, S., *Temeljne pretpostavke građanskopravne odgovornosti odvjetnika, Pravo i porezi, br. 12/2002, str. 41-44.*).

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 (Toč. 4. uvodnih odredbi Uvjeta). Dakle, prema jezičnom tumačenju Uvjetima, (a koje ne mora biti i jedino tumačenje) proizlazi da treće osobe mogu biti tzv. neograničena masa osoba, dakle onih koje se nalaze u ugovornom odnosu s osiguranikom, kao i one osobe koje se ne nalaze u takvom odnosu s osiguranikom-odvjetnikom. No, prema praksi osiguratelja, za postojanje osigurateljskog pokrića ipak se traži postojanje ugovornog odnosa između odvjetnika (osiguranika) i oštećenika⁶⁹ Dakle, moguće je različito shvaćanje kruga trećih osoba: jedno shvaćanje koje se odnosi na određivanje oštećenika u građanskopravnom odnosu odgovornosti za štetu (koje može biti šire), a drugo shvaćanje koje se odnosi na određivanje treće oštećene osobe u pravnom odnosu osiguranja od odgovornosti (koje prije može biti uže). Ako rezimiramo, treće osobe u osiguranju od odvjetničke odgovornosti smatraju se osobe koje su prvenstveno u ugovornom odnosu s osiguranikom (odvjetnikom), osobe koje nisu u ugovornom odnosu s osiguranikom, a kojima je osiguranik pružao određene usluge, osobe zaposlenika osiguranika. Ovdje treba uzeti u obzir još činjenicu da se sve ove osobe smatraju trećim osobama samo ako je šteta koju su pretrpjele, posljedica obavljanja odvjetničke djelatnosti (čl. 14. st. 1. Uvjeta), a ne odnosi se na oštećenje, nestanak i uništenje tuđih stvari, odnosno na smrti ili ozljedu osoba – pokriva se, dakle, tzv. čisto imovinska šteta. (čl. 24. toč. 1. Uvjeta).⁷⁰

13. Osiguranje od odgovornosti javnih bilježnika

Osiguranje od odgovornosti javnih bilježnika, također spada u red obveznih osiguranja od odgovornosti. Naime, sukladno čl. 17. st. 1. Zakona o javnom bilježništvu⁷¹ svaki javni bilježnik prije početka rada dužan se osigurati od odgovornosti za štetu koju bi mogao počinuti trećima obavljanjem svoje javnobilježničke dužnosti.⁷² Spomenutim Zakonom propisano je (čl. 17. st. 3.) i

⁶⁹ www.hok-osiguranje.hr. Internet stranica posjećena 29. 12. 2008. Pretpostavke pod kojima HOK osiguranje pruža osigurateljsko pokriće u osiguranju od profesionalne odgovornosti odvjetnika, navedeni su u izborniku "Odvjetnička odgovornost".

⁷⁰ Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika*, op. cit., str. 282-283., u vezi s str. 272. No, moguće je prema čl. 14. st. 2. Uvjeta ugovoriti i prošireno pokriće (uz plaćanje dodatne premije), koje bi se odnosilo i na tzv. privatnu odgovornost odvjetnika izvan obavljanja djelatnosti odvjetništva, pa bi time bile pokrivena i štete zbog smrti ili ozljede treće osobe, odnosno uništenja, oštećenja ili nestanka stvari trećih osoba. Ibid., str. 283.

⁷¹ NN, br. 78/93., 29/94. i 16/07.

⁷² Javni bilježnik dužan je i redovito produžavati osiguranje od odgovornosti (čl. 17. st. 4. Zakona), a ako ne produžava uredno svoje osiguranje od odgovornosti ili ne plaća naknadu za osiguranje Komori, bit će razriješen dužnosti (čl. 21. st. 1. toč. 7. Zakona). S druge strane, osiguratelji su dužni sklopiti osiguranje od odgovornosti s javnim bilježnikom kojim im se obrati (čl. 17. st. 7. Zakona).

koje se osobe smatraju suosiguranim osobama u osiguranju od odgovornosti javnih bilježnika, a to su javnobilježnički prisjednici, vježbenici i osobe koje su zaposlene u javnobilježničkom uredu. Uvjete osiguranja od odgovornosti javnih bilježnika zajednički utvrđuju osiguratelji, Komora i Ministarstvo (čl. 17. st. 8 Zakona),⁷³ a ovlasti Komore, osim u utvrđivanju uvjeta osiguranja ogledaju se i u mogućnosti da Komora preuzme osiguranje svih javnih bilježnika u RH, a zauzvrat su joj članovi dužni plaćati naknadu za osiguranje od odgovornosti (čl. 17. st. 5. Zakona).

U određivanju trećih osoba koje se mogu pojaviti kao oštećenici iz javnobilježničke djelatnosti, ne može se povući analogija s određivanjem trećih osoba koje se mogu pojaviti kao oštećenici iz djelatnosti odvjetnika. Naime, kod odvjetničke djelatnosti u pravilu uvijek postoji poseban mandatni odnos na temelju punomoći između stranke i samog odvjetnika, pa se samo takve osobe koje su u ugovornom odnosu s odvjetnikom mogu pojaviti kao treće oštećene osobe. Priroda javnobilježničke djelatnosti je takva da između stranke i javnog bilježnika ne mora nužno postojati mandatni odnos na temelju punomoći, što će reći da odgovornost javnog bilježnika može biti i izvanugovorne naravi. Ovo iz razloga što javni bilježnik nema karakter "privatnika" poput odvjetnika, već karakter službe s javnim ovlastima. Sukladno tomu, kao oštećene treće osobe mogu se pojaviti bilo koje osobe (tzv. neodređena masa trećih osoba) koje koriste usluge takve službe s javnim ovlastima. Ako je za pojedine javnobilježničke radnje potrebna punomoć stranke, tada se javlja mandatni (ugovorni) odnos između javnog bilježnika i opunomoćitelja, pa se kao treća osoba može pojaviti samo osoba koja je u takvom ugovornom odnosu. Kao i kod odvjetnika i na primjeru javnih bilježnika oštećene osobe imaju položaj trećih osoba (u smislu osiguranja od odgovornosti) samo u pogledu šteta koje su nastale obavljanjem javnobilježničke djelatnosti, a ne odnose se na smrt, tjelesnu povredu, uništenje, oštećenje ili gubitak stvari trećih osoba (čl. 26. st. 1. toč. 1. Uvjeta), što će reći da treće osobe uživaju osigurateljsko pokriće za samo, tzv. čistu imovinsku štetu.

14. Osiguranje od odgovornosti revizora

Revizija je postupak provjere i ocjene financijskih izvješća i konsolidiranih financijskih izvješća obveznika revizije te podataka i metoda koje se primjenjuju pri sastavljanju financijskih izvješća (u daljnjem tekstu: financijska izvješća), na temelju kojih se daje stručno i neovisno mišljenje o istinitosti i objektivnosti financijskog stanja, rezultata poslovanja i novčanih tokova (čl. 2. st. 1. Zakona o reviziji).⁷⁴ Budući da je obavljanjem revizije moguće prouzročiti štetu trećim osobama u čl. 18. Zakona o reviziji propisano je obvezno sklapanje (i obnavljanje) osiguranja od odgovornosti revizora.

⁷³ Zajednički Uvjeti osiguranja od odgovornosti javnih bilježnika utvrđeni su 21. prosinca 1994. te su i danas u primjeni.

⁷⁴ NN, br. 146/05.

Obveznici sklapanja osiguranja od odgovornosti označeni su kao samostalni revizor i revizorsko društvo (čl. 18. Zakona), dakle osobe koje su Zakonom ovlaštene obavljati usluge revizije (čl. 4. st. 1. Zakona). Od samostalnog revizora mora se razlikovati, tzv. ovlaštenu revizor⁷⁵ koji nema status obveznika sklapanja ugovora. Ovo zbog toga što ovlaštenu revizor kao pojedinac, ne može obavljati samostalno usluge revizije u smislu kao što to mogu revizorska društva ili samostalni revizori (*argumentum a contrario* iz čl. 3. st. 1. Zakona o reviziji). Dakle, budući da se ovlaštenu revizori mogu pojaviti kao zaposlenici revizorskog društva ili samostalnog revizora, to će i njihov rad biti pokriven osiguranjem od odgovornosti njihova poslodavca, odnosno mogu imati položaj suosiguranih osoba.

Revizorska društva i samostalni revizori obavljaju reviziju na temelju ugovora o reviziji, iz čega proizlazi da se kao treće (oštećene) osobe u osiguranju od odgovornosti revizora, mogu pojaviti pravne osobe kod kojih se revizija obavlja na temelju predmetnog ugovora (čl. 12. st. 1. Zakona o reviziji). Dakle, radi se prvenstveno o ugovornoj odgovornosti revizora za štetu. U tom slučaju obveza osiguratelja postojala bi samo prema pravnim osobama s kojima je revizor sklopio ugovor o reviziji. Međutim ima mišljenja po kojima bi se odgovornost revizora odnosila i na štetu koju pretrpe širi krug osoba,⁷⁶ a paralelno s time trebalo bi se postaviti i pitanje obveze osiguratelja na naknadu štete i prema takvim trećim osobama. Naime, krug korisnika izvješća o reviziji poprilično je širok: trgovačko društvo nad kojim se provodi revizija, njegovi dioničari, zaposlenici, ulagatelji, vjerovnici, poslovni partneri, državna tijela, pa u krajnjoj liniji i javnost. U hrvatskom pravu nije Zakonom izrijeckom uređena odgovornost revizora prema trećima, pa se ističe stav u literaturi da bi se u takvim situacijama trebalo primijeniti propise općeg odštetnog prava.⁷⁷ U posebnim Uvjetima o osiguranju od odgovornosti revizora⁷⁸ u čl. 1. govori se o odgovornosti revizorskih tvrtki za štetu koja je prouzročena poduzetnicima pri

⁷⁵ Ovlaštenu revizor je neovisna stručna osoba koja je stekla certifikat Komore za zvanje ovlaštenog revizora (čl. 7. st. 1. Zakona). S druge strane, samostalan revizor je ovlaštenu revizor koji obavlja reviziju kao samostalnu djelatnost i upisan je u registar samostalnih revizora koji se vodi u Komori, te ima položaj trgovca pojedinca (čl. 8. st. 1. i 2. Zakona). Ovlaštenu revizor se može pojaviti kao zaposlenik samostalnog revizora ili revizorskog društva. Stoga, svaki samostalni revizor mora ujedno biti i ovlaštenu revizor, odnosno svako revizorsko društvo mora zapošljavati ovlaštene revizore za obavljanje revizije, ali ovlaštenu revizor ne mora biti samostalni revizor, odnosno ovlaštenu revizor ne mora biti i djelatnik revizorskog društva.

⁷⁶ O tome: Čulinović Herc, E., *Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava – odgovornost revizora*, Zbornik PFRi, vol. 25., br. 1., 2004., str. 174-177. Jurić, D., *Uloga revizora u dioničkom društvu*, Zbornik PFRi, vol. 25., br. 1., 2004., str. 344-347.

⁷⁷ Jurić, D., *op. cit.*, str. 345.

⁷⁸ Posebni Uvjeti za osiguranje od odgovornosti revizorskih tvrtki Croatia osiguranja d.d. koji su u primjeni od 1. srpnja 1996. godine. Iako postoji Hrvatska komora revizora, nisu doneseni zajednički opći uvjeti osiguranja od odgovornosti revizora u dogovoru s Hrvatskim uredom za osiguranje, kao što je to slučaj s nekim drugim osiguranjima od profesionalne odgovornosti (odvjetnika i javnih bilježnika). Stoga su pojedinačni osiguratelji donijeli posebne uvjete za osiguranje od odgovornosti revizora. Doduše, Komora se može pojaviti kao ugovaratelj osiguranja

obavljanju revizije financijskih izvješća. Dakle, i Uvjetima osiguranja proizlazi da se trećim osobama smatraju “poduzetnici” ili u smislu Zakona o reviziji, pravne osobe nad kojima se obavlja revizija, odnosno koje su s revizorom sklopile ugovor o reviziji.⁷⁹ Navedene osobe smatrale bi se trećim osobama samo u pogledu, tzv. čiste imovinske štete⁸⁰ zbog čega je isključeno osigurateljsko pokriće za štete zbog smrti i tjelesne povrede osoba, oštećenja i nestanka tuđih stvari, uključujući i krađu (čl. 11. st. 1. i 2. Uvjeta).

15. Osiguranje od odgovornosti poreznih savjetnika

Obveza osiguranja od odgovornosti poreznih savjetnika uvedena je čl. 23. st. 1. Zakona o poreznom savjetništvu.⁸¹ Djelatnost poreznog savjetništva obavljaju porezni savjetnici kao samostalnu djelatnost, te javna trgovačka društva za porezno savjetništvo (čl. 6. st. 1. Zakona). Odavde proizlazi, a u skladu s navedenim čl. 23. st. 1. Zakona, da su obveznici sklapanja osiguranja od odgovornosti porezni savjetnici koji djelatnost poreznog savjetništva obavljaju kao samostalnu djelatnost, te javno trgovačko društvo za porezno savjetništvo. Ovo se posljednje javlja kao ugovaratelj osiguranja za porezne savjetnike osnivače (članove) tog društva, te za porezne savjetnike koji rade u tom društvu. Dakle, članovi trgovačkog društva za porezno savjetništvo i kod njega zaposleni porezni savjetnici su osiguranici osiguranja od odgovornosti. S druge strane, obveznik sklapanja osiguranja je i osiguratelj kojemu se porezni savjetnik, odnosno društvo za porezno savjetništvo obrati (čl. 23. st. 2. reč. 1. Zakona), ali pod uvjetom da prihvaća uvjete osiguratelja.⁸²

u korist svojih članova – revizorskih društva ili samostalnih revizora kao osiguranika (čl. 19. st. 4. Zakona).

⁷⁹ No, u usporednom pravu prisutan je stav o proširenju odgovornosti revizora i prema osobama koje nisu stranke ugovornice ugovora o reviziji. Pri čemu krug trećih osoba varira od zemlje do zemlje te može obuhvaćati povezana trgovačka društva s društvom nad kojim se obavlja revizija kao što je to primjer u Njemačkoj (Jurić, D., op. cit., str. 345.), dioničare društva nad kojim se provodi revizija kao što je to primjer u Francuskoj (Čulinović Herc, E., op. cit., str. 173. i 176.), dioničare i vjerovnike društva nad kojim se provodi revizija (Italija, Luksemburg, Portugal, Španjolska, Velika Britanija, ibid., str. 176.-177.), pa čak i bilo koju treću osobu za koju se može opravdano predvidjeti da će se koristiti revizorskim izvješćem i u njega pouzdati u donošenju poslovnih odluka (tzv. teorija predvidivosti (*theory of foreseeability*) koja je aktualna u pravu SAD-a. O tome Jurić, D., op. cit., str. 346., i Čulinović Herc, E., op. cit., str. 175.).

⁸⁰ Čurković, M., *Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika*, op. cit., str. 285.

⁸¹ NN, br. 127/00.

⁸² Do sada koliko je autoru poznato nisu doneseni ogledni (standardni) Uvjeti osiguranja od odgovornosti poreznih savjetnika, već pojedina društva donose svoje uvjete. U cilju donošenja zajedničkih uvjeta osiguranja ide i odredba čl. 23. st. 2. reč. 2. Zakona po kojoj se uvjeti zajednički utvrđuju između osiguratelja u RH u dogovorom s Ministarstvom financija i Komorom poreznih savjetnika. Prema Zakonu (čl. 23. st. 5.) Komora ima ovlast da, osim u suradnji s osigurateljima na donošenju zajedničkih uvjeta, može preuzeti i sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti u ime poreznih savjetnika i poreznih društava, u kom slučaju su joj oni dužni plaćati određenu naknadu za sklopljeno osiguranje.

Porezni savjetnik obavlja usluge iz poreznog savjetovanja samo na temelju ugovora s korisnikom usluga – strankom (čl. 4. st. 2. Zakona). Tako treće osobe koje se kao oštećenici mogu pojaviti sa zahtjevom prema osigurateljima od odgovornosti jesu stranke poreznih savjetnika (čl. 23. st. 1. reč. 1. Zakona), dakle osobe koje se nalaze u ugovornom odnosu s poreznim savjetnikom ili poreznim društvom u pogledu obavljanja porezne usluge. Iz ovoga slijedi da su osiguranjem pokrivene štete koje se odnose samo na tzv. ugovornu odgovornost – odgovornost za obavljanje usluga poreznog savjetovanja prema strankama poreznih savjetnika, odnosno društava za porezno savjetništvo.

16. Osiguranje od odgovornosti psihologa

Obvezno osiguranje psihologa od odgovornosti uvedeno je u hrvatski pravni sustav Zakonom o psihološkoj djelatnosti.⁸³ U čl. 34. st. 1. Zakona propisano je da je psiholog dužan se osigurati od odgovornosti za štetu koju bi mogao počinuti trećima u obavljanju privatne psihološke djelatnosti. Iz ove odredbe proizlazi da samo psiholozi koji obavljaju privatnu praksu (djelatnost) su obveznici sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti. Nadalje, pokriće osiguranja od odgovornosti odnosi se na štetu koja bi mogla nastati samo obavljanjem psihološke djelatnosti, što znači da se osiguranjem pokriva ugovorna odgovornost za štetu koju trpe osobe koje koriste usluge psihologa privatne prakse. Odavde proizlazi da treće osobe mogu biti samo osobe koje su u posebnom ugovornom odnosu s psihologom tj. ugovornom odnosu na temelju kojeg te treće osobe dobivaju usluge psihologa privatne prakse.

I u ovoj vrsti obveznog osiguranja od odgovornosti postoje određene, Zakonom propisane ovlasti Komore psihologa. Pa tako po čl. 34. st. 3. Zakona Komora može preuzeti osiguranje psihologa privatne prakse u kojem slučaju psiholozi su dužni Komori plaćati naknadu za osiguranje od odgovornosti. Dakle, Komora se može pojaviti kao kolektivni ugovaratelj osiguranja, a pojedini psiholozi privatne prakse na taj način dolaze u položaj osiguranika.

17. Osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja

Stečajnim zakonom⁸⁴ propisano je i obvezatno osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja. Zajedničke Uvjete o osiguranju od odgovornosti stečajnih upravitelja donijeli su hrvatski osiguratelji (predstavljani HUU-om) još davne 1998. godine. 13. prosinca 2007. godine HUU je utvrdio i tzv. ogledne neobvezujuće (standardne) Uvjete za osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja,⁸⁵ a na koje ćemo se i osvrnuti u narednom tekstu.

⁸³ NN, br. 47/03.

⁸⁴ NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04. i 82/06.

⁸⁵ Uvjeti se nalaze na www.huo.hr, u izborniku “Uvjeti osiguranja”, internet stranica posjećena 29. prosinca 2008.

Obveznik sklapanja predmetnog osiguranja jest stečajni dužnik. On je zapravo ugovaratelj osiguranja (reč. 2. uvodnih odredbi Uvjeta), ali kao zakonski zastupnik, ugovor o osiguranju će u ime stečajnog dužnika, sklopiti (potpisati) stečajni upravitelj.⁸⁶ Takvim osiguranjem, stečajni upravitelj se osigurava za štetu koju bi mogao prouzročiti trećim osobama (vjerovnicima stečajne mase) obavljanjem svojih ovlasti i dužnosti u stečajnom postupku. Dakle, stečajni upravitelj sklapa ugovor o osiguranju u ime stečajnog dužnika, jer su troškovi osiguranja troškovi stečajnog postupka (čl. 28. st. 6. reč. 2. Stečajnog zakona) koji se nadoknađuju iz stečajne mase, ali za svoj račun, jer je on ujedno i osiguranik takvog osiguranja (reč. 3. uvodnih odredbi Uvjeta), odnosno osigurava se od vlastite odgovornosti za štetu.

Tko su treće osobe, nije navedeno u Stečajnom zakonu, već je krug trećih osoba određen samim Uvjetima. Tako u reč. 4. uvodnih odredbi Uvjeta, treće, odnosno oštećene osobe su: 1) vjerovnik stečajne mase, odnosno 2) drugi sudionici u stečajnom postupku koji su pretrpjeli štetu zbog povreda dužnosti stečajnog upravitelja-osiguranika.

18. Osiguranje od odgovornosti javnih komisionara

Ovršnim zakonom⁸⁷ u hrvatski pravni poredak uveden je institut javnih komisionara (čl. 143.a), kao službenih osoba kojima se može povjeriti prodaja zaplijenjenih pokretnina u ovršnom postupku. Usporedno s time, u čl. 143.e Ovršnog zakona propisano je i obvezno osiguranje odgovornosti javnih komisionara.

Hrvatski ured za osiguranje utvrdio je 27. svibnja 2008. neobvezujuće (ogledne) standardne Uvjete za osiguranje od odgovornosti javnih komisionara,⁸⁸ pa ćemo u nastavku izložiti i pojedine odredbe iz tih uvjeta.

Obveznik sklapanja predmetnog osiguranja jest javni komisionar, dakle osoba kojoj je u ovršnom postupku povjerena prodaja zaplijenjenih pokretnina. On se, dakle, javlja i kao obvezni ugovaratelj osiguranja, i kao osiguranik. Međutim, Uvjetima osiguranja (reč. 2. uvodnih odredbi) predviđeno je da ugovaratelj osiguranja može biti i neka druga fizička i pravna osoba koja u korist osiguranika s osigurateljem sklopi ugovor o osiguranju od odgovornosti javnog komisionara. Ovo znači da obveznik sklapanja osiguranja (javni komisionar) ne mora biti nužno i ugovaratelj osiguranja, već to može biti i neka druga osoba koja sklapa ugovor o osiguranju za račun javnog komisionara kao osiguranika, odnosno kao osobe koja mora biti osigurana od odgovornosti za štetu koju može prouzročiti trećima u obavljanju svojih dužnosti javnog komisionara.

⁸⁶ Ćurković, M., Uvjeti za osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja, Pravo i porezi, br. 6, 1998., str. 637.

⁸⁷ NN, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08.

⁸⁸ Uvjeti se nalaze na www.huo.hr, u izborniku "Uvjeti osiguranja", internet stranica posjećena 29. prosinca 2008.

Kao treće osobe mogu se pojaviti (sukladno reč. 3. uvodnih odredbi Uvjeta i čl. 1. st. 1. Uvjeta): 1) stranke u ovršnom postupku (ovrhovoditelj, ovršenik, predlagatelj osiguranja, protivnik osiguranja), 2) ostali sudionici ovršnog postupka (osobe koje u postupku ovrhe ili osiguranja nisu stranke, ali u tim postupcima sudjeluju jer se u njima odlučuje o nekom njezinom pravu, ili pak imaju pravni interes). Dakle, samo navedene kategorije osoba smatraju se trećim oštećenim osobama u smislu osiguranja od odgovornosti javnih komisionara. Sve ostale osobe izvan navedenog kruga osoba, ne bi se smatrale trećim osobama u smislu predmetnog osiguranja, pa ako i pretrpe neku štetu zbog djelatnosti javnog komisionara, takva šteta ne bi ulazila u osigurateljsko pokriće. Ovakvo određenje trećih osoba u Uvjetima osiguranja, zapravo je i šire nego što bi to proizlazilo iz samog Ovršnog zakona. Naime, u Ovršnom zakonu izrijeком je propisano da javni komisionar odgovara strankama za štetu koju počini povredom svojih zakonskih dužnosti (čl. 143.d st. 8. Ovršnog zakona). Ne spominju se posebno, tzv. ostali sudionici u postupku kao što je to slučaj u spomenutim Uvjetima osiguranja.

19. Osiguranje od odgovornosti stalnih sudskih vještaka

Pravilnikom o stalnim sudskim vještacima⁸⁹ po prvi puta je u hrvatsko pravo uvedeno obvezatno sklapanja osiguranja od odgovornosti u poslovima obavljanja stalnog sudskog vještačenja. Zapravo, u Pravilniku nigdje nije izrijeком navedeno da je stalni sudski vještak dužan sklopiti osiguranje od odgovornosti za obavljanje poslova vještačenja, ali se može zaključiti da takva obveza postoji jer za stalnog sudskog vještaka ne može biti imenovana osoba koja, između ostalih uvjeta, nema i sklopljen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka (čl. 2. st. 1. toč. 5 Pravilnika).⁹⁰

Obveznik sklapanja predmetnog osiguranja od odgovornosti jest imenovani stalni sudski vještak (on ima i obvezu redovitog obnavljanja ugovora), kao i svaka osoba koja će biti imenovana za stalnog sudskog vještaka (obveza sklapanja ugovora o osiguranju od odgovornosti neposredno prije imenovanja). Obveznici sklapanja su, osim pojedinaca, tj. imenovanih stalnih sudskih vještaka kao fizičkih osoba, još i pravne osobe koje obavljaju poslove sudskog vještačenja. Takve pravne osobe imaju obvezu sklopiti osiguranje od odgovornosti za svoje zaposlenike koji su imenovani za stalne sudske vještake (čl. 4. st. 1., toč. 3. Pravilnika).

⁸⁹ NN, br. 88/2008.

⁹⁰ Dapače, stalni sudski vještak mora prije imenovanja, predsjedniku nadležnog županijskog ili trgovačkog suda dostaviti dokaz o sklopljenom ugovoru o osiguranju od odgovornosti (čl. 7. st. 1. Pravilnika), taj ugovor mora redovito obnavljati, odnosno podnositi dokaze na početku svake godine da je zaključen za narednu tekuću godinu (čl. 7. st. 3. Pravilnika), a ako ugovor ne bude obnovljen imenovani stalni sudski vještak će se razriješiti (čl. 12. st. 1. toč. 7. Pravilnika).

Kao oštećene treće osobe u ovoj vrsti obveznog osiguranja od odgovornosti mogu se pojaviti sve osobe koje imaju položaj stranke u postupku u kojem se sudska odluka temelji na nalazu i mišljenju stalnog sudskog vještaka.

Što se tiče stalnih sudskih tumača, Pravilnikom o stalnim sudskim tumačima⁹¹ (koji je donesen u isto vrijeme kada i Pravilnik o stalnim sudskim vještacima), nije predviđena obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti za obavljanje poslova stalnog sudskog tumača.

20. Nekadašnje obvezno osiguranje od odgovornosti davatelja usluga izdavanja kvalificiranih certifikata elektroničkih potpisa

Materija elektroničkog potpisa u hrvatskom pravu uređena je Zakonom o elektroničkom potpisu.⁹² Tim je Zakonom ujedno bilo propisano da je davatelj usluga izdavanja kvalificiranih certifikata bio dužan osigurati rizik od odgovornosti za štete koje nastanu obavljanjem usluga certificiranja⁹³ (čl. 11. st. 3.), iz razloga što je neminovno da propustom u radu davatelja usluga kvalificiranih certifikata može nastati šteta, kako potpisniku, tako i osobama kojim je elektronički potpis upućen. Dakle, obveznik sklapanja takvog osiguranja bio je davatelj usluga certificiranja koji izdaje kvalificirane certifikate, a treće osobe u smislu navedenog osiguranja od odgovornosti bile bi potpisnik te osobe kojima je isprava s elektroničkim potpisom upućena.⁹⁴ No, donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkom potpisu,⁹⁵ čl. 8. st. 3. toga Zakona ukinute su (izbrisane su) odredbe čl. 11. st. 3. i 4. Zakona o elektroničkom potpisu koje propisuju obvezno osiguranje od odgovornosti davatelja usluga certificiranja koji izdaje kvalificirane certifikate. Time je u hrvatskom pravnom sustavu prestalo postojati obvezno osiguranje od odgovornosti davatelja usluga izdavanja kvalificiranih certifikata elektroničkih potpisa.

⁹¹ NN, br. 88/2008.

⁹² NN, br. 10/02. i 80/08. Zakonom se uređuje pravo fizičkih i pravnih osoba na uporabu elektroničkog potpisa u upravnim, sudskim i drugim postupcima, poslovnim i drugim radnjama te prava, obveze i odgovornosti fizičkih i pravnih osoba u svezi s davanjem usluga certificiranja elektroničkog potpisa, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 1.).

⁹³ Certifikat elektroničkog potpisa je isprava kojom se potvrđuje identitet osobe koja je potpisala ispravu u elektroničkom obliku (Dulčić, K., *Elektronička forma pravnog posla, magistarski rad*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 92.). Dakle, isprava kojom se dokazuje da elektronički potpis doista potječe od potpisnika. Stoga bi certificiranje predstavljalo postupak izdavanja takvih isprava od strane agencije za certificiranje, tj. davatelj usluga izdavanja kvalificiranih certifikata.

⁹⁴ O odgovornosti certifikatora i potencijalnim oštećenim osobama uslijed uporabe elektroničkog potpisa više: Dulčić, K., *op. cit.*, str. 103-107.

⁹⁵ NN, br. 80/08.

V. Obvezna osiguranja od odgovornosti izvan djelatnosti prometa i prijevoza u poredbenom pravu

1. Austrija

U pogledu austrijskog prava osiguranja valja odmah na početku reći da, za razliku od hrvatskog prava, ne postoji tzv. *actio directa* u obveznim osiguranjima od odgovornosti koja se ne odnose na osiguranje od automobilske odgovornosti za štetu. Naime, sukladno općim odredbama, pravo trećega u obveznim osiguranjima od odgovornosti da neposredno osiguratelju postavi zahtjev za isplatu svote iz osiguranja od odgovornosti je neosnovano (§ 158.c austrijskog VVG-a⁹⁶). Stoga je oštećenik u zahtjevu za naknadu štete, usmjeren (bilo izvansudskim, bilo sudskim putem) na osiguranika (štetnika), a koji se potom obraća svojem osiguratelju da isplati oštećenika (§ 158. d austrijskog VVG-a).

Prema austrijskoj literaturi, obvezna osiguranja od odgovornosti izvan djelatnosti prometa i prijevoza mogu se podijeliti na dvije grupe.⁹⁷

U prvoj grupi nalaze se osiguranja od odgovornosti koja se odnose na objektivnu odgovornost za štetu koja može nastati obavljanjem opasne djelatnosti ili korištenjem opasnih stvari.⁹⁸ Obveza sklapanja takvog osiguranja propisana je u pojedinim posebnim propisima kojima se uređuje obavljanje pojedine opasne djelatnosti ili korištenje pojedine opasne stvari. U navedenu grupu spadala bi sljedeća obvezna osiguranja od odgovornosti:

- 1) Po odredbama *Atomhaftungsgesetz*⁹⁹ (AtomHG) postoji obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti operatora nuklearnog uređaja (§ 6. st. 1.), prijevoznika nuklearnog materijala (§ 7. st. 1.), kao i imatelja radionuklida (§ 10. st. 2.), za štetu koju bi mogla nastati trećim osobama (bilo na osobi, bilo na stvarima) zbog korištenja nuklearnog uređaja (§ 3. st. 1.), prijevoza nuklearnog materijala (§ 4.), ili ionizirajućeg zračenja radionuklida ili nekih drugi njihovih opasnih svojstava (§ 9. st. 1.).
- 2) Po § 13 *Rohrleitugsgesetz*¹⁰⁰ (RohrleitungsG) propisano je obvezno sklapanje osiguranja od odgovornosti za operatere, odnosno koncesionare određenih vrsta cjevovoda,¹⁰¹ posebno operatera naftovoda, u pogledu šteta zbog smrti osoba, tjelesnih ozljeda i narušenja zdravlja, kao i zbog

⁹⁶ *Versicherungsvertragsgesetz*, BGBl. Nr. 1959/2., 1993/90., 1994/509., 1994/652., 1996/447., 1997/6. i 1997/140. Ovo je temeljni austrijski zakon koji uređuje materiju ugovora o osiguranju.

⁹⁷ Fenyves, A., Rubin, D., *Tort Liability and Insurance: Country Report Austria*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 11., toč. 7.

⁹⁸ Loc. cit. toč. 8.

⁹⁹ BGBl. Nr. 170/98.

¹⁰⁰ BGBl. Nr. 411/1975., 428/1989., 127/1993., 140/1997., 121/2000., 98/2001., 151/2001., 112/2003. i 115/2004.

¹⁰¹ Kao i za poduzeća koja upravljaju cjevovodima, a za koje nije potreba koncesija (§ 4. *RohrleitugsG*). Odredbe ovog zakona se ne odnose na plinovode (§ 1. st. 2. toč. 2.).

- uništenja ili oštećenja stvari koje su prouzročene pogonom cjevovoda (§ 10 RohrleitungsG).
- 3) Zatim, ista obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti, ali koja propisana u § 14. st. 2. i § 37. § *Gaswirtschaftsgesetz*¹⁰² (GWG), postoji i za operatera plinske mreže.¹⁰³ Kao treće oštećene osobe mogu se pojaviti osobe koje trpe štetu zbog smrti, tjelesne ozljede, ili narušenja zdravlja, kao i zbog uništenja ili oštećenja stvari uslijed štetnog događaja na pogonu plinovoda ili njegovom uređaju (§ 34. st. 1. GWG-a).¹⁰⁴
 - 4) Nadalje, po § 103. *Seilbahngesetz*-a¹⁰⁵ poduzeće za žičare dužno je sklopiti osiguranje od posljedica zakonske odgovornosti za štetu, i dokaz o tomu podnijeti nadležnim vlastima u tijeku postupka dobivanja odobrenja za izgradnju ili za upravljanje žičarom (§ 4. *Seilbahngesetz*-a).
 - 5) U austrijskom pravu propisano je i obvezno sklapanje osiguranja od odgovornosti za štete koje mogu nastati u radu s genetički modificiranim organizmima ili prilikom njihova stavljanja u promet (§ 79j st. 1. reč. 2. i 3. *Gentechnikgesetz*¹⁰⁶). Obveznik sklapanja takvog osiguranja od odgovornosti je poduzeće koje radi s takvim organizmima ili koje ih stavlja u promet.¹⁰⁷ Položaj treće osobe ima osoba koja uslijed rada s genetički modificiranim organizmima¹⁰⁸ ili prilikom njihovog puštanja u promet, trpi štetu zbog smrti osobe prouzročene genetički modificiranim organizmima, ili zbog tjelesne povrede, ili oštećenja zdravlja, kao i osoba čije su tjelesne stvari uništene ili oštećene kao posljedica genetičkih promjena prouzročenih svojstvima organizama (§ 79a st. 1. *Genetechnikgesetz*-a). Također, trećim se osobama smatraju i osobe koje trpe štetu koja je povezana s opasnim svojstvima genetički modificiranih organizama (§ 79a st. 2. *Genetechnikgesetz*-a).
 - 6) U § 16. *Produkthaftungsgesetz*-a¹⁰⁹ propisana je obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti (ili drugog odgovarajućeg instrumenta naknade štete) proizvođača (koji je stvar proizveo i stavio ju u promet) ili uvoznika

¹⁰² BGBl. Nr. 121/2000., 136/2001. i 148/2002.

¹⁰³ Operaterom plinske mreže smatra se osoba koja transportira ili distribuira plin plinovodom (§ 6. toč. 33. GWG-a).

¹⁰⁴ Trećim osobama ne smatraju se osobe koje su povrijeđene ili osobe koje trpe štetu zbog smrti osobe, ako je povrijeđena ili poginula osoba bila zaposlena u vezi s pogonom plinovoda u vrijeme štetnog događaja (§ 36. st. 1. GWG-a). Također, trećim osobama se ne smatraju osobe čije su stvari oštećene, a u vrijeme kada je nastao štetni događaj predate su na transport plinovodom ili se preuzimaju iz plinovoda (§ 36. st. 2. GWG-a).

¹⁰⁵ BGBl. Nr. 103/2003.

¹⁰⁶ BGBl. I Nr. 73/1998., 98/2001., 94/2002., 73/2004., 126/2004., 127/2005. i 13/2006.

¹⁰⁷ Pod takvim poduzećem podrazumijevamo fizičku, ili pravnu osobu, ili društvo osoba trgovačkog prava, ili društva radi stjecanja dobiti, koje pod svojim imenom upravlja uređajem za genetsku tehnologiju, ili obavlja rad s genetički modificiranim organizmima, ili ih stavlja u promet (§ 4. toč. 18. *Gentechnikgesetz*).

¹⁰⁸ Proizvodnja, upotreba, umnožavanje, transport, skladištenje, uništavanje i zbrinjavanje genetski modificiranih organizama (§ 4. toč. 4. *Gentechnikgesetz*-a).

¹⁰⁹ BGBl. Nr. 99/1988. i 98/2001 (zadnja izmjena).

proizvoda za štetu koju bi takav proizvod prouzročio svojim nedostatkom. Kao treće osobe mogu se pojaviti osobe koje trpe štetu zbog smrti osobe, tjelesne ozljede i narušenja zdravlja, kao i osobe čije su stvari uništene ili oštećene uslijed nedostatka na proizvodu.

U drugoj grupi obveznih osiguranja od odgovornosti smještena su osiguranja od odgovornosti za štetu iz obavljanja profesionalne djelatnosti. Za takvu je štetu karakteristično da se za nju odgovara po načelo subjektivne odgovornosti u režimu ABGB-a.¹¹⁰ I ovdje je obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti propisana posebnim propisima kojima se uređuje pojedina profesionalna djelatnost. U navedenu grupu spadala bi sljedeća obvezna osiguranja od odgovornosti:

- 7) Ponajprije, kao i u Hrvatskoj, tako i u Austriji postoji obveza odvjetnika da sklope osiguranje od odgovornosti za pokriće zahtjeva za naknadu štete koja može nastati zbog obavljanja odvjetničke djelatnosti (§ 21a *Rechtsanwaltsordnung*,¹¹¹ RAO).
- 8) Kako za “klasične” odvjetnike, u Austriji je previđeno i obvezno osiguranje od odgovornosti i za tzv. patentne odvjetnike (§21a *Patentanwaltsgesetz*-a¹¹²), kao posebna vrsta profesionalaca koji raspolažu tehničkim i pravnim znanjem, a strankama pružaju pravnu pomoć i zastupaju ih u postupcima registracije patenata i u sporovima u vezi s industrijskim vlasništvom.
- 9) U § 30. st. 1. *Notariatsordnung*-a¹¹³ propisano je obvezno osiguranje od odgovornosti javnih bilježnika za štete koje bi mogle nastati obavljanjem javnobilježničke djelatnosti. I za javnobilježničke prisjednike je propisano da su obvezni sklopiti obvezno osiguranje od odgovornosti.
- 10) Porezni savjetnici, kao osobe koje obavljaju djelatnost od gospodarskog povjerenja (§ 1. st. 1. toč. 3. *Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz*,¹¹⁴ WTBG) također podliježu obvezi sklapanja osiguranja od odgovornosti za imovinske štete koje bi mogle nastati obavljanjem njihove profesionalne djelatnosti (§ 11. st. 1. WTBG-a).¹¹⁵
- 11) Posebna se pozornost posvećuje osiguranju od odgovornosti revizora. Naime, obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti revizora predviđena je čak u četiri zakona. Ponajprije postoji obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti revizora kao osobe koje obavljaju djelatnost od gospodarskog

¹¹⁰ Fenyves, A., Rubin D., op. cit., str. 11-12.

¹¹¹ RGBI. Nr. 96/1868, zadnja izmjena BGBl. Nr. 68/2008. Odvjetnik se ne može upisati na listu odvjetnika prije nego li Odvjetničkoj komori podnese dokaz o sklopljenom osiguranju od odgovornosti.

¹¹² BGBl. Nr. 214/1967., 172/1983., 772/1992., 109/1993., 917/1993., 112/1999., 107/2001. i 133/2005.

¹¹³ RGBI. 75/1871., zadnja izmjena BGBl. Nr. 112/2003.

¹¹⁴ BGBl. Nr. 58/1999., 135/2001., 84/2005., 120/2005. i 161/2006.

¹¹⁵ Moguće je da i druga osoba (npr. društvo za porezno savjetovanje) sklopi osiguranje od odgovornosti u korist poreznog savjetnika, u obliku osiguranja za tuđi račun, čime se udovoljava zakonskoj obvezi sklapanja osiguranja od odgovornosti (§ 11. st. 4. WTBG-a).

- povjerenja (§ 1. st. 1. toč. 1. WTBG-a) i za imovinske štete koje bi mogle nastati obavljanjem njihove profesionalne djelatnosti (§ 11. st. 1. WTBG-a). Nadalje, za revizore koji obavljaju reviziju osiguratelja, sukladno § 82. st. 1. toč. 2. *Verisicherungsaufsichtsgesetz*¹¹⁶-a (austrijskog VAG-a) postoji obveza sklapanja posebnog osiguranja od odgovornosti, a ugovor o osiguranju od odgovornosti ne smije biti zaključen kod osiguratelja nad kojim se obavlja revizija ili osiguratelja koji je s njim povezan. Također postoji posebna obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti revizora koji obavljaju reviziju banaka (§ 63. st. 8. *Bankwesengesetz*¹¹⁷-a). Konačno, propisana je i obveza sklapanja osiguranja od odgovornosti revizora koji obavljaju poslove kontrole prospekata vrijednosnih papira prilikom njihova izdavanja (§ 8. st. 2. *Kapitalmarktgesetz*¹¹⁸-a).
- 12) Također, i u austrijskom pravu propisano je obvezno osiguranje od odgovornosti posrednika u osiguranju u obavljanju njegove djelatnosti (§ 138. st. 2. *Gewerbeordnung*¹¹⁹-a).
- 13) Nadalje, sukladno § 2a st. 1. *Sachverständigen- und Dolmetschergesetz*¹²⁰-u postoji obveza sklapanja obveznog osiguranja od odgovornosti za sudske vještake i tumače, za štete koje bi oni mogli prouzročiti svojom djelatnošću. Ova obveza postoji prije no što se kandidat upiše na listu stalnih sudskih vještaka i tumača, a imenovani stalni sudski vještak i tumač dužni su takvo osiguranje redovno produžavati.
- 14) Također je propisano obvezno osiguranje od odgovornosti medijatora pred kojima se vode postupci mirenja stranaka (§ 19. st. 1. *Zivilrechtsmediationsgesetz*¹²¹-a).
- 15) U § 7. st. 2. toč. 4. *Flughafen-Bodenabfertigungsgesetz*¹²²-a (FBG) propisana je i obveza sklapanja ugovora osiguranja od odgovornosti osoba (poduzeća) koja se bave gospodarskim iskorištavanjem zračnih luka.
- 16) U § 7. st. 1. toč. 6. *Signaturgesetz*-a¹²³ propisano je i obvezno osiguranje od odgovornosti za štetu na području elektroničkog potpisa, odnosno da je davatelj usluga izdavanja kvalificiranih certifikata dužan osigurati dostatna financijska sredstva, primjerice osiguranjem od odgovornosti za namirenje eventualnih zahtjeva za naknadu štete.

¹¹⁶ BGBl. 569/1978., zadnja izmjena 194/1999.

¹¹⁷ BGBl. Nr. 639/1993., zadnja izmjena 70/2004.

¹¹⁸ BGBl. Nr. 625/1991., 532/1991., 210/1994., 60/1998., 63/1999., 2/2001., 97/2001., 35/2003., 80/2003., 78/2005., 48/2006., 60/2007. i 69/2008.

¹¹⁹ BGBl. Nr. 111/2002.

¹²⁰ BGBl. Nr. 137/1975., 623/1994., 168/1998., 133/2001., 115/2003., 111/2007.

¹²¹ BGBl. Nr. 29/2003.

¹²² BGBl. Nr. 97/1998.

¹²³ BGBl. Nr. 190/1999., 32/2001., 152/2001. i 164/2005.

2. Njemačka

I u Njemačkoj, kao i u Austriji, izravno i bezuvjetno pravo oštećenika prema osiguratelju od odgovornosti (*actio directa*) postoji samo na polju osiguranja od automobilske odgovornosti za štetu.¹²⁴ Naime, u § 115. st. 1. *Versicherungsvertragsgesetz*¹²⁵-a (njemački VVG) propisano je da direktni zahtjev oštećenika prema osiguratelju od odgovornosti (u svim ostalim obveznim osiguranjima od odgovornosti) postoji samo u određenim slučajevima,¹²⁶ dakle, uvjetno, pa je stoga oštećenik, kada nisu ispunjeni traženi uvjeti, usmjeren sa svojim zahtjevima prema osiguraniku (štetniku), koji se potom obraća svojem osiguratelju od odgovornosti sa zahtjevom da ga zaštiti od zahtjeva oštećenika (§ 100. VVG-a).

I u Njemačkoj se obvezna osiguranja od odgovornosti (izvan djelatnosti prometnog i prijevoznog sektora) mogu podijeliti u dvije grupe. U prvu grupu svrstavaju se ona osiguranja koja pokrivaju objektivnu odgovornost za štetu kod tzv. tehničkih rizika koji su povezani s raznim tehnologijama i industrijskim djelatnostima; ali također i s obavljanjem određenih opasnih djelatnosti koje nisu nužno vezane uz tehnološke uređaje (primjerice lova).¹²⁷ U drugu grupu spadaju osiguranja od profesionalne odgovornosti kojima se pokrivaju štete koja mogu nastati obavljanjem djelatnosti iz raznih profesija koje su sklone pogreškama u radu.¹²⁸

U spomenutu prvu grupu spadala bi sljedeća osiguranja od odgovornosti:

- 1) U § 36. st. 1. i 2. *Gentechnikgesetz*¹²⁹-a (GenTG) propisana je obveza korisnika uređaja za genetsku tehnologiju u kojemu se obavlja rad sa genetskom tehnologijom, ili koji stavlja u promet proizvode koji su nastali na temelju rada s genetskim tehnologijama, da sklopi osiguranje od odgovornosti za štete koje mogu proizaći iz svojstava organizama koji se temelje na radu s genetskim tehnologijama (GM organizmi). U krug trećih oštećenih osoba spadale bi osobe koje trpe štetu zbog smrti, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja kao posljedice svojstava genetički modificiranih

¹²⁴ Wagner, G., *Tort Liability and Insurance: German Report*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 96., toč. 36.

¹²⁵ Zakon je donesen 23.11.2007. BGBl. I. S. 2631/2007.

¹²⁶ Direktni zahtjev oštećenika prema osiguratelju od odgovornosti postoji: 1) kada se radi o obveznom osiguranju od automobilske odgovornosti koje je uređeno u *Pflichtversicherungsgesetz*-u (BGBl. 1965. I S. 213, zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2833.), 2) kada je nad ugovarateljem osiguranja (štetnikom) otvoren stečajni postupak, ili je odbijeno otvaranje stečajnog postupka zbog nepostojanja stečajne mase, ili je postavljen privremeni stečajni upravitelj te 3) te kada ugovaratelj osiguranja nema poznato prebivalište, odnosno boravište. Kummer, J., *Allgemeine Haftpflichtversicherung*, u: Terbille, M., *Versicherungsrechts*, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2008., str. 717-718. Pojedini autori ističu da postavljanje navedenih pretpostavki u pogledu postojanja izravnog prava oštećenika prema osiguratelju dovodi do podjele osiguranja od odgovornosti u svojim pravnim posljedicama, a što treba izbjeći. Niederleithinger, E., *Das neue VVG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007., str. 55., toč. 225.

¹²⁷ Wagner, G., op. cit., str. 94. toč. 22 i str. 95. toč. 29.

¹²⁸ Ibid., str. 95., toč. 30.

¹²⁹ BGBl. 1993., I S. 2066., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 499.

organizama, kao i osobe čije su stvari uništene ili oštećene zbog navedenih svojstava GM organizama (§ 32. st. 1. GenTG). Iako je GenTG svjestan činjenice da se opasnim svojstvima GM organizama može nanijeti šteta i okolišu, u osigurateljsko pokrće, kako je ono zakonom opisano, takve štete ne ulaze.

- 2) U § 19. st. 1. reč. 1. *Umwelthaftungsgesetz*¹³⁰-a (UmweltHG) propisano je da je korisnik pogona čija djelatnost predstavlja rizik za okoliš, obavezan sklopiti osiguranje od zakonske odgovornosti za štetu koja bi mogla nastati kao posljedica djelovanja pogona na okoliš (npr. onečišćenje zraka, vode i tla). U krug trećih oštećenih osoba spadale bi osobe koje trpe štetu zbog smrti, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja kao posljedice djelovanja pogona na okoliš, kao i osobe čije su stvari uništene ili oštećene zbog navedenih posljedica djelovanja na okolišu.¹³¹ Same štete na okolišu, koje ne bi imale za posljedicu i neku od navedenih šteta na osobama ili na stvarima oštećenika, ne bi ulazile u osigurateljsko pokrće kako je ono zakonom opisano.
- 3) U § 13. st. 1. i st. 2. u vezi s § 14. *Atomgesetz*-a¹³² (AtomG) propisano je da je korisnik nuklearnog uređaja, prijevoznik radioaktivnog materijala, kao i korisnik broda s nuklearnim reaktorom dužan sklopiti osiguranje od odgovornosti za štete koje proizlaze i uporabe nuklearnog uređaja i broda te obavljanjem prijevoza radioaktivnog materijala. U protivnom, nadležna vlast neće izdati odobrenje za uporabu takvih uređaja i za obavljanje takve djelatnosti. Zanimljivo je da je istim zakonom predviđena i odgovornost za štete zbog ionizirajućeg zračenja, ali nije predviđeno i obvezno sklapanje osiguranja od odgovornosti od takvih šteta za korisnike uređaja ionizirajućeg zračenja.
- 4) U § 94. st. 1. *Arzneimittelgesetz*¹³³-a (AMG) propisano je da je farmaceutske poduzetnik koji stavlja u promet lijekove, dužan osigurati se od odgovornosti za štetu koja može, zbog štetnog djelovanja lijekova, nastati osobama koje upotrebljavaju takve lijekove. Kao treće oštećene osobe mogu se pojaviti sve osobe koje zbog uporabe lijeka trpe štetu zbog smrti neke osobe, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja.
- 5) U § 17. st. 1. toč. 4. *Bundesjagdgesetz*¹³⁴-a (BJagdG) propisano je da će se uskratiti davanje dozvole za lov osobama koje ne dokažu da su sklopile obvezno osiguranje od odgovornosti za štete na osobama i stvarima koje mogu nastati prilikom lovačke aktivnosti.

¹³⁰ BGBl. 1990., I S. 2634., zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2631.

¹³¹ Nadalje, ako iz pogona koji više nije u funkciji proizlazi naročita opasnost, tada može nadležna vlast odrediti da onaj tko je bio korisnik tog pogona u trenutku kada je on obustavljen bude obavezan na sklapanje osiguranja od odgovornosti u narednom razdoblju od deset godina za štete koje bi iz takvog pogona mogle proizaći (§ 19. st. 1. reč. 2. UmweltHG).

¹³² BGBl. 1985., I S. 1565., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 1793.

¹³³ BGBl. 2005., I S. 3394., zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2631.

¹³⁴ BGBl. 1976., I S. 2849., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 426.

- 6) U pojedinim njemačkim saveznom državama propisano je i obvezno osiguranje od odgovornosti vlasnika za štete koje može prouzročiti njihov pas. Tako je primjerice u saveznoj državi Hamburg, u § 12. st. 1. *Gesetz zur Neuregelung über das Halten und Führen von Hunden*¹³⁵ propisano obvezno osiguranje imatelja pasa (i to čak u visini minimalne svote od 1 milijun EUR) koje mora pokrivati štete sukladno § 833. BGB-a koji se odnosi na odgovornost vlasnika životinja (štete zbog smrti, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja, te štetu zbog uništenja ili oštećenja stvari).

U spomenutu drugu grupu, u njemačkom pravu, spadala bi sljedeća osiguranja od odgovornosti:

- 7) Sukladno § 51. st. 1. *Bundesrechtsanwaltordnung*¹³⁶ (BRAO) odvjetnik je dužan sklopiti osiguranje od odgovornosti za imovinske štete¹³⁷ 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.
- 8) Gotovo identične odredbe kao i za osiguranje od odgovornosti odvjetnika, postoje i odredbe o obveznom osiguranju patentnih odvjetnika (45. st. 1. *Patenanwaltsordnung*¹³⁸) te patentnih odvjetničkih društava (§ 52j st. 1. *Patenanwaltsordnung*).
- 9) Također, identične odredbe nalaze se i u § 67. *Steuerberatungsgesetz*¹³⁹-a (StBerG) koje propisuju osiguranje od odgovornosti samostalnih poreznih savjetnika, društva poreznih savjetnika kao i poreznih punomoćnika, za imovinske štete koje bi mogli prouzročiti obavljanjem svoje porezno-savjetničke djelatnosti.
- 10) I u pogledu samostalnih revizora, kao i revizorskih društava, također je propisano da su dužni sklopiti obvezno osiguranje od odgovornosti za imovinske štete koje mogu prouzročiti obavljanjem svoje djelatnosti, te da su takvo osigurateljsko pokriće dužni i održavati dok obavljaju svoju djelatnost (§ 54. st. 1. reč. 1. *Wirtschaftsprüferordnung*,¹⁴⁰ WiPrO).
- 11) Javni bilježnici također imaju obvezu sklapanja osiguranja od odgovornosti za imovinsku štetu koju mogu prouzročiti trećim osobama u obavljanju svoje djelatnosti, te imaju i obvezu redovito obnavljati tako osiguranje (§ 19.

¹³⁵ HmbGVBl. Nr. 5/2006.

¹³⁶ Od 1. kolovoza 1958., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 2418.

¹³⁷ Radi se zapravo o čistoj imovinskoj šteti koja se pokriva osiguranjem od odgovornosti, Wagner, G., op. cit., str. 95., toč. 32. Dakle, radi se šteti koja ne nastaje ni zbog smrti, tjelesne povrede, narušenja zdravlja, niti zbog uništenja, oštećenja ili gubitka stvari. Sassenbach, H., *Anwalt- und Notarhaftpflichtversicherung*, u: Terbille, M., op. cit., str. 1013.-1014., toč. br. 14. Navedeno osigurateljsko pokriće, koje je propisom ustanovljeno samo za čistu imovinsku štetu postoji i kod ostalih osiguranja od profesionalne odgovornosti: patentnih odvjetnika, poreznih savjetnika, revizora, javnih bilježnika.

¹³⁸ BGBl. 1966., I S. 557., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 1000.

¹³⁹ BGBl. 1975., I S. 2735., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 2418.

¹⁴⁰ BGBl. 1975., I S. 2803., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 1000.

st. 2. *Bundesnotarordnung*¹⁴¹). Osigurateljsko se pokrće proteže i na osobe za koje javni bilježnik po zakonu odgovara u obavljanju svoje profesionalne djelatnosti.

- 12) Osiguranje od odgovornosti liječnika u obavljanju liječničke profesije nije propisom uvedeno kao obvezatno na razini cijele Njemačke, već se ono kao takvo javlja u pojedinim njemačkim saveznom zemljama. Tako je primjerice u § 21. *Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte*¹⁴² propisano da su se liječnici/ice dužni osigurati od odgovornosti za odštetne zahtjeve koji mogu nastati u okviru njihove profesionalne djelatnosti.¹⁴³
- 13) Pojedine savezne države propisale su i obvezno osiguranje od odgovornosti ljekarnika za štete koje mogu prouzročiti u obavljanju svoje ljekarničke djelatnosti (primjerice v. § 16 *Berufsordnung der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*¹⁴⁴ od 15.09.2006).

Mnoge njemačke savezne zemlje svojim propisima uređuju mnogobrojne slučajeve obveznih osiguranja od profesionalne odgovornosti (primjerice, inženjera, arhitekata, sudskih tumača), koje na ovom mjestu jednostavno nije moguće sve obuhvatiti.

3. Italija

I u Italiji, izravno pravo oštećenika prema osiguratelju od odgovornosti (*actio directa*) postoji samo u sustavu osiguranja od automobilske odgovornosti za štetu (art. 144. st. 1. *Codice delle assicurazioni private*)¹⁴⁵ i u osiguranju od odgovornosti operatora zrakoplova za štete nanesene na zemlji (art. 1015 *Codice della navigazione*).¹⁴⁶ Drugim riječima, u svim ostalim osiguranjima od odgovornosti ne postoji izravno pravo oštećenika na naknadu štete od osiguratelja, već se u tim slučajevima primjenjuju opće odredbe *Codice civile*¹⁴⁷ koje se odnose na ugovor o osiguranju od odgovornosti, a koje kažu da osiguratelj ima mogućnost, uz prethodno komunikaciju s osiguranikom, izvršiti plaćanje izravno trećoj osobi, a uvijek je dužan izvršiti takvo plaćanje onda kada to osiguranik (dakle, štetnik) zahtijeva (art 1917 st. 2. *Codice civile*). Iz navedenoga proizlazi da se trećoj oštećenoj osobi ne priznaje izričito izravno i bezuvjetno pravo na naknadu štete od osiguratelja.¹⁴⁸

¹⁴¹ Zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2840.

¹⁴² MBI. NRW. 1999 S. 350, MBI. 2000., NRW. S. 1254, MBI. NRW. 2002 S. 308, MBI. NRW 2003, S. 789, 790.

¹⁴³ Ista je obveza posebno propisana i za stomatologe (§ 4 *Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer*), ali se taj propis primjenjuje na razini cijele Njemačke.

¹⁴⁴ PZ 38/06, S. 133; DAZ 38/06, S. 157, propis se nalazi na internet stranici:

http://www.pharmatrix.de/cms/upload/pdf/impressum/Berufsordnung-LAK-BW_20060915.pdf, posjećena 29.12.2008.

¹⁴⁵ GU n. 239/2005., zadnja izmjena GU n. 198/2007.

¹⁴⁶ GU n. 327/1942.

¹⁴⁷ GU n. 79/1942, zadnja izmjena GU n. 159/2007.

¹⁴⁸ Iudica, G., Scarso, P. A., *Tort Liability and Insurance: Italy*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 125, toč. 32.

I u Italiji možemo obvezna osiguranja (izvan sustava prometa i prijevoza) podijeliti u dvije grupe.¹⁴⁹ U prvoj grupi nalaze se obvezna osiguranja kojima se pokriva objektivna odgovornost za štete koje se mogu prouzročiti obavljanjem neke opasne djelatnosti ili aktivnosti, a u drugoj grupi nalaze se obvezna osiguranja od profesionalne odgovornosti za štetu koja se temelji na načelu krivnje.

U prvu grupu obveznih osiguranja od odgovornosti spadala bi:

- 1) obvezno osiguranje od odgovornosti korisnika nuklearnog uređaja (art. 21. Zakona od 31. prosinca 1962., br. 1860),¹⁵⁰
- 2) obvezno osiguranje od odgovornosti lovaca za štetu koju bi mogli prouzročiti uporabom lovačkog oružja ili oruđa. Kao treće osobe mogu se pojaviti one koje trpe štetu zbog smrti, tjelesne ozljede ili narušenja zdravlja, te osobe čije su stvari (uključivši životinje) uništene ili oštećene uporabom lovačkog oružja i oruđa (čl. 12. toč. 8 Zakona od 11. veljače 1992. br. 157);¹⁵¹
- 3) obvezno osiguranje od odgovornosti distributera spremnika (cilindara) za tekući plin od 5 i više litara (plinskih boca) u pogledu šteta koje bi nastale uporabom tih spremnika, osobama, stvarima i životinjama, uključivši i štete koje bi uporabom navedenih spremnika prouzročili korisnici i osobe koje s njima žive (art. 5. st. 1. toč. a i b. Zakona od 2. veljače 1973. br. 7).¹⁵² Dakle, prema navedenom Zakonu, distributer plinskih spremnika mora imati osiguranje od odgovornosti kojim pokriva vlastitu odgovornost za štetu, ali kojim pokriva i odgovornost drugih osoba za štetu (korisnika plinskih spremnika i osoba koje s njima žive) zbog uporabe plinskih spremnika.
- 4) Obvezno osiguranje od odgovornosti kojeg ugovara ENI (nacionalna agencija za ugljikovodike) u pogledu rizika povezanih sa spremnicima (cilindrima) s metanom. Osiguranje pokriva građanskopravnu odgovornost vlasnika spremnika metana, stanica za punjenje spremnika, prijevoznika, distributera, te u konačnici i građanskopravnu odgovornost krajnjih korisnika spremnika metana za štete koje mogu trećima nastati njihovom uporabom (art. 19. Dekreta predsjednika republike od 9. studenog 1991. br. 404).¹⁵³ Dakle, obveznik sklapanja osiguranja od odgovornosti je ENI, a položaj osiguranika imaju sve gore spomenute osobe.
- 5) Obvezno osiguranje od odgovornosti upravitelja uređenih skijaških područja u pogledu šteta koje mogu pretrpjeti korisnici skijaških područja i ostale treće osobe prilikom uporabe navedenih područja (art. 4. Zakona od 24. prosinca 2003., br. 363).¹⁵⁴

¹⁴⁹ Ibid., str. 121 toč. 4, i str. 122, toč. 14.

¹⁵⁰ GU, n. 27/1963.

¹⁵¹ GU, n. 46/1992.

¹⁵² GU, n. 42/1973.

¹⁵³ GU, n. 302/1991.

¹⁵⁴ GU, n. 3/2004.

- 6) obvezno osiguranje od odgovornosti obrazovnih institucija i sportskih organizacija u pogledu šteta koje mogu nastati korištenjem vojnih sportskih objekata (art. 30. toč. 4 i 5 Zakona od 24. prosinca 1986, br. 958).¹⁵⁵

U drugu grupu obveznih osiguranja od odgovornosti spadalo bi:

- 7) obvezno osiguranje od odgovornosti "menadžera srednje razine" koji u obavljanju svojih ugovornih obveza mogu biti odgovorni za štetu trećim osobama. Obveznik sklapanja takvog osiguranje je poslodavac, dok menadžeri imaju položaj osiguranika (art. 5., Zakona od 13. svibnja 1985., br. 190).¹⁵⁶
- 8) obvezno osiguranje od odgovornosti pripravnika u javnim službama, ili u poslodavcima u kojim sudjeluje država, ili u privatnim neprofitnim organizacijama iz područja socijale i kulture, za štetu koju u obavljanju svojeg posla mogu prouzročiti trećima. Obveznik sklapanja ove vrste osiguranja je poslodavac, a položaj osiguranika ima pripravnik (art. 18. toč. e, Zakon od 24. lipnja 1997., br. 196).¹⁵⁷
- 9) obvezno osiguranje od odgovornosti studenata trogodišnjeg studija zubarstva i zubne protetike u pogledu šteta koje mogu prouzročiti trećima u obavljanju kliničke prakse ili naukovanja. Obveznik sklapanja ove vrste osiguranja je visokoškolska ustanova, a studenti imaju položaj osiguranika (art. 1. Zakon od 20. ožujka 1984., br. 47).
- 10) obvezno osiguranje od odgovornosti volontera za štetu koju mogu prouzročiti trećima u obavljanju volonterskih poslova. Obveznik sklapanja takvog osiguranja od odgovornosti je neprofitna organizacija volonterskog rada (art. 4. Zakona od 11. kolovoza 1991, br. 266).¹⁵⁸
- 11) obvezno osiguranje od odgovornosti posrednika u osiguranju (fizičke ili pravne osobe) za štetu zbog nepažnje ili pogrešaka u obavljanju svoje profesije koju mogu prouzročiti bilo osigurateljima, bilo ugovarateljima osiguranja kao trećim osobama (art. 4. toč. g. i art. 5. toč. f., Zakona od 28. studenog 1984., br. 792).¹⁵⁹
- 12) obvezno osiguranje od odgovornosti turističke agencije za štetu koju može pretrpjeti potrošač zbog tjelesne povrede, ili zbog neispunjenja, ili nepotpunog ispunjenja ugovora o paket-aranžmanu (putovanja, izleta ili odmora), (art. 15 i 20. Zakona od 17. ožujka 1995., br. 111).¹⁶⁰

Pored navedenih, mnoge odredbe o obveznim osiguranjima o odgovornosti pojedinih vršitelja profesija nalaze se i zakonima pojedinih talijanskih regija i provincija.¹⁶¹ Primjerice, postoje obvezna osiguranja od odgovornosti za

¹⁵⁵ GU, n. 11/1987.

¹⁵⁶ GU, n. 115/1985.

¹⁵⁷ GU, n. 154/1997.

¹⁵⁸ GU, n. 196/1991.

¹⁵⁹ GU, n. 329/1984.

¹⁶⁰ GU, n. 88/1995.

¹⁶¹ Iudica, G., Scarso, P. A., op. cit., str. 123, toč. 23.

instruktore i škole skijanja, te vodiče alpiniste,¹⁶² obvezna osiguranja od odgovornosti za operatere žičara koje se koriste za prijevoz ljudi i stvari za štete prouzročene osobama i stvarima pogonom žičare;¹⁶³ obvezna osiguranja od odgovornosti za poduzeća koja upravljaju auto-kampovima u pogledu šteta prouzročenih korisnicima auto-kampa;¹⁶⁴ obvezna osiguranja od odgovornosti za skrbnike maloljetnih osoba za štete počinjene od strane štićenika.¹⁶⁵

4. Velika Britanija

U Velikoj Britaniji također, izvan sustava osiguranja od automobilske odgovornosti za štetu, izravno pravo oštećenika prema osiguratelju od odgovornosti (*actio directa*) postoji u vrlo ograničenom opsegu. Naime, sukladno čl. 1. st. 1. *Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930* izravno pravo oštećenika prema osiguratelju od odgovornosti postoji samo u slučaju bankrota osiguranika, njegovog dogovaranja s vjerovnicima u vezi s dugovima, likvidacijom osiguranika te u slučaju namirenja vjerovnika iz imovine osiguranika. Samo fakultativnim ispunjenjem jedne od navedenih pretpostavki, oštećenik se može izravno obratiti osiguratelju od odgovornosti s zahtjevom za naknadu štete. Dakle, izravno pravo oštećenika u osiguranjima od odgovornosti je uvjetnog karaktera.¹⁶⁶

Podjela obveznih osiguranja od odgovornosti Velikoj Britaniji u literaturi se opisuje na nešto drukčiji način, nego u prije navedenim zemljama. Naime, ovdje se obvezna osiguranja od odgovornosti dijele na ona kojima je prvenstveni cilj zaštita oštećenika kojima je šteta nastala zbog smrti, tjelesne ozljede ili narušenja zdravlja, te na ona osiguranja kojima je prvenstveni cilj zaštita osiguranika od ekonomskih gubitaka.¹⁶⁷

U prvu grupu osiguranja spadaju obvezno osiguranje od automobilske odgovornosti za štetu (uređeno u čl. 143.-162., *Road Traffic Act 1988*, a o kojem se na ovom mjestu ne ulazi u dublju analizu) te obvezno osiguranje od odgovornosti poslodavca za štete koju pretrpi zaposlenik na radu ili u vezi s radom [uređeno sa *Employers Liability (Compulsory insurance) Act 1969* i sa

¹⁶² Art. 15, 16 i 31, Zakona regije Lombardije, od 7. listopada 2003., br. 22.

¹⁶³ Art. 9. st. 3. Zakona autonomne provincije Bolzano, od 17. veljače 2000., br. 5.

¹⁶⁴ Art. 8, st. 4. Zakona autonomne provincije Trento, od 13. prosinca 1990., br. 33., BU 56/1990.

¹⁶⁵ Art. 82. st. 1. toč. e Zakona regije Lombardije, od 7. siječnja 1986., br. 1., BU n. 2/1986.

¹⁶⁶ Jedino u području osiguranja od automobilske odgovornosti za štetu, postoji izravno i bezuvjetno pravo oštećenika prema osiguratelju odgovorne osobe, a koje je uvedeno u pravni sustav Velike Britanije tek Četvrtom Smjernicom (br. 2000/26/EC) iz osiguranja motornih vozila. Čurković, M., Najnovije EU tendencije u zaštiti žrtava cestovnog prometa, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 3., Mostar, 2005., str. 281.

¹⁶⁷ Lewis, R., *The Relationship Between Tort Law and Insurance in England and Wales*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/New York, 2005., str. 54. toč 14. i 15.

Statutory Instruments, 1998, No. 2573].¹⁶⁸ Ovim potonjim Zakonom uvedeno je obvezno osiguranje od odgovornosti poslodavca za štetu koju pretrpi njegov zaposlenik zbog isključivo tjelesne ozljede, ili narušenja zdravlja na radu ili u vezi s radom (čl. 1. st. 1. Zakona). Obveznik osiguranja je poslodavac bilo koje vrste, a treće oštećene osobe su isključivo zaposlenici, tj. osobe koje se zapošljavaju na temelju ugovora o radu (bilo u pisanom ili usmenom obliku), uključujući i pripravnike (čl. 2. st. 1. Zakona).¹⁶⁹

U pogledu obveznih osiguranja od odgovornosti kojima je prvenstveni cilj zaštita osiguranika od ekonomskih gubitaka navodi se kako se ona donose *ad hoc*, ne obrazlažujući pritom zašto u pojedinim djelatnostima i aktivnostima postoji obveza osiguranja od odgovornosti, a u nekim drugim djelatnostima i aktivnostima takva obveza ne postoji.¹⁷⁰ U ovu drugu grupu obveznih osiguranja od odgovornosti spadala bi sljedeća osiguranja:

- 1) Obvezno osiguranje od odgovornosti vlasnika poduzeća za jahanje. Sukladno čl. 2. st. 1. toč. 4A, podtoč. d. *Riding Establishments Act 1970*, svaki vlasnik poduzeća za jahanje, mora, u svrhu dobivanja i produljenja dozvole za obavljanje posla, sklopiti osiguranje od odgovornosti za štete isključivo zbog tjelesne ozljede koje mogu nastati trećim osobama koje su unajmile konja za jahanje ili za uporabu, kao i za štete zbog tjelesne ozljede koje mogu nastati bilo kojim drugim trećim osobama, a koje proizlaze iz uporabe konja.
- 2) Obvezno osiguranje od odgovornosti vlasnika opasnih divljih životinja. Sukladno čl. 1., st. 6. toč. a, podtoč. iv, *Dangerous Wild Animals Act 1976*, vlasnik opasnih divljih životinja dužan sklopiti obvezno osiguranje od odgovornosti za bilo koju štetu koju trećim osobama mogu nanijeti opasne divlje životinje. Ako je pored vlasnika, i neka druga osoba ovlaštena držati životinje, tada vlasnikova policica osiguranja od odgovornosti mora pokrivati i odgovornost te druge osobe. Popis opasnih divljih životinja naveden je u prilogu na kraju Zakona.
- 3) Obvezno osiguranje od odgovornosti korisnika nuklearnog reaktora za sve štete koje nastaju uporabom nuklearnog uređaja sukladno čl. 19. st. 1. *Nuclear Installations Act 1965*.
- 4) Obvezno osiguranje od profesionalne odgovornosti odvjetnika. Sukladno čl. 37. st. 2. toč. c i *Solicitors Act 1974* i toč. 4.1. *Solicitors Indemnity Insurance Rules 2008*. (SIIR), odvjetničke tvrtke, (a koje se mogu sastojati i od samo jednog odvjetnika, toč. 3.1. SIIR-a), dužne su se osigurati od odgovornosti

¹⁶⁸ Iz ova dva područja odgovornosti za štetu proizlazi 90% svih zahtjeva u Velikoj Britaniji za naknadu štete zbog smrti, tjelesne ozljede i narušenja zdravlja. Stoga je osiguranje od odgovornosti u navedenim područjima odgovornosti za štetu od velikog značaja. Lewis, R., op. cit., str. 54, toč. 14.

¹⁶⁹ Zakon ne postavlja obvezu da se poslodavac osigura od odgovornosti za štete koje bi mogli pretrpjeti njegovi srodnici kao zaposlenici, te štete koje bi mogli pretrpjeti zaposlenici koji nemaju redovito prebivalište u Velikoj Britaniji (čl. 2. st. 2. Zakona).

¹⁷⁰ Lewis, R., op. cit., str. 55, toč. 15.

- za štete koje mogu nastati obavljanjem odvjetničkog zanimanja. 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 već osigurateljsko pokriće (toč. 4. 2. SIIR-a).
- 5) Obvezno osiguranje od profesionalne odgovornosti u medicinskim djelatnostima. U ovom segmentu obveznih osiguranja od odgovornosti postoje određene specifičnosti. Ponajprije, liječnici i stomatolozi koji su u javnoj službi nemaju obvezu sklapanja osiguranja od profesionalne odgovornosti zbog toga što naknade šteta koje oni mogu prouzročiti obavljanjem svoje djelatnosti nadoknađuje *National Health Service (NHS)*.¹⁷¹ No, ako stomatolozi i liječnici medicine obavljaju samostalnu privatnu praksu, tada njihova profesionalna odgovornost za štete nije pokrivena *NHS*-om, već njihova strukovna udruženja zahtijevaju od njih da sklope obvezna osiguranja od profesionalne odgovornosti, makar i ne postoji zakonska obveza da tako i postupe.¹⁷² Pored liječnika i stomatologa privatne prakse, obvezno osiguranje od profesionalne odgovornosti propisano je i za neka druga medicinska zanimanja, primjerice za osteopate (čl. 37. st. 1. *Osteopaths Act 1993*) i kiropraktičare (čl. 37. st. 1. *Chiropractors Act 1994*).
 - 6) Obvezna osiguranja od profesionalne odgovornosti za štetu iz područja financijskih usluga. Propisano je obvezno osiguranje od odgovornosti za nezavisne financijske savjetnike (čl. 138. *Financial Services and Markets Act 2000*), te obvezno osiguranje od profesionalne odgovornosti posrednika u osiguranju [čl. 12. *Insurance Brokers (Registration) Act 1977*]
 - 7) Obvezno osiguranje od odgovornosti agenta (posrednika) u prometu nekretnina, ali samo u pogledu štete koja može nastati propustima u obračunavanju novca dobivenog od ili za nalagodavca (čl. 16. st. 1. *Estate Agents Act 1979*). Dakle, agent (posrednik) u prometu nekretnina je obveznik sklapanja predmetnog osiguranja, a kao treća osoba može se pojaviti samo nalagodavac (klijent) agenta.

¹⁷¹ Ibid., str. 56, toč. 15.

¹⁷² Loc. cit. Doduše, postoji ovlast ministarstva zdravstva da propiše obvezno osiguranje od profesionalne odgovornosti liječnika medicine i stomatologije (čl. 9. *Health Act, 1999*), ali takva ovlast još nije korištena. Postojao je čak i zakonski prijedlog [*The Medical Practitioners and Dentists (Professional Negligence Inusracne) Bill 2003*], kojim se pokušala uvesti obveza sklapanja osiguranja od profesionalne odgovornosti liječnika i stomatologa, ali takav prijedlog nije prošao parlamentarnu proceduru tijekom 2003. godine.

VI. Zaključak

Na temelju do sada izloženog možemo iznijeti sljedeće zaključke:

1. Ponajprije možemo uočiti da ne postoji, tzv. *numerus clausus* obveznih osiguranja od odgovornosti, već je njihov broj promjenjiv, i to u pravilu stalno se povećava. Razlog tome je pojava svakim danom sve većeg broja određenih djelatnosti ili aktivnosti, čije obavljanje nosi sa sobom i određeni rizik od nastanka štete prilikom njihova obavljanja za širi krug pojedinaca. Stoga se javlja općedruštveni interes da se, s jedne strane zaštite (u novčanom smislu) treće osobe koje mogu biti oštećene obavljanjem takvih djelatnosti, a s druge strane da se omogući osobama koje su nositelji takve djelatnosti njihovo nesmetano obavljanje u smislu zaštite od raznih novčanih gubitaka koje bi pretrpjele u obliku isplata za naknade šteta koje su nastale u vezi s obavljanjem takvih djelatnosti ili aktivnosti.
2. Analizirani propisi o obveznim osiguranjima od odgovornosti vezuju, u najvećem broju slučajeva, obvezu sklapanja ugovora o osiguranju uz određenu profesionalnu djelatnost, određenu aktivnost (koja i ne mora biti profesionalna, primjerice lovstvo) ili uz nositelje i voditelje pojedine gospodarske djelatnosti (primjerice korisnika nuklearnog uređaja, koncesionara plinskih ili cjevovodnih mreža i sl.). Manje je onih obveznih osiguranja od odgovornosti koje vezuju obvezu sklapanja osiguranja uz pravo vlasništva nad određenom opasnom stvari (proizlazi da se to pravilo isključivo odnosi na obvezna osiguranja od odgovornosti za štetu u prometu, a ne i kod drugih vrsta obveznih osiguranja od odgovornosti).
3. Obveznici sklapanja osiguranja od odgovornosti prvenstveno su osobe koje obavljaju određenu djelatnost ili aktivnost uz čije se obavljanje vezuje povećani rizik nastanka štete. Osigurateljsko pokriće odnosi se, kako na nositelje određene djelatnosti (pravne osobe, ili fizičke osobe kao obrtnici ili slobodna zanimanja koje obavljaju određenu djelatnost), tako i na njihove zaposlenike koji sudjeluju u obavljanju navedene djelatnosti (tzv. osigurane osobe). Stoga je moguće da se osobe ugovaratelja osiguranja koji ima obvezu sklopiti ugovor o osiguranju od odgovornosti i samog osiguranika, razlikuju (primjerice ugovaratelj osiguranja od odgovornosti je odvjetničko društvo, revizorsko društvo, projektantsko društvo, a osiguranici su osobe zaposlene u tim društvima koje sudjeluju u obavljanju poslovne djelatnosti društva: odvjetnici, revizori, inženjeri).
4. U pogledu određivanja kruga trećih osoba ne može se izvući jedinstveni zaključak, već se u tom smislu može izvršiti određena podjela obveznih osiguranja od odgovornosti. A) Ponajprije, postoje osiguranja od odgovornosti u kojima treće osobe predstavljaju, tzv. neograničenu masu potencijalnih oštećenika (primjerice osiguranje od odgovornosti korisnika nuklearnog uređaja, ali i osiguranje od odgovornosti arhitekata i inženjera u graditeljstvu, te inženjera drvne tehnologije). U ovim osiguranjima ne zahtijeva se da oštećene osobe imaju nekakav pravni (ugovorni) odnos s

- odgovornom osobom. B) Zatim, postoje osiguranja od odgovornosti u kojima se kao treće osobe mogu pojaviti samo osobe koje su u nekom određenom pravnom (ugovornom) odnosu s osiguranikom, tj. odgovornom osobom (primjerice osiguranje od odgovornosti odvjetnika, revizora, poreznih savjetnika, psihologa). C) Konačno postoje osiguranja od odgovornosti u kojima je krug trećih osoba unaprijed određen samim propisom ili uvjetima osiguranja (primjerice u osiguranju od odgovornosti stečajnih upravitelja i javnih komisionara trećim bi se osobama smatrali vjerovnici stečajne mase te stranke u stečajnom, odnosno ovršnom postupku; u osiguranju od odgovornosti za štetu na okolišu propisano je da se trećim osobama smatraju država i jedinice lokalne i područne samouprave; putnici su također izrijekom propisani kao treće osobe u osiguranju od odgovornosti organizatora putovanja za paket aranžman).
5. Obvezna osiguranja od odgovornosti najčešće se propisuju samim zakonima (državnim, ali i regionalnim kao što je to slučaj u poredbenom pravu), no nije isključeno da se ona propisuju i u podzakonskim aktima, pa i deontološkim propisima pojedinih strukovnih organizacija (primjerice Pravilnik o radu posrednika u transferima igrača kojeg je donio Hrvatski nogometni savez).
 6. No, i onda kada pojedine strukovne organizacije ne određuju obvezu sklapanja osiguranja od odgovornosti svojim deontološkim propisima, one ipak imaju određenu ulogu u utvrđivanju (zajedničkih) uvjeta osiguranja od profesionalne odgovornosti svojih članova s osigurateljima, a koje će potom oni primjenjivati u svojem poslovanju. Primjer za to su ovlasti Odvjetničke komore, Javnobilježničke komore, Komore arhitekata i inženjera u graditeljstvu, i drugih komora, koje zajednički s osigurateljima utvrđuju uvjete osiguranja od profesionalne odgovornosti svojih članova.
 7. Na kraju možemo zaključiti da se u Hrvatskoj, po broju i sadržaju obveznih osiguranja od odgovornosti, slijedi trend koji postoji u poredbenim pravnim sustavima, no smatramo da bi se po uzoru na prikazana poredbeno pravna uređenja, mogla uvesti obveza sklapanja i još nekih dodatnih osiguranja od odgovornosti za koje smatramo da postoji opravdani društveni interes, primjerice: osiguranje od odgovornosti koncesionara raznih cjevovoda i plinskih mreža, korisnika uređaja za genetsku tehnologiju, proizvođača ili uvoznika proizvoda za proizvod s nedostatkom, lovaca, vlasnika pasa i drugih opasnih životinja te liječnika i drugih osoba koje obavljaju medicinska zanimanja.

Literatura

1. **Andrijašević, Sanja, Račić-Žlibčar, Tatjana**, Rječnik osiguranja, Masmedia, Zagreb, 1997.
2. **Čulinović Herc, Edita**, Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava – odgovornost revizora, Zbornik PFRi, vol. 25., br. 1., 2004., str. 167-202.

3. **Ćurković, Marijan**, Osiguranje od odgovornosti pri obavljanju profesionalne djelatnosti, *Pravo i porezi*, br. 5., 1997., str. 509-516.
4. **Ćurković, Marijan**, Osiguranje od odgovornosti u odnosima zaštitarske i detektivske djelatnosti, *Pravo i porezi*, br. 7., 1997., str. 734-735.
5. **Ćurković, Marijan**, Uvjeti za osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja, *Pravo i porezi*, br. 6, 1998., str. 637-639.
6. **Ćurković, Marijan**, Posredovanje i zastupanje u osiguranju, *Osiguranje – hrvatski časopis za teoriju i praksu osiguranja*, god. 39, br. 2-3., 1999., str. 3-30.
7. **Ćurković, Marijan**, Najnovije EU tendencije u zaštiti žrtava cestovnog prometa, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 3., Mostar, 2005., str. 273-288.
8. **Ćurković, Marijan**, Osiguranje od odgovornosti članova uprava i nadzornih odbora, revizora i odvjetnika, *Pravo u gospodarstvu*, br. 4., 2006., str. 267-287.
9. **Ćurković, Marijan**, Druga EU direktiva o posredovanju o osiguranju, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 4., Mostar, 2006., str. 181-189.
10. **Ćurković, Marijan**, Osiguranje u sportskim aktivnostima, u: *Novi zakon o športu i aktualna praksa iz područja športa i športskih djelatnosti*, skupina autora, Inženjerski biro, Zagreb, siječanj 2007., str. 183-199.
11. **Ćurković, Marijan**, Osiguranje od odgovornosti poslodavca za neimovinsku štetu uzrokovanu radnicima, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti u vezi s radom*, opća redakcija: Klarić, Petar, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 149-163.
12. **Ćurković, Marijan**, *Obvezna osiguranja u prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.
13. **Ćurković, Marijan**, Osiguranje od odgovornosti liječnika, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 6., Mostar, 2008., str. 149-157.
14. **Dulčić, Katerina**, *Elektronička forma pravnog posla*, magistarski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2004.
15. **Fenyves, Attila, i Rubin, Daniel**, *Tort Liability and Insurance: Country Report Austria*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 7-46.
16. **Gavella, Nikola**, *Osobna prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 2000.
17. **Gorenc, Vilim**, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF plus, Zagreb, 2005.
18. **Ilić, Ante**, *Obvezna osiguranja u hrvatskom zakonodavstvu*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 11-12, 1994., str. 937-946.
19. **Iudica, Giovanni, Scarso, P. Alessandro**, *Tort Liability and Insurance: Italy*, u: Wagner, G. (ed.), *Tort Law and Liability Insurance*, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 119-146.
20. **Jurić, Dionis**, *Uloga revizora u dioničkom društvu*, *Zbornik PFRi.*, vol. 25., br. 1., 2004., str. 323-352.
21. **Kačer, Hrvoje**, *Obvezna osiguranja od profesionalne odgovornosti u hrvatskom pravu*, *Ugovor o osiguranju prema novom ZOO*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 92-131.

