

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK  
PRAVNOG  
FAKULTETA  
SVEUČILIŠTA  
U RIJECI

VOLUMEN 29

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29,  
Br. 1, str. XII+1-720, Rijeka, 2008.

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

**Glavna urednica/Editor-in-Chief:** prof. dr. sc. Velinka Grozdanić

**Uredništvo/Editorial Board:** prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Miomir Matulović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, doc. dr. sc. Anamari Petranović, (svi iz Rijeke)

**Izvršne urednice/Executive Editors:** dr. sc. Sandra Debeljak-Rukavina, mr. sc. Sandra Laleta

**Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:** akademik dr. h. c. Lujo Margetić (Rijeka/HR), prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. R. Eugene Harper (The Plains, OH/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I)

**Lektorica/Lector:** Dušanka Starčević, prof.

**Prijevod/Translations:** doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (za njemački), mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), Dott. Davide Bertaccini (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 29

BROJ 1

RIJEKA, 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) ..... 1

*Petar Simonetti,*

Stjecanje prava vlasništva primjenom ustanova dosjlosti i  
uzurpacije na nekretninama koje su bile u društvenom  
vlasništvu (izvorni znanstveni članak) ..... 27

*Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, Anton Jukić,*

Posebnosti reguliranja radnog vremena u kontekstu Smjernice  
2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj,  
Austriji i Hrvatskoj (izvorni znanstveni članak) ..... 71

*Dario Derđa,*

Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme  
(izvorni znanstveni članak) ..... 111

*Dionis Jurić,*

Društva za upravljanje investicijskim fondovima i njihove  
statusne posebnosti (izvorni znanstveni članak) ..... 149

*Nataša Žunić-Kovačević, Edita Čulinović-Herc,*

Prekogranični i poreznopravni aspekti djelovanja investicijskih  
fondova (izvorni znanstveni članak) ..... 187

*Jozo Čizmić,*

Pravo pacijenata na obaviještenost, s posebnim osvrtom na  
zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta  
(prethodno priopćenje) ..... 227

*Aldo Radolović,*

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost,  
(pre)skupa avantura ili utopija? (pregledni znanstveni članak) ..... 277

*Eduard Kunštek, Dejan Bodul,*

Parnice radi proglašenja ovrhe nedopuštenom – problem pravne  
prirode rokova za njihovo pokretanje (pregledni znanstveni članak) ... 317

<i>Silvija Petrić,</i> Uvod u Načela europskog ugovornog prava (Landova načela) (pregledni znanstveni članak) .....	335
<i>Katerina Dulčić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Zaštita osobnih podataka pacijenata u europskom i hrvatskom pravu (pregledni znanstveni članak) .....	371
<i>Aleksandra Maganić,</i> Razvrgnuće suvlasničke zajednice (pregledni znanstveni članak) .....	413
<i>Stanka Pejaković,</i> Pravna zaštita u postupcima javne nabave u Hrvatskoj (pregledni znanstveni članak) .....	455
<i>Marko Šikić,</i> Pitanja uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj (pregledni znanstveni članak) .....	491
<i>Damir Kontrec,</i> Osnivanje (obnova) zemljišnih knjiga – rad katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva ( <i>de lege lata, de lege ferenda</i> ) (pregledni znanstveni članak) .....	523
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Zaštita osobe u radnom odnosu od načela do realizacije (stručni članak) .....	557
<i>Loris Belanić, Gabrijela Mihelčić,</i> Promidžba i prodaja udjela i dionica u investicijskim fondovima (stručni članak) .....	579
<i>Jasna Brežanski,</i> Ugovor o leasingu – novo zakonsko uređenje (stručni članak) .....	615
<i>Ljiljana Karlovčan-Đurović,</i> Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine – praksa Upravnog suda Republike Hrvatske (stručni članak) .....	643
<i>Dragan Zlatović,</i> Implementacija Smjernice 2005/29/EC o nepoštenim poslovnim praksama u hrvatsko pravo zaštite potrošača (stručni članak) .....	681

## TABLE OF CONTENTS

**“Ownership – Obligations – Procedure”****(Poreč, April 10 – 12, 2008)****Conference Texts:***Mihajlo Dika,*

The Principle of Publicity in Civil Procedure – Contribution to Efforts to Justify and Reaffirm the Institute ..... 1

*Petar Simonetti,*

Acquiring the Right of Ownership over the Real Estates Previously in Public Ownership by Means of Adverse Possession and Usurpation ..... 27

*Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, Anton Jukić,*

Specifics Related to Working Time Regulation in the Context of 2003/88/EC Directive with Special Reference to Domestic Legal Solutions in Germany, Austria and Croatia ..... 71

*Dario Derđa,*

Administrative Dispute in Croatia: Present Situation and Ways to Reform It ..... 111

*Dionis Jurić,*

Investment Fund Management Companies and Their Legal Peculiarities ..... 149

*Nataša Žunić-Kovačević, Edita Čulinović-Herc,*

Cross-Border, Legal and Taxation Aspects of Investment Funds Activities ..... 187

*Jozo Čizmić,*

Patient’s Right to Information Paying Special Attention to Protect the Privacy of Data That Disclose Patient’s Health Condition ..... 227

*Aldo Radolović,*

The Right to Trial within a Reasonable Time – A Real Possibility, Too Expensive Adventure or Utopia ..... 277

*Eduard Kunštek, Dejan Bodul,*

Proceedings to Declare the Enforcement Inadmissible – The Issue of Legal Nature of the Time Limits for Initiation of Proceedings ..... 317

---

<i>Silvija Petrić,</i> Introduction to the Principles of European Contract Law (Lando Principles) .....	335
<i>Katerina Dulčić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Protection of Patients' Personal Data in European and Croatian Law ....	371
<i>Aleksandra Maganić,</i> Dissolution of the Joint Ownership Association .....	413
<i>Stanka Pejaković,</i> Legal Protection in the Public Procurement Processes in Croatia .....	455
<i>Marko Šikić,</i> Issues on Governing and Application of Legal Protection to Prevent Administrative Silence in the Republic of Croatia .....	491
<i>Damir Kontrec,</i> Establishment (Reconstruction) of the Land Registers – Cadastral and Land-Registry Commission Activities ( <i>de lege lata, de lege ferenda</i> ) .....	523
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Employed Person's Protection, from a Principle to Its Realization .....	557
<i>Loris Belanić, Gabrijela Mihelčić,</i> Promotion and Selling of the Dividends and Shares in Investment Funds .....	579
<i>Jasna Brežanski,</i> Contract of Leasing – The New Legal Provisions .....	615
<i>Ljiljana Karlovčan-Durović,</i> The Law on Restitution/Compensation of Property Taken During the Time of the Yugoslav Communist Government – Practice of the Administrative Court of the Republic of Croatia .....	643
<i>Dragan Zlatović,</i> Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC in Croatian Consumer Protection Law .....	681



## INHALT

**“Eigentum – Pflichten – Verfahren”****(Poreč, 10 – 12 April 2008)****Tagungsbeiträge:***Mihajlo Dika,*Das Prinzip der Öffentlichkeit im Prozessverfahren – Beitrag  
mit Versuchen zur Rechtfertigung und Bejahung des Instituts ..... 1*Petar Simonetti,*Gewinn des Eigentumsrechts durch die Anwendung des Instituts  
Ersitzung und Usurpation von unbeweglichen Sachen, die  
Sozialeigentum waren ..... 27*Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, Anton Jukić,*Besonderheiten bei der Regelung der Arbeitszeit im Kontext der  
Richtlinie 2003/88/EU unter Berücksichtigung nationaler  
Lösungen in Deutschland, Österreich und Kroatien ..... 71*Dario Đerđa,*Verwaltungsrechtsstreit in Kroatien: gegenwärtige Lage und  
Richtungen der Reform ..... 111*Dionis Jurić,*Verwaltungsgesellschaften von Investmentfonds und ihre statuarien  
Besonderheiten ..... 149*Nataša Žunić-Kovačević, Edita Čulinović-Herc,*Grenzübergreifende und steuerrechtliche Aspekte bei  
Investmentfonds ..... 187*Jozo Čizmić,*Das Recht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung,  
mit besonderem Bezug auf den Schutz der Daten zum  
Gesundheitszustand des Patienten ..... 227*Aldo Radolović,*Schutz des Rechts auf Gerichtsverhandlung innert vernünftiger  
Frist – reale Möglichkeit, (zu) teures Abenteuer oder Utopia? ..... 277*Eduard Kunštek, Dejan Bodul,*Prozess zur Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung –  
Problem der Rechtsnatur der Frist zu ihrer Anstrengung ..... 317*Silvija Petrić,*Einführung in die Prinzipien des europäischen Privatrechts  
(Lando Prinzipien) ..... 335

---

<i>Katerina Dulčić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Schutz von personenbezogenen Daten von Patienten im europäischen und kroatischen Recht .....	371
<i>Aleksandra Maganić,</i> Auflösung der Miteigentümergeinschaft .....	413
<i>Stanka Pejaković,</i> Rechtsschutz in den Verfahren öffentlicher Beschaffung in Kroatien .....	455
<i>Marko Šikić,</i> Fragen der Regelung und Anwendung von Rechtsschutz bei Schweigen der Verwaltung in der Republik Kroatien .....	491
<i>Damir Kontrec,</i> Einrichtung (Erneuerung) von Grundbüchern – Arbeit von Katastar- und Grundbuchkommissionen ( <i>de lege lata, de lege ferenda</i> ) .....	523
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Schutz von Personen im Arbeitsverhältnis – vom Grundsatz zur Realisierung .....	557
<i>Loris Belanić, Gabrijela Mihelčić,</i> Werbung und Verkauf von Anteilen und Aktien in Investmentfonds ...	579
<i>Jasna Brežanski,</i> Leasingvertrag – neue Gesetzesordnung .....	615
<i>Ljiljana Karlovčan-Đurović,</i> Gesetz über Entschädigung für Vermögen, das zur Zeit der jugoslawischen kommunistischen Herrschaft beschlagnahmt wurde – Praxis des Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien .....	643
<i>Dragan Zlatović,</i> Implementation der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im kroatischen Gesetz über Verbraucherschutz ....	681

## INDICE

**“Proprietà – Obligazioni – Processo”****(Poreč, 10-12 aprile 2008)****Contributi per il Convegno:***Mihajlo Dika,*

Principio di pubblicità nel processo civile – Contributo ai tentativi di giustificazione e di riaffermazione dell’istituto ..... 1

*Petar Simonetti,*

Acquisto del diritto di proprietà per usucapione e usurpazione sugli immobili nella precedente proprietà sociale ..... 27

*Nada Bodiroga-Vukobrat, Sandra Laleta, Anton Jukić,*

Particolarità della regolazione dell’orario di lavoro nel contesto della Direttiva 2003/88/CE con riguardo alle soluzioni nazionali in Germania, Austria e Croazia ..... 71

*Dario Derđa,*

Contenzioso amministrativo in Croazia: situazione attuale e orientamenti di riforma ..... 111

*Dionis Jurić,*

Società di gestione dei fondi di investimento e loro condizioni particolari ..... 149

*Nataša Žunić-Kovačević, Edita Čulinović-Herc,*

Aspetti transnazionali e giuridici delle attività dei fondi di investimento ..... 187

*Jozo Čizmić,*

Diritto del paziente all’informazione, con particolare riguardo alla tutela della segretezza dei dati sulla condizione di salute del paziente ... 227

*Aldo Radolović,*

Tutela del diritto al giudizio in un termine ragionevole – Possibilità reale, avventura (stra)dispendiosa o utopia? ..... 277

*Eduard Kunštek, Dejan Bodul,*

Procedimenti per la dichiarazione di esecuzione inammissibile – Problema della natura giuridica dei termini per la loro attivazione ..... 317

*Silvija Petrić,*

Introduzione ai Principi del diritto privato europeo (Principi della Commissione Lando) ..... 335

---

<i>Katerina Dulčić, Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Protezione dei dati personali dei pazienti nel diritto europeo e croato ....	371
<i>Aleksandra Maganić,</i> Scioglimento della comunità comproprietaria .....	413
<i>Stanka Pejaković,</i> Tutela giuridica nei procedimenti di acquisto pubblico in Croazia .....	455
<i>Marko Šikić,</i> Questioni sulla disciplina e sull'applicazione della tutela giuridica dal silenzio dell'amministrazione nella Repubblica di Croazia .....	491
<i>Damir Kontrec,</i> Istituzione (rinnovamento) dei libri fondiari – Lavoro delle commissioni sul catasto e sul libro fondiario ( <i>de lege lata, de lege ferenda</i> ) .....	523
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Tutela della persona nel rapporto di lavoro dai principi alla realizzazione .....	557
<i>Loris Belanić, Gabrijela Mihelčić,</i> Promozione e vendita di partecipazioni e azioni in fondi di investimento .....	579
<i>Jasna Brežanski,</i> Contratto di leasing – Nuova disciplina legislativa .....	615
<i>Ljiljana Karlovčan-Đurović,</i> Legge sull'indennizzo per la proprietà espropriata durante il periodo del regime comunista jugoslavo – Prassi del Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia .....	643
<i>Dragan Zlatović,</i> Implementazione della Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali nel diritto croato di tutela del consumatore .....	681

***Prilozi za Četrnaesto savjetovanje pravnika 2008. g.***

*Contributions for Fourteenth Jurist Conference, 2008*

*Beiträge für die 14. Juristen-Tagung, 2008*

*Contributi per il XIV Convegno di giuristi, 2008*

***“Vlasništvo – obveze – postupak”***

*“Ownership – Obligations – Procedure”*

*“Eigentum – Pflichten – Verfahren”*

*“Proprietà – Obbligazioni – Processo”*

***(Poreč, 10. - 12. 04. 2008.)***

*Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Tagungsleitung / Presidente):*

*prof. dr. sc. Petar Simonetti*



## NAČELO JAVNOSTI U PARNIČNOM POSTUPKU - prilog pokušajima opravdanja i reafirmacije instituta -

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

UDK: 347.9(497.5)  
Ur.: 25. veljače 2008.  
Pr.: 3. ožujka 2008.  
Izvorni znanstveni članak

*Nastoje se odrediti pravopolitičke osnove načela javnosti u hrvatskom parničnom postupku; utvrđuju se premise za definiranje tzv. opće ili pučke javnosti, pretpostavke za njezino ostvarivanje, njezini učinci, njezine ustavno-konvencijske i zakonske osnove, razlažu se kriteriji za ograničenje i isključenje te javnosti; razmatraju se pojmovi tzv. stranačke, ograničene supstitutivne javnosti i interesne javnosti; naznačuju se slučajevi apsolutnog isključenja javnosti te istražuju pravne posljedice povrede pravila kojima se javnost jamči odnosno kojima se propisuje njezino ograničenje ili isključenje. Zaključno se konstatira postojeće stanje u primjeni načela u hrvatskoj sudskoj praksi i naznačuju mogući načini prevladavanja toga stanja.*

**Ključne riječi:** javnost, parnični postupak.

### I. Uvod

Rad državnih vlasti u načelu treba biti javan, otvoren uvidu onih iz volje kojih obnašatelji javnih funkcija (izravno ili posredno) izvode svoja ovlaštenja – građana. Otvorenost, javnost rada državnih tijela izraz je položaja državnih vlasti u demokratskom društvu – obnašatelji vlasti (u pravilu) ne bi smjeli kriti ono što rade od onih u čijem interesu djeluju. Takav rad tijela državne vlasti trebao bi pridonijeti unapređenju općeg znanja i razumijevanja građana o organizaciji države i društva, o položaju pojedinih državnih tijela u okviru te organizacije, o poslovima koje trebaju obavljati, o načinu na koji bi to trebalo činiti te o rezultatima njihova rada. Samo se tako može potvrđivati i jačati povjerenje građana u obnašatelje vlasti i njihov rad, samo se tako može ostvariti kontrola rada obnašatelja vlasti i sankcioniranje toga rada u skladu s mehanizmima koji su za to predviđeni u demokratskom društvu.

Ono što je rečeno za državne vlasti općenito bi u načelu trebalo vrijediti i za sudbenu vlast, za sudove kao organizacijske jedinice te vlasti i za tijela te vlasti

u okviru tih organizacijskih jedinica kojima je njezino obnašanje povjereno – za sudska vijeća i suce pojedince te sudske savjetnike kad provode postupak.

Javnost rada sudova i pojedinih sudećih tijela u sudovima ostvaruje se na dvije razine – uvjetno rečeno na općoj razini djelovanja sudova te na razini pojedinih postupaka. Sudovi preko predsjednika sudova i glasnogovornika pružaju odgovarajuće informacije o svom radu općenito te o pojedinim svojim predmetima (29.10., 31. ZS 05).

U pojedinim postupcima javnost se ostvaruje osiguranjem tzv. opće ili pučke javnosti (v. *infra ad II.*). Od te javnosti treba razlikovati tzv. stranačku javnost (v. *infra ad III.*), tzv. supstitutivnu javnost (v. *infra ad IV.*), i tzv. interesnu javnost (v. *infra ad V.*).

U određenim slučajevima tzv. opća javnost u pojedinim je vrstama sporova isključena po sili zakona; ona se inače iz određenih, zakonom predviđenih razloga, može isključiti u svim sporovima i odlukom suda. Ona se, međutim, nikada ne može isključiti prigodom objave odluke. (V. *infra ad VI.*). Stranke se ne mogu sporazumjeti o njezinu isključenju (konvencionalno isključenje javnosti), treba uzeti stoga što je opća javnost impostirana (i) u općem, javnom interesu. Stranke imaju pravo na to da im se javno sudi, ali se ne bi mogle (*de lege lata*) odreći toga prava jer javnost ima pravo pratiti na koji se način sudi neovisno o tome tko su stranke – provjeriti ostvaruju li se *in concreto* postulati jednake primjene zakona i ravnopravnosti.

Određene su radnje suda nejavne u smislu da se poduzimaju bez nazočnosti ne samo tzv. opće javnosti, već i bez tzv. stranačke i interesne javnosti – takve su radnje, ipak, podvrgnute internoj kontroli u povodu devolutivnih pravnih lijekova od strane viših sudova (v. *infra ad VII.*).

U hrvatskom parničnom pravu tzv. opća javnost isključena je u postupcima u povodu devolutivnih pravnih lijekova; u tim su postupcima u pravilu isključene i tzv. stranačka i interesna javnost (v. *infra ad VIII.*). Ipak bi tu bila riječ o relativnom isključenju tih javnosti, jer bi stranke i, uz dokazivanje opravdanog interesa, druge osobe mogle pregledavanjem spisa dobiti uvid u neke radnje obavljene u postupcima u povodu devolutivnih pravnih lijekova.

Povreda načela javnosti kao ustavnopravno i konvencijski sankcioniranog načela sudskog postupovnog prava ima u načelu značenje apsolutno bitne povrede zbog koje su dopušteni svi devolutivni pravni lijekovi (v. *infra ad IX.*).

## II. Opća javnost

### 1. Općenito

U doktrini se načelo javnosti definira kao zahtjev da se svakome – dakle neograničenom broju osoba koje unaprijed nisu individualno određene – osigura nesmetana mogućnost prisustvovanja raspravljanju pred sudom.<sup>1</sup> Uz

<sup>1</sup> TRIVA-DIKA, GRAĐANSKO PARNIČNO PROCESNO PRAVO, 7. izd., 2004., 195. Ovo će se djelo u nastavku citirati: TRIVA-DIKA, GPPP, uz navođenje broja stranice.



ovu bi se definiciju moglo, prvo, primijetiti da javnost ne podrazumijeva mogućnost da svatko, pa stoga neograničeni krug osoba prati suđenje – u ime javnosti se jamči da suđenju prisustvuju osobe koje neće biti selekcionirane prema unaprijed određenim kriterijima koji bi polazili od nekih njihovih svojstava; njihov će se broj po prirodi stvari morati ograničiti fizičkim uvjetima organizacije suđenja, u prvom redu prostornim. Kod javnosti je, dakle, težište na (relativnoj) odsutnosti prethodno utvrđenih kriterija za selekcioniranje onih koji bi mogli pratiti suđenje, a ne na neograničenosti broja osoba koje bi to mogle činiti. Drugo, izložena definicija javnost ograničava na prisustvovanje raspravljanju pred sudom. Javnost bi, međutim, u načelu, neovisno o konkretnom uređenju, zahtijevala da se cijeli postupak odvija u njezinoj nazočnosti; u hrvatskom pravnom poretku ona se ne ograničava samo na raspravljanje (u užem smislu) pred sudom, već je zajamčena i pri izvođenju dokazivanja te objavi odluke.

Neki drugi autori govore o tome da opća javnost postoji kad svatko može neposredno pratiti procesne radnje suda i stranaka i svoje stavove o tome objelodaniti bez potrebe da dokaže da za to ima neki poseban interes.<sup>2</sup> Inzistiranje na tome da javnost jamči svakome da neposredno prati suđenje također konfundira nepostojanje unaprijed definiranih kriterija za selekcioniranje publike s krugom onih koji mogu pratiti suđenje. Prema trećim autorima pučka javnost otvara svima koji nisu pravno zahvaćeni suđenjem pristup sudskim radnjama u postupku, bez potrebe dokazivanja posebnog interesa.<sup>3</sup> Uskost ove definicije u tome je što javnost pretpostavlja mogućnost praćenja radnji svih sudionika u postupku, a ne samo sudskih radnji; ona također brka krug osoba iz čijih se redova javnost može regrutirati s brojem onih koji mu mogu prisustvovati. Kod javnosti je težište na svojstvima onih koji mogu prisustvovati suđenju (osobe kojih se suđenje izravno ne tiče) i načinu njihova selekcioniranja (nepostojanje kriterija kojima bi se unaprijed prema određenim svojstvima potencijalnih prisutnika izvršila njihova selekcija), a ne na njihovu broju.

Uzimajući u obzir izložene kritike navedenih definicija pojma javnosti, bilo bi moguće uzeti da **tzv. opća ili pučka javnost** (njem. *Volksöffentlichkeit*) **traži da se unaprijed neodređenom krugu osoba** (uz određena ograničenja – v. *amplius infra*, osobito *ad VI.*) **koje nisu sudionici određenog postupka omogući da – bez potrebe da za to dokazuju postojanje nekog svog posebnog prava ili pravnog interesa – prate njegovo odvijanje, osobito raspravljanje pred sudom, izvođenje dokazivanja i objavljivanje odluke.** Takva javnost svakako uključuje i pravo tih osoba da svoja saznanja i dojmove prenose drugima, pa i preko javnih medija, da o radu suda i drugih sudionika u

<sup>2</sup> RECHBERGER-SIMOTTA, *Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren*, 5. izd. 2000., 184. U nastavku ovog će se djelo citirati kao RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, uz navođenje broja stranice.

<sup>3</sup> FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2. izd., 1990., 359. U daljnjem tekstu ovo će se djelo citirati kao FASCHING, ZPR, uz navođenje broja stranice.

postupku zauzimaju kritičke stavove, da o njima raspravljaju izvan suda i da ih javno priopćavaju.<sup>4</sup>

Pojam opće javnosti određen u izloženom smislu bio bi pojam opće javnosti u užem, pravom smislu. On bi obuhvaćao pojam opće javnosti kao mogućnosti da određeni broj osoba iz unaprijed neodređenog kruga osoba koje nisu interesno povezane sa sporom, limitiran prostornim mogućnostima sudnice, neposredno prisustvuje (usmenim) ročištima u postupku pred sudom i da tako prati rad suda i drugih sudionika u postupku (**neposredna javnost u užem smislu**), ali i kao mogućnost pripadnika tog unaprijed neodređenog kruga osoba da uvid u rad suda ostvaruju pregledavanjem spisa o pojedinim predmetima (**posredna javnost u užem smislu**). U pojedinim se pravnim porecima redovito jamči neposredna javnost u užem smislu kako je ovdje izložena (v. *infra ad* II.3.). Mogućnost da osobe koji nisu stranke u postupku dobiju uvid u sudske spise (posredna javnost u užem smislu), obično je uvjetovana ispunjavanjem nekih dodatnih uvjeta, i stoga je ograničena (v. *infra ad* IV.).

Pored izloženog pojma javnosti u užem smislu pojam javnosti u širem smislu obuhvaćao bi i mogućnost da osobe koje u pojedinim postupcima nisu sudjelovale kao javnost u užem smislu već su do svojih saznanja o njima došle drukčije, eventualno preko sudionika javnosti u užem smislu ili preko stranaka, odnosno uvidom u isprave do kojih su došle mimo suda, raspravljaju s drugima o tome, objavljuju svoje (kritičke) stavove, otvaraju pitanje odgovornosti itd. (**posredna javnost u širem smislu**).

Opća bi javnost, dakle, kao neposredna i posredna javnost u užem smislu i kao posredna javnost u širem smislu, bila izraz opće organizacije rada državnih tijela uključujući i sudova u demokratskom društvu, dakle, ona je statuirana u općem interesu.

## 2. *Pretpostavke ostvarivanja neposredne javnosti u užem smislu*

Ostvarivanje – u mnogim pravnim porecima i na ustavnopravnoj i/ili konvencijskoj razini zajamčene – neposredne javnosti u užem smislu pretpostavlja, međutim, i dužnost države da osigura takve prostorne i druge uvjete rada sudskih tijela koji će zbiljski omogućiti njezino oživotvorenje (**prostorne pretpostavke javnosti**); zatim dužnost vlasti koje uređuju rad sudova da na normativnoj razini propišu takvu organizaciju rada u sudovima koja će osigurati pravodobno obavještavanje javnosti o rasporedu rada pojedinih sudskih tijela uključujući i raspored termina za ročišta u pojedinim predmetima (**osiguranje normativnih pretpostavaka za ostvarenje javnosti**) te, konačno, dužnost samih sudova (predsjednika suda, pojedinih sudaca i sudskih savjetnika)

<sup>4</sup> Takvo postupanje ne bi, međutim, smjelo imati obilježja kaznenoga djela prisile prema pravosudnom dužnosniku (309., KZ). Takvo djelo čini, naime, i onaj tko za vrijeme postupka pred sudom, a prije donošenja pravomoćne sudske odluke, u javnim sredstvima priopćavanja, na javnom skupu ili pred skupinom ljudi, iznosi svoje mišljenje o tome kako bi u tom slučaju pravosudni dužnosnik trebao postupati ili kakve odluke donositi (309/2.).

da na normativnoj razini programirani način njihova rada realiziraju (**osiguranje provedbenih pretpostavaka za ostvarenje javnosti**). Bez ispunjenja tih preduvjeta (ustavnopravno i/ili konvencijsko) jamstvo javnosti bilo bi tek prazno obećanje bez realne osnove za ostvarenje. Upravo bi se stoga s dosta argumenata mogla zastupati teza da je u hrvatskom parničnom postupku protivno ustavnopravnim i konvencijskim jamstvima ostvarivanje javnosti u materijalnom smislu (stvarna javnost) dovedeno u pitanje nepostojanjem za njezino ozbiljenje u praksi odgovarajućih prostornih uvjeta u velikoj većini sudnica te nepostojanjem normativnih, ali ni provedbenih osnova za organizirano obavješćavanje javnosti o rasporedu rada u pojedinim sudskim referadama. Javnost je materijalno svakako ugrožena i nekoncentriranim vođenjem pojedinih postupaka u kojima se rad suda, stranaka i drugih sudionika disperzira na brojnim, obično vrlo kratkim i za moguće predstavnike javnosti nejasnim, nepreglednim, teško shvatljivim i pratljivim te nezanimljivim ročištima, kao i u brojnim podnescima čiji se sadržaj ne recapitulira na ročištima već se samo na njih upućuje, dakle nepostojanjem koncentrirane neposrednosti i naglašenom pismenošću. U tom bi se smislu moglo govoriti o „zavjeri“ objektivnih uvjeta za rad sudova, ali i prakse protiv načela javnosti. Treba očekivati da bi u sklopu nastojanja da se unaprijedi rad sudova i time njihova odgovornost prema javnosti jedna od inicijativa tzv. civilnog društva mogla biti i stvaranje organizirane građanske javnosti, okupljanje kruga aktivista koji bi programirano inzistirali na javnom praćenju sudskih ročišta, osobito na takvom objavljivanju odluka.

Neposredna opća javnost u užem smislu podrazumijeva i toj javnosti prilagođeno nastupanje i komunikaciju između sudionika u postupku – trebalo bi da sud, stranke i drugi sudionici na ročištima što potpunije prezentiraju bit spora i da o njemu raspravljaju na jasan, pregledan, razumljiv i zapamtljiv način koristeći govor pristupačan običnim građanima (**komunikacijske pretpostavke javnosti**); od njih se u ime te javnosti očekuje i da se na ročištima ponašaju na odgovarajući način – odmjereno, pristojno, kooperativno, zapravo na način koji će jačati povjerenje u rad suda i pridonositi razumijevanju važnosti njegovih zadaća. Takvo se ponašanje, svakako, i prema zakonu očekuje.

### 3. Učinci pučke javnosti

Pozitivni učinci aktualizirane i aktivne javnosti mogu biti višestruki. Među njima svakako dominiraju njezini **preventivno-korektivni učinci**. Sama okolnost da javnost može prisustvovati ročištima, a pogotovu aktualna prisustnost publike, osobito medija, može u pozitivnom smislu utjecati na rad i ponašanje ne samo suda već i drugih procesnih subjekata – stranaka i njihovih zastupnika, u prvom redu državnih odvjetnika i odvjetnika.<sup>5</sup> Nužnost vođenja ročišta *lege*

<sup>5</sup> Javnost zapravo omogućava praćenje ponašanja svih sudionika u postupku, stvaranje dojmova o tome i njihovu kritiku, pa tako ne samo ponašanja pojedinih stranaka već i rada njihovih zastupnika, osobito državnih odvjetnika i odvjetnika.

*artis* pred publikom zahtijevat će bolju pripremljenost svih sudionika, drukčiju organizaciju nastupanja i prezentacije pozicija pojedinih stanaka u sporu, veću korektnost i kooperativnost, suzdržavanje od određenih ponašanja, reakcija (**javnost kao instrument za poboljšanje kvalitete pružanja pravne zaštite u pojedinim slučajevima**); može pridonijeti sprečavanju mogućih pritisaka na rad sudova koji bi mogli utjecati na njihovu nezavisnost (**javnost kao instrument zaštite nezavisnosti sudbene vlasti**), ali i sprečavanju samovoljnog i šikanoznog ponašanje sudaca, njihovu pristranost (**javnost kao jamac sudačke korektnosti i objektivnosti**). Na širem planu kritički stav javnosti prema načinu organizacije rada sudova i prema općim rezultatima pružanja pravne zaštite utemeljen na iskustvima u javnom praćenju pojedinih slučajeva može utjecati na korekciju rada sudova i drugih sudionika u postupku u granicama zadane regulative, na promjenu (unapređenje) prakse, ali i na izmjenju same regulative – na drukčije uređenje organizacije sudstva i procedura po kojima će sudovi postupati u pojedinim predmetima (**javnost kao instrument za opće unapređenje pružanja pravne zaštite**). Tzv. **edukativni učinak** javnosti ne bi se toliko ostvarivao neposrednim praćenjem suđenja u pojedinim predmetima koliko stručnim komentarima prakse, osobito u općim medijima. Pozitivna iskustva angažirane javnosti u pojedinim predmetima mogla bi imati i širi pozitivni učinak na jačanje općeg povjerenja građana u “isplativost” njihova aktivnijeg angažmana u demokratskim mehanizmima kontrole (usmjeravanja) rada tijela državne vlasti.

#### **4. Opća javnost, neposrednost i usmenost**

Neposredna opća javnost na (raspravnim) ročištima pred sudom na današnjem stupnju razvitka organizacije rada u sudovima nije zamisliva, instrumentalno ostvariva bez usmenosti i neposrednosti u raspravljanju i izvođenju dokazivanja.

U pismenom se postupku neposredna opća javnost ne može ostvariti. Ona bi se u modernim uvjetima mogla ostvariti kad bi sudski spisi bili dostupni javnosti putem elektroničkih medija, koja bi eventualno tako mogla pratiti što se događa u pojedinim predmetima. U povijesti parnične procedure je pismenost (postupka općega prava) bila sinonim za nejavnost (tajnost), posrednost, dugotrajnost, za tzv. kabinetno suđenje (*Kabinettsjustiz*), za način rada sudova koji je uzdrmao povjerenje javnosti u djelotvornost i neovisnost pravne zaštite.<sup>6</sup> Time se može objasniti okolnost da se u vrijeme velikih reformi procesnog prava u njemačko-austrijskom pravnom krugu tijekom druge polovice devetnaestog stoljeća javnosti zajedno s usmenošću i neposrednošću pridalo značenje principijelnih postupovnih postulata. Javnost je, štoviše, u tom smislu na ustavnopravnoj i konvencijskoj razini sankcionirana kao jedno od temeljnih jamstava demokratske pravde.

<sup>6</sup> FASCHING, ZPR, 359.

## 5. Ustavno – konvencijske osnove javnosti u hrvatskom pravu

Javnost rada sudova zajamčena je na ustavnoj razini. Sudske rasprave su javne i presude se izriču javno, u ime Republike Hrvatske (119/1. URH). Javnost se može samo iznimno isključiti iz cijele rasprave ili njezina dijela zbog Ustavom predviđenih razloga (119/2. URH, v. *infra ad* 8.1.). Iz navedenih ustavnih odredaba moguće je izvesti zaključak da je u hrvatskom pravu Ustavom zajamčena tzv. neposredna opća javnost (v. *supra ad* II.1.), i to uz iznimnu mogućnost isključenja na ročištima pred sudom na kojima se općenito raspravlja o pitanjima o kojima će ovisiti odluka suda, ali i – beziznimno – na ročištu odnosno dijelu ročišta na kojemu se odluka objavljuje.

Pravo na javno suđenje na raspravnom ročištu (ročištima) nije u Ustavu izrijekom postulirano kao temeljno ljudsko pravo (*arg. a contrario ex* 29/1. URH). Ono je tako zajamčeno tek na konvencijskoj razini (6/1. EK). Ipak, budući da je to pravo kao takvo priznato na konvencijskoj razini (6/1. EK) te s obzirom na to da se Republika Hrvatska (najprije Ustavnim zakonom o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj iz 1991.,<sup>7</sup> a zatim) Ustavnim zakonom o pravima nacionalnim manjina iz 2002.<sup>8</sup> obvezala u skladu (između ostaloga) s Konvencijom Vijeća Europe za zaštitu prava čovjeka i temeljnih sloboda (1950.) te protokolima uz tu Konvenciju: (1) na poštivanje i zaštitu prava nacionalnih manjina i drugih temeljnih prava i sloboda čovjeka i građanina, vladavine prava i svih ostalih najviših vrednota svog ustavnog i međunarodnoga pravnog poretka, svim svojim državljanima (1. UZPNM), te (2) da će štiti i sva ostala prava predviđena u tom međunarodnom dokumentu, ovisno o u njemu predviđenim iznimkama i ograničenjima, bez diskriminacije po spolu, rasi, boji kože, jeziku, vjeroispovijesti, političkom i drugom uvjerenju, nacionalnom i društvenom porijeklu, povezanosti s nacionalnom manjinom, vlasništvu, statusu naslijeđenom rođenjem ili po nekoj drugoj osnovi sukladno članku 14. i 17. stavku 3. Ustava Republike Hrvatske – treba zaključiti da je Republika Hrvatska ipak na ustavnopravnoj razini priznala i pravo na suđenje na temelju javne rasprave kao temeljno ljudsko postupovno pravo (2. UZPNM).

U skladu s navedenim, premda to nije nedvojbeno eksplicitno rečeno u Ustavu,<sup>9</sup> treba uzeti da značenje ustavnoga postulata ima i konvencijska odredba po kojoj se u slučaju isključenja javnosti **presuda** ipak mora **uvijek izreći javno**

<sup>7</sup> NN 65/91., 27/92., 34/92. – proć., 51/00. i 105/00. – proć.

<sup>8</sup> NN 155/02.; UZPNM.

<sup>9</sup> I iz ustavne bi se odredbe po kojoj su sudske rasprave javne i po kojoj se presude izriču javno, u ime Republike Hrvatske (119/1. URH), iako se u njoj ne naglašava da se presuda **mora** izreći javno, mogao izvesti i zaključak da Ustav implicira (obvezatno) javno objavljivanje presuda. Tome bi u prilog išla odredba po kojoj se javnost može isključiti samo s raspravnog ročišta iz čega bi, *a contrario*, trebalo zaključiti da se isključenje javnosti ne tiče posebnog ročišta na kojemu se presuda objavljuje, odnosno dionice ročišta na kojemu se objavljuje. Interpretacija po kojoj bi ta odredba značila samo to da se presude izriču javno samo ako je i suđenje bilo javno bitno bi reducirala značenje te odredbe.

(6/1.2. EK, 1., 2. UZPNM) – odluke koje nemaju značenje presude ne bi se morale javno objaviti (*arg. a contrario ex* 119/1. URH)

Tzv. neposredna opća javnost zajamčena je na ustavnoj razini svakome, svim pravnim subjektima, dakle neovisno o državljanstvu (građani) i kojim drugim statusnim obilježjima ili svojstvima.

## 6. Zakonsko uređenje javnosti u hrvatskom parničnom pravu

U hrvatskom parničnom pravu javnost (treba uzeti u smislu tzv. neposredne opće javnosti – v. *supra ad* II.1.) na zakonskoj je razini postulirana kao osnovno načelo postupka – sud odlučuje o tužbenom zahtjevu, u pravilu, na temelju usmene, neposredne i **javne** rasprave (4.<sup>10</sup>).<sup>11</sup> Ta je javnost zajamčena na ročištima tijekom prvostupanjskog postupka te u povodu remonstrativnih pravnih lijekova: – na pripremnom ročištu (287.-292., 310.); – na ročištima za glavnu raspravu (306.-310.); – na ročištima pred predsjednikom vijeća i zamoljenim sucem (224., 228., 229., 310.), uključujući i na ročištu u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje (*arg. ex* 119., 310.); – na ročištu za objavljivanje presude (335., 336.); – na ročištu u povodu prijedloga za ponavljanje postupka (426.).

Budući da se u postupcima u povodu devolutivnih pravnih lijekova ročišta ne održavaju, može se uzeti da tzv. neposredna opća javnost nije zakonski zajamčena u postupcima u povodu tih pravnih lijekova (v. *infra ad* VI.). Ipak, s obzirom na da u povodu devolutivnih pravnih lijekova sudac pojedinac ili predsjednik vijeća prvostupanjskog suda može samoinicijativno ili u povodu zahtjeva suca izvjestitelja suda koji odlučuje o devolutivnom pravnom lijeku održati i ročište u prisutnosti stranaka radi izviđaja jesu li tijekom prvostupanjskog postupka počinjene neke bitne povrede postupka (*arg. ex* 360/3.-5., 361/3., 399.), trebalo bi uzeti da bi i ta ročišta bila javna (*arg. ex* 310.).

Neposredna opća javnost bila bi zajamčena i na ročištu za sklapanje izvanparnične nagodbe (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 324., 310.) te na izvanparničnom ročištu za osiguranje dokaza<sup>12</sup> (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 273/2., 275/2., 310.).

Na ročištima na kojima bi bila dopuštena neposredna opća javnost bila bi nužno instrumentalno uvjetovana njihovom usmenošću, a njezinu ostvarenju u materijalnom smislu bitno bi trebala pridonijeti i koncentrirana neposrednost na

<sup>10</sup> U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke, odvojene točkom od broja članka ili stavka. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti razdvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Za označavanje pojedinih propisa koristit će se njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu. Jedino će se odredbe Zakona o parničnom postupku (NN 26/91., 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03.) navoditi bez naznake kratice toga zakona.

<sup>11</sup> Odredba članka 4. nalazi se među tzv. osnovnim odredbama Zakona.

<sup>12</sup> U tom smislu i TRIVA-DIKA, GPPP, 196.



(po mogućnosti jednom – 311/2.) ročištu za glavnu raspravu. Samo usmeno i neposredno raspravljanje (uključujući i izlaganje tužbe i odgovora na tužbu – 287., 297.) i izvođenje dokazivanja može javnosti omogućiti da razumije o čemu se spor vodi, kako se vodi i kako je riješen te da stvara svoje dojmove o svemu tome.

O tzv. posrednoj općoj javnosti v. *supra ad* II.1., ali i *infra ad* IV. Tzv. posrednoj općoj javnosti pridonosi i institucija glasnogovornika suda (31/1. ZS 05), suca ili sudskog savjetnika koji je za to određen godišnjim rasporedom poslova (31/2. ZS 05).

### 7. Ograničenje neposredne opće javnosti u hrvatskom parničnom pravu

Ročišta u parničnom postupku u pravilu su javna (*arg. ex* 306/1., 310., v. *supra ad* II.5., 6.). To znači da ročištima može prisustvovati unaprijed neodređeni krug osoba u granicama prostornih mogućnosti sudnice u kojoj se suđenje održava (**prostorno ograničenje neposredne opće javnosti**).

Treba uzeti da bi se u okviru sudova u slučajevima u kojima bi se moglo očekivati pojačan interes javnosti za neke predmete valjalo osigurati za tu prigodu odgovarajuću (veću) sudnicu – takav bi postupak bio izraz odgovornog odnosa prema javnosti, izraz svijesti o potrebi poticanja javnosti da obavlja svoju na ustavnoj razini programiranu funkciju.

Ograničenje javnosti propisano je i s obzirom na dob osoba koje mogu prisustvovati ročištima – njima smiju prisustvovati samo punoljetne osobe (*arg. ex* 306/2., 310.) (**dobno ograničenje neposredne opće javnosti**). U vezi s ovim ograničenjem javnosti treba se složiti s mišljenjem da je zakonodavac propisujući ga pošao od pogrešne premise da se tek punoljetnošću stječe minimum razumijevanja potreban za pravilno stjecanje dojмова o sadržaju ročišta i za zauzimanje kritičkog stava o onome što se na njima dogodilo.<sup>13</sup>

Daljnje ograničenje tiče se **zabrane** da osobe koje prisustvuju ročištu **nose oružje ili opasno oruđe** (306/3., 310.). Ta se zabrana ne bi ticala osoba koje su po službenoj dužnosti ovlaštene (dužne) nositi oružje (*arg. ex* 123. ZS 05 kad je u pitanju pravosudna policija).

Određena ograničenja tiču se i svjedoka koji još nisu saslušani. Naime iz odredbe po kojoj se svjedoci saslušavaju pojedinačno i bez prisutnosti svjedoka koji će se kasnije saslušavati (243/1.), treba zaključiti da svjedoci koji će se kasnije saslušavati ne smiju biti nazočni dijelu ročišta na kojem će se saslušavati svjedoci koji će kasnije biti saslušani (**ograničenja neposredne opće javnosti u odnosu na svjedoke**). Sudu bi, međutim, trebalo dopustiti da ocijeni bi li bilo oportuno da radi očuvanja izvornosti iskaza svjedoka općenito isključi svjedoka s ročišta dok ne bude pozvan na saslušanje. Saslušani svjedok može ostati u sudnici, osim ako se ne odluči udaljiti kad bude otpušten ili ako sud ne odredi da se privremeno udalji iz sudnice (303/1.)

<sup>13</sup> U tom smislu za odgovarajuće ograničenje u austrijskom pravu FASCHING, ZPR, 361.

Kad su u pitanju vještaci, za njih ne bi vrijedila ograničenja predviđena za svjedoke, osim, treba uzeti, ako se ne bi saslušavali i kao svjedoci (*arg. ex* 254/1.), kada bi na njih trebalo protegnuti režim predviđen za svjedoke. Neovisno o tome, sudu bi trebalo prepustiti da odluči treba li vještak biti nazočan u cijelosti ročištu na kojem će iznijeti svoj nalaz i/ili mišljenje, ili samo određenim njegovim dijelovima. Vještak bi svakako trebao prisustvovati onim dijelovima ročišta tijekom kojih bi trebao formirati premise za davanje svoga mišljenja. Njega bi, međutim, trebalo isključiti s dijela ročišta na kojem bi se obavljale radnje koje bi mogle utjecati na objektivnost njegove ekspertize ili zbog drugih razloga koji bi po mišljenju suca to opravdavali (*arg. ex* 71.7., 254/1., 303/1.). Saslušani vještak ostaje u sudnici, osim ako se ne odluči udaljiti pošto bude otpušten ili ako sud ne odredi da se privremeno udalji iz sudnice (303/1.)

## 8. Isključenje neposredne opće javnosti u hrvatskom parničnom pravu – općenito

### 8.1. Ustavno-konvencijske osnove za isključenje

Na ustavno-konvencijskoj razini osnove za isključene neposredne opće javnosti utvrđene su na dva donekle podudarna, ali ipak u bitnome različita načina. Jedan od tih načina utvrđen je odredbom članka 129. stavka 2. URH, drugi odredbom članka 6. stavka 1. reč. 2. EK koja u smislu odredbe članka 2. UZPNM ima zapravo značenje ustavne norme.

Iz odredbe članka 119. stavka 2. URH<sup>14</sup> – u usporedbi s odredbom članka 6. stavka 1. reč. 2. EK<sup>15</sup> – proizlazi:

- da se u njoj pored isključenja javnosti ne spominje i isključenje sredstava (javnog) priopćavanja kako to predviđa Konvencija. Ta bi se nepodudarnost mogla prevladati stavom da se u smislu ustavne odredbe i sredstva (javnog) priopćavanja smatraju sastavnim dijelom javnosti;
- da se javnost može isključiti iz cijele rasprave ili njezina dijela, jednako kao prema Konvenciji;

<sup>14</sup> Ta odredba glasi: „Javnost se može isključiti iz cijele rasprave ili njezina dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, posebno ako se sudi maloljetnicima, ili radi zaštite privatnog života stranaka, ili u bračnim sporovima i postupcima u svezi sa skrbništvom i posvojenjem, ili radi čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne i zaštite sigurnosti i obrane Republike Hrvatske, **ali** samo u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima u kojima bi javnost mogla biti štetna za interese pravde.” Ona je, treba uzeti, u osnovi bila inspirirana odredbom članka 6. stavka 1. reč. 2. EK (v. narednu bilj.), ali je, vjerojatno zato što ustavopisci nisu nabolje shvatili njezino značenje, odnosno zato što je nisu najkorektnije preveli, redigirana na način koji joj je dao bitno drukčije značenje.

<sup>15</sup> Ta odredba glasi: “Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda i državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, **ili** u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.”



- da se – jer je to izrijekom u njoj predviđeno – javnost nedvojbeno može zakonom isključiti u bračnim sporovima, koje Konvencija inače izrijekom ne spominje, zbog čega se zaključak o tome da bi u njima trebalo dopustiti isključenje ne bi morao izvoditi iz mogućnosti da se javnost isključi radi zaštite privatnog života stranaka kao prema Konvenciji;
- da se javnost može nedvojbeno isključiti radi čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne i zaštite sigurnosti i obrane Republike Hrvatske, što Konvencija izrijekom ne predviđa, iako bi se isključenje javnosti radi čuvanja vojne ili službene tajne i zaštite sigurnosti i obrane Republike Hrvatske moglo eventualno podvesti pod konvencijski razlog isključenja javnosti u interesu državne sigurnosti; prema Konvenciji potreba čuvanja poslovne tajne ne bi imala značenje posebnog razloga za isključenje javnosti;
- da su svi razlozi za isključenje javnosti koji su izrijekom navedeni u ustavnoj odredbi učinjeni relativnim razlozima za isključenje, time što je sudu prepušteno da ocijeni treba li zbog njih i u kojem opsegu isključiti javnost zato što bi ona u posebnim okolnostima mogla biti štetna za interese pravde. Na to upućuje veznik “ali” koji razdvaja prvi dio složene rečenice od koje se sastoji odredba članka 129. stavka 2. URH u kojem se navode pojedini razlozi za isključenje javnosti, i drugog dijela koji odluku o isključenju povjerava sudu unatoč njihovom postojanju, ovlašćujući ga da ocijeni je li isključenje zbog tih razloga i u kojem opsegu potrebno zato što bi javnost *in concreto* mogla biti štetna za interese pravde. Po tome se ustavna odredba razlikuje od konvencijske, koja, nakon navođenja pojedinih razloga zbog kojih bi se javnost mogla isključiti, veznikom “ili” dopunski ovlašćuje sud da javnost isključi i zbog drugih razloga ako bi u posebnim okolnostima ona mogla biti štetna za interes pravde. Razlika bi, dakle, bila u tome što Konvencija, pored toga što izrijekom navodi razloge zbog kojih bi se izvan dvojbe (zakonom) moglo predvidjeti isključenje javnosti, apsolutizirajući ih time na određeni način, otvara mogućnost da se sudu dopusti da javnost isključi zbog bilo kojeg drugog razloga ako bi – zato što on postoji – ona mogla bila štetna za interes pravde, čineći te razloge na taj način relativnim razlozima za isključenje, razlozima koji bi bili relevantni samo ako bi zbog njih isključenje bilo nužno u interesu pravde.

Čini se da bi u srazu dviju navedenih odredaba – jedne “čiste” ustavne (129/2. URH) i jedne konvencijsko-ustavne (6/1.2. EK, 1., 2. UZPNM)<sup>16</sup> – prednost trebalo dati rješenjima iz konvencijsko-ustavne odredbe, ako zbog ni zbog čega drugog onda zato što je UZPNM (2002.) kasniji od Ustava (u verziji nakon njegove novele iz 2001.) (*constitutio priori derogat posteriori*). Zbog

<sup>16</sup> O tome da su odredbama članaka 1. i 2. UZPNM „materijalne“ odredbe EK, odredbe kojima se jamče određena temeljna ljudska prava i slobode podignute na rang ustavnih odredaba v. *supra* ad II.5.

toga bi trebalo uzeti da je na konvencijsko-ustavnoj razini moguće zakonom predvidjeti isključenje javnosti (uključujući i sredstva javnog priopćavanja) ne samo zbog razloga koji su izrijeком predviđeni Konvencijom ("zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda i državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže") ("apsolutni razlozi za isključenje") već i zbog drugih razloga kad sud ocijeni da bi zbog njih javnost mogla biti štetna po interese pravde ("ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde") ("relativni razlozi za isključenje"). Razlozi za isključenje predviđeni Konvencijom činili bi maksimalni okvir koji se ne bi smio proširiti zakonom. Zakonom bi se, međutim, mogućnost isključenja javnosti mogla suziti u odnosu na konvencijski okvir. Zakonom bi se mogućnost isključenja javnosti zbog tzv. apsolutnih razloga mogla posebno urediti, pa tako predvidjeti da je u nekim od pravnih stvari koje se tiču privatnog života stranaka, npr. u statusnim sporovima, javnost uvijek isključena – to bi proizlazilo iz načina na koji je redigiran dio odredbe članka 6. stavka 1. reč. 2. EK koji se odnosi na te razloge, a koji općenito predviđa da bi se zbog njih javnost mogla isključiti dopuštajući time da se to učini i zakonom. S druge strane, zakonom se ne bi mogli apsolutizirati neki od tzv. relativnih razloga. Zakonom bi se moglo učiniti da se oni eventualno kazuistički naznače, ali uvijek ostavljajući sudu ovlaštenje da ocijeni je li zbog njih *in concreto* nužno isključiti javnost u interesu pravde – Konvencijom je, naime, mogućnost isključenja javnosti zbog drugih, neapsolutiziranih razloga uvjetovana ocjenom suda o toj nužnosti (bezuovjetnoj potrebi).

## 8.2. Zakonsko isključenje javnosti po sili zakona

Javnost je po sili zakona isključena u postupcima u kojima se odlučuje o statusnim sporovima (271., ObZ),<sup>17</sup> dakle u prvom redu u bračnim (280/1., ObZ), maternitetskim i paternitetskim sporovima (286/1., 2., ObZ), ali i u sporovima o tome s kojim će roditeljem maloljetno dijete ili punoljetno dijete nad kojim se ostvaruje roditeljska skrb nakon punoljetnosti živjeti, odnosno o povjeravanju drugoj osobi, ustanovi socijalne skrbi ili drugoj pravnoj osobi – onda kada se oni adhezijski rješavaju uz glavni bračni, maternitetski ili paternitetski spor 294., ObZ).

Apsolutno isključenje javnosti u statusnim sporovima bilo bi u skladu s konvencijsko-ustavnim osnovama za njezino isključenje (v. *supra ad* II.8.1.). Odredbama kojima je utvrđeno takvo isključenje javnosti u statusnim stvarima derogirale bi se opće odredbe o mogućnosti isključenja javnosti konstitutivnom odlukom suda (307.-308.), osim odredbe o načinu odlučivanja o isključenju i o

<sup>17</sup> Isuficijentnost ustavopisačkog pristupa određenju razloga za isključenje javnosti prema odredbi članka 129. stavka 2. URH indicira i okolnost da su u toj odredbi izrijeком navedeni samo bračni sporovi, a da uz njih nisu navedeni i s aspekta potrebe zaštite interesa stranaka osjetljiviji maternitetski i paternitetski sporovi.

objavi donesene odluke (309.) – posebnim odredbama o apsolutnom isključenju javnosti derogirale bi se one opće odredbe o isključenju javnosti koje bi se ticale pitanja koja su drukčije uređena posebnim odredbama (*lex specialis derogat generali*).

Rješenje (309/1.) koje bi sud trebao donijeti o isključenju javnosti u statusnim sporovima bilo bi deklaratorno – njime bi se konstatiralo da je u konkretnom sporu kao statusnom sporu javnost isključena po sili zakona. U tom bi rješenju sud eventualno trebao odrediti i odgovarajuće mjere radi njegove provedbe, npr. o udaljenju određenih osoba, o upozorenju prisutnih na dužnost čuvanja kao tajne onoga što će saznati tijekom rasprave itd. (308./4.). Rješenje o tome da je javnost u određenom statusnom sporu isključena, treba javno objaviti i obrazložiti (*arg. ex 309/1.*) samo konstatacijom da je riječ o statusnom sporu. Protiv toga rješenja posebna žalba nije dopuštena (309/2.).

I u statusnim bi se sporovima izreka presude javno objavljivala (336/3.), ali bi sud bio dužan isključiti javnost isključi pri objavi razloga presude. Naime, ako je javnost u tim sporovima apsolutno isključena, sudac ne bi smio moći odlučivati o tome u kojoj će mjeri javno objaviti razloge svoje odluke i time dovesti u pitanje nejavni karakter postupka. Takvo bi pravo sudac mogao imati kad bi o njegovoj odluci ovisilo hoće li i u kojoj mjeri isključiti javnost.

Ako bi se uz statusne sporove adhezijski vodili i neki nestatusni sporovi, npr. o uzdržavanju, javnost bi trebala biti isključena i pri raspravljanju o adhezijskim sporovima ako ne bi bilo moguće (ili ne bi bilo oportuno) odvojeno vođenje postupka o adhezijskim sporovima. Pri objavi presude razlozi za odluku u adhezijskom nestatusnom sporu trebali bi biti javno priopćeni, u mjeri u kojoj se time ne bi kompromitirala tajnost statusnog spora.

### 8.3. *Isključenje javnosti konstitutivnom odlukom suda*

Razlozi zbog kojih sud može konstitutivnim rješenjem isključiti javnost utvrđeni su odredbama članka 307. ZPP-a, koje su Novelom 2003. sadržajno prilagođena odredbi članka 119/2. URH, uz uvažavanje specifičnosti pravnih stvari koje se rješavaju u parničnom postupku. Prema noveliranom zakonskom uređenju sud može javnost isključiti za cijelu glavnu raspravu ili jedan njezin dio ako to zahtijevaju interesi morala, javnog reda ili državne sigurnosti, ili radi čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne, odnosno radi zaštite privatnog života stranaka, ali samo u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima u kojima bi javnost mogla biti štetna za interese pravde (307/1.). Sud može isključiti opću javnost i kada se mjerama za održavanje reda predviđenim u Zakonu ne bi moglo osigurati nesmetano održavanje rasprave (307/2.).

Prema citiranim odredbama sud bi, dakle, bio ovlašten i dužan javnost isključiti zbog svih razloga koji su izrijeком navedeni (interes morala, javnog reda ili državne sigurnosti, čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne, zaštite privatnog života stranaka) s cijeloga ročišta ili njegova dijela, ali samo u opsegu

koji je bezuvjetno potreban u konkretnom slučaju da bi se otklonila šteta za interese pravde. Sud javnost ne bi mogao isključiti zbog nekih drugih razloga osim onih izrijeком predviđenih, neovisno o tome što bi ona zbog njih – ako ne bi bila isključena – mogla *in concreto* biti štetna za interese pravde. To znači da hrvatski zakonodavac nije iskoristio mogućnost otvorenu Konvencijom da sudu omogući da u pojedinim slučajevima isključi javnost i zbog drugih razloga pored onih izrijeком navedenih ako bi to bilo u interesu pravde. Tako npr., strogo uzevši, sud ne bi javnost mogao isključiti zato što bi svjedok odbijao javno svjedočiti radi zaštite svoga privatnog života. Upravo bi stoga, *de lege ferenda*, veznik “ali” u odredbi članka 307. stavka 1. ZPP-a trebalo zamijeniti veznikom “ili” i time sudu omogućiti da javnost isključuje kad god ocijeni da bi zbog bilo kojeg razloga (a ne samo onih izrijeком navedenih u Zakonu) to bilo nužno u interesu pravde.

Interesi morala tražili bi da se javnost isključi kad bi njezine reakcije moralnim stavom prema onome o čemu se raspravlja pred sudom mogle ugroziti ostvarivanje pravde (pravilno i zakonito, osobito nepristrano suđenje). Tako bi javnost trebalo isključiti ako bi sud ocijenio: – da bi se zbog njezine prisutnosti neke osobe, u prvom redu stranke i svjedoci, mogle suzdržati iznijeti neke činjenice ili odbiti iskazivati plašeći se da bi time sebe ili neke druge osobe izložili moralnoj osudi javnosti;<sup>18</sup> – da bi suci, stranke i njihovi zastupnici pa i vještaci zbog istih razloga zazirali postavljati neka pitanja ili općenito raspravljati o nečemu; – da bi (šira) javnost, često nedovoljno informirana i jednostrano usmjerena, osobito senzacionalističkim pristupom medija, mogla suce izložiti pritisku da sude prema njezinom očekivanju, a ne prema utvrđenom činjeničnom stanju, svojoj savjesti i zakonu, itd. Čini se, nažalost, da sud, *de lege lata*, ne bi mogao isključiti javnost samo zbog toga da bi se spriječila povreda njezina moralnog osjećaja općenito, npr. objelodanjivanjem nekih pornografskih, sadističkih itd. sadržaja. Tu bi bila riječ o nemoralnosti nekih sadržaja po sebi koji bi povrjeđivali osjećaje javnosti, bez postojanja uzročne veze između njih i rezultata suđenja. Potreba da se već samo zbog toga javnost isključi, govorila bi protiv načina na koji je interes morala u članku 119. stavku 2. URH i članku 307. stavku 1. ZPP-a proglašen relativnim razlogom za isključenje – samo ako bi zbog njega javnost *in concreto* ugrožavala interes pravde.

Interes održanja javnog reda tražio bi da se javnost isključi kad bi upoznavanje javnosti sa sadržajem suđenja moglo izazvati ozbiljne demonstracije s nepredvidivim ishodom, nered, pobunu, sukobe između pojedinih društvenih grupa (etničke, rasne, političke itd.) i sl., zbog čega bi sudionici u suđenju, a osobito sud, mogli biti izloženi takvom pritisku zbog kojeg se ne bi moglo osigurati pravilno i zakonito, osobito nepristrano suđenje, itd.

<sup>18</sup> U tom mislu su indikativne odredbe koje svjedoka ovlašćuju da uskrati odgovor na pojedino pitanje ako bi time sebe ili određeni krug drugih osoba izložio, između ostaloga, teškoj sramoti (238/1.).

O interesu državne sigurnosti moglo bi biti govora kad bi otkrivanjem nekih sadržaja javnosti tijekom rasprave mogli, između ostalih, biti ugroženi (strateški) politički, obrambeni, gospodarski itd. interesi države – što bi se na razne načine moglo negativno odraziti na kvalitetu suđenja.

Potreba čuvanja vojne<sup>19</sup>, službene<sup>20</sup> i poslovne<sup>21</sup> tajne bi analogno kao i interesi morala mogla *in concreto* tražiti isključenje javnosti radi osiguranja pravilnog i zakonitog suđenja. Nizu navedenih tajni svakako bi trebalo dodati i državnu tajnu kao tajnu najveće vrijednosti, ako nikako drukčije pridajući joj (*argumento a maiori ad minus*) barem značenje vojne ili službene tajne.<sup>22</sup> To bi bilo osobito važno onda kad bi sud morao pribaviti odobrenje nadležnoga tijela da bi mogao saslušati svjedoka koji bi svojim iskazom odao koju (državnu) službenu ili vojnu tajnu (236.).

Očuvanje profesionalne<sup>23</sup> i osobne<sup>24</sup> tajne moglo bi biti razlogom za isključenje javnosti samo kad bi odavanje tih tajni moglo dovesti u pitanje zaštitu privatnog života (*arg. ex 307/1.*) zbog čega bi moglo biti ugroženo pravilno i zakonito suđenje *in concreto*, npr. zato što bi svjedok uskratio svjedočiti (237.) ili dati odgovor na pojedino pitanje (238.) da ne bi odao takvu tajnu.

Zaštita privatnog života stranaka ticala bi se svih onih okolnosti koje se tiču njihove privatne sfere – intimnih, obiteljskih, obrazovnih, ekonomskih, zdravstvenih itd. prilika. Potreba zaštite toga života mogla bi biti razlogom za isključenje javnosti samo ako bi zbog toga moglo biti ugroženo pravilno i zakonito suđenje, npr. time što bi se stranke zbog javnosti suzdržale od toga da iznesu neke podatke, što bi neke osobe uskratili dati iskaz itd.

Mogućnost isključenja javnosti u slučaju u kojem se mjerama za održavanje reda ne bi moglo osigurati nesmetano održavanje rasprave (307/2.) mogla bi se podvesti pod mogućnost isključenja javnosti kada to zahtijevaju interesi javnoga

<sup>19</sup> **Vojna tajna** je podatak koji je zakonom, drugim propisom, općim aktom ili aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona proglašen vojnom tajnom (89/13. KZ).

<sup>20</sup> **Službena tajna** je podatak koji je prikupljen i koristi se za potrebe javnih tijela, a koji je zakonom, drugim propisom ili općim aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona proglašen službenom tajnom (89/14. KZ).

<sup>21</sup> **Poslovna tajna** je podatak koji je kao poslovna tajna određen zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavlja proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te drugi podatak zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese (89/15. KZ).

<sup>22</sup> **Državna tajna** je podatak koji je zakonom, drugim propisom ili općim aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona određen državnom tajnom te otkrivanjem kojega bi nastupile štetne posljedice za nacionalnu sigurnost ili nacionalni interes Republike Hrvatske (89/12. KZ).

<sup>23</sup> **Profesionalna tajna** je podatak o osobnom ili obiteljskom životu stranaka koji saznaju odvjetnici, branitelji, javni bilježnici, doktori medicine, doktori stomatologije, primalje ili drugi zdravstveni djelatnici, psiholozi, djelatnici skrbništva, vjerski ispovjednici i druge osobe u obavljanju svoga zvanja (89/16. KZ).

<sup>24</sup> **Osobna tajna** je podatak o osobi koji je zakonom, drugim propisom ili općim aktom nadležnoga tijela donesenim na temelju zakona određen tajnom.

reda (307/1.). Ugrožavanje nesmetanog odvijanja rasprave bi se svakako moglo smatrati ugrožavanjem interesa pravde.

U praksi se kao najozbiljniji ugrozitelj interesa pravde u ime javnosti mogu javiti mediji koji svojim primarnim ili sekundarnim izvještavanjem o nekim postupcima, često senzacionalistički, površno, nepotpuno i jednostrano intoniranim, ponekad bez razumijevanja bitnoga, mogu stvarati pogrešne dojmove kod tzv. javnosti u širem smislu o onome o čemu se sudi i kako se sudi. Prisutnost medija može na razne načine utjecati na ponašanja pojedinih sudionika u postupku – od sudaca, stranaka, njihovih zastupnika pa do svjedoka i vještaka, ali i same publike. Mediji često navode neke od sudionika u postupku da svoje nastupe pretvaraju u predstave, iz egzibicionističkih ili sasvim proračunatih postupovno-demagoških razloga; druge na defenzivno ponašanje; treće na odbijanje iskazivanja ili na davanje netočnih ili nepotpunih iskaza itd.

Zabranjen je svaki oblik utjecaja na donošenje sudskih odluka, a posebno svaki oblik prisile prema sucima, zloraba javnih ovlasti i osobnog utjecaja te korištenje medija i javnih istupanja na način suprotan načelima demokratskog društva, a koje ima za cilj utjecaj na tijek i ishod sudskih postupaka (6/1. ZS 05.). Međutim, ipak, neovlašteno otkrivanje onoga što se saznalo u parničnom postupku (i općenito u građanskim sudskim postupcima), a što se na temelju zakona ili odluke utemeljene na zakonu smatra tajnom nije kazneno djelo (*arg. a contrario ex* 307/1. KZ).<sup>25</sup> To znači da u hrvatskom pravu ne postoji kazneno djelo odavanja tajnosti građanskog postupka, npr. statusnih postupaka, ili postupaka koji su proglašeni tajnim zbog čuvanja neke profesionalne ili osobne tajne. Ipak, povreda dužnosti čuvanja državne (89., 144., 145., 146., KZ), vojne (89., 145., 374., KZ), službene (89., 351., KZ) i poslovne (89., 295., KZ) tajne bila bi inkriminirana sama po sebi, neovisno o tome što je do toga došlo u parničnom postupku. Postupanje kojim bi se htjelo nedopušteno utjecati na ishod sudskog postupka ne bi smjelo imati ni obilježja kaznenoga djela prisile prema pravosudnom dužnosniku (309., KZ), dakle postupanja kojim se za vrijeme postupka pred sudom, a prije donošenja pravomoćne sudske odluke, u javnim sredstvima priopćavanja, na javnom skupu ili pred skupinom ljudi iznosi svoje mišljenje o tome kako bi u tom slučaju pravosudni dužnosnik trebao postupati ili kakve odluke donositi (309/2.).

O isključenju javnosti sud bi odlučivao po službenoj dužnosti ili u povodu inicijative koje od stranaka odnosno umješača. Čak i kad bi se stranka čijeg bi se privatnog života ticalo iznošenje određenih sadržaja na ročištu suglasila da se javnost ne isključuje ili čak kad bi to tražila, sud bi mogao odrediti da se ona isključi ako bi ocijenio da bi to bilo u interesu pravde, npr. zato da bi se

<sup>25</sup> Značenje kaznenog djela ima, međutim, neovlašteno otkrivanje onoga što se saznalo u kaznenom postupku pred sudom, upravnom postupku, postupku pred javnim bilježnikom ili stegovnom postupku, a što se na temelju zakona ili odluke utemeljene na zakonu smatra tajnom (305/1. KZ). Bila bi riječ o lapsusu "pisca" zakona za koga je zbog njegove uske stručne usmjerenosti kazneni postupak pred sudom genusni pojam za sve sudske postupke. Posljedice toga lapsusa mogle bi se, međutim, označiti kao barem neugodne.



omogućilo iskazivanje svjedoka koji inače ne bi htjeli svjedočiti ili bi se moglo pretpostaviti da bi iskazivali opterećeni okolnošću da to čine pred publikom.

Prije donošenja odluke o isključenju javnosti sud bi trebao omogućiti strankama da se o tome izjasne.

Iako to nije izrijeком predviđeno, o postojanju razloga za isključenje javnosti raspravljalo bi se nejavno već zbog toga da se javnom raspravom o tome ne bi dovelo u pitanje zaštitu onih interesa koju treba postići isključenjem javnosti.<sup>26</sup>

O isključenju javnosti sud odlučuje rješenjem, koje mora biti obrazloženo i javno objavljeno (309/1.). Obrazloženje bi, ipak, trebalo biti takvo da se njime ne ugrozi sam cilj isključenja javnosti. Protiv rješenja o isključenju javnosti nije dopuštena posebna žalba (309/2.). Treba uzeti da bi i rješenje kojim se odbija prijedlog za isključenje javnosti trebalo biti obrazloženo – ono bi se – ako bi bilo doneseno na ročištu – javno objavljivalo. Ni protiv tog rješenja posebna žalba ne bi bila dopuštena (*arg. a cohaerentia ex 309/2.*).

I u slučajevima u kojima je na ročištu za glavnu raspravu opća javnost bila isključena odlukom suda, izreka se presude treba uvijek javno pročitati, dakle pred osobama koje čine takvu javnost. Sudu je, međutim, prepušteno da odluči hoće li se i u kojoj mjeri javnost isključiti pri objavi razloga presude (336/3.).

### III. Stranačka javnost

Stranke, njihovi zastupnici i umještači imaju uvijek pravo prisustvovati ročištima pred sudom (*arg. ex 308/1.*) i biti (u pravilu) upoznati s radnjama suda i drugih procesnih subjekata poduzetim izvan ročišta;<sup>27</sup> ti procesni subjekti imaju (uz određene iznimke) pravo razmatrati i prepisivati spise parnice u kojoj sudjeluju (150/1.) – bez potrebe da dokazuju da za to imaju neki osobiti interes (*arg. a contrario ex 150/2.*). Na njih se isključenje tzv. neposredne opće javnosti ne odnosi (i ne može odnositi) (308/1.). Ti procesni subjekti čine tzv. **stranačku javnost**, javnost u užem smislu.<sup>28</sup>

Tzv. stranačka javnost nije sastavni dio, aspekt opće javnosti (v. *supra ad II.*) – ona je izraz ustavnopravno i konvencijski zajamčenog prava na pravično suđenje, prava svakoga o čijim se pravima odlučuje u nekom postupku da u njemu sudjeluje (29/1. URH, 6/1. EK), ona proizlazi iz načela saslušanja stranaka u parničnom postupku (5.).<sup>29</sup> Upravo stoga uskrata strankama i njihovim zastupnicima da raspravljaju u postupku pred sudom ima uvijek

<sup>26</sup> U tom smislu i JUHART, Civilno procesno pravo FLRJ, 1961., 48., te POZNIĆ, B. i RAKIĆ-VODINELIĆ, V., Građansko procesno pravo, 1999., 218. Za austrijsko pravo usp. FASCHING, ZPR, 362.

<sup>27</sup> Tako se strankama, između ostaloga, dostavlja izjava suca čije se izuzeće traži, koje mogu u roku od tri dana dati svoje očitovanje (74/5.).

<sup>28</sup> Usp. TRIVA-DIKA, GPPP, 197., 198.

<sup>29</sup> U tom smislu FASCHING, ZPR, 360., kaže da stranačka javnost nije nešto uže od opće javnosti već nešto drugo. TRIVA-DIKA, GPPP, 197., 198., tzv. stranačku javnost tretiraju tek kao jedan poseban aspekt tzv. opće javnosti, kao krug osoba na koje se odluka o isključenju javnosti ne

značenje tzv. apsolutno bitne povrede načela saslušanja stranaka (354/2.6.), a ne apsolutno bitne povrede pravila o neposrednoj općoj javnosti (v. *infra ad VII.*).

U Zakonu se od zastupnika stranaka na koje se isključenje tzv. opće javnosti ne odnosi spominju samo zakonski zastupnici i punomoćnici (308/1.). Tim zastupnicima treba svakako pribrojiti i organe zastupnike.

Kad su pitanju umješači, i za njih bi vrijedilo analogno kao i za stranke da su tzv. stranačkom javnošću obuhvaćeni i njihovi zastupnici (*arg. ex 209.a*).

Osobe na koje se odnosi tzv. stranačka javnost ovlaštene su tražiti obavijesti o stanju predmeta. Te im obavijesti daje službenik sudske pisarnice na osnovi podataka iz upisnika i spisa (59/1. SP) – bez prethodnog odobrenja suca, svakako ako dokažu svoje odgovarajuće svojstvo (*arg. a contrario ex 59/4., SP*). Obavijest se ograničava na podatke o tomu u kojem se stadiju postupak nalazi (59/2., SP). Pri davanju obavijesti zabranjeno je davati izjave o pravilnosti pojedinih sudskih radnji i naredaba, kao i o vjerojatnom ishodu postupka (50/3., SP). Obavijesti se mogu davati telefonski i pismeno, u pravilu na trošak stranke ili druge osobe koja traži takvu obavijest (59/6., SP).

Drugostupanjski sud ne može davati obavijesti o tome kod kojeg se suca predmet nalazi na rješavanju i o donesenim odlukama koje nisu otpravljene prvostupanjskom sudu (59/7., SP).

Sve osobe koje su obuhvaćene tzv. stranačkom javnošću ovlaštene su razgledati i tražiti prijepis ili preslik spisa odnosno njihovih dijelova (60/1. SP). Razgledanje i prepisivanje spisa obavlja se u sudskoj pisarnici na određenom mjestu pod nadzorom službenika sudske pisarnice (60/2., SP). Nacrti neotpravljenih odluka i moguće bilješke suca moraju se prethodno izdvojiti iz spisa (60/3. SP). Iznimno spis se može na zahtjev stranke uputiti drugom sudu radi razgledanja, ako se time ne odugovlači postupak ili ako je postupak već pravomoćno dovršen (60/4.1., SP). Odluku o upućivanju nepravomoćnog dovršenog spisa donosio bi predsjednik vijeća odnosno sudac kojem je predmet dodijeljen u rad (60/4.2., SP), a pravomoćno dovršenog predmeta predsjednik suda ili sudac koga je on odredio (*arg. ex 150/2.2., ZPP*). Troškove oko dostavljanja spisa drugom sudu i vraćanja u pravilu snosi stranka na čije se traženje spis dostavlja (60/5., SP).

Stranke (i treba dodati druge osobe koje pripadaju u tzv. stranačku javnost) imaju pravo tražiti da im se izda službena potvrda o pojedinim činjenicama sadržanim u spisu (*arg. ex 61/1., SP*). Upravitelj sudske pisarnice izdaje potvrdu o činjenicama o kojima sudska pisarnica vodi popis (potvrda o podnesenoj tužbi, uloženoj žalbi, pravomoćnosti i sl.) (61/2., SP). O sadržaju sudskih odluka, zapisnika i drugih dopisa u spisima ne izdaje se potvrda, nego prijepisi ili izvadcii (61/3., SP).

Stranke, njihove opunomoćenike i druge ovlaštene osobe obavještava o stanju predmeta službenik sudske pisarnice na osnovi podataka iz upisnika i

---

odnosi. POZNIĆ-RAKIĆ, GPP, 218., također ne otvaraju ovaj aspekt pravne prirode tzv. stranačke javnosti.



spisa (59/1., SP). Obavijest se treba ograničiti na podatke o tomu u kojem se stadiju postupak nalazi (59/2., SP). Pri davanju obavijesti zabranjeno je davati izjave o pravilnosti pojedinih sudskih radnji i naredaba, kao i o vjerojatnom ishodu postupka (50/3., SP). Ostalim osobama daju se obavijesti o stanju predmeta samo po odobrenju suca (59/4., SP). Obavijesti se mogu davati telefonski i pismeno, u pravilu na trošak stranke ili druge osobe koja traži takvu obavijest (59/6., SP).

#### IV. Ograničena supstitutivna javnost

Na zahtjev stranke sud može dopustiti da raspravi prisustvuju najviše dvije osobe koje one označe (308/3.). Ta mogućnost ne bi bila izraz stranačke javnosti, koja proizlazi iz načela saslušanja stranaka, već bi tu bila riječ o specifičnom reduciranom obliku nadomještanja neposredne opće javnosti (**ograničena supstitutivna javnost**).

Stranke bi imale pravo tražiti da se dvjema osobama koje su one označile dopusti prisustvovanje nejavnom ročištu neovisno o tome kako je javnost isključena – po sili zakona ili odlukom suda. Nije nužno ni da obje stranke zatraže navedeno dopuštenje – to može učiniti svaka od njih, samo jedna od njih ili niti jedna od njih. Zbog toga je moguće da ročištu prisustvuju dvije ili barem jedna osoba koju je naznačila jedne od stranaka, a da njemu ne prisustvuje niti jedna ili samo jedna osoba koju je naznačila druga.

Sud **može**, ali ne mora dopustiti osobama koje su stranke označile da prisustvuju nejavnom ročištu. O njegovoj bi ocjeni bi li i prisustvovanje tih osoba moglo ići na uštrb interesa prave, ovisilo hoće li zahtjev stranke prihvatiti. Sud bi svoju odluku da ne prihvati zahtjev da neka od označenih osoba prisustvuje ročištu mogao motivirati i ocjenom da bi ta osoba zbog svog posebnog odnosa prema strankama, predmetu spora, osobama koje treba saslušati u svojstvu svjedoka itd. svojom prisutnošću mogla ugroziti interes pravde. Svoju negativnu odluku sud bi trebao moći obrazložiti i utvrđenjem da je riječ o osobi koja svojim prethodnim ponašanjem, npr. izjavama danim u medijima, ne jamči da će poštovati dužnost čuvanja tajne.

Sud bi svoju odluku o tome hoće li ili ne dopustiti osobama koje su pojedine od stranaka naznačile trebao u pravilu donijeti nakon što bi i protivnoj stranci omogućio da se o tome izjasni. Sud bi trebao moći i opozvati svoju odluku kojom je dopustio prisustvovanje takvim osobama.

Protiv odluke suda o prihvaćanju ili odbijanju zahtjeva stranke da se dvjema osobama koje ona označi omogući prisustvovanje ročištu, posebna žalba ne bi bila dopuštena (*arg. a cohaerentia ex 309/2.*).

U nedostatku izričitog pravila o tome, treba uzeti da bi u slučaju suparničarstva aktivni suparničari mogli zajednički naznačiti najviše dvije osobe te da bi to vrijedilo i za pasivne jedinstvene suparničare. Ako one ne bi iskoristile svoje pravo, sud bi trebao moći na zahtjev bilo kojeg od suparničara imenovati dvije osobe po svom izboru koje bi prisustvovala nejavnim ročištima ako bi ocijenio

da je to potrebno. S druge strane, pasivnim suparničarima koji nisu jedinstveni valjalo bi dopustiti da svaki od njih naznači po dvije osobe koje bi mogle prisustvovati nejavnom ročištu. Svakom bi od običnih suparničara trebalo omogućiti da u parnici u materijalnom smislu u kojoj sudjeluje kao stranka, a koja se vodi u okviru složene parnice u formalnom smislu protiv svih njih, pojedinačno ostvari svoje pravo da označi dvije osobe koje bi prisustvovala onom dijelu ročišta (ako ga je moguće odvojiti od ostalih dijelova ročišta) koji se njega tiče. Izloženo rješenje polazilo bi, *per analogiam, a cohaerentia*, od rješenja koje je predviđeno radi obavljanje dostave suparničarima preko zajedničkog zastupnika (147.).

Treba uzeti da se samo zbog prostornog ograničenja sudnice ne bi smjelo odbiti zahtjev stranaka da se dvjema osobama koje one označe dopusti prisustvovanje ročištu.

Osobe koje su stranke označile nisu dužne prihvatiti mogućnost koja im je time otvorena. Stranka ne bi smjela moći tražiti odgodu ročišta zato da bi na novom ročištu prisustvovala nove dvije osobe koje bi ona odredila. Sud bi, međutim, bio dužan odgoditi ročište ako dvije osobe koje je stranka označila ne bi bile uredno pozvane, svakako ako je prihvatio zahtjev stranke da i one prisustvuju ročištu.

Sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća dužni su upozoriti osobe kojima je na temelju zahtjeva stranaka dopustio da prisustvuju raspravi na kojoj je javnost isključena da su dužne kao tajnu čuvati sve ono što su na raspravi saznale i upozoriti ih na posljedice odavanja tajne (308/4.).

Povreda pravila o supstitutivnoj javnosti trebala bi imati značenje povrede pravila o tzv. općoj javnosti (354/2.10.).

### V. *Interesna javnost*

Interesnu javnost činile bi dvije kategorije osoba.<sup>30</sup> U prvu bi pripadale osobe koje bi svoje praćenje rada suda u pojedinim predmetima ili općenito temeljile na nekom svom posebnom (nepravnom) interesu. U vezi s pravnim položajem tih osoba potrebno je razlikovati dvije situacije od kojih bi se jedna ticala mogućnosti da one prisustvuju ročištima u postupku pred sudom, a druga mogućnosti da razmatraju i prepisuju spise. U drugu kategoriju pripadale bi osobe koje bi za uvid u pojedine spise imale pravni interes.

Sve osobe koje imaju za to poseban interes mogu u načelu kao i svaka druga osoba koja za to nema takav interes, prisustvovati ročištima u postupku pred sudom – u tom bi smislu osobe s posebnim interesom bile sastavni dio tzv. neposredne opće javnosti.

<sup>30</sup> Termin interesna javnost se, koliko je to autoru ovoga rada poznato, po prvi put ovdje koristi radi označavanja onog kruga procesnopравnih subjekata na koje se ne primjenjuje režim predviđen za tzv. opću javnost i za tzv. stranačku javnost, a koji, ipak, na temelju svog posebnog interesa imaju pravo prisustvovati suđenju odnosno obavljati uvide u sudske spise.

Poseban status nekih od osoba s posebnim interesom dolazi, međutim, do izražaja u slučaju isključenja opće javnosti – u tom slučaju sud može dopustiti da glavnoj raspravi prisustvuju pojedine službene osobe, a i znanstveni i javni radnici, ako je to od interesa za njihovu službu odnosno znanstvenu ili javnu djelatnost (308/2.). Odluka suda o tome hoće li tim osobama dopustiti da prisustvuju ročištu, ovisila bi o njegovoj ocjeni bi li to s obzirom na njihov interes, koji bi one trebale indicirati (i supstancirati) na razini vjerojatnosti, bilo oportuno s obzirom na razlog zbog kojeg je javnost isključena, ali i s obzirom na mogućnost da se prisutnost tih osoba negativno odrazi na “interes pravde” u konkretnom slučaju. Osobe koje bi svoj zahtjev da im se dopusti prisustvovanje nejavnom ročištu opravdavale nekim drugim interesom, npr. samo edukativnim, ne bi imale pravo na izniman tretman.<sup>31</sup>

Svim osobama koje učine vjerojatnim da za to imaju opravdan interes, dakle ne samo osobama koje bi to tražile zato što bi to bilo od interesa za njihovu službu ili znanstvenu ili javnu djelatnost, moglo bi se u načelu dopustiti razmatranje (razgledavanje – 60/1., SP) i prepisivanje pojedinih spisa (150/2.), odnosno načiniti preslik cijeloga ili pojedinih dijelova spisa (60/1., SP). Kad je postupak u tijeku, dozvolu za razmatranje (razgledavanje) i prepisivanje (preslik) spisa daje sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća; a kad je postupak završen – predsjednik suda ili sudac koga on odredi (150/2.2.). Razgledanje i prepisivanje (preslikavanje) spisa obavlja se u sudskoj pisarnici na određenom mjestu pod nadzorom službenika sudske pisarnice (60/2., SP). Nacrte neotpravljenih odluka i moguće bilješke suca prethodno treba izdvojiti iz spisa (60/3., SP).

Treće osobe, dakle osobe na koje se ne odnosi tzv. stranačka javnost, imaju pravo tražiti službenu potvrdu o pojedinim činjenicama sadržanim u spisu, ali samo ako po ocjeni predsjednika suda odnosno predsjednika vijeća ili suca pojedinca imaju za to pravni interes (61/1., SP). Ovdje ne bi bila riječ o osobama koje traže uvid u spis zato što bi to bilo od interesa za njihovu službu odnosno znanstvenu ili javnu djelatnost (308/2.), već o osobama kojima bi odgovarajuće potvrde bile potrebne radi ostvarivanja (zaštite) nekih njihovih prava ili pravno zaštićenih interesa, npr. u drugim postupcima koji su u tijeku ili koje tek treba pokrenuti. U takvim slučajevima potvrdu o činjenicama o kojima sudska pisarnica vodi popis (potvrda o podnesenoj tužbi, uloženoj žalbi, pravomoćnosti i sl.) (61/2., SP) izdaje upravitelj sudske pisarnice. O sadržaju sudskih odluka, zapisnika i drugih dopisa u spisima ne izdaje se potvrda, nego prijepisi ili izvadci (61/3., SP).

Osim što bi bile ovlaštene tražiti da im se omogućiti pregledavanje spisa ili njegovo prepisivanje ili preslikavanje, treće osobe mogu, po odobrenju suca,

---

<sup>31</sup> *De lege ferenda*, trebalo bi razmotriti mogućnost da se i studentima pravnih fakulteta omogući prisustvovanje ročištima i u postupcima u kojima je isključena tzv. opća javnost kad bi to bilo od važnosti za njihovo obrazovanje, analogno kao što je to omogućeno studentima medicine na sveučilišnim klinikama.

tražiti i dobiti obavijesti o stanju predmeta (59/1., 59/4., SP). Te im obavijesti daje službenik sudske pisarnice na osnovi podataka iz upisnika i spisa (59/1., SP). Obavijest se treba ograničiti na podatke o tomu u kojem se stadiju postupak nalazi (59/2., SP). Pri davanju obavijesti zabranjeno je davati izjave o pravilnosti pojedinih sudskih radnji i naredaba, kao i o vjerojatnom ishodu postupka (50/3., SP). Obavijesti se mogu davati telefonski i pismeno, u pravilu na trošak stranke ili druge osobe koja traži takvu obavijest (59/6., SP). Drugostupanjski sud ne može davati obavijesti o tome kod kojeg se suca predmet nalazi na rješavanju i o donesenim odlukama koje nisu otpremljene prvostupanjskom sudu (59/7., SP).

Osobe kojima bi u slučaju isključenja javnosti bilo dopušteno prisustvovanje ročištu, odnosno pregledavanje i prepisivanje spisa, sud je dužan upozoriti da su dužne kao tajnu čuvati ono što su saznale na raspravi ili pregledavanjem i prepisivanjem spisa i upozoriti ih na posljedice odavanja tajne (*arg. ex* 150/2., 308/2., 4.). Upozorenje bi se svakako ticalo i raspolaganja s pribavljenim materijalom.

Treba uzeti da bi u slučaju isključenja javnosti sud samo osobama koje bi učinile vjerojatnim da je to od interesa za njihovu službu, znanstvenu ili javnu djelatnost smio dopustiti da pregledavaju i prepisuju (fotokopiraju) spise (*arg. ex* 150/2., 308/2.), svakako uz dužnost čuvanja tajne (*arg. ex* 308/4.).

Sud bi o zahtjevu za prisustvovanje ročištima odnosno za razmatranje i prepisivanje spisa odlučivao rješenjem koje bi moralo biti obrazloženo i javno objavljeno, protiv kojega, međutim, posebna žalba ne bi bila dopuštena (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* 150/2., 309.)

## VI. Apsolutno isključenje javnosti

Opća i stranačka javnost isključene su u određenim stadijima postupka, odnosno prigodom obavljanja određenih sudskih radnji; isključenje tih radnji tiče se i određenih sudskih akata.

U prostoriji u kojoj se vijeća i glasuje – treba uzeti, neovisno o tome je li riječ o prvostupanjskom vijeću ili vijeću višega suda koji odlučuje u povodu devolutivnih pravnih lijekova – mogu biti prisutni samo članovi vijeća i zapisničar (130/2.; *arg. a contrario ex* 306, 310.). To znači da bi s vijećanja i glasovanju kolegijalnih sudskih tijela bila isključena ne samo tzv. opća (v. *supra ad* II.) već i tzv. stranačka (v. *supra ad* III.) javnost. Vijećanju i glasovanju ne bi mogle prisustvovati ni osobe koje bi za to imale neki službeni, znanstveni ili javni interes (v. *supra ad* V.). Isključenje javnosti tiče se i zapisnika o vijećanju i glasovanju. Taj se zapisnik zatvara u poseban omot i može ga razgledati samo viši sud kad rješava o pravnom lijeku, nakon čega se zapisnik ponovno zatvara u poseban omot na kojem se naznačuje da je zapisnik razgledan (128/5.).

Odredbom po kojoj na sjednicama vijeća drugostupanjskog suda mogu, ako vijeće tako odluči, prisustvovati stranke i umješaci te njihovi zastupnici (stranačka javnost) (362/2.) samo se prividno odstupa od pravila da je (i) na sjednicama vijeća sudova koji odlučuju o devolutivnim pravnim lijekovima javnost apsolutno

isključena (*arg ex* 130/2.). Sjednica vijeća na koju su pozvane stranke itd. dobiva time zapravo značenje svojevrsnog ročišta, na kojem je dopuštena samo tzv. stranačka javnost. Tek bi se nakon zaključenja toga “ročišta” drugostupanjsko vijeće povlačilo na vijećanje i glasovanje, dakle na nejavnu sjednicu vijeća. Stranke ne bi bile ovlaštene tražiti da tim sjednicama prisustvuju po dvije osobe koje one označe jer se iznimka od pravila o isključenju javnosti na sjednicama vijeća, koja ovisi o ocjeni suda o svrhovitosti te iznimke, mora restriktivno tumačiti. Budući da se iznimka tiče samo stranaka u širem smislu, ona ne bi mogla obuhvatiti i osobe koje bi svojim prisustvom ograničeno i simbolički nadomjestile opću javnost (*v. supra ad* IV.).

Iako to Zakonom nije izrijekom predviđeno, tajnima bi trebalo smatrati i nacrti sudskih odluka, odnosno eventualno već napisane i potpisane neobjavljene odluke koje nisu javno objavljene, i to ne samo zato što sud njima nije vezan sve dok se ne otpreme (*arg. ex* 334/1.), već i stoga što se nacrti odluka odnosno opozive neobjavljene odluke mogu smatrati aktima u procesu nastajanja za koja bi, *arg. a completudine, a cohaerentia*, trebao općenito vrijediti režim predviđen za vijećanje i glasovanje kao za ključni stadij postupka donošenja (obvezujuće) odluke. Na to upućuje i poslovnička odredba po kojoj se prije nego što se strankama i trećim zainteresiranim osobama omoguću pregledavanje, prepisivanje ili preslikavanje spisa prethodno iz spisa moraju izdvojiti nacrti neotpravljenih odluka i moguće bilješke suca (60/3., SP), odnosno poslovnička odredba po kojoj drugostupanjski sud ne može davati obavijesti o donesenim odlukama koje nisu otpravljene prvostupanjskom sudu (59/7., SP).

Navedeni slučajevi apsolutnog isključenja javnosti u funkciji su zaštite slobode iznošenja mišljenja i opredjeljenja članova vijeća. Interesi ne samo opće već ni stranačke javnosti time nisu ugroženi.

Drugostupanjski sud ne samo da ne može davati obavijesti o donesenim odlukama koje nisu otpravljene prvostupanjskom sudu, već ni o tome kod kojeg se suca predmet nalazi na rješavanju (59/7., SP), što znači da bi i podaci o tome tko je sudac izvjestitelj u pojedinom drugostupanjskom predmetu bili (apsolutno) tajni. Moglo bi biti dvojbeno odnosi li se navedena zabrana i na obavijest o tome kojem je vijeću predmet dodijeljen te tko su članovi toga vijeća, ali i asistirajući savjetnici. To bi moglo biti važno radi eventualnog traženja izuzeća članova vijeća, odnosno radi poticanja njih samih da to zatraže (*arg. ex* 72., 73/7.).

## ***VII. Pravne posljedice povrede načela javnosti***

Pravne posljedice povrede pravila o isključenju, odnosno povrede koje bi se sastojale u dopuštenju javnosti protivno zakonu ovise o vrsti javnosti pravila o kojoj su povrijeđena.

Isključenje tzv. opće javnosti protivno zakonu s ročišta za glavnu raspravu ima značenje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka (*arg. ex* 354/2.10). Ostali slučajevi povrede pravila o toj javnosti, npr. zbog isključenja opće javnosti

s nekih drugih u načelu javnih ročišta, mogu imati značenje samo relativno bitne povrede, dakle samo ako je zbog njihove povrede donesena presuda nepravilna i/ili nezakonita (354/1.). Zbog isključenja opće javnosti protivno zakonu s glavne rasprave mogu se izjaviti žalba (354/2.10) te (ograničeno) revizija (354/2.10, 385/1.1., 385/2.). Ponavljanje postupka se ne može tražiti (*arg. ex* 421/1.). Zbog takva isključenja te javnosti može se, međutim, podnijeti ustavna tužba (119/2. URH, 6/1. EK, 1., 2. UZPNM, 62. UZUSRH).

Isključenje stranačke javnosti protivno zakonu (osim kad bi bila riječ o isključenju dviju osoba kojima je na zahtjev stranke sud dopustio da prisustvuju raspravi – 308/3.) (v. *supra ad* 6.) moglo bi dovesti do apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka – i do one koja se sastoji u protupravnom isključenju javnosti s glavne rasprave (354/2.10.) i do one koja ima značenje onemogućavanja stranci da raspravlja pred sudom (354/2.6.). Zbog te druge povrede bili bi dopušteni svi redovni (žalba – 354/2.6.) i izvanredni pravni lijekovi (revizija – 354/2.6., 385/1.1., 385/2.; ponavljanje postupka – 4521/1.2.) te ustavna tužba (119/2. URH, 6/1. EK, 1., 2. UZPNM, 62. UZUSRH).

Zato što sud nije prihvatio zahtjev stranke da dvije osobe koje je ona označila prisustvuju raspravi, presuda bi se mogla pobijati samo zbog tzv. relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (354/1.).

Zbog odbijanja suda da dopusti tzv. interesnu javnost u slučaju u kojem bi bila isključena tzv. opća javnost (308/2.; v. *supra ad* V.), presuda bi se u načelu mogla pobijati samo po pravilima o tzv. relativno bitnim povredama parničnog postupka (354/1.), iako je teško nazrijeti kako bi isključene takve javnosti moglo utjecati na pravilnost i zakonitost suđenja.

Zato što je sud dopustio da ročištu prisustvuje tzv. opća javnost u slučajevima u kojima je ona *ex lege* isključena (v. *supra ad* II.8.2.), presuda bi se mogla pobijati samo po pravilima o tzv. relativno bitnim povredama parničnog postupka (*arg. ex* 354.). Zato što bi sud javnost dopustio nakon što je donio odluku o isključenju javnosti, presudu bi također bilo moguće pobijati po pravilima o tzv. relativno bitnim povredama (354/1.), osim ako se *in concreto* okolnost da je sud prešutno dopustio javnost nakon što ju je isključio, ne bi mogla protumačiti kao konkludenta izmjena prijašnje odluke zbog naknadne izmjene činjeničnog stanja.

Dopuštenje javnosti protivno zakonu odnosno odluci suda o njezinu isključenju moglo bi dovesti do pogrešnog i/ili nepotpunog utvrđenja činjeničnog stanja i time do nepravilne odluke, pa stoga i do relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka ako bi se zbog toga stranka suzdržala iznijeti tvrdnje o nekim bitnim činjenicama ili zato što su svjedoci uskratili svjedočenje ili odgovore na pojedina pitanja, odnosno zato što su stranke uskratile svoje iskaze, itd.

### VIII. Zaključne napomene

Ostvarivanje načela javnosti pretpostavlja razumijevanje njegove važnosti u sudskim postupcima – na pravo-političkoj razini koja je potvrđena i odgovara-



jućim ustavno-konvencijskim te zakonskim rješenjima, ali, što je najvažnije, i na organizacijsko provedbenoj razini. U hrvatskoj pravnoj javnosti i sudskoj praksi se značenje javnosti podcjenjuje; nerijetko se njegova primjena (namjerno) izigrava npr. izbjegavanjem da se sudske odluke javno objavljuju. U praksi je zbog uvriježenoga načina organizacije vođenja parnica ono onemogućeno. Ostvarivanje javnosti dovedeno je u pitanje i nepostojanjem odgovarajućih prostornih uvjeta za provedbu suđenja, nerijetkom nemogućnošću da javnost bez osobitih napora sazna za raspored rada pojedinih sudaca, odnosno za ročišta u pojedinim predmetima.

Poštovanjem zahtjeva koji se pred državu općenito, ali i pred sudove posebno postavljaju u ime načela javnosti, manifestiralo bi se poštovanje prema onima koji tu javnost čine, prema pravu općenito. Takvo bi poštovanje indiciralo i odnos onih koji primjenjuju zakon, sudaca, prema njihovu poslu, prema njihovoj misiji u ostvarivanju pravnoga poretka.

Stvaranje uvjeta za oživotvorenje načela javnosti zahtijevalo bi, ono što se čini osobito važnim, općenito reorganizaciju načina rada sudova kao institucija, njihovo otvaranje građanima, ali i reorganizaciju rada u pojedinim slučajevima – osiguranjem usmenog, neposrednog, koncentriranog, jasnog javnog raspravljanja. U tom smislu bi se javnošću doprinosilo bržem, odgovornijem i kvalitetnijem suđenju.

## Summary

### **THE PRINCIPLE OF PUBLICITY IN CIVIL PROCEDURE - Contribution to Efforts to Justify and Reaffirm the Institute –**

An attempt is given to determinate legal and political basis of the principle of publicity in Croatian civil procedure. A premise to define the so called general or populist publicity has been determined as well as prerequisites for its realization, its effects and constitutional, conventional and legal basis. Criteria to limit and exclude the publicity are analyzed also. A special attention is paid to notions of the so called party publicity, limited substitutive publicity and interest publicity. A special emphasize is given to cases where the publicity has been absolutely excluded. It has been researched what kind of legal consequences can prevail in case of breach of rules to guarantee the publicity, that is to prescribe its limitations or exclusion. Conclusively, a current situation concerning the application of principle in Croatian court practice has been described. Possible modes to prevail the situation have been pointed out also.

**Key words:** *publicity, civil procedure.*

## Zusammenfassung

**DAS PRINZIP DER ÖFFENTLICHKEIT IM  
PROZESSVERFAHREN  
- Beitrag mit Versuchen zur Rechtfertigung  
und Bejahung des Instituts -**

Es wird versucht, die rechtspolitischen Grundlagen des Prinzips der Öffentlichkeit im kroatischen Prozessverfahren zu bestimmen; es werden Prämissen zur Definition der sog. allgemeinen oder Volksöffentlichkeit festgelegt, Voraussetzungen zu deren Realisierung, deren Wirkung, deren verfassungsmäßige und gesetzliche Grundlagen; es werden Kriterien zur Beschränkung und zum Ausschluss der Öffentlichkeit dargelegt; es werden die Begriffe der sog. Partei-, beschränkten Supstitutiven- und Interessenöffentlichkeit betrachtet; es werden Fälle von absolutem Ausschluss der Öffentlichkeit angeführt sowie Rechtsfolgen der Verletzung der Regeln untersucht, durch die Öffentlichkeit garantiert wird bzw. durch die ihre Beschränkung bzw. ihr Ausschluss vorgeschrieben wird. Abschließend werden die bestehende Situation bei der Anwendung des Prinzips in der kroatischen Gerichtspraxis konstatiert und mögliche Arten zur Überwindung dieser Situation angeführt.

*Schlüsselwörter: Öffentlichkeit, Prozessverfahren.*

## Sommario

**PRINCIPIO DI PUBBLICITÀ NEL PROCESSO CIVILE  
– Contributo ai tentativi di giustificazione e  
di riaffermazione dell'istituto –**

Si cerca di determinare le basi giuspolitiche del principio di pubblicità nel processo civile croato; si stabiliscono le premesse alla definizione della cosiddetta pubblicità generale o popolare, come pure i prerequisites per la sua realizzazione, i suoi effetti e i suoi fondamenti costituzionali-convenzionali e legislativi; si esaminano i criteri per limitare ed escludere la pubblicità; si considerano le nozioni della cosiddetta pubblicità di parte, sostitutiva limitata e di interesse; si riportano i casi di assoluta esclusione della pubblicità e si ricercano le conseguenze giuridiche, per la violazione delle regole a garanzia della pubblicità, che prescrivono la sua limitazione o esclusione. Conclusivamente si constata la situazione attuale dell'applicazione del principio nella prassi giudiziale croata e si indicano i possibili modi di superamento di tale condizione.

*Parole chiave: pubblicità, processo civile.*



## STJECANJE PRAVA VLASNIŠTVA PRIMJENOM USTANOVA DOSJELOŠTI I UZURPACIJE NA NEKRETNINAMA KOJE SU BILE U DRUŠTVENOM VLASNIŠTVU

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

UDK: 347.23(497.5)  
347.232.4(497.5)  
Ur.: 15. studenog 2007.  
Pr.: 2. prosinca 2007.  
Izvorni znanstveni članak

*Dosjelošću nije se moglo steći pravo vlasništva na nekretninama koje su bile u državnom vlasništvu ako nije stečeno do 6. travnja 1941., odnosno na nekretninama u općenarodnoj imovini / društvenom vlasništvu od 15. svibnja 1945. do 8. listopada 1991., kada je ukinuta ova zakonska zapreka izričito propisana zakonom (1959. i 1980.). Postojala je uistinu od 15. svibnja 1945. jer su se od tada nekretnine mogle prenositi iz društvenog u privatno vlasništvo samo iznimno, pod uvjetima i pretpostavkama koje su bile izričito propisane zakonom, među kojima nije bila i ustanova dosjelošti. Vrijeme dosjelošti, međutim, proteklo prije prelaska nekretnine u društveno vlasništvo, po mišljenju autora, nastavlja se njenim vraćanjem u privatno vlasništvo, a najkasnije 8. listopada 1991., ako je za cijelo vrijeme održan neprekinuti kvalificirani posjed.*

*Na određenim površinama obradivog zemljišta u društvenom vlasništvu priznavalo se pravo vlasništva fizičkoj osobi ako je do 6. travnja 1941. uzurpirano zemljište u državnom vlasništvu, odnosno zemljište u vlasništvu seoskih zemljišnih zajednica i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina do 19. travnja 1947., kada je i to zemljište zakonom bilo preneseno u društveno vlasništvo, pod uvjetom da je uzurpant ili njegov pravni sljednik neprekidno obrađivao zemljište za svoje potrebe. Pod istim pretpostavkama priznavalo se pravo vlasništva na ograđenom pašnjaku u državnom vlasništvu koji je uzurpiran do 6. travnja 1941. Ovi propisi prestali su vrijediti 6. studenog 1993. u Republici Hrvatskoj, ali su započeti postupci o priznavanju prava vlasništva po osnovi uzurpacije nastavljeni do pravomoćnog okončanja. Priznanjem prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu nakon toga uključenim u građevinsko područje iznevjerena je ideja: zemlja – zemljoradnicima, jer su se zemljoradnici i stočari, proizvođači hrane i sirovina preko noći prometnuli u spekulante*

*koji raspolažu besplatno stečenim bogatstvom – zemljišnom rentom koja je trebala ostati u vlasništvu države, odnosno jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave kao dobro svih građana.*

*Ako nije priznato pravo vlasništva po osnovi uzurpacije, nije isključena mogućnost dokazivanja da je pravo vlasništva stečeno po osnovi dosjelogosti, osim na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske. I to bez obzira je li pokrenut postupak uzurpacije ili je zahtjev za utvrđenje prava vlasništva u tom postupku odbijen u cjelini ili djelomično. Iako su pretpostavke za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije bile blaže nego za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, zahtjev za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije bio je ograničen s obzirom na svojstva subjekta i objekta uzurpacije, a takva ograničenja ne poznaje ustanova dosjelogosti. S druge strane, dosjelogost nekretnina u državnom, kasnije u društvenom vlasništvu nastavlja se prelaskom nekretnine u privatno odnosno državno vlasništvo, a najkasnije od 8. listopada 1991. Ovo se ne odnosi na šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu, koji se ne mogu steći dosjelošću. Pravo vlasništva po osnovi uzurpacije priznavalo se iznimno na šumi i šumskom zemljištu do 23. svibnja 1974., a nakon toga ni iznimno.*

**Ključne riječi:** društveno vlasništvo, dosjelogost, uzurpacija, pravo vlasništva.

## Uvod

Kako se na nekretninama u društvenom vlasništvu nije moglo steći pravo vlasništva po osnovi dosjelogosti do 8. listopada 1991., postavlja se pitanje da li se vrijeme za dosjelogost proteklo prije nego što je nekretnina prenesena u društveno vlasništvo, odnosno na državnom zemljištu prije 6. travnja 1941., nastavlja po pravilu o zastoju zastare potraživanja u slučaju da je održan kontinuitet kvalificiranog posjeda do i nakon 8. listopada 1991., kada je zakonom uklonjena zapreka dosjedanja prava vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu, odnosno prije toga dana ako je nekretnina bila prenesena iz društvenog u privatno vlasništvo. Isto pitanje odnosi se i na nekretnine u državnom vlasništvu glede kojih nije proteklo vrijeme dosjelogosti do 6. travnja 1941.

Pravo vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu stjecalo se po osnovi uzurpacije, ako je uzurpacija izvršena prije 6. travnja 1941. godine na državnom zemljištu, odnosno prije 19. travnja 1947. na zemljištu seoskih zemljišnih zajednica i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina.

U ovom radu raspravlja se o pretpostavkama za stjecanje prava vlasništva dosjelošću i primjeni pravila zastoja tijekom dosjelogosti kao i o pretpostavkama za stjecanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije.

Ustanovom dosjelogosti uređene su pretpostavke stjecanja prava vlasništva na stvarima u privatnom vlasništvu, pa i na stvarima u državnom vlasništvu ako

zakonom nije drukčije određeno, ali je po toj pravnoj osnovi bilo isključeno stjecanje prava vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu. Radi utvrđenja tko je prijašnji vlasnik, ako je to sporno, u svakom konkretnom slučaju mora se utvrditi jesu li bile ispunjene pravne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva po osnovi dosjeloosti na određenoj nekretnini prije nego što je ta nekretnina prenesena iz privatnog u društveno vlasništvo (općenarodnu imovinu). U vezi s tim raspravlja se o sukcesiji posjeda ako je nekretnina ostala u posjedu osobe koja je bila kvalificirani posjednik od njenog prelaska u društveno vlasništvo do dana njenog prelaska iz društvenog u privatno vlasništvo i nakon toga ili najkasnije do 8. listopada 1991. i nakon toga do isteka zakonskog roka za dosjeloost.

Pravo vlasništva po osnovi uzurpacije priznaje se, međutim, pod određenim zakonskim pretpostavkama i na zemljištu u društvenom vlasništvu ako je uzurpacija izvršena na zemljištu u državnom vlasništvu prije 6. travnja 1941.,<sup>1</sup> koje je u samoupravnom socijalističkom sustavu postalo društveno vlasništvo.

### ***1. Dosjeloost kao temelj stjecanja prava vlasništva na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu 8. listopada 1991.***

U pogledu primjene građanskopravne ustanove dosjeloosti prava vlasništva na stvari u društvenom vlasništvu Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima bio je izričit: "Na stvarima u društvenom vlasništvu pravo vlasništva ne može se steći dosjelošću" (čl. 29. ZOVO-a)<sup>2</sup>. Time je bilo, dakle, zakonom isključeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću čak i na pokretnim stvarima u društvenom vlasništvu, u vremenu od 1. rujna 1980. do 8. listopada 1991., kada je stavljena izvan snage odredba iz čl. 29. ZOVO-a<sup>3</sup>. Stjecanje prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu dosjelošću bilo je isključeno, izričito, Zakonom o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta od 5. studenog 1959. Ali je zapreka za stjecanje prava na nekretnini u društvenom vlasništvu dosjelošću proizlazila iz načela uspostavljanja društvenog vlasništva, odnosno općenarodne imovine, na temelju Ustava FNRJ od 31. siječnja 1946. i prisilnog prijenosa nekretnina iz privatnog vlasništva u općenarodnu imovinu / društveno vlasništvo.

Sve do 8. listopada 1991. dosjelošću se nije moglo stjecati ni pravo služnosti na nekretninama u društvenom vlasništvu (čl. 55. ZOVO-a).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Odnosno, na području SR Srbije prije 28. kolovoza 1945.; vidi Stanković, O. – Orlić, M., *Stvarno pravo NIU Sl. I. SFRJ*, Beograd, 1990., str. 182-183, Urošević, R., *Raspravlanje imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem zemljišta u društvenoj svojini*, "Opština", Beograd, XVII, br. 10/1964., str. 44. – 50.

<sup>2</sup> Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Sl. list SFRJ 6/80. i 36/90.

<sup>3</sup> Čl. 3. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN 53/91., od 8. listopada 1991.

<sup>4</sup> Čl. 3. ZP ZOVO-a.

### **1.1. Pravna pravila OGZ-a**

U privatnovlasničkom sustavu, uz ostale pretpostavke zakonom propisane za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, bitne su dvije:

- subjekt sposoban za stjecanje prava vlasništva dosjelošću i
- stvar (u ovom slučaju nekretnina) na koju se može steći pravo vlasništva.

Prije stupanja na snagu ZOVO-a (1. rujna 1980.) primjenjivala su se pravna pravila bivšeg OGZ-a<sup>5</sup> pod pretpostavkom da nisu suprotna Ustavu i zakonima FNRJ/SFRJ i njenih federalnih jedinica.<sup>6</sup> Bivši OGZ imao je dva pravila značajna za ovu ustanovu:

- a) tko je sposoban steći, taj može također dosjelošću steći pravo vlasništva i druga prava (§ 1453.)<sup>7</sup>;
- b) sve što se može steći može se i dosjesti. Ovamo ne spadaju stvari koje se “radi njihove sućanstvene vlasnosti” ne mogu posjedovati kao ni one “koje se nikako ne mogu otuđiti” (§ 1455.)<sup>8</sup>.

Gornja pravila bila su u skladu s vlasničkim sustavom građanskog prava uređenom po OGZ-u. Po tom sustavu, u načelu su sve osobe pravno sposobne, a pravno sposobne osobe mogu stjecati pravo vlasništva bez ograničenja. Predmetom prava vlasništva su sve stvari, osim onih koje to ne mogu biti po prirodi ili zato što su zakonom isključene iz pravnog prometa (opća dobra, javna dobra u općoj uporabi). Nasuprot tomu, u sustavu društvenog vlasništva vlasničkopravne osobe mogu stjecati pravo vlasništva samo do granica koje određuje zakon, a nekretnine u društvenom vlasništvu mogu se prenositi u privatno vlasništvo samo pod pretpostavkama koje su određene zakonom.