22. **Kummer, Joachim**, Allgemeine Haftpflichtversicherung, u: Terbille, M., Versicherungsrechts, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2008., str. 655-733.
23. **Lewis, Richard**, The Relationship Between Tort Law and Insurance in England and Wales, u: Wagner, G. (ed.), Tort Law and Liability Insurance, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 47-85.
24. **Lončarić-Horvat, Olivera**, et al., Pravo okoliša, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd., Ministarstvo zaštite okoliša i prostornog uređenja i Organizator, Zagreb, 2003.
25. **Matijević, Berislav**, Osiguranje u praksi, Naklada, Zadar, 2007.
26. **Niederleithinger, Ernst**, Das neue VVG, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007.
27. **Pauković, Hrvoje**, Osiguranje od odgovornosti, u: Ugovor o osiguranju prema novom ZOO-u, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 74-91.
28. **Petrić, Silvija**, Temeljne pretpostavke građanskopravne odgovornosti odvjetnika, Pravo i porezi, br. 12/2002, str. 36-45.
29. **Sassenbach, Holger**, Anwalt- und Notarhaftpflichtversicherung, u: Terbille, M., Versicherungsrechts, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2008., str. 1009-1034.
30. **Slavnić, Jovan**, Obvezno osiguranje, osnove sistema i koncept njegovog regulisanja, Savremena administracija, Beograd, 1978.
31. **Šulejić, Predrag**, Osiguranje od građanske odgovornosti, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1967.
32. **Šulejić, Predrag**, Pravo osiguranja, Dosije, Beograd, 2005.
33. **Wagner, Gerhard**, Tort Liability and Insurance: German Report, u: Wagner, G. (ed.), Tort Law and Liability Insurance, Springer Verlag, Wien/NewYork, 2005., str. 87-117.

Pravni izvori

Hrvatska:

- Ovršni zakon NN, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08.
- Stečajni zakon, NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04. i 82/06.
- Zakon o elektroničkom potpisu, NN, br. 10/02. i 80/08.
- Zakon o Hrvatskoj komori arhitekata i inženjera u graditeljstvu, NN, br. 47/98.
- Zakon o Hrvatskoj komori inženjera šumarstva i drvne tehnologije, NN, br. 26/06.
- Zakon o javnom bilježništvu, NN, br. 78/93., 29/94. i 16/07.
- Zakon o obveznim odnosima (ZOO), NN, br. 35/05. i 41/08.
- Zakon o obveznim osiguranjima u prometu, NN, br. 151/05.
- Zakon o odgovornosti za nuklearnu štetu, NN, br. 143/08.
- Zakon o odvjetništvu, NN, br. 9/94.
- Zakon o osiguranju, NN, br. 151/05. i 87/08.
- Zakon o osnutku Hrvatske kontrole zračne plovidbe, NN, br. 19/98.
- Zakon o poreznom savjetništvu, NN, br. 127/00.
- Zakon o posredovanju u prometu nekretnina, NN, br. 107/07
- Zakon o privatnoj zaštiti, NN, br. 68/03.
- Zakon o pružanju usluga u turizmu, NN, br. 68/07.
- Zakon o psihološkoj djelatnosti, NN, br. 47/03.

Zakon o reviziji, NN, 146/05.
Zakon o veterinarsko-medicinskim proizvodima, NN, br. 84/08.
Zakon o zaštiti okoliša, NN, br. 110/07.
Zakon o zaštiti osoba i imovine, NN, br. 83/96., 90/96. i 96/01.
Pravilnik o radu posrednika u transferima igrača Hrvatskog nogometnog saveza od 25. kolovoza 2001., propis se nalazi na internet stranici:
www.hns-cff.hr/upl/products/Pravilnik_o_radu_posrednika_u_transferima_igraca.pdf
Pravilnik o stalnim sudskim tumačima, NN, br. 88/2008.
Pravilnik o stalnim sudskim vještacima, NN, br. 88/2008.

Austrija:

Atomhaftungsgesetz (AtomHG), BGBl. Nr. 170/98.
Bankwesengesetz, BGBl. Nr. 639/1993., zadnja izmjena 70/2004.
Flughafen-Bodenabfertigungsgesetz (FBG), BGBl. Nr. 97/1998.
Gaswirtschaftsgesetz (GWG), BGBl. Nr. 121/2000., 136/2001. i 148/2002.
Gentechnikgesetz, BGBl. I Nr. 73/1998., 98/2001., 94/2002., 73/2004., 126/2004., 127/2005. i 13/2006.
Gewerbeordnung, BGBl. Nr. 111/2002.
Kapitalmarktgesetz, BGBl. Nr. 625/1991., 532/1991., 210/1994., 60/1998., 63/1999., 2/2001., 97/2001., 35/2003., 80/2003., 78/2005., 48/2006., 60/2007. i 69/2008
Notariatsordnung, RGBl. 75/1871., zadnja izmjena BGBl. Nr. 112/2003.
Patentanwaltsgesetz., BGBl. Nr. 214/1967., 172/1983., 772/1992, 109/1993., 917/1993., 112/1999., 107/2001. i 133/2005.
Produkthaftungsgesetz., BGBl. Nr. 99/1988. i 98/2001 (zadnja izmjena).
Rechtsanwaltsordnung (RAO), RGBl. Nr. 96/1868, zadnja izmjena BGBl. Nr. 68/2008.
Rohrleitugngsgesetz (RohrleitungsG), BGBl. Nr. 411/1975., 428/1989., 127/1993., 140/1997., 121/2000., 98/2001., 151/2001., 112/2003. i 115/2004.
Sachverständigen- und Dolmetschergesetz, BGBl. Nr. 137/1975, 623/1994., 168/1998., 133/2001., 115/2003, 111/2007.
Seilbahngesetz, BGBl. Nr. 103/2003.
Signaturgesetz, BGBl. Nr. 190/1999., 32/2001., 152/2001. i 164/2005.
Verisicherungsaufsichtsgesetz (VAG), BGBl. 569/1978., zadnja izmjena 194/1999.
Versicherungsvertragsgesetz (VVG), BGBl. Nr. 1959/2, 1993/90., 1994/509., 1994/652., 1996/447., 1997/6. i 1997/140.
Wirtschaftstreuhandberufsgesetz (WTBG), BGBl. Nr. 58/1999., 135/2001., 84/2005., 120/2005. i 161/2006.
Zivilrechtsmediationsgesetz, BGBl. Nr. 29/2003.

Njemačka:

Arzneimittelgesetz (AMG), BGBl. 2005., I S. 3394., zadnja izmjena BGBl. 2007. I S. 2631
Atomgesetz (AtomG), BGBl. 1985., I S. 1565, zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 1793.
Berufsordnung der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, PZ 38/06, S. 133; DAZ 38/06, S. 157.
Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte, MBI. NRW. 1999 S. 350, MBI. 2000., NRW. S. 1254, MBI. NRW. 2002 S. 308, MBI. NRW 2003, S. 789, 790.

Bundesjagdgesetz (BJagdG), BGBl. 1976., I S. 2849, zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 426.
Bundesnotarordnung, zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2840.
Bundesrechtsanwaltdordnung (BRAO), od 01.08.1958. zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 2418
Genetchnikgesetz (GenTG), BGBl. 1993., I S. 2066., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 499.
Gesetz zur Neuregelung über das Halten und Führen von Hunden, HmbGVBl. Nr. 5/2006.
Patenanwaltsordnung, BGBl. 1966., I S. 557, zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 1000.
Pflichtversicherungsgesetz, BGBl. 1965., I S. 213, zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2833.
Steuerberatungsgesetz, (StBerG), BGBl. 1975., I S. 2735., zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 2418.
Umwelthaftungsgesetz (UmweltHg), BGBl. 1990., I S. 2634., zadnja izmjena BGBl. 2007., I S. 2631.
Versicherungsvertragsgesetz (VVG), BGBl. I S. 2631/2007.
Wirtschaftsprüferordnung (WiPrO), BGBl. 1975., I S. 2803, zadnja izmjena BGBl. 2008., I S. 1000.

Italija:

Codice civile, GU n. 79/1942, zadnja izmjena GU n. 159/2007.
Codice della navigazione, GU n. 327/1942.
Codice delle assicurazioni private, GU n. 239/2005, zadnja izmjena GU n. 198/2007.
Dekret predsjednika republike od 9. studenog 1991, br. 404, GU n. 302/1991.
Zakon od 31. prosinca 1962, br. 1860, GU, n. 27/1963.
Zakon od 2. veljače 1973, br. 7, GU, n. 42/1973.
Zakon od 20. ožujka 1984., br. 47.
Zakona od 28. studenog 1984., br. 792, GU, n. 329/1984.
Zakon od 13. svibnja 1985., br. 190, GU, n. 115/1985.
Zakon od 24. prosinca 1986, br. 958, GU, n. 11/1987.
Zakon od 11. kolovoza 1991, br. 266, GU, n. 196/1991
Zakon od 11. veljače 1992. br. 157, GU, n. 46/1992.
Zakona od 17 ožujka 1995., br. 111, GU, n. 88/1995.
Zakon od 24. lipnja 1997., br. 196, GU, n. 154/1997.
Zakon od 24. prosinca 2003., br. 363, GU, n. 3/2004.
Zakon autonomne provincije Bolzano, od 17. veljače 2000, br. 5.
Zakon autonomne provincije Trento, od 13. prosinca 1990., br. 33., BU 56/1990.
Zakon regije Lombardije, od 7. siječnja 1986., br. 1., BU n. 2/1986.
Zakon regije Lombardije, od 7. listopada 2003., br. 22.

Velika Britanija:

(*Napomena:* svi zakonski tekstovi preuzeti su sa službenih stranica ureda za javno informiranje britanske vlade, www.opsi.gov.uk).

Chiropractors Act 1994

Dangerous Wild Animals Act 1976.

Employers Liability (Compulsory insurance) Act 1969, Statutory Instruments, 1998, No. 2573.

Estate Agents Act 1979.

Financial Services and Markets Act 2000.

Health Act, 1999.

Insurance Brokers (Registration) Act 1977.

Nuclear Installations Act 1965.

Osteopaths Act 1993.

Riding Establishments Act 1970.

Road Traffic Act 1988.

Solicitors Act 1974.

Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930.

Solicitors Indemnity Insurance Rules, www.sra.org.uk

Uvjeti osiguranja

Neobvezujući ogledni (standardni) uvjeti za osiguranje od odgovornosti javnih komisio-
nara, od 27. svibnja 2008. godine, www.huo.hr .

Neobvezujući ogledni (standardni) uvjeti osiguranja od odgovornosti organizatora paket
aranžmana, od 27. rujna 2007. godine, www.huo.hr .

Neobvezujući ogledni (standardni) uvjeti osiguranja od odgovornosti posrednika u pro-
metu nekretnina, od 25. rujna 2008. godine, www.huo.hr .

Neobvezujući ogledni (standardni) uvjeti za osiguranje od odgovornosti posrednika u
osiguranju i reosiguranju, od 27. svibnja 2008. godine, www.huo.hr .

Neobvezujući ogledni (standardni) uvjeti za osiguranje od odgovornosti stečajnih upra-
vitelja, od 13. prosinca 2007. godine, www.huo.hr .

Uvjeti osiguranja od odgovornosti javnih bilježnika od 21. prosinca 1994. godine
(zajednički uvjeti).

Uvjeti osiguranja od odgovornosti odvjetnika od 21. prosinca 1994. (zajednički uvjeti).

Uvjeti za osiguranje od odgovornosti iz obavljanja djelatnosti zastupanja u osiguranju
Croatia osiguranja d.d., od 1. siječnja 2000. godine.

Uvjeti za osiguranje od izvanugovorne (javne) odgovornosti Croatia osiguranja d.d., od
1. siječnja 2006. godine.

Uvjeti za osiguranje od odgovornosti iz obavljanja zaštitarske i detektivske djelatnosti
koji su u primjeni od 28. listopada 2004. (zajednički uvjeti).

Uvjeti za osiguranje od odgovornosti ovlaštenih arhitekata i inženjera u graditeljstvu, od
1. siječnja 2001. godine, na: www.hkaig.hr/akti/11.doc, stranica posjećena 29. pro-
sinca 2008. godine.

Uvjeti za osiguranje od odgovornosti revizorskih tvrtki Croatia osiguranja d.d., od 1.
srpnja 1996. godine.

Uvjeti za osiguranje od ugovorne (profesionalne) odgovornosti Croatia osiguranja d.d.,
od 1. siječnja 2006. godine.

Summary

MANDATORY LIABILITY INSURANCES EXCEPT FOR INSURANCES IN THE FIELD OF TRAFFIC AND TRANSPORT IN CROATIAN AND COMPARATIVE LAW PAYING A SPECIAL ATTENTION TO AN OBLIGED PERSON TO INSURE AND THIRD PERSONS

In the first part of the article the author addresses the significance of mandatory liability insurances and presents an overview of different types of mandatory liability insurances except for insurances in the field of traffic and transport in Croatian law. In this matter he pays a special attention to issues concerning the identification of a person who has an obligation to enter the liability insurance agreement and of persons who are considered to be the third persons in certain cases of liability insurance. Furthermore, an overview of comparative legal systems in Austria, Germany, Italy and Great Britain governing the field of mandatory liability insurances except for the traffic and transport systems is given with the aim to point at further possible directions of mandatory liability insurance development in Croatian law. Presenting the overview of domestic and comparative legal systems, the author gives a special attention to legal sources prescribing the obligation to stipulate a particular mandatory liability insurance agreement. While addressing the Croatian legal system, the author also writes about insurance conditions set by certain insurance companies.

Key words: *mandatory liability insurance, obliged person to insure, third persons.*

Riassunto

ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE AL DI FUORI DELLE ATTIVITÀ DI CIRCOLAZIONE E TRASPORTO NEL DIRITTO CROATO E COMPARATO, CON ATTENZIONE ALL'INDIVIDUAZIONE DELL'OBBLIGATO A CONTRARRE L'ASSICURAZIONE E DELL'INSIEME DEI SOGGETTI TERZI

All'inizio del lavoro si tratta in generale dell'importanza delle assicurazioni obbligatorie per la responsabilità civile, mentre, di seguito, l'autore offre una rassegna delle singole assicurazioni obbligatorie per la responsabilità civile al di fuori delle attività di circolazione e trasporto. Con l'occasione, l'autore si occupa attentamente di individuare chi debba essere l'obbligato alla stipulazione dell'assicurazione per la responsabilità civile, come pure quali soggetti debbano essere considerati terzi in certe assicurazioni per la responsabilità civile. Successivamente, si comparano le soluzioni giuridiche accolte in Austria, Germania, Italia e Gran Bretagna in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile al di fuori della circolazione e del trasporto, al fine di porre in rilievo quali sono i possibili sviluppi dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile nel diritto croato. Nella rassegna delle soluzioni interne e di quelle comparate, l'autore presta particolare attenzione alle fonti giuridiche, che dispongono l'obbligo di contrarre le singole assicurazioni obbligatorie; nell'esame della soluzione giuridica croata, invece, l'autore ai fini dell'indagine si avvale anche delle condizioni di assicurazione dei singoli assicuratori.

Parole chiave: assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile, obbligato a contrarre l'assicurazione, soggetti terzi.

JOŠ O STJECANJU VLASNIŠTVA DOSJELOŠĆU NA NEKRETNINAMA U DRUŠTVENOM VLASNIŠTVU

Mr. sc. Jasna Brežanski
sutkinja Vrhovnog suda Republike Hrvatske

UDK: 347.232.4
Ur.: 13. siječnja 2009.
Pr.: 19. veljače 2009.
Pregledni znanstveni članak

U radu se govori o aktualiziranju pitanja primjene ustanove dosjelogosti u svezi sa stjecanjem prava vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu.

Jedan od povoda za to nalazimo u izmjenama zakonodavstva prvenstveno preuzimanjem i izmjenom Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima čime je otpala zabrana stjecanja prava vlasništva dosjelošću na društvenom vlasništvu, kao i donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima s odredbama o tijeku rokova dosjelogosti na društvenom vlasništvu, kao i značenje i učinci tih zakonskih odredaba.

Analizom značenja i učinaka tih odredaba s posebnim naglaskom na pravne okvire na zakonom predviđene pretpostavke za stjecanje stvarnih prava dosjelošću, kako općenito, tako i s posebnim osvrtom glede društvenog vlasništva iznose se zaključci o mogućnosti stjecanja vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu.

Ključne riječi: dosjelogost, društveno vlasništvo.

I. Uvod

Jedno od specifičnih pitanja koje se javlja u svezi s institutom dosjelogosti je pitanje stjecanja stvarnih prava, a posebno prava vlasništva i dosjelogosti na nekretninama u društvenom vlasništvu.¹

Povod razmatranja ovog pitanja je i činjenica da do danas nema suglasnosti oko pitanja je li se na nekretninama, koje su bile društveno vlasništvo, moglo stjecati pravo vlasništva dosjelošću odnosno ako je bilo moguće na koja se to razdoblja odnosi i pod kojim pretpostavkama.²

¹ Mladen Žuvela: "Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama", Organizator, Zagreb, 2004. (dalje u tekstu: M. Žuvela, op. cit.), str. 595".

² Petar Simonetti: "Stjecanje prava vlasništva primjenom ustanova dosjelogosti i uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu", Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, Vol. 29., br. 1. (2008), (dalje u tekstu: P. Simonetti, op. cit.), str. 27.

S tim u svezi u Republici Hrvatskoj pitanje dosjelogosti općenito, a posebno glede dosjelogosti na društvenom vlasništvu dobiva na značaju iz više razloga.

S jedne strane, to su izmjene u zakonodavstvu koje se, bilo neposredno, bilo posredno, odnose na dosjelogost.

Tu prije svega mislimo na primjenu načela i odredaba Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06; dalje u tekstu: Zakon o vlasništvu ili ZV uz pojedine članke), ali i na promjene do kojih je došlo i prije toga. Tako je Zakonom o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, dalje u tekstu: Zakon o preuzimanju ZOVO) brisan čl. 29. ZOVO i time omogućeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću i na stvarima u društvenom vlasništvu, s nesumnjivim dalekosežnim posljedicama na području stjecanja stvarnih prava.

Treba uzeti u obzir i odredbe onih posebnih zakona koji izričito reguliraju dosjelogost ili su posredno od utjecaja i na pitanje stjecanja prava vlasništva dosjelošću na određenim nekretninama (npr. Zakon o vodama, Zakon o šumama, Zakon o poljoprivrednom zemljištu) koje u okviru ovog rada posebno ne razmatramo.³

S druge strane, na važnost pitanja dosjelogosti utječu znatne promjene koje su nastale u stvarnom stanju posjedovanja zbog različitih okolnosti do kojih je posljednjih godina došlo na području Republike Hrvatske, a kojima se velikim dijelom može dati značaj izvanrednih okolnosti pa su i posljedice posebno izražene. Sve se to, već uočava i u sudskoj praksi.

1.1. Značajke i pravni učinci dosjelogosti

Smatramo potrebnim podsjetiti i na neke od značajki instituta dosjelogosti jer su upravo one nedvojbeno utjecale na učestalo povezivanje stjecanja prava vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu primjenom ustanove dosjelogosti.

Dosjelogost (latinski *usucapio*) klasičan je institut stjecanja stvarnih prava neprekinutim izvršavanjem njihovog sadržaja kroz zakonom određeno vrijeme.

Dosjelošću se, u užem smislu, stječe pravo vlasništva, a u širem smislu, i druga stvarna prava.

Dosjelogost pretvara faktičnu vlast u pravnu, posjed u subjektivno pravo. Posjednik izravno, originarno, stječe ono što je do tada posjedovao kroz zakonom propisano vrijeme. Dosjelogost je, stoga jedan od originarnih načina stjecanja stvarnih prava pa tako i prava vlasništva. Pri tomu se, uvažavajući načelo da pravo vlasništva ne prestaje nevršenjem, polazi od stajališta da stari vlasnik nije izgubio pravo vlasništva zato što ga nije vršio, nego zato što je novi

Mladen Žuvela: "Stjecanje vlasništva na nekretninama dosjelošću – neki materijalno pravni i postupovni aspekti", Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prirode, Godišnjak 15, 2008., str. 37. (dalje u tekstu: M. Žuvela, Stjecanje vlasništva na nekretninama dosjelošću).

³ P. Simonetti, op. cit., str. 30. i dalje.

stjecatelj originarno stekao vlasništvo, a na istoj stvari ne mogu istodobno postojati dva isključiva vlasništva.⁴

Institut dosjelosti, dakle uz ispunjenje zakonom predviđenih pretpostavki daje, s jedne strane, mogućnost stjecanja prava vlasništva, a s druge mogućnost gubitka prava vlasništva.

Značenje dosjelosti je veliko upravo i iz razloga pretvaranja činjeničnog stanja u pravno. Kaže se da “dosjelost predstavlja pobjedu činjenica nad pravom”. Naime, višegodišnje posjedovanje stvari, uz ostale preduvjete, može dovesti do toga da se određena osoba od posjednika pretvori u vlasnika neke stvari. Dosjelost ima zadaću u građanskom pravu, kao i u pravu općenito, da nejasne situacije učini jasnijima. Ona nije toliko sankcija za moguću indolentnost vlasnika spram svoje stvari, koliko pretvaranjem činjeničnog stanja u pravno omogućuje legalizirati nešto što u stvarnosti postoji već dulje vrijeme, a ispunjava barem minimalne uvjete za priznanjem od strane pravnoga poretka.”⁵

Što se tiče priznanja učinaka dosjelosti, uvažavajući uobičajeni pristup veći-
ne autora⁶, te uzimajući u obzir sve naprijed navedene bitne značajke instituta dosjelosti, kao i važeće odredbe Zakona o vlasništvu, ističemo sljedeće:

- učinci dosjelosti nastupaju po samom zakonu (*ipso iure*) u trenutku kad se ispune pretpostavke određene zakonom (čl. 129. st. 1.);
- dosjelošću se činjenično stanje pretvara u pravno stanje;
- neposredni posjednik (dosjedatelj uzukapijent) stječe ono što je do tada posjedovao kroz zakonom određeno vrijeme dok na drugoj strani nastaje gubitak prava vlasništva osobe koja je do tada bila vlasnik;
- dosjedatelj stječe samo ono i onoliko koliko je posjedovao (*quantum possessum tantum praescriptum*);
- tko stječe pravo ne izvodi svoje pravo iz prethodnikova prava;
- stjecanjem vlasništva prestaju sva stvarna prava koja su do tada postojala na odnosnoj stvari osim onih za koje je stjecatelj znao da postoje ili je to morao znati. Dosjedatelj, dakle stječe pravo vlasništva bez tereta, ali tereti za koje je znao ili morao znati ne prestaju jer se polazi od toga da je posjedovao stvar zajedno s tim teretima, pa je i pravo vlasništva stekao s tim teretima i
- međusobni odnosi prijašnjeg vlasnika i osobe čija su prava na stvari prestala, zbog stjecanja prava vlasništva prosuđuju se po obveznopравnim pravilima ako zakon nije što posebno odredio (čl. 129. st. 3. ZV).

⁴ Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković: “Stvarno pravo”, Zagreb, 1998. (dalje u tekstu: N.Gavella i dr., op. cit.) str. 173., 186., 187. i 410.

Vedriš-Klarić: “Osnove imovinskog prava”, Zagreb, 1983. (dalje u tekstu: V.-K., op. cit.), str. 193. Vidjeti M. Žuvela, op. cit., str. 301.

⁵ Vlado Belaj: “Dosjelost kao oblik stjecanja vlasništva, Informator od 13. siječnja 1999., broj 4680, str. 10. (dalje: V. Belaj, op. cit.).

⁶ N. Gavella, op. cit., str. 186. i dalje.

M. Žuvela, op. cit., str. 154.

V. Belaj, op. cit., str. 10.

Posebno, što se tiče nekretnina, treba dodati sljedeće:

- na nekretnini se dosjelošću stječe vlasništvo, također, u trenutku kad se ispune zakonom predviđene pretpostavke, dakle bez upisa u zemljišne knjige (čl. 129. st. 1. ZV), ali je stjecatelj ovlašten ishoditi upis stečenog prava vlasništva (čl. 130. st. 1. ZV) te
- pravo vlasništva stečeno dosjelošću na nekretnini koje nije upisano u zemljišne knjige ne može se s uspjehom suprotstaviti onome koji je postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige i u dobroj vjeri upisao svoje pravo (čl. 130. st. 2.).

S tim u svezi, treba, međutim, uputiti na odredbe čl. 388. st. 5. ZV koje sada prema Zakonu o izmjenama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima predviđaju da zaštita povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga određena ovim Zakonom neće se primjenjivati u korist stjecanja do kojih dođe do 1. siječnja 2010., ako se njime stječe nekretnina na kojoj je bilo upisano društveno vlasništvo, a nije brisano prije nego što je ovaj Zakon stupio na snagu.

“Iznimno od odredbe st. 5. čl. 388. ZV zaštita povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga primjenjuje se od 1. siječnja 2007. na nekretnine u katastarskim općinama za koje je otvorena EOP zemljišna knjiga kao i na nekretnine koje su prema posebnim odredbama Zakona o zemljišnim knjigama unesene u Bazu zemljišnih podataka.” (čl. 388. st. 6. ZID ZV/06).

II. Dosjlost na nekretninama u društvenom vlasništvu

Zakonom o preuzimanju ZOVO-a brisan je čl. 29. ZOVO-a koji je izrijekom određivao da se pravo vlasništva ne može steći dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu.

Značaj i moguće domašaje tumačenja i sadržaja odredbe o brisanju čl. 29. ZOVO uočila je teorija, a sudska praksa se također o tomu izjasnila.

Prema stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske: “Vrijeme potrebno za dosjlost na nekretninama u društvenom vlasništvu počinje teći od dana stupanja na snagu Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopравnim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91), a to je 8. X. 1991. g.” (VSRH, Rev 3462/1993. od 3. V. 1995. g. – IO 1/96. sentenca 9).

Navodimo i obrazloženje koje je dato za takvo stajalište: “U čl. 29. ZOVO, koji je bio na snazi do donošenja Zakona o preuzimanju ZOVO, kao zakon Republike Hrvatske, bilo je određeno da se pravo vlasništva ne može steći dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu. Budući da je izričito bilo zabranjeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu, pravne pretpostavke koje su potrebne za stjecanje prava vlasništva dosjelošću bez pravnog su učinka odnosno pravni položaj takvih stvari je kao da te pretpostavke nisu ni postojale. Takve pravne pretpostavke mogu proizvoditi pravne učinke samo ako je tako zakonom određeno, u ovom slučaju samo kada bi zakonom bilo određeno da se uz postojanje takvih pravnih pretpostavki može steći pravo vlasništva dosjelošću. Nikako ne može biti pravnih učinaka u slučaju

kada je propisom izričito isključena mogućnost nastupanja pravnih posljedica, tj. stjecanja prava vlasništva dosjelošću. Zbog toga je osnovano pravno stajalište nižestupajnskih sudova izraženo u tome da je za dosjelogost na nekretninama koje su bile u bivšem društvenom vlasništvu vrijeme potrebno za dosjelogost počelo teći tek 8. listopada 1991. g., tj. od dana kada je stupio na snagu Zakon o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, pa se vrijeme od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991. g. ne može računavati kao vrijeme provedeno za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u bivšem društvenom vlasništvu. Neosporno je da tužiteljica nije stekla pravo vlasništva na tim nekretninama dosjelošću do 6. travnja 1994. g. Činjenica, pojava ili stanje proizvodi pravne učinke samo onda ako je tako zakonom određeno. Kako kroz vrijeme od 6. travnja 1941. g. do 8. listopada 1991. g. nije bilo određeno da se dosjelošću, dakle, pod određenim pretpostavkama ostvarenima u životu može steći pravo vlasništva na stvarima u bivšem društvenom vlasništvu, to je bez pravnih posljedica u odnosu na pravo vlasništva stečeno dosjelošću ostala činjenica da je tužiteljica te nekretnine kroz sporno vrijeme držala u mirnom, faktičnom i poštenom posjedu.”

Zakon o vlasništvu sadržava, što se tiče nekretnina u režimu društvenog vlasništva, posebne odredbe u čl. 388. st. 4. u pogledu roka za stjecanje dosjelošću nekretnina i stvarnih prava na nekretninama koje su na dan 8. listopada 1991. g. bile u društvenom vlasništvu. Prema tim odredbama u rok za stjecanje dosjelošću nekretnina koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, ne računa se i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga datuma.

U prvotnom tekstu u kojem je naveden Zakon donesen u taj rok računalo se i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga dana.

Međutim, odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske⁷, ukinute su tadašnje odredbe čl. 388. st. 4.

Obrazloženje koje je dao Ustavni sud smatramo potrebnim i korisnim opširnije citirati, s obzirom na to da sadrži, osim stajališta o pitanju računanja vremena posjedovanja i stajališta o nizu pitanja u svezi s općim pretpostavkama stjecanja stvarnih prava dosjelošću i njihovim učincima kad se radi o društvenom vlasništvu. Smatramo da potvrđuje i stajališta koja je o tim pitanjima i ranije zauzimala sudska praksa uz primjenu Zakona o preuzimanju ZOVO-a.

U razlozima odluke Ustavnog suda, između ostalog, je navedeno i sljedeće:

“Osporena odredba jednom faktičnom stanju daje jednu uobičajenu kvalitetu i za ono vrijeme, kad je ta kvaliteta bila zakonom izrijekom isključena.

Naime, u članku 29. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima bilo je propisano da se na stvari u društvenom vlasništvu pravo vlasništva ne može steći dosjelošću. Ta je odredba stavljena izvan snage člankom 3. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (“Narodne novi-

⁷ Broj: U-I-58/1997, U-I-235/1997, U-I-237/1997, U-I-1053/1997 i U-I-1054/1997, od 17. studenog 1999. g., objavljene u “Narodnim novinama” (dalje: Odluka Ustavnog suda RH), broj 137 od 14. prosinca 1999. g. (dalje u tekstu: Odluka Ustavnog suda RH).

ne”, broj 53/91), pa su sve nekretnine koje su do donošenja Ustava bile društveno vlasništvo, bez obzira na njihov status u prijelaznom periodu i glede dosjelogosti došle pod opći režim.

S obzirom na to da stavljanje izvan snage u konkretnom slučaju, prema stajalištu Suda, znači samo ukidanje (*ex nunc*), a ne i poništavanje (*ex tunc*), valja zaključiti da se vrijeme posjedovanja stvari u društvenom vlasništvu do 8. listopada 1991. g. (dan stupanja na snagu Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima) ne može računati u dosjelogost, dakle dosjelogost se treba računati tek od 8. listopada 1991. g.

Naime, posjednici stvari za koje je stjecanje dosjelošću bilo izrijekom zakonom isključeno, znali su da stvar nije sposobna za dosjedanje, a znali su to i ovlaštenici prava (upravljanja, raspolaganja, korištenja) na istoj stvari, pa nisu protiv opasnosti gubitka stvari zbog dosjedanja posjednika, niti morali koristiti odgovarajuća pravna sredstva. Stoga bi se u primjeni osporene odredbe moglo dogoditi da netko tko je imao neko imovinsko pravo, to pravo izgubi, što Ustav dopušta samo iznimno i uz naknadu.

Osim toga, osporena odredba omogućuje stjecanje vlasništva određenih stvari dosjelošću već i prije no što su rokovi dosjedanja za te stvari i počeli teći, i to upravo kad se za mnoge bivše stvari u društvenom vlasništvu, rokovi dosjelogosti produžuju (stvari u vlasništvu Republike Hrvatske), županija i jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave i s njima izjednačenih pravnih osoba, kao i stvari u vlasništvu crkve ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe – čl. 159. st. 4. Zakona o vlasništvu).

Zbog navedenog, Sud ocjenjuje da osporena odredba u materijalnom smislu nije u suglasnosti s najvišim vrednotama jednakosti, nepovredivosti vlasništva i vladavine prava iz članka 3. Ustava, i jamstva prava vlasništva iz čl. 48. st. 1. Ustava.

Nadalje, Sud zaključuje da osporena odredba ima povratno djelovanje, zbog čega ocjenjuje da ona nije u suglasju ni s odredbom čl. 90. st. 2. Ustava ...”

Zanimljivo je napomenuti da je Konačni prijedlog Zakona o vlasništvu, za razliku od prihvaćenog teksta odredbe čl. 388. st. 4. sadržavao upravo suprotnu odredbu, tj. da se vrijeme posjedovanja proteklo prije tog dana (8. listopada 1991.g.), ne uračunava.

Nakon ukidanja odredbe čl. 388. st. 4. ZV koja je prestala važiti 14. prosinca 1999., donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (“Narodne novine”, broj 114/01, dalje u tekstu: ZID Zakona o vlasništvu ili ZID ZV uz pojedine članke), kako smo već istakli, izmijenjene su odredbe čl. 388. st. 4. ZV tako da se vrijeme posjedovanja proteklo, prije dana 8. listopada 1991. g., ne uračunava u rok za stjecanje stvarnih prava dosjelošću, naravno kad se radi o nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu.

Citirane odredbe čl. 3. Zakona o preuzimanju ZOVO-a i čl. 388. st. 4. ZV, neovisno o tome što svaka za sebe uređuju različita pitanja, svojom međusobnom

povezanošću i učincima u primjeni, od odlučnog su utjecaja za pitanje dosjelošti na društvenom vlasništvu.

Međutim, time nije odgovoreno na sva pitanja niti su otklonjene sve dvojbe, na što posebno upozoravaju sporna pitanja koja se javljaju u sudskoj praksi, sve do danas.

Što više, upravo su izmjene zakonskih odredaba koje su se odnosile na stjecanje prava vlasništva dosjelošću na društvenom vlasništvu pokazale, s jedne strane na značaj tog pitanja, a s druge na svu moguću različitost pristupa u njegovom rješavanju pa i zakonskom uređenju.

Ovdje još treba napomenuti da je u prijelaznom razdoblju, prije stupanja na snagu Zakona o vlasništvu, bilo dvojbi o tomu je li i u kojoj mjeri pojedinim zakonima izvršena pretvorba društvenog vlasništva.⁸

Prelazilo bi okvire ovog materijala da se šire upuštamo u ta razmatranja, ali da ta pitanja nemaju samo teoretsko značenje i da stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu nisu izgubila važnost, pokazuju i navedene odredbe koje se odnose na stjecanje vlasništva dosjelošću, odnosno rokove i uračunavanje vremena dosjelošti.

Sve to nesumnjivo proizlazi iz posebnog režima koji je vrijedio za društveno vlasništvo.

U okviru ovog izlaganja govorimo o dosjelošti na društvenom vlasništvu prvenstveno sa stajališta stjecanja prava vlasništva nekretnina.

Za razmatranje pitanja dosjelošti na društvenom vlasništvu nužna su polazišta općih pravnih značajki instituta dosjelošti što uključuje i pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću. Upravo tim pretpostavkama se bavila ustavnosudska i sudska praksa prilikom razmatranja pitanja stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu.

Te pretpostavke, čine nam se temeljnim polazištem za zaključivanja o tomu je li bilo moguće u određenim razdobljima stjecati pravo vlasništva dosjelošću na društvenom vlasništvu.

U nastavku ovog rada izložit ćemo, stoga, značajke dosjelošti, kako je ona uređena važećim propisima u Republici Hrvatskoj s osobitim naglaskom na pretpostavke tog načina stjecanja prava vlasništva, a zatim i posebnosti koje se, javljaju u svezi s pitanjem stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu.

Navedeni se pravni okviri ukazuju opravdanim polazištem budući da, niti u teoriji, niti u praksi nije sporno da zakonom predviđene pretpostavke koje kumulativno moraju biti ispunjene kod svakog stjecanja stvarnog prava dosjelošću, moraju biti ispunjene i kad se radi o društvenom vlasništvu. Navodimo i primjere iz sudske prakse koja se bavila i pitanjem stjecanja prava vlasništva dosjelošću na društvenom vlasništvu s posebnim osvrtom na značajnije učinke pretpostavki za stjecanje.

⁸ Šire o tome Mladen Žuvela: "Građansko-pravni režim nekretnina u prijelaznom razdoblju". Godišnjak 1, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 1994., str. 18.

III. Pretpostavke stjecanja prava vlasništva dosjelošću, općenito i posebno glede društvenog vlasništva

Zakon o vlasništvu sadrži odredbe o stjecanju prava vlasništva dosjelošću u čl. 159. i 160., pod zajedničkim nazivom – Stjecanje na temelju zakona.

U primjeni odredaba čl. 159. i 160. treba polaziti i od odredaba čl. 129. i 130. Zakona.

Odredbe čl. 129. ZV govore općenito o djelovanju zakonskih pretpostavki kod stjecanja prava vlasništva na temelju zakona, a čl. 130. sadrži posebne odredbe glede nekretnina.⁹

⁹ Članak 129. glasi:

(1) Kad je zakon odredio da će se vlasništvo steći ispunjenjem određenih pretpostavaka koje nisu pravni posao, ni odluka suda ili drugoga tijela na temelju kojega se stječe vlasništvo, niti su nasljeđivanje, onaj kome se glede neke stvari ispune te pretpostavke stječe samim tim pravo vlasništva na njoj u trenutku ispunjenja tih pretpostavaka.

(2) Ako nije što drugo zakonom određeno, stjecanjem vlasništva na temelju zakona prestaju sva stvarna prava koja su do tada postojala na odnosnoj stvari, osim onih za koje je stjecatelj znao da postoje ili je to morao znati.

(3) Odnosi prijašnjega vlasnika i osoba čija su prava na odnosnoj stvari prestala zbog stjecanja prava vlasništva na temelju zakona, prosuđuju se po obveznopравnim pravilima, ako nije što posebno zakonom određeno.

Članak 130. glasi:

(1) Tko stekne pravo vlasništva nekretnine na temelju zakona, ovlašten je ishoditi upis stečenoga prava vlasništva u zemljišnoj knjizi.

(2) Vlasništvo nekretnine stečene na temelju zakona ne može se suprotstaviti pravu onoga koji je, postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige, u dobroj vjeri upisao svoje pravo na nekretnini dok još pravo koje je bilo stečeno na temelju zakona nije bilo upisano.

Članak 159. glasi:

(1) Dosjelošću se stječe vlasništvo stvari samostalnim posjedom te stvari ako taj ima zakonom određenu kakvoću i neprekidno traje zakonom određeno vrijeme, a posjednik je sposoban da bude vlasnikom te stvari.

(2) Samostalni posjednik čiji je posjed pokretne stvari zakonit, istinit i pošten, stječe je dosjelošću u vlasništvo protekom tri godine, a takav posjednik nekretnine protekom deset godina neprekidnoga samostalnog posjedovanja.

(3) Samostalni posjednik pokretne stvari kojemu je posjed barem pošten stječe je dosjelošću u vlasništvo protekom deset godina, a takav posjednik nekretnine protekom dvadeset godina neprekidnoga samostalnog posjedovanja.

(4) Samostalni posjednik stvari u vlasništvu Republike Hrvatske, županija i jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave i s njima izjednačenih pravnih osoba, kao i stvari u vlasništvu crkve ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe, steći će dosjelošću vlasništvo tih stvari tek pošto je njegov zakonit, istinit i pošten ili barem pošten, samostalni posjed neprekidno trajao dvostruko vrijeme od onoga iz stavaka 2. i 3. ovoga članka.

Članak 160. glasi:

(1) Vrijeme potrebno za dosjelost počinje teći onoga dana kad je posjednik stupio u samostalni posjed stvari, a završava se istekom posljednjega dana vremena potrebnoga za dosjelost.

(2) U vrijeme potrebno za dosjelost uračunava se i vrijeme za koje su prednici sadašnjega posjednika neprekidno posjedovali kao zakoniti, pošteni i istiniti, samostalni posjednici, odnosno kao pošteni samostalni posjednici.

Suglasno navedenim zakonskim odredbama dosjelošću se, stječe pravo vlasništva time što se stvar samostalno posjeduje kroz zakonom određeno vrijeme (čl. 159. st. 1. ZV).

Ponovno naglašavamo da je stjecanje dosjelošću originarno (izvorno) stjecanje prava vlasništva, što vrijedi za sva stjecanja prava vlasništva na temelju zakona (čl. 129. st. 1. ZV).

Uz činjenicu originarnog (izvornog) stjecanje prava vlasništva dosjelošću, vezuju se pravni učinci i pretpostavke tog stjecanja.

Budući da se uz pravne učinke i pretpostavke tog stjecanja u svezi sa stjecanjem dosjelošću prava vlasništva na društvenom vlasništvu javljaju neke specifičnosti na njih ćemo posebno ukazati u daljnjem izlaganju o zakonskim pretpostavkama koje moraju biti ispunjene da bi došlo do stjecanja prava dosjelošću.

III.1. Pozitivni propisi

Odredbama čl. 159. Zakona o vlasništvu predviđeni su:

- 1) pretpostavke stjecanja prava vlasništva dosjelošću,
- 2) različiti režimi dosjelosti ovisno o kojim se stvarima radi:
 - za pokretne stvari
 - za nekretnine,
 - za stvari u vlasništvu Republike Hrvatske, županija i jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave i s njima izjednačenih pravnih osoba,
 - za stvari u vlasništvu države ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotorne ili druge općekorisne svrhe i
- 3) dvije vrste dosjelosti, redovna dosjelost i izvanredna dosjelost.

Radi li se o redovnoj ili izvanrednoj dosjelosti ovisi o kakvoći posjeda, a uz to se nadovezuje daljnja posebnost, a to je različito vrijeme potrebno za dosjelost. Za redovnu dosjelost traži se kvalificirani posjed, što znači zakonit, istinit i pošten, a za izvanrednu dosjelost dovoljno je da je posjed pošten.

Uvodno bismo, dakle naglasili da za izvanrednu dosjelost u načelu vrijedi ono što i za svaku (redovnu) dosjelost, ali s bitnim posebnostima koje se odnose

(3) Nasljednik postaje poštenim posjednikom od trenutka otvaranja nasljedstva i u slučaju kad je ostavitelj bio nepošteni posjednik, ali ne ako je nasljednik to znao ili morao znati.

(4) Kad se poštenom posjedniku čiji posjed nije zakonit i istinit uračunava vrijeme kroz koje je njegov prednik stvar posjedovao zakonito, pošteno i istinito, pravo vlasništva steći će istekom još onoliko vremena koliko je potrebno da poštenu posjednik stekne stvar dosjelošću.

(5) Kad se zakonitom, poštenom i istinitom posjedniku uračunava vrijeme kroz koje je njegov prednik stvar posjedovao pošteno, ali ne zakonito ili istinito, vlasništvo će steći dosjelošću istekom još onoliko vremena koliko je potrebno da poštenu posjednik stekne stvar dosjelošću, osim ako stvar već nije stekao time što je njegov zakoniti, poštenu i istinitu posjed trajao onoliko vremena koliko je potrebno da je zakoniti, poštenu i istinitu posjednik stekne dosjelošću.

(6) Na prekid odnosno zastoju tjeka vremena dosjelosti na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o prekidu, odnosno zastoju tjeka rokova za zastaru tražbina.

na kakvoću posjeda (dovoljno je da je barem pošten) i vrijeme dosjelošti koje je znatno duže.

U daljnjem izlaganju razmotrit ćemo pojedine pretpostavke stjecanja dosjelošću koje se tiču redovne i izvanredne dosjelošti te specifičnosti režima u odnosu na određene stvari. Posebno ćemo naglasiti učinke tih pretpostavki i sporna pitanja koja su se pojavila u svezi sa stvarima, odnosno nekretninama u društvenom vlasništvu.

Pretpostavke stjecanja prava vlasništva dosjelošću proizlaze iz odredaba čl. 159. Zakona prema kojima se dosjelošću stječe vlasništvo stvari "samostalnim posjedom te stvari ako taj ima zakonom određenu kakvoću i neprekidno traje zakonom određeno vrijeme, a posjednik je sposoban da bude vlasnikom te stvari." (čl. 159. st. 1.).

Polazeći od navedenog sadržaja i redoslijeda citirane zakonske odredbe te uvažavajući uobičajena stajališta autora u tom pogledu sljedeće su pretpostavke stjecanja vlasništva dosjelošću:

- A) samostalan posjed određene kakvoće,
- B) neprekidno trajanje posjeda kroz zakonom određeno vrijeme,
- C) sposobnost stvari biti objekt stjecanja te
- D) sposobnost stjecatelja biti vlasnikom te stvari.

O svakoj od navedenih pretpostavki nastavno govorimo vezano uz njihovu općenitu primjenu, a zatim uz posebnosti koje su se javile uz društveno vlasništvo.

ad.A) Samostalan posjed određene kakvoće

- a) Zakon o vlasništvu sadrži odredbe o samostalnom posjedniku u čl. 11.¹⁰

Pravo vlasništva dosjelošću može se steći samo ako postoji samostalan posjed.

Samostalan posjed postoji ako posjednik izvršava svoju faktičnu vlast na stvari kao da je vlasnik stvari. To je tzv. vlasnički posjed i kao što je već naglašeno samo takav posjed bez obzira je li posredan ili neposredan, može dovesti do stjecanja vlasništva dosjelošću.¹¹

Nasuprot tomu, nesamostalan je posjednik onaj koji faktičku vlast na stvari izvršava priznavajući višu vlast posrednog posjednika.

Za svaki se posjed pretpostavlja da je samostalan (čl. 11. st. 2.) pa će se "posjed smatrati samostalnim, ako se ne dokaže suprotno."

¹⁰ Članak 11. glasi:

(1) Tko stvar ili pravo posjeduje priznajući višu vlast posrednoga posjednika, nesamostalni je posjednik; tko stvar posjeduje kao da je njezin vlasnik ili posjeduje pravo kao da je nositelj toga prava – samostalni je posjednik.

(2) Posjed će se smatrati samostalnim, ako se ne dokaže suprotno.

(3) Svatko može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se u to da je samostalni posjednik pokretne stvari njezin vlasnik, osim ako zna ili je morao znati da nije tako.

¹¹ N. Gavella, op. cit., str. 412.

Okolnost da postoji samostalan posjed nije, međutim, sama za sebe dovoljna, već je potrebno da takav samostalni posjed ima određenu kakvoću.

Kakvoća posjeda potrebna za dosjelost različita je prema vrsti dosjelošti što znači ovisno o tomu radi li se o redovnoj ili izvanrednoj dosjelošti.

Za redovnu dosjelost traži se tzv. kvalificirani posjed, a to je takav posjed koji je zakonit, pošten i istinit (čl. 159. st. 2.).

Posjed ove kakvoće naziva se i uzukapioni posjed i samo takav posjed koji ima sva ta navedena svojstva, koja zajedno postoje, može biti temelj za stjecanje vlasništva redovnom dosjelošću.

Za izvanrednu dosjelost traži se da je posjed barem pošten (čl. 159. st. 3.).

O kakvoći posjeda govori čl. 18. Zakona o vlasništvu.

Prema tim odredbama posjed je zakonit ako posjednik ima valjani pravni temelj tog posjedovanja (pravo na posjed).

Posjed je istinit ako nije pribavljen, ni silom, ni potajno ili prijevarom, ni zloupotrebom povjerenja (*vi, clam, praecario*).

Međutim i posjed koji je pribavljen silom, potajno, ili prijevarom, ili zloupotrebom povjerenja postat će miran kad osobi od koje je pribavljen *vi, clam* ili *praecario modo*, prestane pravo štiti posjed koji joj je tako oduzet (čl. 18. st. 2. ZV).

Posjed je pošten ako posjednik kada ga je stekao nije znao niti je obzirom na okolnosti imao razloga posumnjati da mu ne pripada pravo na posjed (čl. 18. st. 3.).

Budući da je pretpostavka za stjecanje vlasništva dosjelošću samostalan (vlasnički) posjed, posjednik će biti pošten ako nije znao ili nije morao znati da mu ne pripada pravo samostalno posjedovati stvar.

Prema odredbama koje se odnose na dosjelost poštenim se smatra nasljednik nepoštenog posjednika ako za nepoštenje svog prednika (ostavitelja) nije znao niti je morao znati (čl. 160. st. 5.).

Pošteni posjed postat će nepošten ako i kada posjednik sazna da mu pravo na njega ne pripada (čl. 18. st. 3.).

Ako je u sporu o pravu na posjed pravomoćno odlučeno da posjedniku ne pripada pravo na posjed, njegov je posjed nepošten od trenutka litispencije (čl. 18. st. 4. ZV). To dakako ne znači da je nedopušteno dokazivati da je taj posjed i prije tog trenutka bio nepošten.

Poštenje posjeda se presumira (čl. 18. st. 5. ZV).

Međutim, prema stajalištu sudske prakse "iako postoji zakonska presumpcija savjesnog posjeda, nesavjesnost posjeda ne treba dokazivati protivna stranka kad iz navoda samog posjednika proizlazi da je njegov posjed nesavjestan." (VSH, Rev 1953/1984. od 8. siječnja 1985. g.)

Poštenje, (a isto tako i istinitost) posjeda pravne osobe prosuđuje se prema poštenju i postupanju osobe koja je za tu pravnu osobu ovlaštena poduzimati čine stjecanja ili izvršavanja njezina posjeda, dok je za posjednike koji imaju zakonskog zastupnika, mjerodavno u tom pogledu poštenje i postupanje tog zastupnika (čl. 18. st. 6. ZV).

Poštenim, odnosno nepoštenim posjedom sudska praksa bavila se vrlo često, što samo po sebi pokazuje da odgovor na to pitanje nije uvijek jednostavan.

Svakako da stajališta sudske prakse nisu u tom pogledu izgubila svoju aktualnost niti u primjeni Zakona o vlasništvu.

Ne smatramo, stoga potrebnim posebno se osvrnuti na množinu sudskih odluka koje su se bavile tim problemom, iako nesumnjivo upućujemo na primjenu dosadašnje sudske prakse.

Citirali bi, međutim, neke odluke koje nam se čine značajnim upravo u svezi s promjenama do kojih je došlo u zakonodavstvu.

Tako je Vrhovni sud Republike Hrvatske u nizu svojih odluka (npr. i odluci Rev 2426/1990. od 15. veljače 1991. g.) zauzeo sljedeće stajalište: "Ocijenjeno je da okolnost da su posjednici propustili izvršiti uvid u zemljišne knjige ne isključuje uvijek sama po sebi nesavjesnost posjeda kad ostale okolnosti konkretnog slučaja ukazuju da je posjed bio savjestan."

U obrazloženju te odluke rečeno je između ostalog: "Kraj utvrđenih činjenica da su se prednici tužitelja oduvijek ponašali kao vlasnici spornih nekretnina, a da im prednici revidenta nikada nisu osporili pravo vlasništva, iako su oni svoja vlasničkopravna ovlaštenja manifestirali njima naočigled, sama okolnost što su prednici revidenta u zemljišnim knjigama bili upisani kao vlasnici ne čini posjed prednika tužitelja nesavjesnim. Prednici tužitelja su, na temelju navedenih okolnosti, osnovano vjerovali da su vlasnici, pa im se zato i propust da izvrše uvid u zemljišne knjige ne može stavljati na teret, u smislu da im nije moglo ostati nepoznato da su zemljišno-knjižni vlasnici prednici revidenta."

Za izvanrednu dosjelost traži se također samostalan posjed, ali taj posjed ne mora imati sva ona svojstva koja se traže na redovitu dosjelost, tj. da je zakonit, istinit i pošten.

Dovoljno je da je posjed barem pošten.

Dakle, izvanrednom se dosjelošću može pretvoriti u pravo vlasništva samostalan posjed ako je barem pošten.

To ujedno pokazuje da bez samostalnog posjeda koji je barem pošten nema uopće mogućnosti stjecanja prava vlasništva dosjelošću.

Nepošten posjednik bez obzira na vrijeme posjedovanja ne može steći vlasništvo dosjelošću, pa niti izvanrednom dosjelošću.

Već smo istakli da se poštenje posjeda uvijek predmnijeva (čl. 18. st. 3.) što važi i za izvanrednu dosjelost, kao i sve ono što smo u svezi s poštenjem posjeda iznijeli kod redovne dosjelosti.

aa) Samostalan posjed, određene kakvoće, također je jedna od pretpostavki za stjecanje prava vlasništva dosjelošću.

Upravo u odnosu na tu pretpostavku najviše se isticalo da ona nije ispunjena u slučaju kad se radilo o nekretninama u društvenom vlasništvu.

Polazište je pri tome jednako, kako u odnosu na posjednike koji nisu bili ovlaštenici prava upravljanja, raspolaganja i korištenja (u pravilu, fizičke osobe),

tako i u odnosu na nositelje tih prava u razdoblju postojanja navedenih prava na nekretninama.¹²

Što se tiče razloga kojima se to obrazlaže, iako se oni često odnose na druge pretpostavke potrebne za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, npr. na sposobnost stvari, nesumnjivo obuhvaćaju i pitanje samostalnosti i kakvoće posjeda.

Tako se ističe, budući da je izričito bilo zabranjeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu (po odredbama čl. 29. ZOVO) “pravne pretpostavke potrebne za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu, bez pravnog su učinka odnosno pravni je položaj takvih stvari, kao da te pretpostavke nisu niti postojale (odluka VSRH Rev 3462/1993 od 9. svibnja 1995., objavljena u Izboru odluka 1/1996, sent. 9).

Što se tiče (ne)savjesnosti posjeda u razlozima odluke VSRH Rev 1009/1996 između ostalog je navedeno:

“U odnosu na tvrdnju tuženog da je vlasništvo stekao dosjelošću treba odgovoriti da je pravilan zaključak sudova nižeg stupnja da nisu ispunjene pretpostavke za stjecanje vlasništva dosjelošću. To zbog toga jer za stjecanje vlasništva dosjelošću posjed uvijek mora biti savjestan, a taj uvjet u ovom predmetu nije ispunjen s obzirom na utvrđene okolnosti spornog slučaja jer znanje tuženog (njegovih organa) da se radi o društvenom vlasništvu (nekretnine su samo dane na korištenje) isključuje savjesnost posjeda u smislu stjecanja vlasništva dosjelošću.”

U već citiranoj odluci Ustavnog suda RH¹³ istaknuti su, također, razlozi koji se tiču zakonom predviđenih pretpostavki za stjecanje prava vlasništva dosjelošću. Tako se između ostalog, navodi:

“Naime, posjednici stvari za koje je stjecanje dosjelošću bilo izrijekom zakonom isključeno, znali su da stvar nije sposobna za dosjedanje, a znali su to i ovlaštenici prava (upravljanja, raspolaganja, korištenja) na istoj stvari, pa nisu protiv opasnosti gubitka stvari zbog dosjedanja posjednika, niti morali koristiti odgovarajuća pravna sredstva. Stoga bi se u primjeni osporene odredbe moglo dogoditi da netko tko je imao neko imovinsko pravo, to pravo izgubi, što Ustav dopušta samo iznimno i uz naknadu.”

Smatramo, međutim, potrebnim istaći da se u slučajevima kada je posjednik osoba (fizička ili pravna) koja nije nositelj prava upravljanja, raspolaganja i korištenja na predmetnim nekretninama ne bi mogla isključiti mogućnost da se radi o poštenom posjedniku koji, dakle, nije znao niti morao znati da se radi o stvari u društvenom vlasništvu. Međutim, sve ako je tomu tako, to ne bi dovelo do drukčijeg rezultata, tj. do stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretnini u društvenom vlasništvu, jer u svakom slučaju nije ispunjena daljnja pretpostavka

¹² Jakob Nakić: “O dosjelosti (tužba na dosjelost nekretnine)”, Hrvatska pravna revija, VII/2003, str. 17.

¹³ U-I-58/97 i dr.

za takvo stjecanje, a to je sposobnost stvari u režimu kojem nekretnine u društvenom vlasništvu ne mogu biti objekt stjecanja prava vlasništva dosjelošću.

ad.B) Vrijeme posjedovanja

a) Jedna je od pretpostavki stjecanja vlasništva dosjelošću neprekidno trajanje posjeda kroz zakonom određeno vrijeme.

U svezi s vremenom dosjedanja potrebno je steći sljedeće pretpostavke:

- posjed je neprekidan
- traje kroz zakonom određeno vrijeme.

Dakle, dosjedateljev samostalan posjed određene kvalitete mora trajati neprekinuto kroz cijelo propisano vrijeme. Dosjedanje, koje je prekinuto, ne može se nastaviti osim ako se ne radi o slučajevima za koje Zakon predviđa drukčije (čl. 160. st. 6.)¹⁴ U svezi s time, o razlozima prekida govorit ćemo opširnije u daljnjem izlaganju.

Vrijeme potrebno za dosjedanje različito je određeno ovisno radi li se o redovnoj ili izvanrednoj dosjelosti, odnosno o kojim se stvarima radi (pokretnine, nekretnine, stvari u vlasništvu države, i dr.).

Za redovnu dosjelost vrijeme dosjelosti iznosi:

a/ za pokretnine – tri godine,

b/ za nekretnine – deset godina,

c/ za stvari u vlasništvu Republike Hrvatske, županija i jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave i s njima izjednačenih pravnih osoba, kao i za stvari u vlasništvu crkve ili drugih pravnih osoba koje ne traže za sebe dobitak nego služe za dobrotvorne ili druge općekorisne svrhe – dvostruko vrijeme od onog pod toč. a/ i b/ (čl. 159. st. 2., 3. i 4.), što znači za pokretnine šest godina, a za nekretnine vrijeme od dvadeset godina.

U teoriji se¹⁵ u svezi s time razlikuje redovito vrijeme dosjelosti (ono pod a/ i b/) i izvanredno vrijeme dosjelosti (ono pod c/).

Prema tome kad se radi o redovnoj dosjelosti posjednik čiji je posjed zakonit, istinit i pošten stječe pravo vlasništva posjedovanjem kroz tri (pokretninu), odnosno deset godina (nekretnine), a ako se radi o stvarima koje su vlasništvo osoba iz čl. 159. st. 4. posjed mora trajati dvostruko vrijeme.

Za izvanrednu dosjelost, tj. za stjecanje prava vlasništva izvanrednom dosjelošću zahtijeva se dulje vrijeme trajanja samostalnog posjeda i to za:

– pokretnine – deset godina,

– nekretnine – dvadeset godina,

– stvari u vlasništvu određenih pravnih osoba iz čl. 159. st. 4. Zakona o vlasništvu dvostruko vrijeme što znači za pokretnine dvadeset godina, a za nekretnine četrdeset godina.

¹⁴ N. Gavella, op. cit., str. 413.

¹⁵ N. Gavella, op. cit., str. 412.

Prema tomu, možemo zaključiti da će izvanrednom dosjelošću moći steći vlasništvo posjednik čiji je posjed samostalan, ako je taj posjed barem pošten, i ako je stvar posjedovao deset (pokretnine), odnosno dvadeset godina (nekretnine), odnosno dvostruko vrijeme ako se radi o stvarima u vlasništvu osoba iz čl. 159. st. 2. Zakona o vlasništvu.

Kao što smo već istakli Zakon o vlasništvu sadrži odredbe o izvanrednom vremenu dosjelogosti za stvari koje su u vlasništvu određenih osoba, (čl. 159. st. 4.). Nazivaju ih i privilegiranim osobama i to stoga jer je izvanredno čak dvostruko vrijeme dosjelogosti ustvari privilegij osoba protiv kojih se dosjeda, odnosno stječe, a nije odlučeno tko stječe. Zato će i za dosjedatelja iz kruga tih, tzv. privilegiranih osoba važiti izvanredno, tj. duže vrijeme dosjelogosti u situaciji kad stječe protiv osobe iz istog privilegiranog kruga.

Izvanredno će vrijeme trebati i kada je neka od privilegiranih osoba samo jedan od suvlasnika odnosno zajedničkih vlasnika, jer se dosjelošću stječe cijela stvar u vlasništvu.¹⁶

Iako su predviđenim izvanrednim vremenom dosjelogosti privilegirane određene pravne osobe što nesumnjivo upućuje na važnost upravo takvog subjektivnog elementa, ne manje važan razlog takvih zakonskih rješenja proizlazi i iz činjenice namjene njihove imovine.¹⁷

U svezi s vremenom potrebnim za dosjelogost, Zakon o vlasništvu sadrži posebne odredbe koje se odnose na:

- tijek vremena (roka) dosjelogosti,
- uračunavanje vremena dosjelogosti i
- prekid i zastoj vremena dosjelogosti.

Tijek vremena (roka) za dosjelogost počinje onog dana kada je posjednik stupio u (samostalni) posjed stvari, a završava se istekom posljednjeg dana vremena potrebnog za dosjelogost (čl. 160. st. 1.).

Navedene odredbe o tijeku vremena za dosjelogost jednako važe za redovnu i izvanrednu dosjelogost.

Već je naprijed istaknuto da posjed, odnosno dosjedanje mora biti neprekinuto pa u svezi s time upućujemo na onaj dio daljnjih izlaganja koji se odnosi na neprekidno trajanje posjeda, te na prekid i zastoj dosjedanja.

Uračunavanje vremena dosjelogosti dolazi do primjene kod prenošenja posjeda derivativno na novog posjednika, pravnog sljednika, koji nastavlja posjed dosadašnjeg posjednika.

U vrijeme potrebno za dosjelogost uračunava se i vrijeme kroz koje su prethodnici sadašnjeg posjednika posjedovali stvar pri čemu način, odnosno učinci uračunavanja ovise o tomu kakve je kakvoće bio posjed dotadašnjeg posjednika i kakve je kakvoće posjed sljednika, tj. sadašnjeg posjednika.

Pravni sljednik (sukcesor) može biti, i univerzalni sljednik, i singularni sljednik.

¹⁶ N. Gavella, op. cit., str. 412. i 413.

¹⁷ N. Gavella, op. cit., str. 412. i 413.

Zakon o vlasništvu, sadrži dakle i odredbe kako se vrši uračunavanje u različitim situacijama redovne i izvanredne dosjelosti, odnosno u situacijama različite kvalitete posjeda prethodnika i sljednika (čl. 160. st. 2., 3., 4. i 5.).

Takve odredbe, nije sadržavao ZOVO koji je inače odredbama čl. 30. st. 1. i 2. regulirao pitanje uračunavanja vremena dosjelosti, a nije ih sadržavao niti OGZ.

Zakon razlikuje sljedeće situacije:

– poštenu posjednik čiji je prednik imao zakonit, isinit i pošten posjed steći će vlasništvo za onoliko vremena koliko je potrebno poštenom posjedniku (čl. 160. st. 4.),

– posjednik čiji je posjed kvalificiran, tj. zakonit, istinit i pošten, a čiji je prednik samo pošten posjednik, steći će vlasništvo za onoliko vremena koliko je potrebno poštenom posjedniku (osim ako vlasništvo, već nije stekao temeljem trajanja svog kvalificiranog posjeda, u kojem slučaju ustvari nema uračunavanja) – čl. 160. st. 5.

Iz navedenog proizlazi da kod uračunavanja vremena prednika do stjecanja vlasništva redovnom dosjelošću može doći samo pod pretpostavkom da posjednik ima zakonit, istinit i pošten posjed i da je njegov prednik imao zakonit, istinit i pošten posjed. Dakle, i na strani sljednika, i na strani prednika posjed mora imati ona svojstva koja se traže za redovnu dosjelost.

Izvanrednom dosjelošću može se steći vlasništvo uračunavanjem vremena prednika u svim ostalim situacijama kad, bilo na strani prednika, bilo na strani sljednika, postoji samo pošten, dakle ne, i zakonit, i istinit posjed.

Pri tomu treba naglasiti da je postojanje barem poštenog posjeda i na strani prednika i na strani sljednika nužna pretpostavka da bi moglo doći do uračunavanja vremena posjedovanja i stjecanja vlasništva dosjelošću.

Prema tomu, samo izvanrednom dosjelošću može se steći vlasništvo uračunavanjem vremena prednika:

– kad je posjednik samo pošten, a njegov je prednik imao kvalificirani, tj. zakonit, istinit i pošten posjed te

– kad posjednik ima zakonit, istinit i pošten posjed, ali je posjed njegova prednika bio samo pošten.

U ovom posljednjem slučaju ističe se da za posjednika teku dva roka dosjedanja, onaj za redovnu dosjelost, temeljem njegovog zakonitog, istinitog i poštenog posjeda i onaj za izvanrednu dosjelost, temeljem uračunavanja prednikovog (samo) poštenog posjeda. Pretpostavke za stjecanje vlasništva nastupit će protekom roka čije će vrijeme prije isteći.¹⁸

aa) *Neprekidno trajanje posjeda kroz zakonom određeno vrijeme*, daljnja je pretpostavka za stjecanje prava vlasništva dosjelošću.

Što se tiče dosjelosti na društvenom vlasništvu računanje vremena posjedovanja pokazalo se kao izuzetno značajno, a mogli bismo dodati i sporno.

¹⁸ N. Gavella, op. cit., str. 418.

Pri tomu posebno naglašavamo potrebu razlikovanja naprijed navedena dva razdoblja, tj. do 8. listopada 1991. i nakon tog dana.

U primjeni odredbe čl. 3. Zakona o preuzimanju ZOVO-a sudska praksa suglasno je izražavala stajalište da “vrijeme potrebno za dosjelost na nekretninama u društvenom vlasništvu počinje teći od dana stupanja na snagu Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, a to je 8. listopad 1991.” (Rev 3462/93 od 3. svibnja 1995., objavljena u Izboru odluka 1/1996, sent. 9).

Prema odluci Županijskog suda u Dubrovniku Gž 310/1994 od 22. ožujka 1994. (objavljena u Izboru odluka 1994., sent. 477):

“Odredba čl. 3. Zakona o preuzimanju ZOVO (“Narodne novine”, broj 53/91) o stavljanju izvan snage odredbe čl. 29. ZOVO, koja je određivala da se na stvari u društvenom vlasništvu pravo vlasništva ne može steći dosjelošću, ne djeluje povratno, te prema tome ta odredba odnose što su do tada postojali između određenih subjekata ne konvalidira u smislu priznavanja (dotadašnjeg) tijeka dosjedanja (*usucapio*). Naprotiv, rečenu odredbu o stavljanju izvan snage odredbe čl. 29. ZOVO valja shvatiti tako da od dana stupanja na snagu Zakona o preuzimanju ZOVO, dakle od 8. listopada 1991., u našem pravnom sustavu više ne postoji zabrana dosjedanja na stvari u (bivšem) društvenom vlasništvu.”

Donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima te izmijenjenih odredaba čl. 388. st. 4. ZV, vrijeme posjedovanja proteklo prije 8. listopada 1991. ne računa se u rok za stjecanje dosjelošću nekretnina koju su na taj dan (8. listopada 1991.) bile u društvenom vlasništvu o čemu smo govorili pod Točkom II.

Iako se navedene odredbe odnose na tijek vremena dosjelosti i računanje rokova, dakle odnose se samo na jednu od zakonom predviđenih pretpostavki za stjecanje vlasništva i uopće stvarnih prava dosjelošću one su bitna odrednica za odgovor na pitanje o mogućnosti stjecanja dosjelošću stvarnih prava i na nekretninama u društvenom vlasništvu u pojedinim razdobljima.

U odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev 1803/1997 od 3. travnja 2001. (objavljena u M. Žuvela, op. cit., str. 598.) koja govori o pretpostavkama stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu, u razlozima je, između ostalog navedeno:

“Vrijeme potrebno za dosjelost na nekretninama u društvenom vlasništvu počinje teći od dana stupanja na snagu Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91), a to je 8. listopada 1991.

Prema čl. 29. ZOVO, koji je bio na snazi do donošenja Zakona o preuzimanju ZOVO kao i Ustava RH bilo je određeno da se pravo vlasništva ne može steći dosjelošću na stvarima društvenom vlasništvu. Budući da je izričito bilo zabranjeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu, pravne pretpostavke koje su potrebne za stjecanje prava vlasništva dosjelošću bez pravnog su učinka, odnosno pravni je učinak takvih stvari kao da te pretpostavke nisu ni postojale. Takve pravne pretpostavke mogu proizvoditi pravne učinke samo ako je tako zakonom određeno, u ovom slučaju samo kada

bi zakonom bilo određeno da se uz postojanje takvih pravnih pretpostavki može steći pravo vlasništva dosjelošću. Nikako ne može biti pravnih učinaka u slučaju kada je propisom izričito isključena mogućnost nastupanja pravnih posljedica, tj. stjecanja prava vlasništva dosjelošću.

Zbog toga je osnovano pravno stajalište nižestupajnskih sudova izraženo u tome da je za dosjelost na nekretninama koje su bile u bivšem društvenom vlasništvu vrijeme potrebno za dosjelost počelo teći 8. listopada 1991.

Vrijeme od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991. ne može se uračunavati kao vrijeme provedeno za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u bivšem društvenom vlasništvu.

Kako kroz vrijeme od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991. nije bilo određeno da se dosjelošću, dakle pod određenim pretpostavkama ostvarenim u životu, može steći pravo vlasništva na stvarima u bivšem društvenom vlasništvu, to je bez pravnih posljedica u odnosu na pravo vlasništva stečeno dosjelošću ostala činjenica da je tužitelj te nekretnine kroz sporno vrijeme, tj. od 1953. držao u posjedu.”

U novije vrijeme još je jedno razdoblje dobilo na značaju u svezi s pitanjem dosjelosti na društvenom vlasništvu.

To je razdoblje do 6. travnja 1941.

Kao što smo vidjeli iz citiranih stajališta sudske prakse, nemogućnost stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu odnosi se na razdoblje nakon 6. travnja 1941.

Naprotiv, ta se nemogućnost nije odnosila na radnje prije 6. travnja 1941.

Tako npr. prema odluci VSH, Gzz 2/1981 od 9. prosinca 1981: “odredba čl. 49. Zakona o šumama kojom je propisana zabrana otuđivanja šumskog zemljišta u društvenom vlasništvu kao i nemogućnost da se na šumskom zemljištu u društvenom vlasništvu stekne vlasništvo dosjelošću – ne odnosi se na otuđenja, odnosno na dosjelošću stečeno vlasništvo koje je uslijedilo još prije 6. travnja 1941.”

U sudskoj praksi, u novije se vrijeme, također odlučivalo povodom tužbenih zahtjeva na utvrđenje prava vlasništva nekretnina, stečenog dosjelošću prije 6. travnja 1941.

Tako se u odluci Županijskoj suda u Gospiću, Gž 319/2002 od 27. prosinca 2002. polazeći od utvrđenja da je riječ o poljoprivrednom zemljištu, kojeg je nositelj vlasničkih prava Republika Hrvatska, temeljem čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, između ostalog, navodi:

“Prvostupajnski sud utvrdio je da je tužiteljica putem svojih predaka na utuženoj nekretnini stekla pravo vlasništva dosjelošću, temeljem OGZ-a, te da su ispunjene pretpostavke za stjecanje i to sposobnost stjecatelja, sposobnost nekretnine da bude u vlasništvu i posjed određene kvalitete, kao i vrijeme posjedovanja, po tada važećim propisima, koje vrijeme je dovršeno do 6. travnja 1941.”

O sličnim tužbenim zahtjevima odlučivano je npr. presudama Županijskog suda u Gospiću, Gž 210/2001 od 16. studenog 2001., Gž 531/2005 od 12. prosinca 2005.

O prekidu i zastoju tijekom vremena dosjelogosti Zakon o vlasništvu sadrži načelnu odredbu prema kojoj se na prekid, odnosno zastoj tijekom vremena dosjelogosti na odgovarajući način primjenjuju odredbe o prekidu i zastoju tijekom rokova za zastaru (čl. 160. st. 6.).

Odgovarajuća primjena odredaba o zastari, upućuje, što se tiče prekida, na odredbe čl. 387. do 393. Zakona o obveznim odnosima, a što se tiče zastaja na odredbe čl. 381. do 386. istog Zakona.

Prekid dosjelogosti nastupa zbog takvih okolnosti zbog kojih dosjelogost nije mogla početi teći, a ako je tekla prestaje teći. Proteklo vrijeme se ne uzima u obzir i počinje ponovno teći kad otpadnu okolnosti zbog kojih je došlo do prekida.

Kad Zakon o vlasništvu upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba o prekidu i zastoju zastarjevanja to znači uvažavanje specifičnosti ustanove dosjelogosti.

Tako se kod dosjelogosti kao faktični razlozi za prekid (tzv. faktični prekid) navode gubitak samostalnog posjeda stvari i situacija kada dosjedatelj prestane biti pošten posjednik.

Prekid iz pravnih razloga (tzv. civilni prekid) s obzirom na odgovarajuću primjenu odredaba o zastari nastupit će npr. ako je dosjedatelj priznao tuđe pravo vlasništva (čl. 387. ZOO), ili ako je vlasnik stvari protiv dosjedatelja podigao tužbu, odnosno poduzeo neku drugu pravnu radnju pred sudom ili drugim nadležnim tijelom radi ostvarivanja prava vlasništva (čl. 388. ZOO).¹⁹

Zastoj postoji kad nastupe okolnosti zbog kojih po zakonu dosjedanje ne može početi teći dok te okolnosti ne otpadnu, a ako teče, prestaje teći, a nakon toga nastavlja se, tj. teče dalje, a vrijeme proteklo do zastaja uračunava se.

I na zastoj dosjelogosti, već je rečeno, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o zastoju zastarjevanja (čl. 381. do 383. ZOO).

Tako npr. tijekom roka dosjelogosti ne teče između bračnih drugova, između roditelja i djece, dok traje roditeljsko pravo (čl. 381. ZOO), za vrijeme mobilizacije, u slučaju neposredne ratne djelatnosti ili rata (čl. 382. ZOO i dr.).

U posljednje vrijeme u teoriji i praksi postavilo se pitanje primjenjuju li se pravila o zastoju dosjelogosti u slučaju zakonskih prepreka (zabrana) dosjelogosti. Ima mišljenja da je takva zakonska prepreka (zabrana) razloga zastaja.²⁰

Prema stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Rev 114/2008 od 28. listopada 2008.) odredbe o zastoju tijekom rokova odnose se na neki od zakonom predviđenih uzroka, tj. nesavladivih prepreka objektivnog karaktera, rata i sl., a ne i kad zakonom nisu dopuštena stjecanja nekih prava.

U svezi s vremenom dosjelogosti potrebno je uzeti u obzir i završne odredbe Zakona o vlasništvu koje govore o djelovanju zakona (čl. 388.), a koje sadrže posebno odredbe o rokovima općenito, odnosno tijekom rokova za stjecanje prava vlasništva dosjelošću (čl. 388. st. 1., 2. i 3.).

¹⁹ N. Gavella, op. cit., str. 413.

²⁰ Vidjeti P. Simonetti, op. cit. str.

U pogledu rokova koji su za stjecanje i prestanak stvarnih prava određeni ovim Zakonom, a počeli su teći prije nego što je on stupio na snagu predviđeno je da nastavljaju teći u skladu s odredbama čl. 388. st. 2. (dakle u skladu s prijašnjim propisima), ali ne dulje nego što bi trebao isteći rok određen ovim Zakonom, ako bi započeo teći u trenutku njegova stupanja na snagu (čl. 388. st. 3.).

Ovom odredbom Zakon je otklonio dvojbe koje su se pojavile u sudskoj praksi u svezi s računanjem rokova, a u primjeni Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i Zakona o obveznim odnosima koji o tome nisu sadržavali posebne odredbe.²¹

Završne odredbe (čl. 388. st. 4. ZV) posebno su značajne za društveno vlasništvo kako smo to, već naglašavali i odnose se na rokove stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu.

ad.C) Sposobnost stjecatelja

a) Što se tiče, sposobnosti stjecatelja (posjednika, uzukapijenta) ističemo da Zakon govori o “posjedniku koji je sposoban biti vlasnikom stvari” (čl. 159. st. 1.). S time u svezi ovdje smatramo potrebnim istaći samo toliko da je na strani stjecatelja dovoljna opća pravna sposobnost. To znači da je svaka fizička i pravna osoba sposobna stjecati pravo vlasništva pa tako i pravo vlasništva dosjelošću.

aa) *Sposobnost stjecatelja* kao daljnja pretpostavka stjecanja prava vlasništva dosjelošću, uz zakonsko određenje “posjednika koji je sposoban biti vlasnikom stvari”, što se tiče nekretnina u društvenom vlasništvu, načelno ne sadrži posebnosti koje bi bile izvan okvira zakonskih ograničenja koja se općenito odnose na ograničenja glede sposobnosti subjekata, bilo fizičkih, bilo pravnih osoba (npr. ograničenja glede stranaca).

Naglasili bi ipak da, neovisno o tomu radi li se o posjedniku fizičkoj osobi ili o posjedniku pravnoj osobi, sve što je naprijed izloženo, glede pretpostavki stjecanja prava vlasništva dosjelošću pokazuje da nisu mogli nastati pravni učinci stjecanja vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu u razdoblju do 8. listopada 1991.

²¹ Vrhovni sud Republike Hrvatske na sjednici građanskog odjela (II/84) zauzeo je o tome sljedeće stajalište: “Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima od stupanja na snagu primjenjuje se na rokove dosjelošti koji su počeli teći prije njegova stupanja na snagu ako do tog trenutka nisu istekli. Kad je Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima propisan kraći rok, nakon stupanja na snagu zakona preostalo je vrijeme kraće od zakonom propisanoga, rok ističe nakon proteka vremena određenoga ranijim zakonom. Ako je od tog roka određenoga ranijim zakonom prestalo vrijeme duže od onoga predviđenoga u novom zakonu, rok ističe istekom vremena propisanoga u novom zakonu”, (objavljeno u Pregledu sudske prakse br. 24 sent. 43).

ad.D) Sposobnost stvari

Kad Zakon o vlasništvu govori o “posjedniku koji je sposoban biti vlasnikom stvari” (čl. 159. st. 1.) time, pretpostavlja, kako sposobnost stjecatelja, tako i sposobnost stvari biti predmetom prava vlasništva.

Da bi se, dakle dosjelošću moglo steći vlasništvo stvari potrebno je raditi se o stvari koja je:

- sposobna biti predmetom prava vlasništva i
- sposobna biti predmetom stjecanja prava vlasništva upravo dosjelošću.

Stvar koja uopće ne može biti predmet vlasništva ne može biti niti predmet stjecanja vlasništva dosjelošću.

Prema Zakonu o vlasništvu “predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava može biti svaka pokretna (pokretnina) ili nepokretna stvar (nekretnina), osim onih koje nisu za to sposobne.” (čl. 2. st. 1.).

O sposobnosti stvari Zakon govori u čl. 3.²²

Prema tim odredbama nisu sposobne biti predmetom prava vlasništva one stvari kojima to priječe bilo njihove naravne osobine biti zakonske odredbe prema kojima ne mogu pripadati pojedincu.

Za stvari koje nemaju sposobnost biti objektom stvarnih prava obično se kaže da su izvan prometa (*res extra commercium*) za razliku od stvari koje su u prometu (*res in commercium*).

Na stvarima koje su ograničene u prometu, ali je na njima moguće stjecati pravo vlasništva, moguće je stjecati i pravo vlasništva dosjelošću, ali pod posebnim, zakonom predviđenim pretpostavkama.

Ovdje bi još naglasili razliku između općeg dobra, javnog dobra i stvari od interesa za Republiku Hrvatsku, u pogledu mogućnosti stjecanja prava vlasništva općenito, a zatim i na temelju dosjelosti.

Vidjeli smo da opće dobro nije sposobno biti predmetom stvarnih prava, odnosno prava vlasništva pa se na općem dobru ne može niti dosjelošću stjecati pravo vlasništva (čl. 3. st. 1.).

Javna dobra su stvari u vlasništvu Republike Hrvatske, jedinica lokalne samouprave, jedinica lokalne uprave i samouprave i ustanova, dakle drugih pravnih osoba javnog prava (čl. 35.).

²² Članak 3. 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 općega dobra one zgrade i druge građevine koje su na njemu izgrađene na temelju koncesije, pa one tvore zasebnu nekretninu dok koncesija traje.

Javna dobra, prema režimu određenom Zakonom o vlasništvu, jesu objekti stvarnih prava pa tako i prava vlasništva i načelno su izjednačena s ostalim stvarima “ako zakonom nije drukčije određeno” (čl. 35. st. 1.).²³ Prema tomu, ukoliko je za njih zakonom uspostavljen poseban režim, primjenjuje se taj poseban režim.

Sve to treba uzeti u obzir i kad se radi o stjecanju prava vlasništva dosjelošću.

Kao primjer posebnog režima koji isključuje stjecanje prava vlasništva dosjelošću navodimo Zakon o vodama (“Narodne novine”, broj 107/95) prema kojem se na javnom vodnom dobru u općoj upotrebi ne može dosjelošću steći pravo vlasništva niti drugo stvarno pravo (čl. 67. st. 1.).

Stvari od interesa za Republiku Hrvatsku su takve stvari za koje je na temelju Ustava Republike Hrvatske, odnosno posebnim zakonom određeno da su dobra od interesa za nju pa imaju njezinu osobitu zaštitu. Ako te stvari nisu opća dobra, sposobne su biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava (čl. 4. st. 1.).

Prema tomu stvari od interesa za Republiku Hrvatsku mogu biti:

- opća dobra (čl. 52. st. 1. Ustava Republike Hrvatske) na kojima se ne može steći pravo vlasništva, pa niti dosjelošću i
- druge stvari koje mogu biti predmet prava vlasništva, ali za njih vrijedi poseban pravni režim (čl. 4. st. 2. Zakona i čl. 5. st. 1. i 2. Ustava Republike Hrvatske).

U svezi sa sposobnošću stvari za stjecanje prava vlasništva dosjelošću treba još istaći da su prema stvarnopravnom režimu Zakona o vlasništvu, nekretnine kao i pokretnine jednako sposobne biti predmetom stjecanja prava vlasništva dosjelošću.

aa) *Sposobnost stvari* biti objektom stjecanja, pitanje je od posebne važnosti upravo glede stvari u društvenom vlasništvu.

Uzimajući u obzir sve ono što je, općenito, izloženo u svezi sa sposobnošću stvari biti predmetom prava vlasništva, ponovno bi naglasili da stvar koja uopće ne može biti predmet vlasništva ne može biti niti predmet stjecanja vlasništva dosjelošću.

Što se tiče društvenog vlasništva od presudnog je utjecaja bila zakonom isključena mogućnost prelaska stvari iz društvenog vlasništva u (privatno) vlasništvo temeljem dosjelošći.²⁴

Prema stajalištu sudske prakse²⁵ Institut dosjelošći nije se primjenjivao niti u odnosima između društvenopravnih osoba.²⁶

²³ Prema svojoj namjeni razlikuju se (čl. 35. st. 4., 5. i 6.):

- javna dobra u općoj uporabi,
- javna dobra u javnoj uporabi i
- javna dobra koja nisu namijenjena, niti za opću uporabu, niti za javnu upotrebu.

²⁴ J. Nakić, op. cit., str. 23

²⁵ J. Nakić, op. cit., str. 21. do 23.

²⁶ Stajalište XVII Zajedničke sjednice održane 7. i 8. svibnja 1981.

Jedno od pitanja koje se s tim u svezi postavilo, a koje je s obzirom na svoje moguće učinke aktualno sve do danas, je pitanje stjecanja dosjelošću prava korištenja na stvarima u društvenom vlasništvu.

Iako se s pravom može ukazati na neujednačenost sudske prakse u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske dosljedno se zauzimalo stajalište prema kojem je “stjecanja prava korištenja na nekretninama u društvenom vlasništvu između društveno pravnih osoba, dosjelošću, bilo moguće samo do donošenja Ustava iz 1974. i Zakona o udruženom radu”. (Rev 81/2004 i Gzz 224/2004 od 24. studenog 2005., objavljena u Izboru odluka 1/2006, sent. 3).

U razlozima te odluke navedeno je između ostalog:

“Tužitelj nije stekao pravo vlasništva predmetnih nekretnina niti dosjelošću. Naime, stjecanja prava korištenja na nekretninama u društvenom vlasništvu između društvenih pravnih osoba dosjelošću bilo je moguće samo do donošenja Ustava SFRJ iz 1974. godine i Zakona o udruženom radu, kada je ustanovljen novi pravni režim društvenih sredstava (uzet isključivo kao ekonomski promet koji se vrši isključivo pravnim instrumentima).

Neovisno o tome što bi se Hotelsko poduzeće G. H. B. u O. ipak moglo smatrati poštenim posjednikom predmetnih nekretnina, jer mu ih je ustupio organ vlasti, u konkretnom slučaju nisu ostvarene pretpostavke za stjecanje prava korištenja dosjelošću na tim nekretninama, jer do stupanja na snagu Ustava iz 1974. godine i Zakona o udruženom radu to poduzeće nije posjedovalo predmetne nekretnine u vremenu od 20 godina.”

Isto stajalište zauzeto je i u ranijoj odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev 45/1990 od 6. prosinca 1990., objavljena u PSP 52/36).

S tim u svezi postavilo se, daljnje pitanje je li dosjelošću stečeno pravo korištenja do 1974. moglo prijeći u pravo vlasništva sukladno odredbi čl. 360. ZV., te bi li se na takav slučaj primjenjivala odredba čl. 388. st. 4. ZV, prema kojoj se u rok za stjecanje prava vlasništva dosjelošću nekretnina, koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, ne računa vrijeme posjedovanja proteklo prije tog datuma (dakle vrijeme od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991.)?

Prema našem mišljenju u takvom slučaju ne bi dolazilo do primjene čl. 388. st. 4. ZV jer se ne radi o stjecanju prava vlasništva dosjelošću.

Radilo bi se o pretvorbi prava korištenja u pravo vlasništva (čl. 361. ZV). Pri tome je, naravno, potrebno utvrditi je li valjano stečeno pravo korištenja.

Pravo korištenja koje je stečeno dosjelošću u skladu s tada važećim propisima, valjano je stečeno pravo korištenja, koje je moglo biti predmet pretvorbe u smislu čl. 361. ZV.

Međutim, neovisno o izloženom, tj. neovisno o stjecanju prava korištenja dosjelošću i pretvorbi tako stečenog prava korištenja u pravo vlasništva, treba naglasiti da vrijeme dosjedanja (posjedovanja) prava korištenja nema učinak vremena dosjedanja (posjedovanja) prava vlasništva.

To nedvojbeno slijedi iz samog pojmovnog određenja dosjelosti, odnosno zakonom predviđenih pretpostavki za stjecanje stvarnih prava dosjelošću.

Traži se, naime izvršavanje “sadržaja prava” što znači određenog prava kroz zakonom određeno vrijeme, dakle samostalni (vlasnički) posjed određene kakvoće (o čemu smo govorili pod Točkom III.2.1.a/).

Prema tomu ako je i kada je, u skladu s tada važećim pretpostavkama, bilo moguće stjecanje dosjelošću prava korištenja, postojanje i učinci pretpostavki za stjecanje prava dosjelošću, mogu se odnositi samo na pravo korištenja.

O tome se izjašnjavao i Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj odluci Rev 114/2008 od 28. listopada 2008. u razlozima koje se između ostalog, navodi:

“Predmet spora je stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu.

U postupku pred sudovima nižeg stupnja je utvrđeno, da je tužitelj sa svojim prednicima u posjedu predmetnih nekretnina od 1965. Nekretnine su u zemljišnim knjigama bile uknjižene kao društveno vlasništvo. Temeljem rješenja Trgovačkog suda u Zagrebu od 17. studenoga 1994. nekretnine su uknjižene kao vlasništvo tuženika.

Neosnovano revident smatra da je vlasništvo spornih nekretnina stekao dosjelošću.

Prema Ustavu iz 1974. i Zakonu o udruženom radu nije se moglo dosjelošću stjecati pravo korištenja na nekretninama u društvenom vlasništvu u klasičnom smislu privatnog građanskog prava. To iz razloga što se polazilo od nevlasničkog koncepta društvenog vlasništva, pa se pravo korištenja (upravljanja i raspolaganja) nije smatralo subjektivnim imovinskim pravom koje se može prenositi i stjecati u prometu, već su se prenosila samo sredstva.

Treba reći da se do 1974. moglo stjecati dosjelošću samo pravo korištenja na sredstvima u društvenom vlasništvu, ali ne i pravo vlasništva u smislu građanskog privatnog prava.

Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, koji je stupio na snagu 1. rujna 1980., odredbom čl. 29. (dalje: ZOVO) izričito je zabranjeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu. Nakon donošenja Ustava Republike Hrvatske (1990.) ne postoji više društveno vlasništvo, a odredbom čl. 3. Zakona o preuzimanju ZOVO (“Narodne novine”, broj 53/91), koji je stupio na snagu 8. listopada 1991., stavljena je izvan snage navedena odredba čl. 29. ZOVO o zabrani stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu.

Slijedom izloženog tužitelju se, u smislu građanskog privatnog prava, za stjecanje prava vlasništva na spornim nekretninama u društvenom vlasništvu ne računa vrijeme posjedovanja proteklo do 8. listopada 1991., a od tog dana nije protekao zakonom propisani rok za stjecanje prava vlasništva savjesnog posjednika nepokretne stvari dosjelošću u smislu odredbe čl. 28. ZOVO.”

Navedena stajališta potvrđuje i sadržaj odredaba čl. 388. st. 4., kad otklanja svaku mogućnost da se u rok za stjecanje dosjelošću nekretnina koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu računa i vrijeme posjedovanja proteklo prije tog datuma.

III.2. Zaključno o učincima i pretpostavkama stjecanja vlasništva dosjelošću u odnosu na društveno vlasništvo

U svezi s time treba razlikovati dva razdoblja:

- razdoblje do 8. listopada 1991. (kao dana stupanja na snagu Zakona o preuzimanju ZOVO-a) i
- razdoblje nakon 8. listopada 1991.

Već smo istakli da je čl. 3. Zakona o preuzimanju ZOVO stavljena izvan snage odredba čl. 29. ZOVO koja je propisivala da se na stvari u društvenom vlasništvu pravo vlasništva ne može steći dosjelošću, a koja se odnosila na razdoblje od 1. rujna 1980. do 8. listopada 1991.

Suglasni smo s mišljenjem²⁷ da se niti u ranijem razdoblju, s obzirom na ustavnopravna načela i tada važeće propise, nije moglo dosjelošću stjecati pravo vlasništva na stvarima u društvenom vlasništvu kasnije općenarodnom imovinom (ustvari od 1945. do 8. listopada 1991.).

Iznimke koje su zakonom mogle biti predviđene²⁸ ne dovode u sumnju, već naprotiv, potvrđuju naprijed izloženo mišljenje.

Za razdoblje nakon 8. listopada 1991., suglasno se prihvaćalo stajalište, da su sve nekretnine, koje su do donošenja Ustava Republike Hrvatske bile društveno vlasništvo, bez obzira na njihov status u prijelaznom periodu i glede dosjelošći došle pod opći režim.

Tako je Ustavni sud RH u svojoj odluci U-I-379/98 od 12. siječnja 2000. proglašavajući nastavnim i ukidajući odredbe čl. 55. st. 2. Zakona o šumama ("Narodne novine", broj 52/90 – pročišćeni tekst i 76, 93) prema kojoj se na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske, nije moglo stjecati pravo vlasništva dosjelošću, u razlozima, između ostalog, naveo:

"Imajući u vidu da je gospodarenje šumama od interesa za Republiku Hrvatsku (zbog čega su propisana faktična ograničenja vlasništva, koja se realiziraju kroz uvjete i načine gospodarenja šumama i šumskim zemljištem), Ustavni sud je utvrdio da je protivno temeljnim ustavnim načelima demokratske države apsolutno isključivanje mogućnosti stjecanja prava vlasništva dosjelošću posjedniku propisane kakvoće koji šumom, odnosno šumskim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske, gospodari na način uređen zakonom i kroz zakonom propisano razdoblje.

Ustav Republike Hrvatske ukinuo je dualizam vlasništva. Stoga je Ustavni sud utvrdio da osporena odredba nije u suglasju s načelom ustavnosti i zakonitosti, koje je utvrđeno odredbom članka 5. Ustava, a i s odredbom članka 3. Ustava, koja nepovredivost vlasništva, a time i mogućnost stjecanja vlasništva, svrstava u najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske. Ustavni sud je također utvrdio da osporena odredba nije u suglasju s odredbom članka 48.

²⁷ Vidjeti o tome opširno, P. Simonetti, op. cit., str. 29.

²⁸ P. Simonetti, op. cit., str. 31.

M. Žuvela, Stjecanje vlasništva na nekretninama dosjelošću, str. 61.

Ustava, napose odredbom stavka 2. tog članka, koja propisuje da vlasništvo obvezuje, iz razloga što se štiti vlasništvo države u slučaju kada je očigledno da država kao vlasnik šumom odnosno šumskim zemljištem ne gospodari kroz značajno razdoblje, unatoč izričitim odredbama Zakona o šumama.”

Razlikovanje navedenih vremenskih razdoblja odrazilo se na učinke gotovo svih pretpostavki, čije je ispunjenje potrebno za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, kad su ti učinci razmatrani u odnosu na društveno vlasništvo kako je to vidljivo iz prethodnih izlaganja.

Trebalo bi, dakle zaključiti, da u razdoblju do 1. listopada 1991. glede stvari u društvenom vlasništvu nisu bile ispunjene pretpostavke koje se kumulativno moraju ostvariti da bi nastupili učinci stjecanja prava vlasništva dosjelošću.

Pri tomu treba prihvatiti stajalište izraženo u naprijed citiranoj sudskoj i ustavnosudskoj praksi, da bi se, u suprotnom, jednom faktičnom stanju na stvari u društvenom vlasništvu dali učinci, odnosno kvaliteta i za ono vrijeme kad su zakonom izričito bili zabranjeni.

Naprotiv, nakon 1. listopada 1991., opći režim, odnosno učinci općih pretpostavki koje važe za stjecanje prava vlasništva, odnosno stvarnih prava dosjelošću vrijede i za nekretnine (stvari) u društvenom vlasništvu.

Summary

FURTHER WRITINGS ON ACQUIRING THE OWNERSHIP OVER THE REAL ESTATES IN PUBLIC OWNERSHIP BY MEANS OF ADVERSE POSSESSION

The article actualizes an issue concerning the implementation of adverse possession institute in regards to acquiring the right of ownership over the real estates in public ownership.

The author was inspired to write about this topic by legislative amendments, first of all by the succession and amendments of the Law on Basic Property-Rights Relationships, which abolished the ban to acquire the right of ownership over the public property by means of adverse possession. Further legislative steps were taken by the enactment of the Law on Ownership and other Property Rights with provisions on course of adverse possession time limits applied when acquiring the public ownership. A special attention must be given to interpretation of these legal provisions and their effects.

The author analyses the above mentioned provisions, presents their interpretation and scrutinizes their effects strongly emphasizing the legal frameworks of presumptions set by the law to acquire real property rights by means of adverse possession in general as well as the public ownership.

Key words: *adverse possession, public ownership.*

Riassunto

ANCORA SULL'ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ PER USUCAPIONE NEGLI IMMOBILI DI PROPRIETÀ SOCIALE

Nel contributo si tratta dell'attualizzazione della questione dell'applicabilità dell'istituto dell'usucapione con riferimento all'acquisto del diritto proprietà sugli immobili di proprietà sociale.

Uno dei motivi di ciò va individuato nelle modifiche legislative riguardanti la legge sui rapporti giuridici nella proprietà, le quali hanno condotto al venir meno del divieto di acquisto della proprietà per usucapione nel caso di beni di proprietà sociale, ma va individuato anche nell'emanazione della legge sulla proprietà e sugli altri diritti reali con le disposizioni riguardanti la durata dei termini per usucapire i beni di proprietà sociale, così come il significato e gli effetti di queste disposizioni normative.

Attraverso l'analisi del significato e degli effetti di queste disposizioni, con particolare accento sul quadro giuridico dei presupposti legali per l'avverarsi dell'usucapione, ma anche dedicando attenzione alla proprietà sociale, si espongono le conclusioni raggiunte relativamente all'acquisto della proprietà per usucapione sugli immobili di proprietà sociale.

***Parole chiave:** usucapione, proprietà sociale.*

PRAVNI POLOŽAJ KUPCA/VLASNIKA NEKRETNINE U HIPOTEKARNOM REŽIMU

Mr. sc. Gabrijela Mihelčić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.27
Ur.: 23. siječnja 2009.
Pr.: 6. ožujka 2009.
Pregledni znanstveni članak

Autorica u radu, motivirana uređenjem iz talijanskog prava kojim je predviđen institut, tzv. processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche, analizira na koji način u hrvatskom pozitivnom pravu kupac/vlasnik nekretnine u hipotekarnom režimu može nekretninu "osloboditi" učinaka založnog prava, odnosno hipoteke. Prikazuju se instrumenti koji se u tu svrhu nalaze na raspolaganju kupcu/vlasniku nekretnine opterećene hipotekom kroz stadij osiguranja i stadij namirenja založnog prava te uspoređuju s talijanskim pozitivnopravnim uređenjem kako bi se vidjelo bi li institut processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche bilo korisno predvidjeti i u domaćim propisima.

Ključne riječi: *hipoteka, prisilno namirenje, processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche.*

1. Uvod

Središnje mjesto u hrvatskom pravu među stvarnopravnim osiguranjima zauzima založno pravo. Založno pravo je ograničeno stvarno pravo na stvari ili pravu koje ovlašćuje založnog vjerovnika čija je tražbina osigurana tim pravom da se po dospijeću tražbine, ako ne bude namirena, namiri iz vrijednosti zaloga. Pravo na namirenje (*ius distrahendi*) ovlašćuje vjerovnika da dospjelu nenamirenu tražbinu namiri iz vrijednosti zaloga, ali i da od svakoga trećega zahtijeva da trpi namirenje iz vrijednosti zaloga, ako nije što drugo zakonom određeno.¹ Pri tomu je vjerovnik ovlašten po svom izboru zahtijevati hoće li najprije namirenje tražiti iz vrijednosti zaloga ili iz imovine osobnog dužnika, ali i istodobno, i iz jednog i

¹ Čl. 336/1. i 3. 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. i 146/08. dalje: ZV.

iz drugog.² Ova mu mogućnost pripada i nakon pokretanja postupka prisilnog namirenja, a sve dok ne bude u cijelosti namiren.³

Izvođenjem iz osnovnog obilježja založnog prava, da se založni vjerovnik može namiriti iz vrijednosti zaloga u vlasništvu svakodobnog vlasnika zaloga, moguće je da se vjerovnik namiri “na račun” vlasnika zaloga s kojim nije u obveznopravnom odnosu (koji nije osobni/založni dužnik). Naše pozitivno pravo ne predviđa poseban postupak u kojem bi kupac/vlasnik zaloga mogao “osloboditi” zalog učinaka založnog prava, odnosno založnog prava uopće. Za razliku od hrvatskog, talijanski zakonodavac uređuje, tzv. *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche* kojim je predviđeno postupanje za slučaj da kupac zaloga želi zalog “osloboditi” založnoga prava. Postupak je rezerviran samo za nekretnine i provodi se po prijedlogu kupca nekretnine opterećene hipotekom. No, valja istaći da su u talijanskom pravu kupcu/vlasniku nekretnine, koji želi nekretninu “osloboditi” hipoteke, na raspolaganju i rješenja obveznopravne naravi, uz stanovite razlike, slična onima iz hrvatskog prava. U radu će se prikazati uređenja iz hrvatskog prava i usporediti ih s talijanskim pozitivnopravnim uređenjem kako bi vidjeli bi li institut *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche* bilo korisno predvidjeti i u domaćim propisima. Položaj kupca/vlasnika nekretnine opterećene hipotekom promatrat će se kroz prizmu stadija osiguranja i stadija namirenja založnog prava. Predmet ovog rada nije položaj vlasnika nekretnine opterećene hipotekom u stečajnom postupku.

2. Položaj vlasnika nekretnine opterećene hipotekom u stadiju osiguranja

2.1. Općenito

Stadij osiguranja založnog prava najčešće započinje u trenutku osnivanja hipoteke, založnog prava na nekretnini i traje dok založnim pravom osigurana tražbina ne dospije.⁴ Kako založno pravo ne priječi založnog dužnika da nekretninu koja je opterećena hipotekom otuđi (štoviše, *lex commissoria* predstavlja nedopušten uglavak u hipotekarnom ugovoru/sporazumu) realna je mogućnost da založni dužnik to i učini.

Za valjanost takvog otuđenja nije potreban pristanak hipotekarnog vjerovnika, jer nekretninu kupac kupuje i stječe u vlasništvo zajedno sa založnim pravom

² Čl. 336/4. ZV.

³ Čl. 336/5. ZV.

⁴ Iznimka su tzv. prisilne sudske hipoteke kod kojih postoji svojevrstni “nepravi” stadij osiguranja. Ove se hipoteke osnivaju u postupku prisilnog osiguranja rješenjem suda o određivanju osiguranja na temelju perfektnog ovršnog naslova što implicira da je tražbina koja je utvrđena u ovršnoj ispravi dospjela i ovršiva. Jednak je slučaj i s prisilnim hipotekama koje se osnivaju na temelju čl. 97. Ovršnog zakona (Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08, dalje: OZ) u ovršnom postupku na nekretnini na drugom neuspjelom dražbenom ročištu na kojem ovršni sud nakon što obustavi ovrhu, po prijedlogu ovrhovoditelja koji od ranije nema hipoteku i u njegovu korist istu osnuje.

koje je opterećuje. Činjenica da je nekretnina opterećena hipotekom može imati utjecaja na visinu kupoprodajne cijene tako da ista bude niža, ali i ne mora, ako stranke drukčije ugovore. Prijenos, odnosno promjena prava vlasništva nekretnine ne utječe na režim uknjižbe založnog prava, jer ne dolazi do prijenosa hipoteke (činjenica “terećenja” nekretnine proizlazi iz biti obilježja založnog prava). Hipoteka se, naime može prenijeti samo s tražbinom koju osigurava (tradicionalno načelo akcesornosti), pa će do prijenosa doći samo ako se na aktivnoj strani dogodi da tražbina prijeđe na novog vjerovnika.⁵ Modalitet prijenosa je cesija koja se provodi po pravilima obveznog prava (što nije predmet rada). Predmet zanimanja je pravni položaj kupca/vlasnika nekretnine i odgovor na pitanje može li kupac/vlasnik u vlasništvo steći nekretninu tako da je “oslobodi” hipoteke. Ne dovodeći u pitanje pravilo prema kojem kupac/vlasnik nekretninu stječe opterećenu hipotekom, nema *de facto* zapreke da se kupac/vlasnik ne interpolira u vjerovničko-dužnički odnos između hipotekarnog vjerovnika i osobnog/hipotekarnog dužnika i poluči učinak “oslobađanja” nekretnine od hipoteke.

2.2. “Oslobađanje” nekretnine instrumentima koji imaju za posljedicu osnivanje vlasničke hipoteke

Ako kupac/vlasnik nekretnine postane i ovlaštenik založnog prava (hipotekarni vjerovnik) temeljem nekog od instrumenata obveznopravne prirode (o čemu više *infra*) nastaje, tzv. vlasnička hipoteka, jer prema čl. 347/1. ZV-a da bi založno pravo na nekretnini prestalo, nije dovoljno da je prestala tražbina koju je osiguravala, već hipoteka prestaje brisanjem iz zemljišne knjige. Ovo vlasniku njome opterećene nekretnine omogućuje da dok hipoteka ne bude izbrisana raspoláže neizbrisanom hipotekom (na temelju priznanice/druge isprave koja dokazuje prestanak tražbine) tako da hipoteku prenese na novu tražbinu ne veću od upisane koja je prestala (čl. 347/2. ZV).⁶ Nastavno će se prikazati slučajevi

⁵ Hrvatski je zakonodavac od akcesornosti založnog prava odstupio u slučaju, tzv. vlasničke hipoteke iz 347/2.-5. ZV., V. 347/1. ZV. V. 154/1. Stvarnopravnog zakonika Slovenije (Uradni list RS, br. 87/02., dalje: SPZ), U slovenskoj literaturi više o odstupanju od načela akcesornosti, v. KERESTEŠ, T., u TRATNIK, M., RIJAVEC, V., KERESTEŠ, T., VRENČUR, R., Stvarnopravna zavarovanja, Iars, Maribor, 2001., str. 76., U srpskoj i crnogorskoj literaturi problematizira se postojanje akcesornosti kod osiguranja naturalnih obveza. V. RAŠOVIĆ, Z., P., Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Univerzitet Crne gore, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2007., str. 777. i 778. i tamo navedenu literaturu. U crnogorskom pravu v. čl. 366. i 367. Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore (Službeni list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89. i 57/89., Službeni list SRJ, br. 31/93. i Službeni list SCG, br. 1/03., dalje: ZOOCG). V. još vrlo rasprostranjene odredbe o založnom osiguranju uvjetnih i budućih tražbina, kao daljnje iznimke od pravila prema kojem je postojanje tražbine *condicio sine qua non* nastanka založnog prava. Npr. 301/2. ZV, 129. SPZ, 971. ZOOCG, čl. 7/3. srpskog Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (Službeni glasnik, br. 57/03., 61/05. i 64/06., dalje: ZZPPSURS), i sl.

⁶ V. više GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak II., Zagreb, 2007., str. 136., bilješka 73.

“oslobađanja” nekretnine od hipoteke primjenom kriterija ima li ili nema “oslobađanje” nekretnine od hipoteke za posljedicu nastanak vlasničke hipoteke u korist kupca/vlasnika nekretnine (najprije prvonavedeni slučajevi).

2.2.1. “Oslobađanje” nekretnine prijenosom tražbine

2.2.1.1. Personalna subrogacija

Kupac/vlasnik nekretnine koja je opterećena hipotekom može nekretninu “osloboditi” hipoteke na način da primjenom instituta personalne subrogacije ispuni obvezu hipotekarnog dužnika tako da: a) ugovori s hipotekarnim vjerovnikom prije/pri ispunjenju, da ispunjena tražbina prijeđe na njega sa svima ili samo s nekim sporednim pravima (čl. 90/1. Zakona o obveznim odnosima)⁷, b) ugovori s hipotekarnim dužnikom prije ispunjenja, da na njega prelaze vjerovnikova prava (čl. 90/2. ZOO),⁸ odnosno da radi toga što ima pravni interes na ispunjenje, samim ispunjenjem obveze na njega prijeđe vjerovnikova tražbina sa svim sporednim pravima (čl. 91. ZOO).

Dva, prvonavedena slučaja⁹ predstavljaju, tzv. ugovornu personalnu subrogaciju,¹⁰ dok je u trećem slučaju riječ o tzv. zakonskoj personalnoj subrogaciji. Institut personalne subrogacije omogućuje da kupac/vlasnik nekretnine (*solvens*) u cijelosti supstituira vjerovnika u dotadašnjem obveznoppravnom odnosu iz kojeg proizlazi hipotekarna tražbina (i koji *de facto* prestaje¹¹), no valja naglasiti da u svim slučajevima subrogacija *solvensa* u prava hipotekarnog vjerovnika nastaje tek ispunjenjem (čl. 90/3. ZOO).

U starijoj literaturi smatralo se da prestanak ranijeg obveznoppravno odnosa ne mora nužno značiti i prestanak dužnikove obveze u odnosu dužnika i *solvensa*, ako je do ispunjenja došlo temeljem ugovora/*ex lege*.¹² U aktualnoj

⁷ Narodne novine, br. 35/05. i 41/08., dalje: ZOO.

⁸ Talijanski zakonodavac za ugovor o dobrovoljnoj personalnoj subrogaciji traži da je sklopljen istodobno s ispunjenjem neovisno o tomu sklapa li se s dužnikom/vjerovnikom. V. komentar uz čl. 1201. i 1202. Codice civile: R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile (pubblicato nella edizione straordinaria della *Gazzetta Ufficiale* n. 79, del 4 aprile 1942), dalje CC. u: CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario breve al Codice Civile, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1984., str. 795.-796., dalje: CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario., 1984.

⁹ U literaturi se smatra da za sklapanje ovih ugovora nije potrebna suglasnost dužnika odnosno vjerovnika. V. ČESIĆ, Z., GORENC, V., KACER, H., MOMČINOVIĆ, H., PAVIĆ, D., PERKUŠIĆ, A., PEŠUTIĆ, A., SLAKOPER, Z., VIDOVIĆ, A., VUKMIR, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005., str. 142.-143., dalje: GORENC, et al., Komentar, KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 449. U starijoj literaturi: CIGOJ, S., Komentar obligacijskih razmerij, Knjiga II., Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984., str. 1026.-1027., BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, 1980., str. 752.-753.

¹⁰ U talijanskom pravu dobrovoljna personalna subrogacija uređena je čl. 1201.-1202. CC, s tim da čl. 1203.-1205. CC uređuje zakonsku personalnu subrogaciju.

¹¹ U starijoj literaturi: VIZNER, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga II., Zagreb, [s.n.], 1978.-1979., str. 1177.

¹² VIZNER, ibidem.

literaturi upravo se postojanje ugovora s vjerovnikom/dužnikom, odnosno činjenica uz koje zakon veže nastanak zakonske personalne subrogacije, smatra pretpostavkama koje se trebaju, pored ispunjenja, steći kako bi uopće došlo do personalne subrogacije, i to neovisno da li zakonske ili ugovorne.¹³

Temeljna razlika između ugovorne i zakonske personalne subrogacije sastoji se u tomu što kod ugovorne personalne subrogacije na *solvensa* prava vjerovnika prelaze u ugovorenom obujmu, dok kod zakonske personalne subrogacije na *solvensa* prelazi vjerovnikova tražbina sa svim sporednim pravima.¹⁴ Imajući u vidu da je kupac/vlasnik založene nekretnine osoba kojoj zakonodavac priznaje pravni interes¹⁵ na ispunjenje hipotekarne tražbine za očekivati je da će se kupac/vlasnik opterećene nekretnine najprije poslužiti institutom zakonske personalne subrogacije.^{16,17} Treba, međutim, voditi računa da kod zakonske personalne subrogacije (kod ugovorne bi stranke mogle i drukčije ugovoriti¹⁸) *solvens* ne može zahtijevati od dužnika više nego što je isplatio vjerovniku (čl. 94. ZOO) te da vjerovnik ne odgovara za veritet i bonitet tražbine u vrijeme ispunjenja (čl. 95/1. ZOO), što je, donekle, “omekšano” time što ovo ne isključuje primjenu pravila o stjecanju bez osnove (čl. 95/2. ZOO).

2.2.2. “Oslobađanje” nekretnine u tzv. slučajevima *intercessio tertii*¹⁹ (pristupanje treće osobe dužnikovom dugu)

2.2.2.1. *Pristupanje dugu kada intercedent ispuni tražbinu vjerovniku (intercessio cumulativa)*

Pravni interes za zaključenje ugovora o pristupanju dugu s hipotekarnim vjerovnikom, kupac/vlasnik nekretnine opterećene hipotekom mogao bi imati u činjenici što mu ovaj ugovor omogućuje da o dospijeću hipotekarne tražbine istu

¹³ KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., op. cit., str. 448.-449.

¹⁴ *Solvens* može i samo djelomično ispuniti vjerovnikovu tražbinu u kojem slučaju na njega prelaze sporedna prava kojima je osigurano ispunjenje tražbine samo ako nisu potrebna za ispunjenje ostatka vjerovnikove tražbine, ali može s vjerovnikom ugovoriti da će se koristiti jamstvima razmjerno svojim tražbinama, a mogu ugovoriti i da će *solvens* imati pravo prvenstvene naplate (čl. 92. ZOO).

¹⁵ Prema čl. 161/2. ZOO vjerovnik je dužan primiti ispunjenje od svake osobe koja ima pravni interes da obveza bude ispunjena, čak i kad se dužnik protivi tom ispunjenju. Samo, ako mu je dužnik ponudio da sam ispuni odmah svoju obvezu, vjerovnik ne može primiti ispunjenje od treće osobe (čl. 161/5. ZOO). Takav interes ima i hipotekarni vjerovnik s kasnijim prvenstvenim redom., V. više CIGOJ, S., op. cit., str. 1028.

¹⁶ Napominjemo da je vjerovnik dužan predati *solvensu* sredstva kojima se tražbina dokazuje ili osigurava (čl. 93/1. ZOO).

¹⁷ Uz komentar čl. 1203. CC u talijanskoj literaturi navodi se da se kupac/vlasnik nekretnine, pored ovog instrumenta, može radi “oslobađanja” nekretnine od hipoteke poslužiti institutom *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche.*, CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario., 1984., str. 796.

¹⁸ VIZNER, B., op. cit., str. 1182.-1183.

¹⁹ Prema GORENC, et al., Komentar, str. 148., VIZNER, B., op. cit., str. 1449.

namiri u čemu ga dužnik ne može spriječiti,²⁰ pa na taj način otkloni mogućnost prisilnog namirenja dospjele, a nenamirene hipotekarne tražbine. Ugovor o pristupanju dugu je ugovor između vjerovnika i intercedenta kojim se ovaj obvezuje vjerovniku da će ispuniti dužnikovu tražbinu, pri čemu dužnik ostaje u obveznopravnom odnosu tako da zaključenjem ovog ugovora vjerovnik *de facto* stječe još jednog dužnika svoje tražbine (čl. 101. ZOO).^{21,22} Pri tom i intercedent i dužnik samostalno i neovisno jedan o drugome odgovaraju vjerovniku.²³

2.2.2.2. *Preuzimanje ispunjenja*

U praksi su vrlo česti, tzv. ugovori o preuzimanju ispunjenja. Stranke (dužnik i preuzimatelj), kako bi izbjegle rigorozne zahtjeve (hipotekarnog) vjerovnika (najčešće banke) u odnosu na (hipotekarnog) dužnika, takvim ugovorom za čiju valjanost nije potrebno, niti sudjelovanje, niti pristanak vjerovnika, (jer preuzimatelj ne preuzima dug niti pristupa dugu i vjerovnik nema nikakvo pravo prema njemu²⁴), ugovaraju da intercedent (kupac/vlasnik nekretnine) ugovorom s dužnikom preuzima ispunjenje i obvezuje se dužniku ispuniti njegovu obvezu prema vjerovniku (čl. 103. ZOO). Intercedent odgovara dužniku ako pravodobno ne ispuni obvezu vjerovniku te ovaj zatraži ispunjenje od dužnika.

2.3. **“Oslobađanje” nekretnine instrumentima koji nemaju za posljedicu osnivanje vlasničke hipoteke**

2.3.1. *Preuzimanje duga*

Ugovor o preuzimanju duga²⁵ je konsenzualan, apstraktan, akcesoran, načelno neformalan ugovor²⁶ strogo osobne prirode (*intuitu personae*) kojim

²⁰ Tako KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., op. cit., str. 452. Prema Vizneru intercedent je ovlašten ispuniti dospjelu, a nenamirenu tražbinu i za slučaj dužnikova protivljenja., VIZNER, B., op. cit., str. 1456.

²¹ Za sklapanje ovog ugovora nije potreban pristanak dužnika, jer dužnik s intercedentom ne stoji ni u kakvom pravnom odnosu., GORENC, et al., Komentar, str. 155., BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit., str. 940., CIGOJ, S., op. cit., str. 1311. Drukčije sudska praksa u VS, Rev-31/89 od 2. svibnja 1989., cit. prema GORENC, ibidem, prema kojoj je riječ o odnosu solidarnog jamstva.

²² Jednako je rješenje i u talijanskom pravu, ali uz pretpostavku da drukčije nije izrijekom ugovoreno. V. čl. 1268/1. CC.

²³ GORENC, et al., Komentar, str. 154.-155., VIZNER, B., op. cit., str. 1456. Prema talijanskom pravu vjerovnik je dužan najprije od intercedenta tražiti ispunjenje (v. 1268/2. CC), mada se uz komentar ove odredbe navodi da to nije nužno ukoliko postoji pravna nemogućnost ispunjenja po intercedentu. CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario., 1984., str. 854.

²⁴ Vjerovnik je jedino dužan primiti ispunjenje od intercedenta, jer u suprotnom pada u *moru*., KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., op. cit., str. 453., VIZNER, B., op. cit., str. 1458.

²⁵ U literaturi se upozorava da ovakvo dobrovoljno ugovorno preuzimanje duga treba razlikovati od nužnog zakonskog preuzimanja duga u slučaju npr. ovršne prodaje nekretnine opterećene dugovima., GORENC, et al., Komentar, str. 148., VIZNER, B., op. cit., str. 1450.

²⁶ Smatramo da bi u konkretnom slučaju, imajući u vidu prisilne propise o obveznom pisanom obliku ugovora o kupoprodaji nekretnine i ugovor o preuzimanju duga bez obzira je li riječ o

treći (u konkretnom bio bi to kupac/vlasnik nekretnine) preuzima dug (hipotekarnog) dužnika, a da se pri tom ne mijenja sadržaj dužnikove obveze.²⁷ Prema općim pravilima obveznog prava, dužnik je ovlašten s preuzimateljem duga zaključiti ugovor o preuzimanju duga, ali vjerovnik mora pristati na to preuzimanje (čl. 96. ZOO). Preuzimatelj stupa na mjesto ranijeg dužnika i između njega i vjerovnika postoji ista obveza koja je postojala između ranijeg dužnika i vjerovnika,²⁸ a dužnik se oslobađa obveze (čl. 96/1. i 3. ZOO).²⁹

O činjenici sklapanja ugovora³⁰ vjerovnika može izvijestiti svaka ugovorna strana i svaka je ovlaštena pozvati vjerovnika da se u određenom roku očituje, pristaje li na preuzimanje duga. Vjerovnik je ovlašten svakoj od ugovornih strana priopćiti da pristaje na preuzimanje duga, a ako se u određenom roku ne očituje, smatra se da nije dao svoj pristanak. Međutim, predmnijeva se da je vjerovnik dao svoj pristanak ako je bez ograde primio ispunjenje od preuzimatelja, koje je ovaj učinio u svoje ime. Sve dok vjerovnik ne da svoj pristanak, odnosno ako ga odbije dati ugovor o preuzimanju duga ima učinak ugovora o preuzimanju ispunjenja. U literaturi se smatra da pristanak vjerovnik može dati izričito, ali i konkludentnim radnjama, ali one moraju biti neprijeporno izražene.³¹

samostalnom ugovoru ili *clausulae* u kupoprodajnom ugovoru trebao biti u pisanom obliku. Tako i GORENC, et al., Komentar, str. 148., VIZNER, B., op. cit., str. 1455., CIGOJ, S., op. cit., str. 1304., BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit., str. 935.,

²⁷ GORENC, et al., Komentar, str. 148. i 151., KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., op. cit., str. 451., VIZNER, B., op. cit., str. 1449.-1450., CIGOJ, S., op. cit., str. 1302.

²⁸ Uz glavnu tražbinu (prema pravilima sukcesijske teorije koju je prihvatio i naš zakonodavac, v. više: CIGOJ, S., op. cit., str. 1307.) ostaju i sporedna prava koja su dotada postojala, izuzev i suprotno pravilu *acesorium sequitur principale*: jamstva i zalog trećih osoba koje ne pristanu odgovarati za novog dužnika te nenaplaćene kamate koje su dospjele do preuzimanja, ako nije što drugo ugovoreno (čl. 99. ZOO). Preuzimatelj je ovlašten vjerovniku staviti sve prigovore koji proistječu iz odnosa iz kojega potječe preuzeti dug s ranijim dužnikom te prigovore koje sam ima spram vjerovnika, a ne može isticati one prigovore koji bi proistekli iz njegova odnosa s ranijim dužnikom, a koji je bio temelj preuzimanja (čl. 100. ZOO).

²⁹ Iznimka je predviđena za slučaj kada je vjerovnik pristanak dao ne znajući (niti morajući znati) da je preuzimatelj prezadužen. U tom slučaju raniji dužnik se ne oslobađa obveze, a ugovor o preuzimanju duga ima učinak ugovora o pristupanju dugu (čl. 98/2. ZOO).

³⁰ Iako zakonska formulacija čl. 96/2. ZOO glasi "O sklopljenom ugovoru..." u literaturi se smatra da je ne treba tumačiti na način da bi vjerovnik pristanak na ugovor o preuzimanju duga trebao dati tek nakon njegova sklapanja odnosno istodobno sa sklapanjem ugovora., V. GORENC, et al., Komentar, str. 149. U starijoj literaturi uz komentar čl. 446/2. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96. i 112/99.; u nastavku: ZOO/91, koji sadržajno korespondira sadašnjem čl. 96., smatralo se da vjerovnik pristanak na ugovor o preuzimanju duga može dati prethodno, prije sklapanja, istodobno sa sklapanjem ugovora te naknadno nakon što je ugovor sklopljen. V. VIZNER, B., op. cit., str. 1450. Valja upozoriti da je do Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima iz 1996. (Narodne novine, br. 91/96.) u slučaju kada je vjerovnik tražbinu koja je predmet preuzimanja duga dao u zalog, pristanak vjerovnika na preuzimanje duga bilo ograničeno činjenicom što je, pored njegova pristanka, za preuzimanje duga bio potreban i pristanak zalogoprimca (v. čl. 989.-994. ZOO)., Više v. CIGOJ, S., op. cit., str. 1304., BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit., str. 935.

³¹ V. GORENC, ibidem, BLAGOJEVIĆ, KRULJ, ibidem.

Izneseno pravilo opće naravi o pristanku vjerovnika na preuzimanje duga kvalificirano³² je u slučaju kada je dug osiguran hipotekom. Naime, u slučaju kada je prilikom otuđenja nekretnine opterećene hipotekom ugovoreno između stranaka da će stjecatelj preuzeti dug prema hipotekarnom vjerovniku, smatra se da je hipotekarni vjerovnik dao pristanak na ugovor o preuzimanju duga, ako ga, na pisani poziv otuđitelja (u kojem pozivu se mora skrenuti pozornost na ovu posljedicu, inače vrijedi neoboriva presumpcija da poziv nije upućen³³), nije odbio u roku od tri mjeseca od primitka poziva (čl. 97. ZOO).³⁴

2.4. "Oslobađanje" nekretnine asignacijom

Uputom jedna osoba, uputitelj (asignant), ovlašćuje drugu osobu, upućenika (asignata), da za njezin račun ispuni nešto određenoj trećoj osobi, primatelju upute (asignataru), a ovoga ovlašćuje da to ispunjenje primi u svoje ime (čl. 130. ZOO).³⁵ Konkretno su moguća dva slučaja: a) kada je kupovna smanjena

³² U literaturi se, za što ne vidimo uporište, u odnosu na odredbu čl. 97. ZOO razlikuju dva slučaja: kada je dužnik istodobno i vlasnik nekretnine na kojoj postoji hipoteka radi osiguranja duga i kada dužnik nekretninu proda trećoj osobi tako da dužnik u odnosu na hipotekarnog dužnika ostane osobni dužnik, jer u prvom slučaju ne namiri li dužnik tražbinu, hipotekarni vjerovnik svoje pravo namirenja ostvaruje tužbom kojom zahtijeva isplatu duga, a odluka predstavlja ovršni naslov za ostvarenje prava na namirenje iz nekretnine, a u drugom slučaju hipotekarni vjerovnik tužbu mora podići protiv stjecatelja nekretnine ukoliko želi namiriti tražbinu iz vrijednosti nekretnine. V. GORENC, et al., Komentar, str. 150. U bitnom jednako BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit., str. 936. Naime, za namirenje hipotekarnog vjerovnika iz vrijednosti nekretnine koja je objekt osiguranja irelevantno je, je li vlasnik nekretnine istodobno i osobni ili založni, pa čak i bilo kakav dužnik. Ima li hipotekarni vjerovnik ovršni naslov (za koji će, istina, u slučaju dobrovoljnih ugovornih hipoteka trebati prethodno u parničnom postupku ishoditi pravomoćnu i ovršnu kondemnaciju) iz vrijednosti nekretnine može se namiriti u svakom slučaju bez obzira na postojanje/nepostojanje dužničko-vjerovničkog odnosa s vlasnikom nekretnine. V. čl. 336. i 337. ZV i čl. 77. a. OZ. Ova odredba uređuje poseban slučaj samo kada je u ugovoru o kupoprodaji nekretnine opterećene hipotekom između kupca i prodavatelja ugovoreno i preuzimanje duga, čime je moguće u pitanje dovesti namirenje hipotekarne tražbine, pa utoliko zakonodavac inzistira na pristanku hipotekarnog vjerovnika na ugovor o preuzimanju. Što se tiče eventualnog namirenja hipotekarne tražbine po njezinu dospjeću ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika s obzirom na stvarnopravna i ovršnopravna pravila *de facto* ostaju netaknuta.

³³ GORENC, et al., Komentar, str. 151., Vjerovnik odgovara za *culpa lata*., GORENC, et al., Komentar, str. 152.

³⁴ U starijoj literaturi se smatra da bi eventualni prešutni pristanak bio moguć i dopustiv samo ukoliko između ugovornih strana postoji stalna poslovna veza u pogledu određene robe, što ne može biti slučaj pri otuđenju nekretnina, pa se iz tih razloga postavlja i dodatni uvjet: da vjerovnik u pozivu bude upozoren na posljedice koje bi njegova šutnja imala, VIZNER, B., op. cit., str. 1452. Drugačije o poslovnoj vezi: CIGOJ, S., op. cit., str. 1305., Blagojević i Krulj smatraju da je riječ "o jednom od rijetkih slučajeva u kojima se šutnja stranke smatra odobrenjem, ali se za nastup posljedica odobrenja traži da se vjerovnika upozori da će se njegova šutnja smatrati pristankom. V. BLAGOJEVIĆ, KRULJ, ibidem.

³⁵ Asignant može opozvati ovlaštenje koje je uputom dao asignatu sve dok ovaj ne izjavi asignataru da prihvaća uputu, odnosno dok je ne ispuni (čl. 141/1. ZOO). Smrt/prestanak asignanta, asignata ili asignatara kao i lišenje poslovne sposobnosti nekoga od njih, nema utjecaja na uputu (čl. 142. ZOO).

za iznos dugovane hipotekarne tražbine (s pripadajućim kamatama i troškovima) u kojem slučaju će *rerum natura* asignant biti hipotekarni dužnik/prodavatelj, asignat kupac/vlasnik nekretnine, a asignatar hipotekarni vjerovnik i b) kada kupovina nije smanjena za iznos dugovane hipotekarne tražbine, u kojem slučaju će asignant biti kupac/vlasnik nekretnine, asignat hipotekarni dužnik/prodavatelj, a asignatar hipotekarni vjerovnik. Sklapanje ugovora o asignaciji imat će *ratio* samo ako se ispunjenje ugovori prije dospijeća hipotekarne tražbine.

Asignatar (hipotekarni vjerovnik) stječe pravo zahtijevati od asignata ispunjenje tek kad mu ovaj (neopozivo) izjavi da prihvaća uputu (čl. 131. ZOO). Prihvatom upute između asignatara i asignata nastaje poseban obveznopravni odnos, tzv. *apstraktni* odnos (odnos neovisnosti).³⁶ Asignat je asignataru ovlašten isticati samo one prigovore koji se: a) tiču valjanosti prihvata, b) temelje na sadržaju prihvata/upute te c) odnose osobno prema njemu (čl. 132/2. ZOO). Asignatar ima pravo zahtijevati ispunjenje od asignata u roku od godinu dana, a ako za ispunjenje nije određen rok, zastara počinje teći kad asignat prihvati uputu, odnosno ako ju je on prihvatio prije nego što je dana asignataru onda od dana kad ovome bude dana (čl. 134. ZOO).

Što se tiče odnosa između asignanta i asignatara (tzv. odnos *valute*)³⁷ kvalifikacija tog odnosa, u konkretnom, ovisit će o tom pojavljuje li se kao asignant hipotekarni dužnik koji je asignatarov dužnik ili ulogu asignanta ima kupac/vlasnik nekretnine koji nije asignatarov dužnik.

Ako je asignant hipotekarni dužnik, asignatar (hipotekarni vjerovnik) nije dužan pristati na uputu koju mu je učinio asignant (hipotekarni dužnik) radi ispunjenja svoje obveze, ali ga je dužan o svom odbijanju odmah obavijestiti, inače će mu odgovarati za štetu (čl. 135/1. ZOO). Ako, pak, pristane na uputu dužan je pozvati asignata (kupca/vlasnika nekretnine) ispuniti je (čl. 135/2. ZOO). No, bitno je naglasiti da i kad je asignatar pristao na uputu radi ispunjenja obveze, obveza ne prestaje (ako nije drukčije ugovoreno) pristankom na uputu/prihvatom upute, nego tek ispunjenjem od strane asignata. S tim da asignatar koji je pristao na uputu može zahtijevati od asignanta da mu ispuni ono što mu duguje samo ako nije dobio ispunjenje od asignata u vrijeme određeno u uputi (čl. 136. ZOO).³⁸ U ovom slučaju asignant ne može opozvati ovlaštenje koje je uputom dao asignataru (čl. 139. ZOO).

Ako je asignant kupac/vlasnik nekretnine (dakle osoba koja nije dužnik hipotekarnog vjerovnika), asignatar (hipotekarni vjerovnik) koji se ne želi

³⁶ GORENC, et al., Komentar, str. 185., "Odnos se naziva *apstraktnim* jer između asignata i asignatara, prije prihvata asignacije nije postojao nikakav samostalan prethodan pravni odnos povodom kojeg bi došlo do njihovog međusobnog pristanka na asignaciju, već je taj odnos nastao tek pristankom na asignaciju." Cit. prema VIZNER, B., op. cit., str. 1459.

³⁷ GORENC, et al., Komentar, str. 186., VIZNER, ibidem.

³⁸ Ako asignat ne prihvati uputu ili odbije ispunjenje koje zahtijeva asignatar ili izjavi unaprijed da je neće ispuniti, asignatar je bez odgode dužan o tomu izvijestiti asignanta, inače mu odgovara za štetu (čl. 137. ZOO).

koristiti uputom može od nje odustati, čak i ako je već izjavio da je prihvaća, ali je o tomu dužan bez odgađanja obavijestiti asignanta (čl. 138. ZOO). U ovom slučaju asignant može opozvati ovlaštenje koje je uputom dao asignataru (čl. 139. ZOO).

Uređenje odnosa između asignanta i asignata (tzv. odnos *pokrića*)³⁹ ovisit će o tomu je li asignat dužnik asignanta ili nije. Assignat će biti dužnik asignanta u slučaju kada je kupovna smanjena za iznos dugovane hipotekarne tražbine, pa će se hipotekarni dužnik/prodavatelj pojaviti kao asignant, kupac/vlasnik nekretnine kao asignat, a hipotekarni vjerovnik kao asignatar. Pa i kad je dužnik asignanta, asignat nije dužan prihvatiti uputu, osim ako se na to obvezao. Međutim kada je uputa izdana na temelju njegova duga asignantu dužan ju je ispuniti do iznosa toga duga, ako mu to ni po čemu nije teže od ispunjenja obveze prema asignantu, čime se u istoj mjeri oslobađa svog duga prema asignantu (čl. 140. ZOO). Ako asignat nije dužnik asignanta, (a to će biti u slučaju kada kupovna nije smanjena za iznos dugovane hipotekarne tražbine, kada je asignant kupac/vlasnik nekretnine, asignat hipotekarni dužnik/prodavatelj, a asignatar hipotekarni vjerovnik), asignat nije dužan prihvatiti asignantovu uputu (niti ga se može prisiliti), pa prihvrat ostaje u sferi dragovoljnosti.⁴⁰

3. Položaj kupca nekretnine opterećene hipotekom u stadiju namirenja hipoteke

3.1. Općenito

Dospijecom osigurane tražbine započinje stadij namirenja založnog prava, ako tražbina nije namirena. Založni dužnik može i u ovom stadiju otuđiti založnim pravom opterećenu nekretninu i za to mu nije potreban pristanak hipotekarnog vjerovnika, ako vjerovnik nije radi ostvarenja svog prava na namirenje iz vrijednosti nekretnine pokrenuo postupak prisilnog namirenja. Ipak, ako bi radi otuđenja bilo otežano namirenje založnog vjerovnika i iz toga bi za vjerovnika proizišla šteta, založni dužnik bi odgovarao vjerovniku za prouzročenu štetu i to prema pravilima o odgovornosti za štetu radi povrede ugovorne obveze, dakle s naslova ugovorne odgovornosti za štetu.⁴¹ Sam pravni posao, koji bi doveo do stjecanja prava vlasništva nekretnine od strane kupca/vlasnika, bio bi valjan (naravno, ako su ispunjene i druge pretpostavke koje se

³⁹ GORENC, *ibidem*, VIZNER, *ibidem*.

⁴⁰ GORENC, *et al.*, *Komentar*, str. 194.

⁴¹ Takav bi se slučaj, primjerice mogao dogoditi ako bi u, ranije praznu, nekretninu “novi vlasnik” uselio, dao je u zakup ili najam, pa se vjerovnik u sudskom ovršnom postupku mora izložiti postupcima iseljenja ovršenika, zakupoprimca, najmodavca ili drugih osoba koje ne bi trebao provoditi da se to nije dogodilo. Osobito bi to moglo progredirati, ako je riječ o zakupoprimcima ili najmoprimcima čiji je zakup ili najam upisan u zemljišne knjige prije započinjanja ovršnog postupka.

za to traže), a što se tiče režima hipoteke u zemljišnim knjigama on je jednak kao i u slučaju otuđenja nekretnine opterećene založnim pravom u stadiju osiguranja.

Naravno da se kupac/vlasnik nekretnine stečene u ovom stadiju izlaže vrlo izglednoj prijetnji prisilnog namirenja hipotekarne tražbine iz vrijednosti nekretnine koju je stekao u vlasništvo, ali ako hipotekarni vjerovnik nađe u tomu svoj interes, imao bi na raspolaganju one instrumente obveznog prava koji omogućavaju “oslobađanje” nekretnine od hipoteke, za koje je potreban vjerovnikov pristanak, uz sve posljedice koje obvezno pravo veže uz zakašnjenje dužnika.

3.2. Tzv. “oslobađanje” nekretnine u ovršnom postupku

Kada zalogom osigurana tražbina doprije, hipotekarni je vjerovnik ovlašten radi namirenja tražbine iz vrijednosti nekretnine pokrenuti sudski ovršni postupak i to: ovrhom na nekretnini ili prinudnom upravom (sekvestracijom) nekretnine (zahtijevati da sud odredi prinudnog upravitelja nekretnine ovlaštenog ubirati plodove/koristi od nekretnine pod pretpostavkom da ih je nekretnina sposobna dati te ih polagati u sud radi namirenja hipotekarne tražbine). Kako je sekvestracija u praksi u cijelosti izostala, pozornost će se usmjeriti na postupak prisilnog namirenja hipotekarne tražbine ovrhom na nekretnini.

Nakon što hipotekarni vjerovnik/ovrhovoditelj predloži prisilno namirenje iz vrijednosti nekretnine opterećene hipotekom prijedlogom za ovrhu na nekretnini založni dužnik/ovršnik, u pravilu, nije ovlašten otuđiti nekretninu. Međutim, treba upozoriti na sljedeće slučajeve.

U hrvatskom pravu određivanje ovrhe na nekretnini može se predložiti na temelju ovršne i vjerodostojne isprave. Ako se ovrha zahtijeva prijedlogom za ovrhu na temelju ovršne isprave, ovršni sud prilikom donošenja rješenja o ovrsi *ex offi* određuje i zabilježbu ovrhe. Jedan od pravnih učinaka zabilježbe ovrhe sastoji se u tomu da je ovršeniku/založnom dužniku, nakon zabilježbe ovrhe u zemljišnim knjigama, zabranjeno dobrovoljnim raspoložbama utjecati na stvarnopravni režim nekretnine, pa tako je i otuđiti.

Situacija je nešto drukčija ako je određivanje ovrhe na nekretnini predloženo prijedlogom za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave⁴² pred javnim bilježnikom.⁴³ Naime, ovrha na nekretnini određena rješenjem o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave uvjetne je naravi i pretpostavka je za provedbu te ovrhe

⁴² Iako je za očekivati da hipotekarni vjerovnik ovrhu predloži temeljem ovršnog naslova kojim raspolaže, nije isključena mogućnost (iako, zapravo mala) da to učini i na temelju vjerodostojne isprave. O odnosu stvarnopravnih i hirografernih vjerovnika v. VIZNER, B., Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, [s.n.], 1980., str. 412.-413.

⁴³ Postupak nije isti i treba razlikovati slučaj kada je predložena ovrha na nekretnini prijedlogom za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave od slučaja kada se predlaže provedba ovrhe na nekretnini na temelju rješenja o ovrsi kojim je određena ovrha općenito na imovini/na tražbini po računu kod banke/stalnom novčanom primanju koje je donijeto na temelju prijedloga za ovrhu na temelju

pravomoćnost platnog naloga.^{44,45} Javni bilježnik nije ovlašten odrediti provedbu ovrhe, pa tako niti naložiti zabilježbu ovrhe u zemljišnim knjigama,⁴⁶ čime izostaje i *supra* naveden pravni učinak zabilježbe ovrhe u trenutku kada se donese rješenje o ovrsi na nekretnini na temelju vjerodostojne isprave. Zabilježba ovrhe, naime prva je od provedbenih ovršnih radnji i može je odrediti samo ovršni sud kada odredi/provodi ovrhu⁴⁷ na temelju pravomoćnog i ovršnog platnog naloga. U diskontinuitetu između nastupa trenutka pravomoćnosti i ovršnosti javnobilježničkog rješenja (od samog trenutka donošenja rješenja) i provedbe ovrhe na nekretnini i određivanja zabilježbe ovrhe, praksa je započela s primjenom odredbe čl. 54/3. Pravilnika o unutarnjem ustrojstvu, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova⁴⁸ koja dopušta čuvanje prvenstvenog reda prijedloga kojim je od bilježnika zatraženo donošenje rješenja o ovrsi na nekretnini na temelju vjerodostojne isprave. Upis proveden sukladno čl. 54/3. Zemljišnoknjižnog poslovnika ne priječi upis promjene prava vlasništva nekretnine opterećene hipotekom ako založni dužnik otuđi nekretninu, ali će kupac/vlasnik prilikom stjecanja nekretnine morati imati u vidu učinke koje zemljišnoknjižno pravo veže uz činjenicu upisa prema čl. 54/3. Zemljišnoknjižnog poslovnika.

Kupac koji nekretninu kupuje u ovršnom postupku ima na raspolaganju sljedeće opcije: a) kupovninu može platiti u cijelosti, naravno nakon prethodne provedbe postupka prodaje⁴⁹ (ako udovoljava uvjetima prodaje i ponudi najvišu

vjerodostojne isprave. Iako se u biti provedbi ovrhe u oba slučaja može pristupiti tek nakon pravomoćnosti platnog naloga, postoje određene specifičnosti.

⁴⁴ V. DIKA, M., *Građansko ovršno pravo, I knjiga, Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 455.

⁴⁵ Jelčić smatra da bi se i protiv založnog dužnika koji nije osobni dužnik mogla predložiti ovrha na temelju vjerodostojne isprave, ako je "...u vjerodostojnoj ispravi uz ostale podatke koje ta isprava treba sadržavati, tražbina (u smislu čl. 20/1. OZ) vjerovnika označena kao obveza dužnika da trpi namirenje iz hipotekom opterećene nekretnine." JELČIĆ, O., *Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 3., vol. 44., 2005., str. 61.

⁴⁶ "Javni bilježnik ne postupa po čl. 79. OZ jer se taj članak ne odnosi na postupanje u svezi s rješenjem o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave kojim se određuje ovrha na nekretnini već na postupanje suda prilikom izdavanja rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave. To tim više što je zabilježba ovrhe u zemljišnoj knjizi ovršna radnja, a javni bilježnik nije ovlašten provoditi ovršne radnje već samo donositi rješenje." Hrvatska javnobilježnička komora, Povjerenstvo za stalno stručno usavršavanje, Zbirka zaključaka Upravnog odbora Hrvatske javnobilježničke komore koji se odnose na primjenu propisa i ujednačavanje javnobilježničke prakse, str. 41.-42.

⁴⁷ U literaturi se navodi da bi se "dispozicija o zabilježbi mogla nalaziti već u rješenju o ovrsi ili bi je sud mogao naknadno odrediti posebnim rješenjem.", DIKA, M., *Ovrha na nekretnini u HRVATIN, B., BARBIĆ, J., JOSIPOVIĆ, T., KOKETI, B., MATKO RUŽDJAK, J., DIKA, M., GOJČELA, B., MAJETIĆ, J., BARAC, Z., ANTOLIĆ, A., LONČAR, V., Nekretnine u pravnom prometu*, Zagreb, Inženjerski biro, 1998., str. 123. do 169., str. 143.

⁴⁸ Zemljišnoknjižni poslovnik, Narodne novine, br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02. i 14/05., dalje u tekstu: ZP.

⁴⁹ Iako se najčešće prodaja nekretnine provodi javnom dražbom, nema zapreka da se, ako se steknu pretpostavke iz čl. 92/4. OZ nekretnina ne proda neposrednom pogodbom. U čl. 92/4. OZ

cijenu što sud utvrđuje rješenjem o dosudi) čime u vlasništvo stječe nekretninu “oslobođenu” hipoteka ili b) s hipotekarnim vjerovnikom može se sporazumjeti da hipoteka ostane na nekretnini, a da se za iznos hipotekarne tražbine srazmjerno snizi visina kupovnine (ako ne raspolaže dostatnim sredstvima za plaćanje kupovnine u cijelosti). Zakonodavac, naime dopušta da se najkasnije na ročištu za prodaju hipotekarni vjerovnik i kupac nekretnine sporazume o tomu da hipoteka ostane na nekretnini i nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi pod pretpostavkom da kupac (u cilju sniženja kupovnine) preuzme ovršenikov dug u iznosu koji bi vjerovniku pripao u postupku (nakon diobe kupovnine). Sporazum se sklapa u obliku sudske nagodbe ili javnobilježničke isprave.⁵⁰ Takvom kupcu/vlasniku, sada *de facto* založnom dužniku ostaje da nakon okončanja ovršnog postupka s hipotekarnim vjerovnikom, u skladu sa sporazumom, razriješi dužničko-vjerovnički odnos. Napominje se da će sporazum imati drukčiji sadržaj ovisno o tomu je li riječ o dospjeloj/nedospjeloj hipotekarnoj tražbini.

U vezi s prvim slučajem, kada kupac/vlasnik plati iznos kupovnine u cijelosti, potrebno je kazati da hipotekarne tražbine prodajom nekretnine, u načelu, prestaju, a hipotekarnim vjerovnicima pripada pravo na namirenje iz kupovnine. To pravo pripada i hipotekarnim vjerovnicima čije tražbine do donošenja rješenja o namirenju nisu dospjele, uz određene specifičnosti. Glavnica nedospjele hipotekarne tražbine uz koju su ugovorene kamate, namiruje se u cijelosti primjenom načela vremenskog prioriteta u odgovarajućem isplatnom redu. Uz nju se isplaćuju i kamate, ali obračunate samo do dana donošenja rješenja o namirenju. Ako kamate nisu ugovorene, iznos glavnice/tražbine namirit će se umanjen za zakonske kamate od dana donošenja rješenja o namirenju do dana dospijeca tražbine.⁵¹

Nedospjela povremena primanja osigurana hipotekom namiruju se na izričiti zahtjev vjerovnika, a njihov obračun vrši se na isti način kao i obračun naknade za osobne služnosti (sporazumom kojim se *de facto* kapitaliziraju davanja za određeni period).⁵² Iako zakonodavac ne određuje rok u kojem vjerovnik treba postaviti zahtjev analog. s čl. 117/3. i 106/2. OZ proizlazilo bi da vjerovnik to mora učiniti najkasnije na ročištu za diobu.

Iznos tražbina osiguranih hipotekom koje su vezane uz odgodni/raskidni uvjet izdvajaju se i stavljaju u sudski/javnobilježnički polog i isplaćuju ispunjenjem/izvjesnošću neispunjenja uvjeta. U suprotnom, izdvojeni iznos kupovnine služi za namirenje vjerovnika čije tražbine nisu potpuno/uopće namirene, odnosno predaje se ovršeniku.⁵³

zakonodavac propisuje da se stranke, hipotekarni vjerovnici te ovlaštenici prava osobnih služnosti i stvarnih tereta koji prestaju prodajom nekretnine mogu sporazumjeti najkasnije do prodaje na javnoj dražbi, da se prodaja, u određenom roku, obavi neposrednom pogodbom.

⁵⁰ V. 81/4. OZ.

⁵¹ V. 112. OZ.

⁵² V. 113. OZ.

⁵³ V. 114. OZ.

Ako je u zemljišnim knjigama upisana predbilježba hipoteke za koju se dokaže da je u tijeku postupak za opravdanje/da još nije protekao rok za pokretanje toga postupka, tražbina na koju se predbilježba odnosi namiruje se na način na koji se namiruje tražbina uz odgovni uvjet. Tražbina za koju je u zemljišnoj knjizi upisana zabilježba spora radi brisanja hipoteke ili zabilježba o drugom sporu namiruje se na način na koji se namiruje tražbina uz raskidni uvjet.⁵⁴

4. Položaj kupca/vlasnika nekretnine u processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche⁵⁵

Talijansko pravo poznaje i uređuje poseban postupak u kojem je kupac nekretnine opterećene s jednom/više hipoteka, ovlašten u posebnom sudskom postupku “osloboditi” nekretninu upisanih hipoteka (*processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche*). Odredbe kojima je uređen sam postupak i njegove pretpostavke nalaze se dijelom u CC, u čl. 2889.-2898. (pretežito materijalne naravi), a dijelom u Codice di procedura civile,⁵⁶ u čl. 792.-795 (procesne odredbe).

Materijalnopravno ovlaštenje i osnovna pretpostavka za pokretanje i vođenje postupka sadržana je u čl. 2889/1. CC koji ovlašćuje kupca/vlasnika koji je stekao nekretninu pod hipotekom i “ostvario prijepis svog *titulusa*,” (pod pretpostavkom da nije riječ o osobnom dužniku),^{57,58} da nekretninu (zalog)

⁵⁴ V. 115. OZ.

⁵⁵ U talijanskoj literaturi navodi se da je ovaj institut uspostavljen s intencijom promicanja slobodnog i nesmetanog prometa nekretnina pod hipotekom, budući da omogućava potpuno “oslobodjenje” nekretnine., BATTAGLINI, M., NOVELLI, G., NOVELLI, T., PETITI, S., Codice di procedura civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003., str. 2399.

⁵⁶ R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443. Approvazione del Codice di procedura civile (Suppl. Ord. alla Gazzetta Ufficiale n. 253, del 28 ottobre 1940), dalje: CPC.

⁵⁷ V. CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario, 1984., str. 1988.

⁵⁸ I njemački zakonodavac inzistira na distinkciji glede namirenja hipotekarne tražbine po založnom/osobnom dužniku što je najviše izraženo u režimu namirenja tražbina simultane hipoteke. Predviđena su posebna pravila za slučaj namirenja vjerovnika zajedničke hipoteke od strane založnog dužnika (jednog od više dužnika), pa se tako u §. 1173. *Bürgerliches Gesetzbuch*, (*Bürgerliches Gesetzbuch*, od 8. kolovoza 1896., pročišćeni tekst od 2. siječnja 2002. BGBl. I S. 42, 2909. zadnja izmjena Zakonom od 19. veljače 2007. BGBl. I S. 122., dalje: BGB) određuje da namiri li hipotekarnu tražbinu vlasnik jedne od nekretnina simultane hipoteke, stječe hipoteku na svojem zemljištu. Hipoteka na ostalim nekretninama se gasi, s tim da namirenje vjerovnika od strane vlasnika postoji i onda kada je pravo vjerovnika prenijeto na vlasnika ili kada se tražbina i dug sjedine u osobi vlasnika. Ukoliko vlasnik koji je namirio vjerovnika od vlasnika drugih nekretnina ili njihovih prednika može zahtijevati naknadu, tada na njega prelazi i hipoteka u visini naknade koju može zahtijevati. U §. 1174. BGB uređeno je namirenje po osobnom dužniku. Tako, sukladno §. 1174/1. BGB namiri li osobni dužnik vjerovnika zajedničke hipoteke ili ako se kod zajedničke hipoteke sjedine tražbina i dug u jednoj osobi, hipoteka prelazi na dužnika samo ako dužnik može zahtijevati naknadu od vlasnika jedne nekretnine ili od prednika tog vlasnika, a hipoteka na ostalim nekretninama prestaje.

“oslobodi” svih hipoteka upisanih prije upisa njegova *titulusa* stjecanja prava vlasništva (kupoprodaje).⁵⁹ To mu pravo pripada i nakon ovrhe/prinudne prodaje, ako u prekluzivnom roku od 30 dana postupi na način kako to propisuje odredba čl. 2890. CC (o čemu se govori *infra*).

U postupku *liberazione degli immobili dalle ipoteche* namiruju se (iako na određeni način prisilno) vjerovnici hipoteka koje terete nekretninu, ali po svojoj prirodi taj postupak ipak nije “čisti” ovršni postupak/postupak prisilnog namirenja, premda ima određene elemente ovršnog postupka, osobito u fazi, kada po uloženom zahtjevu/prigovoru hipotekarnog vjerovnika sud postupa primjenjujući ovršna pravila prodajom na javnoj dražbi i namirenjem vjerovnika.

Postupak pokreće kupac/vlasnik koji o svojoj namjeri “oslobađanja” nekretnine od (upisanih) hipoteka notifikacijom izvješćuje prethodnog vlasnika (prodavatelja/založnog dužnika) i vjerovnike hipoteka upisanih na predmetnoj nekretnini.⁶⁰ Istodobno je o svojoj namjeri da “oslobodi” nekretninu kupac/vlasnik dužan “izvijestiti” sud i prijedlogom od ovršnog suda, odnosno od predsjednika suda nadležnog za provedbu ovrhe na nekretnini, tražiti određivanje načina na koji će deponirati kupovninu. O prijedlogu sud odlučuje rješenjem.

Ukoliko u prekluzivnom roku⁶¹ od četrdeset dana od notifikacije prethodnom vlasniku i hipotekarnim vjerovnicima nije stavljen zahtjev za ovrhu/prinudnu prodaju,⁶² kupac je dužan u roku od najdulje šezdeset dana sudu dostaviti potvrdu (dokaz, *certificato del deposito*) o deponiranoj kupovni, ugovor o kupoprodaji nekretnine, izvornik izvatka iz kojeg je razvidno zemljišnoknjižno stanje nekretnine sa svim teretima te izvornik akta kojim je izvršena notifikacija (čl. 792. CPC). Ako su sudu dostavljene sve navedene isprave, sud određuje ročište na koje se osobnom dostavom pozivaju kupac, prethodni vlasnik te

⁵⁹ Uz komentar uz čl. 2889. CC navodi se da će se ovim postupkom obuhvatiti i hipoteke upisane nakon upisa prava vlasništva kupca/vlasnika, ako su upisane prije podnošenja prijedloga za “oslobađanje” od hipoteke. V. CIAN, G., TRABUCCHI, G., *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003., str. 3286.

⁶⁰ Vjerovnici i prethodni vlasnik izvještavaju se na adresu upisana/izabrana prebivališta/boravišta, aktom koji treba sadržavati: a) *titulus*, s nadnevkom istog i nadnevkom upisa, b) opis i stanje nekretnine s identifikacijskim podacima (koji proizlaze iz *titulusa*) te visinu ugovorene kupoprodajne cijene/vrijednost (ako je riječ o besplatnom pravnom poslu/ako cijena nije određena-vrijednost koju sam odredi) koja ne smije biti niža od one koja je utvrđena kao osnovna prema odredbama CPC za slučaj izvlaštenja (čl. 2890/1. CC).

⁶¹ V. čl. 2892. CC.

⁶² Prema čl. 2891. CC unutar roka od 40 dana od primljene obavijesti vjerovnici imaju pravo tražiti ovrhu/prinudnu prodaju nekretnine zahtjevom/prigovorom predsjedniku nadležnog suda sukladno odredbama CPC uz pretpostavke (čiji je izostanak sankcioniran ništetnošću) da: a) je zahtjev dostavljen kupcu/prethodnom vlasniku, b) sadrži izjavu podnositelja zahtjeva da se cijena/vrijednost uvećaju za 1/10, c) sadrži ponudu o pologu jednakom 1/5 uvećanja cijene/vrijednosti u odnosu na pod b) te d) da su izvornik i preslika zahtjeva potpisani od podnositelja zahtjeva/njegova specijalna punomoćnika. V. CIAN, G., TRABUCCHI, G., *Commentario*, 1984., str. 1889., (čl. 2890. CC). Ukoliko zahtjev nije postavljen na način i u rokovima određenim čl. 2891. CC, kao cijena/vrijednost nekretnine uzima se ona određena u skladu s čl. 2890/3. CC (čl. 2893. CC).

založni vjerovnici (čl. 793. CPC). Na ročištu, ako nema prigovora/zahtjeva, a posebice onih koji bi išli za nepravilnim postupanjem ili u odnosu na iznos deponirane kupovnine, sud donosi rješenje kojim odlučuje po prijedlogu za “oslobađanje” nekretnine od upisanih hipoteka, određuje brisanje hipoteka osnovanih do trenutka kada je kupac stavio prijedlog te odlučuje o diobi kupovnine među hipotekarnim vjerovnicima sukladno čl. 596. CPC (čl. 794. CPC). “Oslobađanje” nekretnine od hipoteke time je (nakon što je položena cijena⁶³ i nakon što su poduzete radnje predviđene CPC-om) provedeno (čl. 2893/2. CC).⁶⁴

Međutim, ako bi takav zahtjev/prigovor bio uložen, sudac, pod uvjetom da su za to ispunjene zakonom predviđene pretpostavke, donosi rješenje u kojem će se odrediti da će se postupak nastaviti sukladno čl. 567. CPC, a da se prodaja može obaviti samo javnom dražbom u skladu s čl. 576. CPC i dalje. Pri tomu odustanak vjerovnika koji je postavio zahtjev/prigovor za ovrhu/prinudnu prodaju ne sprječava provedbu iste, osim ako se s time izrijeком ne slože ostali vjerovnici (čl. 2895. CC).

Javna dražba otvara se s najnižom onom cijenom koju je odredio hipotekarni vjerovnik koji je uložio zahtjev/prigovor. Ukoliko na javnoj dražbi nekretninu stekne kupac, odluka o prijenosu prava vlasništva upisuje se na margini upisa isprave o kupnji (čl. 2896. CC), a kupac za slučaj naknade razlike, koja prelazi ugovorenu cijenu u ugovoru o prodaji ima pravo regresa od prodavatelja (čl. 2897. CC). Od ostvarene kupovnine namiruju se, pored hipotekarnih vjerovnika i vjerovnici privilegija, ali i vjerovnici kupca (čl. 795. CPC).

5. Zaključak

Poređujući talijanskim propisima predviđen *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche* s instrumentima koji u hrvatskom pravu stoje na raspolaganju kupcu/vlasniku nekretnine opterećene hipotekom za slučaj ako nekretninu želi “osloboditi” hipoteke može se uočiti kako slijedi.

Processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche postupak je koji omogućuje koncentrirano i efikasno, uz sudjelovanje sudske vlasti kao jamstva ravnopravnosti načela zaštite dužnika/ovršenika i načela zaštite vjerovnika/ovrhovoditelja, vodeći računa o nositeljima knjižnih prava i njihovim interesima, razriješiti založnopravni status nekretnine i postići da kupac nekretninu stekne bez tereta (hipoteke). Postupak nije pretjerano složen posebice ukoliko ima karakter nespornog i dobrim je dijelom oslonjen na inicijativu stranaka (kupca, hipotekarnog vjerovnika) što je korisno i čime se postiže angažirati sudski aparat u “čisto” sudskom dijelu postupka. Prekluzivnost rokova osigurava brzo

⁶³ Ukoliko kupac/vlasnik ne položi cijenu u roku određenom čl. 792. CPC, prijedlog za “oslobađanje” nekretnine od hipoteke ostaje bez učinka, izuzev odgovornosti za štete vjerovnicima (čl. 2895. CC).

⁶⁴ Tako i čl. 1900. CC.

odvijanje postupka i jamac je učinkovitosti. Naglasak na formalnoj urednosti akta o notifikaciji i zahtjeva/prigovora hipotekarnog vjerovnika (pod prijetnjom ništetnosti) dodatno je u službi navedenih načela, osigurava procesnu disciplinu i pridonosi ravnopravnosti stranaka u postupku (odredbe o dostavi).

Sve to doprinosi i bržem odvijanju pravnog prometa nekretnina koji dodatno omogućuje mobiliziranje dužnikove nepokretne imovine u službi osiguranja tražbina, što posljedično, u razumnim okvirima, doprinosi bržem gospodarskom razvoju.

Navedeno, predstavlja razloge da se moguće o sličnom rješenju, razmisli i u našem pravu.

Pravni izvori

1. Bürgerliches Gesetzbuch, od 8. kolovoza 1896., pročišćeni tekst od 2. siječnja 2002. BGBl. I S. 42, 2909. zadnja izmjena Zakonom od 19. veljače 2007. BGBl. I S. 122.
2. Codice civile: R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice civile (pubblicato nella edizione straordinaria della *Gazzetta Ufficiale* n. 79, del 4 aprile 1942).
3. Codice di procedura civile: R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443. Approvazione del Codice di procedura civile (Suppl. Ord. alla *Gazzetta Ufficiale* n. 253, del 28 ottobre 1940).
4. Ovršni zakon, Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05., 121/05. i 67/08.
5. Stvarnopravni zakonik Slovenije, Uradni list RS, br. 87/02.
6. Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, Službeni list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 45/89. i 57/89., Službeni list SRJ, br. 31/93. i Službeni list SCG, br. 1/03.
7. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05. i 41/08.
8. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06. i 146/08.
9. Zemljišnoknjižni poslovnik, Narodne novine, br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02. i 14/05.

Literatura

1. BATTAGLINI, M., NOVELLI, G., NOVELLI, T., PETITI, S., Codice di procedura civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003.
2. BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, 1980.
3. CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario breve al Codice Civile, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1984.
4. CIAN, G., TRABUCCHI, G., Commentario breve al Codice Civile, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003.
5. CIGOJ, S., Komentar obligacijskih razmerij, Knjiga II., Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984.

6. ČESIĆ, Z., GORENC, V., KAČER, H., MOMČINOVIĆ, H., PAVIĆ, D., PERKUŠIĆ, A., PEŠUTIĆ, A., SLAKOPER, Z., VIDOVIĆ, A., VUKMIR, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005.
7. DIKA, M., Ovrha na nekretnini u HRVATIN, B., BARBIĆ, J., JOSIPOVIĆ, T., KOKETI, B., MATKO RUŽDJAK, J., DIKA, M., GOJČELA, B., MAJETIĆ, J., BARAC, Z., ANTOLIĆ, A., LONČAR, V., Nekretnine u pravnom prometu, Zagreb, Inženjerski biro, 1998., str. 123. do 169.
8. DIKA, M., Građansko ovršno pravo, I knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2007.
9. GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak II., Zagreb, 2007.
20. JELČIĆ, O., Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini, Pravo u gospodarstvu, 2005., vol. 44., br. 3., str. 52.-79.
11. KERESTEŠ, T., u TRATNIK, M., RIJAVEC, V., KERESTEŠ, T., VRENČUR, R., Stvarnopravna zavarovanja, Iars, Maribor, 2001.
12. KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2008.
13. RAŠOVIĆ, Z. P., Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Univerzitet Crne gore, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2007.
14. VIZNER, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga II., Zagreb, [s.n.], 1978.-1979.
15. VIZNER, B., Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, [s.n.], 1980.

Summary

LEGAL POSITION OF A REAL PROPERTY OWNER/BUYER IN THE MORTGAGE REGIME

Being motivated with the Italian legal regulations governing the so-called institute of *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche*, the author in the article analyses possibilities at disposal of the real property owner/buyer in mortgage regime governed by Croatian positive legislation to “liberate” the real property from effects of the law of pledge, i.e. from the mortgage. The instruments which are available to the owner/buyer of a real property under the mortgage have been presented through the phase of securing the law of pledge and the phase of its settlement. Furthermore, the institutes have been compared with the Italian positive legal regulations to verify whether it would be useful to implement the institute of *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche* in domestic legislation.

Key words: *mortgage, forceful settlement, processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche.*

Riassunto

POSIZIONE GIURIDICA DELL'ACQUIRENTE/ PROPRIETARIO DI IMMOBILE SOTTOPOSTO AD IPOTECA

L'autore, stimolato dalla disciplina italiana che prevede il *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche*, analizza in che modo nel diritto positivo croato l'acquirente/proprietario di immobile sottoposto ad ipoteca può “liberare” l'immobile dagli effetti del diritto di garanzia, ossia dall'ipoteca. Si indicano gli strumenti che a tale fine l'acquirente/proprietario dell'immobile gravato da ipoteca ha a disposizione nella fase della garanzia e del soddisfacimento del privilegio, come pure si confrontano con la disciplina del diritto positivo italiano, al fine di sapere se potrebbe esser utile introdurre il *processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche* anche nel diritto interno.

Parole chiave: *ipoteca, soddisfacimento forzato, processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche.*

ZAKON O POSREDOVANJU PRI ZAPOŠLJAVANJU I PRAVIMA ZA VRIJEME NEZAPOSLENOSTI

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.56(497.5)(094)
331.108.3(497.5)(094)
Ur.: 23. veljače 2009.
Pr.: 5. ožujka 2009.
Stručni članak

Hrvatski sabor je na sjednici 2. srpnja 2008. godine donio Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti. Zakonom se uređuje posredovanje pri zapošljavanju, profesionalna usmjerenja, obrazovanje u cilju povećanja zapošljavanja radne snage, osiguranje za slučaj nezaposlenosti, aktivno djelovanje na tržištu rada u cilju promicanja prostorne i profesionalne pokretljivosti radne snage te novog zapošljavanja i samozapošljavanja, izvori sredstava za djelatnosti Hrvatskog zavoda za zapošljavanje te ustroj, upravljanje i obavljanje djelatnosti Zavoda. Osiguranje za slučaj nezaposlenosti je jedina djelatnost koju obavlja sam. Hrvatski zavod za zapošljavanje, pored drugih djelatnosti po ovom Zakonu. Sve ostale djelatnosti mogu obavljati svi drugi subjekti "za nezaposlene osobe i osobe tražitelje zaposlenja, poslodavac i druge osobe koje traže informacije i savjete o uvjetima i mogućnostima zapošljavanja".

Nužno je istaknuti da Hrvatski zavod za zapošljavanje gubi monopol u posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti. Zakon stupa na snagu 1. siječnja 2009. godine, osim članka 8. ("Državljeni država članica Europskoga prostora i pravima i dužnostima utvrđenim ovim Zakonom izjednačeni su s hrvatskim državljanima"), koji stupa na snagu na dan prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju.

Ključne riječi: *Zakon, posredovanje pri zapošljavanju, prava za vrijeme nezaposlenosti, nezaposlena osoba.*

1. Uvod

Godine 2009., 1. siječnja, započinje primjena Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (u nastavku: Zakon).¹ To se odnosi na sve odredbe Zakona (čl. 1.-79.) izuzev odredbe čl. 8. (“Državljeni država članica Europskoga ekonomskog prostora u pravima i dužnostima utvrđenim ovim Zakonom izjednačeni su s hrvatskim državljanima”) koji stupa na snagu na dan prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju.² Stupanjem na snagu ovoga Zakona, prestaje važiti Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (NN, br. 32/02., 86/02., 114/03. i 151/03.).³

Zakon uređuje sljedeće djelatnosti i odnose: posredovanje pri zapošljavanju, profesionalno usmjeravanje, obrazovanje u cilju povećanja zapošljavanja radne snage, osiguranje za slučaj nezaposlenosti, aktivno djelovanje na tržištu rada u cilju poticanja prostorne i profesionalne pokretljivosti radne snage te novog zapošljavanja i samozapošljavanja, izvore sredstava za djelatnosti Hrvatskog zavoda za zapošljavanje (u daljnjem tekstu: Zavod) te ustroj, upravljanje i obavljanje djelatnosti Zavoda. Sve navedene djelatnosti “obavljaju se za nezaposlene osobe i ostale tražitelje zaposlenja, poslodavce i druge osobe koje traže informacije i savjete o uvjetima i mogućnostima zapošljavanja”.⁴

U pravnim odnosima posredovanja pri zapošljavanju javljaju se aktivni i pasivni subjekti. Aktivni subjekti ovih odnosa su: Hrvatski zavod za zapošljavanje (Zavod), trgovačka društva (kao pravne osobe), uz ograničenje da pored djelatnosti posredovanja pri zapošljavanju mogu obavljati “samo djelatnosti istraživanja i ispitivanja javnog mnijenja” (kao i fizičke osobe) koje su subjekti u posredovanju u zapošljavanju i koje tu djelatnost obavljaju “kao samostalnu djelatnost”.

Zakon iznimno priznaje taj subjektivitet srednjoškolskim ustanovama koje “mogu obavljati samo poslove posredovanja za povremeni rad redovitih učenika u zemlji”. Pasivni subjekti su: nezaposlene osobe i ostali tražitelji zaposlenja, poslodavci i druge osobe koje traže informacije i savjete o uvjetima i mogućnostima zapošljavanja. Aktivni subjekti se razlikuju. Zavod i dalje ima primat i “sve ovlasti” za djelatnosti “u skladu s ovim Zakonom i drugim propisima”, a drugi (trgovačka društva i fizičke osobe) uz djelatnosti posredovanja pri zapošljavanju “mogu obavljati samo djelatnosti istraživanja tržišta i ispitivanja javnog mnijenja”. Upućuje se, sasvim opravdano, na specijalizaciju tih subjekata u obavljanju djelatnosti posredovanja pri zapošljavanju i drugih u vezi s tim.⁵

¹ Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, NN, br. 80/08. (čl. 79.).