Ovo pravilo OGZ-a uklapa se u sustav slobodnog i u načelu neograničenog prometa prava vlasništva na svim stvarima (pokretnim i nepokretnim) na kojima može postojati pravo vlasništva.

### **1.2. Pozitivni propisi**

Sposobnost vlasničkopravne osobe za stjecanje prava vlasništva na nekretnine bila je u socijalističkom sustavu ograničena zakonom koji je određivao maksimum prava vlasništva na nekretninama (čl. 13. ZPZZ-a)<sup>9</sup>. Iznad te granice nekretnine su se prenosile u društveno vlasništvo po samom zakonu (čl. 14. ZPZZ-a). Prema tomu, ni dosjelošću nije se moglo stjecati pravo vlasništva

<sup>5</sup> Opći građanski zakonik koji je bio na snazi na području današnje Republike Hrvatske do 6. travnja 1941.

<sup>6</sup> Čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije – pročišćeni tekst, Sl. list FNRJ 86/46. od 23. listopada 1946.

<sup>7</sup> § 926. Srbijanskog građanskog zakonika (SGZ-a).

<sup>8</sup> § 923. SGZ-a.

<sup>9</sup> Zakon o prometu zemljišta i zgrada (pročišćeni tekst Sl. list SFRJ 43/65., 57/65., 17/67. i 11/74., NN 52/73.).

preko zakonskog maksimuma.<sup>10</sup> Riječ je o stjecanju prava vlasništva na nekretninama u privatnom vlasništvu ako su bile ispunjene zakonske pretpostavke za dosjeloost, a zbog prekoračenja zakonskog maksimuma za prelazak nekretnine iz privatnog u društveno vlasništvo.

Nekretnine u društvenom vlasništvu bile su u načelu neotuđive<sup>11</sup> (*supra*). Nakon 1. srpnja 1954. iznimno se moglo otuđivati poljoprivredno zemljište pod pretpostavkama i na način propisan zakonom (čl. 1. st. 1. ZPZZ-a) koji je bio na snazi do 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 1. podstavak 3. ZV-a)<sup>12</sup>. Posebne pretpostavke bile su određene najprije saveznom, a zatim republičkim Zakonom o poljoprivrednom zemljištu za stjecanje prava vlasništva u postupku arondacije i komasacije, pa i izvan tih postupaka,<sup>13</sup> npr. u postupku eksproprijacije (nagodba o supstituciji)<sup>14</sup>.

Otuđenje šuma i šumskog zemljišta u društvenom vlasništvu bilo je još više ograničeno: mogle su se otuđivati samo periferne šume u postupku arondacije i komasacije u svrhu zaokruživanja kompleksa ovih nekretnina u društvenom vlasništvu.<sup>15</sup>

Zgrade u društvenom vlasništvu mogle su biti u prometu pod uvjetima određenim zakonom (čl. 1. st. 3. ZPZZ-a).

Građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu bilo je neotuđivo. Na tim zemljištima mogla su se stjecati “prava određena zakonom” (čl. 1. st. 2. ZPZZ). Iznimke koje su se odnosile na građevinsko zemljište izvan užeg građevinskog područja (čl. 30. st. 3. i 4. i čl. 18. ZPZZ) prestale su važiti 8. siječnja 1981.<sup>16,17</sup>

Budući da nijedan zakon nije predviđao mogućnost stjecanja prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu, a s obzirom na načelo neotuđivosti tih nekretnina (zemljište), odnosno stjecanja prava vlasništva na njima samo pod određenim zakonskim pretpostavkama – stjecanje prava

<sup>10</sup> Samo u slučaju nasljeđivanja preko zakonskog maksimuma, vlasnik je imao pravo da u okviru maksimuma, izabere onu od svih nekretnina na koju zadržava pravo vlasništva (čl. 15. st. 1. ZPZZ).

<sup>11</sup> Vidi Ustavni sud Jugoslavije IU 41/3-88, od 14. lipnja 1989.

<sup>12</sup> Zakon o prometu zemljišta i zgrada, Sl. list FNRJ 26/54., od 23. lipnja 1954., stupio je na snagu 1. srpnja 1954. (čl. 74.), a uz odgovarajuće izmjene i dopune primjenjivao se i u Republici Hrvatskoj do 1. siječnja 1997. Vidi čl. 394. st. 1. podstavak 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06. 141/06.).

<sup>13</sup> Čl. 36.–57. Osnovnog zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta (pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ 25/65.). Čl. 81.–94. Zakona o poljoprivrednom zemljištu SRH, NN 26/84.

<sup>14</sup> Čl. 35. Zakona o eksproprijaciji, proć. tekst, Sl. list SFRJ 11/68. i 30/68.; čl. 37. Zakona o eksproprijaciji, NN 30/78., 5/80., 30/82., 46/82. – pročišćeni tekst, 28/87., 39/88. i 73/91., koji se primjenjivao od 18. veljače 1994. (čl. 49. Zakona o izvlaštenju, NN 9/94.) propisivao je: “Naknada za ekspropirane nekretnine određuje se, u pravilu, davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine na kojoj može postojati pravo vlasništva” (čl. 37. st. 1.).

<sup>15</sup> Čl. 47.–50. Osnovnog zakona o šumama (pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ 26/65. i čl. 62.–64.); Zakon o šumama SRH, NN 20/77., pročišćeni tekst, NN 52/90., 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 29/94. i 8/00.

<sup>16</sup> Čl. 78. al. 3. i 79. Zakona o građevinskom zemljištu, NN 54/80.

<sup>17</sup> VSH Rev 1707/86. od 3. veljače 1987., PSP 35/27.

vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu, pa i na poljoprivrednom zemljištu, bilo je neizravno isključeno i prije stupanja na snagu Zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta (5. studenog 1959.).<sup>18</sup> To je bilo gledište i tadašnje sudske prakse koja se pozivala na ustavna načela o ulozi općenarodne imovine “u razvitku narodne privrede”, zbog čega stoji “pod naročitom zaštitom države”. Društveno vlasništvo na nekretninama može prestati samo pod pretpostavkama iz čl. 1. ZPZZ-a, tj. na temelju pravnog posla u skladu s uvjetima koji su zakonom propisani.<sup>19</sup> Po spomenutom Zakonu u načelu se nije moglo dosjelošću steći pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu (čl. 112. st. 1.). Postojale su dvije prividne iznimke koje proizlaze iz načela važenja zakona u vremenu i načela pravne sigurnosti, bitnog svojstva prava, u svakom pravnom sustavu, a u biti su potvrđivale načelo po kome se dosjelošću ne može steći pravo vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu:

1. ovo načelo se ne odnosi na slučajeve kada je vrijeme potrebno za dosjelošt isteklo do 6. travnja 1941.;

<sup>18</sup> Sl. list SFRJ 43/59. od 28. listopada 1959.

<sup>19</sup> “Već Ustav FNRJ (član 16.) postavlja načelo da je opštenarodna imovina glavni oslonac društvene zajednice u razvitku narodne privrede, da opštenarodna imovina stoji pod naročitom zaštitom države i da se uprava i raspolaganje takvom imovinom određuje zakonom. Dosledno ovom ustavnom načelu, docnije i Zakon o prometu zemljišta i zgrada (Sl. list FNRJ 26/54.) u članu 1. potvrđuje načelo da prestanak društvene svojine na zemljištu i drugim nepokretnostima može da nastane samo na način i pod uslovima koje previđa zakon. Jasno je, dakle, da je načelima pravnog poretka FNRJ suprotno i prema tome, ne može se primeniti stanovište da društvena svojina na nepokretnosti prestaje i da nekretnina prelazi u privatno vlasništvo po osnovi održaja. To načelo je posredno izraženo i u članu 1. Zakona o zaštiti narodnih dobara i njihovom upravljanju (Službeni list DFJ 36/45.), mada je tu neposredno reč o imovini koja postaje opštenarodna imovina na osnovu odluke AVNOJ-a”. (Presuda Saveznog vrhovnog suda Gz 57/57., od 18. listopada 1957. ZSO II/III, 1957., sentenca br. 626., str. 86.) Osam godina ranije Okružni sud u Šibeniku je presudio: “nema mjesta dosjelošti na štetu općenarodne imovine” (Gž 65/49., od 2. travnja 1949., cit. iz Vuković, M., Osnovi stvarnog prava, Školska knjiga, Zagreb, 1950., str. 84.)

“Držanjem spornog imanja od 1941. godine nadalje tužilac se u cilju sticanja prava svojine na istom ne može koristiti, jer po članu 1 Zakona o zaštiti narodnih dobara i njihovom upravljanju (Sl. list FNRJ 36/45.) opštenarodna imovina ne podleže održaju i zastari, budući da je pravo države kao nosioca prava svojine na opštenarodnoj imovini nezastarivo, a po stavu 3 člana 3 republičkog Zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih uzurpacijom zemljišta u opštenarodnoj imovini (Sl. list NR BiH 12/55.) zabranjeno je svako samovlasno zauzimanje odnosno bespravno držanje zemljišta u opštenarodnoj imovini”. (VSNR BiH Gž 306/56., od 9. studenog 1956., ZSO I/III, 1956., sentenca br. 687., str. 138./139.)

Tako i Mihajlovski, V., O održaju kao originarnom načinu pribavljanja prava svojine, Pravni život, god. IX., br. 3-4, 1960., str. 22.-23. Vuković, M., Stvarno pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1950., str. 84.; Spaić, V., Građansko pravo. Opšti dio i stvarno pravo, Sarajevo 1971., str. 612., Rajačić, Č., Stvarno pravo, Zagreb, 1956., navodi: “Ako se vlasništvo ne može u danom slučaju steći pravnim poslom, ono se ne može steći ni dosjelošću” (str. 167.). Suprotno Gams, A., Osnovi stvarnog prava, 2. prerađeno i dopunjeno izd., Beograd, 1959., str. 168. koji je smatrao da se na svim stvarima koje mogu biti u privatnom vlasništvu može dosjelošću steći pravo vlasništva i kada su te stvari u društvenom vlasništvu.



2. isključenje dosjelnosti se ne odnosi “na slučajeve koji su raspravljeni pravomoćnom sudskom presudom do dana kad je ovaj Zakon stupio na snagu” (čl. 112. st. 2.).<sup>20,21</sup>

U skladu s univerzalnim načelom važenja zakona u vremenu prva je iznimka logična, jer do 6. travnja 1941. nije bilo društvenog vlasništva (općenarodne imovine), a na nekretninama u državnom vlasništvu (na koje se odnosi ova iznimka) moglo se po tadašnjem zakonu steći pravo vlasništva dosjelošću protekom vremena od 40 godina (§ 1472. OGZ-a.)<sup>22</sup>. Ako su do toga dana bile ispunjene sve zakonske pretpostavke, uz protek vremena, za stjecanje prava vlasništva dosjelošću<sup>23</sup> potonji zakon ne bi mogao negirati ili poništiti pravni učinak dosjelnosti (originarno stjecanje prava vlasništva) jer bi time vrijeđao drugo univerzalno načelo: zaštite stečenih prava<sup>24</sup>. U granicama zakonskog maksimuma prava vlasništva na nekretninama i tadašnji pravni poredak štitio je stečena prava<sup>25</sup>. Iznad zakonskog maksimuma nije se moglo steći pravo vlasništva.

Druga je iznimka kazuistički izraz tradicionalnog procesnog načela *res judicata facit ius inter partes*. Ovo je načelo izraz jednog višeg načela koje izražava bit prava – načela pravne sigurnosti. Pravomoćna sudska presuda koja se ne može pobijati, ni redovnim ni izvanrednim pravnim sredstvima, makar se zasnivala na pogrešnoj primjeni prava, stvorila je pravo, odnosno promijenila ili ukinula postojeće pravo, tj. pravni odnos između parničnih stranaka<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Dosjedanje prava vlasništva na zemljištu u društvenom vlasništvu bilo je isključeno Zakonom o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta (Sl. list FNRJ 43/59.), u: proć. tekst, u: Osnovni zakon o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta, Sl. list SFRJ 25/65. i 12/67., 14/70., NN 52/71. i 52/73.) čl. 12. Vidi sudsku praksu VSJ Rev 1935/64. od 30. listopada 1964. ZSO IX-3, 249.; VSH, Gž-147/62., od 7. lipnja 1962.; SVS Gž-57/57. od 18. prosinca 1957., ZSO II-3, 626.; VSH Gzz-55/79. i Gž - 71/81. Pravo vlasništva na zemljištu u društvenom vlasništvu priznavalo se po Zakonu o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem (uzurpacijom) zemljišta u općenarodnoj imovini (NN 31/58.), ako je stečeno dosjelošću do 6. travnja 1941., protekom četrdeset godina (pravno shvaćanje Sjednice odjeljenja VSH, od 3. kolovoza 1962.), slično UpSH, Us-5340/80. od 24. prosinca 1980., i VSH, Rev. 22/86. od 8. lipnja 1986. Nije se moglo priznati pravo vlasništva temeljem uzurpacije na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu (UpSH, Us-4915/85., od 16. siječnja 1986., i UpSH, Us-1675/79., od 19. prosinca 1979.) (podaci iz knjige Žuvela, Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 1990., str. 154. i dalje.).

<sup>21</sup> Poznić, B., Zakon o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta, Arhiv za pravne i društvene nauke, god. XLVI., br. 1 – 2, 1960.

<sup>22</sup> Po SGZ-u “ako su na ime pritežaočevo u baštinske knjige uvedene, iziskuje se 12 godina, ako li u knjige baštinske na ime pritežaočevo uvedene nisu, ište se 36 godina”. (§ 931.), a po Crnogorskom Opštem imovinskom zakoniku – 30 god. (čl. 46.).

<sup>23</sup> Pravni stav sjednice Građanskog odjela VSH (4/80) od 7. srpnja 1980., PSP 17/38., VSH Gzz 55/79, od 23. listopada 1979., PSP 16/42; VSH Gzz 55/79, od 23. listopada 1979., PSP 16/42, VSH Gzz 2/81, od 9. prosinca 1981., PSP 20/28 i Rev 253/90, od 21. ožujka 1990., PSP 48/24.

<sup>24</sup> To je bilo, međutim, dvojbeno u ranijoj sudskoj praksi (Vuković, op. cit., str. 84.).

<sup>25</sup> Perović, S., Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, Teorija sukoba zakona u vremenu, Svetozar Marković, Beograd, 1984., str. 109.–115. (domen primjene teorije o stečenim pravima).

<sup>26</sup> Zuglia, S., Građanski parnični postupak FNRJ, Školska knjiga, Zagreb, 1957., str. 487. Drukčije Triva, S., Građansko procesno pravo I, Narodne novine, Zagreb, 1965., str. 540. i Poznić,

Time je bilo izričito propisano načelo po kojemu se ne može steći dosjelošću pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu ako vrijeme potrebno za dosjelogost nije proteklo do 6. travnja 1941. Po pravnim pravilima bivšeg OGZ-a vrijeme potrebno za dosjelogost – stjecanje prava vlasništva na nekretninama bilo je 30 godina (§§ 1465. i 1468.)<sup>27</sup>, odnosno na nekretninama u državnom, crkvenom i općinskom vlasništvu te vlasništvu neprofitabilnih (dobrotvornih) pravnih osoba – 40 godina (§ 1472.). U pogledu mogućnosti stjecanja prava vlasništva na šume u državnom vlasništvu, u sudskoj praksi SRH nije bilo dvojbe ako su se ispunili uvjeti za dosjelogost do 6. travnja 1941.<sup>28</sup>

### **1.3. Isključenje primjene ustanove dosjelogosti na šume i šumska zemljišta u društvenom vlasništvu**

Budući da je dosjelogost izričito isključivao Zakon o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta, a Zakon o šumama i šumskom zemljištu je šutio, u praksi se postavilo pitanje da li se analogno ovo isključenje odnosi i na šume i šumsko zemljište u društvenom vlasništvu. O tome su raspravljali oni pravници koji su previdjeli da su se nekretnine u društvenom vlasništvu mogle stjecati samo iznimno po osnovama određenim zakonom među kojima nije bila pravna osnova dosjelogosti.

#### **1.3.1. Stav Vrhovnog suda Hrvatske**

U jednom je slučaju Vrhovni sud NRH presudio:

“Pravilno je stanovište tuženoga organa da odredba iz člana 113. st. 3. Zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta se ne odnosi na šume...”,<sup>29</sup> a ta je odredba glasila: “Neće se smatrati uzurpiranim zemljište u pogledu kojeg su do 6. travnja 1941. ispunjeni uvjeti za dosjelogost, što ih predviđaju pravila imovinskog prava.” Dakle, prema ovom stanovištu, *argumentum a contrario*, na

---

B., Gradansko procesno pravo, 7. dopunjeno izd., Savremena administracija, Beograd, 1980., br. 523-534, str. 281. – 287., ali i oni uvažavaju načelo prema kojem se ne može ponovo suditi o pravomoćno presuđenoj stvari (*ne bis in idem*).

<sup>27</sup> Po SGZ-u 24 godine, a “ako je s tapijom i u baštinske knjige uvedeno, dosta je 10 godina” (§ 929.).

<sup>28</sup> VSH Gzz 2/81, od 9. prosinca 1981., PSP 20/28. Suprotno gledište zastupao je VSBiH, oslanjajući se na Zakon o šumama SRBiH iz 1971., prema kome predmnjeva da su šume u društvenom vlasništvu se ne može obarati ni u slučaju da je vrijeme potrebno za dosjelogost proteklo do 6. travnja 1941. (VSBiH 234/90, od 22. veljače 1991., Bilten sudske prakse VSBiH, br. 2/91, 32). Ovo zakonsko rješenje bilo je u skladu s načelom važenja zakona u vremenu samo u pogledu onih šuma koje se ni po propisima do 6. travnja 1941. nisu mogle prenositi iz državnog u privatno vlasništvo.

<sup>29</sup> VS NRH U br. 469/61-4, od 25. ožujka 1961., navedena u članku Majtin, Z., Primjena člana 112-II i člana 113-III Zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta, Odvjetnik, god. XLV., br. 1, 1962., str. 7.; Čalija, B., Primjena člana 112 i 113. Zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta u vezi sa rješavanjem uzurpacija, Narodna uprava, br. 4, 1966.



šumama u društvenom vlasništvu može se stjecati pravo vlasništva dosjelošću i u slučaju kada su se pravne pretpostavke za ovo ispunile nakon 6. travnja 1941., sve do stupanja na snagu Zakona o šumama SRH<sup>30</sup> (31. svibnja 1977.) koji je izričito isključio primjenu ustanove dosjelošti na šume u društvenom vlasništvu.

### 1.3.2. Kritika stava Vrhovnog suda

Točno je da se gornja odredba ne odnosi izravno na šume i šumska zemljišta u društvenom vlasništvu, jer spomenuti Zakon uređuje prava na poljoprivrednom zemljištu, a ne na šumama i šumskom zemljištu, ali se iz toga nije mogao izvoditi zaključak da se na šume u društvenom vlasništvu moglo stjecati pravo vlasništva dosjelošću, samo zato što za šume u društvenom vlasništvu do 31. svibnja 1977. nema tako izričite odredbe o isključenju ustanove dosjelošti kakvu je imao Zakon o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta od 5. studenog 1959. Ovo čak i pod pretpostavkom da se pravo vlasništva na tim nekretninama moglo stjecati iznimno i na temelju pravnog posla.

Pravilo o isključenju ustanove dosjelošti za stjecanje prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu bilo je samo kazuistički izraz višeg načela: da se ne može stjecati pravo vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu, osim po osnovi i na način propisan zakonom. Spomenuta presuda bila je kritizirana na temelju logičke interpretacije *ad maior*,<sup>31</sup> jer ako je isključeno stjecanje prava vlasništva dosjelošću na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu, kritičar ispravno zaključuje: utoliko prije je isključeno stjecanje prava vlasništva na šumi i šumskom zemljištu u društvenom vlasništvu koje se uopće nije moglo prenijeti u privatno vlasništvo pravnim poslom izvan postupka arondacije, komasacije i eventualno eksproprijacije (nagodba)<sup>32</sup> davanjem u zamjenu periferne šume i šumskog zemljišta u društvenom vlasništvu za arondirane, komasirane ili eksproprijirane nekretnine unutar kompleksa šuma i šumskog zemljišta. U sudskoj praksi je i prije 5. studenog 1959. zauzeto gledište da se na šumama u općenarodnoj imovini ne može steći pravo vlasništva dosjelošću,<sup>33</sup> što se podudaralo s generalnim gledištem Saveznog vrhovnog suda da se na nekretninama u društvenom vlasništvu ne može steći pravo vlasništva dosjelošću<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Zakon o šumama SRH, NN 20/77.

<sup>31</sup> Majtin, Z., Primjena čl. 112. – II i čl. 113. – III Zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta na šumska zemljišta, *Odvjetnik*, XII, 1962., br.1., str. 6. - 9.

<sup>32</sup> Čl. 47.-50. Osnovnog zakona o šumama, *Sl. list SFRJ* 26/65.; čl. 35. st. 2. i 3. Zakona o ekproprijaciji, *Sl. list SFRJ* 11/68., 30/68.

<sup>33</sup> VS BiH Gž 236/57, od 24. prosinca 1957., *ZSO Knj.* 2., Sv. 3., sentenca 627., str. 88.

<sup>34</sup> SVS Gz 57/57, od 18. listopada 1957., *ZSO Knj.* 2., Sv. 3., sentenca 626., str. 86.

### *1.3.3. Izričito zakonsko isključenje stjecanja prava vlasništva na šumama i šumskom zemljištu dosjelošću*

Kako bi otklonio moguće dvojbe u primjeni ustanove dosjeloosti na šume i šumska zemljišta u društvenom vlasništvu, koje je poticala i netom kritizirana odluka VSRH, Zakon o šumama SRH, koji je stupio na snagu 31. svibnja 1977., izričito je propisao: “Na šumama i šumskom zemljištu u društvenom vlasništvu ne može se steći pravo vlasništva dosjelošću” (čl. 49. st. 2.). Ova je odredba zadržana u Zakonu o šumama i nakon prijenosa šuma i šumskog zemljišta u društvenom vlasništvu u vlasništvo Republike Hrvatske (23. listopada 1990.)<sup>35,36</sup> i to sve do 12. siječnja 2000.<sup>37</sup> kada je ukinuta odlukom Ustavnog suda RH<sup>38</sup>.

### *1.4. Odluka Ustavnog suda RH o ukidanju odredbe Zakona o šumama koja isključuje stjecanje vlasništva dosjelošću*

U obrazloženju odluke Ustavnog suda RH o ukidanju odredbe koja je isključivala primjenu ustanove dosjeloosti na šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu, između ostalog, navodi se: “... Ustavni sud je utvrdio da je protivno temeljnim ustavnim načelima demokratske države, apsolutno isključivanje mogućnosti stjecanje prava vlasništva dosjelošću, posjedniku propisane kakvoće koji šumom odnosno šumskim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske gospodari na način uređen zakonom i kroz propisano vremensko razdoblje.”

#### *1.4.1. Kritika odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske od 12. siječnja 2000.*

Ustavni sud se poziva na pravno-političko ustavno načelo (“demokratske države”), pa iz toga načela izvodi zaključak da demokratska država ne može isključiti primjenu ustanove dosjeloosti šuma u državnom vlasništvu, iako prešutno dopušta da se zakonom može zabraniti otuđenje tih nekretnina.

##### *a) Nespojivost ustanove dosjeloosti s načelom zabrane otuđenja*

Kao što je naprijed izloženo, dosjeloost je spojiva (kompatibilna) s načelom slobodnog raspolaganja pravom vlasništva na stvarima, odnosno sa svojstvom prometnosti prava vlasništva na stvarima.

Pravo vlasništva na određene stvari na koje se ono može steći samo iznimno, kao na nekretninama u društvenom vlasništvu kad se ispune odgovarajuće zakonske pretpostavke, općenito se ne može steći dosjelošću, osim, eventualno, u slučaju kad se te pretpostavke (iznimke) podudare s pretpostavkama koje propisuje ustanova dosjeloosti.

<sup>35</sup> Čl. 6. i 55. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, NN 41/90., koji je stupio na snagu 23. listopada 1990.

<sup>36</sup> VS Rev 326/97, od 4. studenog 2002., IO br. 2/2002., t.8.

<sup>37</sup> Vidi Zakon o šumama, NN 52/90., 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93. i 79/99.

<sup>38</sup> Odluka Ustavnog suda RH, od 12. siječnja 2000., br. U- I – 374/1998, objavljena u NN 8/00.

Pozivanjem na temeljna ustavna načela demokratske države Ustavni sud je zaobišao, međutim, zakonsku odredbu iz čl. 55. st. 2. Zakona o šumama<sup>39</sup> prema kojoj se šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu ne mogu otuđivati “osim u slučajevima predviđenim ovim zakonom” (izdvajanje iz šumskog područja, komasacija).<sup>40</sup>

U načelu su šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu neotuđiva. Ako je ta odredba u skladu s Ustavom, a Ustavni sud nije utvrdio suprotno, tada se njegov zaključak zasniva na pogrešnoj premisi iz koje izvodi zaključak da je protivna Ustavu odredba o isključenju ustanove dosjelogosti, jer ta odredba proizlazi upravo iz načela neotuđivosti šuma i šumskog zemljišta u državnom vlasništvu, koje se ne dovodi u pitanje. Stoga je i nakon ukidanja odredbe o isključenju dosjelogosti šuma i šumskog zemljišta u državnom vlasništvu dosjelogost tih nekretnina isključena, jer je njihovo otuđenje dopušteno iznimno (komasacija, izdvajanje iz šumskog kompleksa odlukom nadležnog tijela). Isključenje dosjelogosti, dakle, proizlazi iz načela neotuđivosti, pa je i ukinuta odredba o isključenju dosjelogosti šuma i šumskog zemljišta u državnom vlasništvu bila suvišna.

*b) Odstupanje od načela neotuđivosti šuma i šumskog zemljišta u državnom vlasništvu*

Šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu mogu se izdvojiti iz šumskog gospodarskog područja i prenijeti prava u pogledu izdvojenih šuma i šumskog zemljišta na drugu osobu radi njihova korištenja u druge namjene, ako za to postoji interes Republike Hrvatske. Zakon o šumama<sup>41</sup> propisuje kada se smatra da postoji interes Republike Hrvatske (čl. 51.). Inače se interes Republike Hrvatske utvrđuje na način i u postupku koji je propisan Zakonom o izvlaštenju<sup>42</sup> (čl. 9. – 11.). Smatra se da postoji interes RH prema ovom zakonu:

- 1) ako je šuma ili šumsko zemljište potrebno radi provedbe prostornog plana odnosno uvjeta uređenja prostora u skladu s ovim zakonom, za građenje objekata, za zaštitu od poplava ili privođenja drugoj kulturi koja daje veću korist društvenoj zajednici;
- 2) ako se izdvajanje vrši za potrebe Republike Hrvatske.<sup>43</sup>

U postupku komasacije šuma i šumskog zemljišta može se izvršiti zamjena šuma i šumskih zemljišta i za poljoprivredna zemljišta i obrnuto, kao i zamijeniti šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu za šume i šumska zemljišta na

<sup>39</sup> Tadašnji Zakon o šumama, pročišćeni tekst, NN 52/90., 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93., 76/99.

<sup>40</sup> Sada čl. 52. st. 1. Zakona o šumama, NN 140/05., 82/06.

<sup>41</sup> NN 140/05. i 82/06.

<sup>42</sup> NN 9/94., 35/94., 114/01, 79/06.

<sup>43</sup> Odluku o izdvajanju pojedine šume u državnom vlasništvu iz šumsko-gospodarskog područja donosi Hrvatski sabor, odnosno organ koji on ovlasti (čl. 15. tadašnjeg Zakona o šumama).

kojima postoji privatno vlasništvo (čl. 66.), ali je za komasaciju šuma i šumskog zemljišta potrebno pribaviti suglasnost Vlade Republike Hrvatske (čl. 65.).<sup>44</sup>

Kod ovako restriktivnih mogućnosti otuđenja šuma i šumskog zemljišta iz državnog vlasništva “u općem interesu”, na temelju odluka najviših tijela zakonodavne i izvršne vlasti, nema mjesta ustanovi dosjelogosti: stjecanju prava vlasništva na tim nekretninama po samom zakonu mimo dispozicije ovlaštenih tijela. Ustanova dosjelogosti je spojiva s načelom slobodnog prijenosa prava vlasništva na temelju pravnog posla, u načelu bez zakonskih ograničenja, a nespojiva s načelom neotuđivosti prava vlasništva.

Uz načelo neotuđivosti šume i šumskog zemljišta iz državnog vlasništva, koje ima samo dvije restriktivne iznimke, logično je pravilo o isključenju dosjelogosti, stjecanja prava vlasništva protekom vremena, bez obzira na opći interes (izdvajanje šume), odnosno položaj šume ili šumskog zemljišta (komasacija) i odluke nadležnog državnog tijela zasnovane na utvrđenom interesu Republike Hrvatske. Načelo neotuđivosti šume i šumskog zemljišta iz državnog vlasništva uz gornje restriktivne iznimke, po prirodi stvari, isključuje mogućnost stjecanja prava vlasništva dosjelošću i kada to nije izričito propisano zakonom. Prema tomu, i nakon ukidanja odredbe koja isključuje stjecanje prava vlasništva dosjelošću na šumi i šumskom zemljištu u državnom vlasništvu, ova se ustanova ne može primijeniti jer je isključuje zakonsko načelo neotuđivosti ovih nekretnina sve dok se zakonom ne propiše suprotno, tj. da se pored sadašnjih iznimaka po zakonu i dosjelošću može steći pravo vlasništva na šumi i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske (ne ulazeći u pitanje konzistentnosti takvog zakonskog rješenja).

*c) Sadašnji Zakon o šumama neizravno isključuje stjecanje prava vlasništva dosjelošću na šumi i šumskom zemljištu u državnom vlasništvu*

Ni po sadašnjem Zakonu o šumama, “šume i šumska zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske ne mogu se otuđivati iz vlasništva Republike Hrvatske, osim u slučajevima predviđenim ovim Zakonom” (čl. 52. st. 1.)<sup>45</sup>, među kojima nema stjecanja dosjelošću, stoga je isključeno stjecanje prava vlasništva po toj osnovi na šumi i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske, iako to nije izričito propisano, jer se u pravu iznimke usko tumače<sup>46</sup>.

Ustav jamči pravo vlasništva (čl. 48. st. 1.) i njegovu nepovredivost (čl. 3.) propisujući da se vlasnička prava mogu iznimno ograničiti i radi zaštite interesa

<sup>44</sup> Sada čl. 60. Zakona o šumama.

<sup>45</sup> Zakon o šumama, NN 140/05., od 28. studenog 2005., izmjene i dopune, NN 80/06.

<sup>46</sup> Blagojević, T.B., Tumačenje izuzetaka, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, Knj. knjiga XXXVIII. (LV), br. 5-6, 1939., str. 471.–476. Vuković relativizira pravilo po kome se u pravu iznimke usko tumače. On smatra da se neki izuzeci mogu “proširiti i analogizirati”, a drugi ne, ovisno o tome “za koliko je pravilo, koje odstupa, uže od pravila od koga se odstupa” jer se pojam izuzetak “ne može odrediti samostalno, sam za sebe, već uvijek u odnosu prema prirodi pravila od koga se odstupa”. Vuković, M., Opći dio građanskog prava, Knj. 1., Zagreb, 1959., str. 122. U ovom je slučaju nesumnjivo pravilo koje odstupa od načela neotuđivosti šuma i šumskog zemljišta u državnom vlasništvu neusporedivo uže od načela neotuđivosti.

Republike Hrvatske (čl. 50. st. 2.). U interesu je Republike Hrvatske, njenih građana, da se šume i šumska zemljišta u načelu ne otuđuju iz državnog vlasništva jer predstavljaju neponovljivo prirodno bogatstvo koje je kao zajedničko dobro naslijeđeno od minulih pokoljenja i koje se upravo zato mora ostaviti potomstvu, oplemenjeno novim ulaganjima (sađenje, uzgoj, obnova i zaštita šuma). Ni jedna vlast ne može imati legitimaciju da ovo zajedničko dobro otuđuje, jer joj to pravo ne može dati ni biračko tijelo. Nijedno pokoljenje ne smije lišiti buduće pokoljenje prava uživanja neponovljivog zajedničkog dobra koje je stvorila priroda, a koje je naslijeđeno i oplemenjeno radom prethodnih pokoljenja, već ga mora dalje oplemenjivati i čuvati za potomstvo. Ovo načelo vrijedi i kad nije izričito propisano pozitivnim pravom jer proizlazi iz prirodnog – univerzalnog prava, da ono što pripada svima nitko ne može privatizirati.

*d) Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju*

Ne postoji ni jedan razlog za ukidanje načela zabrane otuđenja šuma i šumskog zemljišta iz državnog vlasništva ni s gledišta Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (čl. 60.), jer se time ne diskriminiraju građani država članica Europske unije s kojima je Republika Hrvatske sklopila taj Sporazum 29. listopada 2001.<sup>47</sup> Ono jednako vrijedi za domaće i strane osobe (fizičke i pravne).

*e) Liberalizacija prometa šuma i šumskog zemljišta u privatnom vlasništvu u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju*

Može se postaviti pitanje, međutim, je li u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju zakonska odredba da strane fizičke i pravne osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu u privatnom vlasništvu, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 1. st. 3.). Ova je odredba propisana Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, a stupila je na snagu 16. veljače 2002., dakle nakon sklapanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, pa Zakon o šumama nije naveden u Prilogu VII. Sporazuma u kome su navedeni zakoni koji od ranije zabranjuju otuđenje određenih nekretnina strancima: poljoprivrednog zemljišta i zaštićenih dijelova prirode.<sup>48,49</sup>

<sup>47</sup> Sporazum je ratificiran Zakonom o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU 14/01. od 27. 12. 2001. Vidi Zakon o provedbi Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju...i Privremeni sporazum o trgovinskim i njima povezanim pitanjima između Republike Hrvatske i Europske zajednice, NN MU 15/01.

<sup>48</sup> Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN 61/01., 87/02., 48/05., 90/05., Zakon o zaštiti prirode, NN 30/94., 72/94., 107/03., potonji Zakon o zaštiti prirode, NN br. 162/03. i sadašnji Zakon o zaštiti prirode, NN 70/05.

<sup>49</sup> Josipović, T., Položaj stranaca u pravnom prometu nekretnina prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju, u: Nekretnine u pravnom prometu, V. Savjetovanje, 2002., Inženjerski biro, Zagreb, 2002., str. 176.

Ni po sadašnjem Zakonu o šumama,<sup>50</sup> koji je donijet nakon sklapanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, strane fizičke i pravne osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu u privatnom vlasništvu, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 52. st. 2.). Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju je “drukčije određeno”, jer u Prilogu VII. nema zabrane otuđenja šuma i šumskog zemljišta stranim osobama.<sup>51</sup> Prema tomu, po Zakonu o šumama strane osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na šumama u Republici Hrvatskoj ni po kojoj pravnoj osnovi. Državljeni članica Europske unije stjecat će pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu privatnih osoba, kao i domaće osobe, pod uvjetom uzajamnosti, nakon izmjene Zakona sukladno načelima Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju<sup>52</sup>. Nakon toga moći će stjecati pravo vlasništva na šumama pod istim pretpostavkama kao i državljani onih država s kojima RH ima ugovor s klauzulom najpovlaštenije nacije (*la nation la plus favorisée*), odnosno najvećeg povlaštenja (*the most favoured nation*) a to su, između ostalih i državljani Sjedinjenih Američkih Država<sup>53,54</sup>. Ovo se ne odnosi na šume i šumska zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske, jer su u načelu neotuđive, stoga je logično da ih ne mogu stjecati dosjelošću ni domaće ni strane osobe dok se zakonom ne propiše što drugo (*supra*).

Za vrijeme dok je za strane osobe (fizičke i pravne) isključena mogućnost prijenosa prava vlasništva na šumi i šumskom zemljištu u privatnom vlasništvu, posredno je isključena i mogućnost da strane osobe na te nekretnine steknu pravo vlasništva dosjelošću. Inače strane osobe koje mogu stjecati pravo vlasništva na nekretninama pod uvjetom uzajamnosti, mogu pod tim uvjetom stjecati pravo vlasništva i dosjelošću.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> NN 140/05. i 82/06.

<sup>51</sup> Josipović, T., *op. cit.*, str. 172.

<sup>52</sup> Šire o tome, Simonetti, P., *Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj*, ZPFR, vol. 27, br. 1., 2006., str. 34. – 37.

<sup>53</sup> O toj klauzuli u međudržavnim ugovorima vidi: Degan, V.Đ., *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000., str. 166.-168., 458. i 459., Andrassy, J., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1954., str. 161.

<sup>54</sup> Ugovor s klauzulom najpovlaštenije nacije zaključile su Srbija i Sjedinjene Američke Države 14. listopada 1881. (Ugovor o trgovini i plovidbi), koji je na temelju člana 12. Senžermenskog ugovora bio na snazi za prvu Jugoslaviju, a prihvatila ga je FNRJ (Vidi Sporazum o novčanim potraživanjima SAD-a i njenih državljana, Službeni glasnik Presidijuma Narodne skupštine broj 25/51 i Obavezno tumačenje II Ugovora o trgovini i plovidbi i čl. 5. Sporazuma, Sl. list FNRJ 31/53. Podaci iz Kreč, Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 22.). Ugovor o trgovini i plovidbi s klauzulom najpovlaštenije nacije zaključen je 30. kolovoza 1930. s Holandijom (Sl. novine 85-XXXVI od 13. travnja 1932.) koja je danas članica Europske unije. Ovi ugovori su se primjenjivali u FNRJ/SFRJ i po načelu sukcesije država u pogledu ugovora. Međunarodni ugovori koje je sklopila ili kojima je pristupila SFRJ primjenjuju se ako nisu u suprotnosti s Ustavom i pravnim poretkom Republike Hrvatske, na temelju odredaba međunarodnog prava o sukcesiji država u pogledu ugovora (t. III Ustavne odluke o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, NN 31/91., od 25. lipnja 1991.). Vidi Odluku Sabora Republike Hrvatske od 8. listopada 1991. o raskidu državno-pravne sveze s bivšom SFRJ, NN 53/91.

<sup>55</sup> Simonetti, P., *Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj*, ZPFR, vol. 27, br. 1, 2006., str. 26. – 27.



#### 1.4.2. Računanje vremena kvalificiranog posjeda na nekretninama koje su bile u društvenom vlasništvu 8. listopada 1991.

Odredba iz čl. 29. ZOVO-a o isključenju stjecanja prava vlasništva dosjelošću na svim stvarima u društvenom vlasništvu u Republici Hrvatskoj ukinuta je (brisana) 8. listopada 1991.<sup>56</sup>

Time je, dakle bila uklonjena zapreka za protjecanje vremena zakonom propisanog za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na stvarima u društvenom vlasništvu. Nakon toga sudovi su računali vrijeme potrebno za dosjelošt od dana prelaska nekretnine u privatno vlasništvo, odnosno od 8. listopada 1991. pod uvjetom da je stvar koja je objekt dosjelošti bila u društvenom vlasništvu do 8. listopada 1991.<sup>57,58</sup> Zaokret je izvršio Zakon o vlasništvu koji je propisao da se u rok za stjecanje nekretnina dosjelošću koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, računa i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga dana (čl. 388. st. 4.), a to znači od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991., jednako kao i do 6. travnja 1941., odnosno poslije 8. listopada 1991.<sup>59</sup>

Ova zakonska odredba imala je retroaktivni učinak, a nije donijeta po postupku koji je određen za donošenje propisa s retroaktivnim učinkom, kako je utvrđeno odlukom Ustavnog suda RH od 17. studenog 1999.,<sup>60</sup> pa je zbog toga tom odlukom ukinuta. U odluci Ustavnog suda navodi se i supstancijalni razlog za ukidanje spomenute odredbe koja “omogućuje stjecanje vlasništva određenih stvari dosjelošću već i prije nego što su rokovi dosjedanja za te stvari i počeli teći...”, tj. prije 8. listopada 1991. Povodom ove odluke Zakonom o izmjeni i dopuni Zakona o vlasništvu... propisano je, da se u rok za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama koje su na dan 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, kao i za stjecanje stvarnih prava na tim nekretninama po toj osnovi, “ne računa i vrijeme posjedovanja proteklo prije toga dana”.<sup>61,62</sup> Ova odredba se odnosi na vrijeme posjedovanja od prijelaza nekretnine u društveno vlasništvo, a ne i prije proteklo vrijeme kvalificiranog posjeda (*infra*).

<sup>56</sup> Čl. 3. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN 53/91.

<sup>57</sup> VSRH Rev. 3462/1993., od 3. svibnja 1995., Izbor odluka VSRH br. 1/1996., sentenca br. 9.

<sup>58</sup> Brežanski, J., Dosjelošt kao način stjecanja stvarnih prava, ZPFR, vol. 20, br. 2, 1999., str. 543.

<sup>59</sup> VSRH Rev 120/1995., od 3. prosinca 1998., IO 1/1999., 9; Rev 1927/1996., od 28. kolovoza 1997., IO 1/1998., 8; Brežanski, op. cit., str. 542. i dalje.

<sup>60</sup> Odluka Ustavnog suda RH, od 17. studenog 1999., NN 137/99.

<sup>61</sup> Čl. 2. Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o vlasništvu... NN 114/01. od 20. prosinca 2001.

<sup>62</sup> VSRH Rev 326/97., od 14. studenog 2001., IO VSRH br. 2./2002., t. 8, Rev 227/97, od 10. siječnja 2001., IO 1/2000, 5 i 882/00, od 7. veljače 2001., IO 1/2000, 7 (zadnje dvije presude donijete su nakon citirane odluke Ustavnog suda, a prije izmjene Zakona u zakonodavnoj proceduri.).



#### 1.4.2.1. *Dosjelošt na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske, općina, gradova, Grada Zagreba i županija*

Republika Hrvatska konstituirala se kao pravna osoba građanskog prava (vlasničkopravni subjekt) u skladu s Ustavom RH od 22. prosinca 1990.,<sup>63</sup> s pravom vlasništva na svim stvarima u njenoj imovini, jer Ustav RH ne poznaje ustanovu društvenog vlasništva, pa ni kategoriju društvenopravne osobe. Ustav RH jamči samo jedan oblik vlasništva (čl. 48. st. 1.), koji se u odnosu na društveno vlasništvo i svaki drugi oblik kolektivnog vlasništva u pravu naziva – privatno vlasništvo. Privatno je vlasništvo pretpostavka poduzetničke i tržišne slobode kao temelja ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1.). Prema tomu, RH se nije nikako mogla konstituirati kao društvenopravna osoba, nositeljica prava na stvarima u društvenom vlasništvu. Stoga su sve nekretnine na kojima je njena prednica društvenopravna osoba SRH imala pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja postale njeno vlasništvo od njenog konstituiranja. Od toga dana počeo je teći ili se nastavio na ranije protekli tijekom dosjelošti u slučaju da je održan neprekinuti kvalificirani posjed od prelaska nekretnine u društveno vlasništvo. U vlasništvu RH cjelokupno je poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište koje je na temelju zakona na nju preneseno iz društvenog vlasništva.<sup>64</sup> Šume i šumska zemljišta prenijeta su iz društvenog vlasništva u vlasništvo SRH 16. listopada 1990., prije Ustava SRH, u skladu s amandmanom LXVII. t. 1., od 28. srpnja 1990. na Ustav SRH,<sup>65</sup> koji je propisao da se oblici vlasništva ustanovljuju zakonom, da su ravnopravni i da imaju jednaku zaštitu.<sup>66</sup> Također su vlasništvo RH i nekretnine bivše SFRJ koje su prenesene u njenu imovinu po pravnom propisu ili međudržavnom ugovoru. Prema tomu, vrijeme za stjecanje prava vlasništva dosjelošću poljoprivrednog zemljišta po zakonu preneseno iz društvenog vlasništva u vlasništvo Republike Hrvatske, teče od 23. srpnja 1991.<sup>67</sup> Dosjelošt na šumama i šumskom zemljištu u državnom vlasništvu bila je izričito zakonom isključena do 12. siječnja 2000.<sup>68</sup>, a isključena je i danas jer to isključenje proizlazi iz načela neotuđivosti šuma i šumskog zemljišta (*supra*).

<sup>63</sup> NN 56/90. od 22. prosinca 1990.

<sup>64</sup> Čl. 3. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN 34/91. i čl. 6. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, NN 40/90., 52/90. (pročišćeni tekst).

<sup>65</sup> Amandmani LXIV. do LXXV. na Ustav Socijalističke Republike Hrvatske, NN 31/90., od 28. srpnja 1990.

<sup>66</sup> Amandmanom LXIV. u nazivu Ustava i u njegovim odredbama brisana je riječ “Socijalistička” ispred riječi “Republika Hrvatska”.

<sup>67</sup> Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN 34/91. po kome je cjelokupno poljoprivredno zemljište iz društvenog vlasništva preneseno u vlasništvo Republike Hrvatske (čl. 3. st. 1.) stupio je na snagu 23. srpnja 1991.

<sup>68</sup> VSRH je iz okolnosti što je sporna šuma upisana u zemljišnu knjigu kao društveno vlasništvo zaključio da je po Zakonu o šumama (NN 52/90.) postala vlasništvo Republike Hrvatske, pa je pozivom na član 55. st. 2. Zakona o šumama odbio zahtjev za utvrđenje da je stečeno pravo vlasništva dosjelošću (Rev 326/97 od 14. studenog 1991., IO 2/2001., 8).

### 1.5. Uračunavanje vremena kvalificiranog posjeda koje je proteklo prije nego što je nekretnina prenjeta u društveno vlasništvo

Pod pretpostavkom da je vrijeme dosjelogosti počelo teći prije nego što je nekretnina prenjeta u društveno vlasništvo, po bilo kojoj pravnoj osnovi, a nekretnina je ostala u neprekinutom kvalificiranom posjedu istog posjednika ili njegovog pravnog sljednika (sljedovanje posjeda, *successio possessionis*),<sup>69</sup> pitanje je hoće li se to vrijeme uračunati u vrijeme potrebno za dosjelogost.

#### 1.5.1. Pravna pravila i ZOVO-a o uračunavanju vremena dosjelogosti

Pitanje uračunavanja ranije proteklog vremena u rok dosjelogosti svodi se na to je li prelaskom nekretnine u društveno vlasništvo nastupio razlog zastoja tijekom vremena dosjelogosti, u pravnom smislu, jer je ZOVO (čl. 30. st. 3.), kao i današnji ZV (čl. 160. st. 6.), propisao da se na zastoj dosjelogosti na odgovarajući način primjenjuju odredbe o zastaju tijekom zastare potraživanja.

Po OGZ-u koji se primjenjivao do stupanja na snagu ZOVO-a (1. rujna 1980.)<sup>70</sup> dosjelogost u sebi sadrži zastaru<sup>71</sup>, a za zastaru je dovoljno da se “kakvo pravo ne izvršuje kroz 30 godina koje po sebi mogaše biti izvršivano” (§1478.). *Argumentum a contrario* u rok od 30 godina se ne uračunava vrijeme u kome neko pravo “ne mogaše biti izvršivano”. Ovo pravilo, po analogiji, vrijedi i za rok dosjelogosti od 40 godina koji se odnosio na stjecanje prava vlasništva dosjelošću nekretnina u vlasništvu države (§ 1472. OGZ-a) do 6. travnja 1941.

Miješanje ustanove zastare i dosjelogosti, čemu su doprinijeli redaktori OGZ-a<sup>72,73</sup>, dovodi do netočnih zaključaka. Tako je, npr. Vuković, pozivajući se na Klangov Komentar ABGB-a (1950.),<sup>74</sup> tvrdio da je dosjelogost prava vlasništva uzrok, a zastara toga prava, koje inače ne zastarijeva – posljedica,<sup>75</sup> iako je u istom djelu samo dvije stranice ispred toga zaključka ispravno utvrdio da se zastarom ne gubi pravo nego samo zahtjev za ostvarenje prava (str. 218.). Dosjelogost, izvorno stjecanje prava vlasništva, negacija je postojećeg subjektivnog prava vlasništva: dosjelošću stečeno pravo vlasništva ukida dotadašnje pravo vlasništva koje pripada drugoj osobi. Zato se ustanova dosjelogosti i ustanova zastare moraju razdvojiti.

<sup>69</sup> Pravilo iz čl. 30. st. 2. ZOVO-a i sadašnjeg ZV-a (čl. 165. st. 2.).

<sup>70</sup> Čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa...

<sup>71</sup> Vidi obrazloženje čuvenog redaktora austrijskog OGZ-a Zeillera, *Commentario sopra il Codice civile universale della Monarchia Austriaca di Francesco nobile de Zeiller*, vol. IV, Venezia, 1816, pag. 181. i dalje.

<sup>72</sup> Tako je npr. Zeiller smatrao da vlasnik dosjelošću gubi pravo vlasništva “puštajući ga da zastari” (ibidem).

<sup>73</sup> OGZ propisuje: “Ako svaka dosjelogost sadržava u sebi zastaru, obadvije se izvršuju u jedno isto vrijeme samo onda, ako se zbudu uvjeti zakonom propisani” (§ 1478.).

<sup>74</sup> Klang, H., *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, 1950.

<sup>75</sup> Vuković, M., *Opći dio građanskog prava*, Knj. 2., Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 220.–221.

### 1.5.2. Pozitivni propisi o sprječavanju (zastaju) tijekom dosjelnosti

Zakon o zastari potraživanja<sup>76</sup> (čl. 24. i 25.), kao i potonji Zakon o obveznim odnosima<sup>77</sup> (čl. 381. i 385.), propisivao je specifične razloge koji sprječavaju zastaru potraživanja. Pored toga su oba zakona propisivala opća pravila koja sprječavaju zastaru zbog nesavladivih prepreka (čl. 26. ZZP-a i čl. 383. ZOO-a).

Isključenje primjene ustanove dosjelnosti na nekretnine u društvenom vlasništvu u vremenu od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991. s gledišta pozitivnog prava RH usporedivo je s pravilima o zastaju dosjelnosti, odnosno zastare zbog nesavladivih prepreka, najprije onih iz OGZ-a (§ 1478. i 1496.)<sup>78</sup>, zatim onih iz čl. 26. Zakona o zastari potraživanja<sup>79</sup>, a od 1. listopada 1978., iz čl. 383. ZOO-a<sup>80</sup>. Zakon o obveznim odnosima kao i Zakon o zastari... propisuje “zastarjevanje ne teče za sve vrijeme za koje vjerovniku nije bilo moguće zbog nesavladivih prepreka da sudskim putem zahtijeva ispunjenje obveze” (tako i sadašnji ZOO)<sup>81</sup>. Sintagma “nesavladive prepreke” iz čl. 383. ZOO-a odnosi se po pravilu na stvarne (faktične) okolnosti koje vjerovnika sprječavaju “da sudskim putem zahtijeva ispunjenje obveze”, primjerice, prekid rada suda, prekid komunikacija, rat i mobilizacija, izvanredni nepredvidljivi prirodni događaji: potres, poplava itd.<sup>82</sup> Ova činjenična stanja (hipoteze pravne norme) mogu se podvesti i pod gornje pravilo OGZ-a glede prava koje se nije moglo “izvršivati”. No, nesumnjivo je da zastoj zastare potraživanja nastupa i u slučaju kada se zakonom propiše moratorij (zakonski poček) na ispunjenje ili dospelost određenih obveza.<sup>83</sup> Sve dok traje moratorij - zakonska odgoda isplate duga, zastara ne teče, a to se pravno stanje može usporediti s pravnim stanjem koje je nastalo zakonskim isključenjem (izričito ili prešutno) primjene ustanove dosjelnosti na stvarima (nekretninama) u državnom, a zatim u društvenom vlasništvu od 6. travnja 1941. do 8. listopada 1991.

Zakon o zastari potraživanja (čl. 27.) i Zakon o obveznim odnosima (čl. 384.) imaju istovjetna pravila o utjecaju uzroka zastoja zastare potraživanja koja se na odgovarajući način primjenjuju na zastoj tijekom dosjelnosti. Oni glase:

<sup>76</sup> Sl. list FNRJ 40/53. i 57/54.

<sup>77</sup> Sl. list SFRJ 29/78., 39/85., 46/85. i 57/89., NN 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.

<sup>78</sup> §§ 930-a i 933. OGZ-a; čl. 848. Crnogorskog OIZ-a.

<sup>79</sup> Zakon o zastari potraživanja, Sl. list FNRJ 40/53., od 30. rujna 1953., i Sl. list FNRJ 57/54., od 8. listopada 1954.

<sup>80</sup> Zakon o obznim odnosima, Sl. list SFRJ 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., NN 53/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 112/99. i 88/01., sada čl. 237. Zakona o obveznim odnosima, NN 35/05.

<sup>81</sup> Čl. 237. Zakona o obveznim odnosima, NN 35/05.

<sup>82</sup> Stojanović, D., u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Gornji Milanovac, Kragujevac, 1980., T. 1., str. 932.; Studin, J., u: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (red. Blagojević, Krulj, Savremena administracija), Beograd, 1980., T. 1., str. 383.

<sup>83</sup> Jakšić, S., Obligaciono pravo, Veselin Masleša, Sarajevo, 1960., str. 414.; Stanković, V., Zastarelost u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, NIU “Službeni list SFRJ”, Beograd, 1978., T. 3., str. 967.; Vuković, M., Opći dio građanskog prava, Knj. 1., Školska knjiga, Zagreb, 1959., br. 237., (str. 127.).

“(1.) Ako zastarijevanje nije moglo početi teći zbog nekog zakonskog uzroka, ono počinje teći kad taj uzrok prestane.

(2.) Ako je zastarijevanje počelo teći prije nego što je nastao uzrok koji je zaustavio njegov daljnji tok, ono nastavlja teći kad prestane taj uzrok, a vrijeme koje je isteklo prije zaustavljanja računa se u zakonom određeni rok za zastaru.” (tako i po čl. 328. sadašnjeg ZOO-a).

Ovo se po analogiji odnosi i na zakonski zastoje vremena propisanog za dosjelošt (*supra*).

Prema tomu, ako je vrijeme dosjelošti počelo teći prije nego što je odnosna nekretnina prenijeta iz privatnog u društveno vlasništvo, to se vrijeme nastavlja od prelaska odnosne nekretnine iz društvenog u privatno vlasništvo, a najkasnije od 8. listopada 1991. pod pretpostavkom da je ista nekretnina do toga dana bila u društvenom vlasništvu, a u neprekidnom je posjedu istog kvalificiranog posjednika (uzukapijenta) ili njegovog pravnog sljednika (*successio possessionis*).

Pravo vlasništva na nekretnine u državnom vlasništvu (potom u društvenom vlasništvu) nije se moglo steći dosjelošću ako vrijeme potrebno za dosjelošt nije proteklo do 6. travnja 1941.<sup>84</sup> Po pravilima o zastoju tijekom dosjelošti vrijeme koje je proteklo do 6. travnja 1941. nastavlja se od 8. listopada 1991., pod pretpostavkom da se za to vrijeme nije prekidao kvalificirani posjed nekretnine. Takav posjed na državnom zemljištu na planinskim i na krševitim područjima, pa i na jadranskim otocima, nije rijetkost. Riječ je najčešće o krčevinama ili ograđenim pašnjacima za koje nije bio pokrenut postupak priznanja prava vlasništva po osnovi uzurpacije, ili je zbog nekih razloga bio obustavljen, ili zahtjev meritorno odbijen, ili iz procesnih razloga odbačen.