² Isto, cit., čl. 79.

³ Isto, cit., čl. 79.

⁴ Isto, cit., čl. 1. i 12.

⁵ Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03. i 107/07. Zakon o sudskom registru, NN, br. 1/95., 57/96., 1/98., 30/99., 45/99., 54/05. i 40/07.; Zakon o

“Odredbe ovog Zakona ne primjenjuju se na posredovanje pri zapošljavanju pomoraca koje je uređeno posebnim propisima”.⁶

Obavljanje djelatnosti posredovanja pri zapošljavanju za tražitelje zaposlenja je bez naknade. Aktivni subjekti djeluju “nepriistrano u odnosu na tražitelje zaposlenja i poslodavce”. Pravna i fizička osoba (osim Zavoda) koje obavljaju djelatnosti posredovanja pri zapošljavanju “dužne su podatke iz evidencije koju vode dostaviti ministarstvu nadležnom za rad”. Ovi subjekti mogu obavljati djelatnosti posredovanja pri zapošljavanju u inozemstvu, a “dužni su ih obavljati u suradnji s nadležnim tijelima pojedinih zemalja”.

Zakon propisuje posebne obveze aktivnih subjekata kada posreduju u zapošljavanju u inozemstvu: “izvijestiti osobe za koje posreduju o uvjetima života i rada, pravima i obvezama po osnovi rada i drugim bitnim elementima zakonitosti rada i radnim uvjetima”; “snose odgovornost prema osobama za koje su posredovale u inozemstvu za zakonitost njihovog zapošljavanja i rada sukladno zakonodavstvu zemlje u koju posreduju, te snose troškove prijevremenog povratka osobe za koju su posredovali ukoliko je isti uzrokom nezakonitim zapošljavanjem ili radom, a odgovaraju i za eventualnu štetu koju bi osoba mogla pretrpjeti zbog pogrešnih informacija o bitnim elementima uvjeta života i rada”.⁷

Posebno je zahtjevna “difuzna” odredba čl. 4. st. 4. Zakona koja izaziva dvojbu u primjeni i nedorečene terete navedenim aktivnim subjektima koji su dužni “pružiti osobama za koje su posredovale u inozemstvu SVU potrebnu pomoć u ostvarivanju njihovih prava po osnovu rada nakon povratka s rada u inozemstvu”.

Ostale odredbe Zakona rezultat su “predpristupnih aktivnosti Republike Hrvatske za pristupanje u punopravno članstvo u Europsku uniju” i “završne analitičke ocjene usklađenosti nacionalnog zakonodavstva s obvezujućom pravnom stečevinom na područjima ...“sloboda kretanja radnika” i “socijalna politika i zapošljavanje” i usklađenosti sa: Direktivom Vijeća 97/81/EZ od 15. prosinca 1997., okvirnim sporazumom o radu sa skraćenim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC (OJ, L 014, 20. 01.1998., p. 0009-0014) i Direktivom 2004/38 EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. travnja 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih obitelji o slobodi kretanja i boravka na teritoriju države članice, kojom se vrši izmjena i dopuna Uredbe (EEZ) broj 1612/68 i ukidanju Direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ (tekst važan za EGP), (OJ, L 158, 30.4.2004., p. 0077 – 0123).⁸

nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti, NN, br. 98/94.; Odluka o Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti 2007., NN, br. 80/07.; Samostalna djelatnost uređena je Zakonom o obrtu i propisima o samostalnoj djelatnosti (ugostitelji, liječnici u socijalnoj skrbi, športu, veterinarstvu i dr.).

⁶ Zakon, cit., čl. 3. st. 7.; Pravilnik o posredovanju pri zapošljavanju pomoraca, NN, br. 120/07.

⁷ Zakon, cit., čl. 4.

⁸ Iz obrazloženja Prijedloga Zakona, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Zagreb, sibanj 2008., str. 2.

2. Uvjeti za obavljanje djelatnosti u vezi sa zapošljavanjem

Zakon je odredio aktivne subjekte za obavljanje djelatnosti u vezi sa zapošljavanjem. To je Hrvatski zavod za zapošljavanje kao javna ustanova osnovana ovim Zakonom i s propisanim uvjetima. Ostali aktivni subjekti (fizičke i pravne osobe) koji obavljaju djelatnosti u vezi sa zapošljavanjem moraju prethodno ispuniti uvjete, koje će posebnim pravilnikom propisati ministar nadležan za rad.

Zakon je u čl. 5. za njih propisao sljedeće uvjete:

- prije upisa u odgovarajući registar imaju dozvolu ministra nadležnog za rad i
- ispunjavaju kadrovske, organizacijske, prostorne, tehničke i ostale propisane uvjete za obavljanje tih djelatnosti.

Zakon je te uvjete morao preciznije regulirati, a ne to ostavljati nadležnom ministru, jer prevedenim (podzakonskim) aktom ne mogu se mijenjati niti dopunjavati uvjeti propisani zakonom, ali nužno je što detaljnije utvrditi način obavljanja ovih djelatnosti. U st. 2. čl. 5. navodi se da će ministar propisati “posebne uvjete”, što omogućava narušavanje koncepcije ovoga Zakona o subjektima koji obavljaju posredovanje u zapošljavanju.

Svi subjekti koji dobiju suglasnost ministarstva nadležnog za rad obvezni su izvješćivati o svojim evidencijama. Podaci se dostavljaju ministarstvu nadležnom za rad, na način i u rokovima koje će posebnim pravilnikom propisati nadležni ministar.⁹

3. Osiguranje za slučaj nezaposlenosti

Nezaposleni pojedinac je osoba koja se nalazi u stanju socijalne nužde, pogođena je socijalnim slučajem i iz toga stanja sam ne može izaći bez pomoći Hrvatskog zavoda za zapošljavanje (u ovom slučaju socijalno – pravnog organa, bez obzira na tržište i druga određenja za tu ustanovu). Nezaposlenost je i socijalni problem, posebnog sadržaja i karakteristika.

Svi radnici u radnom odnosu obvezno su osigurani za slučaj (rizik) nezaposlenosti. Osiguranje se provodi po načelu solidarnosti, kao jednom od temeljnih načela socijalne sigurnosti i socijalnog osiguranja.

Na temelju toga (obveznoga) osiguranja za slučaj nezaposlenosti, nezaposlene osobe (po načelu solidarnosti), ostvaruju prava na: 1) novčanu naknadu; 2) mirovinsko osiguranje; 3) novčanu pomoć i naknadu troškova za vrijeme obrazovanja i 4) jednokratnu novčanu pomoć i naknadu putnih i selidbenih troškova.¹⁰

⁹ Zakon, cit., čl. 5. st. 2. i čl. 3. st. 6., Pravilnik o obavljanju djelatnosti u svezi sa zapošljavanjem izvan Hrvatskog zavoda za zapošljavanje, NN, br. 96/02. i 159/04.

¹⁰ Zakon, cit., čl. 6. i 7. Materijalnopravna zaštita nezaposlenih osoba sastavni je dio sustava socijalne sigurnosti. Ukupan broj zaposlenih povećava se s 1.341,000 u 2000. godini na 1.517,000

4. Evidencija nezaposlenih osoba i ostalih tražitelja zaposlenja

Zakonom je uređena jedinstvena evidencija nezaposlenih osoba i drugih tražitelja zaposlenja. Propisani su razlozi zbog kojih se prestaje voditi evidencija o nezaposlenoj osobi.

“Evidenciju nezaposlenih osoba vodi Zavod na osnovi prijave nezaposlene osobe”. Titular prava je samo nezaposlena osoba. Prijava nezaposlene osobe je temelj za vođenje propisanih evidencija, a “nezaposlena osoba prijavljuje se i evidentira u Zavodu prema mjestu prebivališta, odnosno uobičajenog boravišta”. “Podatke o nezaposlenim osobama i ostalim tražiteljima zaposlenja vodi Zavod na propisanim obrascima i u elektroničkom obliku. Upravno vijeće Zavoda donijet će provedbeni propis o načinu prijavljivanja i vođenja evidencija za nezaposlene osobe, ostale tražitelje zaposlenja i druge osobe koje koriste usluge Zavoda, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno.”¹¹

5. Nezaposlene osobe i ostali tražitelji zaposlenja

Nezaposlenom osobom u smislu ovog Zakona, smatra se osoba koja ispunjava (kumulativno) uvjete propisane Zakonom: “osoba sposobna ili djelomično sposobna za rad, u dobi od 15 do 65 godina, koja nije u radnom odnosu, aktivno traži posao i raspoloživa je za rad” te (sada se dodaju drugi uvjeti): neostvarivanje mjesečnog primitka, nepostojanje registriranog trgovačkog društva ili udjela u njima, neregistriran obrt, slobodno zanimanje i sl., nekorištenje mirovine izuzev u slučaju profesionalne nesposobnosti za rad, bez svojstva redovitog učenika ili studenta.¹²

Za utvrđivanje dodatnih uvjeta imaju se primijeniti odgovarajući (u pravilu posebni) propisi.¹³

Ostali tražitelji zaposlenja koji se ne smatraju nezaposlenima u smislu odredbi čl. 10. Zakona su osobe koje se Zavodu javljaju “radi promjene

u 2007. godini (više 176.000 ili 13,1%). Broj nezaposlenih smanjio se s 358.000 na 265.000 tijekom istog razdoblja, dakle za 93.000 odnosno 26%. Stopa zaposlenosti stanovnika u dobi od 15 do 64 godine povećala se s 51,4% u 2000. godini na gotovo 57% u 2007. godini. Istodobno, stopa nezaposlenosti smanjila se sa 16% na manje od 10%, s tendencijama daljnjeg opadanja. Dugotrajna nezaposlenost (dulje od jedne godine) u 2007. iznosila je 58,6%, a povezana je s nižom razinom obrazovanosti i s višom životnom dobi (vidi poz. bilj. br. 8., str. 4.).

¹¹ Zakon, cit., čl. 9., 12., 16. i 20. Vidi Pravilnik o načinu prijavljivanja i vođenju evidencija Hrvatskog zavoda za zapošljavanje, NN, br. 57/06.

¹² Zakon, cit., čl. 10. st. 1. t. 1. do 8.

¹³ Zakon o porezu na dohodak, NN, br. 177/04. i 73/08.; Pravilnik o samostalnim djelatnostima koje se mogu paušalno oporezivati te načinu utvrđivanja i oporezivanja paušalnog dohotka, NN, br. 90/03.; Zakon o trgovačkim društvima, NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03. i 107/07.; Zakon o obrtu, NN, br. 77/93., 90/96., 102/98., 64/01., 71/01., 49/03., 68/07. i 79/07.; Zakon o mirovinskom osiguranju, NN, br. 102/98., 71/99., 127/00., 59/01., 109/01., 147/02., 117/03., 30/04., 177/04., 92/05., 43/07., 79/07. i 35/08.; Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, NN, br. 123/03. i 46/07.; Zakon o srednjem školstvu, NN, br. 19/92., 69/03. i 81/05.

zaposlenja, odnosno radi posredovanja, bez obveza redovitog javljanja”, a mogu mu se “radi savjetovanja i informiranja ... javiti i druge osobe koje koriste usluge Zavoda”.

“Zavodu se može prijaviti azilant, stranac pod supsidijarnom, odnosno privremenom zaštitom u Republici Hrvatskoj koji je u pravima i dužnostima utvrđenim ovim Zakonom izjednačen s hrvatskim državljaninom...”. Ove osobe prijavljuju se i evidentiraju u Zavodu “prema mjestu boravka, odnosno adresi stanovanja”, a prestaju se voditi “u evidenciji Zavoda po prestanku supsidijarne odnosno privremene zaštite”.

Osoba – stranac može se prijaviti Zavodu radi ostvarivanja prava na novčanu naknadu ako mu je bez njegove krivnje prestao radni odnos “ili uz pristanak ako ima odobren privremeni boravak u Republici Hrvatskoj”.¹⁴

5.1. Obveze nezaposlenih i drugih osoba

Zakon propisuje obvezu nezaposlenoj osobi aktivno traženje posla (da se redovito mjesečno javlja Zavodu, izrađuje i provodi profesionalni plan traženja posla, podnosi molbe poslodavcima “i daje oglase i javlja se na oglase i natječaje”), a smatrat će se da je raspoloživa za rad “ako se odaziva na svaki poziv Zavoda radi pripreme za zapošljavanje i zaposlenja”, sve u skladu s provedbenim propisom ministra nadležnog za rad o načinu provođenja tih aktivnosti.¹⁵

“Upravno vijeće Zavoda donijet će provedbeni propis o načinu prijavljivanja i vođenju evidencije za nezaposlene osobe, ostale tražitelje zaposlenja i druge osobe koje koriste usluge Zavoda...”¹⁶

Zakon utvrđuje slučajeve kada “Zavod prestaje voditi osobu kao nezaposlenu u evidenciji...”. “Ministar nadležan za rad pravilnikom će propisati što se smatra odgovarajućim smještajem...” ako nezaposlene osobe odbiju posao “izvan mjesta prebivališta ili uobičajenog boravišta bez obzira na udaljenost pod uvjetom da je osiguran odgovarajući smještaj osim ako odbije zaposlenje iz razloga što poslodavac redovito ne ispunjava obveze prema radnicima”.¹⁷

Zakon propisuje slučajeve kada Zavod prestaje voditi u evidenciji nezaposlene i ostale tražitelje zaposlenja, te rokove ponovnog evidentiranja.¹⁸

¹⁴ Zakon, cit., čl. 13., 14. i 15.

¹⁵ Zakon, cit., čl. 11.

¹⁶ Isto, čl. 20.

¹⁷ Isto, čl. 17. st. 2. t. 3. i st. 5.

¹⁸ Isto, čl. 18. i 19.

6. Priprema za zapošljavanje i posredovanje pri zapošljavanju

Zakon utvrđuje postupak suradnje Zavoda i nezaposlene osobe. Temeljni akt je “profesionalni plan nezaposlene osobe”, uz obrazovni program i akcijske planove zapošljavanja.¹⁹

Priprema za zapošljavanje uključuje: profesionalno usmjeravanje, upoznavanje metoda i tehnika aktivnog traženja posla; obrazovanje za zapošljavanje i profesionalnu rehabilitaciju. Zakon utvrđuje pojam i sadržaj svakog od tih oblika.²⁰

Posredovanje pri zapošljavanju “je skup aktivnosti koji obuhvaća stručni odabir, predselekciju i selekciju nezaposlenih osoba i ostalih tražitelja zaposlenja iz evidencije Zavoda, a prema utvrđenim potrebama poslodavca”, u čemu Zavod djeluje “nepistrano” u odnosu na nezaposlene osobe i na poslodavce.

Riječ je o profesionalnom odabiru onih “čije stručne i druge radne sposobnosti najbolje odgovaraju potrebama poslodavca”. Profesionalni odabir su stručne metode i tehnike ispitivanja psihofizičke sposobnosti, sklonosti te zdravstvenog stanja.

“Poslodavac može potrebu za radnikom dostaviti osobno, poštom, elektroničkom poštom ili na drugi način”, a Zavod ga u roku od 5 dana obavještava o poduzetom.

Posebno je pitanje posredovanja u inozemstvu.²¹

Godišnjim planovima za poticaj zapošljavanja utvrđuju se mjere usmjerene na razvoj poduzetništva kroz sufinanciranje troška osnivanja novih zadruga, otvaranje novih obrta, subvencioniranje kamata na poduzetničke kredite, samozapošljavanje, kreditiranje poduzetništva u određenim djelatnostima i druga (financiranje obrazovanja dugotrajno nezaposlenih osoba, osoba niže razine obrazovanja i mladih osoba koje su prekinule školovanje, sufinanciranje zapošljavanja osoba s invaliditetom, osoba s faktorom otežane zapošljivosti, nezaposlenih samohranih roditelja malodobne djece, nezaposlenih hrvatskih branitelja).²²

7. Aktivna politika u zapošljavanju

Zakon uređuje osnovu aktivne politike zapošljavanja koju predstavljaju nacionalni akcijski planovi zapošljavanja koje donosi Vlada Republike Hrvatske. Na temelju tih dokumenata “Zavod i druge nadležne pravne osobe provode mjere za poticaj zapošljavanja... Za te mjere Vlada osniva povjerenstvo

¹⁹ Isto, čl. 21., 25. i 34.

²⁰ Isto, čl. 22., 23., 24., 25. i 26.

²¹ Isto, čl. 27., 28., 29., 30., 31., 32. i 33.; Vidi Zakon o državnim potporama, NN, br. 140/05., i Uredbu o državnim potporama, NN, br. 121/03.

²² Zakon o obrazovanju odraslih, NN, br. 17/07.; Zakon o osnivanju Agencije za mobilnost i EU program, NN, br. 107/07.

sastavljeno od socijalnih partnera, nadležnih ministarstava i ostalih interesnih skupina koje djeluju na tržištu rada”.

Zavod donosi program mjera za poticanje zapošljavanja (otvaranje novih radnih mjesta, prilagodbu radnih mjesta, samozapošljavanje, prostorne i profesionalne pokretljivosti, obrazovanje nezaposlenih osoba za potrebe tržišta rada), a Upravno vijeće utvrđuje uvjete i način korištenja sredstava.²³

8. Prava za vrijeme nezaposlenosti

U odredbama ove glave uređena su pitanja: novčane naknade, mirovinsko osiguranje, novčana pomoć i naknada troškova za vrijeme obrazovanja, jednokratna novčana pomoć i naknada putnih i selidbenih troškova i pravo na novčanu naknadu osoba koje su bile zaposlene u inozemstvu.

8.1. Novčane naknade

Novčana naknada je socijalna prestacija u novcu na koju ima pravo nezaposlena osoba “koja u trenutku prestanka radnog odnosa ima najmanje 9 mjeseci rada u posljednja 24 mjeseca”.

Vrijeme provedeno na radu “smatra se vrijeme obveznog osiguranja po propisima o mirovinskom osiguranju ostvareno na temelju radnog odnosa u RH i vrijeme koje je radnik proveo na bolovanju, odnosno roditeljskom, posvojiteljskom ili skrbničkom dopustu nakon prestanka radnog odnosa, odnosno službe, ako je za to vrijeme primao naknadu plaće prema propisima o zdravstvenom osiguranju”.²⁴

Drugi uvjet za ostvarivanje prava na novčanu naknadu je prijavljivanje **nezaposlene osobe** (titulara prava) i podnošenje **zahtjeva** “u roku od 30 dana od prestanka radnog odnosa, prestanka bolovanja, odnosno roditeljskog, posvojiteljskog ili skrbničkog dopusta nakon prestanka radnog odnosa”, a ako postoji opravdani razlog propuštanja roka onda “u roku od osam dana od dana prestanka razloga..., a najkasnije 60 dana od propuštenog roka”.²⁵

Zakon određuje kada nezaposlena osoba nema pravo na novčanu naknadu, bez obzira što je zahtjev podnijela u objektivnom (30 dana), subjektivnom (8 dana od propuštanja roka) i prekluzivnom roku (60 dana od propuštanja roka).

Nezaposlena osoba nema pravo na novčanu naknadu ako je radni odnos prestao: otkazom radnika (“osim u slučaju izvanrednog otkaza ugovora o radu uzrokovanog ponašanjem poslodavca”), pismenim sporazumom o prestanku radnog odnosa (ako radni odnos nije prestao zbog premještanja bračnog druga,

²³ Zakon, cit., čl. 34., 35. i 36. Ugovorom između Zavoda i korisnika utvrđuju se posebni uvjeti i način korištenja sredstava.

²⁴ Zakon, cit., čl. 37.

²⁵ Zakon, cit., čl. 38. Odredba o načinu stjecanja i utvrđivanja prava usklađena je s Direktivom Vijeća 97/81/EZ od 15.12.1997. o okviru Sporazuma o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC. Izjednačeno je puno i nepuno radno vrijeme.

odnosno izvanbračnog druga u drugo mjesto prebivališta u skladu s posebnim propisima ili promjene mjesta prebivališta iz zdravstvenih razloga), zbog negativno ocjenjenog probnog ili pripravničkog staža i stručnog ispita “koji je posebnim propisom utvrđen kao uvjet za nastavak rada”, zbog otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika, te izvanrednog otkaza zbog teške povrede radne, odnosno službene dužnosti.

Nema pravo na novčanu naknadu i nezaposlena osoba zbog izdržavanja kazne zatvora duže od 3 mjeseca niti ako je “taj radni odnos trajao kraće od tri mjeseca, a prethodni radni odnos odnosno službe prestao njezinom krivnjom ili uz pristanak”.²⁶

Posebno je uređena osnovica za utvrđivanje visine novčane naknade, na način da tu osnovicu čini prosjek obračunate plaće, umanjen za doprinose za obvezna osiguranja ostvaren u tromjesečnom razdoblju koje je prethodilo prestanku radnog odnosa.²⁷

Osobama koje imaju pravo na naknadu “do zaposlenja” naknada za prvih 12 mjeseci se određuje kao i drugima “a za preostalo vrijeme korištenja u visini 40% od osnovice...”, uz moguću korekciju zbog invalidske mirovine ili naknade po posebnim propisima.

“Utvrđena novčana naknada ostvaruje se u utvrđenoj visini za cijelo razdoblje trajanja prava”.

Sukladno načinu određivanja osnovice i visine novčane naknade utvrđuju se i najviši iznosi (prema prosječnoj plaći isplaćenoj u gospodarstvu RH u prethodnoj godini prema posljednjem službeno objavljenom podatku). To treba onemogućiti “padanje u siromaštvo nezaposlene osobe, odnosno koja omogućava zadržavanje aktivnosti osobe na tržištu rada”, bez obzira što je izostavljena odredba iz “starog” Zakona o pravu na jednokratni dodatak zbog poslodavca i osobno uvjetovanog otkaza.

Zakon utvrđuje trajanje prava na novčanu naknadu izraženo u danima (od 90 do 450) ovisno o vremenu provedenom na radu (od 9 mjeseci do više od 25 godina). Izjednačene su muške i ženske osobe (ako su na radu provele 32 godine) do ponovnog zaposlenja.

Nezaposlena osoba može radi zapošljavanja, samozapošljavanja i volontiranja prema propisima o radu, podnijeti zahtjev da joj se novčana naknada isplati u jednokratnom iznosu, uz Zakonom propisane iznimke te način ponovnog stjecanja prava.²⁸

Novčana naknada pripada od prvog dana po prestanku radnog odnosa, ako je poštivan objektivni rok (30 dana) za podnošenje zahtjeva ako je ovaj podnesen u subjektivnom, odnosno prekluzivnom roku.²⁹

²⁶ Zakon, cit., čl. 39. i 40.

²⁷ Isto, čl. 41. U osnovicu ne ulaze naknade plaće ostvarene po posebnim propisima. Za prvih 90 dana korištenja naknada je 70%, a za preostalo 50% “od osnovice...”.

²⁸ Zakon, cit., čl. 42., 43., 44. i 45. Uvjete i način isplate naknade u jednostrukom iznosu utvrđuje upravno vijeće Zavoda.

²⁹ Isto, čl. 46.

Zakon propisuje okolnosti koje su razlog za obustavu isplate novčane naknade korisniku te uvjete za nastavak isplate novčane naknade za ostatak razdoblja do kojeg je priznato pravo na naknadu.³⁰

Utvrđuju se razlozi za prestanak prava na novčanu naknadu naglašavajući povećanje odgovornosti i obveza nezaposlene osobe.³¹

Razlozi i uvjeti su brojni i strogi.

Nezaposlena osoba može ponovo steći pravo na novčanu naknadu ako od trenutka prestanka prava na novčanu naknadu ispuni uvjete staža od devet mjeseci (u 24 mjeseca). Propisano je korištenje "preostalog prava" na naknadu ako se nezaposlena osoba zaposli i prekine koristiti pravo (do isteka).³²

Odredbe Zakona o novčanoj naknadi za vrijeme nezaposlenosti reguliraju: uvjete i način korištenja toga prava, visinu naknade, trajanje plaćanja naknade, priznavanja po zahtjevu nezaposlene (osigurane) osobe, prestanak prava, ponovno stjecanje prava, od kada i do kada se naknada koristi.

8.2. Mirovinsko osiguranje

Na temelju osiguranja za vrijeme privremene neskrivljene nezaposlenosti nezaposlena osoba, koja za to vrijeme ostvaruje pravo na novčanu naknadu, ima pravo na mirovinsko osiguranje ako "ispunjava uvjet godina života za stjecanje prava na starosnu mirovinu, dok ne stekne prvi uvjet mirovinskog staža za starosnu mirovinu, ali najdulje u trajanju 5 godina". Nezaposlena osoba podnosi zahtjev za mirovinsko osiguranje kada i zahtjev za stjecanje prava na novčanu naknadu, a pravo gubi pod uvjetima i razlozima za gubljenje prava na novčanu naknadu.

Utvrđeno je pravo da invalidi rada kojima je priznato pravo na profesionalnu rehabilitaciju po osnovi mirovinskog osiguranja, ostvaruju pravo na naknadu plaće po propisima o mirovinskom osiguranju, a razdoblje koje je nezaposlena osoba kao invalid rada provela koristeći se pravom na profesionalnu rehabilitaciju, ne računa se u vrijeme provedeno na radu za utvrđivanje trajanja prava na novčanu naknadu.³³

8.3. Novčana pomoć i naknada troškova za vrijeme obrazovanja

Zakon propisuje da nezaposlena osoba koju je Zavod uputio na obrazovanje, ima tijekom trajanja obrazovanja pravo na pomoć u visini neoporezivanja iznosa stipendije prema posebnom propisu, pravo na naknadu troškova prijevoza za vrijeme obrazovanja u visini stvarnih troškova prijevoza sredstvima javnoga prijevoza te troškove propisane zaštitne odjeće, obuće i drugih pomagala u

³⁰ Isto, čl. 47.

³¹ Isto, čl. 48.

³² Isto, čl. 49.

³³ Zakon, cit., čl. 50., 51., 52. i 53.

slučaju obrazovanja za deficitarna zanimanja po posebnim ovlastima i licencama te naknadu troškova hranarine izvan mjesta prebivališta ili boravišta.³⁴

8.4. Jednokratna novčana pomoć i naknada putnih i selidbenih troškova

Pravo na jednokratnu novčanu pomoć i pravo na naknadu putnih ili selidbenih troškova koristi nezaposlena osoba pod uvjetima i u visini koju utvrdi Upravno vijeće Zavoda, u slučaju da nezaposlena osoba kojoj Zavod nije u mogućnosti osigurati zaposlenje u mjestu prebivališta, sama ili posredstvom Zavoda nađe zaposlenje u drugom mjestu. Ta prava pripadaju i bračnome drugu, odnosno izvanbračnom drugu i djeci od mjesta prebivališta do mjesta zaposlenja.³⁵

8.5. Pravo na novčanu naknadu osoba koje su bile zaposlene u inozemstvu

Hrvatski državljanin, koji je bio zaposlen u inozemstvu, ostvaruje pravo na novčanu naknadu za vrijeme nezaposlenosti u skladu s odredbama međunarodnog ugovora, a ako je radio u državi s kojom RH nema ugovor, ostvaruje pravo pod uvjetom da je plaćao Zavodu naknadu najmanje 9 mjeseci u posljednjih 24 mjeseca prije prestanka zaposlenja u inozemstvu.

Visina naknade utvrđuje se po međunarodnome ugovoru i ovom Zakonu.³⁶

9. Postupak za ostvarivanje prava za vrijeme nezaposlenosti

Postupak počinje **zahtjevom** nezaposlene osobe (inicijativa titulara prava, aktivne strane u postupku), a primjenjuju se odredbe Zakona o općem upravnom postupku, u prvom i drugom postupku. Žalba ne odgađa izvršenje rješenja.³⁷

“Pravo za vrijeme nezaposlenosti osoba ostvaruje u Zavodu.” O svakoj promjeni bitnoj za ostvarivanje prava, nezaposlena osoba je dužna “u roku od 15 dana prijaviti Zavodu”, a posebno o okolnostima koje “utječu na promjenu ili prestanak prava”.³⁸

Zakonom su propisani razlozi kada je nezaposlena osoba “kojoj je na teret Zavoda izvršena isplata ili je ostvarila neka primanja na koja nije imala pravo” dužna vratiti primljene iznose, odnosno nadoknaditi učinjene izdatke (protupravno ostvarenje prava ili u obujmu većem nego što joj pripada, zbog neprijavljivanja promjena, sudska odluka i dr.), a Zavod u određenim slučajevima ima pravo i na “povrat uplaćenog doprinosa za mirovinsko osiguranje”.³⁹

³⁴ Isto, čl. 54.

³⁵ Isto, čl. 55.

³⁶ Isto, čl. 56. i 57.

³⁷ Pojedinačni upravni akt kojim se odlučuje o pravima nezaposlene osobe za vrijeme nezaposlenosti je rješenje. O žalbi odlučuje nadležno tijelo Zavoda određeno Statutom Zavoda, Zakon, cit., čl. 59.

³⁸ Zakon, cit., čl. 58. i 60.

³⁹ Isto, čl. 61.

10. Hrvatski zavod za zapošljavanje

Hrvatski zavod za zapošljavanje je javna ustanova u vlasništvu Republike Hrvatske na koju se primjenjuju propisi o ustanovama.⁴⁰ Stručne poslove u Zavodu obavlja “jedinstvena stručna služba” ustrojena tako da “osigura nesmetano, svrhovito i uspješno obavljanje djelatnosti Zavoda kao i dostupno ostvarivanje prava nezaposlenih osoba...”.

Statut donosi Upravno vijeće Zavoda, a potvrđuje ga Vlada Republike Hrvatske. Zavodom upravlja Upravno vijeće, propisno sastavljeno, a djelokrug rada utvrđuje se Statutom.⁴¹

Zavod ima ravnatelja kojega imenuje Vlada Republike Hrvatske na prijedlog ministra nadležnog za rad, a na temelju pravednog javnog natječaja. Statutom se utvrđuju ovlasti i djelokrug rada ravnatelja.⁴²

Zakon propisuje poslove koje obavlja Zavod: analetno-statistička istraživanja, predlaganje mjera za unaprjeđenje zapošljavanja, vođenje propisanih evidencija; profesionalno usmjeravanje; provođenje međunarodnih ugovora; zapošljavanje hrvatskih državljana u inozemstvu; rješenje o pravima nezaposlenih; upravljanje namjenskim sredstvima, podnošenje izvješća i “obavlja druge poslove utvrđene Zakonom, statutom i aktima Zavoda”.⁴³

Nadzor nad zakonitošću rada Zavoda obavlja ministarstvo nadležno za rad, a u vezi sa zapošljavanjem Državni inspektorat.

Državni inspektorat može privremeno zabraniti “obavljanje poslova u vezi sa zapošljavanjem pravnim i fizičkim osobama koje poslove zapošljavanja obavljaju izvan Zavoda” do otklanjanja utvrđenih nedostataka, odnosno nepravilnosti.⁴⁴

11. Izvori sredstava za djelatnosti zapošljavanja

“Izvori sredstava za djelatnosti zapošljavanja su: doprinosi poslodavca, doprinosi radnika (točno određenih kategorija) i drugi izvori, po posebnom zakonu.”⁴⁵

Rashodi djelatnosti zapošljavanja su: novčana naknada i druga prava za vrijeme nezaposlenosti; troškovi pripreme zapošljavanja i posredovanje pri zapošljavanju, troškovi provedbe aktivne politike u zapošljavanju; troškovi provedbe djelatnosti zapošljavanja i troškovi tijela upravljanja Zavodom, te drugi troškovi.⁴⁶

⁴⁰ Isto, čl. 62. Vidi Zakon o ustanovama, NN, br. 76/93., 29/97. i 47/99.

⁴¹ Zakon, cit., čl. 64., 65. i 66.

⁴² Isto, cit., čl. 67.

⁴³ Isto, cit., čl. 63.

⁴⁴ Isto, cit., čl. 68. i 69. vidi i čl. 3. st. 2., 3., i 5., te čl. 4. i 5. Zakona.

⁴⁵ Isto, cit., čl. 70. Vidi Zakon o doprinosima za obvezna osiguranja, NN, br. 147/02., 175/03. i 177/04.

⁴⁶ Isto, čl. 71.

12. Zaključak

12.1. Ova osjetljiva oblast društvenih odnosa pravno se usklađuje s pravnom stečevinom EU. Nezaposlenost je najveći socijalni problem u državi, ne samo zbog brojnih subjekata koji se vode na evidencijama nezaposlenih, već i zbog ekonomskog, socijalnog, političkog, kulturnog i drugog utjecaja na sve druge odnose u društvu, a posebno na tržištu rada.

12.2. Zbog toga je došlo do “liberalizacije” i fleksibilizacije u novim odnosima u “kaznenim odredbama” za koje je propisano nekoliko protupravnih ponašanja, koja se mogu okvalificirati kao prekršaji, kao što su: prekršaji fizičke osobe koja obavlja poslove posredovanja bez dozvole ili te poslove obavlja suprotno propisanom, ili ako ne ispunjava uvjete za tu djelatnost (kadrovske, organizacijske, prostorne, tehničke i druge), ili obavlja poslove uz naplatu naknade od tražitelja zaposlenja, a daleko strožije kaznit će se pravna osoba za te prekršaje.⁴⁷

12.3. U Prijelaznim i završnim odredbama utvrđena su pitanja: zatečenih korisnika prava (prema ranijim propisima) u smislu da se osiguravaju “ta prava i nakon toga dana u istom opsegu do njihovog prestanka”. To se odnosi i na neriješene zahtjeve i “predmete u žalbi”, kao i na zaključne ugovore po propisima koji su bili pravni temelj tih ugovora.⁴⁸

12.4. Provedbeni propisi doneseni na temelju Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (NN, br. 32/02., 86/02., 114/03. i 151/03.) ostaju na snazi do donošenja “novih” temeljem ovog Zakona: način obavljanja djelatnosti, vođenja evidencije, način provođenja aktivnosti na traženju posla, odgovarajući smještaj, uvjeti za korištenje novčane pomoći, putni i selidbeni troškovi te osnovica i stopa doprinosa za zapošljavanje.⁴⁹ Ove provedbene propise donosi ministar nadležan za rad i Upravno vijeće Zavoda “u roku od tri mjeseca od dana stupanja na snagu ovoga Zakona” (do 31.03.2009.).

12.5. Zakon bi trebao olakšati primjenu i realizaciju procesa koji će djelovati na tržištu rada. Stopa zaposlenosti u Hrvatskoj je 65,41%, a stopa nezaposlenosti 7,1%. Režim novčanih naknada za vrijeme nezaposlenosti promijenit će se i u smislu izjednačavanja muškaraca i žena u stažu i trajanju prava.

“Otvara se tržište rada” pa se omogućava privatnim agencijama posredovanje u inozemstvu. Izjednačuju se radnici koji rade u punom i nepunom radnom vremenu (bez preračunavanja). Formira se samo jedna evidencija nezaposlenih

⁴⁷ Isto, čl. 72. za fizičke osobe kazna do 20.000,00 kn, a za pravne osobe do 100.000,00 kn, a za ponovljeni slučaj kazna se udvostručuje.

Posebna kazna za prekršaj propisana je za pravnu osobu koja nije prijavila potrebu za radnikom, ako je to posebnim propisom bila dužna (čl. 73. Zakona).

⁴⁸ Zakon – cit., čl. 74., 75. i 76. Vidi Zakon o formiranju i korištenju sredstava solidarnosti za poticanje zapošljavanja, NN, br. 33/89., 42/90. i 14/91. i Odluku o odobravanju sredstava za poticanje zapošljavanja, NN, br. 90/96. te Odluku o uvjetima i načinu korištenja kredita za poticanje zapošljavanja, NN, br. 162/98.

⁴⁹ Isto, čl. 5. st. 2., čl. 11. st. 3., čl. 17. st. 5., čl. 20., čl. 45. st. 6., čl. 55. st. 2. i čl. 70. st. 3.

osoba i drugih tražitelja zaposlenja. Ukinut je institut jednokratnog dodatka, a najviši iznos novčane naknade vezan je uz iznos prosječne neto plaće isplaćene u gospodarstvu Republike Hrvatske u protekloj godini prema posljednjem službeno objavljenom podatku.

Nezaposleni imaju pravo na izbor na jednokratnu isplatu iznosa novčane naknade, kao i nastavak korištenja prava nakon proteka prihvaćenog zaposlenja na određeno vrijeme. Za vrijeme dodatnog obrazovanja nezaposleni ima pravo na novčanu pomoć do neoporezivanja iznosa stipendije.

12.6. Prava državljana Europskog gospodarskog prostora izjednačena su s pravima hrvatskih državljana trenutkom pristupanja u punopravno članstvo EU (članak 8. i članak 79. Zakona).

12.7. Od 1. siječnja 2009. godine važi novi režim posredovanja pri zapošljavanju i prava za vrijeme nezaposlenosti.

Summary

THE LAW ON JOB-FINDING SERVICES AND RIGHTS DURING THE UNEMPLOYMENT

The Croatian Parliament enacted the Law on Job-Finding Services and Rights during the Unemployment in session held on 2nd of July, 2008. The Law regulates job-finding services, professional orientation, education to increase labour force employment, unemployment insurance, taking active actions at labour market to promote special and professional labour force mobility, new employment and self-employment, monetary sources to support Croatian Employment Office activities, its structure, management and scope of activities. Unemployment insurance is the only activity which Croatian Employment Office performs independently among other activities prescribed by the Law. All the other activities can be performed by all other subjects “for the unemployed, job seekers/hunters, employers and other persons who demand advices and information on conditions and employment possibilities.” It must be stressed that Croatian Employment Office loses the monopoly in providing job-finding services and rights during the unemployment. The Law entered into force on 1st of January, 2009, except the Article 8 (“Citizens of the European area member states shall have the same rights and duties settled by this Law as Croatian citizens.”), which shall enter into force on the day of the acceptance of Croatia into the full membership of the European Union.

Key words: *law, job-finding services, rights during the unemployment, unemployed person.*

Riassunto

**LEGGE SULL'INTERMEDIAZIONE ALL'ATTO
DELL'ASSUNZIONE E SUI DIRITTI DURANTE IL PERIODO DI
DISOCCUPAZIONE**

Il Parlamento croato, nel corso dell'adunanza del 2 luglio 2008 ha emanato la legge sull'intermediazione all'atto dell'assunzione e sui diritti per il periodo di disoccupazione. Con la legge si disciplinano l'intermediazione all'atto dell'assunzione, le attitudini professionali, l'educazione allo scopo dell'incremento dell'occupazione della forza lavoro, l'assicurazione nel caso di disoccupazione, la partecipazione attiva sul mercato del lavoro nell'intento di promuovere la mobilità professionale e sul territorio della forza lavoro, ma anche il nuovo impiego e la libera professione, le fonti per i fondi dell'attività dell'Ente croato di collocamento, nonché l'organizzazione, l'amministrazione e l'espletamento delle attività dell'Ente medesimo. Tra tutte le attività previste dalla presente legge, l'assicurazione nel caso di disoccupazione rappresenta l'unica attività di competenza esclusiva dell'Ente. Tutte le rimanenti attività possono venire espletate anche da altri soggetti "in luogo delle persone disoccupate e delle persone in cerca di occupazione, del datore di lavoro e delle altre persone in cerca di informazioni e consulenze circa le condizioni e possibilità di impiego".

E' evidente che l'Ente croato di collocamento sta perdendo il monopolio all'atto dell'assunzione, come pure sui diritti durante il periodo di disoccupazione. La legge è entrata in vigore il giorno 1 gennaio 2009, fatta eccezione per l'art. 8. ("i cittadini degli Stati membri dello spazio europeo sono equiparati ai cittadini croati, in quanto a diritti e doveri fissati dalla presente legge"), che entrerà in vigore nel giorno dell'accoglimento della Repubblica di Croazia nell'Unione europea.

***Parole chiave:** legge, intermediazione all'atto dell'assunzione, diritti della disoccupazione, persona disoccupata.*

ZAKON O RODILJNIM I RODITELJSKIM POTPORAMA

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 369.223.46(497.5)(094)
Ur.: 23. veljače 2009.
Pr.: 5. ožujka 2009.
Stručni članak

Zakonom o rodiljnim i roditeljskim potporama uređuje se osobito zaštita materinstva, stvaranje socijalnih, kulturnih, materijalnih i drugih uvjeta, ali i zaštita majki na radu, sve zbog skrbi o djeci te njihovoj dobrobiti te kvalitetnijem razvoju.

Zakonom su preuzeta osnovna prava zaposlenih, samozaposlenih i nezaposlenih majki /roditelja na rodiljne dopuste i naknade koje su do sada propisane Zakonom o radu i Zakonom o rodiljnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki.

Uređen je nov način korištenja tih prava i prava na posvojiteljski dopust. Sve je to usklađeno s Nacionalnom populacijskom politikom te sekundarnim izvorima prava EU.

Naglašava se: uravnotežena prisutnost oba roditelja (jednakost žena i muškaraca) na tržištu rada, pronatalitetna politika, uključenost očeva u obiteljski život, odgovorno roditeljstvo i blagostanje djece i ekonomska neovisnost žena.

U ovim je odnosima teško pomiriti socijalnopravne i radnopravne (tržišno orijentirane) odnose, ali se naglašava, i jedan, i drugi aspekt.

Zakon otvara mogućnost ostvarivanja propisanih prava strancima sa stalnim boravkom u Republici Hrvatskoj, a po ulasku Republike Hrvatske u Europsku uniju i jednakopravno postupanje prema državljanima iz država članica europskog prostora.

U ovom se radu naglašavaju temeljne odrednice navedenog Zakona.

Ključne riječi: *Zakon, rodiljne potpore, roditeljske potpore, majke, djeca, roditelj.*

1. Uvod

Ustav Republike Hrvatske utvrđuje zaštitu materinstva, djece i mladeži, a osobita se pozornost posvećuje zaštiti žene i majki na radu.¹ “Odgovornost za skrb o djeci i njihovoj dobrobiti je ustavno pravo i dužnost roditelja, ali i obveza društva u osiguranju preduvjeta za kvalitetniji razvoj djece”.²

Ovo je složeno pitanje i odnos u području obiteljske, populacijske, zdravstvene, porezne i gospodarske politike, s ciljem “poticanja brojnijeg potomstva”. Najvažnije je pružiti roditeljima potpore u vrijeme koje im osigurava “da sudjeluju u odrastanju djeteta...”. Složen je sustav socijalne sigurnosti obitelji i socijalne politike prema djeci i obitelji, kao i temeljnih prava iz rada.³ Zaštita prava pruža se i ženama – majkama u radnom odnosu, obrtnicama, samostalnoj djelatnosti i nezaposlenoj majci koja rodi blizance, treće i svako naredno dijete. Međutim, one nisu bile izjednačene.

Nacionalnom politikom utvrđen je održivi razvoj, sustav obiteljskih potpora, poreznih olakšica, usklađivanja poslovnog i obiteljskog života, skrbi o djeci te zdravstvene zaštite majke i djeteta, kojima se želi “utjecati na ukupna buduća demografska kretanja”.

Prava su: pomoć za opremu za novorođeno dijete; naknada plaće za dodatni roditeljni dopust do jedne godine života djeteta i posvojiteljski dopust; naknada plaće za roditeljni dopust od 1. do 3. godine života djeteta; naknada za roditeljni dopust nezaposlenih majki; naknada plaće za vrijeme korištenja prava na skraćeno radno vrijeme, naknada plaće za vrijeme korištenja skraćenog radnog vremena.

Rodiljni dopusti su: obvezni (do 6 mjeseci starosti djeteta); dodatni do 1. godine života djeteta; roditeljni dopust od 1. do 3. godine starosti; pojačana njega djeteta i skraćeno radno vrijeme do 3 godine starosti djeteta; skraćeno radno vrijeme; posvojiteljski dopust i dr.

Do sada se dio roditeljskih potpora ostvaruje i u sustavu socijalne skrbi.

U Europi je tendencija povećanje prava i produživanje njihovog trajanja. To će se događati i u Hrvatskoj.⁴

Ovim se Zakonom usklađuju hrvatsko zakonodavstvo s pravnom stečevinom EU.⁵

¹ Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90., 135/97., 113/00. i 28/01.

² Hrvatski sabor, Min. obitelji..., Prijedlog Zakona od 2008., str. 2. (svibanj, 2008.).

³ Zakon o radu, NN, br. 38/95., 54/95., 17/01., 82/01., 114/03. i 30/04. Zakon o roditeljskom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, NN 24/96; 109/97; 82/01; 30/04, Nacionalna populacijska politika, NN 132/06.

⁴ EU: Uredba br. 1408/71., od 14. 6. 1971. i dr.

⁵ Uredba vijeća EU br. 574/72 od 21. 3. 1972.; Direktiva Vijeća 96/34/EZ od 3.6.1996. o okvirnom sporazumu o roditeljskom dopustu između UNICEF-a, CEEP-a i ETUC-a, Direktiva EU 92/85/EEZ od 19.10.1992. o uvođenju mjera za poboljšanje sigurnosti i zdravlja trudnih radnica koje su nedavno rodile ili doje na radnome mjestu, Direktiva EU od 11.12.1986. o primjeni ravnopravnosti muškaraca i žena koji obavljaju samostalnu djelatnost.

Zakonom se preuzimaju sva osnovna prava zaposlenih, samozaposlenih i nezaposlenih majki/roditelja na roditeljne dopuste i naknade propisane Zakonom o radu i Zakonom o roditeljnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki. Predložen je potpuno novi način korištenja ovih prava te prava na posvojiteljski dopust.

Zakon promiče: uravnoteženu prisutnost oba roditelja (jednakost žena i muškaraca) na tržištu rada, pronatalitetnu politiku, odgovornost roditelja i blagostanje djece te ekonomsku neovisnost žena.

I u ovim odnosima je tendencija na putu od socijalnog pristupa ka tržištu rada.

Zakon definira: pojam vremenskih potpora (dopusta, poštede od rada) i novčane potpore; nadležno ministarstvo i “nadležnu javnu ustanovu za provedbu Zakona”; korisnike, (a pristupanjem RH u EU i državljana država EU); oblik i opseg prava “ovisno o radnopravnom položaju korisnika”; roditeljni i roditeljski dopust i druga prava korisnika koji nisu u radnom odnosu; pravo posvojitelja ili skrbnika djeteta; pravo na jednokratne potpore za novorođeno dijete; postupak i ostvarivanje prava; financiranje; naknada štete i kazne.

Uvažava se načelo socijalne pravednosti. Izbjegnete su kolizije s odredbama propisa o zapošljavanju, radu i zaštiti na radu.

Prava se vežu uz dijete, a opseg i vrsta prava uz status osiguranika (prvenstveno po propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju). Naglašena su načela: jednakog postupanja, radne jednakosti, socijalne osjetljivosti, osobne i društvene odgovornosti.

2. Cilj zakona. Potpore. Praćenje provedbe zakona. Jednakost prava. Definiranje pojmova.

Zakon je donesen “radi zaštite materinstva, njege novorođenog djeteta i njegova podizanja te usklađenja obiteljskog i poslovnog života.”

Da bi se taj cilj ostvario Zakon propisuje pravo na vremenske i novčane potpore, uvjete i način njihova ostvarivanja i financiranja te tijela nadležna za provedbu ovog Zakona.⁶

2.1. Potpore

Potpore su pravo roditelja i njemu izjednačene osobe koja se brine o djetetu. One su vremenske i novčane.

Vremenske potpore su: dopusti, pošteda od rada i propisano vrijeme za brigu o djetetu.

Novčane potpore su: naknada plaće, novčana naknada, novčana pomoć i jednokratna novčana potpora za novorođeno dijete.

⁶ Zakon o roditeljnim i roditeljskim potporama, NN, br. 85/08. (u daljnjem tekstu: Zakon), čl. 1.

Potpore se vežu uz dijete, a ostvaruje ih majka i otac djeteta ili druga osoba koja se brine o djetetu do navršene osme godine života djeteta, a iznimno i duže prema uvjetima “iz ovog Zakona”.

2.2. Praćenje provedbe Zakona

“Ministarstvo nadležno za obitelj nadzire provedbu ovoga Zakona, a za provedbu prava propisanih ovim Zakonom nadležan je Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje (u daljnjem tekstu: Zavod), ako za pojedina prava prema ovom Zakonu nije utvrđeno drugo nadležno tijelo”. Na ovaj se način utvrđuje središnje tijelo državne uprave za provedbu Zakona, a Zavod “nastavlja kontinuitet u korištenju raspoloživih institucionalnih i kadrovskih potencijala, kao i do sada”.⁷

2.3. Jednakost prava

Zakonom se propisuje jednakost prava roditelja bez obzira na njihovu bračnu ili izvanbračnu zajednicu “što je sukladno odredbama Ustava u dijelu koji se odnosi na majčinstvo i roditeljstvo.”⁸ To se odnosi i na druge osobe “koje se brinu o djetetu, a koje se ne nalaze u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici”.

2.4. Zabrana ovrhe ili osiguranja

“Novčane potpore ostvarene prema ovom Zakonu ne mogu biti predmet ovrhe ili osiguranja (kredita, pologa i sl.), osim prema sudskoj odluci ili rješenju nadležnog centra za socijalnu skrb radi koristi djeteta za koje su ostvarene”, a ne mogu iznositi manje “od 50% proračunske osnovice utvrđene Zakonom o izvršavanju državnog proračuna...”⁹

2.5. Definiranje pojmova

Zakon je odredio značenje ovih pojmova (“pojedinih izraza”) koji su navedeni u Zakonu: “zapošljavanje”; “samozapošljavanje”; “drugi dohodak”; “staž osiguranja”; “staž obveznog zdravstvenog osiguranja”; “mjesec” (jedinična vremenska vrijednost od 30 kalendarskih dana koja služi za izračun trajanja prava propisanih ovim Zakonom); “kućanstvo”; “puno radno vrijeme” (rad od 40 sati tjedno) te “rad s polovicom punog radnog vremena”.¹⁰

⁷ Zakon, cit., čl. 3.

⁸ Ustav RH – cit.
Obiteljski zakon, NN, br. 116/03., 17/04. i 107/07.
Vidi: direktive EU – poz. bilj. br. 5 ovoga rada.

⁹ Zakon, cit., čl. 4.

¹⁰ Isto, čl. 6.

Detaljnija definicija (značenje) pojedinog pojma (izraza), temeljem Zakona daje se uz odgovarajuće dijelove ovog rada.

3. Korisnik roditeljskih i roditeljskih potpora

Subjekt je ovih odnosa djetetov roditelj i osoba koja je prema propisima o obiteljskim odnosima stekla status posvojitelja koji ima utvrđen status osigurane osobe u obveznom zdravstvenom osiguranju, zatim osoba kojoj je na temelju rješenja nadležnog tijela dijete povjereno na čuvanje i odgoj (skrbnik), kao i “stranac s odobrenim stalnim boravkom u Republici Hrvatskoj koji ima priznat status osigurane osobe u obveznom zdravstvenom osiguranju”.

“Državljeni država članica Europskog ekonomskog prostora u pravima i dužnostima propisanim ovim Zakonom izjednačeni su s hrvatskim državljanima”.¹¹

Djetetov roditelj je korisnik roditeljskih i roditeljskih potpora koji:

- na temelju zapošljavanja prema propisima o radu ima priznat status osiguranika iz obveznog zdravstvenog i mirovinskog osiguranja (**zaposleni roditelj**),
- na temelju samozapošljavanja (rad fizičke osobe kojom ona samostalno obavlja gospodarsku djelatnost, odnosno profesionalnu djelatnost kao svoje jedino ili glavno zanimanje, s namjerom ostvarivanja, po osnovi te djelatnosti ili prihoda podložnog plaćanju poreza na dobit, u skladu s poreznim propisima) ima status osiguranika iz obveznog zdravstvenog i mirovinskog osiguranja (samozaposleni roditelj),
- ostvaruje drugi dohodak na koji su plaćeni doprinosi prema propisima o doprinosima za obvezna osiguranja te koji je s te osnove stekao status osiguranika iz obveznog zdravstvenog osiguranja (roditelj koji ostvaruje drugi dohodak),
- je poljoprivrednik (jedino i glavno zanimanje) i ima status osiguranika u obveznom zdravstvenom osiguranju,
- nezaposleni roditelj (po propisima o zapošljavanju),
- roditelj izvan sustava rada (umirovljenik ili korisnik prava iz invalidskog osiguranja i dr.),
- osobe koje su izabrane u tijela vlasti (plaća i osiguranje),
- članovi uprave trgovačkog društva s priznatim statusom osiguranika u zdravstvenom i mirovinskom osiguranju,
- volonteri ako imaju status osiguranika,
- posvojitelj,

¹¹ Zakon, cit., čl. 7. i 8.

Sustav obiteljskih naknada sastavni je dio koordiniranja sustava socijalne sigurnosti na području EEZ. Izjednačava se s državljanima RH. Vidi Uredbu broj 1408/21 VE od 14. 06. 1971. o primjeni sustava socijalnog osiguranja na zaposlene osobe i njihove obitelji koje se kreću unutar zajednice.

- skrbnik te
- stranac sa statusom osigurane osobe u RH u obveznom zdravstvenom osiguranju.

Korisnik prava određuje se prema **radnopravnom ili posebnome položaju**.

4. Prava korisnika na roditeljne i roditeljske potpore

Djetetov roditelj (zaposleni roditelj, samozaposleni roditelj i s njima izjednačene osobe) ima pravo na:

- roditeljni dopust,
- roditeljski dopust,
- rad s polovicom punoga radnoga vremena,
- rad u skraćenom radnom vremenu zbog pojačane njege djeteta,
- stanku za dojenje djeteta,
- dopust trudnice ili majke koja doji dijete,
- dopust ili rad u skraćenom radnom vremenu radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju te
- mirovanje radnog odnosa do treće godine života djeteta.

Roditelj koji ostvaruje drugi dohodak, poljoprivrednik i nezaposleni roditelj ima pravo na:

- roditeljni dopust od rada i
- roditeljski dopust od rada.

Korisnicima za vrijeme korištenja navednih prava, ovisno o njihovom radnopravnom statusu, pripada pravo na naknadu plaće ili novčanu naknadu.

Roditelj izvan sustava rada, po rođenju djeteta, ima pravo na novčanu pomoć radi roditeljne ili roditeljske brige o djetetu.

Posvojitelj ima pravo, zavisno od njegova radnopravnog statusa na: posvojiteljski dopust, ili posvojiteljsku pomoć od rada, ili posvojiteljsku brigu o djetetu; pravo na naknadu ili novčanu pomoć (prema odredbama ovoga Zakona).

Korisnici osim novčanih potpora imaju **pravo i na jednokratnu potporu (novčanu) za novorođeno dijete**. To se ne odnosi na posvojitelja, skrbnika i stranca s priznatim statusom osiguranika u RH.

Način i opseg korištenja prava propisuje Zakon i provedbeni propisi.

Prava ne mogu istodobno koristiti oba roditelja “osim ako ovim Zakonom nije drugačije propisano”.

5. Prava zaposlenih roditelja i samozaposlenih roditelja na roditeljne i roditeljske potpore

Zakon uređuje ova prava: roditeljni dopust, roditeljski dopust, rad s polovicom punoga radnoga vremena, pravo na rad u skraćenom radnom vremenu radi pojačane njege djeteta, dopust za slučaj smrti djeteta, korištenje prava na roditeljski dopust od jednog roditelja, stanka za dojenje djeteta i pravo na dopust

trudnice i majke koja doji dijete, mirovanje radnog odnosa do treće godine djetetova života i naknadu plaće zaposlenog roditelja ili samozaposlenog roditelja.¹²

Prava zaposlenog roditelja utvrđena ovim Zakonom “mogu se u većem opsegu urediti kolektivnim ugovorom, sporazumom radničkog vijeća s poslodavcem, pravilnikom o radu i ugovorom o radu na teret sredstava poslodavca pod uvjetom i na način utvrđen općim aktom poslodavca”. U pitanju je primjena načela *in favorem laboratoris* i primjene povoljnijeg prava za radnika.¹³

5.1. Rodiljni dopust

“Zaposlena majka koristi porodni dopust 28 dana prije dana očekivanog poroda i koristi ga u neprekidnom trajanju do 42 dana poslije poroda” (obvezni porodni dopust). To je nešto drukčije od dosadašnjih rješenja, jer sada roditeljni (obvezni) dopust do 42 dana poslije poroda obvezno koristi majka. Poslije toga može ga koristiti i otac.¹⁴

Kao i u postojećim propisima “dan očekivanog poroda utvrđuje izabrani doktor opće/obiteljske medicine na prijedlog izabranog doktora ginekologa iz obveznog zdravstvenog osiguranja”, a na prijedlog “zaposlena majka i samozaposlena majka može početi koristiti roditeljni dopust... i 45 dana prije očekivanog poroda...”.

Djetetov otac u sporazumu s majkom može koristiti roditeljni dopust do 6 mjeseci života djeteta.

“Ako je dijete prerano rođeno, roditeljni dopust ... produžuje se za onoliko vremena za koliko je dijete prerano rođeno”.¹⁵

5.2. Roditeljski dopust

Roditeljski dopust je pravo zaposlenog roditelja ili samozaposlenog roditelja (nakon proteka roditeljnog dopusta).

Koristi ga (“može ga koristiti”) do osme godine života djeteta.

To je osobno pravo oba zaposlena roditelja ili samozaposlenog roditelja i koriste ga “u jednakom dijelu”, a može ga koristiti “samo jedan od roditelja, ako se o tome pismeno izjasne oba roditelja”.¹⁶

¹² Zakon, cit., čl. 12. do 25.

¹³ Zakon, cit., čl. 26. Zakon o radu, NN, br. 38/95., 54/95., 64/95., 17/01., 82/01., 114/03., 30/04., 142/03. i 137/04., čl. 12. (7a).

¹⁴ Direktiva vijeća EU 92/85/EEZ od 19. listopada 1962. o navođenju mjera za poboljšanje sigurnosti i zdravlja trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje na radnome mjestu (deseta pojedinačna direktiva u smislu čl. 16. st. 1. Direktive 89/391/EEZ.).

¹⁵ Zakon, cit., čl. 12.

¹⁶ Isto, čl. 13.

“Roditeljski dopust traje od 6 do 30 mjeseci, ovisno o broju rođene djece i načinu njegova korištenja”, (6 mjeseci za prvo i drugo rođeno dijete; 30 mjeseci za rođene blizance, treće i svako sljedeće dijete).¹⁷

5.3. Rad s polovicom punoga radnog vremena

Propisana je mogućnost korištenja jednog dijela roditeljskog dopusta u polovici punog radnog vremena, kako bi se zaposlenim i samozaposlenim roditeljima omogućilo lakše usklađivanje profesionalnih i obiteljskih obveza.¹⁸

Nakon isteka obveznoga roditeljskog dopusta, zaposleni ili samozaposleni roditelj “ima pravo preostali dio roditeljskog dopusta... koristiti i kao pravo na rad s polovicom punoga radnog vremena”. Nakon 6 mjeseci može to pravo koristiti “najduže do 9 mjeseci djetetova života odnosno u dvostrukom trajanju neiskorištenoga roditeljskog dopusta”.¹⁹

5.4. Pravo na rad u skraćenom radnom vremenu radi pojačane njege djeteta

Propisano je pravo zaposlenog i samozaposlenog roditelja na rad u skraćenom radnom vremenu radi pojačane njege djeteta do njegove 3. godine. U cijelosti su izjednačeni roditelji zaposleni temeljem Zakona o radu i drugih propisa o radu i oni koji obavljaju samostalnu djelatnost, čime je dokinuta nejednakost postupanja.

Ovo se pravo koristi nakon iskorištenog roditeljskog dopusta ili prava na rad u skraćenom radnom vremenu. Pravo koristi jedan od roditelja “ako je djetetu, prema nalazu i ocjeni izabranog doktora primarne zdravstvene zaštite i nadležnoga liječničkoga povjerenstva Zavoda, zbog njegovog zdravlja i razvoja, pojačana briga i njega”.

Ovo pravo (uvjete i postupak stjecanja) detaljnije će propisivati ministar nadležan za obitelj.²⁰

5.5. Dopust za slučaj smrti djeteta

Pravo je majke (zaposlene ili samozaposlene), ako dijete rodi mrtvo ili ako dijete umre prije isteka roditeljskog ili porodnog dopusta, koristiti dopust još tri mjeseca nakon nastupanja slučaja.²¹

¹⁷ Isto, čl. 14. Do osme godina života djeteta može se koristiti roditeljski dopust. To je osobno neprenosivo pravo. Direktiva EU 96/34/EZ od 3.6.1996. o okvirnom sporazumu o roditeljskom dopustu. U broj djece uračunavaju se mrtvorodena, umrla ili posvojena djeca.

¹⁸ Nacionalna populacijska politika – cit. mjera 10. i direktiva EU 96/34/EZ od 3.6.1996.

¹⁹ Zakon, cit., čl. 15.

²⁰ Isto, čl. 16.

²¹ Isto, čl. 17.

5.6. Korištenje prava na roditeljski dopust od jednog roditelja

Propisana je iznimka pod kojim uvjetima se može ostvariti prijenos prava korištenja roditeljskog dopusta s jednog na drugog roditelja uz uvažavanje objektivnih socijalnih i zdravstvenih okolnosti u kojima se nalazi dijete, odnosno drugi roditelj.

Prijenos prava vrši se “ako za vrijeme korištenja jednog prava ... jedan od roditelja (zaposlenih ili samozaposlenih) umre ili ako je iz bilo kojeg drugog razloga (opravdanoga) onemogućen koristiti pripadajuće pravo...”.

Pravo korištenja pripadajućeg prava “u cijelosti se prenosi na drugog roditelja”.

“Opravdane razloge” utvrđuje Zakon (lišenje roditeljske skrbi, poslovne sposobnosti, nestao, nepoznat...); zabranjeni susreti s djetetom, teška bolest, kazna zatvora i dr.²²

5.7. Stanka za dojenje djeteta i pravo na dopust trudnice i majke koja doji dijete

Ova prava proizlaze iz ustavne odredbe (obveze) o zaštiti majčinstva.²³

Ako majka nakon korištenja roditeljskog dopusta ili rada u skraćenom radnom vremenu “nastavi dojiti dijete, tijekom rada u punom radnom vremenu, ima pravo na stanku za dojenje djeteta u trajanju od dva sata dnevno, neovisno od toga koristi li zaposleni otac u isto vrijeme i za isto dijete jedno od prava propisanih ovim Zakonom”. Koristi se jednokratno ili dvokratno do navršene 1. godine života djeteta, a to se vrijeme ubraja u radno vrijeme i s naknadom plaće “koja iznosi 100% proračunske osnovice, proračunate na satnu osnovicu za mjesec za koji se obračunava naknada plaće”.

Posebno je pravo zaposlene trudnice ili majke koja doji dijete (do godinu dana djetetova života), koristiti trudnički ili dojenački dopust, uz naknadu plaće, na teret poslodavca, ako rade na štetnim poslovima, “a poslodavac nije osigurao raspoređivanje zaposlene trudnice ili majke na druge odgovarajuće poslove”.

To bi se detaljnije uredilo pravilnikom (“uvjeti i postupak”) kojega donosi ministar nadležan za obitelj uz suglasnost ministra nadležnog za rad.

5.8. Mirovanje radnog odnosa do treće godine djetetova života

Jedan od roditelja (nakon iskorištenih prethodno navedenih prava) ima pravo “ne raditi do navršene 3. godine života djeteta”, za koje vrijeme “prava i obveze zaposlenog roditelja iz radnog odnosa miruju, a pravo na obvezno zdravstveno

²² Isto, čl. 18.

²³ Isto, čl. 19.-21. Vidi Uredbu Vijeća 92/85/EEZ od 19.10.1992. o uvođenju mjera za poboljšanje sigurnosti i zdravlja trudnih radnica, koje su nedavno rodile ili doje na radnome mjestu.

osiguranje te pravo na mirovinsko osiguranje ostvaruje se prema propisima kojima je uređeno to pravo”.²⁴

5.9. Pravo zaposlenog roditelja ili samozaposlenog roditelja na dopust do osme godine života djeteta, kao i na rad u skraćenom radnom vremenu, s djetetom s težim smetnjama u razvoju.

Produljena je i životna dob djeteta do koje se ovo pravo može koristiti. Nakon prestanka korištenja navedenih prava, jedan od roditelja (zaposlenik ili samozaposlenik) ima pravo na rad u skraćenom radnom vremenu, do završetka redovitog školovanja ili “dok ta potreba traje”. To pravo ne pripada roditelju koji ima status roditelja njegovatelja.

Navedena prava detaljnije bi se mogla utvrditi podzakonskim aktom.²⁵

5.10. Naknada plaće zaposlenog roditelja ili samozaposlenog roditelja

Za vrijeme korištenja prava na roditeljski dopust ili prava na rad s polovinom punoga radnoga vremena, zaposleni ili samozaposleni roditelj ima pravo na naknadu plaće u iznosu 100% od osnovice za naknadu plaće utvrđene prema propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju, a koja se isplaćuje na teret sredstava Zavoda. Odnosno 80% od proračunske osnovice mjesečno u trajanju od 6 mjeseci, počevši od prvoga dana korištenja prava, a po isteku toga roka 50% proračunske osnovice mjesečno.²⁶

Za trajanja dopusta za pojačanu njegu djeteta naknada iznosi 50% proračunske osnovice mjesečno, a za dopust za slučaj smrti djeteta 100% naknade, koja ne može iznositi više za puno radno vrijeme od 80% proračunske osnovice mjesečno, odnosno iznimno 100% od naknade plaće.²⁷

Naknada plaće za dijete s težim smetnjama u razvoju (do 8 godina) za puno radno vrijeme iznosi 65% proračunske osnovice mjesečno, a za rad sa skraćenim radnim vremenom “u visini razlike između plaće koju ostvaruje radeći polovicu punoga radnog vremena i plaće koju bi ostvario da radi u punom radnom vremenu.”

Ako nema 12 mjeseci neprekidnog staža, naknada plaće zaposlenom ili samozaposlenom roditelju iznosi 50% proračunske osnovice, odnosno ne može biti niža od tog iznosa bez obzira radi li ili volontira u punom ili nepunom radnom vremenu. Naknada plaće isplaćuje se na teret sredstava državnog proračuna.

²⁴ Zakon, cit., čl. 22. “Poslodavac jedan primjerak odluke o mirovanju radnog odnosa zaposlenog roditelja do treće godine djetetova života obvezno dostavlja Zavodu radi evidencije”.

²⁵ Isto, čl. 23.

²⁶ Isto, čl. 24. st. 1., 2. i 3. u vezi s člankom 12., 15., st. 2.; čl. 13. i 15. st. 3.

²⁷ Isto, u vezi s čl. 16. i 17.

Za vrijeme korištenja navedenih prava “zaposleni ili samozaposleni roditelj ima pravo iz obveznog mirovinskog osiguranja i pravo na plaćene doprinose prema posebnim propisima”.²⁸

6. Prava roditelja koji ostvaruju drugi dohodak, roditelja poljoprivrednika i nezaposlenih roditelja

Propisano je pravo roditelja koji ostvaruje drugi dohodak, roditelja poljoprivrednika i nezaposlenih roditelja na roditeljsku potporu od rada te pravo na naknadu za vrijeme korištenja ovog prava.

Propisana je obveza potpore od rada za majku u trajanju od 42 dana po rođenju djeteta.

Ministar nadležan za obitelj, ovlašten je propisati Pravilnikom način ostvarivanja na roditeljsku potporu od rada i prava na novčanu naknadu za vrijeme korištenja ovog prava.²⁹

Nezaposleni roditelj ima pravo na naknadu ako je evidentiran na Zavodu za zapošljavanje određeni period, ako se prijavio nakon prestanka osiguranja po drugom statusu, ali i gubi pravo “ako u roku od 30 dana nisu stekli novi status osigurane osobe kod Zavoda...”.

Majka ima pravo koristiti potporu od rada do 6 mjeseci života djeteta u neprekinutom trajanju, odnosno otac djeteta u istom statusu.³⁰

Po isteku prava na roditeljsku potporu od rada korisnik ima pravo na roditeljsku potporu od rada u trajanju od 6 mjeseci, za prvo i drugo rođeno dijete, odnosno 30 mjeseci, za blizance, treće i svako sljedeće dijete. Prekid je moguć u slučaju zaposlenja i pravo na prenošenje neiskorištenog dijela drugom roditelju, kao i pravo sam iskoristiti taj dio ako je radio (u međuvremenu) najmanje devet mjeseci. U drugim slučajevima, samo ako ispunjava uvjete kao nezaposleni roditelj, a sve pod uvjetom da to pravo nije prenio na drugog roditelja.³¹ Ovim se potiče radna aktivnost roditelja, ali i omogućuje sudjelovanje oba roditelja u obnašanju roditeljskih prava i dužnosti.

Za vrijeme korištenja prava na roditeljsku potporu od rada, korisnik “ima pravo na novčanu naknadu u iznosu od 50% proračunske osnovice mjesečno”, a u slučaju da u međuvremenu umre dijete isplata traje “još 3 mjeseca nakon mjeseca u kojem je nastupila smrt djeteta.” Za svo vrijeme korištenja prava na roditeljsku potporu od rada korisnik “ima pravo na plaćene doprinose prema posebnim propisima”.³²

²⁸ Isto, čl. 24. i 25.

²⁹ Isto, čl. 27. u vezi s čl. 7. st. 1. t. 3., 4. i 5.

³⁰ Isto, čl. 28. (potrebna je pisana suglasnost majke).

³¹ Isto, čl. 29.

³² Isto, čl. 31. Postoji mogućnost prijenosa ovog prava na drugog roditelja, kao i mogućnost nastavka prava na novčanu pomoć ako je roditelj radio 9 mjeseci (u međuvremenu). Roditeljska potpora je do 6 mjeseci, a roditeljska od 6 mjeseci do 1. godine djetetova života; odnosno do 3. godine, pod propisanim uvjetima.

7. Pravo roditelja izvan sustava rada

Propisano je pravo majke (roditelja) izvan sustava rada na roditeljnu ili roditeljsku brigu o djetetu s **pravom na novčanu pomoć** (od rođenja do 6 mjeseci, odnosno 30 mjeseci “ovisno o broju i redosljedu rođenja djece”).³³

8. Pravo posvojitelja djeteta

Propisano je pravo posvojitelja na vremenske i novčane potpore te pravo posvojitelja na prava iz mirovinskog osiguranja. Posvojitelji su roditelji djece.³⁴

Posvojitelj mora biti zdravstveno osiguran po propisima o obveznom zdravstvenom osiguranju.

Prava su: pripadajući vremenski dopusti ili poštede od rada; pravo na naknadu plaće ili drugi oblik novčane nakande. Opseg prava posvojitelja ovisi o radnopravnom statusu korisnika prava i životnoj dobi posvojenika. “Prava s osnova posvojenja koristi samo jedan od posvojitelja djeteta, neovisno o broju posvojene djece”. Obvezno mirovinsko osiguranje i plaćanje doprinosa provodi se po posebnim propisima.

8.1. Prava zaposlenog ili samozaposlenog posvojitelja

Zaposleni i samozaposleni posvojitelj ima pravo na posvojiteljski dopust i na naknadu plaće za vrijeme korištenja tog prava. Propisani su opći uvjeti te duljina trajanja posvojiteljskog dopusta, ovisno o dobi posvojenog djeteta, kao i uvjeta pod kojima zaposleni ili samozaposleni posvojitelj može koristiti pravo na roditeljski dopust kao zaposleni ili samozaposleni roditelj. U pravima iz ovog Zakona izjednačuje se posvojitelj s pravima biološkog roditelja. Vremensko trajanje posvojiteljskog dopusta uvjetovano je s dobi djeteta. Nakon iskorištenog posvojiteljskog dopusta može se koristiti roditeljski dopust, čime se udovoljava cilju Zakona, ali se uvažavaju zakonska rješenja prema kojima posvojitelj bez naknadnih uvođenja podataka, koristi pravo roditelja.³⁵

Propisano je pravo zaposlenog i samozaposlenog posvojitelja na naknadu plaće za vrijeme korištenja prava na posvojiteljski dopust. Rješenja su ista kao kod roditeljskog dopusta.³⁶

³³ Isto čl. 31. Postoji mogućnost prijenosa ovog prava na drugog roditelja, kao i mogućnost nastanka prava na novčanu pomoć ako je roditelj radio 3 mjeseca (u međuvremenu). Roditeljska briga je do 6 mjeseci, a roditeljska od 6 mjeseci do 1. godine djetetova života, odnosno do 3. godine, pod propisanim uvjetima.

³⁴ Isto, čl. 34. Direktiva 96/34/EZ propisuje da se ona jednako odnosi na roditelje i posvojitelje.

³⁵ Isto, čl. 35. i 36. Prava se stežu danom pravomoćnosti rješenja o posvojenju. Supružnik posvojitelja ne može biti roditelj djeteta. Dopust je 6 mjeseci do 4. mjeseca, a može se produžiti.

³⁶ Isto, čl. 37.

8.2. Prava drugih posvojitelja

Propisano je pravo osobe koja ostvaruje drugi dohodak, poljoprivrednika, nezaposlene osobe i osobe izvan sustava rada, koja je pravomoćnom odlukom postala posvojitelj na posvojiteljsku poštedu od rada ili brigu o djetetu te pravo na novčanu naknadu za vrijeme korištenja ovog prava.

Propisano je trajanje **posvojiteljske poštede od rada** ili **posvojiteljske brige o djetetu**, ovisno o dobi posvojenika te uvjeti za prekid i prijenos korištenog prava na drugog posvojitelja. Korisnici koji su posvojenjem postali roditelji djeteta izjednačeni su u pravima sa zaposlenim i samozaposlenim posvojiteljima (posvojiteljski dopust i naknada). Ovako je uvaženo načelo jednakog postupanja (kao da je riječ o roditeljima). Naknada iznosi 50% proračunske osnovice mjesečno.

Posvojiteljska pošteda od rada ili posvojiteljska briga o djetetu traje od 12 mjeseci do 4 mjeseca prema dobi posvojenika koja se uvećava za 60 dana za posvojenje blizanaca ili trećeg, ili svakog sljedećeg posvojenog djeteta. Propisuju se uvjeti o prekidu korištenja prava.³⁷

9. Jednokratna novčana potpora za novorođeno dijete

Propisano je pravo korisnika iz ovog Zakona na jednokratnu novčanu pomoć za rođenje djeteta. Pojedinačni uvjeti za to pravo moraju biti kumulativno ispunjeni, kao i iznos ove jednokratne potpore.

Uvjeti su: hrvatsko državljanstvo s prebivalištem u RH ili stranac sa stalnim boravkom u RH u neprekidnom trajanju od najmanje 12 mjeseci, zdravstveno osiguranje, a da je dijete upisano u maticu rođenih, prijavljeno kao član kućanstva i zdravstveno osigurano po propisima o zdravstvenom osiguranju.

Potpore iznosi 70% proračunske osnovice i isplaćuje se do 3. godine života djeteta “ako novčana potpora ... za dijete nije ranije isplaćena drugom korisniku”.³⁸

10. Postupak za ostvarivanje prava

Pojedinačni upravni akt kojim se priznaje određeno pravo po ovom Zakonu je rješenje. Donosi ga Zavod, na zahtjev titulara prava, a nekada i po izvješću o bolovanju kojeg izdaje izabrani doktor primarne zdravstvene zaštite (ginekolog). Provođi se opći upravni postupak. “Zahtjev za ostvarivanje prava prema ovom Zakonu podnosi se najkasnije 30 dana prije naznačenog roka za početak njegova korištenja, ako ovim Zakonom nije drugačije propisano”.³⁹ Propisana je nad-

³⁷ Isto, čl. 38., 39. i 40.

³⁸ Isto, čl. 41., 42. i 43.

³⁹ Isto, čl. 44. i 45. Trudnoća i rođenje djeteta je najzdravije stanje žene pa je pogrešno u Zakonu govoriti o bolovanju.

ležnost i dvostupanjsko odlučivanje i pravo na vođenje upravnog spora. Obveza podnositelja zahtjeva je dostavljanje dokaza za stjecanje prava.⁴⁰

10.1. Najava i ostvarivanje prava zaposlenog roditelja

Obveza se odnosi na zaposlenog roditelja “koji u tijeku korištenja prava iz ovog Zakona namjerava mijenjati način korištenja tog prava”. U tom slučaju dužan je u roku od 30 dana prije promjene “pismeno obavijestiti svog poslodavca o toj promjeni”, a ovaj o tome daje izjavu ili “odgodu” za 30 dana “pod uvjetima utvrđenim propisima o radu”. O svemu se obavještava Zavod.⁴¹

10.2. Najava korištenja prava drugih korisnika

Odnosi se na samozaposlenog roditelja, roditelja koji ostvaruje drugi dohodak, roditelja poljoprivrednika, nezaposlenog roditelja i roditelja izvan sustava rada. O tomu se mora obavijestiti Zavod u precizno propisanim rokovima.⁴²

10.3. Ostvarivanje prava na jednokratnu novčanu potporu za novorođeno dijete

Zahtjev podnosi titular prava (s rodnim listom djeteta, “te dokumentacijom kojom se dokazuje ispunjenje uvjeta”), Zavodu u roku (a Zavod ne donosi pisano rješenje).⁴³

10.4. Prijava okolnosti koje utječu na ostvarivanje prava i naknadu štete

Svaku promjenu korisnik prijavljuje Zavodu u roku od osam dana “od dana nastanka okolnosti”, jer je u protivnom korisnik dužan naknaditi štetu Zavodu.⁴⁴

11. Praćenje provedbe zakona, financiranje i nadzor

Ministar nadležan za obitelj osniva Povjerenstvo za praćenje provedbe ovoga zakona. Sastoji se od 7 članova, točno određenog sastava (ali mandat nije određen) i ovlasti.⁴⁵

Sredstva se osiguravaju u državnom proračunu (izuzev naknade za dopust zaposlene trudnice i majke koja doji dijete (čl. 20. Zakona) i ostvarivanje prava po većem opsegu (autonomno regulirano).⁴⁶

⁴⁰ Isto, čl. 46.

⁴¹ Isto, čl. 47. i 48.

⁴² Isto, čl. 49. i 50.

⁴³ Isto, čl. 51.

⁴⁴ Isto, čl. 52.

⁴⁵ Isto, čl. 53.

⁴⁶ Isto, čl. 54. u vezi s čl. 20. i 26. Zakona.

Nadzor nad zakonitošću rada Zavoda u provedbi ovog Zakona obavlja ministarstvo nadležno za obitelj (u sadržaju i rokovima koje propisuje Zakon: izvješća čiji sadržaj propisuje ministar).⁴⁷

12. Naknada štete

“Korisnik iz ovog Zakona dužan je državnom proračunu i Zavodu nadoknaditi štetu, zajedno s pripadajućim kamatama, koja nastane zbog nepripadne i nepravilne isplate novčane potpore...”, u točno (Zakonom) određenim situacijama (razlozima, slučajevima) koje se mogu pripisati korisniku u krivicu. Postupak pokreće i vodi Zavod.⁴⁸

13. Kaznene odredbe

Zakon propisuje novčane kazne za prekršaje koje počini korisnik, poslodavac, odgovorna osoba kod poslodavca, ili nadležnog tijela državne uprave, ili javne ustanove.⁴⁹

14. Novčane i druge potpore jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih i fizičkih osoba

“Općina, grad, županija i Grad Zagreb ... svojim općim aktima mogu propisivati način i uvjete za ostvarivanje prava roditelja na novčanu pomoć u većem opsegu od propisanog ovim Zakonom ili pružanja pomoći u naravi.”

Novčanu pomoć ili pomoć u naravi (“ako to nije u suprotnosti s ovim Zakonom”) roditeljima mogu pružati vjerske zajednice, trgovačko društvo, udruga te druga domaća i strana pravna i fizička osoba, za što se mogu osnivati zaklade i fondacije.⁵⁰

15. Zaključak

15.1. Brojni zatečeni zahtjevi, koji nisu pravomoćno okončani “rješavat će se prema propisima koji su bili na snazi do dana stupanja na snagu ovog Zakona”, a neka stečena prava mogu se koristiti po ovom Zakonu “ako je to za korisnike povoljnije”.

Određena prava se zadržavaju ili se priznaju kao povoljnija.

15.2. Nadležni ministar donijet će provedbene (podzakonske) propise “u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu Zakona”, odnosno u roku od 60 i 120 dana. Zbog toga će se i dalje primjenjivati zatečeni propisi doneseni po Zakonu

⁴⁷ Isto, čl. 55. i 56.

⁴⁸ Isto, čl. 57.

⁴⁹ Isto, čl. 58.

⁵⁰ Isto, čl. 59.

o roditeljskom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, i odredbe Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju u dijelu u kojem su u suprotnosti s odredbama ovog Zakona.⁵¹

15.3. Zakon stupa na snagu 1. siječnja 2009. “osim članka 9. koji stupa na snagu na dan prijama Republike Hrvatske u EU” (treba pisati čl. 8., a odnosi se na državljane država članica Europskog ekonomskog prostora...). Od 1. siječnja 2009. teku rokovi za usklađivanje akata i “produžena primjena” postojećih propisa.⁵²

⁵¹ Isto, čl. 62. i 63. i 64. Zakon o roditeljskom dopustu., NN, br. 24/96., 109/97., 82/01. i 30/04.). Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, NN, br. 85/06., 105/06., 118/06., 77/07., 111/07. i 35/08.

⁵² Zakon je “osnažio” ove podzakonske akte (“do stupanja na snagu novih propisa”): Pravilnik o načinu ostvarivanja prava na novčanu naknadu za porodni dopust nezaposlene majke koja je stekla pravo na naknadu pri Hrvatskom zavodu za zapošljavanje, nezaposlena majka koja ostvaruje pravo na invalidsku mirovinu zbog profesionalne nesposobnosti za rad i majke koja je korisnica mirovine (NN, br. 105/01.); Pravilnik o uvjetima i postupku stjecanja prava na dopust trudnice ili žene koja doji svoje dijete (NN, br. 103/06.); Pravilnik o uvjetima i postupku ostvarivanja prava na stanku za dojenje djeteta (NN, br. 103/06.); Pravilnik o pravima roditelja djeteta s težim smetnjama u razvoju na dopust ili na rad s polovicom punog radnog vremena radi njege djeteta (NN, br. 92/03.) i Pravilnik o uvjetima i načinu korištenja prava na pomoć za opremu novorođenog djeteta (NN, br. 58/94.).

Summary

THE LAW ON MATERNITY AND PARENTAL BENEFITS

The Law on Maternity and Parental Benefits regulates, in particular, the protection of motherhood, creation of social, cultural, material and other conditions as well as protection of mothers at work to safeguard children, their wellbeing and to secure their better development.

The basic rights of working, self-employed and unemployed mothers / parents on parental leave and benefits prescribed within the Law on Maternity and Parental Benefits were copied from the Labour Law and the Law on Maternity Leave of Self-Employed and Unemployed Mothers, which have regulated these rights until now.

The new mode of implementing these rights and right to adoptive leave has been regulated also. The new provisions are harmonised with the National Population Policy and secondary EU legal sources.

Balanced presence of both parents (equality of a man and a woman) at labour market has been emphasised as well as pro-nativity policy, involving fathers in family life, responsible parenthood, child wellbeing and economic independence of women.

In present relations it is hard to reconcile social legal and working legal (market oriented) relations, therefore, both aspects have been stressed.

The Law opens a door for foreigners with permanent residence in Croatia to exercise the prescribed rights. Upon the entry of Croatia into the European Union the same rights will be given to citizens of states from the European area.

In this article the basic determinants of the Law have been emphasised.

Key words: *Law, maternity benefits, parental benefits, mothers, children, parent.*

Riassunto

**LA LEGGE SUI CONTRIBUTI ALLE PUERPERE
ED AI GENITORI**

Attraverso la legge sui contributi alle puerpere ed ai genitori si regola la tutela della maternità, della realizzazione delle condizioni sociali, culturali e non solo, ma anche la tutela della madre-lavoratrice, tutto al fine di tutelare i figli, il loro benessere ed una loro crescita quanto più equilibrata.

Nella legge sono ripresi i fondamentali diritti dei lavoratori dipendenti, dei liberi professionisti e delle madri lavoratrici, dei genitori in congedo di maternità, come pure i contributi, che fino ad ora erano regolati dalla legge sul lavoro e dalla legge sul congedo di maternità, alle madri, che svolgono la libera professione ed alle madri disoccupate.

E' regolato un nuovo modo di esercitare detti diritti ed i diritti di congedo per adozione. Tutto ciò è adattato alla strategia nazionale sulla popolazione ed alle fonti secondarie dell'UE.

Si pone in evidenza: l'equa presenza di entrambi i genitori (uguaglianza della donna e dell'uomo) sul mercato del lavoro, la politica di natalità, la partecipazione dei padri nella vita familiare, la genitorialità responsabile, il benessere dei figli e l'indipendenza economica della donna.

In questi rapporti è difficoltosa la coesistenza delle diverse esigenze della politica sociale e quelle del mercato del lavoro, ma si evidenziano entrambi i profili.

La legge estende la possibilità di realizzare i diritti ivi disciplinati anche agli stranieri stabilmente residenti in Croazia; mentre, con l'entrata della Croazia nell'Unione europea, si apre la possibilità di porsi in maniera uguale nei confronti dei cittadini di tutti gli stati membri del comune spazio europeo.

Nel presente lavoro si sottolineano le principali linee guida della menzionata legge.

Parole chiave: *Legge, contributi per il puerperio, contributi genitoriali, madri, figli, genitore.*

ZASTARA – O PRIMJENI GRAĐANSKOPRAVNIH PRAVILA U POREZKOM PRAVU I SUDSKA PRAKSA

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347::366.2 (094.9)
Ur.: 27. siječnja 2009.
Pr.: 12. veljače 2009.
Stručni članak

Institut zastare pridonosi pravnoj sigurnosti sudionika pravnih odnosa, a primjenjuje se u područjima privatnog i javnog prava. Načelno se smatra da je zastara institut građanskog prava pa ne čudi što porezni propisi upućuju na supsidijarnu primjenu propisa građanskog prava o zastari. No, razlike između instituta zastare u građanskom pravu i zastare u poreznom pravu su velike i značajne te potvrđene kroz praksu. Uočene razlike dovode do zaključka da se u poreznom postupanju i sudovanju samo iznimno mogu primijeniti pravila o građansko-pravnoj zastari. U protivnom, dolazi do narušavanja pravne sigurnosti.

Ključne riječi: zastara, porezno pravo, građansko pravo, praksa.

1. Uvodne napomene

Povod razmišljanju o tematici problematiziranoj u ovom radu jesu rješidbe i postupanja poreznih tijela i Upravnog suda u postupanju u poreznim stvarima, gdje nailazimo na različita tumačenja zastare, početka njezina računanja i sličnih bitnih odrednica ovoga važnog instituta. Neposredni je poticaj pisanju rada bio susret s poreznim rješenjem iz 2000. godine kojim se utvrđuje porezna obveza u predmetu gdje je povod oporezivanju nastao 1970-ih godina.

Glavni je razlog pokušaja usporedbe ovog instituta u dvije bitno različite pravne grane činjenica da institut zastare prvenstveno smještamo u građansko pravo, kao i da odredbe poreznog zakonodavstva taj izvor navode kao supsidijarni izvor u primjeni instituta zastare u poreznom pravu. Usporedba je, s jedne strane lakša, a s druge bitno otežana činjenicom da se radi o toliko različitim granama prava. No, i sam je zakonodavac postavio tu poveznicu pa se ovaj odabir nametnuo i kao nužan.

Cilj je rada djelovati na uklanjanju pravne nesigurnosti koja je donekle prisutna u primjeni građanskopravnog instituta zastare u poreznom postupanju, pa i općenito u primjeni poreznog prava. Ukoliko se dijelom postigne taj cilj, ili

se barem potakne i druge na promišljanje o tomu, svrha pisanja ovoga rada bit će postignuta.

2. *Općenito o zastari*

Nastanak, promjenu i prestanak prava vezujemo uz pravni odnos koji nastaje suglasnošću volja sudionika odnosa, ljudskom radnjom, prirodnim događajem, kao i brojnim drugim činjenicama. Takve činjenice koje dovode do stvaranja, promjene ili prestanka nekog prava i pravnog odnosa zovemo pravnim činjenicama. Pravna činjenica na kojoj se temelji pravni institut zastare (engl. *prescription, statute of limitations, limitation*, njem. *Verjährung*) je protek vremena.

Još je u rimsko doba vrijedilo shvaćanje da s ostvarenjem subjektivnih prava ne treba nepotrebno odugovlačiti. Zakonsko ograničenje vremena u kojemu se vjerovniku jamči sudska zaštita izraz je takvog shvaćanja. Svrha je instituta zastare pridonijeti ostvarenju pravne sigurnosti i sprječavanje stanja trajne pravne, tj. sudske zaštite.¹ Naime, pravni poredak i pravna sigurnost ne trpe postojanje jednog trajnog pravnog stanja u kojemu se prava ne ostvaruju i obveze ne izvršavaju i stoga se i vrijeme pravne zaštite ograničava zakonom. U nekim se slučajevima gasi i samo pravo.

Objektivno pravo postavlja granice subjektivnim pravima, posebice u općem interesu i interesu društva. Svako izvršavanje subjektivnog prava, koje je protivno njegovu cilju ili svrsi, nije pokriveno njegovim sadržajem. Korektivi koji sužavaju granice subjektivnih prava su brojni. Uz teoriju zloupotrebe prava te zabranu zloupotrebe prava, koja iz nje proizlazi i vrijedi prvenstveno u građanskom pravu, korektiv vršenja subjektivnih prava u oba područja, građanskog prava i poreznoga prava je načelo poštenja i savjesnosti.

Načelo savjesnosti i poštenja, koje je izgradilo njemačko pravo bitno je ograničavajuće načelo vršenja subjektivnih prava.

Njemački građanski zakonik načelo *Treu und Glauben* izražava u čl. 242. i 157.² Teorija i praksa su ga uzdignule ne samo na razinu temeljnog pravnog načela, obvezatnog za sve sudionike pravnog prometa, već i na razinu temeljnog načela kojim se određuje granica dopuštenog vršenja prava. Hrvatski Zakon o obveznim odnosima postavlja ovo načelo kao jedno od osnovnih načela u čl. 4.³

¹ Vidi, tako, Horvat, Ladislav, Posljedice zastare u porezno-pravnom odnosu, *Zbornik radova znanstvenog skupa Hrvatska pred vratima EU – fiskalni aspekt*, HAZU, Zagreb, 2005., str. 309-315.

² Načelo "Treu und Glauben" utvrđeno u navedenim člancima BGB-a glasi "§242.: 'Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.'" §157.: "Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Prema, Petrić, Silvija, Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 28., br. 1., 2007., str. 115.

³ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05., 41/08. (dalje u tekstu: ZOO), "Načelo savjesnosti i poštenja – Čl. 4. U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja."

Porezni zakonici, također govore o načelu savjesnosti i poštenja. U Njemačkoj, gdje su iznikle teorije koje služe kao korektivi vršenja subjektivnih prava, postoji nekoliko načela s istim ciljem ili svrhom. Tako, njemačko porezno pravo, razlikuje načelo zaštite povjerenja od načela savjesnosti i poštenja, odnosno načela dobre vjere. Rješidbe sudske prakse, koje se temelje na tim načelima, su brojne. Otuda i proizlaze granice između navedenih načela. Hrvatsko pravo općenito, pa onda i građansko, ali i porezno pravo ne poznaju tako “suptilna” razlikovanja subnačela unutar načela pravne sigurnosti, a praksa je rijetka ili je i nema.⁴ Primjena načela savjesnosti i poštenja postavlja pred pravnike zahtjev koji sadrži puno više od formalne primjene zakonskih propisa. Načelo savjesnosti i poštenja, odnosno načelo postupanja u dobroj vjeri su načela pravne države.

Teorija građanskog prava ne razlikuje načelo dobre vjere od načela savjesnosti i poštenja, pa možemo reći da u navedenom području vrijede kao sinonimi.⁵

Poreznopravni teoretičari prepoznaju element u kojem se razlikuju načelo povjerenja i načelo postupanja u dobroj vjeri u činjenici da se načelo povjerenja odnosi na apstraktne pravne odnose dok je načelo postupanja u dobroj vjeri uvijek vezano uz konkretni pravni odnos.⁶ Hrvatski je zakonodavac u poreznom zakoniku odredio sadržaj načela dobre vjere kao savjesno i pošteno postupanje u skladu sa zakonom.⁷ Drugim riječima, načelo postupanja u dobroj vjeri je primjena načela savjesnosti i poštenja na zakonit način. Građanskopravno načelo savjesnosti i poštenja u poreznom pravu označava se terminom načela postupanja u dobroj vjeri.

Obveznopravni odnosi najprikladniji su za primjenu postupanja u dobroj vjeri, pri čemu je važno primijetiti da poreznopravni odnosi sadrže elemente takvog odnosa. Po uzoru na njemačke klasičare poreznog prava, teorija ističe kako načelo postupanja u dobroj vjeri nalaže sudionicima poreznog odnosa voditi računa o opravdanim interesima drugog sudionika te ne dolaziti u

⁴ Mali je broj presuda koje se temelje na načelu savjesnosti i poštenja. O sudskoj praksi u njemačkom pravu u kojoj je primijenjeno ovo načelo, vidi, Pürner, Stefan, “Treu und Glauben” in der deutschen rechtsprechung, *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 1., 2004., str. 247. i dr.

⁵ Tako, vidi, Slakoper, Zvonimir, Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24., br. 1., 2003., gdje se načelo savjesnosti i poštenja prevodi kao načelo *Good faith*, načelo *Treue und Glauben*. Isto, Petrić, Silvija, Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti, loc. cit.

⁶ Vidi, opširnije, Lončarić-Horvat, Olivera, Prilog europeizaciji hrvatskog poreznog prava, *Zbornik radova znanstvenog skupa Hrvatska pred vratima EU-fiskalni aspekti*, HAZU, Zagreb, 2005., str. 234-236., isto., Tipke, Lang, Steuerrecht, 15. Auf., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1996., str. 726-727.

⁷ Vidi, Opći porezni zakon, NN 147/08. (dalje u tekstu: novi OPZ), čl. 9. st. 2., koji glasi “Članak 9.(1) Sudionici porezno-pravnog odnosa dužni su postupati u dobroj vjeri. (2) Postupanje u dobroj vjeri znači savjesno i pošteno postupanje u skladu sa zakonom. (3) Ministar financija će pravilnikom propisati način postupanja u dobroj vjeri.” Do 1. siječnja 2009. godine na snazi je bio Opći porezni zakon donesen 2000. godine, NN 127/00., 86/01., 150/02. (dalje u tekstu: stari OPZ).

suprotnost s vlastitim ranijim postupanjima kojima je drugi sudionik poklonio povjerenje i postupao na temelju tog povjerenja.⁸

Izdvojit ćemo dva instituta koje je praksa kreirala primjenjujući navedena načela. U građanskom je pravu to institut gubljenja prava (njem. *Verwirkung*) koji je razvila njemačka teorija.⁹ Radi se o izrazu načela savjesnosti i poštenja. Institut gubljenja prava temelji se na tri bitna elementa: zakašnjenje s vršenjem prava, proturječno ponašanje vjerovnika i ideja povjerenja. Drugim riječima, ovlaštenik formalno valjanog prava je vršenje tog istog prava zanemario i to u takvoj mjeri da se drugi pouzda i oslanja na takvo njegovo ponašanje (nevršenje prava). Praksa ovaj institut može koristiti vrlo oprezno i rijetko. U tom se slučaju, dakle zbog zakašnjelog i nelojalnog odugovlačenja s vršenjem prava ono gubi jer se proglašava nedopuštenim vršenjem prava i protivnim načelu poštenja i savjesnosti.

Porezno pravo poznaje sličan institut koji se temelji na načelu dobre vjere. Ukoliko porezno tijelo iz nekog razloga, poput pogrešnog tumačenja zakona, nepažnje ili sličnog ponašanja, postupa nemarno ili čak i protivno zakonu, a porezni obveznik s povjerenjem usklađuje svoje ponašanje i djelatnost s takvim postupanjem ili izjavama poreznog tijela, tada porezno tijelo gubi pravo koristiti se ovlaštenjem koje mu po zakonu pripada, a koje je protivno ranije danim izjavama ili postupcima. Dva su bitna elementa ovog instituta gubitka prava u poreznom pravu: protek vremena te povjerenje poreznog obveznika da je određeno ponašanje i postupanje poreznog tijela zakonito i da ga ono neće naknadno poricati.

Navedena dva instituta kreirala je praksa i iznimno se mogu primijeniti.

Iz navedenoga slijedi da, ovisno o vrsti prava¹⁰ i rješenjima konkretnog pravnog poretka, nevršenje prava ili vršenje prava na određeni način protekom određenog vremena, a na temelju načela savjesnosti i poštenja dovodi do različitih posljedice za titulara tog prava. To može biti zastara, neke druge mjere, kao i gore opisani prestanak ili gubitak prava.¹¹ Protek vremena i primjena načela

⁸ Prema, Lončarić-Horvat, Prilog europeizaciji hrvatskog poreznog prava, str. 235.

⁹ Vidi, detaljnije, Krmeta, Slavica, Odabrane teme privatnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Sarajevo, 2007., str. 77-82.

¹⁰ Subjektivna se prava izvršavaju poduzimanjem svih radnji i postupaka na koje je titular ovlašten, a ovisno o vrsti i naravi subjektivnog prava. Stvarna se prava izvršavaju korištenjem, stvarnim i pravnim raspolaganjem sa stvarima. Obvezna se prava u pravilu izvršavaju zahtijevanjem i primanjem činidbe, kao i drugim radnjama, npr. kompenzacijom, poduzimanjem ovršnih mjera i sl. Izvršavanjem ili vršenjem subjektivnih prava ona se ostvaruju ili realiziraju. Apsolutna prava, posebice stvarna, i pored akata vršenja prava i dalje traju. No, obvezna prava, uključujući dakle imovinska prava, vršenjem se iscrpljuju, odnosno prestaju. Iako pravni poredak ne prisiljava titulara na vršenje prava, nevršenje nekih vrsta prava može imati za titulara štetne posljedice. Vidi, opširnije, Krmeta, Slavica, str. 76-78.

¹¹ Bitno je istaknuti stajalište teorije gdje se kod nekih subjektivnih prava govori i o obvezi na njihovo vršenje ili izvršavanje. O obvezi vršenja subjektivnih prava govori se stoga što ona proizlazi iz općeg interesa. Takvu obvezu mogli bismo, barem teoretski, navesti i kod subjektivnog prava poreznih tijela. Štetna posljedica koja treba pogoditi titulara, porezno tijelo zbog nevršenja

savjesnosti i poštenja, pod određenim pretpostavkama mogu dovesti do gubitka prava i prije proteka zastarnog roka.

3. Pravne posljedice zastare

Zastara kao posljedica nevršenja prava kroz zakonom određeno vrijeme može imati različite učinke. U teoriji nalazimo različita, a dva su temeljna, pravna stajališta glede posljedica izazvanih nastupom zastare. Prema prvom stajalištu, vjerovnik zadržava subjektivno pravo u materijalnom smislu te gubi “samo” pravo na sudsku zaštitu ili na tužbeni zahtjev. Dakle, vjerovnik gubi samo dio svoga prava i to dio koji se sastoji u zakonskoj i sudskoj mogućnosti ostvarenja istog. Ovakvo se stajalište odnosi na privatno pravne grane, prvenstveno na obvezno pravo. Prema drugom stajalištu, nastupom zastare prestaje postojati vjerovnikovo subjektivno pravo. Ovakvo stajalište vezujemo uz javno pravo, poput poreznog prava.

U privatnom se pravu smatra da nastupom zastare prestaje pravna obveza dužnika, budući da je postala neutuživa i postaje, tj. pretvara se u naturalnu obvezu. Budući da se subjektivno pravo sastoji od vjerovnikova ovlaštenja njime se koristiti ili ne koristiti, kao i od prava na sudsku zaštitu, može se zaključiti da nastupom zastare vjerovnik nije izgubio ovlaštenje koje čini sadržaj njegova subjektivnog prava. Prema tomu, dužnik svoju obvezu može izvršiti, a vjerovnik može primiti ispunjenje. Ako dužnik izvrši zastarjelu obvezu nema pravo na povrat, no njegovo je ovlaštenje bilo istaknuti prigovor zastare čime bi se oslobodio pravne obveze. Prigovor zastare dužnik će moći staviti u sudskom postupku koji je vjerovnik pokrenuo radi izvršenja pravne obveze. Ako dužnik ne iskoristi takvo svoje ovlaštenje, sud će presuditi u korist vjerovnika jer se u privatnom pravu o zastari ne vodi računa po službenoj dužnosti.

Kada je riječ o javnom pravu, tada je situacija drugačija. Razlika je uvjetovana, između ostaloga, činjenicom razlikovanja javnoga i privatnoga prava.

U privatnom su pravu sudionici odnosa najčešće ravnopravni dok takvog odnosa, unatoč brojnim postupovnim odredbama poreznoga prava, koje imaju za cilj ublažiti neravnopravnost sudionika u postupku,¹² u javnom pravu nema.

Naime, za razliku od pravnih odnosa koji se uređuju pravnim pravilima drugih pravnih područja, kao što je građansko, poreznopravni odnosi imaju obilježja radi kojih su i pravna pravila kojima se uređuju autonomna.

Bitno obilježje poreznopravnog odnosa je da sudionici tog odnosa nisu ravnopravni, kao što je to slučaj kod građanskopravnog odnosa. Pasivni porezni

prava, je prestanak samog prava. No, zbog propuštanja obveze na vršenje svoga prava moglo bi se u nekim slučajevima, čak i govoriti o odgovornosti za naknadu štete. Tako, Krneta, str. 78.

¹² Novi OPZ trebao je donijeti i odredbe o provedbi načela postupanja u “dobraj vjeri”, npr. institutom o sporazumijevanju o činjenicama bitnim za oporezivanje. To će pitanje biti uređeno Pravilnikom o načinu postupanja u dobroj vjeri, koji još uvijek nije donesen. Suvremene tendencije u poreznom postupanju idu za većom pravnom sigurnošću poreznih obveznika, ravnopravnijim položajem sudionika, jačanjem suradnje i kooperativnosti sudionika poreznopravnog odnosa.

subjekti nalaze se u poreznopravnom odnosu u podređenom položaju prema drugom sudioniku, aktivnom poreznom subjektu. To je, stoga što aktivni porezni subjekt, jednostrano uređuje sadržaj i uvjete tog odnosa. “Država” donosi propise, kojima određuje prava i obveze svih sudionika, dakle i svoje, ali, i prava, i obveze fizičkih i pravnih osoba koje su porezni obveznici. Subjekti poreznopravnog odnosa ne zaključuju pravni posao i ne dogovaraju se o sadržaju međusobnih odnosa, kao što je to slučaj kod građanskopravnog odnosa. Uz to, što je možda i najbitnije, fizičke i pravne osobe u poreznopravne odnose ne ulaze dobrovoljno niti njihove volje moraju biti, i često nisu, suglasne s voljom države.

Takva pravna narav poreznopravnih odnosa jedan je od razloga da se pravnim propisima, tj. propisima s općom obveznom snagom, utvrđuju načela na kojima se oni moraju temeljiti. Radi se o načelima pravne države kojih se mora pridržavati kada: određuje poreznu obvezu, vodi porezni postupak u kojem se utvrđuju činjenice bitne za oporezivanje, prinudno naplaćuje porez i rješava žalbu poreznog obveznika te određuje kaznu za neizvršavanje poreznih obveza.¹³

Poreznopravni odnos nastaje kada su ispunjeni uvjeti propisani zakonom o pojedinim poreznim oblicima. Porezno tijelo nema samo pravo, već dužnost utvrditi poreznu obvezu, zatim ako postoji i porezni dug. Imati pravo značilo bi imati mogućnost njime se koristiti ili ne koristiti. Takav položaj ima vjerovnik u privatnopravnom odnosu. U javnopravnom odnosu, javnopravno tijelo, kao subjekt javnog prava, nema takvu mogućnost. Javnopravno tijelo ima obvezu poduzeti određene radnje kako bi nastao poreznopravni odnos i to je, između ostaloga, njegova zadaća i svrha postojanja.

Subjektivno pravo poreznog tijela, najčešće vjerovnika u poreznopravnom odnosu u ovom se slučaju ne sastoji od vjerovnikova ovlaštenja njime se koristiti ili ne koristiti, kao i od prava na sudsku zaštitu. On ima obvezu izvršavati subjektivno pravo te nastupom zastare vjerovnik gubi i taj dio prava, ovlaštenje koristiti se njime. Budući da porezno tijelo gubi pravo tada otpada pravna osnova, npr. naplate poreza. Prema tomu, nema naturalne obveze koja postoji u građanskom pravu na strani dužnika. Dakle, u tom se slučaju radi o plaćanju neduga i treba omogućiti dužniku traženje povrata plaćenog.

4. Zakonski okvir zastare u građanskom i poreznom pravu

U građanskom se pravu načelno može govoriti o relativno kratkim zastarnim rokovima. Praksa nekada pokazuje da se i tako kratki rokovi ponekad smatraju predugima pa je stvorila institut gubitka prava i prije isteka zastarnog roka, a temeljeći se na načelu savjesnosti i poštenja. Teorija je isti institut preuzela te na neki način “dotjerala”.

Institut zastare u građanskom pravu poznaje zastoje i prekid tijekom zastare.

¹³ Prema, Lončarić-Horvat, Olivera, Hrvatski Opći porezni zakon, *Zbornik sa XXIX Susret pravnika u gospodarstvu*, Opatija, 2001., str. 138.-168.

U poreznom su pravu zastarni rokovi načelno duži u usporedbi s istim rokovima građanskog prava. Teorija ističe da bi trebali biti duži, čak uz mogućnost isključivanja nastupa zastare, npr. u slučajevima porezne utaje.¹⁴ I u poreznom je pravu iz prakse izniknuo institut gubitka prava i prije proteka zastarnog roka. Jednako kao u građanskom pravu, ovaj institut svoje je ishodište našao u općim pravnim načelima, savjesnosti i poštenja, odnosno postupanja u dobroj vjeri.

Institut zastare u poreznom pravu poznaje zastoje tijekom zastare, no o prekidu nema izravnih odredbi, pa se u tom tijelu upućuje na građanskopravno uređenje prekida.

Pitanje zastare u građanskom pravu uređeno je odredbama Zakona o obveznim odnosima.¹⁵ U četvrtom odjeljku ZOO-a sadržana su opća pravila zastare. Opće pravilo sadržano je u čl. 214., a ono glasi “Zastarom prestaje pravo zahtijevati ispunjenje obveze. Zastara nastupa kad protekne zakonom određeno vrijeme u kojem je vjerovnik mogao zahtijevati ispunjenje obveze. Sud se neće obazirati na zastaru ako se dužnik nije na nju pozvao.”

Opće je pravilo da se dužnik ne može odreći zastare prije nego što protekne vrijeme određeno za zastaru. Pisano se priznanje zastarjele obveze smatra odricanjem od zastare, a isti učinak ima davanje zaloge ili kojega drugog osiguranja za zastarjelu obvezu.

Bitno je istaknuti pravilo o učinku koji ima ispunjenje zastarjele obveze. Kada dužnik ispuni zastarjelu obvezu, nema pravo zahtijevati da mu se vrati ono što je dao, čak i ako nije znao da je obveza zastarjela.

O poziciji vjerovnika čija je tražbina osigurana govori odredba prema kojoj se, kada protekne vrijeme zastare, vjerovnik čija je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom može namiriti samo iz opterećene stvari, ako je drži u rukama, ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi.¹⁶ Kada zastari glavna tražbina, zastarjele su i sporedne tražbine, kao što su tražbine kamata, plodova, troškova i ugovorne kazne.¹⁷

Osim općih pravila o zastari ZOO sadrži posebne odredbe o zastari u drugim dijelovima.¹⁸

¹⁴ Tako, Horvat, Ladislav, Posljedice zastare u porezno-pravnom odnosu, str. 313-315.

¹⁵ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05., 41/08. (dalje u tekstu: ZOO).

¹⁶ Međutim, zastarjela tražbina kamata i drugih povremenih davanja ne može se namiriti ni iz opterećene stvari, st. 2. istog članka.

¹⁷ Čl. 223.

¹⁸ Spomenut ćemo neke od njih. Tako ZOO u čl. 51. i 62. uređujući sadržaj solidarnosti dužnika govori i o pitanju zastoja i prekida zastare te odricanja od zastare. Prema tomu, ako zastara ne teče ili je prekinuta prema jednom dužniku, ona teče za ostale solidarne dužnike i može se navršiti, ali dužnik prema kojem obveza nije zastarjela i koji ju je morao ispuniti ima pravo zahtijevati od ostalih dužnika prema kojima je obveza zastarjela da mu naknade svaki svoj dio duga. Slično određuje da odricanje od navršene zastare nema učinak prema ostalim dužnicima. Jednako, ako jedan vjerovnik prekine zastaru ili ako prema njemu ne teče zastara, to ne koristi ostalim vjerovnicima i prema njima zastara teče i dalje, no odricanje od zastare učinjeno prema jednom vjerovniku koristi i ostalim vjerovnicima. U dijelu gdje uređuje odnose jamaca i dužnika ZOO o zastari određuje kako zastarom obveze glavnog dužnika zastarijeva i obveza jamca. Kada je rok za

U poreznom je pravu pitanje zastare danas uređeno Općim poreznim zakonom.¹⁹ Do donošenja Općeg poreznog zakona 2001. godine, institut je zastare u području poreznog prava bio reguliran Zakonom o porezu na dohodak.²⁰ Institut zastare potraživanja porezne obveze bio je reguliran odredbama čl. od 100. do 102. Relativni je rok zastare iznosio pet godina, dok je apsolutna zastara nastupala nakon isteka deset godina. Izmjene, koje je donio sa sobom stari OPZ u porezno pravo, možemo ocijeniti s gotovo svakoga stajališta pozitivno, no među primjedbama svakako je ona koja se tiče dužine zastarnih rokova. Stari OPZ je skratio zastarne rokove čemu se opravdano i danas upućuju prigovori.²¹

U dijelu gdje govori o prestanku prava i obveza iz poreznodužničkog odnosa, u čl. 24., novi OPZ navodi kako prava i obveze iz poreznodužničkog odnosa prestaju plaćanjem, prijebom, otpisom i u drugim slučajevima određenim ovim zakonom dok prava iz porezno-dužničkog odnosa prestaju zastarom.

Iako se navedenom odredbom određuje da zastarom prestaju prava iz poreznodužničkog odnosa, ovdje se postavlja pitanje, ima li porezno tijelo samo pravo ili i dužnost utvrditi i naplatiti porez. Porezno tijelo ima pravo, ali i dužnost utvrditi i naplatiti porez. Ovako nepreciznu odredbu trebalo je izmijeniti novim OPZ-om.

Poreznodužnički odnos je takav odnos u kojem jedan subjekt, porezni dužnik, ima obvezu prema drugom subjektu, poreznom vjerovniku, izvršiti novčanu činidbu. Objekt je tog odnosa novčana činidba, najčešće u obliku poreznog duga. Zahtjevi iz poreznodužničkog odnosa nastaju trenutkom stjecanja zakonom predviđenih činjenica. Primjerice, kod poreza na promet nekretnina to je trenutak zaključivanja pravnog posla ili ugovora.²² Taj je trenutak različit za svaki pojedini porezni oblik i posebno je naveden u svakom zakonu koji uređuje pojedini porezni oblik.

Upravo je ova činjenica od velikog značaja u tematiziranoj problematici. Naime, radi se o zakonskom pravnom odnosu (*obligatio de lege*). Porezni se dug i porezni zahtjevi nikada ne mogu temeljiti na pravnom poslu, odlukama

zastaru obveze glavnog dužnika dulji od dvije godine, obveza jamca zastarijeva nakon isteka dvije godine od dospelosti obveze glavnog dužnika, osim kada jamac odgovara solidarno s dužnikom. Prekid zastare tražbine prema glavnom dužniku djeluje i prema jamcu samo ako je do prekida došlo nekim postupkom vjerovnika pred sudom protiv glavnog dužnika. Zastoj zastare obveze glavnog dužnika nema učinka prema jamcu. U dijelu o ugovoru o asignaciji ili uputi ZOO u čl. 134. propisuje da pravo primatelja upute zahtijevati ispunjenje od upućenika, zastarijeva za godinu dana. U st. 2. istog članka, određeno je da ako za ispunjenje nije određen rok, zastara počinje teći kad upućenik prihvati uputu, a ako ju je on prihvatio prije nego što je dana primatelju upute, onda kad ovome bude dana.

¹⁹ Novi OPZ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2009. godine.

²⁰ NN 109/93., 95/94., 25/95.- pročišćeni tekst, 52/95. (ispr.), 106/96. i 164/98.

²¹ Na žalost, novi OPZ nije išao u smjeru produženja zastarnih rokova. Detaljnije o uređenju zastare u poreznom pravu do 2001. godine, tj. do donošenja starog OPZ-a, vidi, Vukić, Nikola, *Zastara potraživanja poreza u Republici Hrvatskoj, Tendencije u razvoju financijske aktivnosti države, Zbornik radova sa Znanstvenog skupa povodom 100. obljetnice tiskanja knjige Stjepana Posilovića "Financijalna znanost"*, HAZU, Zagreb, 2000., str. 309-323.

²² Vidi, čl. 14., 15. i 16. Zakona o porezu na promet nekretnina, NN 69/97., 153/02.

drugih tijela budući da je nastanak poreznog duga i poreznih zahtjeva vezan uz stjecaj zakonom utvrđenih činjenica. Dakle, za sve se porezne obveznike određuje isti dan od kojega počinju djelovati pravne posljedice poreznog duga.

Prestankom zahtjeva iz poreznodužničkog odnosa prestaje i sam poreznodužnički odnos i porezni dug.

Opća pravila o poreznoj zastari sadržana su u petom dijelu OPZ-a pod naslovom Opće postupovne odredbe u 8. poglavlju, Porezna zastara. Tako čl. 94. sadrži zastarne rokove uz taksativno navođenje prava koja zastarijevaju. Pravo poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata, pokretanje prekršajnog postupka, naplatu poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni te pravo poreznog obveznika na povrat poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni zastarijeva za tri godine računajući od dana kada je zastara počela teći. Uz detaljno navođenje računanja zastarnih rokova, početka tijeka zastare, OPZ sadrži odredbu kojom se potvrđuje specijalna pravna narav odredbi o zastari uz upućivanje na supsidijarni izvor, *lex generalis*, a to je ZOO. Novi OPZ u st. 6. i 7. čl. 94. sadrži nove odredbe o zastari koje ne nalazimo u starom OPZ-u. Njima se određuje da se u vrijeme zastare računa i vrijeme koje je proteklo u korist prednika poreznog obveznika te o nenastupanju zastare prava na naplatu tražbine na temelju poreza, kamata i troškova, ukoliko je tražbina osigurana založnim pravom ili hipotekom, koji su upisani u javnu knjigu. U tom se slučaju tražbina može naplatiti iz opterećenih stvari. ZOO sadrži sličnu odredbu kojom je utvrđeno da se protekom zastarnog roka vjerovnik može namiriti ako je tražbina osigurana zalogom ili hipotekom samo iz opterećene stvari ako je drži u rukama ili je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi.²³

Iako se OPZ poziva na ZOO, kao supsidijaran izvor glede uređenja instituta zastare, pogrešno je zaključiti da na sve što izrijeком OPZ ne uređuje u području zastare treba primijeniti propise građanskog prava, ZOO-a.

Prema Zakonu o obveznim odnosima zastarijeva “samo” zahtjev na ispunjenje obveze, ali ne i pravo.²⁴ Zakonski je izričaj drugačiji. U općim odredbama o zastari ZOO-om se utvrđuje prestanak prava zahtijevati ispunjenje obveze. No, ne prestaje pravo niti obveza. Otuda proizlazi i učinak ispunjenja zastarjele obveze. Dužnik nema pravo zahtijevati ono što je dao, čak i ako nije znao da je obveza zastarjela.

Opći porezni zakon²⁵ određuje da prava i obveze iz poreznodužničkog odnosa prestaju prijebajem, isplatom, otpisom i u drugim slučajevima određenim zakonom, dok zastarom prestaju prava iz poreznodužničkog odnosa. Izričaj se bitno razlikuje u odnosu na ZOO. Nema riječi o gubitku prava postavljanja

²³ Razlika je u dijelu odredbe prema kojoj se zastarjela tražbina kamata i drugih povremenih davanja ne može niti na taj način namiriti.

²⁴ Drugačija je odredba koja predstavlja odstupanje od ovog načela, gdje se u čl. 227. ZOO govori o zastari prava- pravo iz kojeg proistječu povremene tražbine.

²⁵ I slični propisi o javnopravnim davanjima poput carinskih propisa, npr. Carinski zakon, NN 78/99., 94/99., 117/99., 73/00., 92/01., 47/03., 140/05., 138/06., 60/08., u čl. 250. i 250a, govore o zastari prava na naplatu duga

zahtjeva za ispunjenjem obveze. Izrijeckom se kaže da prestaje pravo. Dakle, ne samo da vjerovnik nema pravo zahtijevati ispunjenje obveze, već je njegovo pravo, koje se sastoji od zahtjeva i ovlaštenja u cjelini prestalo postojati, tj. ugasilo se *ex lege*. Takvo uređenje ukazuje na prekluzivnu²⁶ narav zastare u poreznom pravu.²⁷

Prestankom ili gašenjem prava jedne strane prestaje i obveza druge, budući da subjektivnom pravu jednog subjekta uvijek odgovara obveza drugog subjekta. Kada je pravo prestalo postojati tada se ne može primiti ispunjenje obveze jer je ona jednako prestala postojati. Dakle, nastupanjem zastare prava na naplatu poreza, plaćanje poreznog duga je plaćanje neduga. Stoga, ne vrijedi pravilo iz ZOO po kojemu u slučaju kada dužnik ispuni zastarjelu obvezu nema pravo zahtijevati da mu se vrati ono što je dao.

Praksa često zauzima drugačija stajališta od prethodno navedenog. U predmetu od 17. travnja 2008. godine, odbijen je tužitelj sa zahtjevom za povrat plaćenog kojim je zahtijevao i utvrđivanje nastupa zastare prava na naplatu poreza na promet nekretnina. Naime, tužitelju je utvrđena obveza plaćanja poreza na promet nekretnina u 1994. godini. Zastarni je rok počeo teći 1. siječnja 1995. godine pa je protekom 1. siječnja 2001. godine nastupila apsolutna zastara. Tužitelj je podmirio porezni (ne)dug 27. rujna 2001. godine, odnosno nakon nastupa apsolutne zastare,

²⁶ Temeljne razlike između zastare i prekluzije: prekluzivni je rok strogi zakonom određeni rok unutar kojega stranka mora poduzeti određene radnje, ako neće da joj se ugasi ne samo zahtjev nego i subjektivno pravo. Prekluzija je u tom smislu slična zastari, a razlikuje se što se kod zastare gubi pravo na tužbu ili zahtjev na prisilno izvršenje prava, a ne samo pravo. Dok istekom prekluzivnog roka nastupa prekluzija, gubi se pravo. Na prekluzivne rokove sud pazi po službenoj dužnosti i obično su kratki. Prekluzija, *lat. precludo* (zatvoriti) je poseban institut građanskog prava koji se slično, kao i institut zastare, zasniva na činjenici nevršenja prava u određenom roku. Razlike između ova dva instituta postoje i u sljedećem: zastara se odnosi na tražbena (obligaciona prava), a prekluzija na preobražajna prava (pravne moći). Po proteku roka zastare titular subjektivnog prava, koji nije vršio svoje pravo, gubi mogućnost putem suda zahtijevati prinudno ostvarenje prava (zastarjelošću pravo ne prestaje postojati u građanskom pravu, već ono postoji i dalje, ali kao prirodna obligacija (*obligatio naturalis*) koja je neutuživa). Kod prekluzije se pravo konačno gubi i u cjelini.

Kao posljedica prethodne razlike, prekludirani dužnik koji je svoju obavezu ispunio po proteku prekluzivnog roka može zahtijevati povrat danog na ime obveze ispunjenja. Kod zastare dužnik nema prava na povrat, čak i u slučaju da je bio u zabludi u pogledu ispunjenja zastarjele obaveze. Prekluzivni rok teče neprekidno, a kod zastare postoji mogućnost zastoja i prekida. Na prekluzivne rokove sud pazi *ex officio* dok na rokove zastare samo po prigovoru tuženog. U pravnoj teoriji i praksi sporni su kriteriji razlikovanja prekluzivnih rokova od rokova zastare. Zakonski se to najčešće rješava nedefiniranjem prekluzivnih rokova, dok se u okviru poglavlja o rokovima zastare navodi u kojim slučajevima se ne primjenjuju pravila o zastari.

²⁷ Unutar teorijskih klasifikacija rokova ističemo da razlikovanje rokova na prekluzivne (peremptorne) i dilatorne rokove ima za kriterij razlikovanja upravo pravne posljedice. Kod prekluzivnih se rokova radi o razdoblju unutar kojega stranke moraju poduzeti određenu radnju ili im se gasi samo subjektivno pravo dok dilatorni rokovi označavaju razdoblja koja moraju proteći da bi stranka mogla poduzeti određenu (postupovnu) radnju. Vidi, detaljnije, Lončarić-Horvat, Olivera, *Osnove općega poreznog prava*, II dio, *Porezni vjesnik-a*, 1999., Institut za javne financije, str. 22. To naglašavamo iz razloga što se pogrešno smatra da su pojmovi zastarnog i prekluzivnog roka suprotnosti.

protekom roka od šest godina. Sud je utvrdio da to što je tužitelj dug podmirio nakon što je nastupila apsolutna zastara ne daje mu zakonsko pravo na povrat plaćenog. U svojoj se odluci sud pozvao na (tada važeći) ZOO i čl. 367. prema kojemu dužnik ako ispuni zastarjelu obvezu nema pravo zahtijevati da mu se vrati ono što je dao, čak i ako nije znao da je obveza zastarjela.²⁸ Stajalište poreznih tijela koja smatraju da se zastarom ne gasi samo pravo potvrđuje Upravni sud u nemalom broju slučajeva tumačeći odredbe OPZ-a o zastari na način da zastarijeva samo zahtjev. Slijedom toga, ako dužnik ispuni zastarjelu obvezu, smatra se da je platio dug, a ne nedug te ne može tražiti povrat plaćenog.²⁹

Bogata je praksa poreznih tijela i Upravnog suda iz područja javnih davanja gdje se pitanje učinka zastare rješava primjenom odredbi građanskog prava. No, smatramo da nije ispravno utvrditi da dužnik ispunjavanjem zastarjele obveze plaća dug. U slučaju kada se ugasilo subjektivno pravo vjerovnika (u ovom slučaju države-poreznog tijela) tada otpada pravni temelj po kojemu imovina dužnika, u ovom slučaju u obliku novca, može prijeći na vjerovnika. U tom se slučaju radi o plaćanju neduga i dužniku treba priznati pravo na povrat plaćenog.³⁰ Budući da je prestalo samo subjektivno pravo ne postoji pravna osnova za prijelaz imovine s dužnika na vjerovnika. Porezno tijelo ne može zakonito primiti uplatu zastarjele porezne obveze jer je njezino subjektivno pravo prestalo postojati. U tom slučaju, takva uplata poreznog dužnika može biti jedino tretirana kao darovanje ili što drugo, ali nikako kao plaćanje duga jer je on prestao postojati.

5. Zastarni rokovi i njihovo računanje

U građanskom pravu temeljno je razlikovanje zastarnih rokova na opće i posebne zastarne rokove te na relativne i apsolutne zastarne rokove.

Određujući opći rok zastare ZOO u čl. 225. utvrđuje da tražbine zastarijevaju za pet godina ako zakonom nije određen neki drugi rok zastare. Kada je riječ o povremenim tražbinama, tražbine povremenih davanja, koja dospijevaju godišnje ili u kraćim razdobljima, pa bilo da se radi o sporednim povremenim tražbinama, kao što je tražbina kamata, bilo da se radi o takvim povremenim tražbinama u kojima se iscrpljuje samo pravo, kao što je tražbina uzdržavanja, zastarijevaju za tri godine od dospelosti svakoga pojedinog davanja.³¹ Apsolutni zastarni rok određen je u dvostrukom trajanju relativnog zastarnog roka.

²⁸ Predmet US-171/2005 od 17. travnja 2008. godine, Juričić, Mirjana, *Zastara u poreznim stvarima, Upravno pravo-aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse-2008.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 128.

²⁹ U presudi Upravnog suda br. US-11617/1998 od 8. veljače 2001. godine, govori se o zastari prava na podnošenje zahtjeva. Prema, Kriletić, *Zastara naplate carine i prekršajnog progona u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske, Upravno pravo“aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse“2008.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 102-103.

³⁰ Primjer takve pogrešne prakse je Presuda Upravnog suda br. Us-11617/1998 od 8. veljače 2001. godine.

³¹ V. ZOO, čl. 226.

Trend skraćivanja zastarnih rokova do kojega je došlo u gotovo svim granama privatnog prava odgovor je na brojne situacije koje nalazimo u praksi npr. građanskog i trgovačkog prava. I takvi, već od zakonodavca “skraćeni” zastarni rokovi, nekada se pokazuju predugim. Rješenje su stvorili sudska praksa i teorija primjenom načela savjesnosti i poštenja. Iz navedenoga je načela kreirana i izvedena ustanova *Verwirkung*. Navedeni je institut sudska praksa razvila, a teorija prihvatila i detaljno razradila, kao korektiv koji proizlazi iz pravičnosti. Uz vrlo restriktivnu primjenu, ova se ustanova iznimno primjenjuje sjedinjujući tri bitna elementa: zakašnjenje u vršenju prava, proturječno ponašanje vjerovnika i ideja povjerenja. No, ovu ustanovu valja razlikovati od zastare, budući da je bitno različita.³²

U kontekstu dužine zastarnih rokova imamo gotovo suprotnu situaciju u poreznom pravu, zastarni rokovi se produžuju, tj. takve zahtjeve upućuju teorija i praksa.

U poreznom se pravu razlikuje više vrsta zastarnih rokova. Razlikovanje se može napraviti prema vrsti prava, koja imaju sudionici poreznopravnog odnosa, odnosno prema pravima iz poreznodužničkog odnosa. Radi se o pravu poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata, pokretanje prekršajnog postupka, naplatu poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni te pravu poreznog obveznika na povrat poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni. Navedena prava zastarijevaju za tri godine računajući od dana kada je zastara počela teći. Početak tijeka zastarnog roka razlikuje se ovisno o kojem je pravu riječ.

Kao “glavne” vrste zastara mogli bi odrediti zastaru (prava) određivanja porezne obveze i zastaru (prava) naplate potraživanja iz poreznodužničkog odnosa. Zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata počinje teći nakon isteka godine u kojoj je trebalo utvrditi porezne obveze i kamate. Zastara prava na pokretanje prekršajnog postupka počinje teći nakon isteka godine u kojoj je počinjen prekršaj. Zastara prava na naplatu poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni počinje teći istekom godine u kojoj je porezni obveznik sam utvrdio poreznu obvezu ili nakon isteka godine u kojoj je porezno tijelo utvrdilo poreznu obvezu, kamate, troškove ovrhe i novčanu kaznu. Zastara prava na povrat poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni počinje teći istekom godine u kojoj je porezni obveznik stekao pravo na povrat.

Pored navedenog, razlikuje se, jednako kao i u građanskom pravu, relativni i apsolutni zastarni rok.

Apsolutni rok zastare prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze i kamata, pokretanje prekršajnog postupka, naplatu poreza,³³ kamata, troškova

³² Krneta, str. 22.

³³ “Pravo na naplatu poreznog duga zastarijeva protekom roka apsolutne zastare osim, sukladno odredbama Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine” broj 53/91, 93/91) kad Porezna uprava u postupku ovrhe radi naplate poreznog duga stekne pravo zaloga ili hipoteke na određenoj pokretnoj odnosno nepokretnoj stvari, tada pravo na naplatu poreznog duga ne zastarijeva, odnosno može ga se u svako doba naplatiti iz prodaje stvari na kojoj postoji pravo zaloga ili hipoteke.” Mišljenje Središnjeg ureda, klasa 410-01/02-02/29, ur. broj: 513-07/02-2, od 12.3.2002. Mišljenje

ovrhe i novčanih kazni te prava poreznog obveznika na povrat poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni nastupa za šest godina računajući od dana kada je zastara počela *prvi put teći*. Dakle, rješenje je isto kao i u građanskom pravu gdje je apsolutni zastarni rok određen u dvostrukom trajanju relativnog zastarnog roka.

5.1. Prekid i zastoj zastare

Zakonski su propisi o zastari imperativne naravi pa govorimo o zabrani promjene roka zastare. Stoga ugovorne strane u građanskopravnom odnosu te sudionici poreznopravnog odnosa ne mogu unaprijed i prije isteka zastarnog roka pravnim poslom odrediti drugačije vrijeme zastare od onog zakonskog. Jednako ne mogu niti odrediti da zastarijevanje neće teći neko vrijeme. No, zakonom se predviđaju činjenice zbog kojih dolazi do zastoja zastare ili prekida zastare. Radi se o taksativno navedenim činjenicama pa se pravnim poslovima sudionika navedenih pravnih odnosa ne mogu odrediti druge činjenice koje bi imale učinak promjene roka zastare.

Pod zastojem zastarijevanja razumije se nastup takvih činjenica koje sprječavaju zastaru na način sprječavanja početka tijeka zastare ili tijekom zastarnog roka prestaje sve dok postoji zakonom predviđena činjenica. Proteklo vrijeme se uračunava u zastaru pa činjenice koje uzrokuju zastoj dovode do toga da se stvarno zastarni rok produžuje. ZOO navodi izričekom razloge koji dovode do zastoja zastare.³⁴ Od situacija kada zastara ne teče, u poreznim stvarima ne dolazi u obzir ZOO-om predviđena situacija postojanja tražbina između srodnika.

Odredbi o zastaju zastare nema u poreznim propisima. U OPZ-u nema odredbi o zastaju zastare.

Do prekida zastare, s druge strane, može doći isključivo voljom sudionika nekog pravnog odnosa. Prekid tijekom zastare zbog točno navedenih uzroka dovodi do prekida već proteklog vremena, no ono se ne uračunava u zakonom određeni rok za (relativnu) zastaru, već zastarijevanje mora početi teći iznova.³⁵ Razloge i učinke prekida zastare ZOO uređuje u čl. 240. do 246.

Novi OPZ uređuje prekid zastare u čl. 95.

Tako se tijekom zastare prekida svakom službenom radnjom poreznog tijela usmjerenom na utvrđivanje ili naplatu poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni, koja je dostavljena na znanje poreznom obvezniku. Jednako se tijekom zastare prekida svakom radnjom poreznog obveznika dostavljeno na znanje poreznom tijelu radi ostvarenja prava na povrat poreza naplaćenog bez pravne osnove ili više plaćenog poreza, kamata, troškova ovrhe i novčanih kazni. Pri tomu, nakon

datira iz 2002. godine, dok novi OPZ ima takvu izričitu odredbu te otpada potreba supsidijarne primjene ZOO-a.

³⁴ Vidi, ZOO, čl. 235.-239. Opširnije, Klarić, Petar, Vedriš, Martin, *Građansko pravo*, 11. izd., Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 184-185.

³⁵ Prema, Čuveljak, Jelena, *Zastoj i prekid zastare*, http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Cuveljak_Jelena_prekid_zastare.pdf. (12.11. 2008.).

poduzetih navedenih radnji, zastarni rok počinje ponovno teći. Dakle, prekid zastare je nastup takvih okolnosti uslijed kojih zastara prestaje teći pri čemu se proteklo vrijeme ne uračunava, nego zastara nakon prekida počinje teći iznova.

Određba OPZ-a prema kojoj apsolutni rok zastare gore navedenih prava nastupa za šest godina računajući od dana kada je zastara počela prvi put teći dovedena u vezu s čl. 91. o prekidu zastare u praksi je bila povodom različitim tumačenjima.

Tako u praksi nalazimo stajališta prema kojima prekid zastare utječe i na novi početak roka apsolutne zastare. No, apsolutni zastarni rok ne može *po drugi put početi prvi put teći*.³⁶ Upravni sud djeluje na uklanjanju pravne nesigurnosti izražavajući stajalište da apsolutni zastarni rok teče u kontinuitetu neovisno od mogućih prekida koji djeluju samo na tijek relativnog zastarnog roka.³⁷

Iako se slažemo s mišljenjima da su zastarni rokovi u poreznom pravu nepotrebno skraćeni ili drugim riječima da su prekratki, to nikako ne znači da se slažemo s pokušajima koje nalazimo u praksi gdje se rokovi zastare produžuju, različitim, često pogrešnim tumačenjima računanja zastarnih rokova. Jedan od takvih pogrešnih načina svakako se nalazi u mišljenjima gdje (apsolutni) zastarni rok po *drugi put počinje prvi put teći*.

5.2. Računanje zastarnog roka prema OPZ-u povodom obrazloženja jedne presude Upravnog suda

Jedan od zaključaka sjednice sudaca Upravnog suda iz 2001. godine je da je za utvrđivanje apsolutnog roka zastare prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze mjerodavno kada je porezno tijelo saznalo za poreznu obvezu.³⁸

Upravni je sud Republike Hrvatske u obrazloženju presude broj US-1038/02, od 6. prosinca 2006. godine zauzeo slično stajalište po kojemu početak računanja zastarnog roka veže uz subjektivnu činjenicu saznanja. “Sud nalazi da je pravilan zaključak poreznog tijela kako u konkretnom slučaju nije nastupila zastara prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze tužitelju. S obzirom, naime, da je prvostupanjsko porezno tijelo saznalo za postojanje porezne obveze 3. svibnja 2001., kad je tuženom tijelu dostavljen Ugovor, radi razreza poreza na promet nekretnina, prvostupanjsko je tijelo tek tada moglo pokrenuti postupak za utvrđivanje porezne obveze tužitelju, pa je nakon isteka te godine zastarni rok i počeo teći. (...). Sukladno spomenutim odredbama OPZ-a, zastara prava poreznog tijela na utvrđivanje porezne obveze počinje teći po isteku godine u

³⁶ No, treba imati na umu činjenicu da su zastarni rokovi materijalnopravni, a ne procesnopravni rokovi. Prema tomu, ako tijekom postupka dođe do poništenja poreznog rješenja i donošenja novog kojim se poništavaju sve pravne posljedice koje je proizvelo poništeno rješenje, ne može se uzeti da je poništen i početak tijeka zastare. Prema, Juričić, Mirjana, *Zastara u poreznim stvarima*, str. 125-126.

³⁷ Odluka US-12178/2006 od 17. travnja 2008., prema, Juričić, str. 131.

³⁸ Zaključak sjednice sudaca Upravnog suda Republike Hrvatske, od 5. studenog 2001., http://www.upravnisdudrh.hr/dogadanja/opatija_2007/.htm.

kojoj je poreznu obvezu trebalo utvrditi, a poreznu se obvezu utvrđuje u postupku razreza poreza pokrenuta na temelju prijave poreznog obveznika, odnosno o saznanju činjenice da je porezna obveza nastala, no u ovome je slučaju prvostupanjsko tijelo za nastanak porezne obveze saznalo 2001. kada mu je ugovor o darovanju dostavljen.” I u praksi Upravnog suda starijeg datuma, temeljenoj na propisima koji su tada bili na snazi, nalazimo slično mišljenje.³⁹

Ako pođemo od navedenih stajališta Upravnog suda onda ne čudi donošenje rješenja u 2000. godini kojim se utvrđuje obveza plaćanja poreza na promet nekretnina, a temeljem ugovora o prometu nekretnina iz 1968. godine. Porezne vlasti nisu dovodile u pitanje svoje pravo na utvrđivanje porezne obveze (i pravo na naplatu) jer, čini se, nisu smatrale da je porezna obveza zastarjela protekom roka duljeg od 30 godina. Naime, u tom se slučaju početak zastarnog roka računao od saznanja za ugovor koji je povod oporezivanja.

Iako Opći porezni zakon u čl. 90. st. 2. kaže da zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata počinje teći nakon isteka godine u kojoj je *trebalo* utvrditi poreznu obvezu i kamate, čini se, i jasno je iz prakse, da postoje dvojbe u odgovoru na pitanje kada *treba* utvrditi porezne obveze i kamate. Uvijek je nužno utvrditi o kakvom se porezu radi, odnosno koje je razdoblje oporezivanja kod određene vrste poreza. Tako, npr. ako se radi o porezu na dohodak za 2007. godinu, porez *treba* utvrditi u 2008. godini, pa zastarijevanje počinje teći 1. siječnja 2009. godine. Ako se, primjerice radi o porezu na promet nekretnina ili posebnim porezima na promet, oni se utvrđuju u trenutku nastanka porezne obveze. Dakle, ako se nekretnina temeljem ugovora stekla u 2007. godini tada zastarijevanje počinje teći istekom te iste godine, odnosno 1. siječnja 2008. godine.⁴⁰

³⁹ Rok u kojem se može razrezati porez teče od trenutka saznanja za rješenje o nasljeđivanju ako stranka nije podnijela poreznu prijavu radi razreza poreza na nasljedstvo temeljem rješenja o nasljeđivanju. “(...) Obzirom na činjenicu da tužitelj, kao porezni obveznik, nije pružio dokaz da je poreznom tijelu prijavio nastanak porezne obveze, što je bio dužan učiniti, to po ocjeni upravnih tijela nije mogla nastupiti zastara u smislu citiranih odredaba (...) ako tužitelj i nije sam podnio poreznu prijavu radi razreza poreza, tada porezna obveza nastaje u času saznanja o donošenju rješenja o nasljeđivanju, te se od tada računa i rok za pravo na razrez poreza, odnosno pravo na pokretanje prekršajnog postupka zbog povreda odredaba ovog zakona, (...) “. Upravni sud Republike Hrvatske, Us-9992/1998 od 26. listopada 2000.

Prema, [www. http://www.upravnisudrh.hr/praksa/full.php?link=htm.php](http://www.upravnisudrh.hr/praksa/full.php?link=htm.php). (13.10.2008.).

⁴⁰ Kod poreza na promet nekretnina moguća je donekle situacija da porezni obveznik sam ne utvrdi poreznu obvezu, tj. akt na temelju kojega je stečena nekretnina i na temelju kojega treba razrezati poreznu obvezu ne dostavi poreznom tijelu. Naime, u tom je slučaju po nekima pitanje je li zastara počela uopće teći jer se radi o poreznoj utaji (eventualno poreznom prekršaju). U svjetlu čl. 14. i 15., Zakona o porezu na promet nekretnina temeljem kojih je javni bilježnik koji ovjerovljuje potpise na ispravama o prodaji ili drugom načinu otuđenja nekretnine obvezan jedan primjerak isprave dostaviti ispostavi Porezne uprave na području koje se nalazi nekretnina u roku od 15 dana po isteku mjeseca u kojem je ovjerovljen potpis na ispravi, prema propisima o obveznom osobnom dostavljanju pismena, jasno da i u slučaju utaje zastara može početi teći. Slično glasi i sljedeći stavak istog zakonskog članka prema kojemu su sudovi i druga tijela obvezni ispostavi Porezne uprave na području koje se nalazi nekretnina dostavljati svoje odluke, kojima se mijenja vlasništvo nekretnina u zemljišnim knjigama, odnosno u službenim očevidnicima u roku od 15 dana po isteku mjeseca u kojem je odluka postala pravomoćna, prema propisima o obveznom

OPZ-om je jasno određen početak roka zastare. Kod prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata to je istek godine (dakle 1. siječanj) u kojoj je *trebalo* utvrditi porezne obveze i kamate. Istovremeno, propisi o pojedinim poreznim oblicima nedvojbeno određuju kada treba utvrditi poreznu obvezu ili dug. Početak tijeka zastarnog roka ne vezuje se nigdje uz (subjektivnu) *mogućnost* ili saznanje poreznih tijela, već uz zakonom utvrđenu obvezu poreznog tijela kada ono *treba* utvrditi porez. No, praksa Upravnog suda pokazuje slučajeve gdje se utvrđuje da rok zastare počinje teći od dana *saznanja* poreznog tijela za nastanak porezne obveze.⁴¹

Situaciju, gdje porezno tijelo treba utvrditi poreznu obvezu, a to ne može učiniti iz razloga što nema saznanja da je nastao povod oporezivanju ne možemo riješiti na način da početak tijeka zastare koji je vezan uz istek godine (dakle 1. siječanj) u kojoj je *trebalo* utvrditi porezne obveze vežemo uz istek godine u kojoj se *moglo* utvrditi porezne obveze.

Ukoliko ne postoji pravna norma donositelji poreznih akata ne mogu popunjavati pravnu prazninu i izmisliti svrhu norme koja po njihovom uvjerenju odgovara javnom interesu. Nedovoljno određeni izrazi kao što je *moći*, *moglo* i sl. dovodi do dvojbe pa takvo neizravno izražavanje zakonodavci rijetko primjenjuju i kod dodjeljivanja slobodnog ovlaštenja.⁴² Kada je riječ o obvezi utvrđivanja poreza tada nema slobodnog ovlaštenja, tj. odlučivanja po slobodnoj ocjeni pa je u primjeni instituta zastare potpuno suprotno svrsi norme koristiti navedeni izraz ili ga tumačenjem norme dovoditi u vezu s institutom zastare.

Ukoliko porezno tijelo ne može utvrditi poreznu obvezu zbog određenog nedopuštenog ponašanja poreznog obveznika tada govorimo o poreznom prekršaju ili, pak, i o poreznoj utaji.

Pitanje zastare u slučaju porezne utaje treba riješiti odredbom OPZ-a koja tada isključuje zastaru ili produžuje zastarne rokove.

U institut zastare (s obilježjem prekluzivnog roka) unosi se i stvara pravna nesigurnost ako početak roka zastare vežemo uz subjektivni trenutak, mogućnost ili saznanje. Pravna nesigurnost nešto je što nikako ne bi smjelo proizlaziti iz sudske prakse ili prakse državnih tijela.

Dakle, činjenica da se porez nije utvrdio u godini u kojoj je trebao biti utvrđen zbog počinjenja porezne utaje nije argument za tumačenje spomenutih odredbi na snazi, na način da apsolutni rok zastare, koji je zakonom određen kao objektivan rok, tumačimo i pretvaramo u subjektivan rok. Zakonom određen

osobnom dostavljanju pismena. Mišljenja smo da i u tom slučaju zastara počinje teći jer zakon jasno navodi kada treba utvrditi poreznu obvezu,

⁴¹ Upravni sud RH br. Us-1038/02, 6. prosinca 2006., Računovodstvo i financije, br. 10., 2007., str. 110.

⁴² Kriletić, Marija, Praksa Upravnog suda Republike Hrvatske u poreznim stvarima (s obzirom na odluke donesene prema slobodnoj ocjeni), *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 8., www.upravnisudrh.hr/praksanov/porez_slobodna.htm(1.11.2007.).

zastarni rok kao objektivan rok prekluzivne naravi ne bi smio biti, zbog teških posljedica, protumačen kao subjektivan rok.

Poredbenopravno gledano, zastarni su rokovi u poreznom pravu različito uređeni. Ono što se svakako može primijetiti jeste da većina zemalja pitanje (zastare) porezne utaje rješava odredbama o isključenju zastare, odnosno s bitno dužim zastarnim rokovima u odnosu na opće zastarne rokove. Njemačko porezno zakonodavstvo poznaje zastarne rokove u trajanju od jedne, četiri, pet i deset godina pri čemu se ovaj potonji primjenjuje na poreznu utaju. Austrijsko pravo primjenjuje zastarne rokove u trajanju od tri, pet, sedam i petnaest godina, gdje se rok od sedam godina primjenjuje na utaju poreza, ali se može produživati za po jednu godinu, ukoliko porezne vlasti poduzimaju određene radnje, no nakon proteka 15 godina nastupa apsolutna zastara. SAD apsolutno isključuju zastaru u slučaju da porez (obveza) uopće nije prijavljen, ili je namjerno prikazan krivi porezni dug, ili porezna prijava sadrži namjerno navedene netočne ili neistinite podatke.⁴³

6. Prigovor zastare

Zakon o obveznim odnosima u čl. 214. st. 3., sadrži opće pravilo prema kojem sud na zastaru ne pazi po službenoj dužnosti, već jedino ako se na nju pozove dužnik. Iako takve izričite odredbe OPZ nema, pogrešan je zaključak da se onda supsidijarno primjenjuje navedena odredba ZOO-a.

Ako se na prvi pogled čini kako se radi o dvojbi treba li u poreznom postupku i postupku pred sudom paziti na zastaru po službenoj dužnosti ili ne, čini se da takvu dvojbu treba riješiti u korist poreznih obveznika. Nekoliko je argumenata koji idu takvoj tvrdnji u prilog.

Načelo zakonitosti izraženo u čl. 6. novog OPZ-a temelj je svih argumenata.

Iz ovog načela proizlazi zakonom izričito propisana dužnost poreznog tijela da zakonito utvrđuje sva prava i obveze iz poreznopravnog odnosa te utvrđuje sve činjenice koje su bitne za donošenje zakonite i pravilne odluke. Pri tomu je od nemale važnosti odredba OPZ-a, koja kaže da je porezno tijelo dužno s jednakom pažnjom utvrditi i one činjenice koje idu u prilog poreznom obvezniku. Jasno je da nastup zastare prava na utvrđivanje poreza i prava na naplatu poreza ili kojeg drugog javnog davanja predstavlja činjenicu koja ide u prilog poreznom obvezniku. Jednako je tako jasno i da je stupanj pažnje, koji je potreban za utvrđenje činjenica koje dovode do nastanka ili povećanja porezne obveze, jednak ili samo veći no stupanj pažnje koji je potreban za utvrđenje zastare.

Prema tomu, nema sumnje da za porezno tijelo, kao i sud, utvrđenje zastare ne predstavlja posebnu, pojačanu aktivnost ili posebne izvanredne radnje iz

⁴³ Vidi opširnije, Lončarić-Horvat, Olivera, *Zastara u poreznom pravu SAD-a, Njemačke, Austrije i Hrvatske, Porezni vjesnik*, br. 2., 2005., str. 34-35., Horvat, Ladislav, *Posljedice zastare u porezno-pravnom odnosu, Zbornik radova: Hrvatska pred vratima EU-fiskalni aspekti*, Zagreb, 2005., str. 309-315.

kojih bi mogli zaključiti da se traži veći stupanj pažnje no u odnosu na ostale postupovne radnje.

Obveza poreznog tijela paziti na zastaru po službenoj dužnosti ima zakonsku osnovu u načelu zakonitosti i čl. 6. st. 2. Pogrešno bi bilo supsidijarno primijeniti pravilo ZOO-a po kojemu se sud neće obazirati na zastaru ako se dužnik na nju ne pozove. U poreznom bi pravu temeljem načela zakonitosti drugostupanjsko tijelo trebalo, ispitujući zakonitost pobijanog akta, i bez prigovora zastare voditi računa o tomu. Jednako i sud, ispitujući zakonitost osporenog upravnog akta nije vezan razlozima tužbe što znači da sam treba uzeti u obzir zastaru kada nije istaknuta u tužbi.

7. Umjesto zaključka

Zastara kao institut primarno građanskog prava ima svoje mjesto i u javnom pravu. Ta je ishodišna točka zastare, praksa pokazuje, jedan od glavnih razloga da se zakonski okvir privatnopravne zastare često uzima kao supsidijarni izvor prava u primjeni istog instituta u javnom, poreznom pravu i kada za to nema temelja. Iako, postoji izričita zakonska odredba u poreznom pravu koja ukazuje na supsidijarnu pravnu narav odredbi građanskog prava o zastari pogrešno je iz toga zaključiti da sve ono što izrijekom nije uređeno u javnom pravu u pogledu zastare treba urediti prema građanskopravnim pravilima zastare.

Pravne su posljedice zastare u građanskom i poreznom pravu bitno različite. Stajalište prema kojemu u poreznom pravu nastupom zastare prestaje ne samo zahtjev, već i ovlaštenje koje proizlazi iz prava, odnosno prema kojemu se gasi samo pravo, ima svoje uporište i brani se mnogim argumentima. Dok u građanskopravne, tj. obveznopravne odnose sudionici ulaze na temelju suglasnosti volje, u javnopravni odnos se ulazi gotovo prisilno, tj. kada su ispunjeni zakonom previđeni uvjeti. Protekom zastarnog roka, vjerovnik gubi, ne samo zahtjev, tj. sudsku zaštitu ostvarenja prava, već i samo pravo. Zakonska osnova nastanka poreznopravnog i poreznodužničkog odnosa onemogućuje postojanje i opstanak naturalne obveze po proteku zastarnog roka u javnome pravu. Kada u građanskom pravu nastupi zastara, zakonodavac uskraćuje vjerovniku sudsku zaštitu njegova prava. On ne može ulaziti u samo postojanje odnosa, nastao je mimo njegove volje i tako i dalje egzistira. Prema tomu, vjerovnik ima i dalje pravo, koje doduše ne uživa sudsku zaštitu, a dužnik i dalje ima obvezu ispunjenja koja se ne može prisilno, sudski tražiti. Stoga je to naturalna obveza. Obveza je ostala nepromijenjena kako je određena suglasnošću volja stranaka, sudionika odnosa. Stranke svojom voljom odlučuju kada će nastati i kada će prestati odnos.

No, poreznopravni odnos je odnos *ex lege*. U poreznom pravu, subjektivno pravo vjerovnika proizlazi iz zakona. Dužnik ne iskazuje svoju suglasnost ili pristanak na obvezu koja nastaje. Protekom zastarnog roka zakonodavac u ovom slučaju ne uskraćuje vjerovniku samo pravo na sudsku zaštitu, već prestaje postojati i samo pravo. Dužniku nametnuta obveza ima svoju osnovu u zakonu, a ne u suglasnim voljama stranaka. Protekom zastarnog roka obveza prestaje

postojati budući da je njezina osnova u zakonu koji određuje kada nastaje i kada prestaje odnos. Ne može se govoriti o postojanju naturalne obveze u javnopravnom odnosu. U ovom slučaju obveza ili postoji ili ne. Zakonodavac je ovdje kreator odnosa, on imperativno određuje kada nastaje i kada prestaje odnos.

Slijedom navedenoga, kada dužnik ispuni zastarjelu građanskopravnu obvezu, ispunjava obvezu na koju je sam pristao, iskazivanjem svoje volje. Ta obveza ne uživa sudsku zaštitu, ali je i dalje obveza koju zovemo naturalnom obvezom. Takvog pristanka dužnika na obvezu u javnopravnom odnosu nema i nije niti potrebna. U poreznom pravu ako porezni obveznik ili porezni dužnik želi ispuniti obvezu koja je zastarjela, on to ne može učiniti jer je prestala postojati. Vjerovnik ne može primiti ispunjenje zastarjele obveze budući da je ona prestala postojati. Porezni dug nastupom zastare postaje nedug.

Jednako je pogrešno zaključiti iz nepostojanja izričite odredbe Općeg poreznog zakona po kojoj na zastaru porezno tijelo i sud paze po službenoj dužnosti, da to znači kako u tom slučaju supsidijarno treba primijeniti pravilo građanskog prava po kojemu se na zastaru pazi jedino po prigovoru stranke. Argumenata je više za takvo stajalište čiji je temelj u načelu zakonitosti poreznog postupka.

OPZ nema odredbi o obustavi ili zastoju zastare. Prema pravilima građanskog prava, općenito, pod zastojem ili obustavom zastarijevanja podrazumijeva se nastup takvih okolnosti uslijed kojih zastara ne može početi teći ili, već započeta zastara prestaje teći tako dugo dok te okolnosti ne otpadnu. Nakon toga zastara se nastavlja, a proteklo vrijeme uračunava. Razloge koji utječu na zastoj zastarijevanja možemo podijeliti u dvije temeljne skupine. Subjektivni razlozi zastoja ili obustave zastare sastoje se u specifičnim osobnim odnosima između vjerovnika i dužnika. Objektivni razlozi zastoja zastare predstavljaju stvarnu nemogućnost vjerovnika ostvariti potraživanja. Poreznim propisima je uređeno pitanje prekida zastare. Prekid zastare ima utjecaja na relativnu zastaru što je i razumljivo jer do njega dolazi voljom ili radnjom sudionika određenog pravnog odnosa. No, prekidi ne utječu na zakonom određeni rok apsolutne zastare.

Sažimajući navedeno za zaključiti je da zastarni rok u poreznom pravu ima gotovo sva obilježja prekluzivnog roka. Unutar zastarnog roka sudionici poreznopravnog odnosa moraju poduzeti određene radnje ako žele iskoristiti svoje pravo, jer se protekom zastarnog roka gasi subjektivno pravo. Na istek zastarnog roka pazi se po službenoj dužnosti. No, dok kod prekluzivnih rokova nema prekida ni zastoja porezno pravo poznaje izrijekom prekid zastarnog roka. Inkorporiranje instituta privatnog prava, postavljenog na drugim zasadama u javno, porezno pravo ukazuje na opasnosti koje praksa u primjeni takvog instituta potvrđuje. Trebalo bi razmisliti o značaju i eventualnom ukidanju odredbe koja upućuje na supsidijarnu primjenu odredbi ZOO-a u poreznom pravu. Naime, podredno propisana primjena odredbi privatnoga prava u javnom pravu, pokazuje se kao “zamka” u koju se može upasti ako se ne vodi računa o cilju i svrsi pravnih propisa.

Summary

**STATUTE OF LIMITATIONS – ON IMPLEMENTATION
OF CIVIL LEGAL RULES IN THE TAX LAW AND COURT
PRACTICE**

The statute of limitations contributes to legal security of parties involved in legal relations being implemented in the field of private and public law. In principle, the statute of limitations has been considered as an institute of the Civil Law. Therefore, it is no surprise that revenue regulations prescribe a subsidiary application of the Civil Law regulations on statute of limitations. Nevertheless, there are considerable and significant differences between the statute of limitations in Civil Law and in Tax Law. The practice has confirmed these differences. Having this in mind, the author concludes that Civil Law rules governing the statute of limitations can be exceptionally implemented in revenue operations and court practice. If otherwise, legal security would be jeopardized.

Key words: *statute of limitations, tax law, civil law, practice.*

Riassunto

**PRESCRIZIONE – SULL'APPLICAZIONE DELLE REGOLE
CIVILISTICHE NEL DIRITTO TRIBUTARIO E LA PRASSI
GIURISPRUDENZIALE**

L'istituto della prescrizione contribuisce alla certezza giuridica dei soggetti di diritto; trova applicazione nel settore privato ed in quello pubblico del diritto. In linea di principio, si ritiene che la prescrizione sia un istituto del diritto civile, sicché non sorprende che la legislazione tributaria operi un rinvio all'applicazione sussidiaria delle norme civilistiche in materia di prescrizione. Nondimeno, la differenza tra la prescrizione nel diritto civile ed in quello tributario è consistente e significativa, come dimostra anche la giurisprudenza. Le differenze osservate conducono alla conclusione che nel procedimento tributario le regole civilistiche in materia di prescrizione possono applicarsi solo in via eccezionale. In caso contrario, verrebbe meno la certezza del diritto.

Parole chiave: *prescrizione, diritto tributario, diritto civile, prassi.*

UPIS ETAŽNOG VLASNIŠTVA (VLASNIŠTVA POSEBNOG DIJELA NEKRETNINE) U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI

(s posebnim osvrtom na upise izvršene prije stupanja na snagu Zakona
o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, dvojbe i problemi u praksi)

Damir Kontrec, dipl. iur.
Sudac i zamjenik predsjednika
Županijskog suda u Varaždinu

UDK: 347.238.3
Ur.: 23. siječnja 2009.
Pr.: 17. veljače 2009.
Stručni članak

U praksi zemljišnoknjižnih sudova u Republici Hrvatskoj puno problema izaziva upis etažnog vlasništva, pri čemu se problemi najviše javljaju kod upisa etažnog vlasništva u zgradama izgrađenim prije stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, odnosno Zakona o zemljišnim knjigama. Novim zakonskim rješenjima, a pogotovo ponovnim uvođenjem načela pravnog jedinstva nekretnine, došlo je do promjena u pogledu reguliranja etažnog vlasništva i upis tog prava u zemljišnoj knjizi. Ovaj se rad bavi pitanjem upisa etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi, pri čemu je dan prikaz zakonskih propisa koji su regulirali ovo pitanje od sredine prošlog stoljeća pa do danas, a posebno je ukazano na probleme koji se javljaju u praksi u postupcima upisa etažnog vlasništva kod zemljišnoknjižnih sudova, ali i kod postupka povezivanja zemljišne knjige i knjige položenih ugovora. Također se razmatra pitanje na koji način se ranije izvršeni upisi etažnog vlasništva mogu uskladiti s postojećim zakonskim rješenjima o upisu vlasništva posebnog dijela nekretnine u zemljišnoj knjizi.

Ključne riječi: etažno vlasništvo, upis u zemljišne knjige.

1. Uvod

U praksi zemljišnoknjižnih sudova najviše problema, a često puta i nerazumijevanja, čini upravo upis vlasništva posebnoga dijela nekretnine ili etažnog vlasništva. S obzirom na broj zemljišnoknjižnih sudova (do 1. siječnja 2009. godine ukupno 109 zemljišnoknjižnih sudova, a od 1. siječnja 2009. godine 67 zemljišnoknjižnih sudova te ukupno 21 županijski sud), koji postupaju kao žalbeni sudovi u zemljišnoknjižnim predmetima, slobodno se može reći da je praksa vrlo šarolika, pa se kod upisa etažnoga vlasništva na različitim sudovima

traže različite isprave, čime se građani dovode u neravnopravni položaj. Kod toga valja dodati da se u zemljišnoknjižnim sudovima vodi knjiga položenih ugovora, koja je bila ustrojena kao jedna privremena evidencija u koju su se trebali evidentirati prodani stanovi, a na kojima je ranije postojalo stanarsko pravo.

Donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹ i Zakona o zemljišnim knjigama² u potpunosti je izmijenjena koncepcija etažnog vlasništva, ali i koncepcija upisa etažnog vlasništva u zemljišnim knjigama.

Stoga će se u ovom radu prikazati pravni propisi koji su regulirali etažno vlasništvo i upis istoga u zemljišnu knjigu ili neku drugu sličnu evidenciju, prikazat će se propisi koji danas reguliraju pitanje upisa etažnog vlasništva u zemljišnu knjigu, a posebno će se razmotriti problemi koji se javljaju kod upisa, odnosno razlozi koji sprječavaju brz, jednostavan i efikasan način evidentiranja etažnog vlasništva u zemljišnim knjigama.

2. Upis etažnog vlasništva u zemljišnu knjigu do 1. siječnja 1997. godine

2.1. Općenito o povijesti etažnog vlasništva na području današnje Republike Hrvatske

Povijest etažnog vlasništva ili vlasništva posebnoga dijela nekretnine na tlu Hrvatske seže u XIX. stoljeće. U dijelovima Hrvatske koji su bili pod talijanskom upravom, kao što su to Istra, Rijeka, Zadar, postojalo je etažno vlasništvo jer je to omogućavao tadašnji Talijanski građanski zakonik, a isto tako etažno vlasništvo postojalo je i na nekim područjima pod upravom Austrije, primjerice u Senju.³

Zakonom o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine⁴ bilo je zabranjeno zasnivanje vlasništva na posebnom dijelu nekretnine. Nakon Drugog svjetskog rata sudska praksa je priznavala postojanje etažnog vlasništva, da bi već 1947. godine Ukazom Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ o važnosti pravnih pravila o nedopustivosti prava vlasništva na fizičkim dijelovima zgrada od 17. siječnja 1947. godine bilo ponovno zabranjeno. No, već 2. ožujka 1949. godine ovaj je Ukaz dopunjen odredbom o dopustivosti postojanja etažnog vlasništva u korist države, kada država vlasništvo stječe zakonom (nacionalizacijom, konfiskacijom i sl.). Etažno je vlasništvo, ali samo u korist radnika i službenika, dopuštala i Uredba o izgradnji stambenih zgrada radnika i službenika iz 1952. godine.⁵

¹ Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., dalje ZV.

² Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08., dalje ZZK. Vidjeti i čl. 12. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, Narodne novine br. 68/98, dalje ZIDZPSPSP.

³ Vidi opširnije u Gavella, N., Josipović T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković Z., Stvarno pravo, svezak prvi, II. izmijenjeno i dopunjeno izd., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 737-739.

⁴ Službene novine, 146-LIII/308.

⁵ Žuvela M., Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (objašnjenja, komentarske napomene, sudska praksa i drugi odgovarajući propisi, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1987., str. 578-579.

Zakon o prometu zemljišta i zgrada iz 1954. godine (čl. 7.)⁶ i Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta iz 1958. godine (u čl. 2., 6., 17., 18., 29., 67., 70.)⁷ definitivno su potvrdili mogućnost postojanja etažnog vlasništva.

Sam institut etažnog vlasništva pobliže je bio uređen Zakonom o vlasništvu na dijelovima zgrada⁸, a načelnu mogućnost postojanja prava vlasništva na stanu i poslovnoj prostoriji propisivao je i Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima⁹ u čl. 19., gdje je bilo određeno da se zakonom može propisati kada može postojati vlasništvo na stanu i poslovnoj prostoriji kao posebnom dijelu zgrade.

2.2. Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada

Za temu ovog rada bitan je ZVDZ koji je jasno propisao način upisa etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi i to u glavi V. čl. 36.-48.

Tako je u čl. 36. ZVDZ-a propisano tko je sve ovlašten zahtijevati uknjižbu prava vlasništva na pojedinom posebnom dijelu nekretnine, na više posebnih dijelova ili na svim posebnim dijelovima. Tako je određeno da to može biti vlasnik zgrade, odnosno davatelj na korištenje ili u zakup zgrade, koja do tada nije bila u etažnom vlasništvu.

Da bi uopće došlo do uknjižbe etažnog vlasništva na posebnim dijelovima bilo je potrebno zemljišnoknjižnom sudu podnijeti **plan posebnih dijelova zgrade** (čl. 37. st. 1. ZVDZ), koji mora sadržavati zemljišnoknjižnu oznaku zemljišta na kome je zgrada podignuta, površinu tog zemljišta, oznaku zgrade po ulici, kućnom broju, posebnom nazivu, crteže iz kojih se jasno vidi raspored zgrade prije diobe, oznaku, položaj i mjere posebnih dijelova zgrade na kojima se traži uknjižba etažnog vlasništva, kao i oznaku, položaj i mjere dijelova zgrade koji služe zgradi kao cjelini ili samo nekim posebnim dijelovima. U čl. 37. st. 3. i 4. ZVDZ-a bilo je propisano da ukoliko je zgrada u etažnom vlasništvu podignuta na građevinskoj parceli u građanskom vlasništvu, tada plan posebnih dijelova zgrade mora sadržavati i vrijednost svakog posebnog dijela izračunatog u postotku prema ukupnoj vrijednosti zgrade, pri čemu taj postotak zapravo prikazuje koliko svaki od vlasnika posebnog dijela zgrade ima vlasništvo na građevinskoj parceli.

U čl. 38. ZVDZ-a bilo je propisano da plan posebnih dijelova zgrade mora biti izrađen od stručne osobe i potvrđen od strane nadležnog općinskog organa uprave.

⁶ Službeni list FNRJ br. 26/54., 19/55.

⁷ Službeni list FNRJ br. 52/58., 3/59.

⁸ Narodne novine, br. 52/73, dalje ZVDZ. ZVDZ donesen je 16. travnja 1959. godine, objavljen je u Službenom listu FNRJ br. 16/59., a stupio je na snagu 23. srpnja 1959. godine. Kasnije je bio preuzet kao republički propis u SR Hrvatskoj te je vrijedio sve do stupanja na snagu ZV-a.

⁹ Narodne novine br. 53/91., dalje ZOVO.

Čini nam se da se iz navedenih odredaba i prakse, koja se po tom pitanju razvila u zemljišnoknjižnim odjelima sudova, mogu naći začeci današnjih postupanja, koji prevladavaju, da se kod upisa etažnog vlasništva, gotovo uvijek zahtijeva postojanje etažnog elaborata, a to je upravo plan posebnih dijelova zgrade predviđen u citiranoj odredbi ZVDZ.

2.3. Zemljišna knjiga "E" (zemljišna knjiga etažnog vlasništva)

ZVDZ propisivao je i uvođenje posebne zemljišne knjige za etažno vlasništvo, tzv. knjige E u koju su se, prema odredbi čl. 39. st. 2. ZVDZ-a trebale upisivati građevinska parcela i zgrada na kojoj je zasnovano etažno vlasništvo i to na način da se isti otpišu iz uloška zemljišne knjige u kome je zemljište sa zgradom bilo upisano. Odmah valja naglasiti da navedena knjiga E u Hrvatskoj nije bila uvedena, pri čemu se s današnje pozicije može samo žaliti za tim, jer da je to bilo uvedeno i provedeno u praksi, tada vjerojatno cijeli niz problema na koje danas nailazimo ne bi bio.

U čl. 40.-44. ZVDZ propisan je sadržaj knjige E pa je tako bilo određeno da se za svaku građevinsku parcelu sa zgradom otvara poseban zemljišnoknjižni uložak i da građevinska parcela sa zgradom u etažnom vlasništvu čini posebno zemljišnoknjižno tijelo. Za svaki uložak postojao je jedan popisni list, potreban broj vlasničkih listova i jedan teretni list. Dio zgrade na kojem nije zasnovano etažno vlasništvo, kao i posebni dijelovi zgrade u etažnom vlasništvu, čine posebne čestice istog zemljišnoknjižnog tijela (čl. 42. st. 2. ZVDZ). U st. 3. čl. 42. ZVDZ propisano je da se u popisni list knjige E upisuje oznaka zbirke isprava u kojoj se nalazi plan posebnih dijelova zgrade i opći uvjeti ili ugovor o uzajamnim odnosima vlasnika posebnih dijelova zgrade.