Ovo vrijedi i za nekretnine koje su prenijete u društveno vlasništvo, prisilno ili dobrovoljno, poslije 15. svibnja 1945., ali protiv volje posjednika ili njegovog pravnog sljednika (*successio possessionis*) koji se poziva na dosjelošt. Prema tomu, ako je, primjerice, započelo vrijeme dosjelošti na građevinskom zemljištu koje je prisilno prenijeto u društveno vlasništvo 26. prosinca 1958., stupanjem na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (čl. 1. i 80.) ili bilo kojeg dana nakon toga do 22. prosinca 1990., kada je ukinuta ustanova područstvoljenja građevinskog zemljišta<sup>85</sup>, a posjednik (ne vlasnik) nije nikad deposediran (neizgrađeno građevinsko zemljište) niti mu je inače bio prekinut kvalificiran posjed, njemu ili njegovom pravnom sljedniku, vrijeme dosjelošti u njegovu korist, odnosno u korist njegovog pravnog sljednika, nastavlja se od 8. listopada 1991. ili prije toga ako je na tom zemljištu ranije prestalo društveno vlasništvo prijenosom nekretnina u privatno vlasništvo po

<sup>84</sup> Vrijeme potrebno za dosjelošt nekretnina u državnom vlasništvu po OGZ-u je 40 godina (§ 1472.). Uz ostale pretpostavke za dosjelošt tih nekretnina tražio se i dokaz o neprekinutom posjedu, i to bez zastoja najmanje od 6. travnja 1901. godine.

<sup>85</sup> Čl. 4. i 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o građevinskom zemljištu, NN 53/90., stupio je na snagu 22. prosinca 1990.

bilo kojem pravnom temelju ili po samom zakonu, npr. na temelju čl. 4 a. ZID ZGZ-a<sup>86</sup> ili je građevinsko zemljište iz društvenog vlasništva na temelju pravnog posla ili odlukom nadležnog tijela preneseno u privatno vlasništvo prije 8. listopada 1991.<sup>87</sup> Česti su slučajevi započete dosjelogosti na neizgrađenom građevinskom zemljištu koje je prisilno prenijeto u društveno vlasništvo odlukom skupštine općine poslije 22. veljače 1974., a nije deposedirano, te je vraćeno prijašnjem zemljišnoknjižnom vlasniku ili njegovom pravnom sljedniku rješenjem nadležnog tijela na temelju novele ZGZ-a, od 22. prosinca 1990. Kvalificiranom posjedniku i njegovom pravnom sljedniku (sukcesija posjeda) nastavlja se vrijeme dosjelogosti započeto prije prijenosa toga zemljišta u društveno vlasništvo, pod pretpostavkom da se posjed nije prekidao. Najčešći slučaj zadržavanja kontinuiranog posjeda bio je upravo prisilni prijenos neizgrađenog građevinskog zemljišta u društveno vlasništvo jer je tim prijenosom prijašnji vlasnik stjecao privremeno pravo korištenja do deposediranja u zakonitom postupku ili do dobrovoljne predaje posjeda općini (čl. 31. ZGZ-a)<sup>88</sup>, a dotadašnji posjednik (nevlasnik) zadržavao je posjed. No, bilo je slučajeva da je nekretnina prisilno prenesena u društveno vlasništvo po drugoj pravnoj osnovi, a da njen posjednik nije bio nikada deposediran, neovisno od toga je li do prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo bio vlasnik te nekretnine ili samo njen pošten posjednik koji nije ni znao da je nekretnina prenijeta u društveno vlasništvo na temelju samoga zakona ili odluke nadležnog tijela. U ovom slučaju postoji mogućnost stjecanja prava vlasništva dosjelošću uračunavanjem vremena koje je proteklo do prijenosa odnosno nekretnine u društveno vlasništvo.

Vrijeme dosjelogosti se nastavlja od 8. listopada 1991. ako je do toga dana nekretnina bila u društvenom vlasništvu i neprekinutom kvalificiranom posjedu uzukapijenta ili njegovog pravnog sljednika. Vrijeme dosjelogosti se, inače nastavlja, pod gornjim pretpostavkama, od dana kada je nekretnina iz društvenog vlasništva prenijeta u vlasništvo određene osobe (privatno vlasništvo), po bilo kojoj pravnoj osnovi, prije 8. listopada 1991. (čl. 27. st. 1. ZZP-a, odnosno 384. st. 1. ZOO-a) ili u vlasništvo Republike Hrvatske po samom zakonu, npr. poljoprivredno zemljište, 23. srpnja 1991.<sup>89</sup>

Pod pretpostavkom da je ista nekretnina koja je bila prenijeta iz društvenog u privatno vlasništvo, a zatim ponovo prenijeta u društveno vlasništvo, po bilo kojoj pravnoj osnovi, na temelju pravnog posla, odluke nadležnog tijela ili

<sup>86</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o građevinskom zemljištu, NN 53/90. koji je stupio na snagu 22. prosinca 1990.

<sup>87</sup> Čl. 11. ZID ZGZ-a propisivao je da se nakon 22. prosinca 1990. građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu može dati na korištenje radi građenja samo društvenopravnim osobama, a fizičkim i građanskopravnim osobama može se prenijeti u vlasništvo.

<sup>88</sup> Tako i ranije po čl. 38.-40. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Sl. list FNRJ 52/58. i čl. 118. Zakona o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta, NN 14/73. od 16. travnja 1973.

<sup>89</sup> Čl. 3. st. 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN 34/91. – cjelokupno poljoprivredno zemljište u društvenom vlasništvu preneseno je u vlasništvo Republike Hrvatske.

samim zakonom, ponovo je obustavljen tijekom vremena dosjelogosti od dana prijenosa u društveno vlasništvo sve do 8. listopada 1991., ako ista nekretnina nije prenijeta u privatno vlasništvo prije toga dana. Za nastavak dosjelogosti pretpostavka je da je cijelo vrijeme održan kontinuitet kvalificiranog posjeda.

### **1.6. Dosjelogost na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave**

Zato je tijekom dosjelogosti na nekretninama u vlasništvu RH započeo ili se nastavio po pravilu o zastoju dosjelogosti (čl. 30. st. 3. ZOVO-a) ako je počeo teći prije prelaska te nekretnine u društveno vlasništvo, danom njenog konstituiranja kao osobe građanskog prava, odnosno danom prijenosa nekretnina iz društvenog vlasništva u njeno vlasništvo po zakonu ili međudržavnom ugovoru, pod uvjetom da se nije prekidao kontinuitet kvalificiranog posjeda.

U pogledu nekretnina na kojima su pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja imale bivše općine, zapreka za stjecanje prava vlasništva dosjelošću uklonjena je 8. listopada 1991. prije nego što su konstituirane jedinice lokalne samouprave i jedinice lokalne samouprave i uprave,<sup>90</sup> koje su, kao osobe građanskog prava stekle pravo vlasništva na pokretne i nepokretne stvari bivših općina.<sup>91</sup>

Nije značajno što su kasnije pojedine nekretnine u vlasništvu RH, općina, gradova, Grada Zagreba ili županija, u postupku denacionalizacije, prenijete u vlasništvo prijašnjih vlasnika (ovlaštenika prava na denacionalizaciju)<sup>92</sup> jer se u tom slučaju ne stječe pravo vlasništva *ab ovo* već se vraća prijašnjem vlasniku (ovlašteniku prava na denacionalizaciju) ono pravo vlasništva protiv kojeg je započelo teći vrijeme dosjelogosti prije prisilnog prijenosa nekretnine u društveno vlasništvo, a nastavilo se danom uspostavljanja prava vlasništva na tu nekretninu u korist gornjih pravnih osoba i prije vraćanja prijašnjem vlasniku.

### **1.7. Pravila po kojima se računa vrijeme dosjelogosti nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i drugih privilegiranih osoba**

Rok dosjelogosti započet prije prelaska nekretnine u društveno vlasništvo, odnosno prije 6. travnja 1941., ako je ta nekretnina tada bila u državnom vlasništvu, nastavlja se od dana njenog prelaska u privatno vlasništvo, odnosno državno vlasništvo, a najkasnije od 8. siječnja 1991. Poljoprivredno zemljište u društvenom vlasništvu preneseno je u vlasništvo Republike Hrvatske po samom zakonu dana 23. srpnja 1991. Šume i šumska zemljišta prenesena su iz društvenog vlasništva u vlasništvo Republike Hrvatske još prije toga, 16.

<sup>90</sup> Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi, NN 90/92., 94/93. i 117/93.

<sup>91</sup> Čl. 67. i 87. Zakona o lokalnoj samoupravi, NN 90/92.

<sup>92</sup> Čl. 5., 16.–19., 20, 32.–43. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN 92/96., 39/99. (odl. Us RH), 80/02., ispr. 81/02.



listopada 1990. Tada su svi zakonom ustanovljeni oblici prava vlasništva uživali jednaku pravnu zaštitu,<sup>93</sup> ali ta okolnost nije bitna u ovom kontekstu jer se šume u vlasništvu Republike Hrvatske nisu mogle stjecati dosjelošću do 12. siječnja 2000., kada je Ustavni sud ukinuo odredbu iz čl. 55. st. 2. Zakona o šumama koja je isključivala dosjeloost<sup>94</sup> (*supra*). Prema mišljenju koje se zastupa u ovom radu (*supra*) ni po sadašnjem Zakonu o šumama ne može se steći pravo vlasništva dosjelošću na šumama i šumskom zemljištu u državnom vlasništvu, jer se te nekretnine ne mogu prenijeti u vlasništvo druge osobe, osim u onim slučajevima koji su izričito predviđeni zakonom, među kojima nema ustanove dosjeloosti (čl. 52. st. 1.).

Nekretnine u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave nisu bile objekt dosjeloosti prije 8. listopada 1991. jer su tada pripadale njihovim prednicama, općinama, zajednicama općina ili Gradu Zagrebu, koje su imale svojstvo društvenopravnih osoba. Stoga su te nekretnine postale objekt prava vlasništva danom konstituiranja jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave u skladu s Ustavom RH koji ne poznaje društveno vlasništvo.

Postavlja se pitanje po kojim pravilima će se računati vrijeme dosjeloosti nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave do stupanja na snagu Zakona o vlasništvu – 1. siječnja 1997., po pravilima ZOVO-a ili OGZ-a. Ako se primjene pravila ZOVO-a, rok dosjeloosti poštenog i zakonitog posjednika je deset godina, dok je rok dosjeloosti poštenog, ali nezakonitog posjeda - dvadeset godina (čl. 28. st. 3. i 4.). Naprotiv, za dosjeloost nekretnine u vlasništvu “fiskusa”, tj. “proti upraviteljima državnih dobara i državne imovine” koje “na ime posjednika nije upisano u javne knjige”, stječe se pravo vlasništva “posjedom od četrdeset godina” (§ 1472.)<sup>95</sup>. Protek vremena od četrdeset godina traži se za nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i nekih drugih osoba iz čl. 159. st. 4. i po sadašnjem Zakonu o vlasništvu ako je posjed bio pošten, a ne i zakonit.

ZOVO je uređivao pravo vlasništva i druga prava na stvarima (po tadašnjoj koncepciji vlasničkopravne odnose) građana, udruženja građana i građansko-pravnih osoba (čl. 1. st. 1.), a ne i države kao vlasničkopravne osobe<sup>96</sup>, jer u tom smislu nije noveliran nakon konstituiranja Republike Hrvatske kao vlasničkopravne osobe. Samo zbog toga nije isključena primjena ZOVO-a u odnosu na pravo vlasništva i druga stvarna prava Republike Hrvatske, jer je u vrijeme kada se konstituirala Republika Hrvatska kao vlasničkopravna osoba bio na snazi Zakon o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije.<sup>97</sup> Po njemu se pravna pravila sadržana u zakonima koji

<sup>93</sup> Amandman LXLII. t.1., Amandmani LXIV. do LXXV. na Ustav Socijalističke Republike Hrvatske, NN 31/90., od 28. srpnja 1990.

<sup>94</sup> Odluka Us RH, U.I.374/1998. od 12. siječnja 2000., objavljena u NN 8/00.

<sup>95</sup> Po SGZ-u “ište se trideset šest godina” (§ 931.).

<sup>96</sup> Odredba iz čl. 1. st. 1. ZOVO-a nije, naime, bila izmijenjena Zakonom o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN 53/91.

<sup>97</sup> Sl. list FNRJ 86/46.



su 6. travnja 1941. izgubili pravnu moć (čl. 2.) mogu primjenjivati pod propisanim pretpostavkama na pravne odnose “koji nisu uređeni postojećim propisima...” (čl. 4.), a vlasničkopravni odnosi su bili uređeni postojećim Zakonom od 1. rujna 1980. Pravna pravila bivšeg OGZ-a ne mogu se primijeniti ni prema potonjem Zakonu o načinu primjene pravnih propisa donesenih do 6. travnja 1941.<sup>98</sup>, koji je stupio na snagu 31. prosinca 1991., jer je pretpostavka za primjenu tih pravila, da su se do tada primjenjivala.

Stoga, bez obzira što ZOVO nije propisao “vanredno” vrijeme dosjelnosti za nekretnine u državnom vlasništvu, poput bivšeg OGZ-a i potonjeg ZV-a, njegova primjena ne može se isključiti. Zakonodavac je mogao intervenirati nakon ukidanja čl. 29. ZOVO-a Zakonom o izmjenama i dopunama ZOVO-a, produžujući rok dosjelnosti za nekretnine u državnom vlasništvu, a kad nije iskoristio tu mogućnost, rokovi dosjelnosti koje je propisivao ZOVO vrijede i za stjecanje prava vlasništva na nekretninama u državnom vlasništvu. Prema tomu, za stjecanje prava vlasništva na nekretninama u vlasništvu Republike Hrvatske od njenog konstituiranja kao vlasničkopravne osobe, odnosno od dana prijenosa nekretnina iz društvenog vlasništva u njeno vlasništvo do 1. siječnja 1997., računat će se vrijeme dosjelnosti po pravilima ZOVO-a. To znači, vrijeme dosjelnosti proteklo od konstituiranja Republike Hrvatske do 1. siječnja 1997., odnosno od 23. srpnja 1991. za poljoprivredno zemljište koje je preneseno u vlasništvo RH, a za nekretnine koje su prenesene iz društvenog vlasništva u vlasništvo Republike Hrvatske nakon 8. listopada 1991., od toga prijenosa udvostručuje se kada se uračuna u vrijeme dosjelnosti po čl. 159. st. 2. i 3. ZV-a. Jedna godina protekla prije 1. siječnja 1997., po ZOVO-u računa se kao dvije godine u rok dosjelnosti propisan Zakonom o vlasništvu koji je udvostručio vrijeme dosjelnosti nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske. Tako npr. ako je pošten i zakoniti posjednik do 1. siječnja 1997. bio u neprekinutom posjedu pet godina, po ZOVO-u do isteka dosjelnosti ostalo je još pet godina, a po ZV-u koji za takav posjed propisuje rok od dvadeset godina (čl. 159. st. 4.) ostalo je deset godina kad se odbije udvostručeno vrijeme proteklo do 1. siječnja 1997. Kada se vrijeme ne bi udvostručilo, zakonitom i poštenom posjedniku preostalo bi još petnaest godina za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, kao da je dvostruki rok bio propisan 8. listopada 1991.

Sve to vrijedi, razumije se, i za nekretnine u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, crkve i drugih privilegiranih osoba iz § 1472. OGZ-a i čl. 159. st. 4. ZV-a.

### **1.8. Dosjelnost i odgoda načela zaštite povjerenja u zemljišne knjige**

Dosjelnost, pa ni protek vremena za dosjelnost, međutim, nema pravnog učinka prema onome koji je stekao pravo vlasništva ili pravo koje se pretvorilo u pravo vlasništva s povjerenjem u zemljišne knjige, ako se u postupku pred sudom ili

<sup>98</sup> NN 73/91.

drugim nadležnim tijelom uspješno pozove na načelo zaštite povjerenja u zemljišne knjige. Zakon o vlasništvu izričit je: “Vlasništvo nekretnine stečeno 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 stečeno na temelju Zakona nije bilo upisano” (čl. 130. st. 2.).

Pravilo o zaštiti povjerenja u istinitost i potpunost zemljišnih knjiga određeno Zakonom o vlasništvu bilo je suspendirano u odnosu na nekretnine na kojima je bilo upisano društveno vlasništvo, a nije brisano prije 1. siječnja 1997., i to najprije za 5 godina (čl. 388. st. 5.), a zatim za još 5 godina, do 1. siječnja 2007.<sup>99</sup> Posljednjom izmjenom i dopunom Zakona o vlasništvu ovaj rok produžen je do 1. siječnja 2010. Odgoda je istekla do 1. siječnja 2007. samo za nekretnine u katastarskim općinama za koje je otvorena EOP<sup>100</sup> zemljišna knjiga kao i za nekretnine koje su prema posebnim odredbama Zakona o zemljišnim knjigama unesene u Bazu zemljišnih podataka.<sup>101</sup>

## 2. Priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije

### 2.1. Općenito

Općenito uzurpacija je samovlasno, a nekad i nasilno prisvajanje prava koja ne pripadaju uzurpantu niti ovaj ima bilo kakav pravni temelj za stjecanje uzurpiranih prava, pa je, po tomu, uzurpacija suprotna samom bitku prava. Ovdje se ima u vidu samo nenasilna uzurpacija kao pravni temelj stjecanja prava vlasništva zemljišta u državnom vlasništvu.

U pravnotehničkom smislu uzurpaciju treba razlikovati od okupacije, tradicionalnog načina stjecanja prava vlasništva na ničijim stvarima (*res nullius cedit primo ocupanti*<sup>102</sup>),<sup>103</sup> koja se u suvremenom pravu odnosi samo na

<sup>99</sup> NN 114/01.

<sup>100</sup> Elektronska obrada podataka. Vidi čl. 6., 163. – 173. Zakona o zemljišnim knjigama, NN 96/97., 114/01., 100/04.

<sup>101</sup> Čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 141/06. od 27. prosinca 2006.

<sup>102</sup> *Res nullius naturaliter fit primi ocupanti* (Sec. Gaius – D.41,1,3). Ničija stvar po prirodi stvari pripada onome tko je prvi uzme.

<sup>103</sup> Radbruch, G., *Filozofija prava* (prijevod na srpski), Nolit, Beograd, 1980., ističe da su “najstarija i još uvek najrasprostranjenija učenja o svojini (jesu) teorija okupacije i teorija specifikacije” (str. 172.). U praksi su međutim prekoračene granice okupacije ničijih nekretnina. Veliki zemljišni posjedi na američkom kontinentu od Aljaske do Ognjene zemlje stečeni su privatnim prisvajanjima zemljišta i šuma uz uporabu sile protiv domorodačkog stanovništva stjeranog u rezervate (posebno u Sjevernoj Americi). To je najizrazitiji primjer privatnog prisvajanja tuđe zemlje u povijesti čovječanstva u tako velikim razmjerima, ali povijest čovječanstva bilježi stalna osvajanja tuđeg zemljišta osobito u ratovima i u velikim seobama naroda tako što su potomci prvobitnih vlasnika, preselili na druga područja, izumrli ili su asimilirani.

pokretne stvari, jer nekretnine ne mogu biti *res nullius*.<sup>104</sup> Po ZOVO-u, napuštena nekretnina prelazila je u društveno vlasništvo u trenutku njezina napuštanja (čl. 46. st. 3.). Njome je od prelaska u društveno vlasništvo upravljala općina (čl. 206. st. 3. ZUR-a, ako nije pripadala drugoj osobi, što je bilo u skladu s čl. 117.–119. Ustava SFRJ, odnosno s čl. 172. Ustava SRH). U tom je smislu i Zakon o uknjižbi nekretnina u društvenom vlasništvu<sup>105</sup> propisivao: “Ako se iz isprave na osnovi koje se uknjižuje nekretnina u društvenom vlasništvu ne može ustanoviti tko je nosilac prava korištenja, uknjižit će se kao nosilac prava korištenja općina na čijoj se teritoriji nalazi ta nekretnina” (čl. 4. st. 2.).

Prema hrvatskom pravu smatra se da su vlasništvo Republike Hrvatske sve stvari (pokretne i nepokretne) iz društvenog vlasništva glede kojih nije utvrđeno u čijem su vlasništvu niti djeluje predmnjeva vlasništva iz st. 1. i 2. čl. 362. Zakona o vlasništvu (čl. 362. st. 3.). Ni pokretne stvari koje potječu iz društvenog vlasništva, dakle u Republici Hrvatskoj, ne mogu biti ničije, ako prije 1. siječnja 1997. nisu prenijete u privatno vlasništvo.

### 2.1.1. *Uzurpacija i neke druge povijesne pravne ustanove stjecanja prava vlasništva na zemljištu*

U ovom slučaju riječ je o uzurpaciji zemljišta u državnom vlasništvu koja ima dugu tradiciju i na području današnje Republike Hrvatske.

#### a) *Uzurpacija*

Nekada su ogromna prostranstva državnog zemljišta bila neobrađena i nenaseljena pa je država od najstarijih vremena tolerirala uzurpaciju zemljišta krčenjem šuma, privođenjem zemljišta kulturi, ograđivanjem i korištenjem pašnjaka itd., priznajući uzurpantima pravo vlasništva radi poticanja poljoprivredne proizvodnje. Klasičan primjer stjecanja prava vlasništva na zemljištu u javnom vlasništvu po toj osnovi nalazi se u rimskom pravu koje je, kako je poznato, do vrhunca razvilo ustanovu privatnog vlasništva.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Po suvremenom pravu nekretnina koja “izgubi vlasnika” prelazi u vlasništvo države ili druge javnopravne osobe određene zakonom (npr. jedinice lokalne samouprave). Tako po Zakonu o nasljeđivanju (NN 48/03.) kad nema nasljednika ostaviteljeve nekretnine i s njima izjednačena prava prelaze na općinu, odnosno grad na čijem se području nalaze (čl. 20. st. 1.).

<sup>105</sup> Sl. list SFRJ 12/65. koji je 1971. preuzela SRH, NN 52/71., a prestao je važiti 1. siječnja 1997. (čl. 230. i 231. Zakona o zemljišnim knjigama, NN 91/96., 114/01., 100/04.).

<sup>106</sup> Tako je rimska država na području Italije po agrarnim zakonima (*Leges agrariae*) 111. godine “uzurpantima” javnog zemljišta (*ager publicus*) priznala pravo vlasništva na zemljištu koje su priveli kulturi i o kojem se oni brinu (*propter culturam et curam*). (Puhan, I., *Superficies solo cedit* u rimskom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. I., br. 3-4, 1953., str. 332.-340.; Horvat, N., *Rimsko pravo*, I. dio, Školska knjiga, Zagreb, 1954., paragraf 11. t. 1. i paragraf 76. t. 3., Simonetti, P., *Građenje na tuđem zemljištu*, Svjetlost, Sarajevo, 1982., pravilo *superficies solo cedit* u rimskom pravu, str. 38.-40. Po otomanskom pravu na državno zemljište (erazi mirje) ne može se steći pravo vlasništva ni po kojoj osnovi, a državno zemljište je cjelokupno zemljište osim mulka (okućnice) na površini od dva duluma (2000 m<sup>2</sup>), ali uzurpantu se priznaje pravo vlasništva

### *b) Druge pravne ustanove*

Na području Sredozemlja bili su uobičajeni ugovori između vlasnika i obrađivača (krčitelja) o stjecanju prava vlasništva na polovici iskrčenog zemljišta. Prema Margetiću<sup>107</sup> na tom području od davnina su se sklapali ugovori između vlasnika zemljišta i obrađivača (krčitelja) po kojima bi obrađivač (krčitelj) stjecao pravo vlasništva na jednoj polovici iskrčenog, obrađenog i zasađenog zemljišta. Ovu pravnu ustanovu poznao je Hamurabijev zakonik (čl. 60. i 61.),<sup>108</sup> zatim bizantijski Zemljoradnički zakonik (Nomos georgicos) iz 8. stoljeća. Najstariji dosad otkriven takav ugovor u srednjoj Italiji sklopljen je 776. Takvi su ugovori zabilježeni i u južnoj Italiji i južnoj Francuskoj od 9. do 13. stoljeća. Smatra se da je takva ustanova (zvana mugarsa, mugarask) postojala na području sjeverne Afrike prije dolaska Arapa. Nakon razaranja Trogira (1133.) koje je izazvalo veliku gospodarsku krizu, vlasnici zemljišta na tom području su “mnogo češće nego drugdje” sklapali ugovore o krčenju i obradi zemljišta, s klauzulom o ustupanju obrađivaču prava vlasništva nad polovicom “iskrčene zemlje” (Pri tome Margetić navodi sadržaj jednog takvog ugovora sklopljenog 1272.). Prema Margetićevim istraživanjima takvi su se ugovori sklapali duž istočne jadranske obale, npr. u Kotoru, Ninu, Rijeci, Trstu.

## **2.2. Ustanova uzurpacije**

### *2.2.1. Savezni zakon*

Samovlasno zauzeće državnog zemljišta, utrina i seoskog zemljišta u Hrvatskoj, kao i u drugim federalnim jedinicama bivše FNRJ/SFRJ, imalo je duboke korijene u narodnoj tradiciji, zauzimanja državnog zemljišta krčenjem šuma, privođenja poljoprivrednog zemljišta kulturi, obrađivanjem, sadenjem maslina, voćaka, vinograda itd.<sup>109</sup> pa tu činjenicu uvažava Zakon o agrarnoj reformi i kolonizaciji,<sup>110</sup> od 28. kolovoza 1945., potvrđen, nakon donošenja Ustava FNRJ 31. siječnja 1946., Zakonom o potvrdi, izmjenama i dopunama

---

na voćkama koje je sam kalemio – oplemenio (Filipović, Mil., S., Svojina voćaka po narodnim pravnim običajima, Istorijsko-pravni zbornik Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sv. 2., 1949.) pa se time uspostavljao pravni dualitet: zemljište u državnom vlasništvu, a voćna stabla u privatnom vlasništvu. Zatečeno stanje je priznavao Zakon o zemljišnim knjigama za Bosnu i Hercegovinu iz 1884., kao i jugoslavenski Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga (§§ 76. i 77.) iz 1930.

<sup>107</sup> Margetić, L., Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 207.–209.

<sup>108</sup> Hamurabi je vladao u starobabilonskom razdoblju (po “kratkoj” kronologiji 1728. – 1686. g. prije nove ere), kada je “širi sloj građana imao privatno vlasništvo na zemljištu koje obrađuju sluge i robovi”, a ono se javljalo u povijesnom diskontinuitetu kad bi semitski narodi “zauzeli zemlju” i na njoj se nastanili za duže vrijeme (Die Weltgeschichte), hrvatski prijevod: Povijest svijeta, Marjan tisak, Split, 2005., dio prvi, str. 105.

<sup>109</sup> Stanković, Orlić, op.cit.

<sup>110</sup> Sl. list DFJ 64/45. Stupio na snagu 28. kolovoza 1945.

Zakona o agrarnoj reformi i kolonizaciji od 22. ožujka 1946.,<sup>111</sup> propisujući načelo “zemlja pripada onima koji je obrađuju” (čl. 1.). Zakon je propisao pravila rješavanja uzurpacija zemljišta u državnom vlasništvu kao i nepriznatih dioba seoskog i drugog zemljišta. Prema tom zakonu na području svih federalnih jedinica “imaju se u roku od 2 godine”... riješiti pitanja svih:

- uzurpacija državnog zemljišta,
- zauzeća utrina i
- nepriznatih dioba seoskog i drugog zemljišta,

i to tako da se zahvaćene i faktički podijeljene površine zemljišta u pravilu priznaju u vlasništvo pojedincima koji ih obrađuju i da se “upišu na njihovo ime” u zemljišne knjige. Ali se pri tome “ima voditi računa da ove zemlje nisu u sredini državnog i seoskog zemljišta ili na smetnji komunikacijama ili su prevelike ili nisu zauzete načinom uobičajenim u tome kraju” (čl. 36.)<sup>112</sup>. Nakon toga je Prezidijum Narodne Skupštine FNRJ donio Obavezno tumačenje,<sup>113</sup> da pravne osobe iz čl. 36., u roku koji je ostavljen organima za donošenje rješenja o zauzeću,<sup>114</sup> predlože donošenje rješenja o odbijanju zahtjeva za priznanje prava vlasništva zauzećem<sup>115</sup>. Nakon pravomoćnosti rješenja o odbijanju zauzeća “zemlja je ponovo u posjedu pravne osobe”. U slučaju priznanja uzurpacija, ovlaštene pravne osobe mogle su u roku od dvije godine od pravomoćnosti rješenja kojim se priznaje zauzeće pokrenuti spor kod suda sa zahtjevom da se to rješenje poništi i uzurpantu naloži vraćanje zemljišta.

Budući da je vrlo sporo tekao postupak priznanja prava vlasništva uzurpantima, nakon dvanaest godina od donošenja saveznog Zakona o agrarnoj reformi donijet je Zakon o izmjenama i dopunama toga zakona (1957.), koji je propisao: “Ovlašćuju se narodne republike da donesu propise na osnovu kojih će se raspraviti sve uzurpacije državnog zemljišta, sva zauzeća na utrinama, sve

<sup>111</sup> Sl. list FNRJ 24/46. od 22. ožujka 1946.

<sup>112</sup> Šire o tome Vukčević, D., *Uzurpacije*, u: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, NIU, Sl. list SFRJ, Beograd, 1978., T. 3., str. 625.-629.

<sup>113</sup> Obavezno tumačenje čl. 36. Zakona o agrarnoj reformi i kolonizaciji, Sl. l. FNRJ, 99/46., od 10. prosinca 1946.

<sup>114</sup> Pravne osobe čija je “bila ta zemlja prije zauzeća”.

<sup>115</sup> Čl. 36. Zakona o agrarnoj reformi glasi:

Na području svih federalnih jedinica imaju se u roku od 2 godine od dana stupanja ovog Zakona na snagu riješiti pitanja svih uzurpacija državnog zemljišta, svih zauzeća na utrinama, svih nepriznatih dioba seoskog i drugog zemljišta, s tim, da se takve zahvaćene i podijeljene površine po pravilu priznaju u vlasništvo pojedincima i upišu na njihovo ime u zemljišne knjige. Pri tome se ima voditi računa da ove zemlje nisu u sredini državnog i seoskog zemljišta ili na smetnji komunikacijama ili su prevelike ili su zauzete načinom neuobičajenim u tome kraju. Ono pravno lice, čija je bila ta zemlja prije zauzeća, može u roku od 2 godine pred nadležnim narodnim sudom tražiti poništenje toga zauzeća.

Posebним zemaljskim uredbama odredit će se organi i postupak za rješenje pitanja i sporova iz ovog člana.

nepriзнate diobe prije seoskog zemljišta i zemljišta bivših imovinskih zajednica.” Taj postupak “imaо se završiti najkasnije do konca 1963. godine.”<sup>116</sup>

Pravo vlasništva na uzurpiranom zemljištu priznaje se posjedniku “i svim članovima njegova domaćinstva u jednakim dijelovima ukoliko se drukčije ne sporazume” (čl. 12. st. 1.) odlukom tijela državne uprave. O stjecanju toga prava nije odlučivao sud ni u parnici “za utvrđenje udjela u bračnoj tekovini”<sup>117</sup>, jer se uzurpacija ne može smatrati udjelom u bračnoj stečevini koji je stečen radom (čl. 10. Osnovnog zakona o braku).<sup>118</sup> OZB se primjenjivao na sve pravomoćno neraspravljene imovinske odnose između bračnih drugova, a koji su bili uspostavljeni prije njegova stupanja na snagu<sup>119</sup>.

### 2.2.2. Republički zakon

Nakon izmjena i dopuna saveznog Zakona, dana 30. srpnja 1958. Narodna Republika Hrvatska donijela je Zakon o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem (uzurpacijom) zemljišta u općenarodnoj imovini,<sup>120</sup> koji je propisao pretpostavke i postupak za priznanje prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu u općenarodnoj imovini.

#### 2.2.2.1. Ovlaštenik i objekt uzurpacije

Nije svim osobama priznata sposobnost stjecanja prava vlasništva uzurpacijom niti je svaka nekretnina u društvenom vlasništvu mogla biti objekt uzurpacije. Bio je, dakle, ograničen krug ovlaštenika uzurpacije i objekata uzurpacije:

##### a) Ovlaštenik uzurpacije

Ovlaštenik uzurpacije je pod propisanim zakonskim pretpostavkama (infra) samo fizička osoba. Pravnoj osobi se ne može priznati pravo vlasništva po osnovi uzurpacije<sup>121</sup>.

##### b) Objekt uzurpacije

Objekt uzurpacije u načelu je obradivo zemljište u društvenom vlasništvu (općenarodnoj imovini) kao i obradivo zemljište zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina.

Zgrade nisu objekt uzurpacije<sup>122</sup>. U načelu nisu objekt uzurpacije ni građevinsko zemljište jer je bilo neotuđivo (čl. 1. st. 2. ZPZZ-a), ni šume i šumska zemljišta (*infra*).

<sup>116</sup> Zakon o izmjenama i dopunama čl. 36. Zakona o agrarnoj reformi i kolonizaciji, Sl. list FNRJ 55/57.

<sup>117</sup> Rev 471/83 od 27. listopada 1983., ZSO, VIII-4, 283.

<sup>118</sup> Sl. list FNRJ 37/46., 36/48. i 44/51.

<sup>119</sup> Čl. 16. Zakona o imovinskim odnosima bračnih drugova, vidi Prokop, A., Komentar Osnovnog zakona o braku, I, Školska knjiga, Zagreb, 1959., str. 18.–41.

<sup>120</sup> Zakon o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem (uzurpacijom) zemljišta u općenarodnoj imovini, NN 31/58., od 30. srpnja 1958., NN 20/77. i 34/79.

<sup>121</sup> VSH Gzz 8/63, Žuvela<sup>2</sup>, str. 142. st. 1.

<sup>122</sup> VSH Rev 1893/88, od 9. ožujka 1989., PSP 44/28.



### 2.2.2.2. Pretpostavke za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije

Uzurpantu se priznaje pravo vlasništva na zauzetom zemljištu, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno, pod sljedećim pretpostavkama:

- zauzeće je “izvršeno” do 6. travnja 1941.;
- uzurpant je stalno i nesmetano u posjedu zemljišta i
- uzurpant obrađuje, odnosno koristi zemljište za svoje potrebe (čl. 2. st. 1.).<sup>123</sup>

Ne smatra se uzurpantom osoba koja zajedno s ostalim seljanima napasu stoku na seoskom pašnjaku<sup>124</sup> zbog najmanje tri načelna razloga. Prvo zato što pašnjak nije obradivo zemljište; drugo zato što se napasanje stoke ne može usporediti s obradom zemljišta i treće (najvažnije) zato što vlasnik stoke napasajući stoku na zajedničkom pašnjaku s ostalim seljanima ne izražava volju individualnog prisvajanja (nema, dakle *animus domini*). Ipak se na zauzetim pašnjacima izuzetno priznaje pravo vlasništva pod pretpostavkama koje su propisane zakonom (*infra*).

Iznimno će se priznati pravo vlasništva na zauzetom obradivom zemljištu zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina iz čl. 4. st. 2. Zakona o proglašenju imovine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina općenarodnom imovinom<sup>125</sup> ako je “zauzeće izvršeno do stupanja na snagu tog zakona” (19. travnja 1947.)<sup>126</sup>.

### 2.2.2.3. Zemljište na kome se priznaje pravo vlasništva i svojstvo uzurpanta

#### a) Poljoprivredno zemljište

Pravo vlasništva priznaje se uzurpacijom, u načelu svakoj fizičkoj osobi i to:<sup>127</sup>

- zemljoradniku do 8 kj, <sup>128</sup> a
- nezemljoradniku do 1 kj (čl. 4. st. 1., 2., i 3.).

Socijalni položaj fizičke osobe (zemljoradnik, nezemljoradnik) pravno je bitan za veličinu površine zemljišta na kojoj se priznaje pravo vlasništva kada se ispune sve pravne pretpostavke. U nastavku se ukazuje i na neke druge specifičnosti.

<sup>123</sup> UpSH, Us 6737/78, od 23. svibnja 1979., zbornik UpSH, 513.

<sup>124</sup> VS BiH U 728/69 od 19. lipnja 1969., ZSO XV-1, 63.

<sup>125</sup> Zakon o proglašenju imovine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina općenarodnom imovinom, NN 36/47.

<sup>126</sup> O tim zajednicama, imovnim općinama i užitničkim pravima njihovih članova koji po Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslovenske komunističke vladavine nemaju pravo na restituciju i o mogućem rješenju *de lege ferenda*, Simonetti, P., Denacionalizacija, str. 304.-310., gdje je navedena pravna literatura o tim zajednicama, imovnim općinama i užitničkim pravima.

<sup>127</sup> VSH Gzz 8/63, Žuvela, Vlasničkopravni odnosi, 2004., str. 256.

<sup>128</sup> Poljoprivrednikom (zemljoradnikom) smatra se osoba koja je to po Zakonu o poljoprivrednom zemljištu (Zaključak sjednice sudaca Upravnog suda Hrvatske, od 29. lipnja 1990., PSP 47/274).



#### b) Neplodno zemljište

Posjedniku nezemljoradniku neće se priznati pravo vlasništva na cijeloj površini zauzetog neplodnog zemljišta, na kojoj je on izgradio kuću i uredio dvorište, “ako zauzeta površina prelazi njegove potrebe” (čl. 4. st. 4.).

U slučaju nepriznavanja prava vlasništva na čitavom posjedu, posjedniku se omogućuje da se izjasni “koji dio zauzetog zemljišta želi zadržati” (čl. 4. st. 5.).

#### c) Šume i šumsko zemljište

U načelu se ne priznaje pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu u općenarodnoj imovini (čl. 5. st. 1.). Iznimno, a pod uvjetima određenim ovim zakonom, priznaje se posjedniku zemljoradniku pravo vlasništva na zauzetim manjim i od šumskih kompleksa odvojenim šumama i šumskim zemljištima neprikladnim za racionalno gospodarenje ako je uzurpant za njihovo održavanje i unaprijeđenje uložio potrebna sredstva i trud (čl. 5. st. 2.). Pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu pod ovim pretpostavkama priznaje se “u granicama ekonomske potrebe posjednika, ali najviše do površine od 2 kj” (čl. 5. st. 3.).

#### d) Pašnjaci

Na zauzetim pašnjacima posjedniku zemljoradniku priznaje se pravo vlasništva “ako je neplodnu zemlju osposobio za pašnjak ili zauzeti pašnjak unaprijedio melioracijama i drugim korisnim mjerama” (čl. 6. st. 1.). Na kraškom zemljištu posjedniku zemljoradniku priznaje se pravo vlasništva “ako je pašnjak ogradio i tako ga koristio” (čl. 6. st. 2.). Na pašnjacima neobradivog zemljišta priznaje se pravo vlasništva posjedniku zemljoradniku u granicama ekonomske potrebe njegovog domaćinstva do površine koju odredi narodni odbor kotara (čl. 6. st. 3.); od 27. travnja 1965. skupština općine.

#### *2.2.2.4. Zemljište na kome se ne priznaje pravo vlasništva po osnovi uzurpacije*

Na taksativno određenim uzurpiranim zemljištima u javnom interesu isključeno je priznanje prava vlasništva.

Na “zauzetom zemljištu ne može se priznati pravo vlasništva:

- ako smeta komunikacijama;
- ako je enklava ili poluenklava koja smeta pravilnom gospodarenju šumama općenarodne imovine;
- ako se nalazi na melioriranom području, a nije privedeno trajnoj kulturi prije stupanja na snagu ovog zakona odnosno prije izvedenih melioracionih radova većeg opsega kojima je i zauzeto zemljište dobilo znatno na vrijednosti ili ako smeta provedbi mjera u cilju zaštite od voda;
- ako je građevinsko zemljište iznad površine potrebne za izgradnju stambene kuće i gospodarskih zgrada posjednikovog domaćinstva” (čl. 7. st. 1.).

“Ako samo jedan dio zauzetog zemljišta predstavlja smetnju u smislu prethodnog stava, pravo vlasništva neće se priznati samo na tom dijelu zemljišta” (čl. 7. st. 2.).

U nastavku su definirane zakonske sintagme:

- smetnja komunikacijama (čl. 8.);
- enklave, odnosno poluenklave (čl. 9.);
- meliorirano područje (čl. 10.) i
- građevinsko zemljište (čl. 11).

#### 2.2.2.4.1. Dvojbe sudske prakse u pogledu objekta uzurpacije

U primjeni Zakona o uzurpacijama pojavile su se dvojbe:

- u pogledu priznanja prava vlasništva na šumama i šumskom zemljištu,
- u pogledu priznanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu izvan građevinskog područja unutar kojeg je zemljište bilo u društvenom vlasništvu.

Prvu dvojbu otklonila je sudska praksa zauzimajući stav da se nakon 23. svibnja 1977. (dan stupanja na snagu Zakona o šumama) ne može priznati uzurpacija na šumi ni pod kojim uvjetima<sup>129</sup>, dakle ni iznimno, čime nije isključena parnica za utvrđivanje da je stečeno pravo vlasništva na temelju dosjelnosti do 6. travnja 1941.<sup>130</sup>

Drugu dvojbu otklonio je Ustav SRH-a od 22. veljače 1974. koji je propisivao načelo prema kome ne može postojati pravo vlasništva na građevinskom zemljištu, a nije dopuštao mogućnost zakonskog odstupanja (čl. 112.) pa se zakonom ne može priznati pravo vlasništva na građevinskom zemljištu ni na osnovi uzurpacije.

#### 2.2.2.4.2. Nekretnine na kojima se nije moglo priznati pravo vlasništva po osnovi uzurpacije

Prema tomu, pored nekretnina koje su bile opće dobro ili javno dobro u općoj uporabi, na koje se po prirodi stvari nije moglo steći pravo vlasništva,<sup>131</sup> pravo vlasništva se nije moglo priznati po osnovi uzurpacije na šumama i šumskom zemljištu nakon 31. svibnja 1977. pa ni na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, bez obzira što je uzurpacija izvršena prije 6. travnja 1941.

##### a) Šume i šumsko zemljište

Zakonom o šumama SRH<sup>132</sup> bilo je propisano da njegovim stupanjem na snagu (23. svibnja 1977.) prestaju važiti odredbe iz čl. 113. i 114. Osnovnog zakona o poljoprivrednom zemljištu kao i odredbe iz čl. 5. Zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem kojima su bile propisane

<sup>129</sup> VSH, Gzz 51/83, od 24. siječnja 1984, Žuvela<sup>4</sup>, str. 164., br. 48.

<sup>130</sup> Okružni sud Zadar, Gž 224/91, od 23. listopada 1991., PSP, 43/23.

<sup>131</sup> Up SH Us 1309/76, od 2. studenog 1977. Žuvela<sup>4</sup> str. 157.

<sup>132</sup> Zakon o šumama SRH, NN 20/77.

pretpostavke za nepriznavanje prava vlasništva na šumama i šumskom zemljištu u društvenom vlasništvu koje je bilo zauzeto (uzurpirano) do 6. travnja 1941. Prema tomu, nakon 23. svibnja 1977. u SRH nije se moglo priznati, ni pod kakvim uvjetima, pravo vlasništva na šumi i šumskom zemljištu u društvenom vlasništvu, iako je bilo uzurpirano prije 6. travnja 1941.<sup>133</sup> Pravno-relevantno je faktično stanje na dan odlučivanja o zahtjevu za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije nakon 23. svibnja 1977., tj. da je toga dana odnosno zemljište bilo obraslo šumom ili je imalo svojstvo šumskog zemljišta, bez obzira je li uzurpirano kao šuma ili kao poljoprivredno obradivo zemljište, jer ova odredba nije imala povratnu snagu niti je omogućavala drukčiju interpretaciju.

#### b) Građevinsko zemljište

Načelo neotuđivosti građevinskog zemljišta iz društvenog vlasništva bilo je propisano Zakonom o prometu zemljišta i zgrada (čl. 1. st. 2.), koji je stupio na snagu 1. srpnja 1954. Stoga je logično da se pravo vlasništva na tom zemljištu nije moglo stjecati ni na osnovi uzurpacije (čl. 2. Zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem-uzurpacijom)<sup>134</sup> ni prije Ustava SRH od 22. veljače 1974., odnosno prije ukidanja iznimaka ZPZZ-a (čl. 18. i 30. st. 3. i 4.)<sup>135</sup>, jer se iznimke u pravu usko tumače.<sup>136</sup> Uskim tumačenjem ovih iznimaka ne može se izvesti zaključak da se do 8. siječnja 1981., moglo steći pravo vlasništva po osnovi uzurpacije na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, iako je zemljište bilo uzurpirano prije 6. travnja 1941. kada još nije bilo proglašeno građevinskim zemljištem, a uzurpant ga je obrađivao u kontinuitetu i nakon što je proglašeno građevinskim zemljištem, jer nije bio deposediran.

Prema gledištu Up SH u postupku uzurpacije moglo se priznati pravo vlasništva i na zemljištu u građevinskom području “ako se radi o zemljištu na kojem se može steći pravo vlasništva”<sup>137</sup>. Ovo mišljenje bilo je suprotno ustavnom načelu prema kojem na građevinskom zemljištu ne može postojati pravo vlasništva, a postojeće pravo vlasništva prestaje pod uvjetima i na način utvrđen zakonom<sup>138</sup>. Stoga građevinsko zemljište koje je već u društvenom vlasništvu (“uzurpacija” se odnosi isključivo na zemljište u društvenom vlasništvu a do 6. travnja 1941. bilo je u državnom vlasništvu) nije moglo više postati objekt prava vlasništva.

<sup>133</sup> Up SH Us 4846/77, od 31. svibnja 1978., i Up SH Us 3024/81, od 18. studenog 1981., Žuvela<sup>4</sup>, str. 117. i 157.-158.

<sup>134</sup> UpSH, Us 1675/79 od 19. prosinca 1979. i Up SH Us 4915/85, od 16. siječnja 1986., Žuvela<sup>4</sup>, str. 117. i 158.

<sup>135</sup> Čl. 78. al. 3. ZGZ-a, NN 54/80., od 31. prosinca 1980.

<sup>136</sup> Blagojević, op. cit.; Vuković, op. cit.

<sup>137</sup> Up SH Us 3150/87, od 14. listopada 1987., PSP 37/86.

<sup>138</sup> Čl. 81. Ustava SFRJ, od 21. veljače 1974., i čl. 112. Ustava SRH, od 22. veljače 1974. Vidi ZGZ SRH (čl. 3. do 18.).

Mogućnost stjecanja prava vlasništva na građevinskom zemljištu izvan građevinskog područja, ali samo na temelju pravnog posla, iznimno je postojala i nakon Ustava iz 1974. po Zakonu o prometu zemljišta i zgrada do stupanja na snagu Zakona o građevinskom zemljištu (8. siječnja 1981.). ZGZ je stavio izvan snage odredbe iz čl. 18. i 30. st. 3 i 4. ZPZZ-a. Prema tim odredbama se građevinsko zemljište izvan užeg građevinskog rajona gradova i naselja gradskog karaktera moglo prenijeti u vlasništvo građaninu ili građanskopravnoj osobi radi izgradnje stambene zgrade u zamjenu za drugo građevinsko ili poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu. Radna organizacija mogla je prodavati takvo zemljište radi kupnje drugog zemljišta od građanina ili građanskopravne osobe (čl. 18.). Prema tomu, na temelju uzurpacije nije se moglo priznati pravo vlasništva na građevinskom zemljištu izvan građevinskog rajona ni do stupanja na snagu Ustava<sup>139</sup>, odnosno do prestanka važenja iz čl. 18. i 30. st. 3 i 4. ZPZZ-a. Odredbe iz čl. 18. i 30. Zakona o prometu zemljišta i zgrada prestale su vrijediti danom stupanja na snagu Zakona o građevinskom zemljištu<sup>140</sup> (čl. 78. st. 1. al. 3.), tj. 8. siječnja 1981. (čl. 79.).

Prema sudskoj praksi uzurpant kome nije priznato pravo vlasništva na uzurpirano zemljište imao je pravo na naknadu za ulaganja u zemljište (npr. za sadnju maslina, vinograda, voćaka) po pravilima iz ustanove posloводства bez naloga (§§ 1035. – 1044. OGG-a, čl. 221. – 228. ZOO-a<sup>141</sup>, danas 1122. – 1129. ZOO-a).

### c) Zgrade

Na zgradama u društvenom vlasništvu ni iznimno se nije moglo priznati pravo vlasništva po osnovi uzurpacije.

#### 2.2.2.5. *Deklaratorni karakter rješenja o priznanju prava vlasništva na temelju uzurpacije*

Prema sudskoj praksi rješenje o priznanju prava vlasništva na temelju uzurpacije ima deklaratoran karakter, jer se njime potvrđuje da je stečeno pravo vlasništva kada se utvrdi da su se za ovo stekle sve zakonske pretpostavke<sup>142</sup>.

### 2.3. *Negativni učinci priznanja prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu*

Priznanje prava vlasništva na osnovi uzurpacije koje se zasnivalo na ideji “zemlja – zemljoradnicima” bilo je način izvornog stjecanja prava vlasništva na obradivom zemljištu, pa i na ograđenim pašnjacima u vrijeme kad se nije moglo predvidjeti da će to zemljište po zakonu (prostornom planu) postati građevinsko zemljište. Kada su poljoprivredno zemljište i pašnjaci koji su po pravilu imali

<sup>139</sup> VSH Rev 1893/88, od 9. ožujka 1989.

<sup>140</sup> NN 54/80., od 31. prosinca 1980.

<sup>141</sup> VSH Rev 1224/80, od 9. listopada 1986., PSP 33/36.

<sup>142</sup> VSH Rev 496/85, od 18. travnja 1985., PSP 29/19, Okružni sud u Rijeci Gž 1326/75, od 4. prosinca 1976., PSP 9/91.

malu tržišnu vrijednost, uključeni u građevinsko područje, to je zemljište postalo “rudnik zlata” vlasnika koji ga je stekao bez ikakve naknade. Najbolji primjer za ovo je priznanje prava vlasništva na pašnjacima kraškog područja (najčešće na otocima). Tako su jedinice lokalne samouprave izgubile vrijedno zemljište na kome su mogle ubirati stalno rastuću gradsku rentu osnivanjem prava građenja i time osigurati trajni izvor prihoda za izgradnju, proširenje i modernizaciju komunalne infrastrukture, a i za izgradnju socijalnih stanova te smanjiti troškove izgradnje za cijenu zemljišta. Tako su zemljoradnici i stočari, nekadašnji proizvođači hrane, poljoprivrednih i stočarskih sirovina, postali rentijeri koji će brže bolje rasprodati zemljište koje je bilo izvor privređivanja njihovih predaka. To je još jedan apsurd, uz pretvorbu društvenog vlasništva na građevinskom zemljištu, uspostavljanje prava vlasništva na zemljištu koje je bilo u društvenom vlasništvu, a moglo se zadržati u vlasništvu jedinica lokalne samouprave na korist svih građana.

U novije vrijeme mediji obavještavaju o manifestacijama nezadovoljstva onih građana koji su stekli po osnovi uzurpacije pravo vlasništva na zemljištu – pašnjaku, kamenjaru na jadranskim otocima ili na obali, a zemljište im nije uključeno u građevinsko područje, kao što je uključeno zemljište njihovih susjeda koji su time bez ikakvih ulaganja i rizika stekli veliko bogatstvo. Gubitnik je, razumije se, zajednica: država ili jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, svi građani koji su izgubili to naslijeđeno zajedničko dobro. Tako je izigrana ideja da se pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u načelu prizna onima koji ga obrađuju, po načelu: zemlja – zemljoradnicima.

### ***3. Odnos ustanova dosjeloosti i uzurpacije zemljišta u općenarodnoj imovini (društvenom vlasništvu)***

Zajedničke zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva uzurpacijom i dosjelošću jesu te da je uzurpant odnosno uzukapijent, sposoban steći pravo vlasništva pravno relevantnim posjedom i da se na odnosnoj stvari može uspostaviti privatno pravo vlasništva. Po Zakonu o uređenju imovinskih odnosa nastalih uzurpacijom stjecatelj prava vlasništva po osnovi uzurpacije nije bila pravna osoba, pa ni vjerska zajednica<sup>143</sup>, a po pravilima građanskog prava uzukapijent može biti svaka fizička i pravna osoba.<sup>144</sup>

Uzurpant nije mogao steći pravo vlasništva i kad su bile ispunjene objektivne pretpostavke za to stjecanje ako bi time stekao pravo vlasništva preko zakonskog maksimuma.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> VSH Gzz 8/63 Žuvela<sup>4</sup>, str. 115.

<sup>144</sup> Simonetti, P., Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj, ZPFR, vol. 27, br. 1., str. 26. i 27.

<sup>145</sup> Čalja, B., Primjena člana 112. i 113. Zakona o iskorišćavanju poljoprivrednog zemljišta sa rješavanjem uzurpacije; Narodna uprava, vol. XVII, br. 4, 1966., str. 132.–135.; Majtin, Z.,

Uzukupijent koji bi stekao pravo vlasništva prekoračenjem zakonskog maksimuma gubio je pravo vlasništva na tu nekretninu po samom zakonu na temelju pravomoćne odluke nadležnog tijela bez prava na naknadu (čl. 17. st. 1. i 2. ZPZZ-a). To praktički znači da u slučaju kada nije donijeta takva odluka do ukidanja zakonskog maksimuma, uzukupijent zadržava stečeno pravo vlasništva. Unatoč tome što je ta odluka imala samo deklarativni značaj, jer je nekretnina koja je bila predmet dosjelošti stečena iznad zakonskog maksimuma, pa je po samom zakonu prešla u društveno vlasništvo, ali je to morao utvrditi nadležni organ autoritativnom odlukom. Nakon ukidanja zakonskog maksimuma teško se može očekivati tužba za donošenje presude kojom bi se utvrdilo da je odnosna nekretnina stečena dosjelošću prešla u društveno vlasništvo zbog prekoračenja zakonskog maksimuma. Ipak takva mogućnost pravno nije isključena, jer se i prestanak stvarnih prava, pa dakle i prava vlasništva, prosuđuje prema pravilima koja su se primjenjivala u trenutku prestanka prava (čl. 388. st. 2. ZV-a).

Specifičan odnos između ustanove dosjelošti i uzurpacije bio je uređen Zakonom o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta<sup>146</sup> koji je stupio na snagu 5. prosinca 1959., odnosno od 23. travnja 1965. Osnovnim zakonom o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta<sup>147</sup>, koji su propisali sljedeća pravila: na zemljištu u društvenom vlasništvu ne može se stjecati pravo vlasništva dosjelošću (čl. 112. st. 1. odnosno čl. 113. st. 1. u pročišćenom tekstu). Ovo se pravilo ne odnosi na slučajeve u kojima je vrijeme potrebno za dosjelost isteklo do 6. travnja 1941., kao ni za slučajeve koji su do 5. listopada 1959. (kada je zakon stupio na snagu) raspravljeni pravomoćnom sudskom presudom (čl. 112. st. 2., odnosno 113. st. 2.).