U knjizi E bilo je predviđeno postojanje onoliko vlasničkih listova koliko zgrada ima posebnih dijelova u etažnom vlasništvu, kao i jedan vlasnički list za dio zgrade na kome nije zasnovano etažno vlasništvo (čl. 43. ZVDZ). Prema odredbi čl. 44. ZVDZ-a u teretni list knjige E upisuju se tereti koji opterećuju cijelo zemljišnoknjižno tijelo i njegove pojedine čestice.

Prema odredbi čl. 45. za knjigu E trebalo je osnovati posebnu zbirku isprava i poseban imenik, a u zbirku isprava trebalo je unijeti i plan posebnih dijelova zgrade, kao i opće uvjete ili ugovor o uzajamnim odnosima vlasnika posebnih dijelova zgrade.

U čl. 52. ZVDZ-a bilo je propisano da upisi vlasništva na posebnim dijelovima zgrade izvršeni prije 23. srpnja 1959. godine, kao dana stupanja na snagu ZVDZ, suglasno propisima koji su bili na snazi u vrijeme izvršenog upisa i dalje ostaju vrijediti, ali da će se isti **uskladiti** s odredbama tog zakona, dok je čl. 53. ZVDZ-a propisivao prava ranijih vlasnika tražiti upis posebnih dijelova izuzetih od nacionalizacije u zemljišnoj knjizi i bez podnošenja plana posebnih dijelova zgrade.

Iz gore navedenog vidljivo je da je još krajem 50-ih odnosno početkom 60-ih godina prošlog stoljeća zakonodavac uvidio problem s upisom etažnog vlasništva

u zemljišnoj knjizi, da je taj problem pokušao riješiti uspostavom posebne zemljišne knjige etažnog vlasništva, knjige E, koja, međutim, nije zaživjela u praksi i na području današnje Hrvatske nikada nije bila uvedena.

2.4. Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo

ZPSPSP propisao je uvjete i način prodaje stanova na kojima je postojalo stanarsko pravo, zajedno sa zajedničkim dijelovima i uređajima zgrade i pripadajućim zemljištem te način određivanja cijene stana. Pravo kupiti stan, prema uvjetima koje je određivao ZPSPSP, imali su nositelji stanarskog prava, pa su isti kupnjom stana prestali biti nositelji stanarskog prava, a upisom u knjigu položenih ugovora postali su vlasnici tih stanova.

O tomu što se smatralo stanom nije bilo propisano ovim Zakonom, već je definiciju stana određivao Zakon o stambenim odnosima¹⁰ u čl. 6. toč. 1. gdje je bilo propisano da je **stan skup prostorija namijenjenih za trajno stanovanje s prijeko potrebnim sporednim prostorijama, koje u pravilu, čine jednu građevinsku cjelinu i imaju posebni glavni ulaz.**

U daljnjim odredbama ZPSPSP propisan je: sam tijekom postupka prodaje, potreba da nositelj stanarskog prava istakne zahtjev za kupnju stana, postupak koji mora provesti davatelj stana na korištenje, na koji način se određuje cijena, načini plaćanja, obveza podnošenja ugovora na potvrdu nadležnom pravobranitelju itd.

Za potrebe ovog rada bitna je odredba čl. 20. ZPSPSP-a u kojoj je bilo propisano da pravo vlasništva na stan kupac stječe **upisom u zemljišnu knjigu**, a ako nekretnina nije upisana u zemljišne knjige, da se tada pravo vlasništva stječe **polaganjem ugovora** u zemljišnoknjižnoj službi suda na čijem se području stan nalazi i upisom u knjigu koju sud osniva o položenim ugovorima. Ujedno je bilo propisano da će ministar pravosuđa donijeti poseban pravilnik o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora.

Iz gore navedenog se može zaključiti da je zakonodavac predvidio ustrojavanje knjige položenih ugovora u slučaju ako nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu¹¹, pri čemu se u to vrijeme posebnom nekretninom smatrala zgrada izgrađena na zemljištu u društvenom vlasništvu, pa ukoliko niti zgrada nije bila upisana u zemljišnoj knjizi radilo se o neupisanoj nekretnini.¹²

¹⁰ Narodne novine br. 51/85., 42/86., 22/92., 70/93., dalje ZSO.

¹¹ Vidi bilješku pod 3., str. 749. Ovdje se iznosi stajalište da se u knjigu položenih ugovora upisuje pojedini stan bez obzira je li zgrada u kojoj se stan nalazi upisana u zemljišnu knjigu. Isto tako iznosi se stajalište da je svrha formiranja knjige položenih ugovora bila da se na izvjestan način zamijene zemljišne knjige etažnog vlasništva koje u najvećem broju slučajeva nisu bile ni ustrojene.

¹² Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 91.

2.5. *Knjiga položenih ugovora*

ZPSPSP je donesen u Republici Hrvatskoj prije ZV-a, dakle prije nego što je izvršena tranzicija našeg stvarnopravnog uređenja iz društvenog, kolektivističkog ponovno u privatno, individualističko, u kojem postoji samo jedna vrsta vlasništva. Već je rečeno da je ZPSPSP u čl. 20. propisao uvođenje knjige položenih ugovora, kao posebne evidencije prodanih stanova na kojima je ranije postojalo stanarsko pravo. Nakon toga je ministar pravosuđa donio i Pravilnik o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora,¹³ te Pravilnik o izmjeni i dopuni Pravilnika o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora.¹⁴

Knjiga položenih ugovora trebala se voditi kod zemljišnoknjižne službe na čijem se području stan nalazi te odvojeno za svaku katastarsku općinu.

U knjigu položenih ugovora mogli su se upisivati samo stanovi koji su prodani po ZPSPSP-u i to oni koji su se nalazili na nekretninama koje nisu bile upisane u zemljišnu knjigu. U knjigu položenih ugovora nisu se mogli upisivati stanovi koji bi bili prodani u režimu prava vlasništva, odnosno poslovni prostori, a nisu se smjeli upisivati niti stanovi koji su se nalazili u zgradama koje su bile upisane u zemljišnoj knjizi.

Člankom 4. Pravilnika propisano je da se ista sastoji od glavne knjige i zbirke isprava, a zajedno s knjigom položenih ugovora vode se i pomoćne knjige – imenik vlasnika stanova i popisnik upisanih stanova.

Pravilnikom iz 1991. godine je bilo predviđeno ručno vođenje knjige položenih ugovora, pa je radi toga bilo propisano da se ista sastoji od 50 uvezenih poduložaka te da se za svaki stan vodi **poseban poduložak**, a da se svaki poduložak sastoji od **popisnog lista A, vlasničkog lista B i teretnog lista C** (čl. 5. Pravilnika).

Iz gore navedenog jasno je vidljivo da se knjiga položenih ugovora u cijelosti oslanjala na tradicionalnu ručno vođenu zemljišnu knjigu, kako po svom sastavu, tako i po sadržaju upisa u pojedine dijelove, time da je poduložak u knjizi položenih ugovora, zapravo sadržajno odgovarao zemljišnoknjižnom ulošku u ručno vođenoj zemljišnoj knjizi.

U daljnjim odredbama Pravilnika bilo je propisano da se u pojedine listove knjige položenih ugovora upisuju sljedeći podaci:

- u **popisni list A** – u odjeljak **A I** – upisuje se zgrada u kojoj se nalazi stan koji je predmet upisa, s naznakom ulice i kućnog broja, te zemljišne ili katastarske čestice na kojima se zgrada nalazi,
- u odjeljak **A II** – upisuje se stan koji je predmet upisa s navođenjem položaja u zgradi, površine, broja i namjene prostorija;
- u **vlasnički list B** – upisuju se podaci o položenom ugovoru, ime i prezime te jedinstveni matični broj građana i prebivalište vlasnika, vlasnički dio te ograničenja u pogledu osobe vlasnika u svezi sa

¹³ Narodne novine br. 42/91., dalje Pravilnik.

¹⁴ Narodne novine br. 16/94.

slobodnim raspolaganjem stanom (misli se na maloljetnost, odnosno ograničenja u pogledu poslovne sposobnosti vlasnika, ili pak stečaj tvrtke ukoliko bi pravna osoba bila vlasnikom stana) i

- u **teretni list C** – upisuju se tereti i ograničenja, kao što su hipoteka, služnosti, privremene mjere i druga ograničenja.

I ostale pomoćne evidencije trebale su biti vođene u ručnoj formi. Ujedno je bio ustrojen i novi upisnik ZS, u koji su se upisivali zemljišnoknjižni predmeti povodom prijedloga za upis u knjigu položenih ugovora.

No, već početkom 1994. godine dodan je Pravilniku novi **čl. 18.a**, kojim je nedopuštena primjena elektroničke obrade podataka kod ustrojavanja i vođenja knjige položenih ugovora, time da je primjena elektroničke obrade podataka bila dopuštena isključivo prema standardnom programu koji donosi ministar pravosuđa.¹⁵

U praksi zemljišnoknjižnih odjela u Republici Hrvatskoj došlo je do primjene vrlo šarolikih programskih rješenja, dijelom su se te knjige vodile ručno, a postojali su sudovi koji nikada nisu ustrojili knjigu položenih ugovora. No, broj predmeta u ovom segmentu je u značajnoj mjeri rastao iz godine u godinu i to ne samo zbog otkupa bivših društvenih stanova, već i zbog činjenice da su se otkupljeni stanovi počeli prodavati, ali i opterećivati hipotekama i slično.¹⁶

2.6. Kakvo je bilo stanje upisa etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi do 1. siječnja 1997. godine?

S obzirom na navedeno u ranijim poglavljima jasno se može zaključiti da su izvršeni upisi etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi bili vrlo raznoliki.

Stanovi izuzeti od nacionalizacije bili su upisani u list B zemljišne knjige gdje je bila upisana zgrada u kojoj se takav stan nalazio te je cijeli daljnji promet bio evidentiran u vlasničkom listu. Istaknuto je da su vlasnici takvih stanova upis u zemljišnu knjigu svog posebnog dijela mogli izvršiti i bez plana etaže, dakle bez etažnog elaborata. U pravnom prometu se stan smatrao nekretninom te nije vrijedilo načelo pravnog jedinstva nekretnine.

U drugim slučajevima etažno vlasništvo je bilo upisano u zemljišnoj knjizi i to na način da su pojedine etaže bile raspisane u posjedovnici, kao posebna zemljišnoknjižna tijela, dok su u vlasničkom listu bili navedeni vlasnici uz oznaku na koje zemljišnoknjižno tijelo se njihovo vlasništvo odnosi. U slučajevima kada je zemljište bilo nacionalizirano, tada je zemljište bilo navedeno, također, kao

¹⁵ Slobodno se može reći da je knjiga položenih ugovora prva evidencija u zemljišnoj knjizi koja se vodila, u pravilu, isključivo u digitalnom (elektroničkom) obliku.

¹⁶ Stoga danas kada se ocjenjuje rad zemljišnoknjižnih sudova treba voditi računa i o činjenici da su od 1992. godine zemljišnoknjižni sudovi dobili novu nadležnost, vođenje knjige položenih ugovora, da se time u značajnoj mjeri povećao broj zemljišnoknjižnih predmeta, pa je i to bio jedan od razloga što su nastali zaostaci, budući da nove nadležnosti nisu bile praćene odgovarajućim brojem novih zemljišnoknjižnih referenata.

zasebno zemljišnoknjižno tijelo te su vlasnici etaža bili upisani kao korisnici zemljišta u odgovarajućim suvlasničkim dijelovima.

Nakon donošenja ZPSPSP, stanovi na kojima je postojalo stanarsko pravo upisivali su se u knjigu položenih ugovora. Međutim, valja naglasiti da nije postojala obveza da se upis u knjigu položenih ugovora izvrši. To znači da je ovisilo o kupcu stana, ranijem nositelju stanarskog prava, hoće li tražiti upis u zemljišnu knjigu ili ne. U takvoj situaciji dosta posebnih dijelova nije bilo upisano, niti u knjizi položenih ugovora, niti pak u zemljišnoj knjizi, a promet takvim posebnim dijelovima se vršio, posebni dijelovi su se procjenjivali u kapital trgovačkih društava u procesu pretvorbe i privatizacije itd.

Jednom rječju na ovom je području vladao popriličan pravni nered do stupanja na snagu ZV-a 1. siječnja 1997. godine.

3. Upis etažnog vlasništva u zemljišnu knjigu nakon stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima

3.1. Načelo pravnog jedinstva nekretnine

Bitno je naglasiti da u vrijeme donošenja ZPSPSP-a nije vrijedilo načelo jedinstva nekretnine, već je glede etažnog vlasništva bio na snazi ZVDZ, te je postojala mogućnost da zgrada, primjerice bude u vlasništvu jedne osobe, dok je zemljište bilo u društvenom vlasništvu.¹⁷

ZV je donio novo uređenje etažnog vlasništva, koje se sada naziva vlasništvo posebnog dijela nekretnine. Sam zakon dosljedno primjenjuje načelo pravnog jedinstva nekretnine, pa se tako u čl. 2. st. 3. ZV određuje da su nekretnine čestice zemljine površine, zajedno sa svim što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako zakonom nije drukčije određeno.

Pod pojedinačnom nekretninom u smislu odredbe čl. 9. st. 1. ZV-a smatra se zemljišna čestica, uključujući i sve što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje, a isto tako pojedinačnu nekretninu čini i više zemljišnih čestica koje su upisane u zemljišnoj knjizi u isti zemljišnoknjižni uložak, kada su iste sjedinjene u jedno zemljišnoknjižno tijelo.

Načelo pravnog jedinstva nekretnine imalo je utjecaj i glede stanova koji su prodani po odredbama ZPSPSP-a, budući da se **promijenio pojam neupisane nekretnine**.

Naime, nakon stupanja na snagu ZV-a pod neupisanom nekretninom ne podrazumijeva se više situacija u kojoj zgrada nije bila upisana u zemljišnoj knjizi, već se **neupisanom nekretninom** u smislu odredbe čl. 136. st. 1. Pravilnika o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u

¹⁷ O pravnom dualitetu zemljišta i zgrada vidi opširnije Simonneti, P., Pravni dualitet zemljišta i zgrada do uspostave pravnog jedinstva nekretnine, u *Liber amicorum Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007.*, str. 105 -140.

zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik)¹⁸ **smatra ona nekretnina kod koje niti zemljište nije upisano ni u jednoj zemljišnoj knjizi u Republici Hrvatskoj, odnosno za koje zemljišna knjiga nije osnovana, ili je uništena, ili je nestala uslijed rata, ili elementarnih nepogoda.**

U Poslovniku je navedeno načelo pravnog jedinstva nekretnine, a glede knjige položenih ugovora, provedeno u čl. 149. st. 1. gdje je propisano da je knjiga položenih ugovora osnovana Pravilnikom o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora dio zemljišne knjige koja se vodi za katastarsku općinu za koju se vodi knjiga položenih ugovora.

Sama je odredba u praksi izazvala dvojbu znači li ista da se prestaje voditi knjiga položenih ugovora ili ne. Na sreću zastupnici stajališta da bi se knjiga položenih ugovora trebala prestati voditi odmah nakon stupanja na snagu Poslovnika bili su u manjini, pa se može slobodno reći da knjiga položenih ugovora i danas ima svoju svakodnevnu primjenu u praksi, a to iz razloga što povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora nije u praksi provedeno.

3.2. Pojam vlasništva posebnog dijela nekretnine

U vrijeme važenja ZVDZ-a etažno vlasništvo se definiralo kao pravo vlasništva na stanu ili poslovnoj prostoriji kao posebnom dijelu zgrade s više stanova i (ili) poslovnih prostorija, a neodvojivo je od određenih prava i obveza u odnosu na zajedničke dijelove zgrade i zemljišta na kojem je sagrađena zgrada.¹⁹

Nakon stupanja ZV-a i uspostave načela pravnog jedinstva nekretnine došlo je do promjene definicije etažnog vlasništva. U čl. 66. st. 1. ZV propisano je da **vlasništvo određenog posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) proizlazi i ostaje neodvojivo povezano s odgovarajućim suvlasničkim dijelom (idealnim dijelom) nekretnine na kojem je uspostavljeno.** Vlasništvo određenog posebnog dijela prema st. 2. istog članka ovlašćuje suvlasnika na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno, da upravljajući tim posebnim dijelom nekretnine, umjesto svih suvlasnika, izvršava sve vlasničke ovlasti i dužnosti kao da je poseban dio samo njegovo vlasništvo, pa da, ako nije drukčije određeno, čini s tim dijelom i koristima od njega što ga je volja te svakoga drugoga iz toga isključiti.²⁰

¹⁸ Narodne novine br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02., 14/05, dalje Poslovnik.

¹⁹ Vidi bilješku pod 5., str. 578.

²⁰ O tome na koji način se uspostavlja etažno vlasništvo vidi sljedeće radove: isto kao u bilješci pod 3, str. 735 – 793; Belaj, V., Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine (etažnog vlasništva) prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2/1997., str. 101 – 126; Josipović, T., Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (uspostava i raspolaganje, u: Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro, Zagreb, 2001., str. 3 - 31.; Kačer, H., Uspostava etažnog vlasništva i isključenje prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Godišnjak 5, XIII. tradicionalno savjetovanje: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 1998., str. 89 - 130.; Belaj, V., Etažno vlasništvo – zasnivanje i upis u zemljišne knjige, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15., Organizator, Zagreb, 2008., str. 1 - 36.

Dok je u ranijem sustavu etažnog vlasništva vlasništvo stana ili drugog posebnog dijela zgrade bilo odvojeno od vlasništva zemljišta, odnosno moglo je postojati različito vlasništvo u odnosu na zemljište na kojem se zgrada nalazi, sada to više nije moguće, jer je vlasnik stana ili drugog posebnog dijela nekretnine ujedno i suvlasnik, u odgovarajućem suvlasničkom dijelu, cijele nekretnine, dakle cijele katastarske čestice.²¹

Valja odmah naglasiti da u praksi zemljišnoknjižni sudovi nemaju nikakvih problema kod upisa vlasništva posebnoga dijela nekretnine kod novosagrađenih zgrada. Naime, kod tih zgrada nema nikakvih dvojbi o tomu što je nekretnina. Nekretnina je katastarska čestica na kojoj je dopuštena gradnja. Investitor je izvršio diobu, odnosno etažiranje cijele zgrade, pribavio je i potvrdu da su posebni dijelovi samostalne uporabne cjeline, utvrdio je koliki je suvlasnički dio povezan sa svakim posebnim dijelom te se u ugovorima o prodaji tih posebnih dijelova jasno određuje da se prodaje točno određeni suvlasnički dio nekretnine, s kojim je neodvojivo povezano vlasništvo točno određenog posebnoga dijela, točno određenog stana ili poslovnog prostora.

3.3. Upis vlasništva posebnoga dijela nekretnine u zemljišnu knjigu nakon stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima

Za upis etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi bitne su odredbe čl. 24., odnosno 32. ZZZK. U čl. 24. st. 1. ZZZK-a propisano je da se vlasništvo posebnoga dijela nekretnine upisuje u vlastovnici na suvlasničkom dijelu onoga suvlasnika za kojega je osnovano vlasništvo toga posebnoga dijela, uz navođenje na koji se određeni posebni dio nekretnine i sporedne dijelove odnosi. Na zemljišnoknjižnom ulošku, i to u natpis istoga, stavit će se oznaka da se radi o etažnom vlasništvu. U st. 2. istog članka je propisano da se za suvlasnički dio, koji je povezan s vlasništvom posebnoga, dijela nekretnine, otvara poduložak po odredbama ZZZK.

Gotovo identična odredba nalazi se i u čl. 32. st. 2. ZZZK, koja govori o knjižnim upisima kod upisa prava vlasništva.

Treba naglasiti da ZV u odredbi čl. 72. st. 1. propisuje da se vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine uspostavlja upisom u zemljišnu knjigu kao pravo povezano s određenim suvlasničkim dijelom te nekretnine. U st. 2. istog članka vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine upisuje se u vlasničkom listu na suvlasničkom dijelu onoga suvlasnika za kojega je osnovano vlasništvo posebnoga dijela, uz navođenje posebnoga dijela i sporednih dijelova na koje se proteže, a na posjedovni list se stavlja natpis : Etažno vlasništvo.

²¹ Vidi opširnije, Kontrec, D., Vlasništvo posebnog dijela nekretnine stečeno prije i poslije 1. siječnja 1997. godine i upis tih prava u zemljišne knjige, u Antonić, Lj., Crnić, J., Grebenar, L., Kontrec, D., Končić, A.M., Nakić, J., Vukšić, A., Vlasništvo posebnog dijela nekretnine, Novi Informator, 2006., Zagreb, str. 11 - 36.

Iz ovih odredbi se može zaključiti da se o etažnom vlasništvu može govoriti samo u slučaju ako je došlo do upisa etažnog vlasništva u zemljišnoj knjizi (čl. 72. ZV).

Već je rečeno da se kod ručno vođene zemljišne knjige predviđa mogućnost da se za svaki posebni dio može otvoriti posebni poduložak, što proizlazi i iz odredbe čl. 20. st. 2. i 3. ZZK. U tim je odredbama propisano, da zatraži li koji od suvlasnika, tada se za njegov idealni dio može otvoriti poduložak kao sastavni dio uložka, time da poduložak sadrži posjedovnicu, vlastovnicu i teretovnicu te da se na upise u poduložak na odgovarajući način primjenjuju odredbe o upisima u uložak. U slučaju ako je došlo do otvaranja poduloška, a kod ručno vođene zemljišne knjige to je pravilo, prema st. 4. istog članka svi daljnji upisi provode se u podulošku, time da se na suvlasnički dio za koji je otvoren poduložak odnose, osim upisa provedenih u podulošku i svi upisi glede toga suvlasničkog dijela provedeni do otvaranja poduloška, kao i svi upisi glede cijelog zemljišnoknjižnog tijela (st. 5.). U st. 6. i 7. čl. 20. ZZK-a je pak propisano da se prvenstveni red upisa iz st. 5. ovog članka računa zajednički te da se nitko ne može pozvati na to da mu nije bilo poznato nešto što je upisano u uložak ili u poduložak.²²

3.4. Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora

Stupanjem na snagu Poslovnika javio se i problem povezivanja knjige položenih ugovora i zemljišne knjige u jedinstvenu evidenciju, primjenjujući kod toga načelo pravnog jedinstva zemljišta i zgrade, odnosno pravnog jedinstva nekretnine.²³

Za razmatranje predmetne materije bitne su prijelazne i završne odredbe čl. 149. do 157. Poslovnika, u kojima je propisan postupak povezivanja knjige položenih ugovora i glavne knjige.

Poslovník u čl. 149. st. 1. određuje da je knjiga položenih ugovora dio zemljišne knjige za katastarsku općinu za koju se vodi knjiga položenih ugovora i to od dana stupanja na snagu Poslovnika, tj. od 20. kolovoza 1997. godine.

²² Valja naglasiti da u budućoj EOP-zemljišnoj knjizi, koja je prema odredbi čl. 163. st. 1. ZZK definirana kao evidencija vođena elektroničkom obradom podataka o pravnom stanju nekretnina mjerodavnom za pravni promet, koja se sastoji od katastarskih podataka o obliku, površini i izgrađenosti zemljišta te podataka zemljišnoknjižnog suda o pravnom stanju zemljišta pohranjenih u bazu zemljišnih podataka, neće biti potrebe za vođenjem poduložaka, budući da nove informatičke tehnologije omogućuju da se svi upisi koji se odnose na određeni posebni dio koncentriraju na jednom mjestu.

²³ O postupku povezivanja vidi članke: Antić, Lj., *Etažno vlasništvo – povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora*, Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju, Zagreb, 2005., Hrvatsko društvo sudskih vještaka, str. 21 - 41.; isti autor, *Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora*, u Kontrec, D., Crnić, J., Končić, A.M., Antić, Lj., Grebena, L., Nakić, J., Vukšić, A., *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 111 - 123.

Ideja Poslovnika bila je da su podulošci knjige položenih ugovora, zapravo podulošci zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano zemljište na kojem je izgrađena zgrada glede čijih su posebnih dijelova osnovani podulošci u knjizi položenih ugovora (čl. 149. st. 2. Poslovnika). Stavkom 3. istog članka je, pak, propisano da se upisi provedeni u podulošcima prije povezivanje knjige položenih ugovora i zemljišne knjige odnose na suvlasnički dio cijelog zemljišnoknjižnog tijela koji pripada pojedinom suvlasniku s čijim je suvlasničkim dijelom povezano vlasništvo posebnog dijela nekretnine.

No, bez obzira na postojanje ovih odredbi, činjenica je da se u većini sudova u Republici Hrvatskoj, već više od deset godina po stupanju na snagu Poslovnika i dalje vodi knjiga položenih ugovora s posebnim upisnikom, što zapravo upućuje na zaključak da se navedene odredbe o povezivanju ne primjenjuju u praksi.

Poslovnik prije svega propisuje u čl. 152. st. 1. da se samo povezivanje provodi na način da se u zemljišnoj knjizi u kojoj je upisano zemljište na kojem je izgrađena zgrada provodi promjena izgrađenosti zemljišta te upisuju vlasnici posebnih dijelova nekretnine koji su povezani s odgovarajućim suvlasničkim dijelom nekretnine.

Promjenu izgrađenosti nastalu građenjem zgrade trebao bi zemljišnoknjižni sud provesti po službenoj dužnosti i to prema podacima iz odjeljka AI poduloška knjige položenih ugovora, bez prijavnog lista katastra. Ako bi podaci o zemljištu u zemljišnoj knjizi i u podulošku bili različiti, tada bi se trebala zatražiti službena potvrda o identifikaciji zemljišta od ureda za katastar. Isto tako, u samoj posjedovnici učinit će se vidljivim svi brojevi poduložaka (misli se na brojeve poduložaka iz knjige položenih ugovora) u kojima su u knjizi položenih ugovora upisani posebni dijelovi nekretnina (čl. 152. st. 2. i 3. Poslovnika).

Što se, pak, tiče upisa u vlastovnicu, upisi vlasništva posebnog dijela nekretnine izvršit će se u korist osoba koje su u knjizi položenih ugovora upisane kao vlasnici posebnih dijelova, a koji su povezani s odgovarajućim suvlasničkim dijelom nekretnine. Dok se ne odrede suvlasnički dijelovi, u korist svakog suvlasnika će se upisati da je njegov suvlasnički dio jednako velik kao i svih ostalih suvlasnika. Uz ime svakog suvlasnika navest će se broj poduloška u kojem je isti upisan u knjizi položenih ugovora, a u podulošku bi se trebalo učiniti vidljivim da je suvlasnik upisan u zemljišnoj knjizi u određenom zemljišnoknjižnom ulošku. Ime katastarske općine upisat će se kada je to potrebno, ako se, primjerice zemljišna knjiga i knjiga položenih ugovora ne vodi za istu katastarsku općinu (čl. 152. st. 4. i 5. Poslovnika).

Članak 152. st. 6. Poslovnika propisuje da će se glede onih posebnih dijelova nekretnine za koje u knjizi položenih ugovora nije otvoren poduložak, kao vlasnik upisati osoba u čiju je korist u zemljišnoj knjizi upisano pravo vlasništva, odnosno pravo na zemljištu u društvenom vlasništvu koje se po ZV pretvorilo u pravo vlasništva. Slična je odredba propisana i u čl. 155. st. 4. Poslovnika.

Valja dodati da niti jednom zakonskom ili podzakonskom normom nije propisano da bi sud za postupak povezivanja zemljišne knjige i knjige položenih

ugovora trebao od stranaka tražiti etažni elaborat ili, pak, potvrdu nadležnog upravnog tijela o tomu da su posebni dijelovi samostalne uporabne cjeline. No, u praksi se vrlo često događa da se izrađuje etažni elaborat.

Bitno je još naglasiti da se povezivanje prema čl. 152. Poslovnika može provesti na zahtjev bilo kojeg vlasnika posebnog dijela nekretnine glede čijeg je dijela nekretnine otvoren poduložak u knjizi položenih ugovora.

Rješenje o upisu dostavlja se prema pravilima ZZK-a²⁴ i Poslovnika svim osobama u čiju je korist upisano suvlasništvo u zemljišnoj knjizi, a objavljuje se i na oglasnoj ploči suda te oglasnoj ploči svakog ulaza zgrade glede čijih je posebnih dijelova provedeno povezivanje, uz preporuku neupisanim suvlasnicima zatražiti upis suvlasništva u svoju korist zajedno s uputom o načinu određivanja suvlasničkih dijelova na nekretnini.

Poslovnik posebno u čl. 155. propisuje situaciju kada u pogledu pojedinog posebnog dijela nekretnine još nije otvoren poduložak u knjizi položenih ugovora.

Naime, postoji cijeli niz posebnih dijelova koje su otkupili bivši nositelji stanarskog prava, a da nisu izvršili upis u knjigu položenih ugovora. Isto tako postoji i cijeli niz poslovnih prostora koji nisu evidentirani niti u knjizi položenih ugovora (gdje se nisu mogli ni upisati), niti u ručno vođenoj zemljišnoj knjizi, a ti su poslovni prostori bili predmetom pretvorbe kod privatizacije bivših društvenih poduzeća. U tim slučajevima postupak je propisan u čl. 155. st. 1., 2. i 3. Poslovnika.

Svaki vlasnik posebnog dijela koji je povezan s odgovarajućim suvlasničkim dijelom nekretnine, a u pogledu kojeg nije otvoren poduložak u knjizi položenih ugovora može zatražiti upis u zemljišnoj knjizi. Tom prilikom će se njegov suvlasnički dio upisati kao jednako velik, kao i ostalih suvlasnika, ako nije određen u smislu odredbi čl. 370. st. 4. i 6. ZV²⁵.

²⁴ Vidi čl. 120. do 122. ZZK.

²⁵ Čl. 370. ZV-a glasi: Vlasništvo na posebnom dijelu zgrade (etažno vlasništvo), a isto tako i pravo raspolaganja na posebnom dijelu zgrade u društvenom vlasništvu, stečeno na temelju prijašnjih propisa, od stupanja na snagu ovoga Zakona vlasništvo je posebnih dijelova nekretnine, kako je uređeno odredbama ovoga Zakona, pa se prosuđuje po njima, ako ovim prijelaznim odredbama nije što posebno određeno (st. 1.). Vlasnik posebnog dijela zgrade iz st. 1. ovoga članka nakon stupanja na snagu ovoga Zakona ostaje vlasnikom svoga posebnoga dijela nekretnine, a nositelj prava raspolaganja na posebnom dijelu zgrade postaje vlasnikom toga posebnoga dijela, s time da se vlasništvo posebnoga dijela nekretnine neodvojivo povezuje s određenim suvlasničkim dijelom cijele nekretnine po odredbama stavka 3. i 4. ovoga članka (st. 2.). Vlasniku posebnoga dijela zgrade iz st. 2. ovoga članka pripada stupanjem na snagu ovoga Zakona odgovarajući suvlasnički dio cijele nekretnine, umjesto njegova dotadašnjega sudjelovanja u zajedničkom nedjeljivom vlasništvu zajedničkih dijelova porodične zgrade sa suvlasništvom zemljišta, odnosno umjesto njegova dotadašnjega sudjelovanja u trajnom pravu korištenja zajedničkih dijelova višestambene zgrade s pravom trajnog korištenja zemljišta (st. 3.). Veličina odgovarajućega suvlasničkog dijela iz stavka 3. ovoga članka utvrdit će se odgovarajućom primjenom pravila ovoga Zakona o veličini odgovarajućega suvlasničkog dijela nekretnine koji ovlašćuje suvlasnika da ima u svome vlasništvu posebni dio zgrade; do tada se smatra da su dijelovi svih suvlasnika jednaki, ali svaki od suvlasnika nekretnine, pa makar i ne bio vlasnikom posebnoga dijela zgrade, može

Kod zahtjeva za upis vlasnik neupisanog posebnog dijela dužan je priložiti isprave potrebne za upis u smislu odredbi čl. 99–105. Zakona o zemljišnim knjigama. U svakom slučaju mora biti priložen izvornik (ili ovjereni prijepis) tabularne isprave, potvrda nadležne uprave vlasti da se radi o samostalnoj uporabnoj cjelini te druge isprave potrebne za upis.

Ako u takvom slučaju u zemljišnoj knjizi nije upisana zgrada, tada će se, istodobno ili prije, s upisom posebnog dijela provesti u posjedovnici promjena izgrađenosti, dakle upis zgrade, pri čemu se promjena izgrađenosti vrši na temelju prijavnog lista kastastra o promjeni izgrađenosti zemljišta.

U ovom je slučaju zadatak voditelja zemljišne knjige provjeriti je li u pogledu nekog posebnog dijela nekretnine (iz iste zgrade) izvršen upis u knjizi položenih ugovora. Tada se na odgovarajući način primjenjuju pravila o povezivanju zemljišne knjige i knjige položenih ugovora.

Što se, pak, tiče dostave i u ovom slučaju na odgovarajući način se primjenjuju odredbe čl. 153. Poslovnika.

Već je istaknuto da se gore navedene odredbe Poslovnika o povezivanju knjige položenih ugovora i glavne knjige u praksi, u pravilu, ne primjenjuju.

Prije svega valja istaći da zemljišnoknjižni sud sam nema nikakvih saznanja o tomu koliko ukupno ima posebnih dijelova u pojedinoj zgradi. Te podatke imaju upravitelji stambenih zgrada, radi naplate troškova zajedničke pričuve, odnosno jedinice lokalne samouprave, koji naplaćuju, primjerice komunalnu naknadu. Stoga su odredbe Poslovnika iz čl. 152. st. 6. i čl. 155. st. 4. neprimjenjive u praksi. S druge, pak, strane inicijativa za vođenje ovih postupaka prepuštena je samim suvlasnicima, odnosno samom zemljišnoknjižnom sudu. Često puta suvlasnici nemaju nikakav interes za pokretanje postupka povezivanja, jer oni svoja prava mogu bez ikakvih problema ostvariti preko knjige položenih ugovora, mogu svoj posebni dio prodati, naslijediti, založiti. Postupkom povezivanja povezuje se samo ono što je upisano u knjizi položenih ugovora, što zapravo znači da u slučaju kada se primjenjuje čl. 155. Poslovnika i kada se želi upisati vlasnik posebnog dijela, čiji dio još uvijek nije upisan u zemljišnoj knjizi, da tada zemljišnoknjižni sud mora dostaviti rješenje o povezivanju svim vlasnicima posebnih dijelova u određenoj zgradi. Budući da se u tom slučaju svima njima smanjuje suvlasnički dio, koji je do tada bio jednako veliki. U tom

zahtijevati da se utvrdi veličina suvlasničkih dijelova koje će sud među njih pravedno podijeliti (st. 4.). Osobe koje su po prijašnjim propisima imale valjani pravni temelj za stjecanje vlasništva stana odnosno drugoga posebnoga dijela nekretnine, ovlaštene su na tom temelju steći taj stan odnosno drugi posebni dio zgrade zajedno s odgovarajućim suvlasničkim dijelom cijele nekretnine, čija će se veličina utvrditi prema odredbama stavka 4. ovoga članka (st. 5.). Vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, povezanoga s određenim suvlasničkim dijelom te nekretnine, upisuje se u zemljišnoj knjizi uz odgovarajuću primjenu odredaba predviđenih ovim zakonom za uspostavu vlasništva na posebnom dijelu; do tada već provedeni upisi vlasništva na posebnom dijelu zgrade, odnosno upisi prava raspolaganja na posebnom dijelu zgrade u društvenom vlasništvu smatraju se upisima prava vlasništva posebnoga dijela nekretnine povezanoga sa suvlasničkim dijelom te nekretnine koji je određen po st. 4. ovoga članka (st. 6.).

slučaju, nastaju nepotrebni troškovi za dostavu rješenja, jer se tom upisu novog posebnoga dijela, ostali suvlasnici ne mogu s uspjehom protiviti, ali bi sud trebao rješenje dostaviti svim suvlasnicima neke nekretnine (zamislimo samo situaciju u zgradi koja ima 100 i više posebnih dijelova).

Zbog svih gore iznesenih razloga mišljenja smo da bi postupak povezivanja trebalo potpuno drugačije propisati, time da bi rezultat provedenog postupka povezivanja trebala biti potpuna i točna evidencija o određenoj nekretnini, koja bi prikazivala točno pravno stanje nekretnine.

4. Problemi kod upisa vlasništva posebnog dijela nekretnine u zemljišnu knjigu i moguća rješenja

Pretvaranje etažnog vlasništva stečenog na temelju prijašnjih propisa u vlasništvo posebnog dijela nekretnine sukladno odredbama ZV, regulirano je prijelaznim i završnim odredbama ZV-a.

ZV u čl. 370. i 372. propisuje pravila o uspostavi jedinstva nekretnine i posebnih dijelova. U čl. 370. st. 1. propisano je da vlasništvo na posebnom dijelu zgrade (etažno vlasništvo), a isto tako i pravo raspolaganja na posebnom dijelu zgrade u društvenom vlasništvu stečeno na temelju prijašnjih propisa, od stupanja na snagu ZV-a vlasništvo je posebnih dijelova nekretnine i to kako je propisano odredbama ZV-a, ako prijelaznim odredbama nije što drugo određeno. Prema st. 2. vlasnik posebnog dijela zgrade iz st. 1. ovoga članka nakon stupanja na snagu ZV-a postaje vlasnikom svog posebnog dijela nekretnine, a nositelj prava raspolaganja na posebnom dijelu zgrade postaje vlasnikom tog posebnog dijela, time da se vlasništvo posebnoga dijela nekretnine neodvojivo povezuje s određenim suvlasničkim dijelom cijele nekretnine po odredbama st. 3. i 4. ovoga članka. U st. 3. i 4. je pak, propisano da vlasniku posebnog dijela zgrade pripada, stupanjem na snagu ZV-a, odgovarajući suvlasnički dio cijele nekretnine, umjesto prava koja je isti do tada imao, time da će se veličina odgovarajućeg suvlasničkog dijela utvrditi na temelju pravila ZV-a o veličini odgovarajućeg suvlasničkog dijela nekretnine koji ovlašćuje suvlasnika da ima u svom vlasništvu posebni dio zgrade. Dok se to ne utvrdi, smatra se da su suvlasnički dijelovi svih suvlasnika jednaki, ali svaki suvlasnik ima pravo tražiti od suda da se utvrdi veličina suvlasničkih dijelova. Prema st. 5. istog članka jednaka prava imaju i osobe koje su po prijašnjim propisima imale valjani pravni temelj za stjecanje vlasništva stana, odnosno drugog posebnog dijela nekretnine. Takve osobe ovlaštene su na tom valjanom pravnom temelju steći stan, odnosno drugi posebni dio zgrade zajedno s odgovarajućim dijelom cijele nekretnine.

Glede upisa tih prava u zemljišnoj knjizi u čl. 370. st. 6. ZV propisano je da se ta prava upisuju u zemljišnoj knjizi uz odgovarajuću primjenu odredaba ZV o uspostavi vlasništva na posebnom dijelu zgrade, time da se do tada već provedeni upisi vlasništva na posebnom dijelu zgrade, odnosno upisi prava raspolaganja na posebnom dijelu zgrade u društvenom vlasništvu, smatraju upisima prava

vlasništva posebnog dijela nekretnine povezanog sa suvlasničkim dijelom te nekretnine.

U odredbi čl. 372. ZV-a propisana su pravila glede stvarnih prava stečenih na posebnim dijelovima nastalih prenamjenom, nadogradnjom, prigradnjom ili dogradnjom. Pri tomu je glede upisa u zemljišne knjige predviđeno u st. 3. navedenog članka da će nadležni sud na zahtjev zainteresirane osobe odrediti upis u zemljišnoj knjizi toga vlasništva uspostavljenog na odgovarajućem suvlasničkom dijelu cijele nekretnine, na temelju ovršne sudske odluke kojom je utvrđena veličina odgovarajućeg suvlasničkog dijela, odnosno na temelju isprave svih suvlasnika cijele nekretnine kojom oni priznaju stjecanje vlasništva posebnog dijela nekretnine i sporazumno određuju veličinu odgovarajućeg suvlasničkog dijela na kojem se to vlasništvo osniva.

Iz navedene odredbe čl. 372. ZV, vidljivo je da je zakonodavac predvidio dva načina za upis posebnog dijela nastalog prenamjenom, nadogradnjom, prigradnjom ili dogradnjom. Vlasnik takvog posebnog dijela mogao bi tražiti upis vlasništva posebnog dijela nekretnine u zemljišnu knjigu na temelju ovršne sudske odluke kojom je utvrđeno stjecanje vlasništva posebnog dijela nekretnine. U tom bi slučaju sam upis naložio parnični (ili izvanparnični) sud, a zemljišnoknjižni sud bi postupao u skladu s odredbom čl. 108. st. 2. ZZK. Mišljenja smo da bi u takvom slučaju parnični sud morao voditi računa o tome predstavljala li određeni posebni dio samostalnu uporabnu cjelinu u smislu odredbe čl. 73. st. 3. ZV.

Ukoliko bi, pak, vlasnik takvog dijela tražio upis etažnog vlasništva na temelju isprave svih suvlasnika cijele nekretnine, kojom oni priznaju stjecanje vlasništva posebnog dijela nekretnine i sporazumno određuju veličinu odgovarajućeg suvlasničkog dijela na kojem se to vlasništvo osniva, tada bi ta isprava trebala u sebi sadržavati i podatak koliki su suvlasnički dijelovi ostalih suvlasnika, nakon priznanja novom suvlasniku. Što znači da bi trebala u tom smislu biti sačinjena i potvrda nadležnog upravnog tijela o tomu da posebni dio, koji je stečen prenamjenom, nadogradnjom, prigradnjom ili dogradnjom, predstavlja samostalnu uporabnu cjelinu.

U situaciji kada su po ranijim propisima provedeni upisi etažnog vlasništva, valja naglasiti da po našem mišljenju ZV, a niti ZZK ne sadrži odredbe o postupku usklađivanju tih upisa s odredbama ZV-a o vlasništvu posebnog dijela nekretnine i načinu upisa tog vlasništva u zemljišnu knjigu.

Naime, izvršeni upisi etažnog vlasništva u zemljišnim knjigama u pravilu ne odražavaju načelo pravnog jedinstva nekretnine. Vrlo su česte situacije u praksi da je zbog nepostojanja načela jedinstva nekretnine jedna osoba upisana kao nositelj odgovarajućeg prava iz društvenog vlasništva na zemljištu, dok su druge osobe stekle prava glede same zgrade, odnosno posebnih dijelova. Nalaze se i situacije da je jedna osoba upisana kao vlasnik zemljišta na kojem se zgrada nalazi, dok su sasvim druge osobe vlasnici posebnih dijelova nekretnine.

Isto tako, vrlo često se mogu naći upisi etažnog vlasništva i to na način da je upisan pojedini stan koji je bio izuzet od nacionalizacije, time da je u listu B

upisan i posebni dio, i vlasnik tog posebnog dijela. U pravilu u tim situacijama nisu upisani ostali posebni dijelovi nekretnina.

Zbog činjenice da zakonodavac nije detaljnije propisao postupke usklađivanja upisa etažnog vlasništva, koji su ranije izvršeni u zemljišnoj knjizi s odredbama ZV i ZZK, u praksi se javljaju problemi, pa i nejednaka postupanja.

Odredba čl. 370. ZV predstavlja pravni temelj kojim svaki od upisanih etažnih vlasnika ima pravo zahtijevati da se od strane zemljišnoknjižnog suda u zemljišnoj knjizi upis vlasništva posebnog dijela uskladi sa sada važećim propisima ZV i ZZK.

U slučaju ako svi suvlasnici ne bi sačinili međuvlasnički ugovor u smislu odredbe čl. 375. ZV²⁶ te istim ne bi utvrdili veličinu svojih suvlasničkih dijelova, tada bi se isti smatrali suvlasnicima cijele nekretnine time da bi njihovi dijelovi bili jednako veliki. Ukoliko bi isti zaključili međuvlasnički ugovor, tada bi taj ugovor predstavljao valjanu tabularnu ispravu za upis suvlasničkih dijelova i s njima povezanih posebnih dijelova nekretnine. Za one posebne dijelove, koji su od ranije upisani u zemljišnoj knjizi kao etažne cjeline, zemljišnoknjižni sud ne bi trebao (niti smio) tražiti potvrdu nadležnog upravnog tijela o tomu da su samostalne uporabne cjeline, budući da je u tim slučajevima etažno vlasništvo već uspostavljeno i isto je bilo upisano u zemljišnoj knjizi. Potvrdu iz čl. 73. st. 3. ZV²⁷ trebalo bi dostaviti samo za one posebne dijelove koji do tada nisu bili

²⁶ Čl. 375. ZV-a glasi: Uzajamni odnosi suvlasnika u svezi s upravljanjem i korištenjem nekretnine utvrđuju se ugovorom koji mora biti sklopljen u pisanom obliku (međuvlasnički ugovor) (st. 1). Međuvlasnički ugovor iz stavka 1. ovoga članka sadrži osobito: veličinu suvlasničkih dijelova nekretnine, uvjete i način upravljanja nekretninom, približe podatke o osobi koja će upravljati nekretninom, opseg poslova koje će obavljati ta osoba, odgovornost za obavljanje poslova i sl., uvjete i način prikupljanja i raspolaganja sredstvima zajedničke pričuve, ime suvlasnika ovlaštenoga za predstavljanje i zastupanje suvlasnika prema upravitelju, odnosno trećim osobama i granice njegovih ovlasti, uvjete i način korištenja zajedničkih prostorija, uključujući i stan namijenjen za nadstojnika zgrade, te uređaja i zemljišta koje pripada određenoj nekretnini (st. 2.). Odluke koje proizlaze iz međuvlasničkoga ugovora obvezuju sve suvlasnike ako je ugovor sklopila većina suvlasnika čiji suvlasnički dijelovi čine više od polovice vrijednosti svih posebnih dijelova nekretnine (st. 3.). Odredbe međuvlasničkoga ugovora imaju učinak i prema suvlasniku koji je to pravo stekao nakon sklapanja međuvlasničkoga ugovora (st. 4.).

²⁷ Čl. 73. ZV-a glasi: Vlasništvo posebnoga dijela nekretnine uspostavlja se na temelju pisane suglasnosti svih suvlasnika (st. 1.). Niti jedan suvlasnik nekretnine ne može uskratiti svoj pristanak na uspostavu vlasništva posebnoga dijela drugom suvlasniku koji ima odgovarajući suvlasnički dio, osim ako bi se uspostavom novoga vlasništva posebnoga dijela u korist tog suvlasnika ukinula ili ograničila prava koja njemu već pripadaju na temelju njegova prije uspostavljenoga vlasništva posebnoga dijela (st. 2.). Vlasništvo posebnog dijela ne može se uspostaviti dok nadležno tijelo ne potvrdi da je određeni stan ili druga prostorija u određenoj zgradi i na određenoj zemljišnoj čestici samostalna uporabna cjelina. Potvrda mora sadržavati popis i opis posebnih dijelova nekretnine i da su izgrađeni u skladu s dozvolom nadležnog tijela (st. 3.). Potvrdu iz st. 3. ovoga članka može zamijeniti uporabna dozvola iz koje je razvidno da je zgrada izgrađena sukladno planu posebnih dijelova nekretnine, potvrđenim građevinskom dozvolom da ti posebni dijelovi predstavljaju samostalnu uporabnu cjelinu (st. 4.). Vlasništvo posebnoga dijela ne može se uspostaviti dok ne postane pravomoćnom odluka suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti toga stana, odnosno druge prostorije te korisnih vrijednosti svih stanova i ostalih prostorija cijele nekretnine, osim kad ovaj

upisani u zemljišnoj knjizi, time da navedenu potvrdu može zamijeniti prema st. 4. uporabna dozvola iz koje je razvidno da je zgrada izgrađena sukladno planu posebnih dijelova nekretnine potvrđenim građevinskom dozvolom da ti posebni dijelovi predstavljaju samostalnu uporabnu cjelinu. Time su zemljišnoknjižni sudovi dijelom pretvoreni u “građevinske inspektore” jer moraju protumačiti uporabnu dozvolu, odnosno moraju uskratiti upis u zemljišnu knjigu, ukoliko bi pojedini posebni dio bio sagrađen protivno aktima gradnje.

Ovdje valja dodati da je ovakav postupak predviđen za zgrade koje su od ranije upisane u zemljišnoj knjizi, odnosno gdje je upis etažnog vlasništva bio izvršen u ručno vođenu zemljišnu knjigu. Za stanove koji su prodani po odredbama ZPSPSP takav postupak nije propisan, pa se može zaključiti da su vlasnici takvih posebnih dijelova stavljeni u povoljniji položaj.

Čini nam se da bi bilo dobro da se ovaj postupak detaljnije propiše, da se točnu propišu isprave koje su potrebne da bi se upis izvršio, kako se građani ne bi dovodili u neravnopravni položaj, zbog nejednakog tumačenja citiranih odredbi ZV-a ili nečijeg neznanja.

5. Umjesto zaključka

Već je rečeno da zemljišnoknjižni sudovi nemaju nikakvih problema s upisom vlasništva posebnoga dijela nekretnine u novosagrađenim zgradama. U tim slučajevima investitori unaprijed vrše etažiranje građevine, svaki posebni dio ima svoj odgovarajući suvlasnički dio te se ti upisi relativno jednostavno vrše.

Problemi nastaju kod nekretnina kod kojih je etažno vlasništvo stečeno po ranijim propisima, odnosno u kojima je ranije stečen valjani pravni temelj za stjecanje vlasništva posebnog dijela nekretnine. Čini nam se da se zemljišnoknjižni sudovi ne bi smjeli pretvarati u inspekciju protiv bespravne gradnje, jer za to djelatnici u zemljišnoknjižnim sudovima nemaju dovoljno stručnih znanja, a pogotovo je teško pravilno protumačiti akte gradnje koji su izdani prije 20 i više godina.

Stoga smatramo da bi u svakom slučaju, kada etažno vlasništvo nije upisano u zemljišnu knjigu, a stranka ima valjani pravni osnov (*titulus*) trebalo inzistirati da nadležno upravno tijelo potvrdi da je određeni posebni dio samostalna uporabna cjelina.

Kod postupaka povezivanja knjige položenih ugovora i zemljišne knjige potrebno je dopuniti i izmijeniti Poslovník u pravcu da nakon izvršenog postupka povezivanja zemljišna knjiga prikazuje potpuno pravno stanje nekretnine, što znači da se u tom postupku moraju upisati svi posebni dijelovi koji se nalaze u određenoj zgradi. U tu svrhu potrebno je izmijeniti i odredbe ZV-a koje govore o ulozi upravitelja stambene zgrade, pa mu staviti u obvezu da je dužan u ime

Zakon određuje da pravomoćnu odluku suda o utvrđivanju korisnih vrijednosti zamjenjuje isprava suvlasnika (st. 5.).

suvlasnika izvršiti povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora, time da bi svi troškovi povezivanja trebali teretiti sredstva zajedničke pričuve. Također je potrebno propisati rokove u kojima bi taj postupak upravitelji trebali pokrenuti, kako inicijativa za pokretanje postupka povezivanja, ne bi ovisila o želji pojedinog suvlasnika ili mogućnostima samog suda. Čini nam se, također, da bi kod postupka povezivanja trebalo propisati obavezno provođenje rasprave pred zemljišnoknjižnim sudom, koju bi trebalo propisati slično kao kod ispravnog postupka (ili pojedinačnog zemljišnoknjižnog ispravnog postupka) te da rješenje o povezivanju bude upravo rezultat rasprave pred zemljišnoknjižnim sudom. U takvom slučaju zemljišnoknjižni sud bi imao mogućnost, budući da se radi o izvanparničnom postupku i sam tražiti pribavljanje određenih dokumenata.

Smatramo da je za Republiku Hrvatsku od bitnog značaja da se što brže, jeftinije i jednostavnije izvrši upis posebnih dijelova u zemljišnu knjigu, pa bi svi koji u tom postupku sudjeluju morali dati svoj puni doprinos (izvršna, zakonodavna i sudbena vlast). No, isto tako valja voditi računa da vlasništvo nije samo pravo, nego da je vlasništvo obveza, pa bi trebalo obvezati vlasnike posebnih dijelova da svoje vlasništvo upišu u zemljišnu knjigu.

Literatura

Knjige i članci

1. Antičić, L., *Etažno vlasništvo – povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora*, Zbornik radova I. stručnog savjetovanja o etažiranju, Zagreb, 2005.g., Hrvatsko društvo sudskih vještaka.
2. Antičić, L., *Povezivanje zemljišne knjige i knjige položenih ugovora*, u Antičić, L., Crnić J., Grebenar, L., Kontrec, D., Končić, A.M., Nakić J., Vukšić, A., *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine*, Novi Informator, 2006., Zagreb.
3. Belaj, V., *Etažno vlasništvo – zasnivanje i upis u zemljišne knjige*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 15., Organizator, Zagreb, 2008.
4. Belaj V., *Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine (etažnog vlasništva) prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2/1997.
5. Gavella, N., Josipović T., Gliha I., Belaj, V., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, svezak prvi, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007.
6. Josipović, T., *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (uspostava i raspolaganje)*, u: *Nekretnine u pravnom prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2001.
7. Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001.
8. Kačer, H., *Uspostava etažnog vlasništva i isključenje prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Godišnjak 5, XIII. tradicionalno savjetovanje: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 1998.
9. Kontrec, D., *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine stečeno prije i poslije 1. siječnja 1997. godine i upis tih prava u zemljišne knjige*, u Antičić Lj., Crnić, J., Grebenar, L., Kontrec, D., Končić, A.M., Nakić, J., Vukšić, A., *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine*, Novi Informator, Zagreb, 2006.

10. Žuvela, M., *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (objašnjenja, komentarske napomene, sudska praksa i drugi odgovarajući propisi, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1987. g.*

Pravni izvori

1. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, Narodne novine br. 68/98. (ZIDZPSPSP)*
2. *Zakon o nacionalizaciji najamnih najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Službeni list FNRJ br. 52/58., 3/59.*
3. *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Narodne novine br. 53/91. (ZOVO)*
4. *Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, Narodne novine br. 27/91., 33/92., 43/92., 69/92., 25/93., 26/93., 48/93., 2/94., 44/94., 47/94., 58/95., 103/95., 11/96., 11/97., 68/98., 163/98., 22/99., 96/99., 120/99., 120/00., 94/01. i 78/02. (ZPSPSP)*
5. *Zakon o prometu zemljišta i zgrada, Službeni list FNRJ br. 26/54., 19/55.; Narodne novine br. 52/73.*
6. *Zakon o stambenim odnosima, Narodne novine br. 51/85., 42/86., 22/92., 70/93. (ZSO)*
7. *Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Službene novine, 146-LIII/308.*
8. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08. (ZV)*
9. *Zakon o vlasništvu na dijelovima zgrada, Narodne novine br. 52/73., Službeni list FNRJ br. 16/59.*
10. *Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08. (ZZK)*
11. *Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik), Narodne novine br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02., 14/05. (Poslovník)*
12. *Pravilnik o izmjeni i dopuni Pravilnika o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora, Narodne novine br. 16/94.*
13. *Pravilnik o ustrojavanju i vođenju knjige položenih ugovora, Narodne novine br. 42/91.*

Summary

AN ENTRY OF THE TENANT OWNERSHIP (OWNERSHIP OF A SEPARATE PART OF REAL PROPERTY) INTO THE LAND REGISTER

(Paying a Special Attention to Entries Executed Prior to the Law on Ownership and other Property Rights Entering into Force, Dilemmas and Issues in Practice)

An entry of tenant ownership raises numerous issues in land-registry court practice in the Republic of Croatia. For the most part, issues are raised in cases of entries of the tenant ownership over buildings built before the Law on Ownership and other Property Rights, that is Law on Land Registers entering into force. New legal solutions, especially renewed introduction of the principle of real estate legal unity, have caused alterations in tenant ownership regulation and its entry into the land registers. The article deals with the issue on tenant ownership entry into the land register presenting an overview of legal acts regulating this issue starting from the mid-20th century up to now. A special attention has been given to issues raised in land-registry court practice in procedures of tenant ownership entry and procedures of joining the land register and register of deposited contracts. Moreover, it has also been pointed at possible modes of harmonisation of previous tenant ownership entries and the existing legal solutions regulating the entry of ownership of a separate part of real property into the land register.

Key words: *tenant ownership, entry into the land register.*

Riassunto

ISCRIZIONE DELLA PROPRIETÀ ESCLUSIVA NEL CONDOMINIO (PROPRIETÀ DI UNA PARTICOLARE PORZIONE DEL BENE IMMOBILE) NEL LIBRO FONDIARIO (con particolare attenzione alle iscrizioni anteriori all'entrata in vigore della legge sulla proprietà e sugli altri diritti reali: problemi e questioni nella pratica)

Nella giurisprudenza dei Tribunali tavolari della Repubblica di Croazia numerosi problemi si manifestano in occasione dell'iscrizione della proprietà esclusiva nel condominio; precisamente, i problemi maggiori sorgono all'atto dell'iscrizione di siffatta proprietà nei condomini costruiti prima dell'entrata in vigore della legge sulla proprietà e sugli altri diritti reali e delle legge tavolare. In forza delle nuove soluzioni normative e, soprattutto, dopo avere nuovamente introdotto il principio dell'unicità giuridica dell'immobile, s'è pervenuti a delle modifiche con riguardo alla disciplina della proprietà esclusiva nel condominio e con riguardo all'iscrizione di questo diritto nel libro fondiario. Il presente lavoro si occupa della questione dell'iscrizione nel libro fondiario della proprietà esclusiva nel condominio, nel contempo è offerta una rassegna delle previsioni legislative, le quali hanno regolato detta questione dalla metà del secolo scorso ad oggi; in particolare, vengono indicati i problemi che si manifestano nella pratica nei procedimenti di iscrizione della proprietà esclusiva nel condominio dinnanzi ai tribunali tavolari, come pure nei procedimenti di collegamento dei libri fondiari e dei libri depositari dei contratti. Si esamina, altresì, in che modo le iscrizioni di proprietà esclusive nel condominio anteriori si possono conformare alle soluzioni giuridiche concernenti l'iscrizione della proprietà esclusiva di una porzione particolare dell'immobile nei libri fondiari.

***Parole chiave:** proprietà esclusiva nel condominio, iscrizione nei libri fondiari.*

"PРАВNI АSPEKТИ PARODIJE" I INTELKTUALNO VLASNIŠTVO*

Dragan Zlatović, magistar prava
Fra Stjepana Zlatovića 1
Šibenik

UDK: 347.77:82-7
Ur.: 9. listopada 2008.
Pr.: 10. veljače 2009.
Izvorni rad

Razvili smo dugotrajnu praksu ismijavanja svojih kulturnih ikona, simbola te javnih i slavni osoba. Parodija nastaje kada netko oponaša ozbiljno djelo, poput literarnog, glazbenog ili umjetničkog djela, a s ciljem postizanja humorističnoga ili satiričnoga efekta. Parodija, kao oblik kritike, predstavlja sredstvo koje je vrlo popularno među autorima, zabavljačima i oglašivačima i pomoću kojega javnosti prenose određenu poruku ili stajalište, ali se često i koristi kod označavanja proizvoda i usluga.

Zbog toga što predstavlja metodu kritike, parodija se mora neizbježno koristiti drugim stvaralačkim radom. Ovime se inherentno stvara sukob između autora djela koje se parodira, s obzirom da nitko ne voli biti predmetom kritike, šale ili ismijavanja, i autora parodije. Također je vrlo malo vjerojatno da će titular djela zaštićenoga autorskim pravom, odnosno žigovnim pravom, izdati svojevrsnu licenciju ili dati dopuštenje autoru parodije da upotrebi njegovo autorskim odnosno žigovnim pravom zaštićeno djelo prilikom stvaranja parodije, odnosno da parodira njegov ranije zaštićeni žig.

Stoga je nužno razmotriti pretpostavke pod kojima određena parodija može predstavljati autorsko djelo, odnosno može vrijeđati raniji zaštićeni žig. Ovisno o autorskopravnoj i žigovnopravnoj tradiciji, rješenja u nacionalnim zakonodavstvima i sudskoj praksi mogu biti različita. Poželjno je da se ove pretpostavke urede zakonom, kao što je to slučaj u novoj hrvatskoj autorskopravnoj legislativi. Ukoliko izostane zakonsko uređenje parodije kao autorskog djela odnosno razloga za uskratu registracije znaka odnosno razloga za sudsku zaštitu radi povrede žiga, na sudskoj praksi je, da ovisno o posebnosti slučaja i autorskopravnoj i žigovnopravnoj doktrini i kulturološkim zasadama, donese rješenje u svakom pojedinom prijepornom slučaju.

Ključne riječi: parodija, autorsko pravo, žig.

* Opaska Uredništva: zbog kratkoće roka, opsega rada, a napose specifičnosti područja iz kojeg se rabe nazivlja iz različitih jezika, s osobitim naglaskom na igri riječi, Uredništvo Zbornika dopustilo je objaviti autorski tekst bez izvršene lekture i korekture.

I. Parodija kao umjetnička i marketinška forma

Parodiju (franc. *parodie*; engl. *parody*; njem. *Parodie*; španj. *parodia*) kao umjetničku formu možemo naći u gotovo svim umjetnostima, iako se najčešće susreće u književnosti, glazbi, kazališnoj i filmskoj umjetnosti.

Ako analiziramo definicije parodije koje nalazimo u umjetničkoj i pravnoj literaturi, razvidno je da su te definicije podudarne i da ne odstupaju u bitnim odrednicama.

Parodija se obično u teoriji književnosti i glazbe definira kao šaljivo i podrugljivo oponašanje, prerađivanje nekog književnog ili glazbenog djela¹, odnosno uporaba različitih jezičnih sredstava radi komičnog oponašanja stila pisca ili književnog djela². Parodist obično zadržava formu djela i tipične izraze, ali mu mijenja smisao dodavanjem drugih izričaja s ciljem da se nešto ili netko ismije, odnosno karikira. Dakle, redovito oblik književnog djela ostaje, samo se mijenja sadržaj koji više ne odgovara ranijoj formi. Ako se promijeni oblik, a zadrži sadržaj, dobiva se satirički oblik travestija.³

Slične definicije nalazimo i u teoriji drame. Tako se parodija određuje kao dramski komad ili fragment teksta koji ironično transformira neki postojeći tekst, rugajući mu se putem svakovrsnih komičnih efekata, odnosno kao kazališni komad burlesknog žanra u kojem se iskrivljava visoki žanr.⁴ Parodija nekog djela nije samo komička tehnika. Ona uspostavlja igru usporedbi i komentara s parodiranim djelom te književnom i kazališnom tradicijom, te stvara kritički metadiskurz o izvornom komadu.

I pravni teoretičari slično definiraju parodiju, kao djelo koje na podsmjehljiv ili šaljiv način oponaša drugo djelo odnosno ga tretira ga protutematski: sadrži neke značajne, prepoznatljive elemente prvotnog djela, dok druge nadomjesti s novim i različitim.⁵

Najpreciznijom nam se čini pravna definicija parodije njemačkog teoretičara Gangolfa Hessa. "Parodija se" – prema njegovome mišljenju – "shvaća kao kreacija koja oponaša jedno drugo djelo, vrstu djela ili stilski pravac i pritom hotimice i na prepoznatljiv način ističe komiku i antitematsku kritiku usmjerenu protiv izvornih umjetničkih djela (obrazaca), kritiku onoga koji poznaje takva djela i posjeduje intelektualno razumijevanje potrebno za shvaćanje parodije."⁶

¹ Taritaš, M., Rječnik književne interpretacije, Zagreb, 1993., str.156.

² Čubelić, T., Književni leksikon, 3. izd., Zagreb, 1972., str.368.

³ lat.travestire – preodijevati. Cit. prema Čubelić, T., *ibid.* O razlici između ovih vrsta etaljnije kod Karrer, W., Parodie, Travestie, Pastich, München, 1977., str.22.

⁴ Pavis, P., Pojmovnik teatra, Izdanja Antibarbarus, Zagreb, 2004., str.256.

⁵ Tako Trampuž, M., Avtorsko pravo in likovna umetnost, Založba CŽ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1996., str.227. i Yankwich, Parody and Burlesque in the Law of Copyright, 33 Can. B. Rev. 1130 (1955).

⁶ Cit. Hess, G., Urheberrechtsprobleme der Parodie, Baden-Baden, Schriftenreihe UFITA, Bd.109, 1993., str.33.

Parodija se obično odnosi na stil, ton, žanr ili jednostavno na dramsku situaciju. Kad ima poučni ili moralizatorski cilj, bliska je otvorenoj društvenoj, filozofskoj ili političkoj satiri.⁷

Parodija je specifičan i specifično intenzivan vid afirmacije ironije, humora i satire u književnosti. Njena poanta je po pravilu orijentirana da djeluje u istom onom duhovnom prostoru u kojem je oblikovano i djelo koje mu je poslužilo kao prototip, model ili poticaj; parodija je dvojnjak iz druge dimenzije, nemilosrdna sestra djela. Postupak parodiranja sastoji se u tome da su izražajna sredstva upotrebljavana u tako svjesno pretjeranom i karikiranom obliku da djeluju neodoljiv komično.

Parodija, jedan najstarijih oblika književnosti, predstavlja kritiku i ismijavanje svoga predmeta kroz humoristične adaptacije izvornoga djela.⁸ Parodija se često pamti mnogo dulje od izvornoga djela. Primjeri parodije potječu iz davnih vremena Hegemonove starogrčke "Gigantomachia-e" ("Borbe divova"), kojem Aristotel pripisuje njezin postanak. U antičkoj književnosti Aristofan u "Žabama" parodira Eshilova i Euripidova djela, dok nepoznati starogrčki pjesnik u "Batrachomyomachia" ("Boj žaba i miševa") duhovito parodira Homerovu "Ilijadu" i "Odiseju". Ostali stručnjaci parodije najčešće spominju Cervantesa, koji je napisao Don Kihota rugajući se srednjovjekovnim viteškim pričama, zatim Nicolaia Ch. F. koji je s djelom "Radosti mladog Werthera" parodirao "Patnje mladog Werthera" J. W. Goethea, Bulgakovljevo parodiranje Tolstoja ("Zapisi mladog liječnika" odnosno pripovjetke "Vijavica" u odnosu na Tolstojeve pripovijetke Gospodar i sluga te Mečava), Bretta Hartea koji je sa parodijom "Hemlock Jones" oponašao Sherlocka Holmesa A.I. Conan Doylea.⁹ Parodiju možemo naći i u stripu, primjerice u "Braća Dalton na vjenčanju" autora crtež Morrisa i scenarija X. Fauchea i J. Leturgiea, kultnom stripu za mlade i odrasle, koji izlazi još od 1946. godine, a ova epizoda parodija je događaja obrađenog u filmu "Točno u podne". U hrvatskoj književnosti Ante Kovačić u djelu "Smrt babe Čengiđkinje" parodirao je jedno od najznačajnijih djela naše književnosti "Smrt Smail-age Čengijića" Ivana Mažuranića. Također i u glazbenoj umjetnosti nalazimo na primjerice Offenbachove komične opera "Lijepa Helena" i "Orfej u podzemlju" koje dekonstruiraju mitološki i tragički svijet.

U teoriji filma parodijom se označava vrsta zabavnog, komercijalnog filma koji na komičan i podsmješljiv način oponaša neko drugo, ozbiljno filmsko ili drugo umjetničko djelo, obično tako što zadržava oblik i formalne odrednice djela koje parodira, a u njih unosi nov, komičan sadržaj. Ipak nikad nije bila

⁷ Ipak satira nema samo namjeru "okrzniti" svoj predmet zbog čiste igre kao što je to slučaj kod parodije ili pastiša. Detaljnije kod Pavis, P., *ibid.*

⁸ Vidi kod Bonafin, M., *Contesi della parodie: semiotica, antropologia, cultura medievale*, Torino, UTET, 2001., str. 15., te Hutcheon, L., *A theory of parody: the teachings of twentieth-century arts form*, Urbana and Chicago, University of Illinois Press, 2000., str. 10.

⁹ Hovorostjanova, E. (2002) *Književna parodija kao književnost*. S ruskoga prevela J. Vojvodić, u: "Mistifikacija, parodija", ur. Ludvig, S., Flaker, A. Zagreb: Areagrafika, str. 240-248.

važan filmski žanr.¹⁰ Zanimljiv primjer parodije na žanrovske konvencije sreće su u kubanskom filmu "Avanture Juana Quinquina" iz 1967. Garciae Espinosae. Tek početkom 70-ih godina, u SAD su se pojavili novi talenti neobičnog, "otkačenog" humora, Mel Brooks, Gene Wilder i dr. Brooks često parodira poznate američke žanrove: western ("Blazing Saddles", 1974.), horor ("Young Frankenstein", 1974.), hitchcockovski triler ("High Anxiety", 1977.) ili akcijski film ("Robin Hood: Men in Tights", 1993.). Još jedan čuveni filmski lik Jamesa Bonda uspješno su parodirali David Niven, Dean Martin, James Coburn i Woody Allen.

Nužno je raspraviti još jedan pojam koji se često zamjenjuje s parodijom, iako se, unatoč često nepreciznim definicijama i distinkcijama u različitim sredinama, radi o dvije izražajne vrste.¹¹ Pastiš se od parodije u širem smislu temeljno razlikuje u tom, da združuje u novu cjelinu elemente većih djela uz ozbiljan pristup i poštovanje tradicije. Ako se ipak kod toga autor posluži komičnim efektima bez uvažavanja tradicije radi se o parodičnom pastišu.¹² Takav je primjerice slučaj kod najpoznatijeg češkog pastiša "Švejk v ruskem zajeti a v revoluci" Karela Vaneka prema jednom od najvećih djela češke književnosti Hašekovim "Zgodama dobrog vojaka Švejka".

Pastiš je jedan od najintrigantnijih postupaka koje običavaju rabiti filmski postmodernisti. U prošlosti se pokušava pronaći odraz sadašnjosti, odnosno poseže se za tradicijom kako bi se kroz nju reklo nešto o današnju svijetu. Najbolji su primjer za to dva remek-djela – američki film Daleko od raja (2002.) Toda Haynesa i hongkonško-francuski film Raspoloženi za ljubav (2000.) Wong Kar Waija.¹³

Konačno, u ovom kontekstu potrebno je odrediti i pojam karikature kao umjetničke forme, koja se također može javiti u svim umjetnostima, ali najčešće u likovnim umjetnostima kao zasebna forma na području crteža i grafike, a rjeđe u kiparstvu i slikarstvu. Ona označava namjerno izobličavanje realnosti naglašavanjem karakterističnih obilježja osoba, pojava ili događaja, najčešće s namjerom da se postigne dojam smiješnoga, te po obliku može biti groteskna, a po sadržaju satirična.¹⁴

¹⁰ Gehring, W.D., Parody as film genre: "Never give a saga an even break", Westport, CT, London, Greenwood Press, 1999., str. 67.

¹¹ Tako se u hrvatskom značenju (Klaić, B., Rječnik stranih riječi, NZMH, Zagreb, 2001., str. 1017.) kod pastiša radi o djelu sastavljenom od ulomaka različitih autora, najčešće u glazbenim djelima, ili o loše imitiranom umjetničkom djelu. Za razliku od toga značenja, u primjerice poljskom jeziku pastiš ima vrijednost i parodije i karikature i kompilacije. U vrstu pastiša možemo uključiti i kultno dramsko djelo Ive Brešana "Predstava Hamleta u selu Mrduša Donja", kao i niz drugih Brešnovih djela. Da se radi o korištenoj formi književnog izražavanja s često visokom razinom ostvarenja, vidi i kod Dufay, P., Anthologie du pastiche, Paris, Les Editions G. Cses & Cie, 1926., str. 230.

¹² Juran, M., Parodija in slovenska književnost, Ljubljana, Literarno-umetniško društvo Literatura, 1997., str. 5.

¹³ Durić, D., Postmodernizam i film, RE br.6/06, na <http://www.casopis-re.net/re6/postmodernizam.php>.

¹⁴ Vidi u Hrvatska likovna enciklopedija, br. 3., Goti-Koč, Vjesnik – Leksikografski zavod "Miroslav Krleža", Zagreb, 2005., str. 114.

Većina karikatura ostaje na razini duhovite ilustracije, a tek manjim dijelom doseže višu razinu likovnog ostvarenja.

Svjedoci smo prave eksplozije oglašivačke djelatnosti svih vrsta i u svim mogućim oblicima. Mnogi časopisi i privatne, pa čak i državne radio i TV postaje svoje glavne prihode stječu upravo od prodaje reklamnog prostora. Proizvođači i trgovci se opet, na svoj način trude privući pozornost potencijalnih kupaca baš putem reklame koja će biti originalnija od drugih. U toj poplavi oglašivačkih sadržaja, ako i u krizi originalnosti na tom području, sve više se koristi parodiranje kao modalitet oglašivačke kreacije, gdje se u oglasima parodira već poznati sadržaj, poruka, osoba, proizvod, film i sl.¹⁵

Često se parodija ne zaustavlja na poznatim proizvodima, umjetničkim djelima i osobama, nego se u kontekstu korištenja nacionalnih simbola u marketinške svrhe sve su više predmetom parodije i državni i međunarodni simboli. Međutim naše zakonodavstvo ne sadrži eksplicitne odredbe koje precizno reguliraju uporabu državnog znakovlja u marketinške svrhe. Naime, Zakon o grbu, zastavi i himni Republike Hrvatske te o zastavi i lenti predsjednika Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 55/90, 26/93 i 29/94) propisuje da je "uporaba grba, zastave i himne Republike Hrvatske slobodna u umjetničkom i glazbenom stvaralaštvu i u odgojno-nastavne svrhe". Teško bi mogli izvesti pozitivan zaključak iz citirane zakonske odredbe kako je sveprisutni agresivni marketing, posebice onaj inozemnih kompanija, koje obilato koriste simbole hrvatskog nacionalnog identiteta, dopušten kao "slobodno umjetničko izražavanje". Kako bi se ovo pitanje precizno reguliralo potrebne su zakonodavne intervencije koje bi izričito uredile mogućnost korištenja ovih znakova odnosno njihovo parodiranje u marketingu. Za takva postupanja možemo naći primjere u komparabilnim legislativama. Tako primjerice u Australiji je regulirano kako za korištenje himne u komercijalne svrhe moraju biti zadovoljeni određeni propisani uvjeti, primjerice da se ne smije mijenjati tekst himne niti glazba, odnosno da se himna ne smije na bilo koji način parodirati. Također, za svaku komercijalnu primjenu australske himne potrebno je dobiti prethodno odobrenje posebnog državnog tijela. Island je 1983. godine donio zakon prema kojemu nitko ne smije izvoditi niti objavljivati himnu u obliku koji se razlikuje od izvornika, te je zabranjena uporaba himne u komercijalne svrhe. Odredbom čl. 20. slovenskog Zakona o zastavi, himni i grbu predviđeno je kako himnu nije dopušteno izvoditi u svrhu tržišnog oglašavanja, te je, uz ostale uvjete propisane istim Zakonom, svakako koristan uzor za zakonodavne promjene u našem pravu.

Ovdje ćemo raspraviti dopuštenost parodije s aspekta autorskog i žigovnog prava, jer marketinška uporaba parodije ne smije prelaziti dopuštenu razinu odnosa prema izvornom djelu ili drugom objektu parodiranja.

¹⁵ Sedamdesetih godina prošlog stoljeća američke televizijske kuće počele su bombardirati gledatelje reklamnim porukama i promocijama nepotrebnih proizvoda. Ubrzo su kao reakcija na tu pojavu popularni komičari, poput neponovljive ekipe iz Saturday Night Live-a, počeli parodirati TV reklame i pritom uvseljavati gledateljstvo. Opširnije na www.nerve.com.

II. Parodija u autorskom pravu

1. O pojmu autorskog djela

Preduvjet za zaštitu autorskog prava je stvaranje samostalne, nepromjenjive, jedinstvene osobne tvorevine. Iako naš Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima ("Narodne novine", br.167/03 i 76/07, u daljnjem tekstu: ZAPSP) u odnosu na ranije zakonodavstvo eksplicitno izriče to načelo, ipak je nužno apostrofirati da se u zakonskom smislu autorskim djelima mogu nazivati samo osobne (individualne) intelektualne (duhovne) tvorevine.¹⁶

Kao svojstvene intelektualne tvorevine mogu se promatrati samo ona djela koja zbog svog sadržaja ili oblika ili zbog povezanosti sadržaja i oblika predstavljaju nešto novo i jedinstveno, bez obzira na način i oblik izražavanja, vrstu, vrijednost ili namjenu.

Predmet autorskog prava su umjetnička djela, a to su – prema članku 5. ZAPSP-a¹⁷ – originalne intelektualne tvorevine koje imaju individualan karakter (*svojstvene duhovne tvorevine*)¹⁸, i to na području književnog, znanstvenog i umjetničkog područja.

Proizvod ljudskog duha je *svojstven* ili *individualan* ako je nastao uslijed stvaralačke duhovne djelatnosti, te ako njegova jedinstvenost po kojoj se razlikuje od ostalih djela proizlazi iz osobnosti stvaratelja.

Upotrebom pojma *intelektualnosti* ili *duhovnosti* nastoji se istaknuti kako predmet zaštite autorskog prava nije ono materijalno (npr. izrađen predmet, ili mnoštvo predmeta), već duhovno oblikovanje koje se krije iza toga.

Pod pojmom *tvorevina* ili *stvaralaštvo* podrazumijeva se rezultat oblikovanja određenog prikazanog sadržaja, s time da taj rezultat mora biti razvidan u pojavnom vanjskom svijetu. Ali zakonodavac izričito navodi da na to da li određeno djelo ima karakter autorskog djela ne utječe način i oblik izražavanja, vrsta ili namjena ako ZAPSP-om nije drukčije određeno.

Djela dakle moraju biti originalna, a međusobno se moraju razlikovati po autorskim pravima (što znači da moraju biti individualna, tj. vlastita); te nadalje moraju biti objektivno ocijenjena kao umjetnost, te smisleno pojmljiva.

Po članku 1. ZAPSP-a, za zaštitu autorskih prava potreban je slijedeći pred-uvjet: određeno djelo mora biti iz područja književnosti, znanosti ili umjetnosti,

¹⁶ O novoj monističkoj koncepciji autorskog prava kod nas i njenim refleksijama na poziciju autora i autorskog djela detaljnije kod Henneberg, I., Utjecaj teorija o pravnoj naravi autorskog prava na zakonodavstva o autorskom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsko zakonodavstvo, u Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, Zagreb, 2004., vol. 5, str. 8.

¹⁷ Gliha: Zakon o autorskom i srodnim pravima – zbirka propisa, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 4.

¹⁸ Profesor Henneberg navodi da je u našem ranijem Zakonu o autorskom pravu ("Narodne novine", br. proč. 9/99., 76/99., 127/99. i 67/01, dalje: ZAP) bio izostavljen ispred izraza "tvorevina" riječi "svojstvena duhovna" jer da već sama navedena područja (književna, znanstvena, umjetnička – op. aut.) dovoljno upućuju na to da se radi o duhovnoj tvorevini. Cit. po Henneberg: Autorsko pravo, Informator, Zagreb, 1996., str. 58.

odnosno drugih područja stvaralaštva. Članak 5. stavak 1. istog zakona određuje kakvo i koje djelo može biti autorski zaštićeno. U članku 5. stavak 2. alineje 1–11. ZAPSP-a navode se najvažnije vrste djela. Ovo nabrojanje međutim nije iscrpno, tako da i tvorevine koje nisu spomenute u toj odredbi potpadaju pod pojam "autorskog djela", ukoliko ispunjavaju preduvjete navedene u članku 1. i 5. stavak 1. ZAPSP-a.¹⁹

Predmet autorskog prava može biti svako autorsko djelo osim onoga koje to ne može biti po svojoj naravi kao i onog za koje je po odredbama ZAPSP-a određeno da ne može biti predmetom autorskog prava.

Čest je slučaj da se autor prigodom stvaranja novog autorskog djela "naslanja" na već poznato autorsko djelo, bilo da ga ono inspirira kao motiv ili da ranije djelo stvaralački varira pretvarajući ga u novo djelo.

Prerade autorskih djela kod nas su uređene u čl. 6. ZAPSP-a. Pri tome, slijedeći stipulaciju čl. 2. st. 3. Bernske konvencije za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1886. sa zadnjom revizijom iz 1979. godine ("Narodne novine – Međunarodni ugovori", br. 12/93., 3/99. i 11/99.), naš zakonodavac ne daje zakonsku definiciju ovog instituta, nego se zadovoljava nabrojanjem najčešćih načina odnosno djela prerade.

Određenje prerade autorskih djela daje naša autorskoppravna doktrina, kada se kaže da se radi o autorskim djelima izvedenim iz već postojećih autorskih djela na stvarateljski dopušten način izmjenom sredstava izražavanja.²⁰

Dakle, radi se o autorskom djelu koje ima izvorište u drugom, ranije nastalom autorskom djelu, iz kojeg izvire, iz kojeg je deriviran, u kojem se utemeljuje, ali koje predstavlja originalnu intelektualnu tvorevinu, zasebnu i različitu od prerađenog autorskog djela. Ipak, u novom djelu moraju biti sadržane prepoznatljive, originalne i specifične karakteristike prerađenog autorskog djela. Ukoliko ranije djelo nije autorsko djelo, novo djelo koje se izvodi iz tog djela ne predstavlja djelo prerade u smislu autorskog prava. Djela koja su rezultanta samo tehničkih intervencija na postojećem autorskom djelu (npr. skraćivanja, transkripcije, transpozicije, brisanja pojedinih dijelova drame radi lakšeg izvođenja djela, reprodukcije u drugoj tehnici i dr.) ne smatraju se djelom prerade.²¹

ZAPSP kao djela prerade, primjera radi navodi prijevode, prilagodbe, glazbene obrade, ostavljajući mogućnost i drugih pojavnih oblika prerade.

Kod autorskog djela nastalog preradom već postojećeg djela nailazimo u načelu na autorskoppravni odnos više osoba. Kako to proizlazi iz odredbi čl. 6. st.

¹⁹ Slično i u austrijskom pravu, samo što se autorskim djelima po paragrafu 2. stavak 2. austrijskog Zakona o autorskom pravu nazivaju samo one tvorevine koje predstavljaju osobno duhovno stvaralaštvo. Ovaj dio navedenoga zakona nije baš precizno formuliran, što je dovelo do toga da još nije pronađena jedinstvena definicija pojedinih preduvjeta za zaštitu autorskih prava. Vidi kod Schanda: Character- und Personality-Merchandising in Oesterreich, OeBI 1998, 323, str. 2.

²⁰ Cit. po Henneberg I., Autorsko pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 109.

²¹ Tako i Henneberg I., op.cit., str. 109. te Marković S.M., op.cit., str. 138.

1. i 3. ZAPSP-a, prerada autorskog djela zaštićena je kao i izvorno djelo, što ne utječe na prava autora izvornog autorskog djela. Dakle, u tom slučaju imamo autora novog djela i autora izvornog djela, ukoliko ovom drugom još traju autorska imovinska prava, koji *nota bene* mora dati dopuštenje za preradu svog djela. U suprotnom radilo bi se o zlouporabi, te tako nastalo djelo na štetu autora ranijeg djela ne uživa zaštitu. Ako se prerađuje izvorno djelu u odnosu na koje su autorska imovinska prava prestala, autorsko pravo postoji samo glede djela prerade.

2. Autorskopravno određenje parodije u regulative Europske unije

Temeljne međunarodnopravne konvencije na području autorskih prava, Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela iz 1886. i Univerzalna konvencija o autorskom pravu iz 1971.²², ne sadrže odredbe u kojima bi se uređivali autorskopravni aspekti parodije i karikature.

Na ovu problematiku jedino bi se mogle referirati odredbe koje reguliraju djela prerade, odnosno gdje se utvrđuje da su zaštićeni kao izvorna djela i adaptacije i druge prerade književnog ili umjetničkog djela, ali bez gubitka prava autora izvornog djela (npr. čl. 2. st. 3. Bernske konvencije).

Također ni Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS) iz 1994.²³ ne sadrži izričite odredbe o djelima parodije u sklopu odredbi koje uređuju autorska prava. među autri sporadoku Sama Zajednica nije nadležna za zakonodavnu djelatnost na području. Ipak nužno je uputiti na odredbu čl.13. TRIPS-a u kojoj se navodi da će članice svesti ograničenja ili izuzetke od isključivih prava na određene posebne slučajeve koji nisu u suprotnosti s redovitim iskorištavanjem djela i koji neopravdano ne tete legitimnim interesima nositelja prava. Naime, ova odredba može poslužiti u analizi svakog konkretnog slučaja kada se ispituje je li određeno djelo predstavlja plagijat ili dopuštenu parodiju kao vid prilagodbe djela.

Za razliku od nekih drugih prava intelektualnog vlasništva, gdje su harmonizacijski procesi gotovo okončani, na području autorskih i srodnih prava Europska unija je tek u fazi ujednačavanja propisa država članica putem odgovarajućih smjernica u ovoj oblasti, prvenstveno zbog toga što su postojale velike razlike u nacionalnim propisima o autorskom pravu i srodnim pravima država članica, kao i u relativnom kasnijem donošenju odgovarajućih polaznih dokumenata (Zelena knjiga o autorskom pravu i tehnološkim izazovima iz 1988.), dugogodišnjoj pripremi nekih međunarodnih dokumenata te kasnijem donošenju odgovarajućih smjernica.

²² Konvencije su objavljene u "Narodnim novnama" – "Međunarodni ugovori", i to Bernska konvencija u br.12/93, 3/99 i 11/99, a Univerzalna konvencija u br. 12/93 i 3/99, te u Gliha, I., Autorsko pravo, zbirka propisa, Informator, Zagreb, 2000., str. 188-318.

²³ Tekst TRIPS-a u neslužbenom prijevodu objavljen je u Čizmić, J., Zlatović, D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić, Zagreb, 2002., str. 531-562.

Moderno informatičko društvo obilježeno globalnom digitalizacijom iniciralo je potrebu provedbe procesa tzv. druge generacije harmoniziranja, iniciranu donošenjem Zelene knjige o autorskom pravu i srodnim pravima u informatičkom društvu iz 1995. s nastavkom iz 1996.²⁴

Uslijedilo je 2001. donošenje Smjernice o informatičkom društvu²⁵, koja predstavlja odgovor EU na izazove koje je digitalna tehnologija postavila autorskom pravu.

Smjernicom se pazilo na to da se uz pojačane mogućnosti zaštite autorskog prava i srodnih mu prava uzme u obzir interes javnosti (teorija socijalne adekvatnosti). U tom su smislu postavljena ograničenja tih prava, od kojih su neka obvezna, dok druga predstavljaju zatvorenu listu iz koje pojedine članice izabiru ona ograničenja koja smatraju primjerenima sebi.

Ova je Smjernica uredila dvije skupine problema: njome su zajamčena prava koja svaka članica mora urediti tako da su prilagođena i digitalnom okružju kao i obvezna i moguća ograničenja zajamčenih prava; postavljena su pravila za probleme vezane uz tehničku zaštitu od neovlaštenog rabljenja autorskih djela i objekata srodnih prava i uz elektroničke podatke u vezi s autorskim djelom i objektima srodnih prava.²⁶

Osim precizno propisanog obveznog ograničenja, postoji i popis mogućih izuzeća odnosno ograničenja Smjernicom predviđenih prava umnožavanja, prava priopćavanja javnosti i prava činjenja. Države članice nisu obvezne prihvatiti sva ograničenja i izuzetke, nego im je ostavljena mogućnost izbora. Pretpostavlja se da države članice nipošto ne bi smjele uzeti sva predviđena ograničenja.²⁷

Tako je odredbom čl. 5. st. 3.k) Smjernice predviđeno da države članice mogu odrediti kao izuzetke odnosno ograničenja prava predviđenih u odredbama čl. 2. (pravo umnožavanja) i čl. 3. (pravo priopćavanja javnosti) Smjernice između ostalih ponuđenih slučajeva i u slučaju korištenja u svrhu karikature, parodije ili pastiša.uporabe.

Ovaj izuzetak može biti primijenjen u određenim posebnim slučajevima koji nisu u konfliktu s redovitim korištenjem djela i koji ne ugrožavaju interese nositelja prava.²⁸

²⁴ Green paper on copyright and related rights in the information society, COM (95) 382 final od 19. 07. 1995.; Follow up to the green paper on copyright and related rights in the information society, COM (96) 586 final od 20. 11. 1996. godine.

²⁵ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society – Smjernica 2001/29/EC o harmonizaciji određenih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informatičkom društvu od 22. 5. 2001., OJ L 167, 22.6. 2001. Članice su bile dužne uskladiti svoje propise do 22. 12. 2002.

²⁶ Cit. prema Gliha, I., Intelektualno vlasništvo, Zagreb, srpanj, 2002., rad dostupan na internet stranici <http://www.mei.hr/download/2002/09/05/IG%20Autorsko%20pr%20-%20IS-280502.pdf>.

²⁷ Usp. Gaudenzi, A.S., Il Nuovo Diritto d'Autore, La proprietà intellettuale nella società dell'informazione, Maggioli Editore, 2002., str. 327.

²⁸ Vidi odredbu čl.5.st.5.Smjernice.

Navedena moguća ograničenja iz Smjernice našla su mjesta i u novom hrvatskom autorskopravnom poretku, uređena tako da su usklađena s tom Smjernicom.²⁹

3. Pregled zakonske zaštite parodije u komparativnoj i hrvatskoj autorsko-pravnoj legislativi

Različita rješenja glede tretmana parodije u zakonskim tekstovima u području autorskih i srodnih prava nalazimo u nacionalnim legislativama država sa dugom tradicijom zaštite autorskih prava.

U pretežitom broju slučajeva zakoni u ovoj oblasti uopće izričito ne reguliraju pitanja u svezi s parodijom kao autorskim djelom.³⁰ Međutim to ne znači da se ovom pitanju i u tim državama ne posvećuje pozornost, jedino što ova pitanja ostaju bez izričitog odgovora u zakonskoj regulativi.

Ipak, u tom slučaju odlučan će biti stav sudske prakse, koja će se pretežito u svojim rješidbama morati pozivati na zakonska rješenja u svezi s preradom djela. Tako svojstvo prerade, pa tako i nesamostalnog odnosno neizvornog djela, u poljskom zakonodavstvu pokazuje upravo parodija, karikatura ili pastiš. Iz karaktera tih formi proistječe prepoznatljivost parodiranog ili u karikaturi predstavljenog djela, skupa s njegovim osobinama. Unatoč tome u poljskoj autorskopravnoj teoriji i sudskoj praksi uobičajilo se takve radnje držati dopuštenim jer u pravilu ne narušavaju tuđa prava, bilo pozivanjem na argument da se one nalaze u granicama onoga što se naziva slobodnom uporabom te su bliže inspiriranom nego prerađenom djelu, bilo sukladno napatku kakav može de lege lata biti odredba čl. 29. poljskog Zakona o autorskim pravima od 4.2.1994. (s izmjenama zaključno od 5.2.2005.), koji dopušta samostalnom djelu dodavati tuđe tvorevine u granicama opravdanim pravilima stvaralačke vrste. Dakle u Poljskoj nalazimo na poseban obzir prema respektiranju načela stvaralačke slobode.³¹

S obzirom na osjetljivost pitanja bilo bi svakako preporučljivo postojane izričite zakonske regulacije, koja ne bi dopuštala dvojbe.³² Takvu situaciju, gdje je parodija predviđena kao svojevrsno izuzeće odnosno ograničenje autorskog prava, nalazimo u zakonodavstvima Belgije, Švicarske, Nizozemske i Francuske.

²⁹ O drugim smjernicama EU u ovom području detaljnije kod Marković, S.M., *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999., str. 89-92.

³⁰ Primjerice u Srbiji, Ruskoj Federaciji, Sloveniji, Ujedinjenom kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske, Švedskoj, Danskoj, Španjolskoj, Italiji i dr. Vidi njihove aktualne autorskopravne zakone, kao i zakone o autorskim pravima drugih država koje ćemo u ovom radu citirati na <http://portal.unesco.org/culture/>. O stajalištu britanske autorskopravne doktrine detaljnije kod Cornish, W.R., *Intellectual Property*, 3rd edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 393.

³¹ Usp. Barta, J. (ur.), *System Prawa Prywatnego*, Tom 13, *Pravo autorskie*, C.H. Beck, Warszawa, 2003., str. 38.

³² Tako i Tampuž, M., *Avtorsko pravo in likovna umetnost*, Založba CŽ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1996., str. 227.

Tako je u belgijskom Zakonu o autorskom pravu i srodnim pravima iz 1994., preciznije u odredbi čl. 22. st. 1. toč. 6. predviđeno da ako je djelo objavljeno sukladno propisu, autor ne može zabraniti karikaturu, parodiju ili pastiš ako se vodi računa o regularnoj primjeni.

Slično rješenje sadrži i nizozemski Zakon o autorskim pravima iz 1912. (s posljednjom novelom od 20.1.2006.) u odredbi čl. 18.b.

Švicarski Savezni zakon o autorskom pravu i srodnim pravima od 9.10.1992., u odredbi čl. 11. st. 3. izričito dopušta parodiju i s njom usporedive obrade djela. Radi se o vrlo preciznoj izričitoj regulaciji po kojoj autor ima isključivo pravo odlučiti da li, kada i kako djelo može biti izmijenjeno, zatim da li, kada i kako djelo može biti korišteno za neku preradu tog djela ili uvršteno u neku zbirku. Čak i ako je neka treća osoba temeljem ugovora ili zakona ovlaštena izmijeniti djelo ili ga koristiti za preradu, autor se može suprostaviti bilo kojoj izmjeni koja se odnosi na njegovu osobnost odnosno njegova osobna prava (čl. 11. st. 1. i 2.). U kontekstu tih odredbi o preradi mora se tumačiti izričita odredba o parodiji, po kojoj je *ex lege* dopušteno korištenje postojećih djela za parodiju ili pastiš.

Slično predviđa i francusko autorskopravno zakonodavstvo, u odredbi čl.L.122-5/4 Kodeksa intelektualnog vlasništva (sa stanjem prema posljednjoj noveli iz 2006.), kada se predviđa ako je djelo izloženo javnosti, da autor ne može zabraniti parodiju, pastiš ili karikaturu, vodeći računa o pozitivnom zakonu za tu djelatnost.

Ranije hrvatsko zakonodavstvo nije izričito zakonski uređivalo ovu problematiku, ali je starija autorskopravna doktrina na ovim područjima zastupala stajalište da travestija, parodija i satira predstavljaju djela slobodne uporabe, kao i djelo karikature. Na taj način uvriježeno je bilo tumačenje da ova djela predstavljaju samostalnu tvorevinu, a ne oponašanje originalnog djela.³³ U objavljenoj novijoj hrvatskoj sudskoj praksi u ovom području nismo našli na odgovore sudske prakse na sporove u svezi s parodijom nekog djela.³⁴

Ipak s obzirom na umjetničku i pravnu prirodu parodije, slijedi da se i kod nas parodija tretirala kao djelo blizu pojmu inspiracije, odnosno još bliže pojmu prerade. Dakle, po jednom stajalištu radi se o inspiraciji, koja ne podliježe traženju autorskopavnog dopuštenja, slobodi umjetničkog stvaralaštva i slobodi izražavanja mišljenja, uključujući kritiku. Po drugom gledištu radi se o preradi, koja podliježe traženju autorskopavnog dopuštenja, odnosno razvidnom preuzimanju elemenata tuđeg djela.

Kod promišljanja zakonskog uređenja ovog pitanja kod zadnje revizije hrvatskog autorskog prava, pošlo se prvenstveno od toga da je sloboda izražaja-

³³ Tako Šuman, J., Komentar Zakona o zaštiti autorskog prava i međunarodnih propisa, Beograd, 1933., str. 89. i 90.

³⁴ Vidi Gilha, I, Autorsko pravo – sudska praksa, Prilog časopisa Informator, br. 24/96, te Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, 1994-2004, Visoki trgovački sud, Zagreb, 2004.

vanja mišljenja, uključujući kritiku, iznimno važna kategorija. Također je valjalo imati na umu da parodija može značiti i posezanje u ekonomske efekte djela, poradi moguće zamjenjivosti djela i zbog toga mogućeg manjeg iskorištavanja prvotnoga, parodiranog djela, ali i istodobno i u određenom smislu odgovarajuća promidžba prvotnog djela.

Naš zakonodavac je konačno zauzeo stajalište da je nužno izričito zakonski urediti parodiju i karikaturu u novom ZAPSP-u kao primjer slobodne uporabe, i to tako da posebne pretpostavke sprječavaju moguću zamjenu izvornog djela i parodije.

Tako je odredbom čl.94. ZAPSP-a dopuštena prerada autorskog djela u parodiju u mjeri koja je potrebna za njen smisao, kao i karikaturu, a uz navođenje djela koje se prerađuje i njegovog autora.³⁵ Odredbom ovog članka određuju se pretpostavke za preradu djela u parodiju i karikaturu.³⁶

Iako je imala uzore u navedenom komparativnom nacionalnom i europskom pravu, ova odredba ne može se smatrati spretnom zakonodavnom stipulacijom, jer je i s normative točke gledišta, a pogotovo s pozicije *ratia* pravne norme manjkava, nedorečena i tražit će primjeren angažman sudova u njenoj ispravnoj primjeni kod rješavanja mogućih sporova. Sigurno da u tome mogu pomoći ne samo kreativni interpretativni pristup sudova u cilju postizanja balansa između svakako evidentno suprotstavljenih interesa sukobljenih strana, nego i uvidi u inozemne sudske rješidbe, ali uz bitnu dozu opreza jer se ipak ne naslanjaju na isti legislativni tekst, ista prihvaćena načela i isti senzibilitet javnosti odnosno tradiciju kad su u pitanju parodija i karikatura.

Analizom citirane zakonske odredbe razvidno je da se u smislu našeg autorskog prava parodija smatra nesamostalnim odnosno izvedenim djelom, preradom autorskog djela, odnosno s obzirom na utvrđene pretpostavke možemo zaključiti da se radi o preradi *sui generis*.³⁷ Naime, da se radi o preradi u smislu opće odredbe čl.6. ZAPSP-a o preradi u svezi s odredbama čl. 21. i 31. ZAPSP-a, proizlazilo bi da autor parodije mora tražiti prethodno odobrenje od autora izvornog djela, čime bi se bitno ograničila mogućnost kreacije parodije. Ipak, kako je jedna od pretpostavki iz čl. 94. ZAPSP-a da autor parodije mora navesti prerađeno djelo i njenog autora, to govori u prilog tumačenju kako se ovdje radi o parodiji kao slobodnoj upotrebi, odnosno kako autor parodije ne mora tražiti dozvolu autora na čije se djelo naslanja. Kako se radi o jednom od zakonom predviđenih sadržajnih ograničenja autorskog prava, ovdje je dopušteno korištenje objavljenog autorskog djela bez autorskog odobrenja. Međutim, ta je slobodna upotreba ipak ograničena time da je parodija kao prerada djela

³⁵ Naš ZAPSP tako ne regulira pastiš, iako se ova forma tretira u komparativnom pravu i citiranoj Smjernici EU o informatičkom društvu.

³⁶ Vidi Obrazloženje predlagača uz konačni prijedlog ZAPSP-a, objavljeno u Gliha, I., Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, Narodne novine, Zagreb, travanj 2004., str. 141.

³⁷ Iz strukture ZAPSP-a razvidno je da se parodija ne spominje kao autorsko djelo u uvodnim odredbama čl. 5.-8. u kojima se uređuju autorska djela, nego kao jedno od sadržajnih ograničenja autorskog prava u smislu Poglavlja 6. ZAPSP-a.

dopuštena u mjeri koja je potrebna za njen smisao. Ova pretpostavka je izuzetno neprecizno određena, te će buduća sudska praksa, oslanjajući se uz dozu rezerve na odgovarajuće teorijske opservacije u području umjetnosti i autorskog prava, te analognu inozemnu sudsku praksu, morati odrediti što se smatra pod dopuštenom mjerom za smisao parodije. Kod toga je nužno akceptirati odredbu čl. 80. ZAPSP-a prema kojoj je parodija dopuštena samo ako se ne suprotstavlja redovitom korištenju parodiranog autorskog djela i neopravdano ne šteti zakonitim interesima nositelja prava.

Dakle, pretpostavke dopuštenosti parodije nekog autorskog djela su sljedeće prema odredbi čl. 94. u svezi s čl. 80. ZAPSP-a:

- parodirano autorsko djelo mora biti objavljeno;
- parodija ne smije biti suprotstavljena redovitom korištenju parodiranog djela;
- parodija ne smije štetiti zakonitim interesima nositelja prava;
- dopuštena je prerada u mjeri koja je potrebna za njen smisao kao parodije;
- obvezno je navesti djelo koje se prerađuje i njegovog autora.

Ove pretpostavke moraju biti kumulativno ispunjene da bi se radilo o parodiji koja je dopuštena u smislu ZAPSP-a.

Ista pravila kao za parodiju vrijede tako i za karikaturu drugog djela.³⁸

Kako bismo pomogli našim sudovima oko upoznavanja s dosezima stranih sudišta glede parodije kao autorskog djela ili povrede nečijeg autorskog prava, nužno je u nastavku obraditi i druge vidove zaštite parodije, a naročito suvremene doktrine i recentnu judikaturu u SAD-u i Njemačkoj.

4. Posebna izuzeća u pravu SAD-a – doktrina "Fair Use"

4.1. Uvodno o autorskom pravu SAD-a

Autorsko pravo SAD-a ima svoje korijene u engleskom zakonu iz 1710. godine, koji je vrijedio još dok su američke države bile britanske kolonije. Prvi američki savezni zakon o autorskom pravu je donesen po Drugom Kongresu 1790. godine. Nakon nekoliko izmjena tog zakona (1831. i 1870.), isti je temeljito noveliran 1909. godine. Nove promjene koje su tretirale autorskopravne aspekte korištenja novih medija, kao što su film i televizija, rezultirale su Zakonom o autorskom pravu (Copyright Act-om) iz 1976. koji je na snazi od 1. siječnja 1978. godine.³⁹ Ovaj zakon produžio je trajanje autorske zaštite, a nakon

³⁸ Ovdje posebno napominjemo da je u ZAPSP-u regulirana samo dopuštenost karikature nekog već postojećeg objavljenog autorskog djela, a ne i karikatura lika, odnosno neke osobe, čija bi se dopuštenost prosuđivala s obzirom na zajamčena osobna prava. Vidi Šuman, J., op.cit., str. 228. i 233., te Gavella, N., *Osobna prava*, I dio, Zagreb, 2000., str. 257.

³⁹ Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (codified at 17 U.S.C.A. §§ 101-914, West 1977 and Supp. 1985.

izmjene iz 1988. te 1990. godine, koja je arhitektonska djela priključila na popis autorskih djela, uslijedile su i dopune iz 1998. godine.⁴⁰

Po ovom zakonu *copyright* štiti "izvorna djela ili autorstvo fiksirano na bilo koji zbiljnom odnosno opipljivom mediju izražavanja, sada poznatom ili kasnije otkrivenom."⁴¹ Da bi bilo podobno za *copyright* zaštitu djelo mora biti originalan i jedinstven izražaj ideje. Devet je kategorija djela koja mogu uživati zaštitu kao autorsko djelo:

- književna djela;
- glazbena djela, uključujući pripadajući tekst ili riječi;
- dramska djela, uključujući pripadajuću glazbu;
- pantomimska i koreografska djela;
- slikovna, grafička ili kiparska djela;
- igrane filmove i druga audiovizualna djela;
- zvučne snimke;
- arhitektonska djela; i
- kompjuterske programe.

Imena ne uživaju zaštitu, kao ni ideje – to samo mogu štićeni određeni načini na koje je ideja izražena.⁴² Da bi uživalo zaštitu, djelo mora biti produkt ljudskog uma. Nositelj *copyrighta* posjeduje pet ekskluzivnih prava : pravo pravljenja kopija djela, pravo distribucije kopija (za prodaju ili u druge svrhe), pravo praviti izvedenice djela (npr. filmske verzije knjige ili scenske inačice filma), pravo javnog izvođenja djela, te pravo javnog prikazivanja djela.

Copyright se označava riječju "Copyright" ili skraćeno "Copr.", ili sa simbolom (slovo "C" označeno krugom), ili sa oba načina, godinom prvog izdanja, i imenom nositelja. Izraz "All Rights Reserved" je također često sadržan u praksi. Do 1978. djelo nije uživalo zaštitu dok nije bilo publicirano ili registrirano kod nadležnog organa (Copyright Office), što sada nije više slučaj. Djelo je sada pokriveno zaštitom u momentu kada ga autor fiksira u opipljivoj, stvarnoj formi. Ipak, i dalje se obavlja registracija djela kod nadležnog tijela radi lakšeg dokazivanja da je prijavljeni autor u stvari pravi autor djela, a ne može se podnositi tužba radi povrede prava ako djelo nije registrirano, niti se može tražiti naknada odvjetničkih troškova i zakonom određene štete (*statutory damage*) od onoga tko radi povredu djela prije nego je isto registrirano, nego samo stvarne štete (*actual damage*), a dostavom registracijskih dokumenata carinskim službama može se spriječiti izvoz neovlašteno kopiranih primjeraka djela.

Djela izvorno stvorena na dan 1. siječnja 1978. godine ili poslije, pokrivena su autorskom zaštitom za života autora, te 70 godina poslije njegove smrti.

⁴⁰ Vidi Digital Millennium Copyright Act, Oct. 20, 1998, PL 105-304.

⁴¹ Vidi Title 17 of the United States Code, Section 102.

⁴² Winteringham: Stolen from Stardust and Air: Idea Theft in the Entertainment Industry and a Proposal for a Concept Initiator Credit, Part I B.2.- Copyright Protection for Character Ideas, objavljeno na internet stranici www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v46/no2/bob.html, posjećenoj dana 31.3.2001.

Djela stvorena prije narečenog datuma, ali koja nisu publicirana ili registrirana do tog nadnevk, uživaju istu zaštitu. Ako su djela bila ranije objavljena ili registrirana, tada su pravila različita i variraju ovisno o godini kada je djelo prvotno zaštićeno, o godini kada istječe zaštita, te da li je ili nije pravo obnovljeno. Prema posebnoj okružnici Copyright Office-a djela objavljena prije 1. siječnja 1923. godine pripadaju javnom dobru (*public domain, domaine public*), te su dostupna svakome.⁴³

Ovaj uvodni dio o američkom autorskom pravu nužan je radi lakšeg razumijevanja posebnosti ovog pravnog sustava u odnosu na europski kontinentalni autorskopравни krug.

4.2. Pravična primjena i parodija

S obzirom da u SAD autorsko pravo zabranjuje bitnu upotrebu autorskim pravom zaštićenoga djela bez dopuštenja nositelja autorskoga prava, te stoga što je takva vrsta dopuštenja vrlo malo vjerojatna kada je riječ o upotrebi u svrhu stvaranja parodije, stvaratelj parodije možda će se trebati osloniti na obranu temeljem pravične odnosno primjene (*fair use*), a kako bi preduhitrio svaku odgovornost za povredu autorskoga prava. Međutim, obrana na osnovi pravične primjene (*fair use*), ukoliko uspije, bit će uspješna samo ako novostvoreno djelo koje sebe naziva parodijom doista i jest valjana parodija.

Obrana temeljem pravične primjene jest sudbeno stvorena doktrina koja potječe iz slučaja *Folsom protiv Marsha*⁴⁴, a koja se prometnula u kodifikaciju pravične primjene u Odjeljku 107. Zakona o autorskome pravu iz 1976. Jedan američki komentator definirao je pravičnu primjenu kao "pravo osoba različitih od nositelja autorskoga prava da koriste autorskim pravom zaštićen materijal na razuman način bez suglasnosti nositelja, bez obzira na monopol dodijeljen nositelju temeljem autorskoga prava."⁴⁵ Ali, kao pravična doktrina, ista je toliko fleksibilna kao da zapravo prkosi svakoj definiciji. Interno izvješće Sudbenoga odbora u Odjeljku 107. odražava sljedeće gledište: "Iako su sudovi opetovano razmatrali i presuđivali u pogledu doktrine pravične primjene, iz svega nije proizašla nijedna stvarna definicija navedene koncepcije. Doista, s obzirom da doktrina predstavlja pravično pravilo razuma, nije moguće doći do bilo kakve općenito primjenjive definicije, tako da je o svakome slučaju u kojemu se ovo pitanje pojavi potrebno odlučivati temeljem njegovih činjenica."⁴⁶

Sudovi u SAD-u priznaju parodiju stoga što bi "u današnjemu svijetu često potpune formalnosti, autorsko pravo trebalo biti prijemčivo prema humoru

⁴³ Library of Congress, U.S. Copyright office's Circular 15th "Extension of Copyright Terms".

⁴⁴ 9 F. Cas 342 (C.C.D.Mass. 1841) (No. 4,901). Termin "fair use" je prvi put uporabljen u slučaju Lawrence v. Dana, 15 F. Cas. 26, 60 (C.C.D.Mass. 1869) (No. 8,136).

⁴⁵ Cit. Ball, H., The Law of Copyright and Literary Property, 1944., str. 260.

⁴⁶ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 65, reprinted in 1976 U.S. Code Cong. & Ad. News 5679.

parodije."⁴⁷ Sudsko priznanje parodije i kvalifikacija iste kao pravične uporabe temeljem Odjeljka 107. naglašeni su u slučaju *Metro Goldwyn Mayer, Inc. protiv Showcase Atlanta Co-Op., Inc.*,⁴⁸ koji je umanjio humor parodije u korist njenog kritičkog aspekta.

Kako bi predstavljala vrstu parodije prikladne za zaštitu temeljem pravične primjene, parodija mora učiniti više od samog postizanja humorističnoga efekta. Ona ujedno mora dati nekakav kritički komentar ili izjavu glede izvornoga djela, a koji komentar ili izjava odražavaju izvornu perspektivu autora parodije dajući time parodiji društvenu vrijednost koja se nalazi iznad njene zabavne funkcije.

Mnogi sudovi u SAD-u propuštaju razmotriti jedno ključno pitanje: da li je djelo koje se nalazi pred sudom parodija?⁴⁹ Sudovi su skloni svoju analizu usredotočiti na treći čimbenik pravične primjene, količinu i bitnost upotrijebljenoga dijela s obzirom na autorskim pravom zaštićeno djelo kao cjelinu. Umjesto toga, sud bi trebao razmotriti da li "učinci parodije ovise o sličnosti iste tuđemu djelu."⁵⁰ Ipak, sličnost se ne bi trebala tumačiti na način koji bi omogućio doslovno shvaćanje. U slučaju *Walt Disney Prod. protiv Mature Pictures Corp.*⁵¹ doslovna upotreba tužiteljevog filma "Mickey Mouse March" od strane tuženika "rezultirala je utvrđivanjem povrede unatoč obrani tuženika pravičnom primjenom. Sud je utvrdio da optuženi nije parodirao, nego je samo želio iskoristiti izvornik, daleko prešavši minimum "predočavanja".

Parodija ujedno mora usmjeriti svoju kritiku prema izvornome djelu. Do povrede dolazi ukoliko parodija odluta od cilja. U slučaju *Metro Goldwyn Mayer, Inc. protiv Showcase Atlanta Co-Op., Inc.*,⁵² tuženici su producirali "Scarlett Fever" (Šarlah, Grimizna groznica – Scarlett je ime glavne junakinje filma "Zameo ih vjetar"), predstavu koja parodira "Gone With the Wind" ("Zameo ih vjetar"). Sud je utvrdio kako "Scarlett Fever" nije parodija, već eksploatacija i adaptacija tužiteljevoga djela zaštićenoga autorskim pravom⁵³, a čime su povrijeđena derivirana prava tužitelja temeljem Odjeljka 106. Zakona o autorskoj pravu.⁵⁴ "Scarlett Fever" propustila je parodirati dijelove izvornoga

⁴⁷ Cit. prema obrazloženju rješidbe u slučaju *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 623 F.2d 252, 253 (2d Cir. 1980).

⁴⁸ 479 F. Supp. 351 (N.D.Ga. 1979).

⁴⁹ Note, Parody and Fair Use: The Critical Question, 57 Wash. L. Rev. 163, 173 (1981).

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ 389 F. Supp. 1397 (S.D.N.Y. 1975).

⁵² 479 F. Supp. 351 (N.D.Ga. 1979). Vidi također sudsku odluku u slučajevima *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981) (pjesma "Cunnilingus Champion of Company C" nepravična je parodija pjesme Andrews Sisters "Boogie Woogie Bugle Boy of Company B"); *Walt Disney Prods. v. Mature Pictures Corp.*, 389 F. Supp. 1397 (S.D.N.Y. 1975) (tuženikova vjerna uporaba tužiteljeve "Mickey Mouse March" nepravična je parodija pjesme).

⁵³ 479 F. Supp. at 360.

⁵⁴ 17 U.S.C.A. § 106 (West 1977):

Subject to sections 107 through 118, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;

djela koje kopira. Iako točnost u usmjerenju parodije pomaže parodiji u postizanju njenoga cilja, ista ne bi trebala postati čimbenikom koji bi eliminirao manje umješne autore parodija. Prava parodija neće uvijek kritizirati sve aspekte izvornoga djela. Njen će se humor neizbježno preliti u povezana područja, jednako kao što se i izvorno djelo oslanja na mentalne asocijacije glede mjesta, karakterizacije i vremenskoga razdoblja.⁵⁵ Dva su suda odstupila od ovoga pravila, ne razmatrajući da li djelo propušta parodirati svoj predmet, nego da li je djelo valjana satira ili parodija.⁵⁶

Drugi način zaštite koji se može naći na raspolaganju autoru parodije jesu načela slobodnoga izražavanja i govora ugrađena u Prvi Amandman Ustava SAD-a.⁵⁷ U prošlosti su sudovi su bili osjetljivi na međudjelovanje parodije, kao oblika zabave i društvenoga komentara i kritike, te vrijednosti Prvoga Amandmana. Javni interes u okviru takvoga izražavanja moguće je tumačiti kao nešto ima veću važnost od prava nositelja autorskoga prava. Zabavljači su se uspješno pozivali na načela slobodnoga govora s ciljem prikazivanja širokoga opsega umjetničkog izražavanja. Međutim, kada se čini da je komercijalna dobit glavni motiv, kao na primjer kod filmova, knjiga, pjesama, predstava i vizualne umjetnosti, djelo autora parodije i njegova zaštita temeljem Prvoga Amandmana i doktrine pravične primjene često su dovodili do niza sudskih odluka koje su naizgled nepomirljive.

Američki sudovi su se kontinuirano mučili sa slučajevima parodija prilikom utvrđivanja da li određena parodija spada u okvire parametara pravične upotrebe ili je, umjesto toga, riječ o povredi autorskoga prava.

Tako je primjerice u slučaju *Steinberg v. Columbia Pictures Industries Inc.* Okružni sud u New Yorku isto tako ustanovio povredu autorskoga prava. Plakat poznatog strip-crtača Saula Steinberga bio je iskorišten u svrhu izrade satiričkoga reklamnoga plakata. Sud je naglasio: reklamni plakat, koji ne samo da prihvaća ideju, nego i preuzima bitne osobine, neprihvatljivo je oponašanje. Kod imitacije koja služi u reklamne svrhe, dakle komercijalnog je karaktera, ne može se prihvatiti *fair use* (pravična primjena) izvornika.⁵⁸

(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;

(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly; and

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly.

⁵⁵ Cf. *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 758 n.15 (9th Cir. 1978).

⁵⁶ Vidi sudsku praksu u slučajevima: *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541, 543 (2d Cir. 1964); *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 482 F. Supp. 741, 746 (S.D.N.Y.), *aff'd per curiam*, 623 F.2d 252 (2d Cir. 1980).

⁵⁷ Vidi Ustav Sjedinjenih Američkih Država, prijevod i uvodna studija B. Smerdel, Vladavina prava, 1/1997, str. 179-197.

⁵⁸ District Court New York, U.v.24.6.87., GRUR Int. 1989., 157.

Glava Zakona o autorskom pravu koja se odnosi na pravičnu primjenu posebno nabraja kritiku kao jednu od svrha za koju je osmišljena obrana temeljem pravične primjene, ali pitanje je da li bi ovo trebalo značiti da bi parodija trebala imati veću slobodu nego drugi oblici autorskih djela u slučaju pozivanja na obranu pravične primjene? Ukoliko ne bude moguće zaštititi parodiju temeljem doktrine pravične primjene, da li bi to dovelo do nestanka parodije kao oblika društvene kritike i komentara? Što bi se dogodilo žanru parodije ukoliko autor parodije ne bude u mogućnosti pribaviti dopuštenje za upotrebu parodiranoga djela i da li bi neuspjeh u pribavljanju dopuštenja značio kako autor parodije nije u mogućnosti s uspjehom se pozvati na obranu pravične primjene. Treba li proširiti obranu parodije temeljem pravične primjene kako bi se osiguralo da povreda autorskoga prava neće zabraniti upotrebu za koju, po svoj prilici, nositelja autorskoga prava ne bi dao dopuštenje?

4.3. Analiza pravične primjene

Zakon o autorskom pravu, u odjeljku 107., nabraja četiri "čimbenika (kriterija) pravične primjene" koje je potrebno analizirati kako bi se utvrdilo da li određena upotreba autorskim pravom zaštićenoga djela, poput parodije, predstavlja pravičnu primjenu. Ovi čimbenici su (1) svrha i narav upotrebe, uključujući i činjenicu da li je upotreba komercijalno motivirana ili je namijenjena u neprofitne obrazovne svrhe; (2) narav autorskim pravom zaštićenoga djela; (3) količina i bitnost dijela upotrijebljenoga u novonastalom djelu u odnosu prema autorskim pravom zaštićenome djelu; i (4) utjecaj upotrebe na potencijalno tržište ili vrijednost autorskim pravom zaštićenoga djela. Sud će, prilikom ocjene obrane temeljem pravične primjene, uzeti u obzir svaki od četiri čimbenika, a s obzirom da nijedan pojedinačni čimbenik sam po sebi nije dovoljan kako bi se dokazalo postojanje ili nepostojanje pravične primjene. Razmatranje koji slijedi opisuje specifični kriterij pravične primjene i daje pregled ključnih pitanja obuhvaćenih analizom obrane temeljem pravične primjene.

4.3.1. Svrha i narav primjene

Prvi čimbenik, svrha i narav upotrebe (*the purpose and character of the use*), bio je predmetom opsežne sudske procjena tijekom posljednjih nekoliko godina. Debata se bila usredotočila na komercijalnu narav upotrebe⁵⁹, motiviranost povreditelja profitom, na to da li je upotreba bila namijenjena u produktivne ili kreativne svrhe, te da li je kopija bila namijenjena u istu svojstvenu svrhu koju je nositelj djela zaštićenoga autorskim pravom zamislio kao svrhu u koju se ima koristiti njegovo djelo.

⁵⁹ Vidi slučajeve: *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984); *Pacific and S. Co., Inc. v. Duncan*, 744 F.2d 1490, 1496 (11th Cir. 1984); *Contra MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 182 (2d Cir. 1981); *Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171, 1175 (5th Cir. 1980).

Prvi čimbenik pravične primjene, *svrha i narav primjene izvornog autorskim pravom zaštićenog djela*, ocjenjuje novo djelo uzimajući u obzir sljedeće kriterije:

(1) Da li je novo djelo stvoreno u komercijalne ili nekomercijalne svrhe? Iako se ne pretpostavlja da je svaka komercijalna primjena i nepravična, te stoga definitivno predstavlja obilježje protivno pravičnoj primjeni, predmetni kriterij naglašava sklonost dopuštanja pravične primjene onim djelima koja su stvorena u nekomercijalne ili obrazovne svrhe prije dopuštanja istog u komercijalne svrhe.

(2) Da li korisnikova primjena autorskim pravom zaštićenog djela odgovara svrsi pravične primjene kako je utvrđena u Odjeljku 107.; tj. kritika, komentar, stipendija, istraživanje, izvješćivanje ili podučavanje? Teret dokazivanja pravične primjene obično je mnogo jednostavnije dokazati ukoliko je novo djelo namijenjeno jednoj od "povlaštenih" svrha nabrojanih u Odjeljku 107.; međutim, navedeno nužno ne znači kako primjene novoga djela različite od onih navedenih u Odjeljku 107. neće rezultirati utvrđivanjem pravične primjene izvornog autorskim pravom zaštićenog djela.

(3) Koliki je stupanj preobrazbe svrhe ili funkcija autorskim pravom zaštićenog djela u odnosu na svrhu ili funkcija novoga djela? Ovaj kriterij analizira stupanj preobrazbe ostvaren novim djelom utvrđujući da li novo djelo ima drugačiju svrhu ili drugačiju narav od onih koje posjeduje izvorno autorskim pravom zaštićeno djelo. Na primjer, da li parodija ostvaruje pretvorbenu svrhu dodajući nešto potpuno novo autorskim pravom zaštićenome djelu ili novo djelo samo nadomješta izvorno autorskim pravom zaštićeno djelo? Stoga je ključno pitanje prilikom ustanovljavanja pretvorbene naravi novoga djela utvrditi da li je parodija promijenila autorskim pravom zaštićeno djelo dodajući novi izraz i značenje izvornome autorskim pravom zaštićenome djelu.⁶⁰

4.3.2. *Narav autorskim pravom zaštićenog djela*

Drugi čimbenik pravične primjene, *narav autorskim pravom zaštićenog djela* (*the nature of the copyright work*), priznaje kako određene vrste djela jednostavno više zaslužuju autorsku zaštitu od ostalih oblika djela, te, slijedom toga, utvrđuje opseg autorske zaštite koji bi trebao biti pružen izvornome autorskim pravom zaštićenome djelu. Opseg pravične primjene širi je kada su u pitanju "informativna djela" namijenjena informiranju i obrazovanju, poput djela zasnovanih na činjenicama, informacija, stipendija ili izvješćivanja o vijestima, nego što je to slučaj sa "kreativnijim djelima", poput fiktivnoga djela, umjetnosti ili glazbe, a koja su zamišljena da zabave. Druga važna okolnost jest da li je izvorno autorskim pravom zaštićeno djelo objavljeno ili ostaje neobjavljeno s obzirom da su sudovi bili daleko manje voljni pravičnom primjenom utvrditi neovlašteno korištenje neobjavljenoga djela.⁶¹

⁶⁰ Usp. Rich, L.L., Parody: Fair Use or Copyright Infringement, The Publishing Law Center, 1999., str. 2.

⁶¹ Vidi slučaj D.C.Comics, Inc. v. Unlimited Monkey Bus., 598 F. Supp. 110 (N.D.Ga. 1984)

4.3.3. Količina i bitnost upotrijebljenoga dijela autorskim pravom zaštićenoga djela

Treći čimbenik pravične primjene, količina i bitnost upotrijebljenoga dijela s obzirom na autorskim pravom zaštićeno djelo kao cjelinu (*the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole*) sudovi često primjenjuju prilikom odlučivanja o slučaju. U slučaju *Loew's Inc. protiv Columbia Broadcasting Sys. Inc.*,⁶² ovaj je čimbenik naglašen te time pretvoren u granični test kojime se eliminira gotovo doslovno kopiranje.⁶³ Jednom kada je utvrdio da nije došlo ni do kakvog doslovnog kopiranja, sud je preispitao da li kopija predočuje ili podsjeća na upravo dovoljnu količinu izražajnosti izvornika da bi publiku na isti podsjetila.⁶⁴ U narednim je slučajevima ovaj test doveo do neujednačenih nalaza povreda ili pravične primjene u sličnim situacijama.⁶⁵

Treći čimbenik tako dakle analizira *količinu i bitnost upotrijebljenoga dijela s obzirom na autorskim pravom zaštićeno djelo kao cjelinu*. Ključno je utvrditi da li je kvaliteta i vrijednost materijala preslikanoga iz izvornoga autorskim pravom zaštićenoga djela "razborita" s obzirom na svrhu kopiranja. Na žalost, ne postoji jasno pravilo kojime se postavlja apsolutni odnos ili količina riječi izvornoga djela koje je moguće upotrijebiti, a kojime bi se osiguralo iznalaženje pravične primjene. Umjesto toga, postojale su okolnosti uslijed kojih je sud odlučio kako je upotreba cjelovitoga djela pravična, dok se u drugim okolnostima upotreba maloga dijela djela nije uspjela okvalificirati kao pravična. Ovaj čimbenik ne samo da ocjenjuje količinu koja je prekopirana, nego i kvalitetu i važnost kopiranog materijala. Sudovi, prilikom analize ovoga čimbenika, ocjenjuju da li je korisnik izvornog autorskim pravom zaštićenoga materijala iskoristio više izvornoga djela nego li je bilo potrebno radi ostvarivanja svrhe za koju je materijal prekopiran iz izvornoga djela.

4.3.4. Utjecaj na potencijalno tržište ili vrijednost autorskim pravom zaštićenoga djela

Četvrti čimbenik, *utjecaj na potencijalno tržište ili vrijednost autorskim pravom zaštićenoga djela (the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work)*, analizira opseg štete koju novo djelo nanosi tržištu ili potencijalnome tržištu izvornoga autorskim pravom zaštićenoga

⁶² Vidi slučaj *Loew's Inc. v. Columbia Broadcasting Sys. Inc.*, 131 F. Supp. 165, 176 (S.D.Cal. 1955), *aff'd sub nom. Benny v. Loew's Inc.*, 239 F.2d 532 (9th Cir. 1956), *aff'd by an equally divided court*, 356 U.S. 43 (1958).

⁶³ Vidi slučaj *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 757 (9th Cir.), *cert. denied*, 439 U.S. 1132 (1978).

⁶⁴ Vidi slučajeve: *Columbia Pictures Corp. v. National Broadcasting Co.*, 137 F. Supp. 348, 354 (S.D.Cal. 1955); *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541, 543 (2d Cir. 1964).

⁶⁵ Vidi slučajeve *Pillsbury Co. v. Milky Way Prods., Inc.*, 215 U.S.P.Q. 124, 132 (N.D.Georgia 1981); *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 757 (9th Cir.), *cert. denied*, 439 U.S. 1132 (1978).

djela.⁶⁶ Ovaj čimbenik ocjenjuje "potencijalnu", kao i "stvarnu" financijsku štetu koja je nastala ili može nastati za izvorno autorskim pravom zaštićeno djelo, kao i svaku štetu koja može biti prouzročena bilo kojim postojećim ili mogućim budućim iz njega izvedenim djelima. Jednom je prigodom američki Vrhovni Sud izjavio kako je ovaj čimbenik najvažniji element u utvrđivanju pravične primjene, ali se čini da je nedavna odluka Vrhovnoga Suda, o kojoj će uskoro biti riječi, ograničila predmetno utvrđenje. Međutim, kada novo djelo postane zamjenom za, ili učini nepotrebnom kupovinu prisvojenog izvornog autorskim pravom zaštićenog djela, malo je vjerojatno da bi sudovi odobrili takvu upotrebu kao pravičnu primjenu izvornoga djela. Sudovi su izrazili ovo mjerilo utvrdivši kako neovlaštena upotreba nije pravična kada se njome umanjuje potencijalna prodaja izvornog autorskim pravom zaštićenog djela ili ista na nju negativno utječe, ometa tržišni plasman djela ili udovoljava potražnji za izvornim autorskim pravom zaštićenim djelom. Iako ovaj čimbenik ne pretpostavlja da će svaka komercijalna dobit automatski predstavljati i nepravičnu primjenu, on uspostavlja visoku granicu dokaza za osobu koja kopira izvornik i koja mora dokazati da temeljno djelo nije financijski oštećeno.

Obično, kako bi porekao pravičnu primjenu, tužitelj samo treba dokazati da će, ukoliko postane široko rasprostranjena, osporavana primjena ozbiljno utjecati na potencijalno tržište autorskim pravom zaštićenoga djela.

4.4. Obrana pravičnom primjenom u slučaju parodije: Oh, Pretty Woman

Američki je Vrhovni Sud, u slučaju *Campbell protiv Acuff-Rose Music, Inc.* (1994)⁶⁷, izričito izjavio kako parodija kao oblik kritike ili komentara može predstavljati pravičnu primjenu autorskim pravom zaštićenog djela.

"*Oh, Pretty Woman*" je rock balada koju su napisali Roy Orbison i William Dees. Luther Campbell i njegova glazbena rap skupina, 2 Live Crew, napisala je rap pjesmu pod nazivom "*Pretty Woman*", a koja je imala značajnih sličnosti s pjesmom Orbisona/Deesa. 2 Live Crew pokušao je ishoditi dopuštenje za svoju parodiju od Acuff-Rose-a, izdavača pjesme "*Oh, Pretty Woman*", ali im je isto uskraćeno. 2 Live Crew je zatim nastavio s izdavanjem svoje rap pjesme bez dopuštenja, pripisavši autorske zasluge Orbison/Dees-u i navevši Acuff-Rose kao izdavača. Acuff-Rose zatim je podnio tužbu, temeljem koje je na parničnome sudu donesena presuda u korist 2 Live Crew-a, a na osnovi obrane pravičnom primjenom u svrhu parodije. Navedena je odluka poništena temeljem žalbe i Šesti je Okružni sud (Sixth Circuit) odlučio protiv obrane pravičnom primjenom u svrhu parodije, a zbog komercijalne naravi prepjeva 2 Live Crew-a i uslijed pretpostavke da bi rap prepjev mogao pjesmi Orbisona/Deesa prouzročiti tržišnu štetu. Protiv odluke Šestoga Okružnoga suda tada je podnesena žalba Vrhovnome sudu.

⁶⁶ Vidi slučajeve: *Consumers Union of U.S. v. General Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 1050 (2d Cir. 1983), *cert. denied*, 469 U.S., 83 L.Ed.2d 45 (1984); *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80, 84 (1st Cir. 1981); *Quinto v. Legal Times of Washington, Inc.*, 506 F.Supp. 554 (D.C. 1981).

⁶⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music* (92-1292), 510 U.S. 569 (1994).

Vrhovni je sud prihvatio pjesmu 2 Live Crew-a kao parodiju zato što je rap pjesma oponašala izvornik s ciljem ostvarivanja njegove poruke i stoga što je pjesmu "razumno moguće shvatiti kao komentar izvornika ("*Oh, Pretty Woman*") ili, donekle, kao njegovu kritiku." Sud je zatim morao odlučiti da li parodija poput "*Pretty Woman*" ima pravo zahtijevati zaštitu od odgovornosti uslijed povrede autorskoga prava u okviru opsega doktrine pravične upotrebe. Kako bi utvrdio da li je "*Pretty Woman*" zaštićena obranom pravičnom primjenom, Sud je krenuo u procjenjivanje četiriju faktora pravične primjene.⁶⁸

Sud je utvrdio kako prvi čimbenik, svrha i narav upotrebe, ide u korist 2 Live Crew-a s obzirom da "parodija ima očigledno pravo na preobražajnu vrijednost", a rap pjesma je svakako preobražajna u smislu da je "osigurala društvenu korist, bacajući svjetlo na prethodno djelo te u istome postupku stvarajući novo djelo." Stoga je, s obzirom na ovaj čimbenik, Sud presudio da se "parodija, kao i svaki drugi komentar ili kritika može pozivati na pravičnu primjenu temeljem Odjeljka 107. Zakona o autorskome pravu, unatoč tome što je "*Pretty Woman*" nedvojbeno za motivaciju imala i komercijalnu dobit. Sudac Souter izjavio je kako granično pitanje s obzirom na parodiju jest "da li je razumno moguće zamijetiti parodijsku narav.... Baš ta veza upućivanja i podsmijeha izdvaja autorov izbor parodije od drugih oblika komentara i kritika koje su se, kao preobražajna djela, tradicionalno pozivala na zaštitu temeljem pravične primjene."

Glede drugoga čimbenika, naravi autorskim pravom zaštićenoga djela, Sud je odlučio kako isti nije od velike pomoći u ovome slučaju, a s obzirom se parodija po samoj svojoj naravi može temeljiti isključivo na "izražajnome" djelu.

Sudskom analizom četvrtoga čimbenika, utjecaja upotrebe na potencijalno tržište autorskim pravom zaštićenoga djela ili vrijednost istog, utvrđeno je da autori ili nositelj izvornoga autorskim pravom zaštićenoga djela obično odbijaju izdati licencu ili dati dopuštenje autoru parodije kako bi ovaj parodirao izvorno djelo. Temeljem ovoga nalaza, Sud je zatim isključio "licencije za parodije" kao potencijalno tržište na koje bi upotreba u svrhu parodije mogla utjecati. Sud je, nakon toga, utvrdio kako se "*Pretty Woman*" 2 Live Crew-a sastoji od dva odvojena elementa, (i) parodije "*Oh, Pretty Woman*" i (ii) same izvorne rap glazbe. Prilikom razlučivanja ovih dvaju elemenata, Sud je odlučio kako bi parodija mogla legitimno umanjiti tržište izvorne pjesme i svih iz nje izvedenih djela, ali da rap glazba prijeti na nelegitiman način zamijeniti tržište deriviranih djela koje pripada nositelju autorskim pravom zaštićenoga djela, "*Oh, Pretty Woman*". S obzirom da nije postojao nijedan dokaz o tome kakav bi mogao biti "vjerojatni učinak parodijske rap pjesme 2 Live Crew-a na tržište neparodijske rap verzije "*Oh, Pretty Woman*", Sud je predmet vratio na rješavanje parničnome sudu.⁶⁹

Što se tiče trećeg čimbenika, količine i bitnosti upotrijebljenoga dijela s obzirom na autorskim pravom zaštićeno djelo, Sud je ukazao kako parodija

⁶⁸ Odluka suda dostupna je na internet stranici http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/campbell.html, te su svi ovdje rabljeni citati prijevodi iz te odluke.

⁶⁹ Usp. Rich, L.L., op.cit., str. 5.

predstavlja jedinstvenu problematiku prilikom procjenjivanja količine kopiranja, a stoga što uspjeh parodije zavisi o njenoj upotrebi izvornoga djela, dok njen "umjetnički izričaj leži u napetosti između poznatoga izvornika i njegovoga parodijskoga blizanca." Sud se zatim vratio na test "predočavanja" sukladno kojemu neće biti ustanovljena pravična primjena samo onda kada je autor parodije "prisvojio veću količinu izvornoga djela nego što je potrebno u svrhu "pozivanja na ili predočanja predmeta parodije." Treći čimbenik obično ide na štetu povreditelja u slučaju kada je kopirana suština izvornoga djela, a baš je suština izvornika ono temeljem čega se "najlakše predočuje sadržaj parodije, kao i ono na što je parodija usmjerena." Pitanje koje se tada našlo pred Sudom jest koliko daleko je autoru parodije dopušteno ići u kopiranje izvornika jednom kada je iskorištena suština izvornika. Sud je, kao što je to učinio i parnični sud prije njega, povjerovao da 2 Live Crew nije upotrijebio više teksta pjesme "Oh, Pretty Woman" nego li je bilo potrebno te je stoga presudio kako treći čimbenik ide u korist obrane 2 Live Crew-a pravičnom upotrebom, ali s obzirom da je Sud već vratio slučaj na rješavanje nižem sudu u pogledu četvrtoga čimbenika, tada je ujedno odlučio vratiti na odlučivanje i pitanje da li je količina kopiranja bila pretjerana ili nije.⁷⁰

4.5. Zaštita opscene parodije kao pravične primjene

Posebna pozornost kad je u pitanju raspravljanje o parodiji u praksi sudova SAD-a mora se posvetiti pitanjima kriterija pravične primjene u slučajevima tzv. opscene parodije. Primjena opscene parodije od strane izdavača, autora i zabavljača porasla je tijekom posljednjih nekoliko godina utječući na pravičnu primjenu temeljem Zakona o autorskoj pravu iz 1976. Slučajevi opscene parodije pripadaju dvjema skupinama: onoj koja u parodijama izravno koristi opscenosti⁷¹ i onoj koja u parodiji koristi implikaciju opscenosti.⁷² S obzirom da su opscenost i parodija povezane s najproblematičnijom doktrinom autorskoga prava, pravila pravične primjene nedosljedno su se primjenjivala dovodeći do nepredvidljive primjene obrane temeljem pravične primjene.⁷³

⁷⁰ Vidi Spatt, D.M., Music Parody – Fair Use?, objavljeno na www.artslaw.org/PARODY.HTM.

⁷¹ Vidi sudsku praksu u slučajevima: MCA, Inc. v. Wilson, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981); Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 604 F.2d 200 (2d Cir. 1979); Dallas Cowboys Cheerleaders v. Scoreboard Posters, 600 F.2d 1184 (5th Cir. 1979); Walt Disney Prods. v. Air Pirates, 581 F.2d 751 (9th Cir.), cert. denied, 439 U.S. 1132 (1978); Pillsbury Co. v. Milky Way Prods., Inc., 215 U.S.P.Q. 124 (N.D.Ga. 1981); Walt Disney Prods. v. Mature Pictures Corp., 389 F. Supp. 1397 (S.D.N.Y. 1975).

⁷² Vidi sudsku praksu u slučajevima: Hustler Magazine, Inc. v. Moral Majority, Inc., 606 F. Supp. 1526 (C.D.Cal. 1985); D.C. Comics, Inc. v. Unlimited Monkey Bus., 598 F. Supp. 110 (N.D.Ga. 1984); Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co., 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y.), *aff'd per curiam*, 623 F.2d 252 (2d Cir. 1980).

⁷³ Vidi sudsku praksu u slučaju Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc., 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1929).

Parodiju je potrebno smatrati pravičnom upotrebom izvornoga djela. Samo malen broj autora dat će dopuštenje autoru parodije, dok će se njihov broj još više smanjiti ukoliko se parodija koristi opscenostima kako bi kritizirala izvornik.

Definiranje opscenosti nije uvijek bilo ovako jasno. Ipak, definicija opscenosti na koju se najčešće poziva je ona iz slučaja *Miller protiv Kalifornije*⁷⁴. Opscenost utvrđuje prosječna osoba primjenjujući suvremene društvene standarde, a koja ustanovljuje kako je djelo, promatrano cijelosti, sklono lascivnim interesima, te da li djelu koje prikazuje ili opisuje, na očigledno uvredljiv način, seksualno ponašanje posebno definirano mjerodavnim državnim pravom i promatrano u cjelini, nedostaje ozbiljna književna, umjetnička, politička ili znanstvena vrijednost. Dakle, sukob društvenih standarda sa jedinstvenim federalnim autorskim pravom poništava autorskim pravom zaštićena djela koja su u nekim zajednicama smatrana opscenima, te pruža zaštitu tim istim djelima u zajednicama sa slobodnijim standardima, a što dovodi do fragmentacije jedinstvenih nacionalnih standarda sustava autorskoga prava.⁷⁵ Nacionalni standard opscenosti implementiran kroz autorsko zakonodavstvo riješio bi navedeni problem.⁷⁶

Tradicionalno, opscenost nije bila zaštićena autorskim pravom. Sudovi su citirali Ustav koji Kongresu podjeljuje vlast "da promiče napredak znanosti i korisnih umjetnosti"⁷⁷ time aludirajući kako opscena djela ne promiču niti znanost, niti korisne oblike umjetnosti.⁷⁸ Zaštita temeljem autorskoga prava također je bivala uskraćena nemoralnim⁷⁹ odnosno prijevornim djelima.⁸⁰ Slijedom navedenih teorija, povreditelji autorskih prava uspješno su branili svoje postupke temeljem ideje kako nijedno stvarno pravo ne bi moglo pripadati opscenim ili nemoralnim djelima, te stoga takvo djelo ne može ni biti zaštićeno bilo kakvim autorskim pravom. Predmetna se obrana nije koristila nekoliko godina, sve dok je nije potvrdio Ministar pravosuđa, podupirući obezvređenje autorskih prava od strane sudova.

U dva nedavna slučaja, *Mitchell Bros. Film Group protiv Cinema Adult Theater*⁸¹ i *Jartech, Inc. protiv Clancy-a*⁸² sudovi su izričito odlučili kako je

⁷⁴ 413 U.S. 15, *reh'g denied*, 414 U.S. 881 (1973).

⁷⁵ *Mitchell Bros. Film Group v. Cinema Adult Theater*, 604 F.2d 852 (5th Cir.), *cert. denied*, 445 U.S. 917 (1979).

⁷⁶ *Smith v. United States*, 431 U.S. 291, 304 n.11 (1977).

⁷⁷ U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

⁷⁸ Vidi sudsku praksu u slučajevima : *Martinetti v. Maguire*, 16 F. Cas. 920 (C.C.Cal. 1867) (No. 9,173); *Barnes v. Miner*, 122 F. 480 (S.D.N.Y. 1903); *Dane v. M. & H. Co.*, 136 U.S.P.Q. 426 (N.Y. Sup. Ct. 1963).

⁷⁹ Vidi sudske praksu u slučajevima: *Richardson v. Miller*, 20 F. Cas 722 (C.C. Mass. 1877) (No.11,791); *Bullard v. Esper*, 72 F. Supp. 548 (N.D. Tex. 1947); *Hoffman v. Le Traunik*, 209 F. 375 (N.D.N.Y. 1913).

⁸⁰ Vidi slučaj *Belcher v. Tarbox*, 486 F.2d 1087 (9th Cir. 1973).

⁸¹ 604 F.2d 852 (5th Cir.), *cert. denied*, 445 U.S. 917 (1979).

⁸² 666 F.2d 403 (9th Cir.), *cert. denied*, 459 U.S. 826 (1982).

opscenost zaštićena autorskim pravom. Iako se čini da je slučaj *Mitchell i Jartech* odobrio gledište da zakon o autorskoj pravu odobrava opscenost, pružanje autorsko-pravne zaštite opscenosti ima učinak sprječavanja široko rasprostranjene diseminacije tako što podvrgava potencijalnoga povreditelja prijetnji tužbom radi povrede autorskih prava.

Tri od četiri čimbenika Odjeljka 107. od manje su važnosti kada je u pitanju opscena parodija, nego u slučajevima povrede kada je u pitanju obična parodija. Ipak, potrebno je razumijevanje osnovnih kriterija svakoga čimbenika prije nego li bude moguće promotriti pravičnu primjenu u kontekstu opscene parodije.

Prvi čimbenik pravične primjene obično promatra upotrebu u kontekstu komercijalne eksploatacije. Naravno, većina ljudi smatra opscenost najgrubljim oblikom komercijalne eksploatacije. Problemi se javljaju stoga što subjektivna nakana autora postaje važna. Autor opscenosti će najvjerojatnije ustvrditi kako stvara umjetnost. Njegov je argument valjan, iako se skeptici ne slažu; u mnogim je slučajevima ono što se nekada smatralo opscenošću sada prihvaćen oblik izražavanja.⁸³

Drugi čimbenik pravične primjene, narav autorskim pravom zaštićenoga djela, često se razmatra u kontekstu da li je autorskim pravom zaštićeno djelo informativne ili kreativne naravi. U uobičajenim slučajevima, opseg dopustive pravične primjene veći je kod informativnih djela, a s obzirom na opasnost od ograničavanja slobodnoga protoka informacija. Međutim, opscena parodija koristi se kreativnim izrazima, a ne informativnim djelima. Ukoliko se drugi čimbenik pravične primjene koristi kao i u ostalim slučajevima, pravilo bi znatno ograničilo upotrebu opscene parodije. Priroda opscenosti čini dihotomiju informativnost-kreativnost zastarjelom.

Temeljem drugoga čimbenika sudovi su bili ustrajni u iznalaženju povreda u slučajevima u kojima su izvorna djela bila namijenjena dječjoj publici. U slučaju *Walt Disney Productions protiv Air Pirates*, likovi tuženika, zamjetne sličnosti likovima tužitelja, bili su postavljeni u "neprimjerene situacije u kojima su se bavili aktivnostima koje su jasno suprotne etici poznatoga svijeta Mickeya Mousea u kojemu se susreću samo čista lica, veliki osmijesi i sretni završeci."⁸⁴ S obzirom da je izvorno djelo bilo namijenjeno djeci malo je vjerojatno da bi bilo koje od djela, bilo ono izvorno ili opscena parodija, zadiralo u tržište onog drugog.

⁸³ Vidi slučajeve: *Martinetti v. Maguire*, 16 F. Cas. 920 (C.C.Cal. 1867) (No. 9,173) (žena u čudnoj odjeći); *Richardson v. Miller*, 20 F. Cas 722 (C.C. Mass. 1877) (No.11,791) (slike na igraćim kartama); *Broder v. Zeno Mauvais Music Co.*, 88 F. 74 (C.C.N.D.Cal. 1898) (riječ "hottest" uporabljena u pjesmi "Dora Dean"); *Barnes v. Miner*, 122 Fed. 480 (S.D.N.Y. 1903) (glumac prikazan mijenjajući kostime); *Hoffman v. Le Traunik*, 209 F. 375 (N.D.N.Y. 1913) (humoristični monolozi); *Bullard v. Esper*, 72 F. Supp. 548 (N.D. Tex. 1947) (film prikazujući seksualne odnose preko prostih korica); *Dane v. M. & H. Co.*, 136 U.S.P.Q. 426 (N.Y. Sup. Ct. 1963) (plesna kompozicija o striptease plesačima).

⁸⁴ 581 F.2d 751 (9th Cir.), *cert. denied*, 439 U.S. 1132 (1978).

Unatoč nedosljednim rezultatima, treći kriterij pravične primjene predstavlja valjan čimbenik koji bi se trebao odnositi na opscenu parodiju, kao i druga područja pravične primjene. Navedeni čimbenik nalikuje drugome čimbeniku u slučajevima približnoga ili doslovnoga kopiranja, te bi, posebice u području opscene parodije, mogao rezultirati umanjivanjem značaja imovine nositelja autorskoga prava u tržišnome smislu.

Četvrti čimbenik pravične primjene, kojega sudovi smatraju ključnim, trebao bi u slučajevima opscene parodije imati manju važnost, a s obzirom kako ovaj oblik izražavanja rijetko zamjenjuje tržište izvornika ili utječe na vrijednost izvornika.⁸⁵ Opscena parodija usmjerena je prema potpuno drugačijemu tržištu.

Opscena parodija rijetko se široko rasprostrani. Najčešće je ograničena na jedan oblik primjene i ne biva adaptirana od strane drugih koji teže prisvajanju izričaja. Ograničena publika koja prati opscene sadržaje osigurava da se upotreba neće proširiti, ograničavajući time utjecaj na potencijalno tržište.

Narav opscene parodije zahtijeva preispitivanje standarda društvene opscenosti, a s ciljem promoviranja jedinstvene primjena Zakona o autorskim pravima iz 1976. diljem SAD-a.⁸⁶

5. Posebna izuzeća u njemačkom autorskom pravu – doktrina "Erlaubte Freie Benutzung"

Karikature, parodije i satirički opisi u njemačkom autorskom pravu nisu naišli na posebno zakonsko uređenje.⁸⁷ U tumačenju ovih djela ona se smještaju na granici između obrade (članak 23. njemačkog Zakona o autorskom pravu) i dopustivog slobodnoga korištenja (erlaubte freie benutzung), odnosno drugačijeg oblikovanja djela.

Stajališta o ovom pitanju se, također, razlikuju po tome može li se prihvatiti nedopušteno nagrđivanje, a koje može spriječiti autor karikiranog izvornika prema članku 14. njemačkog Zakona o autorskom pravu.

U nedostatku zakonske regulative, ostaje na sudskoj praksi da dade odgovarajuće odgovore u prijeporima glede dopuštenosti parodiranja originalnog autorskog djela, te se do presuda teško dolazi, teško se mogu razgraničiti opća, apstraktna načela.⁸⁸ Granice se povlače u svakom pojedinačnom slučaju. U doktrini vlada mišljenje da uobičajeni kriterij razgraničenja između obrade i slobodnog korištenja, s obzirom da korišteno djelo po mogućnosti mora izbljedjeti iza samostalnih osobina novostvorenog djela, problematičan je za

⁸⁵ Vidi slučaj *Hustler Magazine, Inc. v. Moral Majority, Inc.*, 606 F. Supp. 1526, 1538-39 (C.D.Cal. 1985).

⁸⁶ Usp. Greenstone, R.J., Protection of Obscene Parody as Fair Use, 4 The Entertainment and Sports Lawyer 3, winter/spring, 1986., str. 5.

⁸⁷ Verweyen, T., Theorie und Geschichte der Parodie, Teil II, na internet stranici <http://www.erlangerliste.de/vorlesung/parodieII4.html>.

⁸⁸ Harke, D., Urheberrecht, Fragen und Antworten, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1997., str. 243.

karikaturu, parodiju i satiru. Oni žive od toga da korišteno djelo barem djelomice razumljivo prepričaju.⁸⁹

Po nekim stajalištima ne bi trebalo postavljati prevelike zahtjeve za slobodno korištenje kako se ne bi nepotrebno otežavalo duhovno razglabanje s ostalim djelima.⁹⁰ Ne smije se misliti samo na prava začetnika karikiranih i parodiranih djela. Karikatura, parodija i satira u pravilu stoje pod zaštitom ustavnih odredbi o slobodi mišljenja i umjetnosti. Kod odmjeravanja između slobodnog korištenja i obrade koja obavezno mora imati dopuštenje, moraju se uzeti u obzir samo zamršeni interesi autora upotrijebljenih djela.

Vrhovni sud Njemačke bavio se pitanjima parodije i satire u autorskom pravu. Već 1971. Vrhovni sud morao je odlučiti da li je korištenje Disneyevih likova u jednoj satiričnoj priči u časopisu "Pardon" zaštićeno člankom 24. Zakona o autorskom pravu.⁹¹ U dvije novije odluke, iz ožujka 1993., bavio se parodijom Asterix likova.⁹² Dok je mišljenje iz 1971. godine još uvijek tražilo usku granicu parodije, sudovima se polje parodije i satire u slučaju Asterix činilo nešto skrivenijim. Obje odluke ponajprije naglašavaju da kod posebno oblikovanih jedinstvenih strip – junaka, kao što su Asterix i Obelix, ne samo pojedini crtački opisi (pojedine strip – slike), nego i likovi kao takvi, uživaju zaštitu osiguranu autorskim pravom.

U veljači 1989., Saga, nakladnička kuća iz Münchena, izdaje parodiju na Asterixa "Pogrešna igra s Alcolixom" – parodiju na trideset stranica. Navedena prikazuje američkoga redatelja Stevena Spielbeina koji na imanju "Comicitta" želi snimiti "akcijski film sa specijalnim efektima": U svom scenariju Amerikancu uspijeva ono što je Julije Cezar uzaludno pokušavao trideset godina: osvajanje jednoga sjevernofrancuskoga sela. I Gl's to pokušava, ponajprije, uz pomoć sile. No stanovnici piju Beaujolais Primeur koji ih čini nepobjedivima. Jedan vojni liječnik, čije drske i odlučne kretnje pomalo podsjećaju na poznatog miša, napokon pokazuje da je osvajanje uz pomoć "fast fooda" i marketinga djelotvornije. Selo postaje zabavni park – Spielbeinov posao uvijek iznova ometa nemar francuskoga glumca. Posebne poteškoće stvara glavna muška uloga. Ostarjeli glumac stoji obješen na tezgu, muca i žali se na to da nikada ne smije glumiti ništa drugo osim lijepog i urednog Gala koji si ne može priuštiti niti najmanji grijeh.

Berlinski crtač stripova Jens Jeddloh dvije je godine radio na ovoj velikoj uspješnici. Kad je "Alcolix" trebao izaći na tržište, nakladnička kuća Saga iz Münchena strahovala je s obzirom na ranije postupke i presude o autorskim pravima, poput mišljenja Walta Disneya o satiričkome časopisu "Pardon" kako bi se senzacionalističko ponašanje Asterix - parodije moglo spriječiti. Strahovali

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Hess, G., *op.cit.*, str. 150.

⁹¹ U.v.26.3.71, NJW 1971, 2169.

⁹² U.v. 11.3.93, GRUR 1994,206 = NJW 1993, 2620 (Alcolix) I U.v.11.3.93, GRUR 1994, 191 (Isterix).

su s razlogom. Asterix jamči izvanredno velike dobitke. Do 1989. godine pojavilo se 28 svezaka na 30 jezika, a samo je u Njemačkoj prodan u 65 milijuna primjeraka. O utršku od reklamnih i filmskih prava može se samo nagađati.

Parodist se nalazi u škripcu: ako želi da njegova šala bude uspješna on mora prihvatiti izvorno umjetničko djelo. Budući da većina parodija katkad izgleda umiljato i laskavo, suvišno je za stvaranje parodije tražiti dopuštenje. U njemačkom zakonu, parodist – ili njegov izdavač – uvijek riskira, uvijek je jednom nogom u sudnici. Vrijedi mišljenje da je uz malo darovitosti uvijek moguće doći do sofisticirane misli da se parodiju predstavi kao plagijat.⁹³

Sudsko tumačenje Alcolixy ili kako se to zvalo u bezbrižnim lakoumnim izvještajima, ratničko suprostavljanje "daleko od Galije", "ne s čarobnim napitcima i neobrađenim kamenjem, nego s paragrafima koji se tiču autorskih prava" – završilo je negativnom presudom za parodiste na Münchenskome sudu. Do ovakve odluke je, po shvaćanju suda, došlo iz sljedećega razloga: zaista, ismijani narod ne smije sasvim izgubiti svoj identitet, on čak mora ostati prepoznatljiv, tako da odnos ostane vidljiv. Ali ono što je u parodiji samostalno stvoreno mora imati točno određenu osobinu te posuđeni dio na scenu stupa samo kao spona za podrugljive misli ako sud odluči da "ugled, odobravanje i povezanost smiju biti predmetom ismijavanja".⁹⁴

U svezi pitanja da li će se zbog parodije ogriješiti o zakonom zaštićeno autorsko pravo ili da li postoji slobodno korištenje, Vrhovni sud u presudi o Alcolixu donosi sljedeći zaključak: "Kod pitanja da li tu postoji slobodno korištenje, zasigurno se dolazi do distance koju novo djelo ima u odnosu na preuzete vlastite osobine korištenog djela. Također, i kod opsežnijeg preuzimanja modela zaštićenog starijeg djela nije isključeno slobodno korištenje, i to ne samo ako se novo djelo – kao kod parodije – razlikuje od starijeg djela. U takvim slučajevima se postojanje slobodnog korištenja prosuđuje prema strogom pravilu."⁹⁵

Nakon takve odluke jasno preuzimanje modela ne vodi automatski do prosudbe o nedopuštenoj obradi čije umnožavanje i širenje može biti zabranjeno. Neophodan odmak može se dogoditi ako novo djelo, prema pozajmljenim vlastitim svojstvima starijeg djela, a na temelju vlastitog stvaralaštva, drži jedan tako veliki unutarnji odmak da novo djelo izgleda samostalno prema svojoj suštini.

To je prije svega slučaj kad se novo djelo bitno razlikuje od starog djela, na primjer u vrsti parodije. Da li će se to prihvatiti, prosudit će se sa stajališta promatrača koji poznaje korišteno djelo, ali isto tako ima za novo djelo potrebno intelektualno razumijevanje.

⁹³ Geisenhanslüke, R., Asterix contra Alcolix Plagiat oder Parodie – ein Streit um geistiges Eigentum, Die Zeit, 12.5.1989; Gerhardt, R., Asterix bei den Juristen. Von der Parodie zum Plagiat ist es nur ein kleiner Schritt/Ein Münchner Gerichtsurteil, FAZ, 31.8.1991.

⁹⁴ Cit. Gerhardt, R., *op.cit.*

⁹⁵ BGH aaO, 2621.

Naposljetku je Vrhovni sud donio presudu koja je izdavača strip-izdanja "Pogrešna igra s Alcolixom" osudila na obustavljanje prodaje te ustanovio njegovu obvezu na naknadu štete. Tu su se granice parodije povukle dalje nego 1971., kad je izdavanje časopisa Pardon zbog priče u slikama bilo došlo pred Vrhovni sud. Ta je priča doduše koristila Disneyeve likove i imala je zbog svog samostalnog stvaralačkog sadržaja samostalni karakter te je mogla biti promatrana kao parodistička rasprava s Disneyem i njegovim likovima.

Mišljenje o Asterixu naglašava da se kod razgraničenja stvara strogo mjerilo. Naslovnica strip – izdanja "Isterixove povijesne avanture" prikazala je Obelixa s psom Idefixom na motoru, pokraj njih Asterix. Pas je bio gotovo originalno vjerno prikazan, dok Asterix i Obelix izgledaju kao rokeri. Prema shvaćanju Vrhovnog suda, niti jedna samostalna umjetnička rasprava nije predstavljena likovima ako su oni prikazani na neuobičajeni način kako bi se publiku upozorilo na novine u umjetničkom prikazivanju. To vrijedi samo tada kad se polazi od toga da bi nesvakidašnje prikazivanje rokera željelo uputiti na to da su se rokeri pobunili protiv buržoazije kao i originalni likovi protiv Rimljana. Savezni sud je u tom slučaju potvrdio osudu za zanemarivanje prodaje i reklame za Isterixovo izdanje.

Rezultat je sljedeći: Parodija smije (i mora – to joj je svojstveno) ukazati na paralele s korištenim djelom. Dopusćen je jasan odnos. Parodija mora biti samostalna osobna duhovna tvorevina s neovisnim karakterom. Manje u formalnome smislu, ali svakako u sadržajnome, mora postojati jasan odmak u odnosu na korišteno djelo. To nije slučaj, ako ona korišteno djelo samo pomalo mijenja.⁹⁶

Nadalje, navesti ćemo i slučaj kada je list "Bild" u svibnju 1972. godine tiskao karikaturu koja je prikazivala Ulrike Meinhof u poznatoj pozi Marlene Dietrich iz filma "Plavi anđeo". Pokraj toga pisalo je: "Mi smo potpuno okrenuti smrti jer to je naš svijet i ništa drugo!" Zemaljski sud u Berlinu presudio je protiv izdavača i obvezao ga na isplatu naknade štete, jer se ogriješio o autorsko pravo, odnosno originalni tekst Friedricha Hollaendera "Ja sam potpuno okrenut ljubavi". O slobodnom korištenju ovdje nije bilo govora stoga što nije bilo stvoreno novo, individualno djelo, nego su upravo prepoznatljivo preuzeta bitna individualna obilježja Hollaenderovog refrena.⁹⁷

6. *Jurisprudencija i zaštita parodije*

I na području autorskog prava često se javljaju situacije koje zakonodavac nije predvidio, pa prema tome ni riješio općim pravnim pravilima. Čak i u uvjetima iscrpnog reguliranja odnosa pravnim pravilima, kreativnoj funkciji

⁹⁶ BGH GRUR 1994, 193.

⁹⁷ LG Berlin, U.v.13.12.72, GRUR 1974, 231.

sudske prakse ostaje bitna uloga u interpretaciji pavnih pravila, naročito kada se radi o zakonskim tekstovima koji zbog svoje nepotpunosti, nedorečenosti, praznina ili nedosljednog tretiranja određenih pitanja nužno iziskuju stvaralački doprinos onih koji ih primjenjuju.⁹⁸

Sudska odluka u nas nema karakter presedana, za razliku od navedenog američkog prava i pravne prakse. Ipak, sudska praksa bila je, u nedostatku izričitih zakonskih normi, i u nekim drugim državama od odlučne važnosti kad je u pitanju odlučivanje predstavlja li neko djelo parodije povredu tuđeg zaštićenog autorskog djela. Takav je bio slučaj s Belgijom do revizije autorskopravne legislative iz 1994.⁹⁹

III. Parodija u žigovnom pravu

1. Parodija i žig

Prema čl. 2. Zakona o žigu ("Narodne novine", broj 173/03 i 76/07, dalje: ZOŽ), žigom se štite znakovi koji se mogu grafički prikazati, pod uvjetom da su prikladni za razlikovanje proizvoda ili usluga jednoga poduzetnika od proizvoda ili usluga drugoga poduzetnika.

Dakle, prema ovoj zakonskoj definiciji žig je subjektivno pravo iz područja industrijskog i intelektualnog vlasništva, koje za predmet zaštite uzima znak kojim nositelj žiga označava svoje robe ili usluge u gospodarskom prometu, čineći ih različitim od iste ili slične robe ili usluga drugog poduzetnika.¹⁰⁰

Žigom se dakle mogu štititi znakovi, osobito riječi, uključujući osobna imena, crteže, slova, brojke, oblike proizvoda ili njihova pakiranja, trodimenzijske oblike, boje, pod uvjetom da su razlikovni, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova. Znak je prikladan za razlikovanje ako određenim proizvodima ili uslugama u usporedbi s istovjetnim ili sličnim proizvodima ili uslugama daje poseban, razlikovni karakter.

Nositelj žiga ima sukladno odredbi čl. 7. ZOŽ-a isključivo pravo na obilježavanje žigom proizvoda ili usluga za koje je žig priznat i isključivo pravo uporabe žiga za te proizvode ili usluge. Nositelji žiga mogu biti pravne ili fizičke osobe koje se bave registriranom gospodarskom, proizvodnom i/ili uslužnom djelatnošću.¹⁰¹

Za razliku od ZASP-a koji sadrži posebne odredbe o parodiji kao posebnom djelu prerade autorskog djela, naš ZOŽ, kao i pretežita poznata žigovna legislativa, ne sadrže odredbe koje bi regulirale parodiju u žigovnom pravu.

⁹⁸ Usp. Čizmić, J., Zlatović, D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić, Zagreb, 2002., str. 44.-45.

⁹⁹ Vidi presudu u slučaju Bucquoy v. De Bevere (Morris), Court of Appeal Brussels, 24.3.1994., gdje je odbijena obrana da se radi o parodiji u djelu "La vie sexuelle de Lucky Luke". Cit. prema Voorhoof, D., Freedom of Expression: Parody-Copyright-Trademarks, Ghent University, str. 14.

¹⁰⁰ Marković S., Pravo intelektualne svojine, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 144.

¹⁰¹ Čizmić J. – Zlatović D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 35.

Ipak, nisu rijetki slučajevi u praksi kada se oponaša tuđi zaštićeni žig, tvrtka, robni znak ili drugo pravo na način da se proizvodi ili usluge obilježavaju znakovima koji su slični ranijem žigu i koji predstavljaju svojevrsnu parodiju tog žiga.

Za hrvatsko žigovno pravo nužno je ukazati na sadržaj odredbe čl. 6. ZOŽ-a koja uređuje tzv. relativne razloge za odbijanje registracije znaka, a koja odredba može poslužiti kod rješavanja slučajeva kada se radi o ranijem žigu i znaku koji predstavlja parodiju tog žiga.¹⁰²

Tako se prema odredbi čl. 6. st. 1. ZOŽ-a na temelju podnesenoga prigovora neće se registrirati ni znak ako zbog njegove istovjetnosti ili sličnosti s ranijim žigom i istovjetnosti ili sličnosti proizvoda ili usluga postoji vjerojatnost dovođenja javnosti u zabludu, što uključuje vjerojatnost dovođenja u svezu s ranijim žigom.

Na temelju podnesenoga prigovora nositelja ranijega žiga neće se registrirati ni znak ako je istovjetan s ranijim žigom ili sličan ranijem žigu, a zatražena je registracija za proizvode ili usluge koji nisu slični onima za koje je registriran raniji žig kada raniji žig ima ugled u Republici Hrvatskoj i kada bi uporaba kasnijega žiga bez opravdanoga razloga nepošteno iskoristila razlikovni karakter ili ugled ranijega žiga ili im naštetila.

Također, na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi njegova uporaba vrijeđala neko od sljedećih ranijih prava:

1. pravo na osobno ime,
2. pravo na osobnu sliku,
3. autorsko pravo,
4. prava industrijskoga vlasništva.¹⁰³

Znak neće biti registriran, na temelju podnesenog prigovora, ako bi njegova uporaba vrijeđala pravo osobe koja je u vrijeme podnošenja prijave za registraciju žiga imala tvrtku, pod uvjetom da je ta tvrtka ili bitni dio tvrtke istovjetan s prijavljenim znakom ili sličan prijavljenom znaku i pod uvjetom da su istovjetni ili slični proizvodi ili usluge predmet djelatnosti te tvrtke, osim ako je podnositelj prijave u trenutku prijave imao istovjetnu ili sličnu tvrtku.¹⁰⁴

Dakle, nužno je u odgovarajućem postupku po podnesenom prigovoru¹⁰⁵, ili pak naknadno u odgovarajućem sudskom postupku¹⁰⁶, utvrditi postojanje sličnosti zaštićenog ranijeg žiga i spornog znaka koji parodira žig, te druge

¹⁰² Zlatović, D., Zabrane u žigovnom pravu (Apsolutni i relativni razlozi za isključenje), Zbornik Prav. Fak. Sveuč. Rijeka, 2001., vol. 22., br. 2., str. 735-761.

¹⁰³ Rački Marinković, A., Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga: usporedba nekih aspekata europskog i hrvatskog prava te prakse OHIM-a i DZIV-a, u Matanovac, R. (red.) et al., Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, Zagreb, 2006., str.47.

¹⁰⁴ Zlatović, D., Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu – s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br.1, Rijeka, 2005., str. 589-619.

¹⁰⁵ Zlatović, D., Postupak radi priznanja žiga u Republici Hrvatskoj, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2002., god. II., br. 6., str. 48.-65.

¹⁰⁶ Zlatović, D., Posebna obilježja građanskopravne zaštite žiga, Zbornik Prav. Fak. Sveuč. Rijeka, 2002., v. 23., br. 1., 143.-178.

zakonske kriterije koji osiguravaju upravnu odnosno sudsku zaštitu ranijeg prava od eventualnih povreda parodijom žiga. Domaća sudska praksa nije se još izjasnila u ovakvim slučajevima, pa će nam za analizu ove problematike poslužiti recentna inozemna iskustva, koja mogu u nedostatku preciznih zakonskih odrednica biti od koristi kod rješavanja potencijalnih sporova i kod nas.

Parodija je često korištena kao obrana od povrjeđivanja žigova i zaštićenih znakova. Obrana se sastoji u tome kako ne postoji vjerojatnost od zabune stoga što parodija neće biti shvaćena ozbiljno. Unatoč tome što parodija prvotno treba podsjetiti na izvornik, parodiranje ujedno mora biti dovoljno domišljato kako bi bilo jasno da nije riječ o izvorniku, niti o povezanosti s izvornikom, već o parodiji, humorističnoj imitaciji izvornika.