Drugo pravilo suglasno je načelu zaštite stečenih prava, jer se pravo vlasništva stječe dosjelošću kada se ispune zakonom propisane pretpostavke, istekom propisanog roka, a presuda ima deklarativan značaj, tj. učinak autoritativnog utvrđenja da je stečeno pravo vlasništva po samom zakonu. No, u slučaju da je pravomoćnom presudom utvrđeno da je tuženi stekao pravo vlasništva, iako nisu bile ispunjene zakonske pretpostavke, npr. ako je vrijeme dosjelošti isteklo nakon 6. travnja 1941., pravo vlasništva stečeno je učinkom procesnopravne ustanove presuđene stvari – *res iudicata facit ius inter partes*. U slučaju da je utvrđeno pravo vlasništva iako nisu bile ispunjene sve zakonske pretpostavke, po Zugli presuda ima konstitutivan učinak jer dosuđuje pravo koje po zakonu nije stečeno.<sup>148</sup> Drukčije Triva<sup>149</sup>, koji slijedi publicističku teoriju procesnog prava, ali se ni po toj teoriji o presuđenoj stvari ne može ponovo suditi niti se pravomoćna odluka može pobijati redovnim ili izvanrednim pravnim lijekom po proteku prekluzivnih rokova u kojima su se ti lijekovi mogli podnijeti.

Primjena člana 112-II i člana 113-III Zakona o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta na šumska zemljišta, *Odvjetnik*, vol. XII, br. 1, 1962., str. 6.-9.

<sup>146</sup> Sl. list FNRJ 43/59.

<sup>147</sup> Sl. list SFRJ 25/65.

<sup>148</sup> Šire Zuglia, S., *Gradanski parnični postupak FNRJ*, Školska knjiga, Zagreb 1957., str. 486.-489.

<sup>149</sup> Triva, S., *Gradansko procesno pravo I*, Narodne novine, Zagreb, 1972., str. 546.-549.



Iako to proizlazi iz gornjih pravila, *argumentum a contrario*, zakon je izričito propisao:

Neće se smatrati uzurpiranim zemljištem u pogledu kojih su do 6. travnja 1941. ispunjeni uvjeti za dosjeloost što ih predviđaju pravila imovinskog prava (čl. 113. st. 3. odnosno 114. st. 3.)<sup>150</sup>.

Pored općih uvjeta propisanih za stjecanje prava vlasništva na nekretninama u državnom vlasništvu, tražio se protok izvanrednog roka u trajanju od 40 godina (§1472)<sup>151</sup>. Po toj osnovi, stjecao je pravo vlasništva pošten posjednik koji nije mogao dokazati da mu je posjed zakonit, a dokazao je da je on ili njegov pravni prednik bio u neprekinutom posjedu od 6. travnja 1901.<sup>152</sup> (pošten se posjed predmnijeva). Kraće vrijeme posjeda od 20 godina nije bilo pretpostavka za stjecanje prava vlasništva jer se Načelno mišljenje proširene opće sjednice Saveznog vrhovnog suda Jugoslavije, od 4. travnja 1960.,<sup>153</sup> prema kome je za dosjeloost bio dovoljan protok vremena od 20 godina neprekinutog poštenog posjeda protezalo na vrijeme od 6. travnja 1941., a ne prije toga kada su pravila o zastari i dosjeloosti iz OGZ-a (§§ 1451.-1502.) bila pozitivni propis u Hrvatskoj.<sup>154</sup>

Suglasno gornjim pravilima, Zakon je propisao odnos između ustanova uzurpacije i dosjeloosti. U slučaju da je po odredbama republičkog zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih uzurpacijom zemljišta u društvenom vlasništvu prije ili poslije 5. studenog 1959. pokrenut upravni postupak za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije, ne može se pokrenuti parnični postupak radi priznanja prava vlasništva po osnovi dosjeloosti. Ako je parnični postupak prije toga bio pokrenut, prekinut će se dok se upravni postupak ne završi pravomoćno (čl. 113. st. 1. odnosno čl. 114. st. 1.)<sup>155</sup>. Pod pretpostavkom da se u upravnom postupku pravomoćno utvrdi da nema mjesta priznanju prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu, ne može se zahtijevati predaja posjeda u parničnom postupku dok se ne utvrdi da je na tom zemljištu stečeno pravo vlasništva dosjelošću. Ako je parnični postupak bio prekinut zbog toga što je naknadno pokrenut upravni postupak za priznanje prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu, “tužba će se odbaciti” (čl. 113. st. 2., odnosno čl. 114. st. 2.).

### **3.1. Nedovršeni postupci uzurpacije**

Iako je bilo propisano da se “raspravljanje po odredbama ovog zakona mora završiti najkasnije dok konca 1963.” (čl. 1. st. 2.), kako je nalagao izmijenjeni čl.

<sup>150</sup> VSH Pravni stav sjednice Građanskog odjela VSH (4/80), od 7. srpnja 1980., PSP 17/38.

<sup>151</sup> Odnosno 36 godina po § 931. SGZ-a, a po čl. 46. Crnogorskog OIZ-a, 30 godina.

<sup>152</sup> VSJ Rev 1935/64., od 30. listopada 1964., ZSO, Knj. 9., Sv. 3., odluka 349; VSBiH Gž 306/56., od 9. studenog 1956., ZSO, Knj. 1., Sv. 2., odluka 687, Žuvela<sup>4</sup>, str. 115. i 159.

<sup>153</sup> Br. 3/60., obj. u ZSO V - I, str. 15.

<sup>154</sup> Osim na onom području koji je 1920. i 1924. bio pripojen Kraljevini Italiji na kome se od 1. srpnja 1929. primjenjivao talijanski Codice civile iz 1865., a zatim Codice civile iz 1942. (čl. 1158.-1167.) do 15. rujna 1947., odnosno do 5. listopada 1954. na području bivše Zone B STT-a (Bujština), koji ne poznaje ogezeovsku distinkciju.

<sup>155</sup> SVS Rev 1266/60, od 9. studenog 1960., ZSO, Knj. 5.-3 sentenca 347.



36. saveznog Zakona..., kasnije je čak i rok za podnošenje zahtjeva za priznanje prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu bio produžen do 31. prosinca 1981., a organ nadležan za imovinskopravne poslove bio je dužan oglasom pozvati posjednike samovlasno zauzetog zemljišta da u tom roku mogu podnijeti svoj zahtjev za priznanje prava vlasništva općinskoj komisiji za uzurpacije.<sup>156</sup>

Prema podacima republičke Uprave za imovinskopravne poslove godine 1988., kod prvostupajskih tijela u SRH bilo je oko 25 000 neraspravljenih zahtjeva za priznanje prava vlasništva na uzurpiranom zemljištu u društvenom vlasništvu, koje su fizičke osobe podnijele do kraja 1981.<sup>157</sup>

### **3.2. Prestanak važenja Zakona i dovršenje započetih postupaka uzurpacije**

Dana 10. lipnja 1993., proglašen je Zakon o prestanku važenja Zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem (uzurpacijom) zemljišta u općenarodnoj imovini,<sup>158</sup> koji je stupio na snagu 25. lipnja 1993. Po tom zakonu, postupci pokrenuti po odredbama Zakona o uređenju imovinskih odnosa...<sup>159</sup> u kojima nije donijeto pravomoćno rješenje dovršit će se po odredbama tog zakona (čl. 2.). Budući da mnogi započeti postupci nisu dovršeni do 25. lipnja 1993., Uprava za imovinskopravne poslove Ministarstva pravosuđa i uprave, na upit županije Zadarsko-kninske, dana 6. studenog 1993.<sup>160</sup> odgovorila je da bi trebalo imenovati novu komisiju za rješavanje tih predmeta<sup>161</sup> i da bi imenovanje ovog kolegijalnog tijela za poslove državne uprave, u smislu čl. 53. Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi<sup>162</sup>, trebala izvršiti županijska skupština. Nakon toga u županijama su imenovana povjerenstva od tri člana, i to: jedan sudac županijskog suda koji je predsjednik povjerenstva i dva samostalna referenta za imovinsko pravne poslove županijske uprave koji rješavaju predmete obnove postupka i ispravke.

### **3.3. Nastavak tijeka dosjelnosti**

Zahtjev za utvrđenje da je pravo vlasništva stečeno dosjelošću prije 6. travnja 1941. ne zastarijeva kao ni tužbeni zahtjev za povrat stvari (čl. 37. st. 3. ZOVO-a, čl. 161. st. 3. ZV-a) niti je ograničen prekluzivnim rokom. U pogledu onih nekretnina koje nisu prenesene u privatno vlasništvo po propisima o uzurpaciji započeto vrijeme dosjelnosti prije 6. travnja 1941. nastavlja se, kako je

<sup>156</sup> Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o uzurpacijama, NN 34/79. (čl. 1. i 2.).

<sup>157</sup> Podatak iz članka, Nemeč-Rački, H., *Analiza Zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem (uzurpacijom) zemljišta u općenarodnoj imovini*, Naša zakonitost, god. 43, br. 6, 1989., str. 801.

<sup>158</sup> NN 58/93., od 18. lipnja 1993.

<sup>159</sup> NN 31/58., 20/77. i 34/79.

<sup>160</sup> Dopis, Klasa: 940-01/93-01/1358. UR br. 514-05-01/2-93-2.

<sup>161</sup> Općinske komisije za uzurpaciju bile su imenovane na temelju Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o uređenju imovinskih odnosa 1979., NN 34/79.

<sup>162</sup> NN 90/92.

naprijed izneseno, po pravilu o zastoju tijekom dosjelogosti<sup>163</sup> od dana prelaska nekretnine u privatno vlasništvo, odnosno u vlasništvo Republike Hrvatske, a najkasnije od 8. listopada 1991. kada je brisan čl. 29. ZOVO-a koji je isključivao primjenu ustanove dosjelogosti na stvarima u društvenom vlasništvu. Budući da je stjecanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije bilo suženo u odnosu na stjecanje prava vlasništva po osnovi dosjelogosti, kako po objektu stjecanja, tako i u pogledu kruga stjecatelja i opsegu (površini) stjecanja, proizlazi da se nakon prestanka važenja Zakona o uzurpaciji nastavlja tijekom dosjelogosti započetak prije 6. travnja 1941.<sup>164</sup> Započeta dosjelogost i u slučaju da je zahtjev za uzurpaciju bio pravomoćno odbijen, ili odbačen, ili uopće nije bio podnesen, nastavlja se ako su za ovo ispunjene zakonske pretpostavke. Bitna pretpostavka za dosjelogost i po današnjem je pravu pošteno posjed. Nepošteni posjednik nikada neće steći pravo vlasništva dosjelošću (čl. 159. ZV-a).<sup>165</sup>

### **Zaključak**

Prema ranijim pravilima građanskog prava, kao i po sadašnjem Zakonu o vlasništvu, pravo vlasništva na određenoj stvari koje se može steći pravnim poslom, može se steći i dosjelošću; tko je sposoban steći, taj može i dosjelošću steći pravo vlasništva i druga stvarna prava.

Nekretnine u društvenom vlasništvu (općenarodnoj imovini) nisu se mogle prenositi u privatno vlasništvo na temelju pravnog posla ili odluke nadležnog tijela, osim ako je to zakonom ili drugim propisom bilo izričito dopušteno<sup>166</sup>. Zakon o prometu zemljišta i zgrada<sup>167</sup> je propisivao: Poljoprivredna zemljišta u društvenom vlasništvu ne mogu se otuđivati, osim u slučajevima, koji su zakonom određeni.

Građevinska zemljišta u društvenom vlasništvu ne mogu se otuđivati, ali se na njima mogu stjecati prava određena zakonom.

Zgrade u društvenom vlasništvu mogu biti u prometu pod uvjetima određenim ovim zakonom. (čl. 1.).

Nijedan propis nije predviđao mogućnost stjecanja prava vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu po osnovi dosjelogosti. S obzirom da se u pravu iznimke usko tumače, proizlazi da se pravo vlasništva na nekretninama u

<sup>163</sup> § 1478. OGZ-a i čl. 30. st. 3. ZOVO-a koji upućuje na čl. 383. tadašnjeg Zakona o obveznim odnosima.

<sup>164</sup> Čl. 384. st. 2. tadašnjeg ZOO-a na koji je upućivao čl. 30. st. 3. tadašnjeg ZOVO-a.

<sup>165</sup> Tako i Crnogorski OIZ koji je propisivao: "... onaj koji nešto drži u zloj namisli, nikad ne može stvar održajem steći" (čl. 845. st. 2.).

<sup>166</sup> Tako je Uredbom iz 1951. bilo propisano da se na građevinskom zemljištu u općenarodnoj imovini može konstituirati pravo korištenja radi građenja u korist radnika i službenika (Uredba o izgradnji stambenih zgrada radnika i službenika, Sl. l. FNRJ 23/51). Uredbom iz 1953. bila je dopuštena prodaja obiteljskih stambenih zgrada u općenarodnoj imovini svakom građaninu FNRJ (Uredba o prodaji stambenih zgrada u općenarodnoj imovini, Sl. l. FNRJ 17/53 i 31/53).

<sup>167</sup> Sl. l. FNRJ br. 26/54. (stupio na snagu 1. srpnja 1954.), koji je liberalizirao promet nekretnina u privatnom vlasništvu.

društvenom vlasništvu nije moglo stjecati dosjelošću ni prije nego što je to bilo izričito zakonom isključeno za poljoprivredno zemljište (5. studenog 1959.), odnosno za sve stvari u društvenom vlasništvu (1. rujna 1980.).

Pravilo po kome svako pravo koje se može steći pravnim poslom može se steći i dosjelošću, vrijedi u pravnom sustavu koji u načelu ne ograničava stjecanje tih prava. Prema tome, stjecanje prava vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu po osnovi dosjelošti bilo je prešutno isključeno od dana uspostavljanja društvenog vlasništva (općenarodne imovine) na određenoj nekretnini. Ovo je bilo gledište i tadašnje sudske prakse.

Prema Zakonu o iskorištavanju poljoprivrednog zemljišta pravilo o isključenju stjecanja prava vlasništva dosjelošću na zemljištu u društvenom vlasništvu vrijedi od 6. travnja 1941. (čl. 112. st. 2.). Dakle, po tome zakonu, isključena je dosjelošt od 6. travnja 1941. na zemljištu koje je do toga datuma bilo u državnom vlasništvu, kao i u odnosu na zemljište za koje se po zakonu smatra da je bilo u državnom (društvenom) vlasništvu od 6. travnja 1941. godine. Ovo se po analogiji, s obzirom na gore izloženo, odnosi i na druge nekretnine u državnom vlasništvu. Dosjelošt je bila isključena od 1. rujna 1980. u pogledu svih stvari u društvenom vlasništvu (čl. 29. ZOVO-a) i to sve do 8. listopada 1991. Budući da je pravna prepreka za stjecanje prava vlasništva dosjelošću na nekretninama u društvenom vlasništvu uklonjena 8. listopada 1991., vrijeme dosjelošti koje je počelo teći prije nego što je nekretnina prenijeta u društveno vlasništvo nastavilo se po pravilu o zastoju tijekom dosjelošti, pod pretpostavkom da se nije prekidao kvalificirani posjed za dosjelošt. Ne smatra se da se posjed prekidao ako je posjednik umro, a posjed su nastavili njegovi nasljednici koji se nisu odrekli nasljedstva. Isto vrijedi za pravne osobe koje su prestale postojati ako je posjed nastavila druga pravna osoba (pravna sljednica). Vrijeme dosjelošti se nastavlja 8. listopada 1991. za sve nekretnine koje su do tada bile u društvenom vlasništvu, osim za šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu, koje se ne mogu steći dosjelošću.

Vrijeme dosjelošti do 6. travnja 1941. na nekretninama u državnom vlasništvu bilo je, kao i po sadašnjem Zakonu o vlasništvu 40 godina (§ 1472 OGZ-a). Kraće je vrijeme dosjelošti ako su odnosne nekretnine prenesene u vlasništvo osoba koje ne spadaju u krug osoba protiv kojih se traži vrijeme dosjelošti od 40 godina po sadašnjem Zakonu (čl. 159. st. 4. ZV-a).

Dakle, protiv nepriviligiranih osoba vrijedi duži rok za stjecanje prava vlasništva dosjelošću od 40, odnosno 20 godina.

Budući da su nekretnine, osim građevinskog zemljišta, pod određenim pretpostavkama prelazile iz društvenog u privatno vlasništvo, započeto vrijeme dosjelošti nastavljalo se po pravilima koja su u to vrijeme bila na snazi: do 1. siječnja 1997. je opći rok dosjelošti bio 20 godina odnosno 10 godina (čl. 28. st. 3. i 4. ZOVO-a); do 1. rujna 1980. prema opće usvojenoj sudskoj praksi za stjecanje prava vlasništva na nekretninama po osnovi dosjelošti tražio se protek vremena od 20 godina bez obzira da li je posjed bio zakonit ili ne. Vrijeme dosjelošti od 20 godina tražilo se i kad je rok počeo teći prije 4. travnja 1960.,

kada je Proširena opća sjednica Saveznog vrhovnog suda usvojila ovaj Načelni stav o trajanju dosjelogosti.

Priznanje prava vlasništva na državnom zemljištu po osnovi uzurpacije u skladu sa zakonom ili na temelju ugovora obrađivača s vlasnikom zemljišta ima dugu tradiciju na području Sredozemlja. Ustanova priznanja prava vlasništva na zemljištu u društvenom vlasništvu, koja je ovdje prikazana, izvedena je iz socijalističkog načela: zemlja-zemljoradnicima. Priznaje se, pod određenim zakonskim pretpostavkama, pravo vlasništva ako je zemljište u državnom vlasništvu uzurpirano do 6. travnja 1941., odnosno na zemljištu u vlasništvu zemljišnih i njima sličnih zajednica, te krajiških imovnih općina (tradicionalni oblici kolektivnog vlasništva) uzurpiranom do 19. travnja 1947. kada je i to zemljište zakonom preneseno u općenarodnu imovinu (društveno vlasništvo). Subjekt uzurpacije u načelu je fizička osoba koja obrađuje zemljište, a objekt uzurpacije po pravilu je poljoprivredno zemljište, sasvim iznimno periferne šume, a pod određenim pretpostavkama i pašnjaci. Dvojbe da li šume i šumska zemljišta, kao i građevinska zemljišta, mogu biti objekt priznanja prava vlasništva po osnovi uzurpacije, otklonjene su stupanjem na snagu Zakona o šumama SRH (23. svibnja 1977.) koji je takvu mogućnost potpuno isključio, odnosno proglašenjem Ustava SRH (22. veljače 1974.) ukoliko se tiče građevinskog zemljišta (čl. 112. st. 1.). Za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije ne traži se kvalificiran posjed ni protek vremena kao za dosjelogost, pa se ne primjenjuje ustanova priznanja prava vlasništva po osnovi uzurpacije ako su bile ispunjene pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelogšću do 6. travnja 1941. Ako prije prestanka važenja Zakona o uređenju imovinskih odnosa nastalih samovlasnim zauzećem (uzurpacijom) zemljišta u općenarodnoj imovini (10. lipnja 1993.) nije pokrenut postupak za priznanje prava vlasništva po osnovi uzurpacije, koji je isključivao postupak za utvrđenje prava vlasništva po osnovi dosjelogosti, od 10. lipnja 1993. primjenjuju se pravila o stjecanju prava vlasništva po osnovi ustanove dosjelogosti i na zemljištu koje je bilo u društvenom vlasništvu do i nakon 8. listopada 1991. godine. U tom slučaju moguće je uračunavanje vremena proteklog prije isključenja ustanove dosjelogosti na zemljištu u općenarodnoj imovini (društvenom vlasništvu) po pravilima o zastoju dosjelogosti (čl. 30. st. 3. ZOVO-a, sada čl. 160. st. 6. ZV-a).

### Summary

## **ACQUIRING THE RIGHT OF OWNERSHIP OVER THE REAL ESTATES PREVIOUSLY IN PUBLIC OWNERSHIP BY MEANS OF ADVERSE POSSESSION AND USURPATION**

It was impossible to acquire the right of ownership over the real estate, which was in public ownership, unless the right was acquired before 6<sup>th</sup> of April, 1941,

that is, over the real estate in total national property / public ownership from 15<sup>th</sup> of May, 1945, to 8<sup>th</sup> of October, 1991, when this legal obstacle explicitly prescribed by law (in 1959 and 1980) was abolished. The obstacle truly took effect on 15<sup>th</sup> of May, 1945, due to the fact this was the day when it became exceptionally possible to transform publicly owned real property into private property under the conditions and presumptions explicitly set forth by the law. The institute of adverse possession was not included. Nevertheless, it is author's opinion that adverse possession period expired before the real property was transformed into public ownership commences to flow by restituting the real property in private ownership, but not later than 8<sup>th</sup> of October, 1991, in case a continual qualified real estate possession has been upheld during all that time.

The right of ownership was acknowledged over certain cultivated land surfaces in public ownership to a natural person under specific conditions. First of all, the land needed to be usurped before 6<sup>th</sup> of April, 1941 and owned by state. In case the land was owned by frontiersman's proprietary communities, rural land communities and similar communities it had to be usurped not later than 19<sup>th</sup> of April, 1947, when such land also became publicly owned according to the law. In both cases it was required that a usurper or his legal successor were consistently cultivating the land for their own personal needs. Under the same conditions the right of ownership was recognized over the grazing land in an enclosed state owned by the state, which was usurped before 6<sup>th</sup> of April, 1941. The above mentioned provisions ceased to be valid on 6<sup>th</sup> of November, 1993, in the Republic of Croatia. Nevertheless, procedures to acknowledge the right of ownership commenced invoking the usurpation and lasted until court's final ruling. Acknowledging the right of ownership over the usurped land, which was subsequently included in buildable area, the idea "land to land-tillers" has been betrayed having in mind the land-tillers and cattlemen, i.e. producers of food and other products, over the night turned into speculators who have at their disposal a land annuity – the richness obtained without a penny. The land annuity should have stayed in state ownership, that is in ownership of local and regional self-government units as a common good of all citizens.

In case if the right of ownership has not being acknowledged on the basis of usurpation, it still can be proved that the right of ownership has been acquired by the adverse possession, except over the woods and woods land owned by the Republic of Croatia. It is of no significance if a procedure concerning usurpation has been commenced or a claim to acquire ownership title rejected partially or entirely in such procedure. No matter presumptions for acknowledging the ownership rights on the basis of usurpation were milder than for acknowledging the ownership rights by adverse possession, claim for acknowledging the right of ownership by usurpation was limited in regards to a subject and object of usurpation and such limitations are not associated to the institute of adverse possession. On the other hand, adverse possession of the real estates in state, later in public ownership, continues with restitution of the real property in private, i.e. in state ownership, at latest from 8<sup>th</sup> of October 1991. This does not refer to the woods and woods

land owned by the state, which cannot be acquired by the adverse possession. Ownership title on the basis of usurpation has been exceptionally acknowledged over the woods or woods land until 23<sup>rd</sup> of May, 1974, and after this date it was impossible to acquire them with no exception whatsoever.

*Key words:* public ownership, adverse possession, usurpation, right of ownership.

### Zusammenfassung

## **GEWINN DES EIGENTUMSRECHTS DURCH DIE ANWENDUNG DES INSTITUTS ERSITZUNG UND USURPATION VON UNBEWEGLICHEN SACHEN, DIE SOZIALEIGENTUM WAREN**

Durch Ersitzung konnte man nicht das Eigentumsrecht auf unbewegliche Sachen, die Staatseigentum waren, erhalten, wenn dies nicht bis zum 6. April 1941 erworben worden war bzw. auf unbewegliche Sachen als allgemeines Volksvermögen/Sozialeigentum vom 15. Mai bis zum 8. Oktober 1991, als dieses gesetzliche Hindernis, das ausdrücklich im Gesetz (1959 und 1980) vorgeschrieben war, aufgehoben wurde, obwohl es in Wirklichkeit seit dem 15. Mai 1945 bestand, denn seit damals konnten unbewegliche Sachen vom sozialen ins private Eigentum nur ausnahmsweise übertragen werden, unter Bedingungen und Voraussetzungen, die ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben waren, unter denen das Institut Ersitzung nicht bestand. Die Zeit der Ersitzung allerdings, die vor dem Übergang der unbeweglichen Sache in Sozialeigentum ausgelaufen ist, wird nach Meinung des Autors mit ihrer Rückkehr ins Privateigentum fortgesetzt, und dies spätestens bis zum 8. Oktober 1991, wenn während der ganzen Zeit ein qualifizierter Besitz bestand.

Bestimmte Flächen von Nutzland als Sozialeigentum wurden als Eigentum einer physischen Person anerkannt, wenn es bis zum 6. April 1941 angeeigneter Boden als Staatseigentum war bzw. Boden im Besitz von Dorfgemeinschaften und ähnlichen Gemeinschaften sowie Krajišnik Vermögensgemeinden bis zum 19. April 1947, wenn auch dieses Land in Sozialeigentum kam, unter der Bedingung, dass der Aneigner oder sein rechtmäßiger Nachfolger das Land ununterbrochen für seinen Bedarf bearbeitet hat. Unter den gleichen Bedingungen wurde das Eigentumsrecht auf eingezäunte Weiden in Staatseigentum anerkannt, das bis zum 6. April 1941 angeeignet worden war. Diese Vorschriften hörten am 6. Dezember 1993 auf in der Republik Kroatien zu gelten, doch es begannen Verfahren mit der Anerkennung des Eigentumsrechts auf Grund von Usurpation, die bis zum rechtsgültigen Abschluss fortgesetzt wurde. Durch die Anerkennung des Eigentumsrechts auf angeeignete Liegenschaften, die nachdem in den Bereich Bauland einbezogen wurden, wurden folgende Ideen verraten: das



Land den Landarbeitern, denn die Landarbeiter und Viehzüchter - die Hersteller von Nahrung und anderer Produkte wurden über Nacht zu Spekulanten, die über einen unbezahlt gewonnenen Reichtum verfügen - der Grundertrag /die Grundrente, die im Besitz des Staates bzw. der Einheiten lokaler und regionaler Selbstverwaltung Gut aller Staatsbürger bleiben sollte.

Wenn das Eigentumsrecht auf Grund von Usurpation nicht anerkannt wird, ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen zu bewiesen, dass das Eigentum durch Ersitzen erworben wurde, außer bei Wäldern und Waldland im Besitz der Republik Kroatien. Und dies ungeachtet dessen, ob das Verfahren der Usurpation oder der Antrag auf Anerkennung des Eigentumsrechts in dem Verfahren im Ganzen oder teilweise abgelehnt wurde. Obwohl die Voraussetzungen zur Anerkennung des Eigentumsrechts aufgrund von Usurpation milder waren als zum Erwerb des Eigentumsrechts durch Ersitzung, war der Antrag auf Anerkennung des Eigentums aufgrund von Usurpation hinsichtlich des Subjekts und Objekts der Usurpation begrenzt, und diese Begrenzung kennt das Institut Ersitzung nicht. Andererseits wird die Ersitzung von unbeweglichen Sachen als Staats- und später Sozialeigentum fortgesetzt durch den Übergang der Immobilie in Privat- bzw. Staatseigentum, spätestens seit dem 8. Oktober 1991. Dies bezieht sich nicht auf Wälder und Waldland in Staatseigentum, die keine Ersitzung erhalten können. Das Recht auf Eigentum aufgrund von Usurpation wurde ausnahmsweise bei Wäldern und Waldland bis zum 23. Mai 1974 anerkannt und danach auch ausnahmsweise nicht.

**Schlüsselwörter:** *Sozialeigentum, Ersitzung, Usurpation, Eigentumsrecht.*

## Sommario

### **ACQUISTO DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ PER USUCAPIONE E USURPAZIONE SUGLI IMMOBILI NELLA PRECEDENTE PROPRIETÀ SOCIALE**

Era impossibile acquistare il diritto di proprietà sugli immobili, che erano di proprietà sociale, a meno che il diritto fosse acquistato prima del 6 aprile 1941, cioè sugli immobili di totale proprietà popolare/sociale dal 15 maggio 1945 all'8 ottobre 1991, quando questo impedimento giuridico esplicitamente previsto dalla legge (nel 1959 e nel 1980) venne abolito. L'impedimento entrò effettivamente in vigore il 15 maggio 1945, in quanto quello fu il giorno in cui divenne eccezionale la possibilità di trasformare la proprietà reale posseduta pubblicamente in proprietà privata alle condizioni e coi presupposti esplicitamente stabiliti dalla legge, ma l'istituto dell'usucapione non venne incluso. Ciononostante, secondo l'opinione dell'autore il periodo di usucapione scaduto prima che la proprietà reale fosse trasformata in proprietà sociale comincia a decorrere dalla restituzione della proprietà reale alla proprietà privata, ma non più tardi dell'8 ottobre 1991,



nel caso il continuo possesso immobiliare qualificato sia stato confermato per tutto il periodo.

Il diritto di proprietà era riconosciuto su determinate superfici di terreno coltivato di proprietà sociale a una persona fisica in presenza di determinate condizioni. Innanzitutto, il terreno doveva essere stato usurpato prima del 6 aprile 1941 ed essere di proprietà dello stato. Nel caso il terreno fosse di proprietà di comunità di proprietà frontaliere, di comunità di terreni rurali e di comunità simili doveva essere stato usurpato non dopo il 19 aprile 1947, quando tale terreno divenne anch'esso secondo la legge di proprietà sociale. In entrambi i casi era richiesto che l'usurpatore o un suo successore legale avessero effettivamente coltivato il terreno per i loro esigenze personali. Alle stesse condizioni il diritto di proprietà era riconosciuto sul terreno da pascolo recintato di proprietà dello stato, che fosse stato usurpato prima del 6 aprile 1941. Le menzionate previsioni cessarono di essere in vigore nella Repubblica di Croazia il 6 novembre 1993. Ciononostante, le procedure di riconoscimento del diritto di proprietà iniziarono quando venne invocata l'usurpazione e terminarono con la decisione definitiva del tribunale. Con il riconoscimento del diritto di proprietà sul terreno usurpato, che era incluso successivamente in un'area edificabile, l'idea di affidare il terreno ai coltivatori veniva tradita, in quanto i coltivatori e gli allevatori, cioè i produttori di cibo e di altri beni, durante la notte furono cambiati in speculatori che avevano a disposizione una rendita sul terreno, ossia la ricchezza ottenuta senza un soldo. La rendita sul terreno doveva rimanere nella proprietà sociale, ovvero nella proprietà delle unità di autogoverno locale e regionale come bene comune di tutti i cittadini.

Se il diritto di proprietà non era stato riconosciuto in base all'usurpazione, può ancora essere provato che il diritto di proprietà è stato acquistato con l'usucapione, ad eccezione dei boschi e dei terreni boschivi di proprietà della Repubblica di Croazia. È ininfluente se è stata avviata una procedura relativa all'usucapione o è stata respinta parzialmente o interamente in tale procedura un'azione per acquistare il titolo di proprietà. Non rileva se le presunzioni per il riconoscimento dei diritti di proprietà in base all'usurpazione sono state limitate rispetto al soggetto e all'oggetto dell'usurpazione e tali limitazioni non sono associate all'istituto dell'usucapione. L'usucapione sugli immobili di proprietà statale, dopo sociale, continua con la restituzione della proprietà reale in privata, cioè di proprietà statale, al massimo sino all'8 ottobre 1991. Ciò non si riferisce a boschi e terreni boschivi di proprietà dello stato, che non possono essere acquistati attraverso l'usucapione. Il titolo di proprietà sulla base dell'usurpazione è stato eccezionalmente riconosciuto su boschi o terreni boschivi sino al 23 maggio 1974, e dopo tale data è diventato impossibile acquistarli senza eccezione alcuna.

**Parole chiave:** *proprietà sociale, usucapione, usurpazione, diritto di proprietà.*

## POSEBNOSTI REGULIRANJA RADNOG VREMENA U KONTEKSTU SMJERNICE 2003/88/EZ S OSVRTOM NA NACIONALNA RJEŠENJA U NJEMAČKOJ, AUSTRIJI I HRVATSKOJ<sup>1</sup>

Dr. sc. Nada Bodiřoga-Vukobrat,  
izvanredna profesorica  
Mr. sc. Sandra Laleta, asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci  
Anton Jukić  
Odvjetnički ured Borić, Zagreb

UDK: 349.2:349.235(430)(436)(497.5)  
Ur.: 12. veljače 2008.  
Pr.: 24. veljače 2008.  
Izvorni znanstveni članak

*U radu se analiziraju posebnosti radnog vremena u kontekstu Smjernice 2003/88/EZ. Daje se raščlamba presuda Europskoga suda u slučajevima SIMAP, Jaeger, BETCU te u slučaju Pfeifer, kao i njihove implikacije glede radnog vremena na hrvatsko nacionalno zakonodavstvo u procesu harmonizacije hrvatskoga radnoga prava sukladno europskome pravu. Također se daje pregled relevantne i recentne sudske prakse Ustavnog i Vrhovnog suda Republike Hrvatske, te prijedlozi de lege ferenda glede reguliranja radnog vremena u kontekstu Smjernice 2003/88/EZ i Prijedloga njezine izmjene.*

**Ključne riječi:** harmonizacija, europsko pravo, europsko radno pravo, fleksibilnost, referentni periodi, socijalna prava, derogacija, radno vrijeme, Smjernica 2003/88/EZ.

Sat razdvaja vrijeme od događaja u ljudskom životu.  
*Lewis Mumford, Tehnica and Civilization*

### 1. Uvod

U hrvatskoj pravnoj literaturi podcijenjen je fenomen radnoga vremena. Pisalo se o pojedinim segmentima i čimbenicima radnog vremena, ali ne i o

---

<sup>1</sup> Ovaj rad izrađen je u okviru projekta *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje – europski zahtjevi i hrvatska rješenja* (br. 115-1151212-2637), Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa RH.

radnom vremenu kao čimbeniku konkurentnosti gospodarstva na unutarnjem tržištu, niti je u tome kontekstu analizirana praksa Europskoga suda koja predstavlja značajan izvor prava, pa tako i za jedno od ključnih pitanja radnoga prava, a to je radno vrijeme. Načela socijalno-tržišnoga gospodarenja podrazumijevaju slobodu i odgovornost, dugoročnost, odmjereno zastupanje interesa najvažnijih dionika (*stakeholders*): suradnika i uprave, suvlasnika, korisnika, dobavljača, društva i okoliša.<sup>2</sup>

Supranacionalno europsko zakonodavstvo nastoji utvrditi minimalne standarde radnoga vremena kako bi nacionalna gospodarstva, ali i pojedini gospodarski subjekti “imali iste startne osnove” glede uvjeta rada, pa tako i uvjeta tržišnoga natjecanja, prema usporedivim osnovama i pravnoj regulativi. Upravo ovo pitanje, koje svoj temeljni izraz nalazi u načelu supsidijarnosti, i danas se vrlo kontroverzno raspravlja u široj i u stručnoj europskoj javnosti.<sup>3</sup>

Za položaj i status posloprimaca na području Unije od posebne su važnosti dva pitanja: sloboda kretanja zaposlenika i socijalna sigurnost.

Prvo se pitanje tiče slobode kretanja osoba kao jedne od četiri temeljne gospodarske slobode Zajednice, uređene čl. 39. Ugovora o EZ (UEZ), dok je drugo pitanje kompleksno, kako s radnopravnog tako i socijalnopravnog aspekta. U tome kontekstu treba promatrati i Protokol o socijalnoj politici i Sporazum o socijalnoj politici, koji su Amsterdamskim sporazumom postali sastavni dio primarnoga prava EZ-a, te netom potpisani Ugovor iz Lisabona.

Ugovorom iz Lisabona (Reformskim ugovorom),<sup>4</sup> potpisanim 13. prosinca 2007., Povelja temeljnih ljudskih prava EU postaje dijelom primarnoga europskoga prava<sup>5</sup> te nakon stupanja na snagu ovoga Ugovora postaje pravnoobvezujuća, a posebnu važnost i specifičnu težinu dobivaju socijalna prava, te u tome kontekstu uvjeti rada i socijalna zaštita na radu.

Adresati normi su u konačnici klasični subjekti radnog prava koji djeluju na području Zajednice: poslodavci i posloprimci, i to (posredno) putem implementacija sekundarnog prava Zajednice te radnopravnog tripartizma država. Pri tome se nastoje zaštititi i interesi posloprimaca i interesi poslodavaca. Posloprimac u svoj rad unosi osobne vještine, sposobnosti i angažman, pa se ističe da rad time predstavlja i vid samoostvarenja radnika.

<sup>2</sup> Küng, Hans, *Svjetski ethos za svjetsko gospodarstvo*, Zagreb, Intercom, 2007., str. 218.

<sup>3</sup> Ilustrativan primjer predstavlja prijem oko Smjernice o slobodi pružanja usluga 2006/123/EZ. Iako je riječ o jednoj od četiriju temeljnih sloboda unutarnjeg tržišta, zbog još uvijek izuzetno neusporedivih socijalnih standarda predstavnici država članica, čiji bi standardi bili “potkopani”, a nacionalni socijalni model “urušen”, uspjeli su spriječiti etabliranje pravnog standarda zemlje podrijetla. Vidi šire: Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., *Sloboda pružanja usluga u kontekstu Bolkensteinove direktive*, u Bodiroga-Vukobrat, N., Barić, S., *Prekogranična i regionalna suradnja*, Rijeka, Pravni fakultet, 2007., str. 193. i dalje.

<sup>4</sup> [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/take/indeks\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/take/indeks_de.htm), 10.01.2008.

<sup>5</sup> Valja naglasiti da su Velika Britanija i Poljska Protokolom 7. iskoristile *opt-out klauzulu*, te na taj način, iako Povelja temeljnih ljudskih prava EU postaje pravnoobvezujućom, to neće stvarati nova prava i obveze za te države.

Prema podacima iz 1994. godine godišnje radno vrijeme tada je u prosjeku iznosilo 1756 sati, iz čega jasno proizlazi veliko značenje uređenja pitanja radnog vremena. Sa stajališta, pak, poslodavaca, radno pravo uređuje njihove kogentne obveze i pitanja uvjeta rada, čime se stvara pravna sigurnost te određuju moguće sankcije u slučaju nepridržavanja tih normi.

Harmonizacija radnoga prava nužan je pratitelj stvaranja unutarnjeg tržišta. Utjecaj europskog radnog prava na građane Unije i funkcioniranje unutarnjeg tržišta dvojako je: s jedne strane, akti koje donose države članice moraju biti u skladu s dosad donesenim radnopravnim propisima Europske zajednice (EZ), dok, s druge strane, Zajednica raspoloživim pravnim sredstvima sve više neposredno utječe na harmonizaciju radnog zakonodavstva. Razvidno je da pod polje primjene europskoga prava potpada najveći broj stanovnika Unije, kojih je prije njezina proširenja 1. svibnja 2004. bilo više od 165 900 000. Ako zastanemo za trenutak nad brojkom od 445 milijuna stanovnika, koliko EZ ima stanovnika nakon posljednjeg proširenja, jasno je kako niti jedno drugo područje prava Zajednice ne pogađa interese njezinih stanovnika toliko jako i neposredno.

Harmonizacija uvjeta rada od velike je važnosti za ostvarenje unutarnjeg tržišta kao jednog od temeljnih ciljeva Unije. Specifičnim metodama tumačenja te pravnostvaralačkom praksom Europskoga suda stvara se specifično supranacionalno europsko radno pravo.<sup>6</sup>

## **2. Povijesni razvitak**

### **2.1. Razvojne etape**

U literaturi se ističe ovisnost razvoja prava o političkim, društvenim i povijesnim okolnostima, što je posebno naglašeno kada je riječ o europskom radnom pravu.<sup>7</sup>

Klasifikacije i utvrđivanje točaka razdjelnica uvijek je nezahvalan posao, ali za potrebe ovoga rada pokušat ćemo napraviti podjele.

D. Krimphove razlikuje više faza i to:

- rani počeci europskog radnog prava u Rimskim ugovorima (1947. – 1957.),
- konstituiranje i procvat europskog radnog prava (1957. – 1980.) i unutar ovoga perioda dvije podfaze
  - procvat europskoga radnoga prava (1974.-1980.)
  - i stagnacija europskog radnog prava (1980. – 1984.),
- novi impulsi za razvoj ove grane prava stvaranjem zajedničkog unutarnjeg tržišta (1984. – 1992.), te
- razvoj nakon sklapanja Ugovora iz Maastrichta 1992. godine, kao svojevrsne posljednje faze koja traje do danas.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Krimphove, Dieter, *Europäisches Arbeitsrecht*, München, C. H. Beck, 2001., str. 18. i 19.

<sup>7</sup> *Ibid.*, str. 10.

<sup>8</sup> *Ibid.*, str. 11.

Čini nam se da bi ovoj klasifikaciji valjalo dodati podjelu na vremenski period od Ugovora iz Maastrichta do Ugovora iz Amsterdama (1992.-1997.), te od Ugovora iz Amsterdama do Ugovora iz Lisabona (1997.-2007.).

Razlozi zbog kojih smatramo da treba uvesti ova dva razdoblja jesu sljedeći: Ugovorom iz Amsterdama Protokol o socijalnoj politici i Sporazum o socijalnoj politici postali su sastavni dio primarnoga europskoga prava.<sup>9</sup> Povelja temeljnih ljudskih prava EU,<sup>10</sup> usvojena na Summitu u Nizzi 2000., nije bila pravno obvezujuća, ali je stvoren katalog temeljnih ljudskih prava, u kojemu su socijalna prava našla svoje zasluženo mjesto. Zapravo, otvoreno je novo poglavlje glede temeljnih prava, a posebice korpusa socijalnih prava.

Reformskim ugovorom iz Lisabona,<sup>11</sup> potpisanim 13. prosinca 2007., Povelja temeljnih ljudskih prava EU postala je dijelom primarnog prava.

## 2.2. *Ususret reformi europskog radnog prava*

Još jedan dokument EZ-a izazvao je pozornost i kritičke komentare kako stručne tako i šire javnosti. Naime, Komisija Europske zajednice 22. studenoga 2006. usvojila je *Zelenu knjigu "Moderniziranje radnog prava ususret izazovima 21. stoljeća"*.<sup>12</sup>

U uvodu Zelene knjige navodi se kako su prijedlozi Komisije doprinos primjeni Lisabonske strategije.<sup>13</sup> U uvodu se nadalje ističe kako politički izazovi, tehnički razvitak i globalizacija zahtijevaju nove fleksibilne forme u radnom pravu (glede radnoga vremena, oblika ugovora o radu i sl.). Namjera je potaknuti na diskusiju i naći optimalna rješenja, s jedne strane, omogućujući fleksibilne oblike rada, a, s druge strane, sigurnost radnog mjesta. Čini se kako autori ovoga dokumenta smatraju kako je čarobna riječ i rješenje *flexicurity* (fleksigurnost), posebno naglašavajući važnost austrijskog modela fleksigurnosti.

Autorima se čini da su se radnici ipak opredijelili za više slobodnoga vremena, umjesto za dulje radno vrijeme i veću plaću. Francuska je Vlada, primjerice, 1999. godine uvela 35-satni radni tjedan. Francuzi su prešli na 35-satno radno vrijeme kako bi se, između ostaloga, otvorila nova radna mjesta. "Država se uz to obvezala poticati tvrtke, kako zbog skraćivanja radnog vremena ne bi došlo do pada neto iznosa, a smanjila je i socijalna davanja koja padaju na teret poslodavca."<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Loc. cit.

<sup>10</sup> Bodiroga-Vukobrat, N., Barić, S., Povelja temeljnih ljudskih prava EU s komentarom, Zagreb, Organizator, 2002.

<sup>11</sup> vidi [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/take/index\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/take/index_de.htm), 10.01.2008. Velika Britanija i Poljska Protokolom 7. iskoristile su *opting-out klauzulu*, te iako je postala Povelja temeljnih ljudskih prava EU pravnoobvezujućom, neće stvarati nova prava i obveze za te države.

<sup>12</sup> KOM (2006) endgültig.

<sup>13</sup> Lisabons Presidency Conclusions, para 5.

<sup>14</sup> Rifkin, Jeremy, *Europski san*, Zagreb, Školska knjiga, 2006., str. 63.

Posebnu pozornost izaziva dereguliranje nacionalnih radnopravnih standarda te kodificiranje na europskoj razini pojma radnika (posloprimca) u kontekstu slobode kretanja radne snage. Pitanje koje se otvorilo *Zelenom knjigom*, a koje će u narednom razdoblju biti još izraženije, jest pitanje standardnih ugovora o radu i atipičnih ugovora o radu, pitanje ustupljenih radnika, posebice u domeni atipičnih radnih odnosa i njihovog radnopravnog statusa. I Europski parlament iznio je svoja stajališta u Zaključku, od 11. srpnja 2007.,<sup>15</sup> nakon čega je uslijedilo i Izvješće izvjestitelja *Jaceka Protasiewicza* o ovome dokumentu.<sup>16</sup>

Paralelno s diskusijom o *Zelenoj knjizi* Komisija forsira koncept *flexicurity*. U tome kontekstu navodimo belgijski primjer:<sup>17</sup>

Pitanje inovativnoga upravljanja ljudskim resursima, kako bi se radnicima omogućila veća fleksibilnost i usklađivanje rada i privatnoga života, našlo je svoju primjenu u Belgiji. Zakonom o vremenskim kreditima, koji je stupio na snagu 2002. godine, koji se nadovezuje na raniji belgijski Zakon o stankama u karijeri, radnici mogu uzeti najviše jednu slobodnu godinu tijekom radnog vijeka, ili privremeno prekinuti posao, ili se pak odlučiti za skraćeno radno vrijeme, a da pri tome ne moraju raskinuti ugovor o radu niti izgubiti pravo na socijalne prestacije. Kako bi zaposlenik ostvario privremenu stanku u karijeri, mora tri mjeseca unaprijed o tome obavijestiti poslodavca, ali ne mora navesti razlog. Vremenski se krediti prema Zakonu o vremenskim kreditima mogu protegnuti kroz petogodišnje razdoblje, sukladno sporazumu s tvrtkom. Radnici koji imaju manje od pet godina radnoga staža primaju od države mjesečnu naknadu od 379 eura, a radnici s duljim radnim stažem 505 eura.

U Priopćenju Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, od 27. lipnja 2007., predložena su zajednička načela fleksigurnosti. O ovim načelima<sup>18</sup> moraju se suglasiti države članice. Kao elementi sadržaja predloženi su:

- fleksibilni i dopušteni sporazumi (ugovori) putem modernog radnog zakonodavstva, kolektivnih ugovora i oblika organiziranja radnika,
- sveobuhvatna strategija cjeloživotnog učenja,
- učinkovite aktivne mjere politike tržišta rada,
- moderan sustav socijalne sigurnosti.

<sup>15</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11. July 2007 zu einem moderneren Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (2007/2023(INI)); dostupno na: <http://www.europaparl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

<sup>16</sup> Report on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century (2007/2023(INI)), Committee on Employment and Social Affairs; dostupno na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0247&language=EN&mode=XML>.

<sup>17</sup> Vidi šire: Changeover from Career Breaks to Time Credits Proves Complex, European Industrial Relations Observatory, rujan 2004., [www.eiro.eurofond.eu.int](http://www.eiro.eurofond.eu.int), također vidi: Inter-Community Dispute on Time Credits Scheme, European industrial Relations Observatory, [www.eiro.eurofound.ie/2002/02/inbrief/BE0202305N.html](http://www.eiro.eurofound.ie/2002/02/inbrief/BE0202305N.html)

<sup>18</sup> KOM(2007)359 endgültig, dostupno na: [http://ec.europa.eu/employment\\_social/employment\\_strategy/pdf/flex\\_comm\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/employment_strategy/pdf/flex_comm_de.pdf).



Činjenica je da treba reformirati europsko supranacionalno zakonodavstvo, ali je ključno pitanje kako to učiniti.

Smatramo da su reforme prijeko potrebne, ali ovoj vrlo osjetljivoj materiji treba pristupiti kritički te razmotriti kako izvući maksimum iz poduzetničkog duha, a da se ne žrtvuje socijalna sigurnost europskih radnika. Zato se valja složiti s H. Küngom koji tvrdi: “Svatko tko sam posjeduje ethos, taj može drugima, kako zahtijeva snažno vodstvo, postavljati točke usmjerenosti: putem opće obvezujućih vrijednosti, postavljanjem ciljeva, dosljednim pridržavanjem mjerila kao i uzorno življenje određenog ponašanja.”<sup>19</sup>

Europska se zajednica našla pred temeljnim preispitivanjem probitaka socijalnoga modela koji se definira kao “vizija društva koja kombinira održiv gospodarski razvitak sa stalno unaprjeđujućim uvjetima života i rada, što uključuje punu zaposlenost, kvalitetu radnih mjesta, jednake mogućnosti, socijalnu zaštitu dostupnu svima, socijalnu inkluziju te uključuje građane u donošenje odluka. Socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje i zaštita radnika u tom modelu predstavljaju ključne čimbenike glede promicanja inovativnosti, produktivnosti i konkurentnosti.”<sup>20</sup>

Također, valja naglasiti da je Komisija pokrenula razvitak “europskog sustava za društveno izvješćivanje i praćenje blagostanja” kako bi uspostavila precizniji mehanizam mjerenja “stvarnog” napretka njezinih stanovnika. Želi se utvrditi kvaliteta življenja koja se ovdje definira kao “skup nematerijalnih aspekata života, kao što su zdravlje, društveni odnosi ili pak kvaliteta prirodnoga okoliša”.<sup>21</sup> Autori studije smatraju kako treba sveobuhvatno promatrati “stvarne životne uvjete” i “subjektivni osjećaj pojedinca”.<sup>22</sup>

Zapravo, EZ putem europskoga socijalnoga modela želi stvoriti održivo gospodarstvo koje zadovoljava potrebe sadašnjeg trenutka na taj način da ne ugrozi sposobnost budućih naraštaja da zadovolje vlastite potrebe, koje je sukladno Lisabonskoj strategiji sebi postavilo za cilj biti najdinamičnijim i najkonkurentnijim gospodarstvom. U ovome kontekstu valja promatrati i fenomen radnoga vremena te supranacionalna europska rješenja.

### 3. Izvori prava

Izvori europskog radnog prava isti su kao i izvori europskog prava općenito: međunarodno pravo, primarno pravo Zajednice, sekundarno pravo Zajednice (poglavito uredbe i smjernice) te pravnostvaralačka praksa Europskoga suda.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Küng, H., op. cit., str. 218.

<sup>20</sup> (ETUC), What is the “European Social Model” or “Social Europe”?, [www.etuc.org/a/111\(05.10.2007\)](http://www.etuc.org/a/111(05.10.2007))

<sup>21</sup> Noll, H-H., Towards A European System of Social Indicators, Social Indicators Research, special ed., vol. 58, 2002.

<sup>22</sup> Argyle, M., Subjective Well-being, u Offer, A., In Pursuit of the Quality of Life, Oxford University Press, 1997., str. 18-45.

<sup>23</sup> Krimphove, D., op. cit., str. 38.



Norme primarnoga europskoga prava samo iznimno sadrže odredbe materijalnog radnog prava (npr. sloboda kretanja radne snage, načelo jednakoga postupanja); u pravilu sadrže odredbe kojima se dodjeljuje nadležnost za donošenje radnopravnih propisa na razini Zajednice.<sup>24</sup>

### 3.1. Ugovori – primarno pravo

Osnivački ugovori ne sadrže eksplicitno odredbe glede radnoga vremena, nedjeljnog i godišnjeg odmora. Europska socijalna povelja o temeljnim pravima radnika, iz 1989. godine, sadrži dvije odredbe o radnom vremenu i odmorima (toč. 7. i toč. 8.).

Čl. 136. Ugovora o EZ navodi ciljeve glede socijalnih prava:

*“Imajući na umu temeljna socijalna prava poput onih navedenih u Europskoj socijalnoj povelji potpisanoj 18. listopada 1961. godine u Torinu te onih iz Povelje o temeljnim socijalnim pravima radnika Zajednice iz 1989. godine, Zajednica i države-članice imaju za cilj poticati zapošljavanje, bolje životne i radne uvjete, tako da se omogućí njihovo usklađivanje u procesu poboljšanja, odgovarajuća socijalna zaštita, dijalog između posloводства i radne snage, razvoj ljudskih resursa, s ciljem postizanja trajnog visokog stupnja zaposlenosti i suzbijanja isključenosti.”*

U svrhu ostvarenja ciljeva navedenih u čl. 136. UEZ-a – poticanje zapošljavanja, poboljšanje uvjeta rada i života, primjerene socijalne zaštite i dijaloga te stvaranje trajno visokog broja zaposlenih – čl. 137. st. 2.<sup>25</sup> ovlašćuje Zajednicu da donosi norme radnog i socijalnog prava. Važno je naglasiti da je za neka posebno osjetljiva područja, kao što su plaća, pravo udruživanja, pravo na štrajk te pravo na lock – out, isključena nadležnost Unije.<sup>26</sup>

U čl. 137. st. 1. izričito su nabrojena područja na kojima Zajednica podupire i nadopunjuje napore država članica: poboljšanje radnog okoliša radi zaštite zdravlja i sigurnosti posloprimaca, uvjeti rada, socijalna sigurnost i socijalna zaštita posloprimaca, zaštita posloprimaca u slučaju okončanja ugovora o radu, obavješćivanje i informiranje posloprimaca, zastupanje i kolektivna obrana interesa posloprimaca i poslodavaca, mogućnost zapošljavanja državljana trećih zemalja koji se zakonito nalaze na teritoriju Zajednice, poslovna reintegracija

<sup>24</sup> Loc. cit.

<sup>25</sup> U tu svrhu Vijeće može pomoću direktiva (smjernica) usvojiti minimalne zahtjeve za postupnu provedbu, uvažavajući uvjete i tehnička pravila koja postoje u svakoj državi članici. Takve direktive moraju izbjegavati uvođenje administrativnih, financijskih i pravnih ograničenja na način kojim bi se onemogućavalo stvaranje i razvoj malih i srednjih poduzeća. Vijeće će poduzeti korake u skladu s postupkom iz članka 251. nakon konzultacija s Gospodarskim i socijalnim odborom i Odborom regija.

Djelujući u skladu s istim postupkom, Vijeće može donijeti mjere za poticanje suradnje između država članica kroz inicijative za poboljšanje znanja, razvijanje razmjene informacija i najboljih iskustava, promicanje inovativnih pristupa i ocjenu iskustava, kako bi se suzbilo društveno isključivanje.