Nužno je i ovdje ukazati na temeljne elementi parodije koji su primjenjivi i kod analiziranja parodije u smislu žigovnog prava, a koji obično jesu sljedeći:

- a) izvorno glavno djelo;
- b) izvorno glavno djelo koje mora biti poznato i/ili poznato određenoj ciljanoj publici;
- c) autor izvedenoga djela, parodije, mora upotrijebiti samo onoliki dio izvornoga djela koji je potreban za podsjećanje na izvorno glavno djelo; i
- d) izvedeno djelo koje podsjeća na slavno glavno djelo mora za rezultat imati novo, originalno djelo.

Parodija, prema definiciji, podsjeća na izvornik. Jednom nakon što se izvornik dovede u vezu s proizvodom ili imenom različitim od izvornika dogodit će se jedna od dvije stvari – navedeno će biti ocijenjeno valjanom parodijom i tada nema odgovornosti, ili će doći do povrede zaštićenoga žiga.

U oba slučaja, i kod valjane parodije i u slučaju povrede zaštićenoga žiga, prvi je korak jednak – došlo je do podsjećanja na izvornik. Ključno pitanje valjane parodije sastoji se u činjenici da li je poduzet sljedeći korak prilikom kojega je izvornik toliko preuveličan ili iskrivljen, a nakon čega je parodiju moguće jasno razlikovati od izvornika. Ukoliko navedeni korak ne bude poduzet, ne postoji valjana parodija, nego dolazi do spomenute povrede žiga.

2. Prikaz komparativnih primjera rješavanja kolizije parodije i žiga

2.1. Doktrina "likelihood of confusion" u žigovnom pravu i sudskoj praksi SAD-a

Da bismo raspravili ovu problematiku nužno je izvršiti uvid u stanje legislative i jurisprudencije velikih žigovnih sustava, među kojima je onaj u SAD-u od iznimne važnosti, ne toliko po pravnom krugu kojem pripada, nego prije svega po brojnosti slučajeva i visokoj razini žigovne zaštite. Prije svega, a slično kao i kod parodije u autorskom pravu, i na području žigovnog prava parodija treba biti uistinu domišljata. Svaka dobra parodija treba biti duhovita ili neće funkcionirati. Parodija se zasniva na humoru te mora navesti promatrača da pomisli na izvornik, dok humor počiva na parodiranju izvornika, obično na izvrtanju znaka i smišljanja nečega oprečnoga izvorniku. Međutim, uspješna parodija zapravo izbjegava ili umanjuje vjerojatnost zamjene s izvornikom stoga

što je njena nakana naglasiti razliku između izvornika i parodije. Ukoliko jasna razlika ne postoji, parodija nije smiješna, a samim time niti uspješna.¹⁰⁷

U načelu parodiranje mora biti dovoljno domišljato kako bi se izbjegla vjerojatnost zamjene ("likelihood of confusion"). Ukoliko parodija podsjeća na izvornik, ali se ne razlikuje od njega u dostatnoj mjeri, posljedica će biti povreda zaštićenoga žiga. Niti domišljatost niti humor, bez obzira na svoju količinu, neće spasiti parodiju za koju je vjerojatno da će dovesti do zabune. Slično doktrini "fair use" u autorskom pravu, primjena doktrine "likelihood of confusion" u slučajevima radi zaštite od povreda žiga podrazumijeva fleksibilno istraživanje koje implicira analizu raznolikih čimbenika, uključujući slobou izražavanja, posebice u kontekstu parodije ili satire. U sudskoj praksi u SAD-u nailazimo na slučajeve gdje neki sudovi strogo zastupaju primjenu ove doctrine, slično slučajevima povreda autorskog prava parodijom, dok neki sudovi koriste druge testove kako bi utvrdili kada parodija vrijeda nečije pravo žiga.

Žigovno pravo u SAD-u nastoji spriječiti zabunu među potrošačima u svezi s podrijetlom roba ili usluga. Kao posljedak, središnje pitanje u svakom sporu radi povrede žiga je vjerojatnost zamjene (zabune).¹⁰⁸

Tako, primjerice neki sudovi u SAD-u u recentnoj sudskoj praksi primjenjuju tradicionalnu primjenu doktrine "likelihood of confusion". Naime, uspješna parodija rijetko će predstavljati povredu žiga, ako je konačni cilj parodije zabaviti ("to amuse"), a ne zbuniti ("to confuse").¹⁰⁹

Iako ne postoji precizno utvrđen test prema doktrini "likelihood of confusion", nego je isti test različit od slučaja do slučaja, i od suda do suda, ipak mnogi testovi sadrže sljedeće čimbenike:

- jakost žiga;
- sličnost žigova;
- srodnost roba ili usluga;
- kvaliteta tuženikovih (povrediteljevih) proizvoda;
- vjerojatnost da će tužitelj ući na tržište koje pokriva potencijalni poveditelj s robom pod istim žigom;
- dokaz o postojanju stvarne zamjene (zabune);
- korištenje marketinških kanala;
- namjera povreditelja;
- naivnost odnosno iskustvo potrošača.

Pri tome sudovi cijene svaki od ovih elemenata pojedinačno, ako i sve elemente u cjelini, kod analize da li u svakom pojedinačnom slučaju postoji uporaba koja može utjecati na zabunu kod potrošača. U načelu, snaga žiga, odnosno njegova poznatost ili čak čuvenost, govore u prilog zaključka o vjerojatnosti postojanja

¹⁰⁷ Lott, L.J., Hutton, B.M., Trademark parody, str.1., na www.lfiplaw.com/articles/trademark_parody.htm.

¹⁰⁸ Vidi 15 U.S.C. §§ 1114, 1125.

¹⁰⁹ Vidi za američki case law *Cartoons, L.C. v. Major League Baseball Players' Ass'n*, 95 F.3d 959, 967 (10th Cir.1996).

zabune. Ipak, u slučajevima parodije, jakost i prepoznatljivost žiga mogu utjecati da javnost odnosno potrošači lakše zaključe kako se radi o parodiji ili šali u svezi s određenim jakim žigom.¹¹⁰ Stoga što se takav žig lakše prepoznaje, potrošači će shvatiti razliku između parodije i izvornika.

Neki sudovi uz navedene kriterije utvrđuju i ravnotežu između javnog interesa u cilju sprječavanja zabune potrošača i javnog interesa u svezi sa slobodom izražavanja.¹¹¹

Među najpoznatije slučajeve u kojima je sud primijenio doktrinu "likelihood of confusion" na slučajeve prijeporne parodije u žigovnom pravu ističemo slučaj *Tommy Hilfiger Licencing, Inc. v. Nature labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410, 415-16, 421 (S.D.N.Y. 2002), u kojem je sud utvrdio da tuženikov parfem za ljubimce parodira žig za parfem za muškarce poznatog modnog dizajnera Tommya Hilfigera. Prvotno je tuženik parodirao Hilfigera na način da je ne samo rabio znak "Timmy Holedigger" za svoje proizvode, nego je koristio i bočicu sličnog dizajna koju je poznata dizajnerska kuća zaštitila kao žig. Nakon što je Tommy Hilfiger prigovorio ovoj uporabi, tuženik je promijenio i naziv proizvoda i njegovo pakovanje, na način da je svoj logo potkrijepio sloganom "If You Like Tommy Hilfiger Your Pet Will Love Timmy Holedigger" a pakovanje oznakom da se ne radi o imitaciji koja bi se odnosila na poznatog dizajnera. Sud je zaključio da se u ovom slučaju ne radi o vjerovatnosti da će doći do zabune između kolonjske vode za pse "Timmy Holedigger" sa Hilfigerovom kozmetikom, jer je tuženik koristio svoj žig kao očitu parodiju ili igru riječi, tako prepoznatljivu potencijalnim korisnicima proizvoda.¹¹²

Za razliku od navedenih slučajeva, neki sudovi koriste kod parodije u svezi s žigovima isti način utvrđenja kao i kod autorskopравnih sporova u svezi s parodijom, pozivajući se prije svega na slučaj *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (1994).¹¹³

¹¹⁰ Detaljnije kod McCarthy, J.T., *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4th ed., 2001, § 31, str.153.

¹¹¹ Vidi slučaj *Cliffs Notes, Inc. V. Bantam Doubleday Dell Publ'g*, 886 F.2d 490, 494 (2d Cir. 1989).

¹¹² Usp. Marshall, J.W., Siciliano, N.J., *The Satire/Parody Distinction in Copyright and Trademark: Can Satire Ever Be a Fair Use?*, ABA Section of Litigation, Intellectual Property Litigation Committee, Round Discussion Online, na www.abanet.org/litigation/committees/intellectual/roundtables, str.10. Isti autori navode i slične sudske slučajeve, primjerice *MasterCard Int'l Inc. V. Nader* 2000 Primary Comm., No. 00 Civ. 6068, 2004 WL 434404 (S.D.N.Y. Mar.8, 2004) u kojem je sud raspravio sve doktrinarne faktore i zaključio da politički ciljevi Ralfa Nadera ne povrjeđuju žig MasterCard, te *World Wrestling Fed'n Entm't, Inc. v. Big Dog Holdings, Inc.*, 280 F. Supp. 2d 413, 441 (W.D.Pa.2003) u kojem je sud uvažavajući analizu vjerovatnosti zabune zaključio da sukladno načelima Prvog amandmana parodija WWE ne izaziva zabunu među potrošačima.

¹¹³ Radi se o slučaju spora u predmetu kojeg je bilo razlikovanje i parodija poznatog rock hita "Oh, Pretty Woman" Roy Orbisona i William Deesa, koju su Luther Campbell i njegova glazbena rap skupina, 2 Live Crew parodirali rap pjesmom pod nazivom "Pretty Woman", a koja je imala značajnih sličnosti s pjesmom Orbisona i Deesa. Sud je u ovom slučaju utvrdio da se radi o dopuštenoj parodiji. Ova metoda iz slučaja Campbell primjenjena je primjerice u sudskim

Uz navedene metode sudske analize, sudovi koriste još i druge različite testove odnosno metode, kao primjerice tzv. "nominative fair use test"¹¹⁴, te posebna pravila u svezi s naslovima umjetničkih djela.¹¹⁵

Za praksu sudova u SAD- u nužno je ukazati i za već legendarni slučaj Mutual of Omaha. Osiguravajuće društvo Mutual of Omaha u vlasništvu je imalo 35 godina stare registrirane žigove za svoje osiguravajuće usluge, kao i za televizijsku emisiju "Mutual of Omaha's Mutant Kingdom" kojoj je bilo pokrovitelj. Žigovi su sadržavali dobro poznati logotip glave indijanca. Tuženik, dizajner, kreirao je liniju proizvoda poput šalica za kavu, dugmadi, čepova, trenirki i majica s natpisom "Mutant of Omaha", profilom izgadnije ljudske glave s indijanskom ratnom perjanicom i riječima "Nuclear Holocaust Insurance", ili riječima "Mutant Kingdom" ili "Mutant of Omaha's Mutant Kingdom".

Sud je, djelomično temeljem dokaza dobivenih istraživanjem tržišta, zaključio o postojanju vjerojatnosti zablude među potrošačima, a s obzirom na to da je proizvode zapravo odobrilo ili autoriziralo društvo Mutual of Omaha u smislu protesta protiv nuklearnog oružja. Sud je smatrao da bi doista moglo doći do zabune oko toga da se Mutual of Omaha nalazi iza protunuklearnog prosvjeda. Parodijski aspekt poruke bio je nedovoljan za sprječavanje postojanja vjerojatnost zabune.¹¹⁶

Parodija koja podsjeća na izvornik, a zatim taj isti izvornik povezuje sa stvari koja je na bilo koji način uvredljiva, također je sama po sebi opasna. Humor na štetu titulara žiga¹¹⁷, koji napada sliku proizvoda, u većini slučajeva nije imao uspjeha na sudovima u SAD-u. Uvredljiva narav parodije u ovom kontekstu pretvorila se u važan čimbenik prilikom nedopuštanja obrane temeljem parodije.

sporovima Harley-Davidson, Inc. V. Grottanelli, 164 F.3d 806, 813 (2d Cir. 1999) u kojem je sud utvrdio da je tuženik povrijedio tužiteljev žig na način da svojim žigom uopće nije komentirao, jednostavno koristeći žig na ponešto humorističan način u svrhu promocije vlastitih proizvoda i usluga; te slučaj Elvis Presley Enters., Inc. V. Capece, 141 F.3d 188, 199-200 (5th Cir. 1998). Vidi također Gilson, J., et al., Trademark Protection and pactice, 2005., § 5.05, 10c.

¹¹⁴ Da bi se primjenio ovaj test, tuženik mora zadovoljiti tri kriterija:a) tužitelji proizvodi ili usluge ne smiju biti lako prepoznatljivi bez upotrebe žiga;b) uporaba žiga je nužna kod identifikacije tužiteljevih proizvoda ili usluga, te c) tuženik ne smije učiniti ništa što bi u odnosu na žig sugeriralo potporu ili pristanak nositelja žiga. Vidi slučaj Mattel, Inc., v. Walking Mountain Prods., 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).

¹¹⁵ Vidi slučajeve Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d. 994, 999 (2d Cir. 1989), te Mattel, Inc. V. MCA Records, Inc., 296 F.3d 894, 902 (9th Cir. 2002). O ovim sporovima detaljnije kod Zlatović, D., Character Merchandising i žigovoprava zaštita, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24., br.1., Rijeka, 2003., str. 245.-276., te kod istog autora, Autorskopravna zaštita fiktivnih likova, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, Zagreb, 2001., vol. 2., str. 129.-167.

¹¹⁶ Vidi slučaj Mutual of Omaha Insurance Co. V. Novak, 836 F.2d 397 (8th Cir. 1987), 231 U.S.P.Q. 963 (D.Neb.1986). Detaljnije kod Sheldon & Mak, Parody No Automatic Defense to Trademark Infringment, na www.usip.com/articles/parodytm.htm

¹¹⁷ Ovdje se rabi pojam titulara žiga u svojstvu vlasnika žiga prema angloameričkom žigovnom sustavu, dok se za zakonodavstva europskog kontinentalnog pravnog kruga, kojem pripada i hrvatsko žigovno pravo, koristi pojam nositelja žiga.

Ipak, teškoća počiva u procjeni onoga što je uvredljivo, a što nije. Uvredljiva narav jedne parodije mogla bi neke zabaviti, a neke uvrijediti. U sudskoj praksi sodova u SAD-u takvi su slučajevi primjerice, reklama za insekticid koji upućuje na poznati slogan "Where there's life, there's Bud" ili seksualno eksplicitan film u kojemu su prikazani dresovi navijačica momčadi Dallas Cowboys ili internetska stranica s adresom "candyland.com" koja je korisnike upućivala na otvaranje seksualno eksplicitnih sadržaja. Na prvi pogled spomenute parodije odmah podsjećaju na izvorne žigove ili djela, ali pitanje je da li neprimjeren kontekst kojega su navedene parodije kreirale nanosi štetu titularu žiga. Proizvođaču insekticida zabranjeno je korištenje slogana "Ehere There's Life There's Bugs", izvedenice dobro poznatoga slogana Budweiser piva. Optuženik je predmetni slogan koristio u promidžbi insekticidnih proizvoda za laštenje podova. Sud je implicitno, bez primjene pravila o zabrani umanjivanja značaja izvornoga slogana, utvrdio primjenjivost teorije o umanjivanju vrijednosti i značenja te zaključio kako je vrijednost i učinkovitost tužiteljeve ranije promidžbe povrijeđena primjenom parodije. Sud je smatrao kako bi javnost, dugoročno izlagana sloganu, razumljivo smatrala povezivanje insekata s pivom neukusnim.¹¹⁸

Konačno, potrebno je ukazati i na primjenu Federal Trademark Dilution Act-a iz 1995.¹¹⁹, zakona o zabrani umanjivanja (slabljenja, razvodnjavanja) vrijednosti žigova s primjenom od siječnja 1996., koji sadrži posebna pravila u svezi s čuvenim žigovima, te koji propisuje izdavanje zabrane protiv upotrebe tuđeg žiga, bez obzira na nepostojanje konkurencije među robama i uslugama dvaju stranaka te unatoč nepostojanju vjerojatnosti zabune, a pod uvjetom da je žig čuven ili slavan (famous trademark). Novi The Trademark Dilution Revision Act iz 2006. precoizirao je definiciju "fair use" na način da ona uključuje "nominative or descriptive fair use," kao uporabu žiga koji označava, parodira ili komentira čuveni žig, međutim s obzirom na kratko trajanje primjene ovog zakona ovdje upućujemo na primjere iz sudske prakse prema ranijem zakonu iz 1995.

Čak i prije navedenog saveznoga zakona iz 1995., nekoliko je država SAD-a imalo zakone protiv umanjivanja vrijednosti koji u svrhu zaštite općenito zahtijevaju samo osobitost žiga, a ne neophodno i da je isti žig slavan. U svakom slučaju, zakoni protiv umanjivanja vrijednosti štite žigove od dva oblika povreda: nejasne slika svojstvenosti žiga, te samim time umanjivanja njegove promidžbene vrijednosti; i nanošenja štete ugledu žiga njegovim povezivanjem s manje vrijednim proizvodom ili njegovim prikazivanjem na uvredljiv način.

¹¹⁸ Lott, L.J., Hutton, B.M., op.cit., str. 3.

¹¹⁹ O zakonu iz 1995., (15 USC § 1125(c)), vidi detaljnije na www.ladas.com/BULLETINS/1996/FederalDilution.html. Vidi i Trademark Amendments Act iz 1999. na www.uspto.gov/web/offices/tac/notices/tmact_99.pdf, te posebice The Trademark Dilution Revision Act of 2006 (the "Revision Act") na www.ladas.com/BULLETINS/2006/FederalDilutionRevisionAct.shtml.

Nejasna slika ili umanjivanje vrijednosti, uključujući postupno otklanjanje identiteta i razlikovnosti žiga ili naziva njegovom upotrebom kod nekonkurentne robe. Upotreba modificiranog žiga predstavlja rizik u smislu umanjivanja razine identificiranja žiga s njegovim proizvodima, kao i razine utjecaja koju će dobro poznati žig imati na mišljenje javnosti. Svojstvenost žiga je izgubljena zato što žig neće više isključivo identificirati titulara žiga kao izvor robe ili usluga. Zapravo, on čak može početi identificirati drugu stranku kao glavnoga pružatelja određenih drugih roba ili usluga. Stoga titular žiga mora dokazati kako će svojstvenost njegova žiga vjerojatno biti umanjena uslijed upotrebe sličnoga žiga od strane treće osobe.

Takvo umanjivanje vrijednosti korištenjem nejasne slike žiga nije postojalo u slučaju o kojemu je odluka donesena u srpnju 1996., a koji je obuhvaćao upotrebu slogana "The Greatest Bar on Earth" od strane bara na 107. katu tornjeva Svjetskog trgovačkog centra u New Yorku. Koristeći test za utvrđivanje da li je došlo do umanjivanja vrijednosti, a u kojemu je primijenio šest čimbenika, sud je zaključio kako žigovi i proizvodi nisu slični, kako nedostaje nakana prisvajanja, kao i dugotrajna upotreba žiga od strane treće osobe, a što je za posljedicu imalo odbijanje zahtjeva za izricanje preliminarnе zabrane korištenja žiga u korist Ringling Brothers. Sud nije pronašao bilo kakvu mogućnost ili vjerojatnost umanjivanja vrijednosti.¹²⁰

U kolovozu 1996., isključivo temeljem navedenog saveznoga propisa protiv umanjivanja vrijednosti, Sud sjevernoga okruga Kalifornije izdao je privremenu administrativnu zabranu u korist Anheuser-Busch Inc., u sporu *Anheuser-Busch, Inc. v. Andy's Sportswear, Inc.*, a protiv optuženikova distribuiranja majica s natpisom "Buttwiser". Sud je smatrao kako su žigovi Anheuser-Buscha nesporno slavni, te kako bi majice umanjile vrijednost predmetnih žigova.¹²¹

Navedene odluke, prema navedenom saveznom zakonu SAD-a iz 1995., apsolutno se podudaraju s mnogo starijim precedentnim pravom zasnovanim na državnim propisima o zabrani umanjivanja vrijednosti. Temeljem takvog državnog zakona, bostonskome je restoranu zabranjeno korištenje žiga njujorške draguljarske kuće "Tiffany". Zabrana je izdana temeljem činjenice da bi takva upotreba umanjila svojstveno vezivanje navedenoga žiga s titularom žiga, a bez obzira na nepostojanje konkurencije i vjerojatnosti zabune.¹²²

Prema novom zakonu iz 2006. kod odlučivanja postoji li tzv. "nejasna slika (blurring)" sudovi mogu analizirati sličnost između žigova, stupanj razlikovnosti, da li se radi o čuvenom žigu s ekskluzivitetom pri uporabi, stupanj prepoznavanja, da li postoji namjera na stvaranje asocijacije, te dokaze o stvarnom odnosu.

¹²⁰ Cit. Marquardt, M.D., First Decisions Support New Alternative for Trademark Protection, National Law Journal, 5/12/97.

¹²¹ Cit. Hughes, J.R., The Federal Trademark Dilution Act of 1995 and the Evolution of the Dilution Doctrine – Is It Truly a Rational Basis for the Protection of Trademarks?, na www.sughrue.com/files/Publication.

¹²² Vidi kod Lott, L.J., Hutton, B.M., op.cit., str. 4.

Nanošenje štete ugledu žiga (tarnishment), s druge strane, općenito se javlja kada se tužitelj žig povezuje s proizvodima manjkave kvalitete ili se prikazuje u uvredljivome ili neprimjerenome kontekstu za kojega je vjerojatno da će prouzročiti negativno mišljenje o proizvodu titulara. Općenito, o nanošenju štete ugledu žiga zaključeno je u slučajevima u kojima je konkretan žig bio prikazan u kontekstu seksualne aktivnosti, opscenosti ili ilegalnih radnji.

U jednome od prvih poznatih slučajeva ove naravi, Okružni je sud za istočni okrug New Yorka prisilno zaštitio slavni žig tvrtke Coca Cola, izvorno registriran 1893., i to, protiv plakata koji je oponašao osobiti stil slova u tekućem kurzivu, kao i kolorističku shemu slogana "Enjoy Coca Cola", sugerirajući kupcima "Enjoy Cocaine". Sud ovo nije smatrao smiješnim te je utvrdio kako bi kulturnome statusu Coca Cole, kao međunarodne ikone, bila nanesena šteta parodijskim plakatom koji je navedeni simbol povezao s uživanjem u drogama. Povezivanje takve štetne stvari kao što je kokain s tužiteljevim bezopasnim i korisnim pićem, a kojega simbolizira njegov "Coca-Cola" žig i oblik, predstavlja jasan napad na navedeni proizvod i nanijelo bi štetu poslovnome ugledu tužitelja, a što je tužitelj i ustvrdio. Bez upuštanja u predboku analizu ovoga pitanja, sud je zaključio o postojanju vjerojatnosti nastanka zabune, kao i umanjivanja vrijednosti žiga temeljem njujorškoga zakona protiv umanjivanja vrijednosti žigova, naglasivši poznatost žiga Coca-Cole i s neodobravanjem komentirajući optuženikovu nakanu prisvajanja.¹²³

Nanošenje štete ugledu žiga nije postojalo u slučaju kada je i drugi slogan Budweiser piva, "This Bud's for You", podvrgnut parodiji. Optuženik je slogan upotrijebio kao parodiju u reklami za cvijeće. Za razliku od piva i insekata, sud je zaključio o postojanju prihvatljive veze između piva i cvijeća.¹²⁴

2.2. Kratki prikaz judikature u drugim državama

Moderni nacionalni žigovni propisi ne sadrže eksplicitne odredbe o izuzećima glede parodije žigova. Ipak, u odredbama modernog žigovnog zakonodavstva možemo naći na odredbe o zabuni (confusion) koje mogu izazvati određeni znakovi na tržištu među potrošačima, kao razlogu za odbijanje registracije nekog znaka.

Tako Uniform Benelux Law on Marks (sa zadnjom novelom – the Protocol of 11 December 2001)¹²⁵, u odredbi čl. 13. A1.d. propisuje da neovisno o civilnim propisima o odgovornosti za štetu, nositelj žiga može, pozivom na svoje ekskluzivno pravo, zabraniti bilo koju uporabu na tržištu, bez primjerenog

¹²³ Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc., 346 F. Supp. 1183 (E.D.N.Y. 1972), na <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/tmcases/coca.htm>.

¹²⁴ Bird, R., This Bud's for You: Understanding International Intellectual property Law through the Ongoing Dispute over the Budweiser Trademark, *Journal of Legal Studies Education*, vol. 23, 2005., str. 24.

¹²⁵ Ovaj zakon dostupan je na francuskom jeziku na http://oami.europa.eu/pdf/mark/nl_bx_2_fr.pdf.

dopuštenog razloga, žiga ili sličnog znaka na način da uporaba takvog znaka predstavlja prevaru ili šteti distinktivnom karakteru ili reputaciji žiga.¹²⁶

Korištenje znaka razlikovanja u smislu parodije, za iste ili slične proizvode, ne mora nužno značiti da će takvo ponašanje biti zabranjeno odnosno takav znak biti poništen, što su belgijski sudovi potvrdili u poznatom slučaju Batman v. Beteman, gdje je sud žig "Beteman" proglasio dopuštenom parodijom žiga "Batman".¹²⁷ Također, primjera radi navodimo i slučaj gdje je žig sadržavao naslov novine "Vers L'Avenir", koji je imitirao naslov druge poznate novine "L'Avenir vert". Sud u postupku nije našao razloge koji bi upućivali da postoji vjerovatnost konfuzije odnosno zabune na tržištu s obzirom na različitu ciljanu publiku kojoj se te dvije novine obraćaju, te je utvrdio da se tu radi o dozvoljenoj parodiji kako u smislu autorskog tako i žigovnog prava.¹²⁸

Slične stavove možemo naći i u francuskoj sudskoj praksi, odnosno u poznatom slučaju "Michelin-Bibendum", u kojem je sud u Riomu zaključio da se ne radi o parodiji Michelinova žiga "Bibendum" u slučaju njegove uporabe od strane radničkog sindikata, koja uporaba je ujedno bila neprofitnog karaktera, te da se ne radi o povredi žiga u smislu francuskog žigovnog prava.¹²⁹ Međutim, za razliku od tog slučaja u kojem je presuđena dopuštena parodija, Sud najviše instancije u Parizu, donio je 14. svibnja 2001. godine odluku kojom se "zatvara" web stranica "jeboycottedanone.net", tvrtke Gandi et à Valentin L., a koja je u svom portalu imala i slogan "Je boycotte DANONE.net", kojima je povrijeđen žig "Danone" nositelja žiga Compagnie Gervais Danone, kao i odredbe francuskog žigovnog prava.¹³⁰

Sudska praksa u Njemačkoj, koja se odnosi na dopuštenost parodije u svezi s eventualnim povredama prava žiga i tvrtke, nije ujednačena.¹³¹ S jedne strane presuđene su kao dopuštene parodije dvije šaljive etikete – naljepnice ("BMW-Bumms mal weider"¹³² i "Lusthansa"¹³³), odnosno isto tako satirična etiketa koja se odnosi na reklamu Marlboro ("Groses Mordoro-Poker"¹³⁴). Za razliku

126 Usp. Voorhoof, D., Freedom of Expression: Parody-Copyright-Trademarks, Ghent University, str. 17.

127 Civ. Brux..11 mai 1993, Ing. cons. 1994, 108. Cit. prema Van Bunnem, et al., L'usage de la marque "en tant que marque" comme condition legale au regard de l'acquisition, du maintien et de la contrefaçon des droits, www.aippi.org/reports/q168/q168_belgium_f.html.

128 Cass., 5 avril 2001, J.L.M.B., 2001, p. 1420, "Journal des procès" n. 336, p. 28. Izvor: www.cass.be.

129 Riom, 15 octobre: 1994, D. 1995, J.p.428. Za francusko žigovno pravo vidi Industrial Property (Part II), Code (Consolidation), 01/07/1992 (18/12/1996), No. 92-597 (No. 96-1106), Law No. 92-597 of July 1, 1992, on the Intellectual Property Code, na http://oami.europa.eu/genhtm/mark/nl_fr_1_en.htm.

130 Presuda dostupna na www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=decisions/marques/ord_tgi_paris_140501.htm.

131 Cit. Harte, D., Urheberrecht, Carl Heymans Verlag, Köln_Berlin-Bonn-München, 1997., str. 247.

132 BGH, U.v.3.6.86., GRUR 1986, S.759.

133 OLG Frankfurt, U.v.17.12.81., GRUR 1982., S.319.

134 BGH, U.v.17.4.84., GRUR 1984., S.684.

od tih rješidbi, nedopuštenim parodijama proglašene su u postupcima zaštite žiga i nelojalne utakmice one koje su se primjerice odnosile na t-shirt majice i kondome ("adidash GIVES YOU SPEED"¹³⁵; "Mars macht mobil bei Sex, Sport und Spiel"¹³⁶; "Es tut NIVEA als beim ersten Mal"¹³⁷).

IV. Zaključak

Pitanje granice između povrede prava i dopuštene parodije je jedno od pitanja koje traži istančanost u razmatranju. U tom smislu nužno je kriterije dopustivosti parodije, a posebice kao autorskog djela inkorporirati u zakonske tekstove u području autorskog prava, odnosno koristiti postojeće odredbe žigovnog prava o razlozima za odbijanje registracije znaka odnosno odredbe o civilnoj sudskoj zaštiti žiga, kao dijelova prava intelektualnog vlasništva. Ovim se sužava mogućnost da ocjena o tome ovisi o moralnim gledištima i tradiciji određene zemlje, odnosno smanjuje se broj parnica u kojima se utvrđuje status parodije kao djela ili žiga u odnosu na neko drugo postojeće parodirano djelo ili zaštićeni žig. Ovakvi standardi sve više bivaju ugrađeni u nacionalnu legislativu brojnih država, pa tako i u novo hrvatsko autorsko pravo, dok se u drugima ovi prijepori rješavaju primjenom načela pravične primjene, načela zabrane izazivanja zabune na tržištu odnosno primjenom presedana.

¹³⁵ OLG Hamburg, U.v.5.9.91., GRUR 1992., S.58.

¹³⁶ BGH, U.v.10.2.94., NJW 1994., S.1954.

¹³⁷ OLG Hamburg, U.v.16.4.92., GRUR 1993., S.132.

Summary

“LEGAL ASPECTS OF PARODY” AND INTELLECTUAL PROPERTY

We have developed a long practice of making mockery of our cultural icons, symbols, public and famous persons. The parody is created when a person imitates a serious work of authorship, such as literary, musical or another work of art with the aim to achieve a humoristic or satiric effect. The parody, as a form of criticism, presents a very popular means among authors, entertainers and advertisers who use it to give a certain message or view, however, it is often used to mark products and services.

Due to the fact that the parody presents a method of criticism, it must be used without exception with another creative endeavor. Therefore, a conflict between the author of the original work being exposed to a parody and the author of a parody is inherently created having in mind no one is fond of being an object of criticism, joke or mockery. Moreover, it is less than probable that parody authors will receive a specific license or authorization from a titular of exclusive legal rights over the work protected by the copyright or trademark to use it when creating a parody, i.e. to parody an already protected trademark.

Therefore, it is necessary to consider conditions under which a certain parody may present a copyright work, that is may insult an already protected trademark. Due to the copyright or trademark tradition, solutions given by national legislation and court practice could vary. It is desirable to set above mentioned conditions by the law as is the case with the recent copyright legislation in Croatia. In case if a parody is not legally regulated as a copyright work, that is if reasons to deny trademark registration or to give court protection in case of trademark infringement are not set by the law, it is a task of court practice to present a solution in each individual disputable case depending on case specifics and copyright and trademark doctrine and cultural fundamental principles.

Key words: *parody, copyright, trademark.*

Riassunto

**“ASPETTI LEGALI DELLA PARODIA” E DIRITTO
DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE**

Abbiamo sviluppato una prolungata pratica di derisione delle nostre icone culturali, dei simboli e delle persone pubbliche e famose. La parodia nasce, quando qualcuno imita un fatto serio, come un'opera letterale, musicale od artistica, nell'intento di raggiungere un effetto comico o satirico. La parodia, quale forma di critica, rappresenta un mezzo molto popolare tra gli autori, gli intrattenitori ed i divulgatori, grazie al quale trasmettono alla collettività un determinato messaggio o presa di posizione; spesso, però, viene utilizzata per segnalare prodotti e servizi.

Proprio perché rappresenta un modo di fare critica, la parodia deve servirsi necessariamente di opere altrui. Con ciò inevitabilmente sorge un conflitto tra l'autore dell'opera che si schernisce, dacché nessuno ama essere oggetto di critica, di scherzo o di derisione, e l'autore della parodia. E' altrettanto improbabile che l'autore, titolare dell'opera protetta da diritto d'autore, ovvero dal diritto al marchio, rilasci una qualche licenza o dia il consenso all'autore della parodia ad utilizzare, al fine dell'ideazione del disegno umoristico, la sua opera protetta da diritto d'autore o del marchio, ovvero gli dia il consenso a schernire il marchio precedentemente protetto dal relativo diritto.

Pertanto è necessario esaminare i presupposti in base ai quali una certa parodia può costituire un'opera d'intelletto, ossia può offendere un marchio già in precedenza tutelato. In base alla tradizione del diritto d'autore e del diritto al marchio, le soluzioni scelte nelle legislazioni nazionali e nella giurisprudenza possono essere diverse. E' auspicabile che tali presupposti vengano regolati dalla legge, come è il caso della nuova legislazione croata in materia di diritti d'autore. Qualora manchi una regolamentazione legale della parodia, quale opera dell'intelletto, vale a dire dei motivi che ostano alla registrazione del marchio ovvero dei motivi per la protezione giudiziale a causa della violazione del marchio, spetta alla giurisprudenza decidere in ogni singola ipotesi controversa, sulla base delle peculiarità del caso, come anche della dottrina e delle basi culturali in materia di diritto d'autore e diritto al marchio.

Parole chiave: parodia, diritto d'autore, marchio.

Prilozi povodom Petnaestogodišnjice savjetovanja

Dr. sc. Petar Simonetti, redoviti profesor u mirovini
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

**PETNAESTOGODIŠNJICA SAVJETOVANJA PRAVNIKA
U ORGANIZACIJI PRAVNOG FAKULTETA
SVEUČILIŠTA U RIJECI
(1994. – 2009.)**

Uvod

Vrijeme je, da se na petnaestogodišnjicu savjetovanja pravnika u organizaciji Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, učini kratak osvrt na njihovu svrhu i obilježja; da se kategoriziraju (po predmetu) teme koje su na njima obrađene i nešto kaže o ulozi i odgovornosti pravne struke u oblikovanju pisanih pravnih normi, njihovom tumačenju i primjeni, budući da su savjetovanja tomu posvećena.

Svrha i obilježja Savjetovanja

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci 1994. pokrenuo je tematska godišnja Savjetovanja pravnika:

- 1994. – Zaštita vjerovnika¹,
- 1996.² – Pravni režim građevinskog zemljišta,
- 1997. – Vlasništvo i naknada za oduzetu imovinu,
- 1998. – Vlasništvo – pretvorba – denacionalizacija te
- 1999. – Vlasništvo – zaštita vjerovnika – trgovačka društva.

Od 2000. godine savjetovanja se održavaju pod stalnim naslovom *Vlasništvo – obveze – postupak*, čime je obuhvaćeno čitavo područje građanskog (imovinskog), trgovačkog i postupovnog prava. Posljednjih godina sve se više obrađuju teme iz upravnog prava i prava Europske unije.

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci na vrijeme je prepoznao pitanja koja su se postavljala u vlasničkoj tranziciji (denacionalizacija i pretvorba društvenog

¹ Ovo savjetovanje je održano u suradnji s Informatorom d.d. Zagreb, a izdavači Zbornika radova bili su: Informator d.d. Zagreb i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

² Godine 1995. Savjetovanje nije održano.

vlasništva na nekretninama), u oblasti obveznog i trgovačkog prava, radnog i upravnog prava i u građanskom postupovnom pravu, kao i pitanja koja se pojavljuju u procesu prilagodbe pravnog sustava Republike Hrvatske pravnom sustavu Europske unije, shvativši da obrada ovih tema zahtijeva veći angažman pravne znanosti i pravne prakse, kako u sferi stvaranja (oblikovanja) pravne norme, tako i u njenoj interpretaciji i primjeni.

Temeljna ideja Savjetovanja je spajanje pravne znanosti i pravne prakse. Notorno je da je pozitivistička pravna znanost bez pravne prakse neplodna, a da je pravna praksa bez pravne znanosti površna i stoga nužno nedosljedna. Zato je međusobna komunikacija neophodna, kako za pravnu znanost, tako i za pravnu praksu.

Savjetovanja pravnika usmjerena su na dvije adrese, na tvorca pravne norme i pravnike koji je primjenjuju ili sudjeluju u njenoj primjeni. Zakonodavcu se upućuje kritika konkretnih zakonskih rješenja i prijedlozi za izmjene i dopune zakona ili buduće pravno uređenje određenih pravnih odnosa. Sa sucima i drugim pravnicima koji primjenjuju pravne norme (u tijelima javne vlasti) ili sudjeluju u njihovoj primjeni (odvjetnici i dr.) u postupku ili izvan postupka raspravlja se posredno (kritička analiza sudske prakse) i neposredno (na okruglim stolovima u okviru Savjetovanja) o značenju nedovoljno određenih, a ponekad protuslovnih i nepotpunih pravnih normi koje se mogu različito interpretirati, dajući time svoj doprinos za ujednačenu primjenu zakona. U toj razmjeni mišljenja oblikuju se ideje o popravljaju ili poboljšanju teksta postojećih zakona za njihove izmjene i dopune ili za donošenje novih zakona.

Pisani radovi koji se izlažu na Savjetovanju prethodno se objavljuju u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci sa sažecima na engleskom, njemačkom i talijanskom jeziku s oznakom znanstvene kvalifikacije. Zbornik, koji je posljednjih godina «narastao» na 700 – 800 i više stranica referira se u indeksu poznatih svjetskih pravnih časopisa, pa, uz redakciju, ima i međunarodni savjetodavni odbor. Radove recenziraju po znanstvenim kriterijima pravnici istog ili višeg znanstvenog stupnja, specijalisti za odnosnu granu prava, po pravilu izvan kruga sudionika Savjetovanja i u načelu s drugih sveučilišta u Hrvatskoj ili u inozemstvu.

Primijećeno je da su pojedina gledišta i prijedlozi izloženi na Savjetovanju i objavljeni u Zborniku imali odjeka u zakonodavnoj sferi, a interpretacije pravnih normi koje su temeljito argumentirane dobro su primljene u stručnoj javnosti.

Okrugli stolovi u okviru Savjetovanja omogućuju svim sudionicima izložiti svoje kritičke ocjene znanstvenih ili stručnih izlaganja i interpretacija određenih pravnih normi i pravnih ustanova koje primjenjuju ili sudjeluju u njihovoj primjeni u svojoj profesionalnoj djelatnosti kao i iznijeti prijedloge *de lege ferenda*. Osim toga, svakome je omogućeno predložiti teme za naredno savjetovanje. Time se ostvaruje neposredan dijalog između pravne znanosti i pravne prakse na obostranu korist.

Savjetovanje je otvoreno, permanentno uključuje mlađe pravnike iz prakse i znanosti kojima se na taj način pruža prilika za stručno i znanstveno napredovanje.

Tako se pravna znanost obogaćuje svježim idejama koje su inspirirane novim znanstvenim spoznajama u domaćoj i inozemnoj pravnoj znanosti, kao i spoznajama do kojih se dolazi u praktičnoj primjeni prava (domaća i strana sudska praksa).

Teme Savjetovanja (1994. – 2009.)

1. Građansko pravo. Opći dio

- Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima,
- Odnos prava osobnosti i medijskog prava,
- Zaštita osobnih podataka pacijenata u europskom i hrvatskom pravu,
- Pravo pacijenata na obaviještenost, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta,
- “Treu und Glauben” in der deutschen Rechtsprechung,
- Pravo na pristup podacima u medicinskoj dokumentaciji,
- Pravni aspekti parodije i intelektualno vlasništvo te
- Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla.

2. Stvarno pravo

- Ograničenja prava vlasništva,
- Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla,
- Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava,
- Pravno razdvajanje zgrada i drugih građevina od pomorskog dobra,
- Građanskopravni režim građevinskog zemljišta u prijelaznom razdoblju,
- Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine,
- Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu,
- Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine,
- Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici,
- Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu,
- Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava,
- Stjecanje prava vlasništva primjenom ustanova dosjelogosti i uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu,
- Pravo građenja prema Nacrtu prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,
- Građenje na tuđem zemljištu,
- Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla,
- Višestruko ugovaranje otuđenja,
- Zaštita prava vlasništva (dva članka),
- Zaštita od evikcije,

- Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj,
- Izvlaštenje u sudskoj praksi,
- Neka pitanja prava stvarnih služnosti i susjedskih prava na građevinskom zemljištu,
- O pravnom režimu građevinskog zemljišta – uvodno izlaganje,
- Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini,
- Pretpostavke, funkcije i pravna priroda prava građenja,
- Osnivanje prava građenja,
- Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja,
- Hipotekarni odnos kao aspekt sadržine hipoteke,
- Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini,
- Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu,
- Osiguranje tražbina prijenosom prava vlasništva i prijenosom prava – neka otvorena pitanja,
- Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi,
- Zemljišni dug u usporednom pravu,
- Zalaganje pokretnih stvari,
- Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige,
- Upis prava na građevinskom zemljištu u zemljišne knjige,
- Usklađivanje zemljišnoknjižnog s izvanknjižnim pravnim stanjem nekretnine,
- Zabilježba pravnih činjenica kao sredstvo zaštite vjerovnika u pravnom prometu nekretnina,
- Novo zemljišnoknjižno pravo,
- Osnivanje (obnova) zemljišnih knjiga – rad katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva,
- Strane osobe kao nositelji prava vlasništva na nekretninama,
- Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj,
- Prava stranaca na građevinskom zemljištu na teritoriju Republike Hrvatske,
- Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,
- Još o stjecanju vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu,
- Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja,
- Pravo prvokupa prema Zakonu o otocima,
- Pravni položaj kupca/vlasnika nekretnine u hipotekarnom režimu te

- Upis etažnog vlasništva (vlasništva posebnog dijela nekretnine) u zemljišne knjige.

3. Denacionalizacija

- Denacionalizacija – prava i ovlaštenici,
- Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu,
- Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta,
- Naknada za oduzetu imovinu,
- Naknada u vrijednosnim papirima za oduzetu imovinu i mjerila za utvrđivanje naknade,
- Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine – prakse Upravnog suda RH,
- Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost,
- Načela restitucije prava vlasništva i naknade za oduzetu imovinu,
- Naknada za oduzetu gospodarsku imovinu,
- Naknada za oduzete stanove i poslovni prostor,
- Povrat oduzete imovine na temelju kaznene odluke, odnosno konfiscirane u političkim procesima te
- Pravo na povrat ili odštetu za imovinu optanata.

4. Pretvorba

- Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama,
- Stvarnopravni učinci pretvorbe društvenih poduzeća,
- Pretvorba komunalnih poduzeća i vlasništvo objekata i uređaja komunalne infrastrukture,
- Prijelazne i završne odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,
- Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade te
- Proturječnosti uspostavljanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu.

5. Autorsko pravo

- Korištenje autorskih djela i
- Pravo umjetnika izvođača u hrvatskom zakonodavstvu

6. Obvezno pravo. Opći dio

- Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu,
- Promijenjene okolnosti danas i u Nacrtu Zakona o obveznim odnosima,

- Zaštitne valutne klauzule i monetarni nominalizam u noveli Zakona o obveznim odnosima,
- Pobijanje dužnikovih pravnih radnji i
- Konceptija realnih ugovora

7. *Obvezno pravo. Odštetno*

- Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda (dva članka),
- Odgovornost za štetu izazvanu neispravnim proizvodom u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu,
- Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom,
- Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika,
- Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja,
- Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave,
- Ratna šteta prouzročena terorističkim aktom,
- Odgovornost države za štetu,
- Odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzročenu terorističkim aktom,
- Odgovornost države za štete od terorističkih akata s osvrtnom na presudu Europskog Suda za ljudska prava br. 48778/99,
- Trend proširenja kruga osoba s pravom na novčanu naknadu u poredbenom i našem pravu kao oblik popravljivanja neimovinske štete u slučaju smrti bliske osobe,
- Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu,
- Naknada materijalne štete u slučaju smrti, tjelesne povrede i oštećenja zdravlja,
- Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi i
- “Sive zone” izvanugovorne odgovornosti – područja moguće primjene pravila o odgovornosti na temelju krivnje i objektivne odgovornosti za štetu.

8. *Obvezno pravo. Ugovorno*

- Pravni učinci pregovora i ponude,
- Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima,
- Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima,
- Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke stvari,
- Odgovornost za nedostatke i stabilnost građevine,

- Odgovornost za pravne nedostatke u Zakonu o obveznim odnosima i izabranim pravnim poretcima,
- Zaštita od evikcije,
- Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora,
- Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora,
- Ugovorne i zatezne kamate,
- Način obračuna kamatne stope kod potrošačkog zajma – otvorena pitanja hrvatskog prava i financijske prakse,
- Ugovorna kazna,
- Ugovor između liječnika i pacijenta,
- Najam stana – položaj zaštićenog najmoprimca (s osvrtom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana),
- Najam stana i zakup poslovnog prostora,
- Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora – primjena u praksi,
- Ugovor o leasingu – novo zakonsko uređenje,
- Pravo nazadkupnje kao instrument osiguranja potraživanja,
- O nekim aspektima odgovornosti za pravne nedostatke,
- Ugovori o valutnom i o kamatnom swapu i
- Zaključenje, punovažnost i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza.

9. *Pravo osiguranja*

- Treće osobe u osiguranju od automobilske odgovornosti i
- Obvezna osiguranja od odgovornosti izvan djelatnosti prometa i prijevoza u hrvatskom i poredbenom pravu, s osvrtom na određivanje obveznika sklapanja osiguranja i kruga trećih osoba.

10. *Trgovačko pravo*

- Zaštita vjerovnika po Zakonu o trgovačkim društvima,
- Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima (u poredbenopravnom kontekstu),
- Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta iz ugovora o kasko osiguranju motornog vozila – Smije li nemogućnost predočenja prometne dozvole ukradenog vozila predstavljati zapreku za isplatu osigurnine?
- Nepošteno tržišno natjecanje i modaliteti građanskopravne zaštite u hrvatskom i komparativnom pravu,
- Primjena trgovačkih običaja,
- Investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine prema Zakonu o investicijskim fondovima i
- Promidžba i prodaja udjela i dionica u investicijskim fondovima.

11. *Trgovačko pravo. Ugovorno*

- Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem,
- Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore,
- Pravni odnos između akreditivne i druge banke u akreditivnom poslu,
- Jedinstvena pravila i običaji za dokumentarne akreditive i
- Jedinstvena pravila za garancije “na zahtjev” 1991. Međunarodne trgovačke komore u Parizu.

12. *Trgovačko pravo. Vrijednosni papiri*

- Prospekt pri javnoj i privatnoj ponudi vrijednosnih papira – Zakon o tržištu vrijednosnih papira i pravci razvoja u europskom pravu,
- Standby Letter of Credit - Bankarska garancija u formi dokumentarnog akreditiva - nova pravila i
- Uporaba mjenice u međunarodnom dokumentarnom akreditivu.

13. *Industrijsko vlasništvo*

- Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva – ugovor o licenci žiga i ugovor o know howu,
- Uvođenje zakonske zaštite topografije integriranih sklopova u hrvatsko pravo,
- Industrijsko vlasništvo: Iscrpljenje isključivih ovlaštenja nositelja patenta i Nacrt Prijedloga Zakona o patentima,
- Novi Zakon o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva – korak naprijed ili natrag?
- Novo hrvatsko žigovno pravo,
- Character Merchandising i žigovnoppravna zaštita,
- Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu,
- Opoziv žiga i novo hrvatsko žigovno pravo,
- Posebna obilježja građanskopravne zaštite žiga,
- Posebna zaštita dobro poznatih i čuvenih žigova te
- Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu – s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga.

14. *Pravo društava*

- Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima,
- Preoblikovanje društava,
- Suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima,
- Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu,

- Osobna odgovornost članova društava kapitala za obveze tih društava prema njihovim vjerovnicima (čl. 10. st. 3. ZTD),
- Upravljanje korporacijama (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi),
- Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava - odgovornost revizora,
- Društva za upravljanje investicijskim fondovima i njihove statusne posebnosti,
- Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora,
- Uloga revizora u dioničkom društvu,
- Ništavost i pobojnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću,
- Povreda obveze objave podataka na tržištu kapitala i sporovi ulagatelja (dioničara) protiv uvrštenih društava te
- Protupreuzimateljske mjere i položaj uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja dioničkog društva.

15. Radno i socijalno pravo

- Prava i obveze subjekata iz radnog odnosa,
- Kolektivno pregovaranje i proširenje primjene kolektivnog ugovora (oktroiranje kolektivnog ugovora),
- Pravna narav prijelaznih odredbi i produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru,
- Sadržaj i karakter predloženih promjena Zakona o radu,
- Zaštita osobe u radnom odnosu od načela do realizacije i
- Osiguranje zaštite zdravlja na radu – u projektu reforme zdravstva i istomimenu zakonu.

16. Upravno pravo

- Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na građevinskim objektima komunalne infrastrukture,
- Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu,
- Pojam i obilježja koncesija,
- Pretpostavke za izdavanje građevne dozvole u svjetlu sudske prakse te
- Pravna zaštita u postupcima javne nabave u Hrvatskoj.

16.a Upravni postupak i upravni spor

- Otvorena pitanja upravnog postupka u Hrvatskoj,
- Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme,

- Pitanja uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj,
- Novo hrvatsko upravno postupovno pravo,
- Novi Zakon o upravnim sporovima – temeljne odrednice te
- Pravo na suđenje u razumnom roku i u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske.

17. Financijsko pravo

- Oporezivanje gradske rente,
- Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika,
- Trebaju li nam promjene u nekim aspektima oporezivanja (nepokretne) imovine?
- Prekogrični i poreznopravni aspekti djelovanja investicijskih fondova te
- Zastara u građanskom i poreznom pravu.

18. Građansko parnično pravo

- Zaštita na suđenje u razumnom roku,
- Transnacionalna pravila građanskog postupka - Nacrt od 1. travnja 1999.,
- Sudski penali,
- Naknada parničnih troškova,
- Načelo javnosti u parničnom postupku – prilog pokušajima opravdanja i reafirmacije instituta,
- O dostavi tužbe,
- Preinaka tužbe,
- Punomoćnik u parničnom postupku,
- Pripremanje i organizacija glavne rasprave u građanskom parničnom postupku,
- Mirenje – alternativni način rješavanja sporova,
- Prethodno pitanje u parničnom postupku,
- Žalba protiv presude prema noveli ZPP iz 2003.,
- Povrat u prijašnje stanje u hrvatskom parničnom postupku,
- Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnog suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa,
- Parnice radi proglašenja ovrhe nedopuštenom – problem pravne prirode rokova za njihovo pokretanje,
- Stranačka sposobnost entiteta bez pravne osobnosti,
- Podružnice inozemnih osoba,
- Pravna sredstva protiv neučinkovitog suca te
- Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti.

19. *Ovršno pravo*

- Prethodne i privremene mjere osiguranja potraživanja,
- Izvršenje na nekretninama,
- Ovrha na pokretnim stvarima radi naplate novčane tražbine,
- Položaj vjerovnika prema Ovršnom zakonu nakon njegova noveliranja 1999.,
- Prisilno sudsko hipotekarno osiguranje tražbine,
- Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbine prema novelama Ovršnog zakona 2003. te
- Pretpostavke za izdavanje potvrde.

20. *Stečajno pravo*

- Procesnopravne i materijalnopravne pretpostavke – posljedice otvaranja stečajnog postupka,
- Izlučna i razlučna prava,
- Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana,
- Ostvarivanje tražbine u stečajnom postupku,
- Završna dioba u stečajnom postupku te
- Položaj vjerovnika po novelama Stečajnog zakona.

21. *Izvanparnično postupovno pravo*

- Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava,
- Procesnopravno uređenje odnosa etažnih vlasnika,
- Razvrgnuće suvlasničke zajednice,
- Uređenje međa te
- Pravno značenje procjene vrijednosti nekretnina u sudskim i drugim postupcima.

22. *Pravo Europske unije*

- Zaštita prava vlasništva u europskom pravu,
- Uvod u Načela europskog ugovornog prava,
- Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EC o nepravičnim ugovorima,
- La protezione del consumatore nella Comunità Europea con particolare riguardo ai contratti,
- Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora – usklađenost s europskim pravom,
- Zaštita kupca u time – sharing ugovorima prema Smjernici 94/47/EC,
- Implantacija Smjernice 2005/29/EC o nepoštenim poslovnim praksama u hrvatsko pravo zaštite potrošača,

- Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskog prava,
- Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu,
- Posebnosti kolektivnog ugovaranja u europskome i hrvatskome pravu,
- Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire*,
- Posebnosti reguliranja radnog vremena u kontekstu Smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj,
- Europska Uredba o insolventijskim postupcima,
- Pretpostavke za izdavanje potvrde o europskom ovršnom nalogu,
- Reforma njemačkog Građanskog zakonika s posebnim osvrtom na europske aspekte te reforme,
- O nekim praktičnim i teorijskim dvojabama i problemima prilagodbe hrvatskog prava europskom pravu društava te
- Nacrt zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo.

23. Ustav i sveučilište

- Ustav i sveučilište – Prijedlozi Hrvatskoga pravnog centra u svjetlu odluke Ustavnog suda od 26.1.2000.

24. Pomorsko pravo

- Osiguranje tražbine prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske.

25. Međunarodno pravo

- Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu.

26. Ekonomija

- Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente.

O ulozi i odgovornosti pravne struke u oblikovanju pravnih normi

Pravna struka ne sudjeluje izravno u kreaciji prava, ali ima bitnu ulogu u oblikovanju pisane pravne norme, pa time donekle utječe i na njen sadržaj³, kako izravnim sudjelovanjem u redigiranju teksta zakona (nacrt i prijedlog zakona), tako i posredno znanstvenim radovima koji utječu na oblikovanje pisane pravne norme⁴. Osim toga, proces stvaranja pravne norme, posebno zakonske, prolazi kroz nekoliko strogo određenih formi: izrada prednacrta, nacrt, prijedlog, rasprava o jednom i drugom, prvo i drugo čitanje u saborskoj raspravi (proceduri), glasanje, usvajanje, proglašenje i objavljivanje zakona⁵.

S druge strane, pravna struka tumači pravnu normu radi njene primjene u postupku (suci, pravnici u drugim nadležnim tijelima i oni pravnici koji sudjeluju u postupku) i izvan postupka (pri sklapanju pravnih poslova, poduzimanju pravnih radnji itd.) ili izvan neposredne primjene prava, (tzv. doktrinarno tumačenje pravne norme)⁶.

Stoga ne mogu tražiti alibi pravnici koji su sudjelovali, na primjer u oblikovanju sustava vlasničke tranzicije na nekretninama ili su pogrešno tumačili odgovarajuće propise u postupcima pretvorbe društvenog vlasništva i restitucije prava vlasništva na nekretninama s katastrofalnim društvenim i gospodarskim posljedicama, (npr. prelaska izgrađenog građevinskog zemljišta u vlasništvo vlasnika zgrada ili posebnih dijelova zgrada bez ikakve naknade).

Od pravne struke se očekuje poznavanje univerzalne i relativno trajne pravne i moralne zasade pretočene u Ustav i međunarodne pravne izvore i da na njih skreće pozornost zakonodavcu i uporno inzistira na primjeni zakona u praksi. Pravna struka tumači pravne propise primjenom odgovarajućih općeprihvaćenih interpretativnih metoda nezavisno od volje izvršne vlasti i drugih političkih čimbenika, jer proglašenjem, po propisanoj proceduri, zakon se odvaja od svoga tvorca (zakonodavca) i djeluje kao samostalna društvena sila samo zato što je zakon te se primjenjuje suglasno tumačenju nadležnih tijela (sudova i drugih nadležnih tijela), s krajnjom posljedicom, suglasno tumačenju onog tijela koji po Ustavu osigurava jedinstvenu primjenu zakona, a to je u Republici Hrvatskoj – Vrhovni sud RH (čl. 116.- st. 1. Ustava).

U pravnoj državi svi su pod zakonom, i njegov tvorac, i izvršna vlast, i sva tijela koja ga primjenjuju, i koja su odgovorna za njegovu primjenu, kao i sve osobe (fizičke i pravne) na koje se odnosi. Svi pod zakonom – nitko iznad zakona!

U normalnim društvenim okolnostima (pravne stabilnosti), u praksi se uz minimalnu primjenu sile ostvaruju oni zakoni koji izražavaju i štite

³ Šire o oblikovanju pisane pravne norme, u: *Scienza tecnica della legislazione*, Atti del Convegno, Trieste, 28.-29. ottobre 1988., Università degli studi di Trieste.

⁴ Irti, N., *Tecnica della legislazione civile e responsabilità della dottrina*, u: *Scienza e tecnica della legislazione*.

⁵ Šire o stvaranju prava, Lukić, R., *Teorija države i prava, Teorija prava II*, Beogradski Izdavački Grafički Zavod, Beograd, 1995., str. 206.-221.

⁶ Šire o tumačenju pravnih normi, Lukić, R. D., op. cit. str. 222.-282., Vuković, M., *Opći dio građanskog prava, Knjiga I.*, Školska knjiga, Zagreb, 1959., str. 203.-237.

općeprihvaćene univerzalne vrijednosti. Zakoni koji ne izražavaju i štite opće interese, koji se ne oslanjaju na opću suglasnost, mogu se održati (primjenjivati) samo silom protiv obespravljenih (takvi zakoni po pravilu su u sukobu s ustavnim načelom: *Svi su pred zakonom jednaki*⁷). Zakon bez čvrste moralne podrške (opće suglasnosti) pretvara se u nasilje (što je silom stvoreno može se samo silom održavati) ili se na različite načine izigrava. Ovo utoliko lakše ukoliko je pravna norma neprecizna, dvosmislena, nepotpuna ili nomotehnički neadekvatno fomulirana, pa se može tumačiti na različite načine. Za takve nomotehničke i druge propuste u prvom redu odgovaraju oni koji su sudjelovali u izradi (redakciji) zakonskog teksta, tj. oblikovanju pisane pravne norme nezavisno od toga jesu li ti propusti posljedica stručne nesposobnosti, ili površnosti, ili popuštanja pod političkim pritiskom, ili radi osobnog interesa.

Globalizirani svijet i Republika Hrvatska u tom svijetu, će se vjerojatno u skorij budućnosti susresti s velikim strukturalnim društvenim promjenama koje se, već naziru u mjerama koje poduzimaju i države barjaktari liberalnog kapitalizma za ublažavanje posljedica svjetske financijske i ekonomske krize. One će se odraziti na mnoge pravne sfere, posebno na pravo vlasništva i poduzetništvo, na kreditne odnose, bankarstvo i financije, na zaštitu ljudskih prava i imovine, na radno i socijalno pravo itd. Dublje strukturalne promjene uslijedit će kasnije u procesu uklanjanja proturječnosti u koje se zapliće suvremeni svijet, koji se suočava s dosad neviđenim opasnostima, ekološkim i društvenim. Ove strukturalne društvene promjene izazvat će vrlo duboke promjene u pravnim sustavima koje nas neće zaobići, pa će te promjene biti teme budućih savjetovanja pravnika.

Naprijed je bilo govora o ulozi pravne struke u interpretaciji i primjeni pravne norme.

Sada će se podcrtati odgovornost interpretatora, bilo da je u ulozi tijela koje primjenjuje normu ili se njegova uloga završava s interpretacijom (tzv. doktrinarna interpretacija). Pogrešnom interpretacijom pravne norme interpretator neizravno stvara "svoju" pravnu normu (pravilo) negirajući postojeću pravnu normu koja je predmet tumačenja i primjene. U tom slučaju prividno se primjenjuje pravna norma koju je stvorio zakonodavac, a uistinu se primjenjuje norma koju je stvorio njen tumač. Praksa nas uči da su takve pojave neizbježne i uz maksimalno zalaganje tumača i onoga koji primjenjuje pravnu normu. Svrha je savjetovanja da se takva zastranjivanja svedu na najmanju mjeru.

Nova generacija pravnika, koja je stasala upravo kroz ova savjetovanja prepoznat će nove pravne teme i od nje se može očekivati da će obogaćivati i produbljivati oblike komunikacije između znanosti i pravne prakse, zakonodavca, sudova i drugih tijela vlasti i time doprinositi da se poruke s ovih skupova više čuju u "zakonodavnoj radionici" i još više nego do sada doprinesu interpretaciji prava u praksi kako bi se podizala razina njegove ujednačene primjene i time još potpunije ostvarivali temeljni ciljevi prava: pravda i pravna sigurnost – univerzalne društvene vrijednosti jučer, danas i sutra.

Prof. dr. sc. Petar Simonetti

⁷ Čl. 14. st. 2. Ustava RH–a

**KRONOLOŠKI PRIKAZ TEMA SAVJETOVANJA PRAVNIKA
U ORGANIZACIJI PRAVNOG FAKULTETA
SVEUČILIŠTA U RIJECI (1994. – 2008.)¹**

***Zaštita vjerovnika, Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.***

I. Referati

Petar Simonetti,

Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja, *Zaštita vjerovnika, Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Mihajlo Dika,

Izvršenje na nekretninama, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Marijan Ruždjak,

Prethodne i privremene mjere osiguranja potraživanja, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Ivo Grabovac, Gordan Stanković

Osiguranje tražbine prema novom pomorskom zakonodavstvu Republike Hrvatske, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Zoran Parać,

Zaštita vjerovnika po Zakonu o trgovačkim društvima, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Andrija Eraković,

Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

II. Priopćenja:

Edita Čulinović-Herc,

Zalaganje pokretnih stvari bez gubitka posjeda, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Vlado Belaj,

Ugovorna kazna, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Tatjana Josipović,

Zabilježba pravnih činjenica kao sredstvo zaštite vjerovnika u pravnom prometu nekretnina, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

¹ Nisu obuhvaćene teme Savjetovanja 2009. jer su tiskane u ovom broju Zbornika

Hrvoje Kačer,

Pravo nazadkupnje kao instrument osiguranja potraživanja, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Miljenko Giunio,

Jedinstvena pravila i običaji za dokumentarne akreditive, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Miljenko Giunio,

Zaštitne valutne klauzule i monetarni nominalizam u noveli Zakona o obveznim odnosima, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Ljiljana Maurović,

Jedinstvena pravila za garancije "na zahtjev" 1991. Međunarodne trgovačke komore u Parizu, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Aldo Radolović,

Odgovornost za nedostatke i stabilnost građevine, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Sonja Zubčić, Višnja Rosenberg-Volarić,

O nekim aspektima odgovornosti za pravne nedostatke, *Zbornik radova, Informator d.d., Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994.*

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.

TEMATSKI BROJ

“Pravni režim građevinskog zemljišta”

(Prilozi za savjetovanje 1996)

SADRŽAJ

I. Članci

Petar Simonetti,

O pravnom režimu građevinskog zemljišta – uvodno izlaganje (izvorni znanstveni članak),
Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.

Petar Simonetti,

Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (*de lege lata*) (izvorni znanstveni članak),
Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.

Mladen Žuvela,

Građanskopravni režim građevinskog zemljišta u prijelaznom razdoblju (stručni članak),
Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.

Vlado Belaj,

Pravo građenja prema Nacrtu prijedloga Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima
(pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.*

Tatjana Josipović,

Upis prava na građevinskom zemljištu u zemljišne knjige (izvorni znanstveni članak),
Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.

Mladen Montana,

Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.*

Halid Konjhodžić,

Oporezivanje gradske rente (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 17, br. 1, 1996.*

II. Sudska praksa

III. Pravni izvori

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.**SADRŽAJ****I. Vlasništvo i naknada za oduzetu imovinu (Umag, 17.-18. travnja 1997.)****Prilozi za Savjetovanje:***Petar Simonetti,*

Naknada za oduzetu imovinu (opće odredbe) (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Srećko Jelinić,

Naknada za oduzetu gospodarsku imovinu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Berislav Pavišić, Mimir Matulović,

Povrat oduzete imovine na temelju kaznene odluke, odnosno konfiscirane u političkim procesima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Aldo Radolović,

Naknada za oduzete stanove i poslovni prostor (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Olga Jelčić,

Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Jasna Brežanski,

Prijelazne i završne odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Tatjana Josipović,

Novo zemljišnoknjižno pravo (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

II. Radovi izloženi na savjetovanju "Pravni režim građevinskog zemljišta" (Poreč, 3.-4. listopada 1996.) koji nisu objavljeni u Zborniku vol. 17, br. 1:*Petar Simonetti,*

Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Jasna Brežanski,

Neka pitanja prava stvarnih služnosti i susjedskih prava na građevinskom zemljištu (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Aldo Radolović,

Prava stranaca na građevinskom zemljištu na teritoriju Republike Hrvatske (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Marina Kosović-Marković,

Pretpostavke za izdavanje građevne dozvole u svjetlu sudske prakse (izlaganje sa znanstvenog skupa), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

Jordan Matković,

Pravo na povrat ili odštetu za imovinu optanata (izlaganje sa znanstvenog skupa), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18, br. 1, 1997.*

III. Pravni izvor:

Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ("Narodne novine" br. 92/96.)

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**TEMATSKI BROJ****“Vlasništvo – pretvorba – denacionalizacija”****Poreč, 16.-17. travnja 1998.****SADRŽAJ****I. “Vlasništvo – pretvorba – denacionalizacija”***Nikola Gavella,*Ograničenja prava vlasništva (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Petar Simonetti,*Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Petar Simonetti,*Pretpostavke, funkcije i pravna priroda prava građenja (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Tatjana Josipović,*Stjecanje stvarnih prava na nekretninama na temelju povjerenja u zemljišne knjige (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Srećko Jelinić,*Naknada u vrijednosnim papirima za oduzetu imovinu i mjerila za utvrđivanje naknade (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Olga Jelčić,*Načela restitucije prava vlasništva i naknade za oduzetu imovinu (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Jasna Brežanski,*Građenje na tuđem zemljištu (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.***II. Radovi izloženi na savjetovanju “Vlasništvo i naknada za oduzetu imovinu” (Umag, 17.-18. travnja 1997.) koji nisu objavljeni u Zborniku vol. 18, br. 1:***Vesna Tomljenović,*Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.**Tanja Tumbri,*Najam stana i zakup poslovnog prostora (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2, 1998.***III. Sudska praksa****IV. Pravni izvori**

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.

SADRŽAJ

I. Prilozi za Savjetovanje:

**“Vlasništvo – zaštita vjerovnika – trgovačka društva”
(Poreč, 30. rujna – 1. listopada 1999.)**

I. Članci:

Petar Simonetti,

Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Jasna Brežanski,

Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Petar Simonetti,

Osnivanje prava građenja (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Olga Jelčić,

Pravi učinci pregovora i ponude (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Aldo Radolović,

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Ljiljana Maurović,

Standby Letter of credit – Bankarska garancija u formi dokumentarnog akreditiva – nova pravila (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Andrija Eraković,

Ostvarenje tražbina u stečajnom postupku (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Dragutin Ledić,

Položaj vjerovnika prema novelama Stečajnog zakona (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Eduard Kunštek,

Položaj vjerovnika prema Ovršnom zakonu nakon njegova noveliranja 1999. (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Dragutin Ledić, Edita Čulinović-Herc,

Ništavost i pobjnost odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Zvonimir Slakoper

Osobna odgovornost članova društava kapitala za obveze tih društava prema njihovim vjerovnicima (čl. 10. st. 3. ZTD) (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2, 1999.*

Branislav Malagurski,

Industrijsko vlasništvo: Iscrpljenje isključivih ovlaštenja nositelja patenata i Nacrt Prijedloga Zakona o patentima (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 2, 1999.

II. Sudska praksa

III. Pravni izvori

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.

SADRŽAJ

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 4.-5. svibnja 2000.)

Mihajlo Dika,

Ovrha na pokretninama radi naplate novčane tražbine (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Petar Simonetti,

Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Igor Gliha,

Korištenje autorskih djela (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Tatjana Josipović,

Uskladjivanje zemljišnoknjižnog s izvanknjižnim pravnim stanjem nekretnine (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Dragutin Ledić,

Preoblikovanje društava (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Vlado Belaj,

Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu) (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Aldo Radolović,

Naknada neimovinske štete u teoriji i praksi (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Marinko D. Učur,

Prava i obveze subjekata iz radnog odnosa (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Zvonimir Slakoper,

Pravni odnos između akreditivne i druge banke u akreditivnom poslu (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Jozo Čizmić,

Novo hrvatsko žigovno pravo (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Olga Jelčić,

Zaštita prava vlasništva (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Eduard Kunštek,

Transnacionalna pravila građanskog postupka – Nacrt od 1. travnja 1999. godine (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Jasna Brežanski,

Naknada materijalne štete u slučaju smrti, tjelesne povrede i oštećenja zdravlja
(stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Maja Bukovac,

Uporaba mjenice u međunarodnom dokumentarnom akreditivu (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Pravna praksa:

Ivan Padjen,

Ustav i sveučilište: Prijedlozi Hrvatskoga pravnog centra u svjetlu Odluke Ustavnog suda od 26.1.2000., *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21, br. 1, 2000.*

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.

SADRŽAJ

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 4.-6. travnja 2001.)

Mihajlo Dika,

Osnovne procesnopravne i materijalnopravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Petar Simonetti,

Višestruko ugovaranje otuđenja (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Tatjana Josipović,

Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo) (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Igor Gliha,

Pravo umjetnika izvodača u hrvatskom zakonodavstvu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Zvonimir Slakoper,

Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Gian Antonio Benacchio,

La protezione del consumatore nella Comunità Europea con particolare riguardo ai contratti (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Dragutin Ledić,

Suodlučivanje zaposlenika u trgovačkim društvima (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Dragan Zlatović,

Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Petar Simonetti,

Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige i učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Vlado Belaj,

Ograničenja prava vlasništva na temelju pravnoga posla (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Aldo Radolović,

Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Vesna Crnić-Grotić,

Zaštita prava vlasništva u međunarodnom pravu (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Jozo Čizmić,

Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva – ugovor o licenciji žiga i ugovor o know howu (pregledni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Marinko Đ. Učur,

Sadržaj i karakter predloženih promjena Zakona o radu (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Miljenko Appio Giunio,

Ugovorne i zatezne kamate (propisi, praksa i problemi) (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Jasna Brežanski,

Vode i vodno dobro – neka pitanja pravnog uređenja (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1, 2001.*

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.

SADRŽAJ

I. Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 11.-12. travnja 2002.)

Mihajlo Dika,

Sudski penali (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Petar Simonetti,

Proturječnosti uspostavljanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Silvija Petrić,

Odgovornost države za štetu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Zvonimir Slakoper,

Odgovornost dužnika za štetu zbog povrede ugovora (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Dragan Zlatović,

Posebna obilježja građanskopravne zaštite žiga (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Vlado Belaj,

Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Nada Bodiroga-Vukobrat,

Zaštita prava vlasništva u europskom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Jozo Čizmić,

Naknada parničnih troškova u postupku pred hrvatskim sudovima (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Olga Jelčić,

Strane osobe kao nositelji prava vlasništva na nekretninama (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Aldo Radolović,

Pripremanje i organizacija glavne rasprave u građanskom sudskom (parničnom) postupku (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Jasna Brežanski,

Zaštita prava vlasništva (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

Iva Tuhtan,

Pravno razdvajanje zgrada i drugih građevina od pomorskog dobra (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23, br. 1, 2002.*

II. Sudska praksa

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.**SADRŽAJ****Prilozi za Savjetovanje:****“Vlasništvo – obveze – postupak”
(Poreč, 3. i 4. travnja 2003.)***Mihajlo Dika,*

Žalba protiv presude prema Noveli ZPP-a iz 2003. (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Petar Simonetti,

Denacionalizacija – prava i ovlaštenici (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Edita Čulinović-Herc,

Prospekt pri javnoj i privatnoj ponudi vrijednosnih papira – Zakon o tržištu vrijednosnih papira i pravci razvoja u europskom pravu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Silvija Petrić,

Odgovornost države za štete od terorističkih akata s osvrtnom na presudu Europskog Suda za ljudska prava br. 48778/99 (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Meliha Powlakić,

Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Dragan Zlatović,

Character Merchandising i žigovnoppravna zaštita (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Marko Bevanda,

Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Maja Bukovac-Puvača,

Zaštita kupaca u time-sharing ugovorima prema Smjernici 94/47/EC (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Olga Jelčić,

Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Dragutin Ledić,

Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak,

Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Jozo Čizmić,

O dostavi tužbe na odgovor i presudi zbog ogluhe u svjetlu novele ZPP-a (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Jozo Čizmić,

Uvođenje zakonske zaštite topografije integriranih sklopova u hrvatsko pravo (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Zvonimir Slakoper,

Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Stefan Pürner,

Reforma njemačkog Građanskog zakonika sa posebnim osvrtom na europske aspekte te reforme (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Marko Baretić,

Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Dario Derđa,

Pojam i obilježja koncesija (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Andrija Eraković,

Izlučna i razlučna prava u stečaju (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Jasna Brežanski,

Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003.*

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.**SADRŽAJ****Uvodna riječ****I. Prilozi za Savjetovanje:****“Vlasništvo – obveze – postupak”****(Poreč, 1. – 3. travnja 2004.)***Mihajlo Dika,*

Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnoga suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Nevenko Misita,

Uz desetogodišnjicu Direktive 93/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Petar Simonetti,

Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Nada Bodiroga-Vukobrat, Alen Bilić,

Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ, s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskoga prava (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Jozo Čizmić,

Punomoćnik u parničnom postupku – novo uređenje (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Edita Čulinović-Herc,

Aktualna pitanja financijskog izvještavanja dioničkih društava - odgovornost revizora (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Silvija Petrić,

Problem pravne osnove profesionalne odgovornosti za štetu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Stefan Pürner,

“Treu und Glauben” in der deutschen Rechtsprechung (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Marko Bevanda,

Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Jasnica Garašić,

Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Dionis Jurić,

Uloga revizora u dioničkom društvu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Marinko Đ. Učur,

Pravna narav prijelaznih odredbi i produžena primjena pravnih pravila sadržanih u kolektivnom ugovoru (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Eduard Kunštek,

Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003. (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Dragutin Ledić,

Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Mirko Vasiljević,

Upravljanje korporacijama (modeli i trendovi u uporednom pravu i praksi) (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Aldo Radolović,

Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Zvonimir Slakoper,

Primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke na razne vrste ugovora (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Jasna Brežanski,

Najam stana – položaj zaštićenog najmprimca (s osvrtom na predložene izmjene i dopune Zakona o najmu stana) (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Loris Belanić,

Zaštita od evikcije (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

Dragan Zlatović,

Opoziv žiga i novo hrvatsko žigovno pravo (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004.*

II. Sudska praksa

III. Prilog

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.**SADRŽAJ****Prilozi za Savjetovanje:****“Vlasništvo – obveze – postupak”****(Poreč, 7. – 9. travnja 2005.)***Mihajlo Dika,*

“Prethodno pitanje” u parničnom postupku (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Petar Simonetti,

Stvarnopravni učinci pretvorbe društvenih poduzeća (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Silvija Petrić,

Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Jozo Čizmić,

Povrat u prijašnje stanje u hrvatskom parničnom postupku (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Edita Čulinović-Herc,

Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora – usklađenost s europskim pravom (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Meliha Powlakić,

Zemljišni dug u usporednom pravu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Jasnica Garašić,

Europska Uredba o insolventnim postupcima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Marko Bevanda,

Ugovor između liječnika i pacijenta (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Vlado Belaj,

Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Olga Jelčić,

Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Dragutin Ledić,

O nekim praktičnim i teorijskim dvojabama i problemima prilagodbe hrvatskog prava europskom pravu društava (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, 2005.*

Zvonimir Slakoper,

Promijenjene okolnosti danas i u Nacrtu Zakona o obveznim odnosima (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005.

Nada Bodiroga-Vukobrat,

Osiguranje potraživanja radnika za slučaj insolventnosti poslodavca u europskome pravu u svjetlu Smjernice 80/987/EEZ i Smjernice 2002/74/EZ, s osvrtom na rješenja u hrvatskom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005.

Dario Đerđa,

Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005.

Marinko D. Učur,

Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire* (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005.

Jasna Brežanski,

Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora – primjena u praksi (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005.

Dragan Zlatović,

Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu – s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005.

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.**SADRŽAJ*****Prilozi za Savjetovanje:******“Vlasništvo – obveze – postupak”******(Poreč, 6.-8. travnja 2006.)****Petar Simonetti*

Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Edita Čulinović-Herc, Mira Dimitrić,

Način obračuna kamatne stope kod potrošačkog zajma – otvorena pitanja hrvatskog prava i financijske prakse (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Silvija Petrić,

Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Aldo Radolović,

Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Zvonimir Slakoper,

Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima (u poredbenopravnom kontekstu) (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Dario Đerđa,

Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na građevinskim objektima komunalne infrastrukture (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Nataša Žunić-Kovačević,

Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Maja Bukovac-Puvača,

Odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzročenu terorističkim aktom (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Antonija Zubović,

Primjena trgovačkih običaja (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Vlado Belaj,

Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006.*

Jozo Čizmić,

Novi Zakon o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva - korak naprijed ili natrag? (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Eduard Kunštek,

Osiguranje tražbina prijenosom prava vlasništva i prijenosom prava – neka otvorena pitanja (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Duško Medić,

Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Aleksandra Maganić,

Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Dragan Zlatović,

Nepošteno tržišno natjecanje i modaliteti građanskopravne zaštite u hrvatskom i komparativnom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Marinko Đ. Učur,

Kolektivno pregovaranje i proširenje primjene kolektivnog ugovora (oktroiranje kolektivnog ugovora) (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Jasna Brežanski,

Ratna šteta prouzročena terorističkim aktom (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Srđan Šimac,

Mirenje – alternativni način rješavanja sporova (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1, 2006.

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**SADRŽAJ****Prilozi za Savjetovanje:****„Vlasništvo – obveze – postupak“
(Poreč, 29.-31. ožujka 2007.)***Petar Simonetti,*Prelazak nekretnina u društveno vlasništvo protekom vremena; restitucija i pretvorba (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Jozo Čizmić,*Preinaka tužbe (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Edita Čulinović-Herc,*Investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine prema Zakonu o investicijskim fondovima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Silvija Petrić,*Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Jasnica Garašić,*Završna dioba u stečajnom postupku (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Katerina Dulčić,*Oblici štete od računalnih virusa i odgovornost za štetu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Aleksandra Maganić,*Procesnopravno uređenje odnosa etažnih vlasnika (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Aldo Radolović,*Odnos prava osobnosti i medijskog prava (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta,*Posebnosti kolektivnog pregovaranja u europskome i hrvatskome pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Zvonimir Slakoper,*Odgovornost za pravne nedostatke u Zakonu o obveznim odnosima i izabranim pravnim poretcima (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.**Dario Đerđa,*Otvorena pitanja upravnog postupka u Hrvatskoj (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Eduard Kunštek,

Pretpostavke za izdavanje potvrde o europskom ovršnom nalogu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Nataša Žunić-Kovačević,

Trebaju li nam promjene u nekim aspektima oporezivanja (nepokretne) imovine? (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Maja Bukovac-Puvača,

Trend proširenja kruga osoba s pravom na novčanu naknadu u poredbenom i našem pravu kao oblik popravljivanja neimovinske štete u slučaju smrti bliske osobe (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Dionis Jurić,

Pravo manjinskih dioničara na podnošenje tužbe u ime dioničkog društva protiv članova uprave i nadzornog odbora (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Marko Bevanda,

Odgovornost zaštetu izazvanu neispravnim proizvodom u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Loris Belanić,

Treće osobe u osiguranju od automobilske odgovornosti (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Gabrijela Mihelčić,

Prisilno sudsko hipotekarno osiguranje tražbine (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Dragan Zlatović,

Posebna zaštita dobro poznatih i čuvenih žigova (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Marinko D. Učur,

Zdravstveno osiguranje zaštite zdravlja na radu – u projektu reforme zdravstva i istoimenom zakonu (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Jasna Brežanski,

Izvlaštenje u sudskoj praksi (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Srđan Šimac,

Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta iz ugovora o kasko osiguranju motornog vozila – Smije li nemogućnost predočenja prometne dozvole ukradenog vozila predstavljati zapreku za isplatu osigurnine? (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Desanka Sarvan,

Pretvorba komunalnih poduzeća i vlasništvo objekata i uređaja komunalne infrastrukture (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Jelena Uzelac,

Uređenje međa (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007.*

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.**SADRŽAJ****Prilozi za Savjetovanje:****“Vlasništvo – obveze – postupak”****(Poreč, 10. – 12. travnja 2008.)***Mihajlo Dika,*

Načelo javnosti u parničnom postupku – prilog pokušajima opravdanja i reafirmacije instituta (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Petar Simonetti,

Stjecanje prava vlasništva primjenom ustanova dosjelogosti i uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, Anton Jukić,

Posebosti reguliranja radnog vremena u kontekstu Smjernice 2003/88/EZ s osvrtnom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Dario Derđa,

Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Dionis Jurić,

Društva za upravljanje investicijskim fondovima i njihove statusne posebnosti (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Nataša Žunić-Kovačević, Edita Čulinović-Herc,

Prekogranični i poreznopravni aspekti djelovanja investicijskih fondova (izvorni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Jozo Čizmić,

Pravo pacijenata na obaviještenost, s posebnim osvrtnom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta (prethodno priopćenje), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Aldo Radolović,

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija? (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Eduard Kunštek, Dejan Bodul,

Parnice radi proglašenja ovrhe nedopuštenom – problem pravne prirode rokova za njihovo pokretanje (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Silvija Petrić,

Uvod u Načela europskog ugovornog prava (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Katerina Dulčić, Nada Bodiroga-Vukobrat,

Zaštita osobnih podataka pacijenata u europskom i hrvatskom pravu (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Aleksandra Maganić,

Razvrgnuće suvlasničke zajednice (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Stanka Pejaković,

Pravna zaštita u postupcima javne nabave u Hrvatskoj (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Marko Šikić,

Pitanja uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Damir Kontrec,

Osnivanje (obnova) zemljišnih knjiga – rad katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva (pregledni znanstveni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Marinko Đ. Učur,

Zaštita osobe u radnom odnosu od načela do realizacije (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Loris Belanić, Gabrijela Mihelčić,

Promidžba i prodaja udjela i dionica u investicijskim fondovima (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Jasna Brežanski,

Ugovor o leasingu – novo zakonsko uređenje (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Ljiljana Karlovcan-Đurović,

Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine – prakse Upravnog suda RH (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

Dragan Zlatović,

Implementacija Smjernice 2005/29/EC o nepoštenim poslovnim praksama u hrvatsko pravo zaštite potrošača (stručni članak), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, br. 1, 2008.*