<sup>26</sup> Schmidt, Marlene, *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001., str. 9.

osoba isključenih s tržišta rada, jednakost mogućnosti muškaraca i žena, borba protiv socijalne nepravde, te modernizacija sustava socijalne zaštite.<sup>27</sup>

### 3.2. Sekundarno pravo i pravnostvaralačka praksa Europskog suda

Najvažniji izvor europskog radnog prava je *sekundarno pravo* Zajednice, i to u obliku uređaba i smjernica. Smjernicama pripada posebna uloga u harmonizaciji radnog prava u državama članicama Europske zajednice te se često koriste kao instrument za postizanje te svrhe.<sup>28</sup> Smjernica (direktiva) u pravilu ne zasniva neposredna prava i obveze za građane Zajednice, već nameće državama članicama dužnost implementacije u nacionalni pravni poredak. Sve ih je više radnopravnog sadržaja s čijim preuzimanjem države oklijevaju ili ih na drugi način opstruiraju. Ovdje se kao zoran primjer navodi dobro poznati slučaj *Francovich*<sup>29</sup> u kojemu su suci Europskog suda oštećenom tužitelju dosudili naknadu štete koju je pretrpio zbog neimplementacije Smjernice 80/987/EEZ o usuglašavanju prava država članica glede zaštite zaposlenika u slučaju insolventnosti poslodavca.<sup>30</sup>

Pravnostvaralačka praksa Europskoga suda kao izvor prava ima specifičnu ulogu jer vrlo često popunjava pravne praznine te ujednačava i harmonizira prakse nacionalnih sudova država članica sukladno postavljenim standardima europske supranacionalne legislative. Upravo zbog toga instituti radnoga prava ne mogu se analizirati bez prakse Europskog suda kao nezaobilaznog izvora prava.

Smjernice jesu najznačajniji izvor reguliranja pitanja radnog vremena. U ovome radu analizirat će se, prije svega, dvije koje na razini Zajednici utvrđuju minimalne socijalne standarde glede radnog vremena: Smjernica 93/104/EZ<sup>31</sup> i Smjernica 2003/88/EZ<sup>32</sup> (više *infra*, poglavlje 4. i 5.).

One smjernice koje se bave specifičnim segmentima radnog vremena zbog prirode posla (djelatnosti) nisu predmet analize ovoga rada.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Borchartd, K.-D., EU-und EG Vertrag, 3. Auflage 2001, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2001., str. 141.

<sup>28</sup> Loc. cit.

<sup>29</sup> Case *Francovich versus Italy* C-9/90, (1991) ECR I-5357; (1993).

<sup>30</sup> Directive 80/987/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (OJ 1980 L283/23) as amended by Directive 87/164 (OJ 1987 L66/11).

<sup>31</sup> Richtlinie 93/104/EWG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Abl. Nr. L 307 vom 13. 12. 1993, S. 0018 – 0024, EUR-Lex – 31993L0104-DE, <http://europa.eu.int/eur-lex>, 11. ožujka 2007.

<sup>32</sup> Richtlinie 2003/88/EG der Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Abl L 299 vom 18.11.2003, S. 9 – 19.

<sup>33</sup> Riječ je o smjernicama donesenima kako bi se pokrili posebni sektori isključeni iz primjene smjernica o radnom vremenu. To su: Directive 1999/63/EC concerning the Agreement on the organisation of working time of seafarers, OJ 1999, L167/33; Directive 1999/95/EC concerning the enforcement of provisions in respect of seafarers' hours of work on board ships calling at Community ports, OJ 2000 L14/29; Directive 2000/79/EC concerning the European Agreement on the Organisation of Working Time of Mobile Workers in Civil Aviation, OJ 2000, L302/57;

### 3.2.1. *Slučajevi United Kingdom versus Council (Working Time case) i BECTU*

Usvajanjem Smjernice 93/104/EZ o radnom vremenu bili su utvrđeni minimalni, ali i fleksibilni standardi koji se mogu prilagođavati, s mogućim eventualnim derogacijama, uključujući po prvi put mogućnost derogacije od strane socijalnih partnera na granskoj razini. Smjernica 93/104/EZ bila je osporena pred Europskim sudom, u slučaju *United Kingdom versus Council (Working Time case)*.<sup>34</sup> Na ovom mjestu valja naglasiti posebno stajalište C. Barnard, koja ukazuje na značenje Smjernice sa stajališta socijalne politike.

U spomenutom slučaju Ujedinjeno Kraljevstvo osporavalo je pravni temelj za donošenje Smjernice 93/104/EZ (bivši čl. 118.a – kvalificirana većina), ističući da ova vrst smjernice može biti usvojena samo jednoglasno. Naime, Ujedinjeno Kraljevstvo je, među ostalim, isticalo da je kod donošenja Smjernice trebalo poći od čl. 94. (*ex* čl. 100.) ili čl. 308. (*ex* čl. 235.), koji zahtijevaju jednoglasnu odluku u Vijeću. To je argumentiralo svrhom uređenja instituta radnog vremena na način predviđen smjernicom, a ona nije samo stvaranje radnih mjesta, nego i postizanje ciljeva socijalne politike.

Sud je odbio ove argumente, naglasivši da se *ex* čl. 118.a nalazi u dijelu koji se odnosi na odredbe socijalnog prava, te ga se zato može povezati jedino s mjerama koje se odnose na zdravlje i sigurnost radnika. Prema tumačenju suda riječ je o pravilu koje je posebno pravilo u odnosu na *ex* čl. 100. i 100.a.

Prigovor Ujedinjenog Kraljevstva bio je da je veza između zdravlja i sigurnosti (kako se tumači u engleskom pravu) i radnog vremena previše krhka. Sud je, nasuprot tome, zastupao šire shvaćanje pojmova zdravlje i sigurnost, pozivajući se i na definiciju zdravlja kako ju je odredila Svjetska zdravstvena organizacija: “zdravlje je stanje potpunog psihičkog, mentalnog i društvenog blagostanja ... (koje) se ne sastoji jedino u odsutnosti bolesti ili nemoći”. Posljedično tome, zaključio je da “tamo gdje je *glavni cilj* mjere, zaštita zdravlja i sigurnosti radnika, mora se primijeniti *ex* čl. 118.a, ako takva mjera može imati pomoćne učinke na osnivanje i funkcioniranje unutarnjeg tržišta”.<sup>35</sup>

Ocjenjujući i potvrđujući ispravnost *ex* čl. 118.a kao pravnog temelja Smjernice Sud je, naglasivši da je Smjernica mjera socijalne politike, a ne opća mjera za stvaranje radnih mjesta i smanjenje nezaposlenosti, ustvrdio da su zdravlje i sigurnost bitni ciljevi smjernice, iako mogu utjecati i na zapošljavanje.

---

Directive 2005/47/EC on certain aspects of the working conditions of mobile workers engaged in interoperable cross-border services in the railway sector, OJ 2005 L195/15; Directive 2002/15/EC on the organisation of the working time of persons performing mobile road transport activities, OJ 2002 L80/35 i Regulation (EEC) No 3820/85 on the harmonisation of certain social legislation relating to road transport.

<sup>34</sup> United Kingdom versus Council (Working Time case) case – 89/94, United Kingdom versus Council (1996) ECR I-5755.

<sup>35</sup> Ovo je tzv. ergonomski pristup pojmovima ‘zdravlje’, ‘sigurnost’ i ‘radni okoliš’ u čl. 118.a, koji je razvila Komisija, te zemlje članice, posebice Danska. Više Kenner, Jeff, *EU Employment Law – From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003., str. 168.

Rezultat ovog slučaja zato ne iznenađuje i samo je potvrdio *ex čl. 118.a* kao samostalnu pravnu osnovu mjera socijalne politike.<sup>36</sup>

Smjernicu je Ujedinjeno Kraljevstvo osporavalo i u sadržajnom smislu, smatrajući kako narušava načelo razmjernosti. Europski je sud utvrdio kako je predmet reguliranja od bitnog značenja za zaštitu zdravlja i sigurnosti na radu (radno vrijeme, noćni rad, odmori). Zapravo, mišljenje je Suda bilo da pojam minimalnih standarda ne ukazuje na razinu zaštite, nego na mogućnost da se na nacionalnoj razini usvoje mjere više razine (višeg stupnja) zaštite na radu. Glede načela razmjernosti i neophodnosti smjernice, Sud je ustvrdio kako Smjernica upućuje na mjere glede realiziranja cilja zaštite te ne ide iznad onoga što je neophodno u reguliranju radnog vremena. Respektiranje načela razmjernosti došlo je do izražaja ne samo glede minimalnih standarda, nego i u vrlo fleksibilnim ovlastima država članica u vezi s prilagodbom primjene smjernice u nacionalno zakonodavstvo.

Ovdje spomenuto načelo supsidijarnosti i načelo razmjernosti načela su europskoga prava, ali svoju primjenu nalaze posebice u europskome radnome pravu.

Načelo supsidijarnosti utvrđeno je čl. 5. Ugovora iz Maastrichta. Temelji se na ideji kako će u područjima koja ne spadaju u njezinu isključivu nadležnost, Zajednica poduzimati mjere samo ako i u mjeri u kojoj ciljeve predloženih mjera ne mogu na odgovarajući način ostvariti države članice, pa će zbog tog razloga predložene mjere bolje realizirati Zajednica.

Usvajanjem Protokola br. 30, uz Ugovor iz Amsterdama, ova dva načela nalaze primjenu u odnosima socijalnih partnera na europskoj razini, posebice prilikom zaključivanja europskih kolektivnih ugovora.

Protokol, naime, navodi zahtjeve, odnosno pretpostavke koji se moraju ispuniti kako bi mjera bila opravdana. Također se mora utvrditi kako ciljeve predložene mjere ne mogu ostvariti države članice na odgovarajući način, te kako to učinkovitije i svrsishodnije može uraditi Zajednica vlastitom mjerom.<sup>37</sup>

Načelo razmjernosti predviđeno je u čl. 5. st. 3. Ugovora o EZ: "bilo koje djelovanje Zajednice neće ići iznad onoga što je nužno za ostvarivanje ciljeva Ugovora o EZ". Sukladno načelu razmjernosti javna vlast ne smije građanima nametnuti obveze, osim u onoj mjeri u kojoj su one strogo nužne u javnom interesu kako bi se realizirao cilj mjere.

Načelo razmjernosti na određeni način dolazi do izražaja u primjeni i djelovanju država članica, jer su države članice, i pored slobode u izboru

<sup>36</sup> Barnard, C., *op. cit.*, str. 69-72.

<sup>37</sup> Čl. 5. Protokola: pitanje koje se razmatra mora imati međunarodne aspekte koji se ne mogu urediti mjerom države članice na zadovoljavajući način; mjere samih država članica ili izostanak mjere Zajednice bili bi u sukobu sa zahtjevima Ugovora ili bi se na drugi način značajno naškodilo interesima država članica, mjere na razini Zajednice dovele bi do jasne koristi zbog svoga razmjera ili učinaka u usporedbi s mjerom na razini država članica. Također vidi šire: Hartley, T. C., *Temeljni prava Europske zajednice*, Rijeka, Pravni fakultet u Rijeci, 2004., str. 114. i 115.

nacionalne socijalne politike, ipak dužne kod pravnog reguliranja odnosa na radu uzeti u obzir gospodarske slobode koje predviđa pravo Zajednice.

Ono što je za proučavanje problematike kojom se ovaj rad bavi najvažnije jest pitanje načela razmjernosti, posebice glede dopuštenih izuzetaka (derogacija) u primjeni prava Zajednice. Kako bi derogacije mogle biti dopuštene, potrebno je preispitati legitimne ciljeve koji se žele postići. Zapravo, načelo razmjernosti vodi najužem tumačenju izuzetaka *exceptiones non sunt extendendae*, o čemu odlučuje Europski sud. Glede presude *United Kingdom versus Council (Working Time case)*, a u svezi sa suglasnošću s načelom razmjernosti, odnosno u povodu dopuštenosti derogacije od strane socijalnih partnera, Sud je ustvrdio kako načelo razmjernosti dopušta derogaciju zaključivanja kolektivnih ugovora o radnom vremenu.

Valja istaći stajalište glavnog odvjetnika Tizziana u slučaju *BECTU*<sup>38</sup>, koji je naglasio “*cilj osiguranja usporedive minimalne razine zaštite između različitih država članica... udovoljava zahtjevu, koji je određen nužnošću sprječavanja poremećaja tržišnog natjecanja, da se izbjegne bilo koji oblik socijalnog dumpinga, ... osiguravajući da ekonomija jedne države članice ne može izvlačiti korist prihvaćanjem zakonodavstva koje predviđa manju zaštitu od one u drugoj državi članici*”.<sup>39</sup>

Riječ je o slučaju koji je pokrenuo britanski sindikat (*BECTU*), osporavajući primjenu Smjernice o radnom vremenu, 2003/88/EZ.

Prema zakonodavstvu UK pravo na plaćeni godišnji odmor podvrgnuto je kvalifikacijskom periodu od 13 tjedana zaposlenja. U Smjernici takve kvalifikacije nema. *BECTU* se žalio jer je puno članova sindikata zaposlenih na temelju ugovora na kratko vrijeme (*short-term contracts*) takvim zakonodavstvom Ujedinjenog Kraljevstva bilo lišeno prava na plaćeni godišnji odmor, koje uživa prema pravu EZ-a.

8. veljače 2001. glavni odvjetnik Tizziano dao je svoje savjetodavno Mišljenje podržavajući tužbu *BECTU*-a. Glavni odvjetnik promatrao je pravo na plaćeni godišnji odmor “*u širem kontekstu temeljnih socijalnih prava*” (par. 22). Radnikovom pravu na razdoblje plaćenog godišnjeg odmora treba dati isti temeljni status kao i drugim ljudskim pravima i zajamčiti mu apsolutnu zaštitu. On naglašava kako su ova prava “*supstancijalna polazna točka*” (*substantive point of reference*), i to ne samo za institucije Zajednice, nego i za države članice, npr., kao u slučaju *BECTU*, gdje je država članica odgovorna za implementiranje neke smjernice Zajednice, odnosno transponiranje u nacionalno zakonodavstvo, uključujući i temeljno socijalno pravo na plaćeni godišnji odmor, pa čak i za privatne osobe, fizičke i pravne.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Case C-173/99, R. v. Secretary of Trade for Industry, ex parte *BECTU* (2001) ECR I-4881

<sup>39</sup> Opinion of Tizziano AG of 8. february 2001, u C-173/99, *BECTU* (2001) ECR I- 4881, para 45.

<sup>40</sup> Vidi šire: de Schutter, O., *Anchoring the EU to the ESC: the Case for Acession*, u de Burca, G./de Witte, B., *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005., str. 115.

U slučaju *BECTU*, Sud se složio da Ujedinjeno Kraljevstvo nije poštivalo odredbe o godišnjem odmoru propisane Smjernicom o radnom vremenu,<sup>41</sup> ali se uplašio jezika temeljnih ljudskih prava,<sup>42</sup> i umjesto toga preferirao pravo na plaćeni godišnji odmor okarakterizirati kao “posebno važno načelo prava Zajednice”, iako takvo “od kojega ne može biti odstupanja (derogiranja)”.<sup>43</sup>

Drugo, iako se na ovaj način može pozivati na temeljna socijalna prava i ona mogu *de facto* predstavljati *race-to-the-bottom* Europske strategije zapošljavanja (*European employment strategy*, EES-a) na europsko zakonodavstvo, u smislu sudskih postupaka ovo pitanje će najvjerojatnije biti argumentirano i izazvati prijepore u predmetu rasprave glede odnosa smjernice o radnom vremenu i pitanja temeljnih ljudskih prava, bez ikakvog pozivanja na otvorene metode koordiniranja (*open methods of coordination*, OMC).<sup>44</sup>

### 3.2.2. Doktrina indirektnog učinka – slučaj Pfiffer

Posebnu će pozornost izazvati pitanje doktrine “indirektnog učinka” koju je razvio Europski sud glede smjernica i prema kojoj od nacionalnih sudova zahtijeva da nacionalno pravo tumače u skladu s pravom Zajednice.

Ovdje valja navesti noviji razvoj ove doktrine, za koji je signifikantan slučaj *Pfeiffer*, koji se odnosi na njemačko radno zakonodavstvo.

Njemačkim zakonodavstvom (Zakon o radnom vremenu), koje implementira Smjernicu 93/104/EZ o radnom vremenu, određeno je radno vrijeme u trajanju od 8 sati, koje može biti produženo na deset sati, uz uvjet da prosječno radno vrijeme iznosi 8 sati dnevno (čl. 3.). Članak 7.1.1. dopušta odstupanje od čl. 3. kroz odredbe kolektivnog ugovora kojim se radno vrijeme može povećati i na više od 10 sati dnevno. Kolektivni ugovor s njemačkim Crvenim križem predviđa takvo produljenje i dopušta radni tjedan koji prelazi 48 sati (čl. 14.2. kolektivnog ugovora).

Pitanja koja su se prema čl. 234 Ugovora o EZ (UEZ) postavljala Europskom sudu uključuju utvrđivanje ima li čl. 6. Smjernice 93/104 izravni učinak, čime bi se pojedincu dopustila tužba nacionalnom sudu tamo gdje država članica nije ispravno primijenila Smjernicu.

<sup>41</sup> Sud je utvrdio kako smjernica ne pravi razliku između radnika zaposlenih na neodređeno od radnika zaposlenih na određeno vrijeme. Uvjetujući pravo na plaćeni godišnji odmor, čime je dijelu radnika uskraćeno korištenje tim pravom, zakonodavstvo UK-a je, prema mišljenju Suda, ne samo negiralo pojedinačno pravo utvrđeno smjernicom, nego i išlo protivno njenoj svrsi. Takvo zakonodavstvo otvara mogućnost zloraba od strane poslodavaca, koji češće zaključuju ugovore na kratko određeno vrijeme, upravo kako bi izbjegli obvezu davanja prava na plaćeni godišnji odmor posloprimcu. Kenner, J., op. cit., str. 178.

<sup>42</sup> Smismans, Stijn, *The Open Method of Coordination and Fundamental Social Right* u *Social Rights in Europe* (ed. de Burca, G., de Witte, B.) Oxford, New York, Oxford University Press, 2005., str. 229.

<sup>43</sup> Vidi Case C 133/00, *Bowden and others v. Tuffnells Parcel Express Ltd* 82001) ECR I-7031.

<sup>44</sup> Smismans, S., op. cit., str. 229.



U mišljenju od 6. svibnja 2003., glavni odvjetnik M.D. Ruiz-Jarabo Colomer zaključuje da je čl. 6.2. Smjernice bio dovoljno jasan, precizan i bezuvjetan da bi se moglo govoriti o izravnom učinku. Ipak, glavni odvjetnik priznaje da je Europski sud odbio dopustiti pojedincu pozivanje na izravni učinak smjernica radi podizanja tužbi pred nacionalnim sudovima protiv drugih fizičkih osoba. Smjernice nemaju tzv. "horizontalan" direktni učinak (par. 56-57).

Glavni odvjetnik se zatim poziva na doktrinu "neizravnog" učinka smjernica Europskog suda, koja traži od nacionalnih sudova tumačenje nacionalnog prava u skladu s ciljevima Smjernice (par. 58.). Glavni odvjetnik zaključuje kako čl. 6.2. Smjernice 93/104 poništava čl. 7.1.1. Zakona o radnom vremenu, koji dopušta da se kolektivnim ugovorom produlji radni dan na dulje od 10 sati, a čl. 14. kolektivnog ugovora mora se tumačiti tako da se od dotičnih radnika ne smije zahtijevati da rade dulje od 48 sati u prosjeku (par. 59.). Ovdje valja ukazati na nove elemente u argumentiranju glavnog odvjetnika koje elaborira Bercusson:<sup>45</sup>

"Novi elementi u argumentiranju glavnog odvjetnika čini se da su:

1. odredbe smjernica koje imaju direktan učinak moraju uzeti u obzir nacionalni sudovi, ali *ne samo* kada se na njih poziva u tužbama protiv država članica ("vertikalni" izravni učinak);
2. ne postoji "horizontalan" direktni učinak smjernica, već direktni učinak smjernica znači da *ne samo zakonodavstvo*, nego *također i druga pravna sredstva* (uključujući *privatnopravne mjere* kao što su kolektivni ugovori) utemeljena na nacionalnom pravu koje izravno dolazi u sukob s važećim odredbama smjernice moraju se tumačiti u skladu sa smjernicom;
3. u suprotnosti sa stajalištem Europskog suda da nacionalni sudovi *nisu* obvezni uskratiti primjenu nacionalnog *zakonodavstva* tamo gdje je nemoguće tumačiti ga u skladu s pravom EZ, stajalište je glavnog odvjetnika da su nacionalni sudovi *obvezni* tumačiti *druge pravne mjere* (ovdje, kolektivne ugovore) u skladu sa smjernicom, tamo gdje su ove druge pravne mjere utemeljene na nacionalnom pravu koje nije u skladu s odredbama smjernice koje se izravno primjenjuju."

Kako s pravom smatra Bercusson,<sup>46</sup> ova doktrina ima značajne posljedice na socijalna prava u okviru radnog prava. Doktrina *Pfeiffer* čini se kako utvrđuje da

<sup>45</sup> Bercusson, Brian, Social and Labour Rights under EU Constitution, u *Social Rights in Europe* (ed. de Burca, G., de Witte, B.) Oxford, New York, Oxford University Press, 2005., str. 177.

<sup>46</sup> Kako tvrdi Bercusson, ovo je, čini se, nova *Pfeiffer* doktrina "privatnog indirektnog učinka". Nacionalni sudovi obvezni su tumačiti mjere privatnog prava u skladu s odredbama smjernice s direktnim učinkom, tamo gdje su ove mjere privatnog prava utemeljene na nacionalnom pravu koje nije u skladu s odredbama s direktnim učinkom smjernice.

Ova posljednja doktrina ne izjednačuje se s horizontalnim izravnim učinkom. Učinak smjernice postiže se *tumačenjem* (posredne) privatnopravne mjere, koja sama počiva na nacionalnom zakonodavstvu. Veza između smjernice i nacionalnog zakonodavstva ostaje središnji element, ali se postiže indirektnim učinkom smjernice na privatnopravne mjere. Loc. cit.



se ugovori o radu, utemeljeni na nacionalnom pravu, moraju tumačiti u skladu s odredbama s direktnim učinkom smjernica.

#### **4. Smjernica 93/104/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena**

Zahtjevi za uređenje radnog vremena u kontekstu zaštite radnika isticani su već 70-ih godina dvadesetoga stoljeća. Rezultat tadašnjih nastojanja bila je preporuka Vijeća prema kojoj bi najduže trajanje radnog tjedna iznosilo 40 sati, a plaćeni godišnji odmor četiri tjedna.<sup>47</sup>

U svjetlu rastućeg broja nezaposlenih početkom 80-ih godina rasprava o radnom vremenu ponovno je aktualizirana jer se nastojalo urediti pitanje radnog vremena i ograničiti prekovremeni rad. Kako glede toga pitanja nije bilo moguće postići konsenzus u Vijeću, rasprava je na duže vrijeme utihnula.

Usvajanjem Europske socijalne povelje stvoreno je pozitivno ozračje te je 23. studenog 1993. donesena Smjernica 93/104/EEZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena, skraćeno nazvana Smjernica o radnom vremenu.<sup>48</sup> Stupila je na snagu 2. siječnja 1994., a države članice bile su dužne izvršiti implementaciju do 23. studenog 1996.<sup>49</sup> U pogledu djelatnosti koje su bile isključene iz područja njezine primjene izmijenjena je Smjernicom 2000/34/EZ,<sup>50</sup> a ukinuta Smjernicom 2003/88. Njezin sadržaj čine odredbe o maksimalnom trajanju radnog vremena, glede dnevnog, tjednog i godišnjeg odmora te odredbe o noćnom i smjenskom radu. U literaturi se ističe da je domet Smjernice skroman, budući da u biti sadrži odredbe koje čine postojeće stanje u državama članicama, a istodobno ne uređuje pitanja rada vikendom i sistematskog prekovremenog rada. Sadržajno je podijeljena u četiri odjeljka: područje primjene i pojmovno određenje, minimalno vrijeme odmora i ostali aspekti uređenja radnog vremena, noćni rad – rad u smjenama – radni ritam, te ostale odredbe.

U preambuli Vijeće se pozvalo na Europsku socijalnu povelju iz 1989., u kojoj je kao jedan od ciljeva navedeno poboljšanje životnih i radnih uvjeta posloprimaca na teritoriju Zajednice i pri čemu se harmonizacija radnog vremena izričito navodi kao jedan od ključnih čimbenika.<sup>51</sup> Pored toga ističe se

<sup>47</sup> Schmidt, M., op. cit., str. 72.

<sup>48</sup> Richtlinie 93/104/EWG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Abl. Nr. L 307 vom 13. 12. 1993, S. 0018 – 0024, EUR-Lex – 31993L0104-DE, <http://europa.eu.int/eur-lex>, 11. ožujka 2007.

<sup>49</sup> Čl. 18. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>50</sup> Richtlinie 2000/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 2000 zur Änderung der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung hinsichtlich der Sektoren und Tätigkeitsbereiche, die von jener Richtlinie ausgeschlossen sind, Abl. L 195 vom 01. August 2000, S. 0041 – 0045.

<sup>51</sup> “Die Verwirklichung des Binnenmarktes muß zu einer Verbesserung der Lebens – und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft führen. Dieser Prozess erfolgt durch eine Angleichung dieser Bedingungen auf dem Wege des Fortschritts und betrifft namentlich die Arbeitszeit und die Arbeitszeitgestaltung sowie andere Arbeitsformen als das

potreba poštivanja univerzalnih pravnih izvora ILO i posebnosti pravnih kultura i tradicija o kojima države članice moraju voditi računa te činjenice pojačane opasnosti od ozljeda u noćnom radu.

*Rationae personae* i uz iznimke navedene u čl. 17. ova se smjernica primjenjuje na sve javne i privatne djelatnosti u smislu čl. 2. Smjernice 89/391/EEZ, izuzev cestovnog, zračnog, pomorskog i željezničkog prometa, plovidbe u unutrašnjim vodama, pomorskog ribarstva, drugih pomorskih djelatnosti te liječnika u izobrazbi.<sup>52</sup>

U prvom dijelu Smjernice pojmovno se određuje radno vrijeme, vrijeme odmora, radno vrijeme noću, noćni radnik, smjenski rad i smjenski radnik. Radno je vrijeme određeno kao “svaki vremenski period unutar kojega posloprimac, sukladno propisima i/ili običajima pojedinih država članica, radi, stoji na raspolaganju poslodavcu i izvršava svoju djelatnost ili obavlja zadaće”; vrijeme odmora kao “svaki vremenski period izvan radnog vremena”; radno vrijeme noću kao “svaki vremenski period utvrđen pravnim propisima pojedinih država članica u trajanju od najmanje 7 sati, a koji svakako obuhvaća vrijeme između 24 sata i 5 sati”. Također se dnevno vrijeme odmora određuje u neprekidnom trajanju od najmanje 11 sati,<sup>53</sup> dok će se trajanje dnevne stanke u slučaju neprekidnog rada dužeg od 6 sati odrediti kolektivnim ugovorom, drugim sporazumom socijalnih partnera ili – ukoliko ne bude postignut – unutardržavnim pravnim propisom.<sup>54</sup> Tjedni odmor ovom je smjernicom određen u neprekidnom trajanju od 24 sata<sup>55</sup>, te je na zahtjev Savezne Republike Njemačke u st. 2. nedjelja uvrštena kao daljnji neradni dan. Zbog nepostojanja neke posebne veze između neradne nedjelje i zdravlja posloprimaca, Europski je sud proglasio ništavim stavak 2. članka 5.<sup>56</sup> te nova smjernica više ne sadrži takvu odredbu.

Najviše prijepora izazvalo je pitanje najdužeg tjednog radnog vremena, u pogledu kojega je na kraju postignut obilno kritizirani i neuvjerljiv kompromis prema kojemu ono smije iznositi najviše 48 sati, a referentni vremenski period iznosi čak četiri mjeseca. U literaturi se ističe da se ovime stvorila diskrepancija čak i glede preporuke Vijeća iz 1975. godine.<sup>57</sup> Godišnji je pak odmor predviđen u najkraćem trajanju od četiri tjedna te, osim u slučaju prestanka radnog odnosa, ne smije biti nadomješten u novcu.<sup>58</sup>

---

unbefristete Arbeitsverhältnis, wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit oder Saisonarbeit.”

<sup>52</sup> Čl. 1. st. 3. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>53</sup> Čl. 3. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>54</sup> Čl. 4. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>55</sup> Čl. 5. st. 1. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>56</sup> Schmidt, M., op. cit., str. 79., prema EuGH od 12.11.1996., Rs. C-84/94, Slg. 1996, I-5755.

<sup>57</sup> Ibid., str. 80.

<sup>58</sup> Čl. 7. Smjernice 93/104/EEZ.

Problem ovih odredaba jest u iznimkama predviđenim u čl. 17., a koje su toliko široke da u potpunosti dovode u pitanje odredbe o odmorima.<sup>59</sup> Naime, poštujući opće propise o sigurnosti na radu, države članice mogu odstupiti od odredaba sadržanih u člancima 3., 4., 5., 6., 8. i 16. ukoliko se radno vrijeme zbog naravi posla ne određuje unaprijed, ili pak određivanje vrši sam posloprimac.<sup>60</sup> Ovo posebice vrijedi za članove vodstva nekog poduzeća (i ine osobe s ovlastima odlučivanja), članove obitelji poslodavca te osobe koje vrše liturgijske poslove (priznatih) vjerskih zajednica. No do naprijed navedenog potpunog negiranja sadržaja same Smjernice dolazi u st. 2 čl. 17.: ukoliko posloprimcima bude ponuđeno zamjensko vrijeme odmora iste vrijednosti, socijalni partneri (kolektivnim ugovorima ili drugim sporazumima) ili pak nacionalni zakonodavac (putem upravnopravnih propisa) mogu u navedenim slučajevima odstupiti od navedenih odredaba. Tako pravnu snagu nemaju članci 3., 4., 5., 8. i 16.: prilikom vršenja djelatnosti koje nastaju zbog udaljenosti mjesta stanovanja posloprimca od njegova radnog mjesta, kod zaštitarskog osoblja, kod djelatnosti čije je bitno obilježje u stalnoj dostupnosti (kao npr. hitna medicinska pomoć, lučki i zrakoplovni radnici, djelatnost opskrbe vodom, strujom i plinom, u granama industrije u kojima se iz tehničkih razloga mora raditi neprekidno, agrarnih djelatnosti te u slučaju predvidivog pojačanja opsega redovnih poslova).<sup>61</sup>

U člancima 8.–13. Smjernica sadrži posebne odredbe u pogledu otežanih uvjeta rada. Prema odredbi čl. 8., radno vrijeme noćnih radnika ne smije prelaziti 8 sati unutar perioda od 24 sata. Uz to, države članice dužne su osigurati besplatni redoviti pregled zdravstvenog stanja posloprimaca u noćnom radu i, po potrebi, omogućiti premještaj takvih radnika koji zbog takvog rada dokazano trpe zdravstvene tegobe na poslove dnevnog rada.<sup>62</sup>

Kako bi se osnažio položaj navedene skupine radnika, također je predviđena mogućnost da države članice, u slučaju da je noćni rad u nekom konkretnom slučaju povezan sa sigurnosnim ili zdravstvenim rizicima za posloprimca, propišu dužnost poslodavca da dađe određena jamstva.<sup>63</sup> Kako je, međutim, i ovo pitanje povezano s problematikom konkurentnosti i nastojanjima svake vlade što više utjecati na jačanje položaja svoga nacionalnog gospodarstva, a ova odredba ne nameće državama članicama obvezu neke konkretne činidbe, među državama članicama moguća su značajna odstupanja. Zbog toga ovdje valja navesti slučaj *SIMAP*, koji je referentna presuda kada se govori o radnom vremenu, posebice o radnom vremenu liječnika.<sup>64</sup>

Presuda Europskog suda u slučaju *SIMAP* potaknula je brojne kontroverzne rasprave.

<sup>59</sup> Schmidt, M., op. cit., str. 76.

<sup>60</sup> Čl. 17. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>61</sup> Čl. 17. st. 2. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>62</sup> Čl. 9. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>63</sup> Čl. 10. Smjernice 93/104/EEZ.

<sup>64</sup> Case SIMAP C-303/98, I-07063.

Činjenično je stanje slučaja sljedeće:

*Predmet odluke jest zahtjev valencijskog suda (Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana) za prethodnu odluku u sporu između sindikata liječnika (Sindicato de Medicos de Asistencia Publica) protiv njihova poslodavca (Consellereia de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana) u pogledu pitanja opsega primjene i konkretizacije Smjernice 89/391/EZ i Smjernice 93/104/EZ u pogledu zaštite na radu, trajanja radnog vremena, noćnog rada i rada u smjenama.<sup>65</sup>*

*Prema navodima valencijskog suda, tužitelji navode kako ekipe hitne medicinske pomoći moraju izvršavati rad bez vremenskog ograničenja jer se na redovan rad nadovezuju dežurstva, te da se prema španjolskoj praksi vrijeme dežurstva smatra posebnim radnim vremenom koje nije prekovremeni rad, a naknada se daje u paušalnom iznosu, a sama Smjernica 93/104/EZ nije pravilno implementirana u španjolsko zakonodavstvo jer se isključivo odnosi na privatnopravne radne odnose, a ne sadrži nikakve odredbe o zdravstvenim djelatnostima.<sup>66</sup>*

Postupajući po zahtjevu španjolskoga suda, Europski je sud između ostalog utvrdio “kako djelatnost liječničkih ekipa primarne zdravstvene zaštite spada u područje primjene Smjernice 93/104/EZ.”<sup>67</sup>

Ustvrdio je također kako se “vrijeme dežurstva ovih liječnika u obliku osobne nazočnosti na radnome mjestu ima smatrati radnim vremenom, a po potrebi prekovremenim radom u smislu predmetne Smjernice. Rad koji ovi liječnici izvrše za vrijeme svoga dežurstva jest smjenski rad u smislu odredaba predmetne smjernice”.<sup>68</sup>

Kao što je vidljivo, u ovoj je presudi Sud prihvatio šire tumačenje pojma *radnog vremena*, utvrđujući da vrijeme kada se liječnici primarne zaštite nalaze dostupni “na poziv” (*on call*) u okviru njihovih zdravstvenih ustanova, ima karakteristična obilježja radnog vremena.<sup>69</sup> Čak i ako su aktivnosti koje su obavljali bile različite ovisno o okolnostima, činjenica što su bili obvezni biti prisutni i dostupni na radnom mjestu kako bi pružali svoje profesionalne usluge, znači da su oni u tom slučaju obavljali svoje dužnosti. Ovakvo tumačenje ocjenjuje se u skladu sa svrhom Smjernice, a to je osiguranje sigurnosti i zdravlja radnika, omogućavanjem minimalnih perioda odmora i primjerenih prekida rada. Sud je nadalje smatrao da bi isključivanje obveze “na poziv” (*duty on call*) iz okvira radnog vremena, uz istovremeno zahtijevanje fizičke nazočnosti, značilo ozbiljno potkopavanje svrhe smjernice.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Presuda Europskog suda C-303/98, Zbirka sudskih odluka 2000., str. I-07063, <http://europa.eu.int/eur-lex>.

<sup>66</sup> Loc. cit.

<sup>67</sup> Istovremeno je utvrdio da liječnici u timovima primarne zdravstvene zaštite ne ulaze u one profesionalne kategorije (posebne aktivnosti javnih službi čija je svrha održavanje javnog reda i sigurnosti, primjerice) koje su, zbog svojih specifičnosti, izuzete od primjene prava Zajednice.

<sup>68</sup> Case SIMAP C-303/98.

<sup>69</sup> Kenner, J., op. cit., str. 176.

<sup>70</sup> S druge strane, Sud je smatrao da se radnim vremenom ne može smatrati ono vrijeme u kojem su liječnici trebali biti dostupni “po pozivu”, ali nisu morali biti fizički prisutni u svojim

Zanimljivo je istaknuti da je ista stajališta Europski sud zauzeo i u slučaju *CIG i SERGAS*.<sup>71</sup> Pravnostvaralačka praksa Europskog suda, posebice glede tumačenja uređenja radnog vremena (on call, duty on call), izazvala je prijepore u nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica, ali i praktične probleme koji su bili najrazvidniji posebice u zdravstvu. Naime u ovoj djelatnosti ovakvo tumačenje radnog vremena imalo je za posljedicu nedostatak dovoljnog broja liječnika kako bi se proces rada mogao normalno odvijati. Zbog toga se u narednim dijelovima rada tome posvećuje posebna pozornost.

### **5. Smjernica 2003/88/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena**

Na prijedlog Komisije, na temelju čl. 137. st. 2. UEZ-a, Vijeće i Parlament donijeli su 2003. g. novu smjernicu s odredbama o radnom vremenu, a koja čini doradu i logičan nastavak Smjernice 93/104/EEZ. Njezin puni naziv glasi *Smjernica 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenog 2003. o određenim aspektima uređenja radnog vremena*,<sup>72</sup> a stupila je na snagu 2. kolovoza 2004. godine. Kako zamjenjuje staru, tj. stupa neposredno na njezino mjesto, nova implementacija nije potrebna.

#### **5.1. Razlozi donošenja i sadržaj smjernice**

Razlozi za donošenje bili su sljedeći:

- Smjernica 93/104/EEZ promijenjena je u bitnim točkama;
- svim posloprimcima potrebno je osigurati primjereno vrijeme odmora;
- ljudski organizam noću reagira posebno osjetljivo na radne uvjete koji predstavljaju opterećenje;
- uređenje rada mora biti prilagođeno čovjeku, te
- potreba fleksibilnog tumačenja određaba ove smjernice, a uz poštivanje i osiguranje sigurnosti i zdravlja posloprimaca.<sup>73</sup>

Smjernica je podijeljena u šest poglavlja:

1. Područje primjene i određenje pojmova,
2. Minimalno vrijeme odmora – ostali aspekti uređenja radnog vremena,
3. Rad noću – smjenski rad – radni ritam,
4. Ostale odredbe,
5. Odstupanja i iznimke, te
6. Završne odredbe.

---

ustanovama, jer je to vrijeme koje su mogli koristiti uz manja ograničenja i u svom interesu.

<sup>71</sup> C.O.J., 3 July 2001, Case C-241/99, *Confederación Intersindical Galega (CIG) and Servicio Galego de Saúde (Sergas)*, ECR, 2001, 5139.

<sup>72</sup> Richtlinie 2003/88/EG der Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Abl L 299 vom 18.11.2003, S. 9 – 19.

<sup>73</sup> Preambula Smjernice 2003/88/EZ.

Prethodna je smjernica, prema izričitoj odredbi čl. 27. nove smjernice, stavljena izvan snage, tj. ukinuta. Potrebno je, međutim, naglasiti da se time ne dira u obvezu pravodobne implementacije prethodne, a rokovi su izričito navedeni u tablicama koje čine dodatak I, dio B nove smjernice. I ova smjernica ne primjenjuje se na pomorce,<sup>74</sup> kao ni na određene grupe posloprimca za koje su drugim aktom Zajednice predviđene posebne odredbe.<sup>75</sup>

U čl. 1. propisano je područje primjene i određeni pojmovi korišteni u Smjernici: predmet nove smjernice jesu dnevno i tjedno minimalno vrijeme odmora, minimalni godišnji odmor, stanke i najduže tjedno radno vrijeme, te određeni aspekti noćnog i smjenskog rada te ritma rada. Područje njezina važenja *rationae personae* se pak prostire na sva privatna i javna područja djelatnosti u smislu odredaba čl. 2. Smjernice 89/391/EEZ-a, a što uz nabranje izuzetih grana u biti predstavlja primarni, sekundarni, tercijarni i kvartarni gospodarski sektor.<sup>76</sup> Pojmovna određenja dana u čl. 2 ista su kao i u Smjernici o radnom vremenu, iz 1993. godine, ali su dodani pojmovi mobilnog posloprimca, djelatnosti na *offshore*-postrojenjima i dovoljnog vremena odmora.

U cilju već navedene potrebe fleksibilne primjene nove smjernice, a čime treba spriječiti administrativno gušenje gospodarskih kretanja, instrument promjene referentnih razdoblja može biti djelotvorno sredstvo za reakciju na oscilacije u količini posla. Sukladno čl. 16. moguće je da se tjedno vrijeme odmora (24 sata) računa unutar perioda od 14 dana, maksimalno tjedno radno vrijeme (48 sati) računa u prosjeku od četiri mjeseca te da se konkretno određivanje dužeg referentnog perioda za trajanje noćnog rada prepusti sporazumu socijalnih partnera.

## 5.2. *Vrijeme odmora*

Vrijeme dnevnog odmora određeno je u neprekidnom trajanju od najmanje 11 sati unutar vremenskog intervala od 24 sata,<sup>77</sup> dok je i ovdje uređenje dnevne stanke pri kontinuiranom radu u trajanju dužem od šest sati unutar 24 sata prepušteno sporazumu socijalnih partnera ili unutardržavnom propisu nacionalnih zakonodavaca.<sup>78</sup> Minimalno trajanje tjednog odmora unutar perioda od sedam

<sup>74</sup> Čl. 1. st. 3. t. 2. Smjernice 2003/88/EZ, st. 12.

<sup>75</sup> Čl. 14. Smjernice 2003/88/EZ, st. 14.

<sup>76</sup> (1) Diese Richtlinie findet Anwendung auf alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche (gewerbliche, landwirtschaftliche, kaufmännische, verwaltungsmässige sowie dienstleistungs- oder ausbildungsbezogene, kulturelle und Freizeittätigkeiten usw.).

(2) Diese Richtlinie findet keine Anwendung, soweit dem besondere Anforderungen bestimmter Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z.B. bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten zwingend entgegenstehen.

In diesen Fällen ist dafür Sorge zu tragen, dass unter Berücksichtigung der Ziele dieser Richtlinie eine grösstmögliche Sicherheit und ein grösstmöglicher Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet ist.

<sup>77</sup> Čl. 3. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>78</sup> Čl. 4. Smjernice 2003/88/EZ.



dana iznosi 24 neprekidnih sati kojima se mora dodati i dnevni odmor iz čl. 3.<sup>79</sup> Nova smjernica sadrži i rješenje koje je bilo izvor velikih rasprava prilikom donošenja stare smjernice – utvrđenje najdužeg tjednog radnog vremena u trajanju od 48 sati tjedno, uključivši u to i sate prekovremenog rada.<sup>80</sup> I prema Smjernici, najkraće razdoblje plaćenog godišnjeg odmora iznosi četiri tjedna i ne smije biti kompenzirano u novcu, osim u slučaju prestanka radnog odnosa.

### **5.3. Posebno radno vrijeme – noćni rad i rad u smjenama**

I u ovoj je Smjernici dužina trajanja noćnog rada ograničena na osam sati unutar razdoblja od 24 sata te je posloprimcima koji rade noću priznato pravo na besplatne liječničke preglede koji podliježu profesionalnoj liječničkoj tajni.<sup>81</sup> U slučaju da noćni rad djeluje negativno na njegovo zdravlje, pogođeni posloprimac ima pravo na premještaj na drugo radno mjesto na kojemu se radi danju, a pored toga poslodavci su obvezni u noćnoj smjeni provesti sve mjere zaštite na radu koje se provode za rad danju.

### **5.4. Odstupanja i odredbe za posebna radna mjesta**

Državama članicama ostavljena je mogućnost da pod određenim okolnostima odstupe od članaka 3., 4., 5., 6., 8. i 16., a ukoliko zbog posebnih obilježja izvršene djelatnosti nije moguće točno odrediti ili predvidjeti trajanje radnog dana. Ova odredba vrijedi za posloprimce na vodećim položajima, posloprimce koji su članovi obitelji poslodavca te posloprimce zaposlene u liturgijskom dijelu vjerskih zajednica. Isto je tako moguće odstupiti od članaka 3., 4., 5., 8. i 16., ako je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta:

1. da postoji udaljenost između radnog mjesta i mjesta prebivališta posloprimca;
2. da se radi o djelatnosti čiji je zadatak zaštita osoba i stvari kao što su zaštitarske službe;
3. da je potrebno održavati kontinuitet službe i/ili procesa proizvodnje (a u što su posebno uključeni bolnički personal te zaposlenici u zračnim i morskim lukama, poduzećima opskrbe električnom energijom, plinom i vodom, osobe u poljodjelstvu i sl.);
4. da je riječ o predvidivom naglom povećanju opsega poslova, kao npr. u poštanskoj službi;
5. da se radi o željezničkom personalu;
6. situacije navedene u čl. 5. st. 4. Smjernice 89/391/EEZ-a, te
7. u slučaju nesreće ili neposredno predstojeće nesreće.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Čl. 5. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>80</sup> Čl. 6. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>81</sup> Čl. 8. i 9. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>82</sup> Čl. 17. Smjernice 2003/88/EZ.



Isto je tako moguće da se putem kolektivnog ugovora ili sporazuma socijalnih partnera izvrši odstupanje od članaka 3., 4., 5., 8. i 16., ali samo ukoliko se pri tome predvidi zamjensko vrijeme odmora.<sup>83</sup> Produženje referentnog vremena tjednog rada na više od šest mjeseci u pravilu nije dopušteno; iznimka je moguća ukoliko države članice socijalnim partnerima odobre da poradi objektivnih, tehničkih ili radnoorganizacijskih okolnosti putem kolektivnih ugovora predvide duže referentno vrijeme koje je apsolutno ograničeno na maksimalno 12 mjeseci.<sup>84</sup>

Posebno je potrebno naglasiti da članci 3.-5. i 8. ne vrijede za mobilne posloprimce (definirane kao osobe zaposlene u djelatnostima prijevoza ljudi i stvari) kojima države članice trebaju na drugi način osigurati dovoljno dugo vrijeme odmora; ista odredba predviđena je i za personal pomorskih ribarskih brodova.<sup>85</sup> U posljednjem slučaju tjedno radno vrijeme u godišnjem prosjeku također ne smije iznositi više od 48 sati, što s obzirom na narav ovoga posla i ograničenje dnevnog radnog vremena na maksimalno 14 sati (a tjednog na 72 radna sata) znači mogućnost kompenziranja dugih radnih dana u mjesecima lova određene sezonske ribe danima odmora izvan takvih aktivnosti, a što predstavlja fleksibilnost<sup>86</sup> primjene ove Smjernice.

Države članice ne moraju poštivati odredbu čl. 6. o najdužem trajanju radnog tjedna ukoliko poštuju opća načela zaštite sigurnosti i zdravlja posloprimaca. Nacionalni je zakonodavac dužan pri tome osigurati da poslodavci poštuju niz ograničenja (npr. zabranu prisiljavanja posloprimaca da unutar referentnog perioda od četiri mjeseca tjedno rade više od 48 sati, nesankcioniranje odbijanja posloprimaca da dobrovoljno rade duže i sl.),<sup>87</sup> što ovu odredbu posebice u pogledu pravne sigurnosti radnika i jedinstvenosti uređenja minimalnih standarda na području cijele Unije čini vrlo diskutabilnom.

Državama članicama zabranjeno je pozivajući se na odredbe nove smjernice smanjivati razinu opće zaštite posloprimaca te su dužne obavijestiti Komisiju o sadržaju odredaba koje donose ili su već donijele na područjima koja su *rationae materiae* obuhvaćena novom smjernicom.

Kako je već navedeno, stupanjem na snagu nove smjernice prestala je važiti Smjernica o radnom vremenu, a upućivanja na potonju smatraju se upućivanjima na novu smjernicu.

<sup>83</sup> Čl. 18. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>84</sup> Čl. 19. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>85</sup> Čl. 20. i 21. Smjernice 2003/88/EZ.

<sup>86</sup> O reformama koje su provedene u Njemačkoj, Španjolskoj, Italiji, Danskoj, Poljskoj, vidi šire: [www.euro.eurowfound.eu.int](http://www.euro.eurowfound.eu.int)

<sup>87</sup> Čl. 22. Smjernice 2003/88/EZ.

### 5.5. *Prijedlog izmjene Smjernice 2003/88/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena – daljnji razvoj*

Europska komisija je 22. rujna 2004. podnijela konačnu verziju Prijedloga Smjernice Europskog parlamenta i Vijeća za izmjenu Smjernice 2003/88/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena,<sup>88</sup> u nastavku označen kao "Prijedlog". U obrazloženju istoga navodi sljedeće:

1. Odredbe Smjernice 2003/88/EZ predviđaju provjeru primjerenosti i funkcioniranja njihova sadržaja prije 23. studenog 2003., a odnose se na mogućnost produženja referentnog roka za računanje najdužeg tjednog radnog vremena te dobrovoljno produženje istog perioda uz suglasnost posloprimca.
2. Tumačenje Smjernice od strane Europskog suda u presudama predmeta "SIMAP" i "Jaeger" imalo je jak utjecaj na tumačenje pojma "radno vrijeme", što je valjalo detaljno analizirati,
3. Komisija je sukladno čl. 138. EUZ-a o potrebi zajedničke akcije (izmjene nove smjernice) te o Prijedlogu provela konzultacije sa socijalnim partnerima, a rezultati su sažeti u nastavku.<sup>89</sup>

U prijedlogu se također navode razilaženja između udruge poslodavaca i zajednice sindikata na razini Unije o pitanju mogućnosti *opt-out*<sup>90</sup>, mogućnosti odstupanja od referentnog razdoblja za računanje radnog vremena<sup>91</sup> te definiciji radnog vremena.<sup>92</sup>

Komisija dalje navodi kriterije koje prijedlozi izmjena moraju ispuniti:

1. osiguranje maksimalne zaštite zdravlja i sigurnosti posloprimaca na njihovim radnim mjestima;
2. davanje više fleksibilnosti poduzećima u pogledu uređenja pitanja radnog vremena i njegova raspoređivanja;
3. omogućavanje boljeg usklađivanja rada i obiteljskog života, te
4. izbjegavanje nesrazmjernog opterećenja poduzeća

<sup>88</sup> Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, SEK 2004, 1154.

<sup>89</sup> Prijedlog, Poglavlje I.

<sup>90</sup> Prijedlog, Poglavlje II, t. 6.: "(...). Was Art. 22 Abs. 1 angeht ("Opt-out"), so hält die Arbeitnehmerorganisation (EGB) eine schnellstmögliche progressive Abschaffung für angezeigt. Dagegen spricht sich die Arbeitgeberorganisation UNICE für eine Beibehaltung (...) aus (...)."

<sup>91</sup> Ibid., t. 7.: "In der Frage der Abweichung von den Bezugszeiträumen erinnert der EGB daran, dass eine Berechnung der Arbeitszeit auf Jahresbasis bereits im gegenwärtigen gesetzlichen Rahmen möglich ist. (...) Demzufolge spricht sie sich für eine Beibehaltung der gegenwärtigen Bestimmungen aus. Nach Meinung der UNICE sollte die Richtlinie einen Bezugszeitraum von einem Jahr zulassen und die Möglichkeit einer tarifvertraglichen Verlängerung einräumen. (...)."

<sup>92</sup> Ibid. t. 8.: "(...) Der EGB sieht in der Einführung des Begriffs "nicht aktive Bereitschaftsdienstzeit" eine Maßnahme, die in keinem Verhältnis steht zu den in den Mitgliedstaaten tatsächlich auftretenden Problemen. Die UNICE ist der Ansicht, dass nur während des Bereitschaftsdienstes effektiv geleistete Arbeitsstunden als Arbeitszeit gelten können und empfiehlt, die Definition des Begriffs "Arbeitszeit" entsprechend abzuändern. (...)."

te smatra da je istima udovoljeno njezinim Prijedlogom.<sup>93</sup>

Komisija *in concreto* predlaže sljedeće nove odredbe:

1. Uz definicije termina “radno vrijeme” i “vrijeme odmora” dodaju se definicije termina “vrijeme dežurstva” i “neaktivno vrijeme za vrijeme dežurstva”; termin “vrijeme dežurstva” obuhvaćao bi pri tome ona razdoblja u kojima je posloprimac dužan biti na radnome mjestu.<sup>94</sup>
2. Novim člankom 2.a decidirano je određeno da neaktivno vrijeme unutar vremena dežurstva nije radno vrijeme, osim ako unutardržavnim izvorom bude propisano nešto drugo.<sup>95</sup>
3. U članku 16. referentno razdoblje i dalje ostaje načelno četiri mjeseca, ali uz mogućnost da države produže taj rok uz poticanje socijalnog dijaloga; ono ni u kojem slučaju ne bi smjelo nadilaziti vrijeme trajanja ugovora o radu.<sup>96</sup>
4. Promjenama u članku 17. (“Odstupanja”) ukinula bi se mogućnost odstupanja od referentnog razdoblja od četiri mjeseca (zbog prijedloga navedenog u prethodnoj točki) te bi se preciziralo da zamjensko razdoblje odmora mora biti realizirano unutar roka od 72 sata<sup>97</sup>; daljnju odredbu u svezi ove tematike sadržao bi izmijenjeni čl. 18.<sup>98</sup>
5. Predlaže se brisanje čl. 19 st. 1. i st. 3 te čl. 20 st. 2., čime bi se dalje smanjio broj odstupanja od referentnog razdoblja koja su poradi izmjene predložene u točki 3. postala nepotrebna.<sup>99</sup>
6. Novim stavkom 1. članka 22. odredili bi se uvjeti koje države moraju ispuniti ukoliko ne žele primijeniti čl. 6. (o najdužem trajanju tjednog radnog vremena), a za što u bitnome traži da je odustajanje od čl. 6. odobreno kolektivnim ugovorom sklopljenim na odgovarajućoj razini.<sup>100</sup>

Zaključujući ovo poglavlje, a sažimajući dosadašnji razvoj regulative radnog vremena, potrebno je istaknuti sljedeće: prvo, da je povećanje utjecaja Europskog parlamenta dovelo do povećanja broja sudionika zakonodavnog postupka na razini Zajednice i, drugo, da dinamika kojom radnopravni odnosi nastaju, mijenjaju se i prestaju, upravo nameće potrebu kontinuiranog praćenja djelotvornosti postojećih propisa, uključujući njihovu moguću korekciju. Radnopravne odredbe, a posebice glede radnog vremena, uz propise o standardu socijalnog osiguranja<sup>101</sup> izravno pogađaju kako građane glede životnog standarda tako i pojedine države glede njihovih financijskih mogućnosti. Presude donesene povodom sporova o interpretaciji sadržaja obiju prikazanih smjernica za predmet

<sup>93</sup> Prijedlog, Poglavlje III.

<sup>94</sup> Prijedlog, Poglavlje IV., t. 18.

<sup>95</sup> Ibid., t. 19.

<sup>96</sup> Ibid., t. 20.

<sup>97</sup> Ibid., t. 21 i 22.

<sup>98</sup> Ibid., t. 23.

<sup>99</sup> Ibid., t. 24.

<sup>100</sup> Ibid., t. 25.

<sup>101</sup> Učur, Marinko Đ., Socijalno pravo, Zagreb, Informator, 2000., str. 70.

su imale odluku koja je suštinski novčane naravi: dajući odgovor na pitanje što je radno vrijeme, zapravo daju odgovor na pitanje koliki je dio radnog vremena naplatan te ga poslodavac mora platiti, a koje faze to pak nisu, već posloprimac ne vrši prestaciju rada, pa sukladno tome nema ni pravo na novčanu naknadu.

## **6. Posebnosti rješenja njemačkog prava**

Savezna Republika Njemačka jedna je od šest država osnivateljica svih triju zajednica, iz 1951. godine, tj. 1957. godine te potpisnica Ugovora iz Maastrichta 1992. godine. Ta je činjenica imala značajan utjecaj na prilagođavanje njemačke zakonodavne, ali i izvršne funkcije novim nadležnostima Zajednice, a što je dovodilo do oštrih polemika i potrebe za ustavnosudskim pravorijecima.

S obzirom na izričitu odredbu čl. 27. st. 2. nove Smjernice, presude koje su uslijedile povodom tužbi temeljenih na Smjernici, iz 1993. godine, analogno se mogu smatrati presudama na novu Smjernicu te će biti prikazane u nastavku.

Iz činjenice da je Savezna Republika Njemačka federativna država proizlazi nužnost diobe zakonodavne nadležnosti između Saveza i država članica Federacije. Zbog njegove izrazite važnosti, ovo je pitanje uređeno Temeljnim zakonom<sup>102</sup> koji načelno određuje sljedeće: Savezne zemlje imaju zakonodavnu nadležnost u svim pitanjima koja istim Temeljnim zakonom nisu prenijeta u nadležnost Saveza.<sup>103</sup> S obzirom na tijelo koje je ovlašteno donositi zakone, razlikuju se četiri grupe zakonodavne nadležnosti: isključiva nadležnost Saveza, konkurirajuća nadležnost Saveza i Zemalja, okvirna nadležnost Saveza te isključiva nadležnost Zemalja.

Poslovi radnog zakonodavstva, u što ulaze i navedene smjernice Zajednice, prema izričitoj odredbi čl. 74. Temeljnog zakona spadaju u konkurirajuću nadležnost Saveza i saveznih zemalja.<sup>104</sup> Sam institut konkurirajuće nadležnosti pak predstavlja pravo saveznih zemalja da urede sva pitanja navedena u predmetnom članku Temeljnog zakona ukoliko to nije učinio Savez ili pak u onim područjima koja je Savez propustio urediti.<sup>105</sup> Ograničenje nadležnosti Saveza, zapravo zaštitu od prekomjernog korištenja ovlaštenja predstavlja odredba čl. 72. st. 2. Temeljnog zakona prema kojemu je Savez ovlašten urediti neko pitanje iz ove skupine samo ukoliko je to potrebno radi uspostavljanja jednakih uvjeta života na području cijele države ili, pak, radi očuvanja njezina pravnog i ekonomskog jedinstva.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 35. überarbeitete Auflage, München, C.H.Beck Verlag, 1998.

<sup>103</sup> Grundgesetz, Art. 70.

<sup>104</sup> Ibid., Art. 74 Abs. 1: "Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: (...) 12. das Arbeitsrecht einschliesslich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschliesslich der Arbeitslosenversicherung."

<sup>105</sup> Hesselberger, Dieter, Das Grundgesetz, 12. überarbeitete Auflage, Neuwied, Luchterhand Verlag, 2001., str. 272.

<sup>106</sup> Loc. cit.

## 6.1. Prilagodba smjernicama Zajednice o radnom vremenu

U Saveznoj Republici Njemačkoj Smjernica 93/104/EEZ implementirana je<sup>107</sup> Zakonom o radnom vremenu.<sup>108</sup> Zakon je, izuzev članaka 2. i 20., stupio na snagu 1. lipnja 1994.<sup>109</sup> Posebne odredbe o radnom vremenu donio je Zakon o izmjeni Zakona o radnom vremenu trgovina i novom uređenju radnog vremena u pekarama i slastičarnama<sup>110</sup>. Stupio je na snagu 1. studenog 1996., a malo-prodaji je omogućio produženje radnog vremena u večernjim satima, vodeći pri tome računa o promijenjenim zahtjevima tržišta.<sup>111</sup>

Značajne promjene dogodile su se u 15. zakonodavnom razdoblju Bundestaga, kada je Europski sud donio navedenu presudu u slučaju *SIMAP*.

Kako je Zakon o radnom vremenu do tada propisivao da vrijeme dežurstva predstavlja vrijeme mirovanja posloprimca i sukladno tome ne mora biti plaćeno, nije odgovarao Smjernici o radnom vremenu. Stoga je promijenjen člankom 4. Zakona o reformama na tržištu rada,<sup>112</sup> te se od sada i vrijeme dežurstva smatra radnim vremenom u smislu Zakona o radnom vremenu. Sam Zakon o radnom vremenu jest temeljni propis kojim je uređena ova tematika u Saveznoj Republici Njemačkoj i ima sljedeće karakteristike:

1. zaštita posloprimaca u pogledu radnog vremena vrijedi za sve posloprimce i za sva područja djelatnosti;
2. naglašena je zaštita sigurnosti i zdravlja posloprimaca putem propisivanja 8-satnog radnog dana koji putem fleksibilnih prosječnih kvota (dakle referentnih razdoblja) može biti produžen na 10 sati; od toga u određenim okolnostima mogu odstupati stranke kolektivnih ugovora ili neposredno predstavnici radničkog vijeća i poslodavaca;
3. zabrana rada nedjeljom i blagdanom u obrtničkim radnjama ostaje na snazi te je proširena na sva područja tih djelatnosti;
4. godišnje najmanje 15 nedjelja mora ostati neradno.<sup>113</sup>

Odredbe ovoga zakona javnopravne su naravi i kogentnog karaktera te podliježu nadzoru od strane državnih tijela. Adresat njegovih normi uvijek je poslodavac, a odstupanja od propisanih minimalnih uvjeta (glede plaće, trajanja radnog vremena i sl.) moguća su jedino ukoliko su predviđena zakonom.

Samo trajanje radnog vremena određuje se ili pojedinačnim ugovorom o radu i/ili kolektivnim ugovorom.

<sup>107</sup> Schmidt, M., op. cit., str. 74.

<sup>108</sup> Arbeitszeitgesetz, vom 6. Juni 1994 (BGBl I S. 1170)

<sup>109</sup> Kako je razvidno iz protokola zasjedanja Bundestaga, isti je raspravljao o dva prijedloga na predmetnu temu: s jedne strane, prijedlogu kluba zastupnika SPD-a, a s druge, pak, strane prijedlogu Savezne vlade koji je na kraju prihvaćen. Baeck, Ulrich i Deutsch, Markus, *Arbeitszeitgesetz*, Kommentar, 2. Auflage, München, C.H. Beck Verlag München, 2004., str. 3.

<sup>110</sup> BGBl I, S 1186.

<sup>111</sup> Baeck, U., Deutsch, M., op. cit., str. 3.

<sup>112</sup> BGBl I, S 3002.

<sup>113</sup> Baeck, U., Deutsch, M., op. cit., str. 13. – 15.

Kako se navodi u samome Zakonu, njegova je svrha zaštita sigurnosti i zdravlja posloprimaca te stvaranje okvirnih uvjeta za fleksibilizaciju radnog vremena, a uz istodobno očuvanje neradne nedjelje, tj. dana “duhovnog odmora”.<sup>114</sup> Pri tome je potrebno ukazati na stare rasprave, uzrokovane poglavito bojazni sindikata i crkve da bi moglo doći do potkopavanja upravo potonjega. Raspoloživi podatci pri tome oslikavaju sljedeće činjenično stanje: 1991. godine je 8,8% od ukupno 33,8 milijuna zavisno zaposlenih osoba kontinuirano radilo i nedjeljom, da bi taj postotak 2002. godine dosegnuo 10,7% od cca 30 milijuna zaposlenih. Ovi podatci Njemačku pri tome svrstavaju u sredinu europske ljestvice rada nedjeljom.<sup>115</sup> Mislimo kako je apsolutna brojka od 3 milijuna ljudi koji konstantno rade (moraju raditi) nedjeljom zbog više razloga upozoravajući pokazatelj.

Definicija radnog vremena dana je u čl. 2. zakona te glasi: “Radnim vremenom u smislu ovog Zakona smatra se vrijeme od početka do kraja rada bez vremena odmora.” U pogledu pojedinih odredaba o radnome vremenu moguće je dati sljedeći prikaz:

- noćni rad definiran je kao rad koji obuhvaća više od 2 sata noćnog vremena (određenog između 23 sata noću i 6 sati ujutro);<sup>116</sup>
- dnevno radno vrijeme ne smije prijeći osam sati; iznimno može biti produženo na 10 sati ukoliko u referentnom razdoblju od šest mjeseci ne prelazi osam sati;<sup>117</sup>
- dnevna stanka u slučaju rada duljeg od 6 sati dnevno mora iznositi barem 30 minuta, a u slučaju rada duljeg od 9 sati dnevno barem 45 minuta;<sup>118</sup>
- vrijeme dnevnog odmora mora iznositi najmanje 11 sati neprekidno, a u slučaju posebne potrebe (dežurstva u bolnicama, prijevozna poduzeća i sl.) može se smanjiti za jedan sat – uz uvjet da tih sat vremena unutar razdoblja od četiri tjedna bude dodano nekom drugom dnevnom odmoru toga posloprimca;<sup>119</sup>
- noćno radno vrijeme i rad u smjenama ne smiju preći osam sati dnevno, a ukoliko unutar referentnog razdoblja od četiri tjedna iznosi prosječno 8 sati, smije biti produženo na 10 sati dnevno;<sup>120</sup>
- zabranjuje se rad nedjeljom i blagdanom, od čega su predviđene iznimke za poslove hitne pomoći i vatrogastva, očuvanje javne sigurnosti, djelatnost bolnica, gostionica, sporta, vjerskih zajednica i sredstava javnog informiranja, sajmove, transportna poduzeća, poduzeća opskrbe

<sup>114</sup> Ibid., str. 41.: “Zweck des Gesetzes ist es,

1. die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten und die Rahmenbedingungen für flexible Arbeitszeiten zu verbessern, sowie  
2. den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erholung der Arbeitnehmer zu schützen.”

<sup>115</sup> Ibid., str. 229.

<sup>116</sup> Čl. 2. Zakona o radnom vremenu, [www.rechtliches.de](http://www.rechtliches.de), 12. travnja 2007.

<sup>117</sup> Čl. 3. Zakona o radnom vremenu.

<sup>118</sup> Čl. 4. Zakona o radnom vremenu.

<sup>119</sup> Čl. 5. Zakona o radnom vremenu.

<sup>120</sup> Čl. 6. Zakona o radnom vremenu.



energijom i vodom, poslove poljodjelstva, zaštite objekata, čišćenja i zaštite postrojenja potrebnih za uredno odvijanje djelatnosti, sprječavanje propadanja prirodnih proizvoda kao i za sprječavanje oštećenja proizvodnih postrojenja.<sup>121</sup>

Prikazana regulativa Savezne Republike Njemačke u skladu je sa Smjernicom 2003/88/EZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena.

U literaturi se ističe činjenica koja posljedično proizlazi iz (prisilne) prilagodbe njemačkih propisa smjernicama Unije o radnom vremenu: u onim djelatnostima u kojima je stalna prisutnost posloprimaca na radnome mjestu i izvan njihovog “temelnog” radnog vremena od velikog značaja, osjetno je sužen manevarski prostor za određivanje radnog vremena tih skupina posloprimaca. S obzirom na veliki financijski teret koji je gotovo nezaobilazna posljedica novog uređenja dežurstva, naglašava se mogućnost izmjene same europske regulative – ubacivanjem odredbe po kojoj bi kao dežurstvo bilo plaćeno samo efektivno odradeno vrijeme, a ne i sama fizička prisutnost na radnome mjestu.<sup>122</sup> Valja naglasiti da je odredba takvog sadržaja unesena u Prijedlog izmjene Smjernice 2003/88/EZ, iz 2004. godine.

## 6.2. *Sudska praksa – slučaj Jaeger*

Njemački ekvivalent, tj. posljedica španjolskog slučaja *SIMAP* jest slučaj *Jaeger*.

U predmetnom postupku Zemaljski radni sud u Kielu podnio je Europskom sudu zahtjev za donošenje prethodne odluke povodom tužbe grada Kiela protiv g. Norberta Jaegera. I ovom je prilikom Sud istaknuo:

1. Smjernicu 93/104/EZ treba tumačiti na način da ono vrijeme koje liječnik uz osobnu prisutnost na radnome mjestu (u bolnici) odradi u dežurstvu bude u punom opsegu računato kao radno vrijeme; pri tome je potpuno bespredmetno što mu u neradnim intervalima stoji na raspolaganju soba za odmor;<sup>123</sup>
2. svaka odredba – bilo uklopljena u neki kolektivni ugovor, bilo u nekom drugom obliku – kojom se obračunava samo ono vrijeme dežurstva u kojemu se efektivno radilo, protivna je predmetnoj Smjernici;<sup>124</sup>
3. skraćenje vremena dnevnog odmora na manje od 11 sati, a poradi odradivanja službe dežurstva, dozvoljeno je samo u slučaju ako se dotičnom liječniku odmah nakon toga omogući kompenzaciju izgubljenog vremena odmora; maksimalno tjedno radno vrijeme određeno člankom 6. Smjernice ni u kojem slučaju pak ne smije biti premašeno.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Čl. 9. i čl. 10. Zakona o radnom vremenu.

<sup>122</sup> Schiefer, Bernd, Worzalla, Michael, Agenda 2010 – Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, Luchterhand Verlag, 2004., st. 93.

<sup>123</sup> Presuda Europskog suda C-151/02, Zbirka odluka Europskog suda 2003., str. I-08389, <http://europa.eu.int/eur-lex>, tenor presude.

<sup>124</sup> Loc. cit.

<sup>125</sup> Loc. cit.

## 7. Posebnosti rješenja austrijskog prava

Republika Austrija članica je Europske unije od 1995. godine, a preuzimanjem pravne stečevine Zajednice u svoj je pravni sustav implementirala i Smjernicu o radnom vremenu. Stupanjem na snagu nove, Smjernica je automatski počela važiti na mjestu derogirane Smjernice 93/104/EZ.

Temeljni nacionalni propisi o radnom vremenu jesu Zakon o radnom vremenu (*Arbeitszeitgesetz*)<sup>126</sup> te Zakon o odmoru od rada (*Arbeitsruhegesetz*).<sup>127</sup> Pored zakonskih odredaba važna uloga pripada kolektivnim ugovorima i sporazumima unutar poduzeća.<sup>128</sup>

Glavne odredbe navedenih zakona jesu:

1. ograničenje dnevnog i tjednog radnog vremena, a odstupanja su moguća putem kolektivnih ugovora;
2. zaštita zdravlja posloprimaca od pretjerano dugog rada te davanje mogućnosti uređenja i življenja privatnog i obiteljskog života, a za što je pitanje radnog vremena od presudne važnosti;
3. predviđeno je nadziranje propisa o radnom vremenu – poštivanje dužine trajanja, davanje odmora i stanki – od strane za to nadležnih tijela državne vlasti;
4. u slučaju nepoštivanja odredaba zakona slijede upravnopravne sankcije, te je razvidno da se primjenjuju odredbe javnog prava.<sup>129</sup>

Prema zakonskoj definiciji, radno se vrijeme određuje kao “vrijeme od početka do kraja rada bez vremena odmora”, pri čemu je ključno da posloprimac svome poslodavcu faktički stoji na raspolaganju.<sup>130</sup> Radno vrijeme ograničeno je na sljedeći način:

1. Sukladno čl. 3., normalno dnevno radno vrijeme ne smije prijeći 8 sati, a normalno tjedno radno vrijeme ne smije prijeći 40 sati.<sup>131</sup> Iznimke su moguće zbog:
  - a. dežurstva, kada maksimalno tjedno radno vrijeme može biti produženo na 60 sati, tj. dnevno radno vrijeme na 12 sati;<sup>132</sup>

<sup>126</sup> BGBl 1969/461 u verziji objave BGBl I 2000/37.

<sup>127</sup> Löschnigg, Günther, *Arbeitsrecht*, 10. Auflage, Wien, Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes, 2003., str. 346.

<sup>128</sup> Loc. cit.

<sup>129</sup> Grillberger, Konrad, *Arbeitszeitgesetz*, 2. neu bearbeitete Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2001., str. 3-5.

<sup>130</sup> Löschnigg, G., op. cit., str. 347.

<sup>131</sup> Ibid., str. 27.: “Der Begriff der Normalarbeitszeit dient der Abgrenzung zur Überstundenarbeit. Normalarbeitszeit und Überstunden zusammen ergeben die Arbeitszeit, deren höchstzulässiges Ausmaß in §9 geregelt wird. Nur die Überschreitung der höchstzulässigen Grenzen ist mit Verwaltungsstrafe sanktioniert.(...) In den §§ 4 bis 5a, 18, 19a sind zahlreiche Möglichkeiten vorgesehen, die tägliche und wöchentliche Normalarbeitszeit entweder dauernd oder in einzelnen Wochen innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes auszudehnen.”

<sup>132</sup> Čl. 5 Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 58.: “Anders als bei den §§ 4 – 4c (...) geht es hier um die Möglichkeit zu einer ständigen Ausdehnung der Arbeitszeit. (...) Voraussetzung

- b. opravdane potrebe za prekovremenim radom, u slučaju produženja (ili skraćanja) radnog vremena kolektivnim ugovorom ili za osoblje u transportu.<sup>133</sup> Tako je izričito omogućeno produženje radnog vremena ako je to potrebno zbog veće količine posla, i to: maksimalno 5 prekovremenih sati tjedno, tj. maksimalno 60 prekovremenih sati unutar kalendarske godine; dnevno radno vrijeme ne smije prijeći 10 sati.<sup>134</sup> Posebna iznimka moguća je u ugostiteljskim djelatnostima (“Gast-, Schank- und Beherbergungsgewerbe”) te u prijevoznim djelatnostima, u kojima je predviđeno produženje tjednog radnog vremena za 10 sati, a putem kolektivnih ugovora;<sup>135</sup>
  - c. u slučaju hitne potrebe poslodavca i poslije saslušanja zastupnika interesa posloprimaca, inspektorat rada može dozvoliti tjedno radno vrijeme duže od 60 sati samo ako za takvu odluku postoji javni interes;<sup>136</sup>
  - d. za potrebe pripremnih ili završnih radova, čije izvođenje zbog zaustavljanja proizvodnog procesa nije moguće unutar radnog vremena, dnevno radno vrijeme može biti produženo za 30 minuta do maksimalno 10 sati;<sup>137</sup>
2. Moguć je drukčiji raspored radnog vremena unutar referentnog razdoblja da bi se radno vrijeme moglo prilagoditi oscilacijama potreba rada: produženje tjednog radnog vremena na 50 sati unutar razdoblja od 8 tjedana, ili pak 48 sati unutar referentnog razdoblja do 52 tjedana, i to uz uvjet da se ne prelazi uobičajeno radno vrijeme utvrđeno zakonom ili kolektivnim ugovorom.<sup>138</sup>
  3. Dnevno radno vrijeme ne smije iznositi više od 10 sati, a tjedno radno vrijeme ne smije iznositi više od 50 sati.<sup>139</sup> Moguće su, međutim, iznimke za vozače, rad u smjenama, dežurstva, slučaj povećane količine poslova, pripreme i završne poslove i ljekarne.<sup>140</sup>

---

hierfür ist, dass in die Arbeitszeit des Arbeitnehmers regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fällt.”

<sup>133</sup> Löschnigg, op. cit., str. 347.

<sup>134</sup> Čl. 7. Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 74.: “Die Bedingungen für die Verlängerung sind unterschiedlich. Zum einen ist eine Verlängerung unmittelbar auf Grund des Gesetzes und für alle Arbeitnehmer möglich. Darüber hinausgehende Verlängerungen sind möglich, wenn ein Kollektivvertrag es erlaubt.”

<sup>135</sup> Čl. 7. Zakona o radnom vremenu.

<sup>136</sup> Loc. cit.

<sup>137</sup> Čl. 8. Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 80.: “Diese Regelung beruht offenbar auf der Überlegung, dass die Arbeitszeit möglichst ungeschmälert dem eigentlichen Betriebszweck zur Verfügung gestellt werden soll.”

<sup>138</sup> Čl. 4. Zakona o radnom vremenu.

<sup>139</sup> Čl. 9. st. 1. Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 84.: “Die Höchstgrenzen dürfen auch dann nicht überschritten werden, wenn die wöchentliche Arbeitszeit anders verteilt wurde und mit Arbeitszeitverlängerungen (Überstunde) zusammentrifft.”

<sup>140</sup> Čl. 9. st. 2. Zakona o radnom vremenu.

4. Dnevna stanka pri dnevnom radnom vremenu dužem od 6 sati mora iznositi najmanje 30 minuta. Pri tome je pak zanimljiva odredba o mogućoj diobi na do 3 odmora od po 10 minuta, što je najkraće dopušteno trajanje stanke.<sup>141</sup>
5. Dnevni odmor mora iznositi najmanje 11 neprekidnih sati. Odstupanje je moguće propisati kolektivnim ugovorom, pri čemu se ne smije ugovoriti odmor kraći od 8 sati te se mora predvidjeti nadoknada izgubljenog vremena odmora (dakle razlike do punih 11 sati).<sup>142</sup>
6. Tjedni odmor mora iznositi najmanje 36 sati.<sup>143</sup>

Predmetne odredbe austrijskog zakonodavstva u skladu su sa smjernicama Europske unije.

### **8. Posebnosti rješenja hrvatskog prava**

Izvori radnog prava u Republici Hrvatskoj jesu Ustav, međunarodni ugovori, odnosno međunarodne konvencije radnopravnog sadržaja koje su ratificirane u skladu s Ustavom, zakoni, drugi propisi Hrvatskog sabora i Vlade Republike Hrvatske, sudska praksa, pravna tumačenja, kolektivni ugovori te prihvaćeni opći akti o radu i radnim odnosima.<sup>144</sup> Za potrebe ovoga rada od važnosti su odredbe glave III. Ustava o temeljnim slobodama i pravima čovjeka i građanina, a kojima se između ostalog jamči zaštita čovjeka od prisilnog i obveznog rada te njegovu nepovredivost. U kontekstu ovoga rada, a uz poštivanje načela zakonitosti predviđenog u čl. 5. Ustava,<sup>145</sup> izravna je posljedica ovakvih odredaba, između ostalog, i zabrana prisilnih prekovremenih sati rada.

Načela radnog prava, sloboda rada, pravo rada, humanizacija uvjeta rada, pravo na rad, zaštita osoba na radu, pravo participacije, raspodjela prema radu, neotuđivost i zaštita prava iz radnog odnosa te osobna odgovornost posloprimca za osobni rad,<sup>146</sup> zaštita osoba na radu, humanizacija uvjeta rada te pravo na participaciju čimbenici su koji suutječu na određenje radnog vremena.

<sup>141</sup> Čl. 11. Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 100.: "Ruhepausen sind Unterbrechungen der Arbeitszeit zum Zweck der Erholung. Aus dem Wortlaut und dem Zweck der Regelung folgt, dass eine Ruhepause nur vorliegt, wenn der Arbeitnehmer von jeder Arbeitsleistung befreit ist und die Zeit nach eigenem Gutdünken verwenden kann."

<sup>142</sup> Čl. 12. st. 1. Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 105: "Für die meisten Arbeitnehmer richtet sich die wöchentliche Ruhezeit nach dem ARG. (...) Nach dem AZG steht jedenfalls fest, dass die Zeiten der Arbeitsbereitschaft nicht zur Ruhezeit gehören können."

<sup>143</sup> Čl. 12. st. 3. Zakona o radnom vremenu; Löschnigg, op. cit., str. 374.: ovo pitanje poglavito uređuje spomenuti Zakon o odmoru od rada. Kako se, naime, u stručnoj literaturi ističe, odredbe potonjeg zakona o tjednom odmoru vrijede za sve osobe na koje se on i primjenjuje. Zakon o radnom vremenu primjenjuje se samo na osobe koje nisu obuhvaćene Zakonom o odmoru od rada.

<sup>144</sup> Učur, Marinko Đ., *Radno pravo*, Rijeka, Ekspres digitalni tisak, 2001., str. 19.

<sup>145</sup> "U Republici Hrvatskoj zakoni moraju biti u skladu sa Ustavom, a ostali propisi i s Ustavom i sa zakonom."

<sup>146</sup> *Ibid.*, str. 42 – 48.

Za razumijevanje pak cjeline radnih odnosa i dinamike današnjeg razvoja potrebno je prisjetiti se postupka transformacije ove grane prava koja je tekla istodobno sa cjelokupnom političkom, gospodarskom i društvenom transformacijom iz jednog državnog ustroja u drugi. Radno pravo SFRJ temeljilo se na načelima samoupravljanja; poduzeća su poslovala unutar zadanih gospodarskih gabarita, a radnici su smatrani “vlasnicima” sredstava za proizvodnju.<sup>147</sup> Ova je činjenica važna stoga što iz temeljnih karakteristika ondašnjeg sustava proizlazi dimenzija i težina zadatka prilagodbe tržišnoj ekonomiji; diskusija između socijalnih partnera (Vlade, Hrvatske udruge poslodavaca i udruga sindikata) posebno je oštro vođena u pitanjima zaštite radnika od otkaza te prava participacije radnika u procesu odlučivanja u poduzeću.<sup>148</sup>

Temeljni izvor radnog prava u Republici Hrvatskoj jest Zakon o radu<sup>149</sup> kao kognentan fundament radnopravnih odnosa u kojemu su novelom iz 2003. izvršene značajne izmjene upravo s ciljem prilagodbe *acquis communautaire* Europske unije. Od bitnih karakteristika potrebno je istaknuti načelo slobode ugovaranja, izbora zanimanja i slobode koalicije, a činjenica ponovnog jačeg povezivanja radnog i građanskog prava navodi na zaključak da je intencija zakonodavca bila ponovno postupanje prema istima kao prema jednoj cjelini.<sup>150</sup>

### **8.1. Uređenje radnog vremena**

Temeljni izvor za uređenje radnog vremena u Republici Hrvatskoj jest glava VIII. Zakona o radu,<sup>151</sup> a sukladno izričitom ovlaštenju danom tim zakonom, isto može biti uređeno i kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca te ugovorom o radu.<sup>152</sup>

U usporedbi s propisima navedenih smjernica Zajednice, moguće je dati sljedeći jezgroviti prikaz našeg nacionalnog zakonodavstva:

1. Puno tjedno radno vrijeme ne smije biti duže od 40 sati.<sup>153</sup>
2. U slučaju postojanja opravdanih razloga kao što su viša sila, sprječavanje kvara na sirovinama ili izvanredno povećanje opsega rada, moguće je do 10 sati tjedno raditi prekovremeno.<sup>154</sup>
3. Dnevna stanka mora, u slučaju da se radi više od 6 sati, iznositi barem 30 minuta, a za razliku od njemačkih i austrijskih odredaba, ubraja se u radno vrijeme.<sup>155</sup>

<sup>147</sup> Borić, Tomislav, Petrović, Siniša, *Gesellschafts- und Wirtschaftsprivatrecht in Kroatien*, Wien, Orac – Verlag, 2000., str. 33.

<sup>148</sup> *Ibid.*, str. 34.

<sup>149</sup> Zakon o radu, NN 38/95., 5/95., 65/95., 17/01., 82/01. i 114/03., 142/03., 137/04. (proč. tekst), 68/05.

<sup>150</sup> Borić, T., Petrović, S., *op. cit.*, str. 35.

<sup>151</sup> Čl. 30 – 54.

<sup>152</sup> Čl. 30. Zakona o radu.

<sup>153</sup> *Loc. cit.*

<sup>154</sup> Čl. 33. Zakona o radu.

<sup>155</sup> Čl. 36. Zakona o radu.

4. Dnevni odmor mora iznositi najmanje 12 sati (u poljoprivredi 10 sati unutar referentnog razdoblja od 60 dana), a tjedni odmor najmanje 24 sata neprekidno.<sup>156</sup>
5. Godišnji odmor mora iznositi najmanje 18 radnih dana, tj. 30 radnih dana za posloprince zaposlene na radnim mjestima gdje nije moguće izbjeći štetne učinke na zdravlje.<sup>157</sup>

U ovome dijelu jedina neusklađena odredba jest posljednje navedena o dužini trajanja godišnjeg odmora, koji je u novoj Smjernici određen u trajanju od najmanje 4 tjedna.

6. Vrijeme noćnog rada određeno je kao vrijeme između 22 sata uvečer i 6 sati ujutro.<sup>158</sup>
7. Noćni rad žena u industriji je zabranjen; iznimke su moguće ili uz odobrenje ministra nadležnog za poslove rada, ili pak u slučaju više sile ili sprječavanja kvara na sirovinama.<sup>159</sup>

U ovome dijelu potrebno je *de lege ferenda* doraditi zakon kako preciznom odredbom o najdužem trajanju rada noću, tako i uklanjanjem odredbe o zabrani rada žena noću u industriji, posebice sukladno presudama Europskog suda.

Pored toga, nedostaje posebna odredba o redovitim liječničkim pregledima radnika koji rade noću, čiji bi cilj bio zaštita njihova zdravlja, kao i odredba o mogućnosti traženja premještaja na dnevni rad u slučaju dokazane štetnosti rada noću.

Valja naglasiti kako je više autora pisalo o Smjernici (direktivi) 2003/88/EZ,<sup>160</sup> dajući pregled sadržaja i polja primjene, ali nismo pronašli niti jednu analizu u kontekstu naprijed navedenih presuda Europskoga suda.

Ovo posebno i ističemo na ovome mjestu, jer je paket mjera glede redefiniranja smjernice (direktive) 2003/88/EZ inspiriran naprijed navedenim presudama Europskoga suda, koje su u tekstu analizirane.

Ono što će u Hrvatskoj biti zanimljivo znanstvenoj, ali i široj javnosti, posebice u kontekstu presuda *SIMAP* i *Jaeger*, pitanja su vezana uz neaktivni dio radnoga vremena radnika u zdravstvu koji rade “na poziv” (misli se na dežurstvo). Vrijeme koje radnik u zdravstvu provede čekajući na poziv smatra se vremenom provedenim na radu ako se taj djelatnik mora nalaziti u prostorima zdravstvene ustanove. Kako smo ukazali u vezi s naprijed navedenim presudama Europskog suda, i hrvatski će zakonodavac pored izmjena Zakona o radu morati

<sup>156</sup> Čl. 37. i čl. 38. Zakona o radu.

<sup>157</sup> Čl. 39. Zakona o radu.

<sup>158</sup> Čl. 51. Zakona o radu.

<sup>159</sup> Čl. 52. Zakona o radu.

<sup>160</sup> Rožman, Krešimir, Neka pitanja radnog vremena prema Zakonu o radu, *Radno pravo*, br. 5, 2007., str. 3-6., Benko, Luka, Radno vrijeme u Europskoj uniji – Direktiva o radnom vremenu i Zakon o radu, *Radno pravo*, br. 5, 2007., str. 7-14.; Marinković-Drača, Dušanka, Radno vrijeme i raspored radnog vremena, Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnog odnosa, Zagreb, Inženjerski biro, 2006., str. 32-58.; Jelčić, Vera, Radno vrijeme, u Potočnjak, Ž., (ur.) *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator, 2007., str. 147-215.



uskладiti, odnosno harmonizirati i druge zakonske propise koji reguliraju radno vrijeme.<sup>161</sup>

Razvidno je da u Republici Hrvatskoj najviše problema i prijepora glede radnog vremena izaziva pitanje rasporeda radnog vremena, rada duljeg od punog radnog vremena i rad nedjeljom. Problem plaćanja prekovremenog rada i rada nedjeljom posebno je izražen u velikim trgovačkim lancima. Inspekcija rada je često nemoćna jer većina posloprimaca ima ugovore na određeno vrijeme i strah da će ostati bez posla ove radnike sprječava da traže zaštitu svojih prava iz radnog odnosa. Ako tome dodamo činjenicu da su u djelatnosti trgovine u najvećem broju posloprimci žene, koje kao posebna kategorija uživaju specifičnu zaštitu prema Zakonu o radu, onda je razvidna kompleksnost ovog problema.

U Hrvatskoj je također prisutan problem reguliranja radnog vremena zaposlenika u zdravstvu. Istraživanje<sup>162</sup> koje smo proveli u Primorsko-goranskoj županiji pokazalo je da u domovima zdravlja na otocima, gdje nije posebno ustrojena hitna medicinska pomoć, liječnici i medicinsko osoblje koji rade u primarnoj zdravstvenoj zaštiti rade dulje od 180 sati, negdje i 250 sati i ti sati rada im se ne plaćaju kao prekovremeni rad. Ovih dana svjedoci smo da to nije prisutno samo u istraživanoj županiji nego je to raširena praksa na drugim otocima i u malim mjestima diljem Hrvatske. Ovo predstavlja kršenje ne samo odredbi Zakona o radu, nego i odredbi kolektivnih ugovora.<sup>163</sup>

Ovakvo stvarno stanje s hrvatskog tržišta rada potrebno je dovesti u kontekst sa stajalištem M. Schmidt, o tumačenju Smjernice 93/104/EZ i 2003/88/EZ, u kojem navodi da u slučaju kada poslodavac uređuje ritam rada i radno vrijeme posloprimca, mora, u skladu s čl. 13. Smjernice 93/104/EZ voditi računa o ritmu rada koji "odgovara biološkom ritmu ljudskog bića".<sup>164</sup>

Tome valja dodati još eksplicitnije stajalište koje iznosi Bercusson, smatrajući da ukoliko poslodavac ne poštuje naprijed navedene zahtjevi dolazi do neizravne diskriminacije i povrede temeljnih ljudskih prava zaposlenika.<sup>165</sup>

Zbog toga ćemo ovdje ukazati na specifične presude Vrhovnoga suda i Ustavnog suda Republike Hrvatske glede reguliranja radnog vremena.

<sup>161</sup> Vidi šire: Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 121/03, 44/2005 USHR, 48/05-isp.) utvrđuje dežurstvo kao poseban oblik rada kada radnik mora biti nazočan u zdravstvenoj ustanovi, odnosno trgovačkom društvu nakon redovitog radnog vremena, što znači da se ni vrijeme aktivnosti u tom vremenu ne uračunava u radno vrijeme.

<sup>162</sup> Istraživanje je provedeno u otočkim domovima zdravlja – ispostavama Doma zdravlja u Primorsko-goranskoj županiji (Rab, Krk, Mali Lošinj). Analizirani su akti autonomnog i heteronomnog prava glede radnog vremena te provođenje u praksi. Razlog naše analize bio je veliki broj tužbi i reagiranje sindikata iz područja zdravstva zbog neplaćanja prekovremenih sati.

<sup>163</sup> Ovo što se radi Pažanima je velika sramota, Novi list, 11. veljače 2008., str. 14.; Pažani: naši su liječnici žrtve šikaniranja, Jutarnji list, 11. veljače 2008., str. 40.

<sup>164</sup> Schmidt, M., op. cit., str. 82.

<sup>165</sup> Bercusson, Brian, European Labour Law, str. 313.

## 8.2. Radno vrijeme u praksi Vrhovnog suda RH i Ustavnog suda RH

Ako analiziramo praksu Ustavnog suda glede radnog vremena, razvidno je da je Ustavni sud u presudi U-I /3824/2003 utvrdio

*“kako je ovlaštenje Hrvatskog sabora da samostalno odlučuje o uređivanju gospodarskih, pravnih i političkih odnosa u Republici Hrvatskoj, u skladu s Ustavom i zakonom (članak 2. stavak 4. alineja 1. Ustava). Sukladno tome, Ustavni sud je u ovom ustavnosudskom postupku pošao od načelnog stajališta da pitanje radnog vremena u Republici Hrvatskoj ovisi o volji zakonodavca i samo po sebi nije predmet ocjene suglasnosti s Ustavom, ali je pri njegovom uređenju zakonodavac dužan uvažavati zahtjeve koje pred njega postavlja Ustav, a osobito one koji proizlaze iz načela vladavine prava i one kojima se štite određena ustavna dobra i vrednote.”*

U ovoj odluci Ustavni sud je nadalje ocijenio

*“da načinom na koji su Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o trgovini uređene iznimke od općeg pravila o neradnim danima trgovine na malo narušava se jednakost poduzetnika unutar tog sektora trgovine, zajamčena člankom 49. stavkom 2. Ustava.”<sup>166</sup>*

*Mjerila koja su postavljena za određivanje prodavaonica i drugih oblika trgovine na malo kojima se omogućava rad u navedene (neradne) dane suprotna su načelu pravne izvjesnosti i načelu legitimnih očekivanja stranaka, kao sastavnicama načela vladavine prava, jedne od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske utvrđenih u članku 3. Ustava.”*

Valja podsjetiti da je ustavna tužba bila potaknuta pitanjem i problematiziranjem nedjelje kao neradnog dana. Čini nam se da je to pitanje koje treba raspraviti u kontekstu sustava kulturnih i tradicijskih vrijednosti hrvatskoga društva. Činjenica je da u pravnoj literaturi nije bilo ozbiljnijih rasprava o ovom problemu. Jedan od razloga zašto smo se u ovome radu odlučili analizirati njemačko i austrijsko zakonodavstvo jesu i rješenja rada nedjeljom. Vrlo je zanimljivo da su našem zakonodavstvu, kada je riječ o rješenjima drugih instituta radnoga prava, uzor Austrija i Njemačka, ali kada se povede rasprava o radu nedjeljom, tada se ne koriste zakonodavna rješenja ni iskustva ove dvije zemlje. Zato predlažemo da se u novelama hrvatskog Zakona o radu nedjelja utvrdi kao dan “duhovnog odmora”, uzimajući pritom u obzir i fleksibiliziranje tržišta rada kao što je to riješeno u SR Njemačkoj.

Analizirajući praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske glede radnog vremena može se uočiti da je u većini predmeta riječ o tužbama zbog neplaćanja prekovremenog rada, rasporeda radnog vremena te preraspodjele radnog vremena, a u tom kontekstu i pitanja prestanka ugovora o radu otkazom.<sup>167</sup> Zato

<sup>166</sup> Vidi fus notu 119.

<sup>167</sup> VSRH Revr 120/2007-2: “Utvrđeno je da je tuženik tužitelju izvanredno otkazao ugovor o radu dana 23. lipnja 1998. iz razloga što je dana 6. lipnja 1998. neopravdano izostao s posla, premda je dan prije bio obaviješten da taj dan treba doći raditi prekovremeno. Prema utvrđenju prvostupanjskog suda poslovođa tuženika I. K. je tužitelju i još petoricu drugih radnika usmeno naložio dana 5.

nam se čini zanimljivim ukazati na presudu Vrhovnog suda *VSRH Rev 485/2003-2*, u kojoj je predmet spora “zahtjev tužitelja na obračun i isplatu stimulacije i viška za odrađene prekovremene radne sate, budući da im je obračunom osobnog dohotka stimulacija i višak obračunat i priznat samo za redovno radno vrijeme”.

U odluci u predmetu *VSRH RevR 246/2004-2* Vrhovni sud utvrdio je sljedeće:

*“Stajališta nižestupanjskih sudova da samovoljno napuštanje radnog mjesta u radnu subotu, koja je naknadno proglašena radnim danom kao preraspodjela radnog vremena, ne predstavlja osobito tešku povredu radnih obveza, nisu osnovana, jer svaki namjerni nedolazak na posao ili namjerni odlazak s posla, pogotovo u situaciji kad je zbog povećanja poslova ili zbog rokova isporuke potrebno uvesti prekovremeni rad ili izvršiti preraspodjelu radnog vremena, i kad svi ostali zaposlenici takvu izvanrednu situaciju poštuju, predstavlja osobito tešku povredu obveza iz radnog odnosa. Odredbe čl. 34. i 35. Zakona o radu (“Narodne novine” br. 38/95, 54/95, 65/95, 17/01, 82/01 i 114/03 – u daljnjem tekstu: ZR) ovlašćuju poslodavca da pod propisanim uvjetima može uvesti prekovremeni rad ili izvršiti preraspodjelu radnog vremena, bez mogućnosti zaposlenika odlučivati ili ocjenjivati opravdanost takvih odluka poslodavca.*

*... Pored svega iznijetog, odluka poslodavca o preraspodjeli radnog vremena nije bila zakonita, jer je donijeta dan ranije umjesto najmanje 72 sata ranije, kako nedvojbeno proizlazi iz odredbe čl. 36. st. 5. Kolektivnog ugovora. Valja istaknuti da čl. 35. Zakona o radu ne propisuje izuzetak u određivanju preraspodjele radnog vremena zbog hitnosti, već je takav izuzetak propisan samo kod uvođenja prekovremenog rada (čl. 34. st. 2. ZR-a), pa je poslodavac kod određivanja preraspodjele radnog vremena bio dužan pridržavati se odredbe čl. 36. st. 5. Kolektivnog ugovora.”*

---

lipnja 1998. neposredno prije isteka radnog vremena da završe posao na brodu “M.”, s tim da taj prekovremeni rad mogu obaviti toga dana nakon isteka radnog vremena ili slijedećeg dana u subotu 6. lipnja 1998., jer je brod trebao isploviti u nedjelju 7. lipnja 1998. Tužitelj je neopravdano izostao s posla, odnosno nije postupio po nalogu poslovođe i nije došao prekovremeno raditi. ... Prema utvrđenju prvostupanjskog suda postojala je prijevika potreba za prekovremenim radom, jer je tuženik morao poštivati rokove u izvršavanju naručenih radova na brodu “M.” i završiti ih zaključno s danom 6. lipnja 1998., zbog toga što je brod trebao isploviti u nedjelju. ... Odbijanje tužitelja da izvrši posao koji mu je tuženik naložio predstavlja i prema ocjeni ovog suda osobito tešku povredu obveze iz radnog odnosa koja u smislu odredbe čl. 107. st. 1. ZR predstavlja opravdan razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu. Svako odbijanje izvršenja određenog posla nije razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu, ali okolnosti konkretnog slučaja i priroda posla kojeg je trebalo obaviti ukazuju na to da se radi o osobito teškoj povredi obveze iz radnog odnosa, pri čemu treba imati na umu da je utvrđeno da je tužitelju bilo poznato o kakvom se poslu radi te mu je bilo poznato da brod treba isploviti u nedjelju 7. lipnja 1998. Odbijanje posla o kojem ovisi pravovremeno isplavlivanje broda, a s obzirom na moguće posljedice zakašnjenja, jeste osobito teška povreda obveze iz radnog odnosa. Sudovi nižeg stupnja su pravilno ocijenili da za tuženika nastavak radnog odnosa s tužiteljem pod tim okolnostima nije moguće.”

Našim istraživanjima utvrdili smo također kako se vrlo često krše prava radnika glede promjene rasporeda radnoga vremena, kada se ne radi o hitnim i neodgodivim poslovima, iako se poslodavci najčešće pozivaju na to da se radi upravo o hitnim i neodgodivim poslovima. To potvrđuje i presuda Vrhovnog suda u predmetu *VSRH Revr 562/2003-2*:

*“Odredbom st. 2. istog članka 34. ZR propisano je da poslodavac o promjeni rasporeda radnog vremena mora obavijestiti radnika najmanje tjedan dana unaprijed, osim u slučaju hitnog prekovremenog rada.*

*... U postupku je utvrđeno da je za hitne poslove (prijevoz), koji su se trebali obaviti u dane tjednog odmora, kod tuženika organizirana dežurna služba, tj. da je svake subote netko od vozača dežuran, s tim što tuženik nije unaprijed vršio raspored rada (dežurnih vozača) u dane tjednog odmora, nego je to prepustio međusobnom dogovoru vozača.”*

Nadamo se da će u cilju potpune implementacije pravne stečevine Europske unije biti usuglašeni kako Zakon o radu, tako i sektorski propisi te provedbeni podzakonski akti.

## 9. Zaključak

Supranacionalno europsko zakonodavstvo nastoji utvrditi minimalne standarde glede radnoga vremena kako bi nacionalna gospodarstva, ali i pojedini gospodarski subjekti “imali iste startne osnove” glede uvjeta rada, pa tako i uvjeta tržišnoga natjecanja, prema usporedivim osnovama i pravnoj regulativi, zapravo kako bi se spriječio “socijalni dumping”.

Ovo pitanje i danas je predmet vrlo kontroverznih rasprava kako u široj, tako i u stručnoj europskoj javnosti. Obilježava ga fleksibilnost te minimalni radnopravni i socijalni standardi koje su morale implementirati države članice.

Nacionalna različitost radnopravnih i socijalnopravnih standarda izazvala je dvojbe i polemike posebice u vrijeme usvajanja Lisabonske strategije. To je utjecalo na nacionalne reforme, posebice reforme oblika ugovora o radu, pa tako i radnoga vremena te utjecaj na nacionalna tržišta rada (fleksibilni oblici rada). Nakon toga slijedio je tzv. “period modernizacije” radnoga prava, u kontekstu sve jačeg pritiska neoliberalnih ideja, posebice kroz smjernice o uslugama. Europski je zakonodavac osobito kroz “Europsku strategiju zapošljavanja” sve više pribjegavao *soft lawu*.

Ugovorom iz Nice (7. prosinca 2000.) usvojena je Povelja temeljnih ljudskih prava EU, kao katalog temeljnih ljudskih prava, ali ona nije imala značenje izvora prava na kojega su se građani mogli pozivati u postupcima pred sudovima. Jedan od najsnažnijih prijevora vezan je uz uključivanje socijalnih prava i radnih prava u Povelju. Ovo je pitanje otvoreno u presudi *BETCU*, a u kontekstu Smjernice o radnom vremenu (posebice glede plaćenog godišnjeg odmora).

Najveća “noćna mora” onih koji su se borili protiv inkluzije temeljnih socijalnih i radnih prava u Povelju EU bila je kako ta prava kasnije realizirati na

nacionalnoj razini. Ova prava su “supstancijalna polazna točka”, i to ne samo za institucije Zajednice, nego isto tako i za države članice (npr., kao u slučaju *BECTU*, gdje je još jednom potvrđeno da je država članica odgovorna za implementiranje smjernice EZ u nacionalno zakonodavstvo).

Čini nam se da se najveća prekretnica dogodila u prosincu 2007. godine. Reformskim ugovorom, iz prosinca 2007., Povelja temeljnih ljudskih prava EU postala je sastavnim dijelom primarnog prava, što je najkrupniji korak u potvrđivanju radnopravnih i socijalnih prava kao temeljnih prava. Također, Europski je sud u presudi *Laval* i presudi *Viking* (prosinac 2007.), koje će zasigurno obilježiti budući razvitak europskoga prava, a posebice europskog radnog prava, dao svoj obol promicanju radnopravnih i socijalnopravnih standarda, posebice u prekograničnom pružanju usluga.

Godinama je izazivalo pozornost glede smjernica o radnom vremenu pitanje načela supsidijarnosti, razmjernosti te pitanje derogacija u kontekstu tih smjernica.

Posebno je pitanje, a nama se čini i ključno pitanje, tumačenje europskoga prava o radnom vremenu. Metode tumačenja priznate nacionalnim pravom moraju se primjenjivati na isti način radi jamstva prava Zajednice.

Od nacionalnog se suda traži da kada primjenjuje odredbe domaćeg prava prihvaćenog zbog implementiranih obveza utvrđenih smjernicom, razmotri *sva pravna pravila nacionalnog prava* i tumači ih u svjetlu teksta i svrhe smjernice kako bi se postigao rezultat u skladu s ciljevima koje slijedi smjernica. Nacionalni sud mora zato učiniti sve što leži unutar njegove jurisdikcije kako bi osigurao primjenu smjernica o radnom vremenu.

Europski sud utvrdio je da pravo EZ zahtijeva od sudova korištenje metoda tumačenja *priznatih nacionalnim pravom*.

U hrvatskom nacionalnom pravu, kako je na početku rada istaknuto, fenomen radnog vremena podcijenjen je fenomen. Ovo vjerojatno zato što su se u jednom razdoblju činili i bili važniji pretvorba i privatizacija, a radnopravni i socijalnopravni standardi bili su u drugom ili pak trećem planu.

Harmonizacijom nacionalnoga hrvatskoga prava sukladno europskome pravu i pravna praksa Europskoga suda postaje izvorom prava.

Autori koji su do sada pisali u Hrvatskoj nisu poklanjali dostatnu, ili pak nikakvu, pozornost ovome izvoru prava. Zbog toga su u radu šire analizirane presude u slučajevima *SIMAP*, *Jaeger*, *BETCU* i *Pfeifer*, koji će u budućnosti imati implikacije na hrvatsko nacionalno zakonodavstvo u ovoj oblasti.

U istraživanjima koje smo proveli došli smo do zaključka da se ni postojeći pozitivnopravni propisi, posebice u zdravstvu i u trgovini, ne poštuju kada je riječ o rasporedu radnog vremena, prekovremenog rada, preraspodjele radnog vremena i naknade za ovako obavljeni rad. Zbog toga ističemo kako će postojeći problemi postati još kompleksnijim potpunim harmoniziranjem hrvatskog nacionalnog prava sukladno europskom pravu. Zato je potrebno da u procesu harmonizacije stručna i znanstvena javnost, teoretičari i praktičari nađu optimalna rješenja sukladno *opt-out* klauzuli koja će biti primjenjiva u Republici Hrvatskoj.

Potpunim implementiranjem sekundarnog zakonodavstva glede radnoga vremena javit će se problem radnog vremena liječnika, koji će u Republici Hrvatskoj rezultirati nedostatkom liječnika i izazvati probleme vezane uz njihove plaće. To nije samo hrvatska posebnost, te se u radu ukazuje na probleme i moguća rješenja koja su se javila u Španjolskoj (slučaj *SIMAP*) i Njemačkoj (slučaj *Jaeger*).

Zaštita radnih prava i socijalnih prava ima posebnu važnost, kako je to utvrdio Sud u slučaju *Pfeiffer*; s obzirom na zaštitu slabije strane (misli se na zaposlenike) i učinkovita sredstva.

Ako ne kroz pravičnost, dostupna su druga teorijska rješenja tako da socijalna i radna prava zajamčena u Povelji temeljnih ljudskih prava EU nude izgleda za realiziranje prava, kako bi se postigli socijalni ciljevi Ugovora o EZ.

Zbog toga Republika Hrvatska u procesu harmoniziranja mora uskladiti ne samo Zakon o radu nego i setove strukovnih zakona i podzakonskih akata glede radnog vremena. Tek tada se može govoriti da je u pojedinoj oblasti harmonizirano hrvatsko nacionalno zakonodavstvo sukladno europskom pravu. U protivnom će nam se dogoditi da imamo *lex generalis* (Zakon o radu) koji je usuglašen s *acquis communautaire*, a strukovni zakoni sadrže neusuglašene ili pak diskriminirajuće odredbe.

Zbog toga je pred hrvatskim zakonodavstvom teška, izazovna i velika zadaća prilagodbe nacionalnog prava sukladno europskom pravu.

### Summary

## **SPECIFICS RELATED TO WORKING TIME REGULATION IN THE CONTEXT OF 2003/88/EC DIRECTIVE WITH SPECIAL REFERENCE TO DOMESTIC LEGAL SOLUTIONS IN GERMANY, AUSTRIA AND CROATIA**

The article analyses specifics related to working time in the context of 2003/88/EC Directive. Special observation has been given to the European Court judgments delivered in *SIMAP*, *Jaeger*, *BETCU* and *Pfeifer* cases as well as their implications on Croatian domestic legislation regarding the working time in the process of harmonization of Croatian Labor Law consistent with the European Law. Moreover, an overview of relevant and recent court practice of the Constitutional and Supreme Court of the Republic of Croatia has been presented together with proposals *de lege ferenda* concerning the working time regulation in the context of 2003/88/EC Directive and proposals to amend it.

**Key words:** *harmonization, European Law, European Labor Law, flexicurity, reference periods, social rights, derogation, working time, 2003/88/EC Directive.*



## Zusammenfassung

### **BESONDERHEITEN BEI DER REGELUNG DER ARBEITSZEIT IM KONTEXT DER RICHTLINIE 2003/88/EU UNTER BERÜCKSICHTIGUNG NATIONALER LÖSUNGEN IN DEUTSCHLAND, ÖSTERREICH UND KROATIEN**

In der Arbeit werden Besonderheiten der Arbeitszeit im Kontext der Richtlinie 2003/88/EU untersucht. Es werden Urteile des Europäischen Gerichtshofs in den Fällen *SIMAP*, *Jaeger*, *BETCU* und im Falle *Pfeifer* analysiert sowie ihre Implikationen in die kroatische nationalen Gesetzgebung hinsichtlich der Arbeitszeit im Prozess der Harmonisierung des kroatischen Arbeitsrechts mit dem europäischen Recht. Außerdem wird ein Überblick über die relevante und rezente Gerichtspraxis des Verfassungs- und Obersten Gerichts der Republik Kroatien gegeben sowie Vorschläge *de lege ferenda* hinsichtlich der Regelung der Arbeitszeit im Kontext der Richtlinie 2003/88/EU und zur Veränderung derselben gemacht.

**Schlüsselwörter:** *Harmonisierung, Europarecht, Europäisches Arbeitsrecht, Flexicurity, Referenzperioden, Sozialrecht, Derogation, Arbeitszeit, Richtlinie 2003/88/EU.*

## Sommario

### **PARTICOLARITÀ DELLA REGOLAZIONE DELL'ORARIO DI LAVORO NEL CONTESTO DELLA DIRETTIVA 2003/88/CE CON RIGUARDO ALLE SOLUZIONI NAZIONALI IN GERMANIA, AUSTRIA E CROAZIA**

Nel lavoro si analizzano le particolarità dell'orario di lavoro nel contesto della Direttiva 2003/88/CE. Si offre il commento delle decisioni della Corte europea nei casi *SIMAP*, *Jaeger*, *BETCU* e nel caso *Pfeifer*, come anche delle loro implicazioni sulla legislazione nazionale croata con riguardo all'orario di lavoro nel processo di armonizzazione del diritto del lavoro croato al diritto europeo. Inoltre si avanza una rassegna della prassi giudiziale rilevante e recente dei Tribunali costituzionale e supremo della Repubblica di Croazia, insieme con delle proposte *de lege ferenda* nei confronti della regolazione dell'orario di lavoro nel contesto della Direttiva 2003/88/CE e delle Proposte di modifica della stessa.

**Parole chiave:** *armonizzazione, diritto europeo, diritto europeo del lavoro, flessibilità, periodi di rapporto, diritti sociali, deroga, orario di lavoro, Direttiva 2003/88/CE.*



## UPRAVNI SPOR U HRVATSKOJ: SADAŠNJE STANJE I PRAVCI REFORME

Dr. sc. Dario Đerđa, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 35.077.2(497.5)  
Ur.: 16. listopada 2007.  
Pr.: 26. studenog 2007.  
Izvorni znanstveni članak

*Cilj je ovoga rada ukazati na temeljne nedostatke upravnog spora u Hrvatskoj danas te prikazati neka od mogućih rješenja za njihovo prevladavanje. Rad je podijeljen u četiri dijela. Nakon uvodnog dijela u kojem autor općenito problematizira o važnosti sudskog nadzora zakonitosti rada uprave i o upravnom sporu, dana je analiza upravnog spora u Hrvatskoj danas. Razmatraju se institucionalni ustroj, predmet upravnog spora, pravila postupka te pravovremenost rješavanja Upravnog suda Republike Hrvatske kao neka važna pitanja vezana uz organizaciju i funkcioniranje upravnog spora. U trećem dijelu rada, autor prikazuje neka moguća rješenja u svrhu prevladavanja ovih problema. U zaključku autor sumira analiziranu problematiku te modele njezinog mogućeg prevladavanja.*

**Ključne riječi:** upravni spor, sudski nadzor, Upravni sud, Hrvatska.

### 1. Uvod

Sudski nadzor zakonitosti rada uprave, pa tako i institut upravnog spora, jedno je od najbitnijih pitanja upravnog prava svake države. Razvoj pravne države nametnuo je kao imperativ uspostavljanje modela pravnog nadzora koji treba osigurati široku pravnu zaštitu u području upravne djelatnosti. Nositelj tog nadzora treba biti tijelo čija neovisnost i autoritet osiguravaju da se uprava u svom djelovanju kreće u okviru pravnih normi pozitivnog prava. Još vrlo rano u razvoju modernih država prevladalo je shvaćanje da upravo sudstvo predstavlja vrlo prikladan oblik pravnog nadzora uprave, kako zbog svoje stručnosti tako i zbog svoje organizacijske neovisnosti u odnosu prema upravi.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ideja o sudskoj kontroli uprave razvila se u sklopu demokratske ideologije građanskog društva, zajedno s idejama o podjeli vlasti, narodnoj suverenosti, vladavini prava i drugima. U Hrvatskoj

Mnogostruku važnost sudskog nadzora kao oblika nadzora nad upravom u hrvatskoj pravnoj teoriji istaknuo je Borković navodeći da uloga ovog nadzora kao jamca zakonitosti ne dolazi do izražaja samo u represivnoj naravi koja se izražava primjenom sankcije kad nastupi konkretna povreda pravnog poretka, već da on ima i naglašenu preventivnu funkciju jer unaprijed utječe na tijek upravnog postupanja. Štoviše, s gledišta pravne teorije upravo je sudski nadzor predstavljao najsavršeniji oblik nadzora nad zakonitošću akata upravnih tijela, odnosno djelovanja njihovih službenih osoba.<sup>2</sup> Stupanj u kojem je sudska zaštita zajamčena te koliko se učinkovito ona obavlja, ključni je element pri ocjeni svakog modernog pravnog sustava. Načelo sudske zaštite osigurava zaštitu prava pojedinaca te preventivno sprječava prekoračenje ovlasti izvršne i upravne vlasti na štetu građana. U svezi s time i Europska unija pridaje izuzetnu važnost upravnom sudovanju, jer se velika većina europskog prava nalazi u nadležnosti upravnih sudova, a posebno značenje daje se zaštitu javnog interesa te zaštitu ljudskih prava.<sup>3</sup>

Upravno sudovanje nerijetko se svodi na upravni spor, kao nadzornu djelatnost sudova pri ocjeni postupaju li tijela državne uprave u skladu s pravnim normama,<sup>4</sup> premda se ta dva pojma sasvim ne preklapaju.<sup>5</sup> Upravni spor je najznačajniji vid sudskog nadzora zakonitosti upravnog akta te upravo o ispravnom ustroju ovoga pravnog instituta uvelike ovisi učinkovitost sudskog nadzora nad djelatnošću uprave. Tako, primjerice, Dupelj ukazuje kako već i sama mogućnost pokretanja upravnog spora utječe na službenu osobu tijela koje vodi upravni postupak, tako da ovaj prilikom rješavanja upravne stvari daleko više obraća pozornost kako na sam postupak, tako i na utvrđivanje svih činjenica i okolnosti relevantnih za donošenje zakonitog rješenja.<sup>6</sup> Prema tome, već i sama mogućnost pokretanja upravnog spora utječe u pravcu zaštite prava građana i pravnih osoba, ali isto tako i na osiguranje zakonitosti u radu tijela državne uprave, drugih državnih tijela i drugih pravnih osoba koje temeljem

---

je sudska kontrola upravnih akata relativno star pravni institut, koji potječe iz 19. stoljeća. O tome vidi u Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 128.

<sup>2</sup> Loc. cit. te 483. Slično tvrdi i Cardona: "Sudski nadzor je najsnažnije jamstvo pojedinaca u njihovom ophođenju s upravom." Cardona, Francisco, *Converging Judicial Control of the Administration in Europe, Judicial Reform and Administrative Justice*, SIGMA, 2005., str. 2.

<sup>3</sup> Vidi u Kujundžić, Ivica, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Europske unije, Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 7.

<sup>4</sup> Jacobini, Horace B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, New York, London, 1991., str. 10. U Hrvatskoj pravnoj literaturi Borković je upravni spor odredio kao "oblik sudske kontrole nad upravom i to u prvom redu kontrole upravnog (pojedinačnog, individualnog) akta". Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 483. I Dupelj upravni spor određuje na isti način. Dupelj, Željko, *Donošenje odluka u upravnom sporu, Pravo i porezi*, god. 12., br. 3., 2003., str. 38.

<sup>5</sup> O tome više u Krbek, Ivo, *O upravnom sporu, Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 229-230.

<sup>6</sup> Dupelj, Željko, *Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravom, Pravo i porezi*, god. 7., br. 10., 1997., str. 31.

javnih ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima. Cardona misli kako sudska presuda koja stavlja izvan snage nezakonit ili nepravilan upravni akt ili nalaže državi da naknadi štetu oštećenom građaninu, ne umanjuje učinkovitost i ugled uprave, već naprotiv, takva presuda doprinosi unaprjeđenju javne upravne djelatnosti, štiti javnu vlast države te stvara povjerenje građana u institucije države.<sup>7</sup>

Odredbe o upravnom sporu susreću se u pravnim porecima velike većine država svijeta, pa tako i u pravnom poretku Republike Hrvatske. *Ustav Republike Hrvatske*<sup>8</sup> člankom 19. stavak 2. propisuje: “Zajamčuje se sudska kontrola zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti.”. U svezi s time *Zakon o upravnim sporovima*<sup>9</sup> u članku 1. propisuje: “Radi osiguranja zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojima državni organi i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima.”. Dakle, nadzor zakonitosti upravnih akata i u Republici Hrvatskoj prvenstveno je osiguran kroz instituciju upravnog spora.

Međutim, u svezi s upravnim sudstvom u Hrvatskoj se danas može čuti cijeli niz primjedbi. Tako se primjerice ukazuje na nepravovremenu pravnu zaštitu koja se pruža pred Sudom, nemogućnost ulaganja žalbe na odluke Upravnog suda, neusklađenost upravnog spora u Hrvatskoj s odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* i sl.<sup>10</sup> Medvedović tome dodaje kako je hrvatski zakonodavac nizom zakona kojima se uređuje neka druga materija, a ne upravnosudski postupak, uredio određena postupovna pitanja, pa čak i nadležnost, izvan *Zakona o općem upravnom postupku* i egzistencijalnog sustava upravnog sudstva, što danas u praksi dovodi do velikih problema.<sup>11</sup> Čak i predsjednik Upravnog suda Hrvatske Ivica Kujundžić naglašava kako upravno sudovanje u obliku u kakvom je danas “u punoj mjeri ne osigurava *Ustavom zajamčenu kontrolu pojedinačnih akata, upravnih tijela i tijela s javnim ovlastima*” te vjeruje kako će reforma državne uprave nužno potaknuti i reformu upravnog sudovanja.<sup>12</sup>

Iz svega navedenoga čini se da je reforma upravnog spora u Hrvatskoj neminovna, a o njoj se već duže vrijeme i raspravlja. Cilj je ovoga rada ukazati na temeljne nedostatke upravnog spora u Hrvatskoj danas te prikazati neka od mogućih rješenja za njihovo prevladavanje. Rad je podijeljen u četiri djela.

<sup>7</sup> Cardona, op. cit., str. 2.

<sup>8</sup> *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. i 55/01.

<sup>9</sup> *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

<sup>10</sup> *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02.

<sup>11</sup> Medvedović, Dragan, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled, Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 35.

<sup>12</sup> *Reforma hrvatske državne uprave*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 67.

Nakon uvodnog dijela, u kojem autor općenito problematizira o važnosti sudskog nadzora zakonitosti rada uprave i upravnog spora, dana je analiza upravnog spora u Hrvatskoj danas. Razmatra se institucionalni ustroj, predmet upravnog spora, pravila postupka te pravovremenost rješavanja Upravnog suda Republike Hrvatske, kao neka važna pitanja vezana uz organizaciju i funkcioniranje upravnog spora. U trećem dijelu rada, autor prikazuje neka moguća rješenja u svrhu prevladavanja ovih problema. U zaključku, autor sumira analiziranu problematiku te modele njezinog mogućeg prevladavanja.

## 2. *Upravni spor u Hrvatskoj danas*

Upravni spor uređen je *Zakonom o upravnim sporovima* koji je Hrvatska u svoj pravni poredak preuzela iz pravnog sustava bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. *Zakonom o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*<sup>13</sup> izvršeno je više izmjena ovoga *Zakona* donesenog još 1977. godine, a *Zakon* je tijekom 1992. godine još dva puta mijenjan,<sup>14</sup> čime je u određenoj mjeri prilagođen sustavu Republike Hrvatske u trenutku njegova preuzimanja. Međutim, danas se u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj javnosti čuje niz kritika na račun ovoga *Zakona*. Neke se odnose na njegovu neusklađenost s europskim pravnim standardima upravnog sudovanja, neki na čestu praktičnu spornost određivanja da li neka stvar podliježe upravnosudskom nadzoru ili ne, neki na određena pravila postupka, dok ih je najviše upućeno u smjeru nepravovremenog rješavanja slučajeva pred Sudom. U sljedećem dijelu rada nastojat će se proanalizirati neki nedostaci koji se danas mogu zamijetiti pri vođenju upravnog spora u Hrvatskoj.

### 2.1. *Institucionalni ustroj*

Prema članku 3. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima* upravne sporove rješava Upravni sud Hrvatske.<sup>15</sup> Ovaj Sud osnovan je i započeo je s radom 1. srpnja 1977. godine.<sup>16</sup> Osnivanjem specijaliziranog Upravnog suda u Hrvatskoj je napušten tzv. angloamerički sustav nadzora uprave putem redovnih sudova te je prihvaćen tzv. francuski sustav nadzora uprave od strane specijaliziranog suda.<sup>17</sup> Iako je upravno sudovanje u Jugoslaviji bilo ustrojeno u dva stupnja,

<sup>13</sup> *Zakon o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 53/91.

<sup>14</sup> *Zakon o izmjenama Zakona o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 9/92. i *Zakon o izmjenama Zakona o preuzimanju Zakona o upravnim sporovima*, Narodne novine, br. 77/92.

<sup>15</sup> U svezi s ovim vidi i članke 13. i 23. *Zakona o sudovima*, Narodne novine, br. 150/05. i 16/07.

<sup>16</sup> Vidi navedeni *Zakon o upravnim sporovima* te *Zakon o redovnim sudovima*, Narodne novine, br. 5/77.

<sup>17</sup> Do 1. srpnja 1977. u Hrvatskoj je o upravnim sporovima odlučivao Vrhovni sud Socijalističke Republike Hrvatske u čijem je sastavu djelovao posebni Odjel za upravne sporove. Osnivanjem



Hrvatski je zakonodavac prilikom preuzimanja *Zakona* odlučio da se upravni spor vodi kao jednostupanjski. Tako u Hrvatskoj danas djeluje samo jedan upravni sud sa sjedištem u Zagrebu.

Svakako, već samu činjenicu postojanja specijaliziranog upravnog suda u Hrvatskoj treba smatrati velikom prednošću, jer, smatra Koprić, "*specijalizacija u sudstvu važna je pretpostavka kvalitetnog upravnog sudovanja i sudske kontrole uprave*".<sup>18</sup> Specijalizirana zaštita od akata i radnji uprave kojima su povrijeđene nečije ustavne slobode i prava velika je polazna prednost u nužnoj modernizaciji hrvatskog upravnog sudovanja. Međutim, u hrvatskoj se znanstvenoj i stručnoj javnosti u posljednje vrijeme susreće sve više stajališta kako postojeća sudska struktura sa samo jedim upravnim sudom ipak ne jamči dovoljan pravosudni kapacitet za nadzor odluka tijela javne uprave te da je u Hrvatskoj potrebno uvesti još jedan stupanj upravnog sudstva.<sup>19</sup>

Rasprava o dvostupanjskom upravnom sudstvu u Hrvatskoj nije ništa novo te se o njoj ne govori samo u posljednje vrijeme. Godine 1997., potaknut ratifikacijom *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Medvedović je javno upozoravao kako se ne smiju zanemariti odredbe ove *Konvencije*, osobito odredba članka 6. stavak 1. koja zahtijeva određenu reviziju upravnosudskog postupovnog zakonodavstva i preispitivanje opravdanosti postojanja samo jednog upravnog suda kao prvostupanjskog i posljednjestupanjskog suda u upravnim stvarima.<sup>20</sup> I Borković je 2004. godine ustvrdio kako činjenica da u hrvatskom pravu nije predviđeno stupnjevanje sudskog nadzora u upravnom sporu, kao što je, više ili manje pravilo u drugim europskim zemljama, izaziva u praksi određene teškoće u svezi s provođenjem sudskog nadzora te je prema njegovom mišljenju reforma pravosuđa trebala početi prije svega reorganizacijom u oblasti upravnog sudovanja. Ujedno je predložio mogućnost uvođenja stupnjevanja upravnosudskog nadzora zakonitosti upravnih akata, koji se u

---

Upravnog suda u njegovu su nadležnost preuzeti svi upravni sporovi dotadašnjeg Odjela za upravne sporove Vrhovnog suda Socijalističke Republike Hrvatske i upravno-računski sporovi koji su do tada bili u nadležnosti Višeg privrednog suda Socijalističke Republike Hrvatske.

<sup>18</sup> Koprić, Ivan, *Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 62. I Borković ukazuje na prednosti sustava posebnih upravnih sudova posebno ističući stvaralačku ulogu koju su upravni sudovi odigrali u razvoju upravnog prava, što posebno vrijedi za francuski Državni savjet i austrijski Upravni sud. Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 489. Pored sustava posebnih upravnih sudova koji korijene vuče iz Francuske, pa se tako još naziva i tzv. francuski sustav, a zastupljen je u najvećem broju zemalja Europe (Austrija, Belgija, Finska, Francuska, Grčka, Italija, Letonija, Luksemburg, Njemačka, Poljska, Portugal, Švedska itd.), postoji i tzv. sustav redovitih sudova, koji je povijesno vezan uz Ujedinjeno Kraljevstvo, odakle se prenio na Australiju, Cipar, Estoniju, Dansku, Indiju, Irsku, Izrael, Kanadu, Maltu, Norvešku, Novi Zeland, Sjedinjene Države i sl.

<sup>19</sup> O tome vidi primjerice Kujundžić, *Upravno*, op. cit., str. 7. te *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.

<sup>20</sup> Medvedović, *Upravno*, op. cit., str. 35.

Europi kada je u pitanju upravno pravosuđe, uzima gotovo kao pravilo.<sup>21</sup> Uvođenje drugog stupnja upravnog sudstva, kao jedan od važnih pravaca njegove modernizacije u Hrvatskoj, danas podržava i Koprić,<sup>22</sup> a isto razmišlja i Juričić ističući kako je danas već “*sasvim izvjesno da Upravnom sudu Republike Hrvatske predstoji preobrazba, te da u Republici Hrvatskoj više neće moći opstati upravno sudovanje organizirano samo u jednom stupnju, niti na dosadašnji način, a niti prema dosadašnjim postupovnim odredbama*”.<sup>23</sup>

Kritike na račun ustroja upravnog sudstva u Hrvatskoj nisu ograničene samo na krug hrvatskih pravnih stručnjaka, već one dolaze i iz Europske unije. Tako je u poglavlju 23. *Izješća Europske komisije od 9. studenoga 2005. godine o napretku Republike Hrvatske u pristupanju europskim integracijama za 2005.* utvrđeno: “*U svim područjima pokrivenim acquisem, Hrvatska mora prilagoditi svoje institucije, upravljanje te upravni i sudski sustav standardima Unije s ciljem učinkovite primjene acquisa ili, kao što to može biti slučaj, omogućiti da se oni provode učinkovito čak i prije pristupa. Općenito, ovo zahtijeva stabilnu javnu upravu koja dobro djeluje, izgrađenu na učinkovitim i nepristranim javnim službama, te neovisnom i učinkovitim sudskom sustavu nadzora.*”<sup>24</sup> I u *Izješću* koje je izradila misija stručnjaka za područje pravosuđa, u svibnju 2005. godine, navodi se kako je upitno može li sadašnja sudska struktura, s jednim Upravnim sudom, jamčiti dovoljan sudski nadzor odluka koje donose upravna tijela. Štoviše, upozorava se da će se ovaj problem pokazati još intenzivnijim u budućnosti, poglavito u primjeni pravne stečevine Unije. Sukladno stajalištima europskih pravnih stručnjaka i Freibert sugerira kako bi sustav upravnog sudstva u Hrvatskoj trebao biti “*barem dvostupanjski*”, što bi omogućilo nadzor potpuno i pravilno utvrđenog činjeničnog stanja u prvom stupnju.<sup>25</sup>

Danas je upravnosudska zaštita u većini europskih država uistinu ustrojena kao višestupanjska – negdje dvostupanjska, a ponegdje čak i trostupanjska. U nekim je državama ustrojena prema tzv. francuskom modelu, dok je u drugim državama prihvaćen tzv. anglosaksonski model ustroja upravnog sudstva. Upravni sporovi rješavaju se u okviru sustava redovnih sudova, primjerice, u Mađarskoj, Slovačkoj i Nizozemskoj. U ovim se državama redovito susreće dvostupanjski ustrojen sudski nadzor nad upravnim aktima, gdje u prvom

<sup>21</sup> Borković, Ivo, Upravno sudovanje i upravni spor u Hrvatskoj u vremenu od 1990. do danas, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 44.

<sup>22</sup> Koprić, Ivan, Upravno sudovanje na području bivše Jugoslavije, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 1., 2006., str. 232.

<sup>23</sup> Juričić, Mirjana, Prikaz Upravnog suda Republike Hrvatske uz tridesetu godišnjicu suda, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2007.*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. XV.

<sup>24</sup> European Commission, *Croatia 2005 Progress Report*, 9 November 2005, SEC (2005) 1424.

<sup>25</sup> *Reforma hrvatske državne uprave*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 36.

stupnju odlučuju okružni, tj. regionalni sudovi, a u drugom Vrhovni sud odnosno Državni savjet. Za razliku od navedenih država, trostupanjski sustav upravnog sudstva u okviru anglosaksonskog sustava ustroja upravnog sudovanja ima Rumunjska. Ovdje upravne sporove rješavaju u prvom stupnju sudovi opće nadležnosti, tzv. tribunali. U drugom stupnju rješavaju žalbeni sudovi, koji ujedno u nekim stvarima odlučuju i kao prvostupanjski sudovi. Protiv prvostupanjskih odluka žalbenih sudova može se uputiti žalba Visokom sudu kasacije i pravde. Iako se upravni spor u ovim državama vodi pred sudovima opće nadležnosti, uglavnom u svim državama susreću se specijalizirani odjeli koji rješavaju samo upravne sporove. Time se u praksi, unatoč nazivu i nadležnostima sudova, suci koji odlučuju u upravnim sporovima ipak specijaliziraju za vođenje upravo ove vrste sudskih postupaka, što svakako rezultira većom kvalitetom presuda.

S druge strane, veliki broj europskih država ima ustrojen sustav specijaliziranih upravnih sudova, koji su funkcionalno izdvojeni iz sustava sudova opće nadležnosti te im je najvažnija ili čak isključiva funkcija upravo rješavanje upravnih sporova. I ovdje se mogu susresti dvostupanjski i trostupanjski modeli ustroja upravnog sudstva. Tako, primjerice, u Italiji u prvom stupnju odlučuju regionalni upravni tribunali, a žalba na odluku tribunala može se uputiti Državnom savjetu odnosno Savjetu za upravne sporove Regije Sicilije. I u Finskoj u prvom stupnju odlučuju regionalni upravni sudovi, dok u drugom i posljednjem stupnju odlučuje Vrhovni upravni sud Finske. Slično je i u Poljskoj, gdje u prvom stupnju odlučuju upravni sudovi, a u drugom Vrhovni upravni sud, dok je u Belgiji za cjelokupni državni teritorij ustrojen jedinstveni Upravni sud, koji rješava u prvom stupnju, a funkciju vrhovnog upravnog suda obavlja Državni savjet. Za razliku od ovih sustava, trostupanjski ustroj upravnog spora susreće se na primjer u Francuskoj, gdje u prvom stupnju odlučuju upravni sudovi, u drugom stupnju žalbeni upravni sudovi, a na vrhu upravnosudske strukture nalazi se Državni savjet. U Njemačkoj npr. svaka država ima jedan ili više upravnih sudova, na čiju se odluku može uputiti žalba Visokom upravnom sudu svake države, a radi li se o primjerni saveznog zakona žalba se upućuje Saveznom upravnom sudu sa sjedištem u Leipzigu. Zanimljivo je spomenuti da se ovdje u nekim predmetima kao prvostupanjski javljaju Visoki upravni sudovi te se onda žalba izjavljuje Saveznom upravnom sudu, koji također u nekim, iako rijetkim slučajevima može biti prvostupanjski.<sup>26</sup> I u Grčkoj se može pronaći sustav upravnog spora koji se sastoji od prvostupanjskih sudova, žalbenih sudova te u trećem stupnju Državnog savjeta, upravo kao i u Turskoj.

Iz navedenih primjera razvidno je da i u Europi ne postoji jedinstveni model institucionalnog ustroja upravnosudskog sustava. Čak i pravni sustavi država članica Europske unije sadrže različita rješenja ustroja upravnosudskog sustava. Međutim, Koprić ukazuje kako se, unatoč različitim tendencijama i različitim

<sup>26</sup> O ustroju upravnog sudstva u Njemačkoj više vidi u Leithoff, Ralf, *Introduction to the Public Administrative Jurisdiction in Germany*, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 3., 2006., str. 27.

polaznim pozicijama pojedinih zemalja, u čitavoj Europi primjećuje kretanje prema zajedničkom europskom modelu upravnog sudstva. Taj se model zasniva na određenim zajedničkim načelima upravnog prava i upravnog sudovanja, sličnostima u načinu osiguravanja sudskog nadzora uprave, određenim tendencijama u razvoju sustava sudskog nadzora uprave kao što je npr. rast specijalizacije s tendencijom osnivanja posebnih upravnih sudova, ali i postupcima sve sličnijim onima koje provode ostali sudovi, sve širi kontrolni zahvat upravnih odluka i djelovanja ili uvođenje barem dvostupanjskog nadzora te na zajedničkim načelima na kojima se mora temeljiti odluka ili djelovanje uprave, kao što su načela proporcionalnosti, pravičnog postupanja, transparentnosti, jednakog postupanja u jednakim slučajevima, neovisnosti, služenja javnom interesu i sl.<sup>27</sup> Bez obzira na povijesne i kulturne razlike između sustava upravnog sudovanja u Europi, o sporom i dugotrajnom, ali ujedno i sigurnom ujednačavanju europskih sustava, tj. načela i mehanizama upravnog sudovanja, govori i Cardona, opisujući kako su države “*posuđivale*” elemente jedna drugoj u konstantnoj postupovnoj interakciji. On ujedno naglašava i ulogu Europskog suda u ujednačavanju upravne pravde u državama članicama Europske unije, stvarajući svojom sudskom praksom ujedno europsko upravno pravo. Konačno, zaključuje kako će ovo usklađivanje u budućnosti, s konstantnim razvojem novih mehanizama sudske suradnje između država članica Europske unije vjerojatno još i više jačati.<sup>28</sup>

Dakle, činjenica je da je jednostupanjski upravnosudski nadzor u Europi iznimka te da najveći broj europskih država ima ustrojeno višestupanjsko upravno sudovanje. Stoga bi Hrvatska, s ciljem usvajanja europskih pravnih standarada, sasvim sigurno trebala pristupiti reformi institucionalnog ustroja upravnog sudovanja te osigurati mogućnost ulaganja žalbe na odluku Upravnog suda.

## **2.2. Predmet upravnog spora**

Drugo pitanje vezano uz upravni spor u Hrvatskoj, svakako je pitanje predmeta upravnosudskog nadzora. Članak 6. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima* propisuje da se upravni spor može voditi samo protiv upravnog akta, dok stavak 2. određuje upravni akt kao akt kojim državna tijela i pravne osobe u vršenju javnih ovlasti rješavaju o stanovitom pravu ili obvezi određenog pojedinca ili pravne osobe u kakvoj upravnoj stvari. Iz ovih se odredaba otvaraju dva vrlo zanimljiva pitanja. Prvo, je li upravni spor u Hrvatskoj preusko postavljen? te drugo, što se sve može smatrati upravnom stvari?

Upravni akt svakako nije svaki pojedinačni akt koji donose tijela uprave. Postoji i cijeli niz akata koje donose upravna tijela, a koji se ne smatraju

<sup>27</sup> Koprić, *Upravno sudovanje u svjetlu*, op. cit., str. 61-62.

<sup>28</sup> Cardona, op. cit., str. 3-4.

upravnim aktima.<sup>29</sup> Postoji velik broj pojedinačnih akata koji se ne mogu svesti pod pojam upravnog akta, iako se njima odlučuje o pravima i obvezama pojedinaca, pa tako protiv njih u Hrvatskoj nije osigurana upravnosudska zaštita.<sup>30</sup> Protiv ovih akata osigurana je sudska zaštita, ali u tzv. “kvaziupravnog sporu”, koji se vodi prema članku 66. *Zakona o upravnim sporovima*, te putem ustavne tužbe zbog povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih *Ustavom* pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske, prema članku 62. *Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*.<sup>31</sup>

Još je u jugoslavenskom *Zakonu o upravnim sporovima*, a što je preuzeo i u hrvatski *Zakon*, bila propisana mogućnost da se pred upravnim sudovima pruža i zaštita od akata i radnji uprave kojima su povrijeđene nečije ustavne slobode i prava. Članak 66. *Zakona o upravnim sporovima* propisuje da o zahtjevu za zaštitu ustavom zajamčenog prava i slobode čovjeka i građanina, ako je takva sloboda ili pravo povrijeđeno konačnim pojedinačnim aktom, a nije osigurana druga sudska zaštita, odlučuje sud nadležan za upravne sporove odgovarajućom primjenom *Zakona o upravnim sporovima*. Međutim, člankom 62. stavak 1. *Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske* propisano je da se ova prava ujedno mogu štititi i putem instituta ustavne tužbe pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske, što dovodi i do paralelizma nadležnosti Upravnog i Ustavnog suda. Omejec ističe da se ovdje nedvojbeno radi o “obavljanju istovjetne funkcije ustavnog sudstva” pred dva različita suda: “...i Upravni sud, protivno Ustavu, i Ustani sud, u skladu s Ustavom, odlučuju o povredama ustavom zajamčenih ljudskih prava i temeljnih sloboda učinjenih pojedinačnim aktima tijela državne i javne vlasti kao o glavnoj stvari u postupku”. Dalje nastavlja kako protiv takvih pojedinačnih akata istodobno izostaje upravnosudski nadzor zakonitosti, jer je Upravni sud u postupku pokrenutom zahtjevom za zaštitu ustavom zajamčenih sloboda i prava zakonom ovlašten samo na ispitivanje povreda ustavnih prava, ali ne i na provedbu nadzora zakonitosti pobijanog konačnog pojedinačnog akta, s obzirom da je ovaj oblik nadzora rezerviran samo za upravne akte. Takvo uređenje, zaključuje, “protivno je članku 19. stavak 2. *Ustava koji izrijeком propisuje jamstvo sudskog nadzora zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela s javnim ovlastima*”. Međutim, dalje nastavlja Omejec, kolikogod bila nedosljedna i neprihvatljiva postojeća zakonska regulacija zaštite *Ustavom* zajamčenih ljudskih prava i

<sup>29</sup> O pojmu i obilježjima upravnog akta vidi Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 358-362., Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: funkcioniranje i upravni spor, III. knjiga*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 5-8. te Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava, knjiga I*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 234-264.

<sup>30</sup> Npr. odluke pravne osobe s javnim ovlastima o imenovanju člника, odluke Središnjeg državnog ureda za upravu o pravovaljanosti mandata vijećnika u predstavničkim tijelima jedinica lokalne i regionalne samouprave, pojedinačni akti nadležnih tijela jedinica lokalne samouprave u provedbi izbora za vijeća mjesnih odbora, odluke Državnoodvjetničkog vijeća Republike Hrvatske o imenovanju, razrješenju i stegovnoj odgovornosti državnih odvjetnika i sl.

<sup>31</sup> *Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 49/02.



temeljnih sloboda povrijeđenih pojedinačnim aktima tijela državne i javne vlasti, petnaestogodišnja praksa ustavnog i upravnog sudovanja u Hrvatskoj jasno pokazuje da bi stavljanje izvan snage tzv. "kvaziupravnog spora" u sadašnjim okolnostima dovelo do iznimno teških posljedica u području zaštite subjektivnih javnih prava građana. Naime, sve dok hrvatski upravni spor bude ograničen na nadzor zakonitosti samo upravnih akata, dotle će i posebne odredbe *Zakona o upravnim sporovima* o zaštiti ustavom zajamčenih sloboda i prava imati veliko značenje za ostvarivanje ustavnog jamstva sudske kontrole onih pojedinačnih akata tijela državne i javne vlasti koji se ne smatraju upravnim aktima.<sup>32</sup>

Nadzor zakonitosti akata u upravnom sporu u nekim je državama proširen i na općenormativne akte uprave,<sup>33</sup> jer nadzor ustavnosti i zakonitosti akata tijela državne i javne vlasti tradicionalno predstavlja jedan od najsnažnijih pravnih mehanizama nadzora državne i javne uprave uopće. Kako je u Hrvatskoj ustavnosudski nadzor ograničen samo na apstraktnu kontrolu ustavnosti i zakonitosti "drugih propisa", Omejec i ovdje opravdano ukazuje kako ostaje otvorenim pitanje ustavnosti i zakonitosti općih akata tijela državne i javne vlasti koji se ne mogu smatrati propisima. Ističe kako se ovdje radi o jednom od najtežih i najslabije istraženih problema hrvatskog pravnog poretka, osobito stoga što ustavnu nadležnost Ustavnog suda, ograničenu na apstraktnu kontrolu ustavnosti i zakonitosti "propisa", nije dopušteno proširivati niti jednim zakonom, pa je apstraktna kontrola ustavnosti i zakonitosti općih akata danas u Hrvatskoj izvan granica nadležnosti Ustavnog suda. Problem je dodatno otežan i činjenicom da ni ustavotvorac ni zakonodavac nisu odredili što se smatra "drugim propisom" u smislu članka 128. stavak 2. *Ustava*. Ustavni sud pod pojmom "drugi propis" u smislu članka 128. stavak 2. *Ustava* najčešće podrazumijeva "propis donesen unutar zakonskog ovlaštenja od strane nadležnog tijela državne vlasti radi provedbe zakona, odnosno propis kojega tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i druge pravne osobe s javnim ovlastima donose unutar svog djelokruga utvrđenog Ustavom i zakonom. Dakle, pod drugim propisom podrazumijeva se akt općeobveznog karaktera, donesen od strane nadležnih tijela državne vlasti ili tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te drugih pravnih osoba s javnim ovlastima, koji uređuje odnose na općenit način i koji se odnosi u pravilu na neodređeni krug adresata".<sup>34</sup> Omejec nadalje ukazuje kako problem nadzora

<sup>32</sup> Omejec, Jasna, Prilog reformi upravnog spora – odnosi između upravnog i ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 17-18.

<sup>33</sup> Upravo se temeljem ovoga kriterija povlači razlika između subjektivnog i objektivnog upravnog spora. Više vidi u Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 493. te Borković, Ivo, Odnosi između ustavnog i upravnog sudovanja, *Zbornik pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 8., 1971., str. 105-108.

<sup>34</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, *Rješenje br. U-II-318/2003 i U-II-643/2003, od 9. travnja 2003.*, Narodne novine, br. 72/03.



zakonitosti i ustavnosti ovdje nije u cijelosti riješen, jer neki opći akti iz samoupravnog djelokruga lokalnih jedinica, ali i drugi opći akti tijela izvršne i javne vlasti nemaju općenormativna pravna obilježja, pa stoga ne podliježu ustavnosudskoj kontroli ustavnosti i zakonitosti,<sup>35</sup> čime se u svezi s upravnim sporom u Hrvatskoj otvara još jedno vrlo zanimljivo pitanje koje nužno traži pravnu regulaciju.

I konačno, važno pitanje vezano uz predmet upravnog spora svakako je kako odrediti upravni akt kada je u hrvatskom zakonodavstvu pojam "*upravne stvari*" još uvijek nedostatno određen. Posebna je važnost ovoga pitanja što upravo o njemu ovisi doseg sudske zaštite, odnosno mogućnost vođenja upravnog spora. Praktični problem nedostatka definicije upravne stvari odražava se upravo u činjenici da je ovaj pojam, u najbitnijim zakonima iz područja upravne djelatnosti, tj. i u članku 1. *Zakona o općem upravnom postupku* i u članku 1. *Zakona o upravnim sporovima* određen kao osnovna pretpostavka za postupanje po ovim zakonima, a niti jedan zakon u Hrvatskoj danas ne sadrži definiciju upravne stvari.<sup>36</sup> 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 ili ne o upravnoj stvari. O aktualnosti ovoga pitanja svjedoči i izuzetno bogata praksa Upravnog suda Republike Hrvatske, koji je u svojem izboru odluka od 1977. do 2006. godine istaknuo preko 200 presuda koje se vezuju uz pitanje radi li se u konkretnom slučaju o upravnoj stvari ili ne.<sup>37</sup> Tako u Hrvatskoj danas najčešće upravo sudska praksa Upravnog suda određuje koje se stvari mogu smatrati upravnim

<sup>35</sup> Omejec, op. cit., str. 19-21.

<sup>36</sup> 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, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2004., str. 18. Međutim, Krijan je u ovoj definiciji upravnu stvar dobrim dijelom odredio putem instituta upravnog akta i upravnog postupka, pa njezina praktična važnost nije od velike pomoći u određivanju radi li se u konkretnoj stvari o upravnoj stvari, te o njoj treba rješavati u upravnom postupku. Upravnu su stvar za potrebe upravnog postupka pokušali definirati i 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. Međutim, i ova definicija osniva se na upravnom aktu, koji se, opet, donosi samo ukoliko se rješava u upravnoj stvari, pa je njezina praktična korisnost upitna.

<sup>37</sup> 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,

stvarima.<sup>38</sup> Međutim, krug akata kojima se priznaje karakter upravnog akta u nekoliko je navrata proširen i odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske, čime su tijela koja ih donose postala obvezna u tim stvarima postupati prema odredbama *Zakona o općem upravnom postupku*.<sup>39</sup> Stoga se može zaključiti da se i ovdje radi o upravnim stvarima. Tako u Hrvatskoj najčešće sudska praksa određuje koje se stvari mogu smatrati upravnim stvarima. Međutim, Koprić naglašava kako prosuđivanje radi li se ili ne u konkretnom slučaju o upravnoj stvari, odnosno prosuđivanje uvjeta za vođenje upravnog spora otvara Sudu mogućnost restriktivnog tumačenja upravne stvari te sužavanja mogućnosti sudske zaštite,<sup>40</sup> pa bi upravo stoga svakako trebalo zakonom definirati pojam upravne stvari.

Dakle, predmet upravnog spora u Hrvatskoj danas sasvim sigurno zakonski nije odgovarajuće postavljen. S jedne strane upravni spor postavljen je preusko te izvan njegovog doseg ostaju neki važni pojedinačni akti koji prema pravnoj prirodi nemaju obilježja upravnih akata, unatoč tome što se njima odlučuje o pravima i obvezama pojedinaca, ali i neki općenormativni akti koji tako u potpunosti ostaju izvan sudskog nadzora zakonitosti. S druge strane, predmet upravnog spora usko je vezan uz pojam "upravne stvari", koji u Hrvatskoj nije na odgovarajući način određen te se ovdje otvaraju pitanja je li uopće moguće u određenoj stvari pokrenuti upravni spor.

---

2005., str. 1-18., Upravni sud Republike Hrvatske, *Izbor odluka 2006.*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 3-21.

<sup>38</sup> 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 drvene 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 tome ponajprije nalazi u izmijenjenoj materijalnoj pravnoj regulaciji pojedinih područja ili materija. Medvedović, Dragan, Glavni smjerovi modernizacije općeg upravnog postupka, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 45.

<sup>39</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske je primjerice stao na gladište da je akt koji donosi Fond za privatizaciju u postupku kontrole provođenja pretvorbe poduzeća nakon izdane suglasnosti za namjeravanu pretvorbu upravni akt, U-III-665/95, od 28. travanja 1999., Narodne novine, br. 49/99., da je odluka o dodjeli koncesije upravni akt, U-II-722/1995, od 2. travanja 1997., Narodne novine, br. 41/97., baš kao i odluka o opozivu koncesije, U-III-261/1996, od 6. travanja 1998., Narodne novine, br. 57/98., te da je i potvrda Agencije za rekonstruiranje i razvoj o suglasnosti na pretvorbu upravni akt, U-III-168/96, od 14. siječnja 2000., Narodne novine, br. 14/00. i sl.

<sup>40</sup> Koprić, Upravno sudovanje u svjetlu, op. cit., str. 62.

### 2.3. Pravila postupka

Sljedeća značajna problematika upravnog sudstva u Hrvatskoj jest kvaliteta postupovnopравnih pravila sadržanih u člancima 24. do 44. *Zakona o upravnim sporovima*. Ovo se u Hrvatskoj pokazalo vrlo aktualnim 1997. godine ratificiranjem *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, kada se postavilo pitanje usklađenosti odredaba *Zakona o upravnim sporovima* s ovom *Konvencijom*. Iako neki hrvatski pravni stručnjaci ističu kako su temeljna načela dobre uprave prihvaćena u Europskom upravnom prostoru, uglavnom – iako na doduše raspršen način – već sada ugrađena u hrvatsko opće upravno postupovno pravo,<sup>41</sup> ovdje ipak postoji nekoliko iznimaka. Ponajprije, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* Vijeća Europe u svakom postupku zaštite građanskog prava,<sup>42</sup> između ostalog, zahtijeva učinkovito provođenje prava na žalbu, uz koje posebno vezuje ovlast tijela koje odlučuje po pravnome lijeku da samostalno utvrđuje činjenice, odnosno samostalno izvodi i ocjenjuje dokaze te da postupak u kojem odlučuje bude pravičan, a odluka donesena pravovremeno.<sup>43</sup> Dok se pitanje pravovremenog donošenja odluke više odnosi na učinkovitost rada, ostala navedena pitanja svakako su postupovnopравne prirode.

U praksi Europske komisije za ljudska prava i Europskoga suda za ljudska prava prihvaćeno je tumačenje da sud koji odlučuje o “građanskom pravu odnosno obvezi” mora imati ovlast samostalnog utvrđivanja činjenica, odnosno samostalnog izvođenja i ocjenjivanja dokaza. Drugim riječima, mora biti sud pune jurisdikcije.<sup>44</sup> Pravilna primjena ove *Konvencije* u Hrvatskoj stoga je upitna, jer zahtjevu neovisnosti tijela koje odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi, prema ustaljenoj praksi Europske komisije i Europskoga suda, upravna tijela u pravilu ne udovoljavaju, zbog vezanosti nižih upravnih tijela za upute viših upravnih tijela, hijerarhijski ustrojene odgovornosti u obavljanju upravnih djelatnosti te odgovornosti upravnih tijela, odnosno izvršne vlasti zakonodavnoj vlasti. No, valja napomenuti da je u praksi Europske komisije i Europskoga suda

<sup>41</sup> Vidi *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 100.

<sup>42</sup> Sam pojam građanskog prava odnosno obveze Europska komisija za ljudska prava i Europski sud za ljudska prava tumače u praksi autonomno i prilično široko. Nije ključno donosi li se odluka primjenom propisa privatnopравne ili javnopравne prirode, jesu li obje stranke u sporu privatne osobe ili je jedna stranka javna vlast, niti je odlučujuće u čijoj je nadležnosti odlučivanje o tom pitanju u konkretnoj državi. U skladu sa sudskom praksom o građanskom pravu i obvezi radilo se svaki put kada je ishod odluke imao učinak na pravni položaj koji se prema kontinentalno-europskom shvaćanju smatra građanskim pravom, pa tako npr. i u slučajevima izvlaštenja nekretnina i određivanja naknade pri izvlaštenju, konfiskaciji zemljišta, izdavanju građevinskih dozvola, davanju dozvola za sklapanje ugovora o prodaji nekretnina, crpljenju voda, oduzimanju sposobnosti upravljanja imovinom, patentnim pravima, davanju i oduzimanju licence za obavljanje nekog poziva ili djelatnosti, ostvarivanju prava iz zdravstvenog i socijalnog osiguranja i sl.

<sup>43</sup> Članak 6. stavak 1. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*.

<sup>44</sup> Vidi npr. presude Europskog suda za ljudska prava u slučajevima *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* iz 1981. i *Ettl v. Austria* iz 1987. objavljene u Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 43, 1981. i Vol. 117, 1987.

prihvaćeno i tumačenje prema kojemu se ne radi o povredi *Konvencije* ako o građanskim pravima i obvezama odlučuje tijelo koje ne udovoljava zahtjevima iz članka 6. stavak 1. *Konvencije* ako je osigurano naknadno preispitivanje odluke od strane tijela koje tim zahtjevima udovoljava, konkretno, od strane suda pune jurisdikcije.<sup>45</sup> Članak 6. stavak 1. *Konvencije* ujedno zahtijeva da postupak bude pravičan, a prema praksi Europske komisije i Europskoga suda pravičnost postupka zahtijeva da on, između ostaloga, bude usmen i kontradiktoran.<sup>46</sup>

I sam svjestan nepotpune usklađenosti hrvatskog pravnog sustava s tekstem *Konvencije* te praksom Europske komisije i Europskog suda, Hrvatski sabor je ovu *Konvenciju* ratificirao, ali je tom prigodom stavio rezervu u pogledu održavanja javne rasprave u upravnosudskom postupku prema članku 6. *Konvencije*. Pozivajući se na odredbu članka 34. stavak 1. *Zakona o upravnim sporovima*, prema kojoj o upravnim sporovima Sud rješava u nejavnoj sjednici, člankom 4. *Zakona o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6., 7. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*,<sup>47</sup> propisano je da Republika Hrvatska ne može jamčiti održavanje javne rasprave kad Upravni sud odlučuje o zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti jer on u pravilu odlučuje u nejavnoj sjednici. Takvom je rezervom, iako zakonito, u Hrvatskoj znatno umanjena razina i kvaliteta zaštite koja se građanima i ostalim subjektima pruža u okviru upravnog spora. U svezi s time i Koprić ističe kako izostanak usmene kontradiktorne javne rasprave te s time povezan nedostatak mogućnosti nadziranja utvrđenog činjeničnog stanja znatno ograničava mogućnosti Upravnog suda da utječe na smanjenje pogrešaka u upravnom postupanju.<sup>48</sup>

Detaljnu analizu usklađenosti pravila postupka o upravnom sporu sa standardima propisanim u članku 6. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* 1998. godine napravila je Garešić. Drugim riječima, pokušala je odgovoriti na pitanje može li se Upravni sud, kojem je u hrvatskom pravu povjereno ispitivanje zakonitosti upravnih akata, smatrati tribunalom u smislu članka 6. ove *Konvencije*. Ponajprije je zaključila da se Upravni sud ne može smatrati tribunalom u smislu ovoga članka u svim onim slučajevima u kojima je stranka pobijala upravni akt kojim se odlučuje o njezinom građanskom pravu, odnosno obvezi zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, a Upravni sud je, kontrolirajući to činjenično stanje, a bez zakonskog ovlaštenja da samostalno izvodi dokaze i samostalno ih ocijeni, došao do zaključka da

<sup>45</sup> O tome vidi presudu *Albert and Le Compte v. Belgium*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 58, 1983.

<sup>46</sup> Vidi presudu *Fredin v. Sweden*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Vol. 283, 1994.

<sup>47</sup> *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., 6/99., 8/99. i 14/02.

<sup>48</sup> Koprić, *Upravno sudovanje u svjetlu*, op. cit., str. 58-59.

upravni akt ne treba poništiti, već da tužbu treba odbiti. Nadalje je utvrdila da odredba prema kojoj se u upravnim sporovima rješava u nejavnoj sjednici, dakle temeljem načela posrednosti, pismenosti i nekontradiktornosti, unatoč tome što Sud zbog složenosti sporne stvari ili ako utvrdi da je to potrebno radi boljeg rješenja stanja stvari može odlučiti da se održi usmena rasprava, nije u skladu s *Konvencijom*. Smatra da bi Upravni sud kada odlučuje o građanskom pravu ili obvezi stranke, “u pravilu trebao zakazati usmenu raspravu da bi omogućio ostvarenje načela usmenog saslušanja stranke, načela kontradiktornosti, te što bolju jednakost procesnopravnih sredstava stranaka, jer ta načela predstavljaju srž prava na pravičan postupak iz članak 6. Konvencije”. Ujedno je mišljenja i da bi Sud morao odrediti usmenu raspravu kada god to stranka zahtijeva.<sup>49</sup>

Razlog neusklađenosti hrvatskog upravnosudskog postupovnog prava s navedenim zahtjevima *Konvencije* ponajprije se nalazi u tome što se upravni spor u Hrvatskoj vodi kao spor o zakonitosti upravnog akta, dok je mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije uglavnom ograničena, u skladu s tradicionalnim stajalištem da sudstvo ne bi trebalo odlučivati u upravnim stvarima, a na što ukazuju i odredbe *Zakona o upravnim sporovima*. Tako, prema odredbi stavka 1. članka 39. *Zakona*, Sud u pravilu ne utvrđuje činjenično stanje već rješava spor na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Vezanost Upravnog suda na činjenično stanje u upravnom postupku primjereno je temeljnoj karakteristici upravnog spora kao spora o zakonitosti upravnog akta.<sup>50</sup> Potrebno je naglasiti da samo u nekoliko zakonom predviđenih slučajeva Upravni sud može, ako se na to odluči, i sam utvrđivati činjenično stanje. Prema članku 39. stavak 3. *Zakona o upravnim sporovima* Upravni sud može sam utvrđivati činjenično stanje i na njegovoj podlozi donijeti presudu odnosno rješenje ako bi poništenje osporenog upravnog akta i ponovno vođenje postupka kod nadležnog tijela izazvalo za tužitelja štetu koja bi se teško mogla popraviti; ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje drukčije od onoga utvrđenog u upravnom postupku; ili ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležno tijelo nije postupilo u skladu s presudom. Upravni sud prema članku 42. stavak 5. također može samostalno utvrditi činjenično stanje i u slučaju tzv. “šutnje uprave”, ako odluči usvojiti tužbu i presudom riješiti upravnu stvar, umjesto da vrati predmet tuženoj strani i odredi u kojem smislu ima donijeti rješenje. Međutim, u praksi se spor pune jurisdikcije, u kojem bi Sud sam odlučivao o konkretnoj upravnoj stvari te

<sup>49</sup> 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*, vol. 19., Supp., 1998., str. 999-1000.

<sup>50</sup> Koliko se upravni spor u Hrvatskoj poistovjećuje sa sporom o zakonitosti dobro se ogleda i u Dupeljovoj definiciji upravnog spora: “Upravni spor je spor o zakonitosti upravnog akta koji je postao konačan u upravnom postupku.” Dupelj, Upravni, op. cit., str. 30. O razlici između spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije više vidi u Borković, *Upravno pravo*, op. cit., str. 491-492., Krbeč, O upravnom, op. cit., str. 230-232. te Krbeč, *Pravo*, op. cit., str. 280-285.



sam utvrđivao činjenično stanje, primjenjuje samo kada je to po prirodi stvari uistinu nužno, kao npr. u slučaju pokretanja upravnog spora zbog šutnje uprave.

U svezi s drugim istaknutim problemom treba naglasiti da Upravni sud vrlo rijetko vodi usmenu kontradiktornu raspravu, koja je prema odredbi članka 34. stavak 2. *Zakona o upravnim sporovima* i tako neobavezna. Štoviše, i Dupelj ističe kako će se u Hrvatskoj usmena rasprava u pravilu održati samo u onom slučaju kada se radi o složenoj upravnoj stvari i kada je sudskom vijeću – uz nazočnost stranaka – potrebno određeno objašnjenje kako bi se otklonile određene nejasnoće i kontradiktornosti.<sup>51</sup> I Krijan sugerira da se u upravnom postupku usmenu raspravu treba održati samo u složenim upravnim stvarima, kad je potrebno sudskom vijeću neko razjašnjenje stanja stvari uz sudjelovanje stranaka, tako što će one na raspravi iznijeti potrebna objašnjenja kojima će se otkloniti određene nejasnoće, kontradiktornosti i sl. On nastavlja da bi danas u Hrvatskoj *“utvrđivanje činjeničnog stanja na usmenoj raspravi trebalo činiti iznimno, s obzirom da Upravni sud upravni spor rješava na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku”*.<sup>52</sup>

Do zaključka da u Hrvatskoj nisu ispunjene pretpostavke tražene *Konvencijom* došao je i Ustavni sud Republike Hrvatske u *Presudi U-I/745/1999* od 8. studenog 2000. godine,<sup>53</sup> u kojoj je utvrđeno: *“Dvije su pretpostavke da bi se Upravni sud mogao smatrati sudom pune jurisdikcije: Prvo, da ima pravo i dužnost samostalno izvesti i ocijeniti dokaze, drugim riječima samostalno utvrditi činjenično stanje kad god stranka pobija pravilnost i potpunost njegova utvrđenja u upravnom postupku, neovisno o tome odlučuje li o zakonitosti upravnog akta ili izravno odlučuje o pravu tužitelja na koje se upravni akt odnosi; Drugo, da ima pravo i dužnost odrediti i održati usmenu i kontradiktornu raspravu kad god je riječ o tužbi protiv upravnog akta kojim je odlučeno o nekom građanskom pravu ili obvezi odnosno da je svakako dužan održati raspravu kad to stranka u postupku zahtijeva. Nakon uvida i raščlambe odgovarajućih odredaba ZUS Ustavni je sud utvrdio da Upravni sud Hrvatske ne ispunjava u zadovoljavajućoj mjeri nijednu od navedenih pretpostavaka.”*

Nemogućnost vođenja spora pune jurisdikcije u svim slučajevima kada se ukaže ta potreba, kao jednu od kritika hrvatskom zakonodavstvu uputila je i SIGMA u svojem *Izvešću o ocjeni stanja javnih službi i upravnog pravnog okvira u Hrvatskoj za 2006. godinu*.<sup>54</sup> Ovdje stoji: *“U pogledu nadležnosti Upravnog suda, treba naglasiti da Sud obično ne koristi svoje – ionako ograničene – ovlasti pune jurisdikcije, tj. on obično traži od uprave da razmotri svoju odluku uzimajući pri tome u obzir mišljenje suda. ... Sud ne može primijeniti punu jurisdikciju ukoliko slučaj sadrži diskrecijsku ocjenu uprave.”*. Freibert

<sup>51</sup> Dupelj, *Donošenje*, op. cit., str. 39.

<sup>52</sup> Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Informator, Zagreb, 2001., str. 164.

<sup>53</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, *Presuda U-I/745/1999*, od 8. studenog 2000. godine, Narodne novine, br. 112/00.

<sup>54</sup> SIGMA, *Croatia public service and the administrative framework assessment*, June 2006.



ovome dodaje da bi upravni sudovi trebali imati mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije čak i kada uprava nije odlučivala na temelju slobodne ocjene,<sup>55</sup> jer zaokruženi sustav upravnog sudovanja omogućuje pojednostavljivanje upravnog postupanja i ubrzavanje upravnog odlučivanja bez opasnosti da ono postane arbitrarno.<sup>56</sup> Neki autori, štoviše, ovlast suda da utvrđuje činjenično stanje uopće ne dovode u pitanje, pa se zakonsko rješenje poput hrvatskog čini iznimno restriktivnim za Upravni sud. Tako Leitfoff smatra da bi se utvrđivati činjenično stanje moralo moći uvijek, i to čak u dva stupnja, jer je “*odlučivanje o pravnim i činjeničnim pitanjima u dva stupnja jednostavno stvar pravičnosti*”. S jedne strane, građanin mora imati pravo da pogreška učinjena u utvrđivanju činjeničnog stanja, čak i u prvom stupnju upravnog spora bude ispravljena, a s druge, presuda u upravnoj stvari ima vrlo dalekosežne posljedice, jer uprava često uzima presude kao smjernice u rješavanju drugih slučajeva.<sup>57</sup>

Na kraju, valja naglasiti da vođenje samo spora o zakonitosti ima još jedan značajan nedostatak. Budući da Sud svojom odlukom upravni akt samo objektivno stavlja izvan snage, umjesto da donese meritornu odluku u konkretnoj upravnoj stvari, u praksi upravna tijela, unatoč obveznosti sudskih odluka propisanoj člankom 4. *Zakona o upravnim sporovima*, mogu izbjeći slijediti mišljenje iz presuda Suda kada donose novi upravni akt u istoj upravnoj stvari. Ovo je kao primjedbu zakonodavstvu Republike Hrvatske u svojem *Izvyješću* za 2006. godinu uputila i SIGMA navodeći: “*Provedba odluka suda, koja nije opremljena s ovlasti da se izravno primjenjuje i osigura trenutno osnaženje ove odluke, ostaje ovisna o postupanju nadležnog upravnog tijela, što nažalost nije uvijek slučaj.*”<sup>58</sup> Tako Upravni sud može doći u situaciju da nekoliko puta odlučuje o istoj upravnoj stvari, što dodatno doprinosi opterećenju rada ovoga Suda.

Ovdje se, dakle, može zaključiti da postupovnoppravna pravila *Zakona o upravnim sporovima* nisu u potpunosti usklađena s europskim pravnim standardima i odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Ovo se posebno odnosi na odredbe o ovlastima suda da samostalno utvrđuje činjenično stanje te u svezi s time provede usmenu raspravu. Stoga se može ustvrditi da bi se barem u ovome segmentu trebalo pristupiti izmjeni nekih odredbi *Zakona*.

#### 2.4. *Pravovremenost rješavanja*

Posljednje pitanje kojem će se u ovome radu posvetiti pozornost pitanje je pravovremenosti rješavanja sporova. Kao što je već navedeno, pravovremenost je također jedan od zahtjeva propisanih člankom 6. stavak 1. *Konvencije za*

<sup>55</sup> I Krbek je naglašavao kako se kod spora pune jurisdikcije može pokazati vrlo potrebnim da sud sam koristi slobodnu ocjenu. Krbek, *Upravni*, op. cit., str. 231.

<sup>56</sup> *Reforma hrvatske državne uprave*, op. cit., str. 36.

<sup>57</sup> Leitfoff, op. cit., str. 28.

<sup>58</sup> SIGMA, *Croatia public service and the administrative framework assessment*, June 2006.

zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>59</sup> U Hrvatskoj se nerijetko mogu čuti primjedbe na brzinu rada Upravnog suda, u kojem je na rješavanju upravnih sporova trenutno zaposleno 33 suca, 12 viših sudskih savjetnika i 18 sudskih savjetnika, koji pomažu u pripremi presuda. Činjenica je da se Upravni sud ne može pohvaliti velikim brojem sudskog osoblja, iako je sve do nedavno kadrovska situacija bila još daleko lošija. Unatoč ažurnijem rješavanju predmeta u posljednje vrijeme, činjenica je da Upravni sud rješava upravne sporove u prosjeku sporo. Tako se Pusić 2006. godine opravdano zapitao “*imamo li mi još uopće upravno sudstvo, kad se danas rješavaju predmeti iz 2001. godine.*”<sup>60</sup>

Na Upravnom sudu se početkom 2007. godine nalazilo 39.904 neriješenih predmeta, što se može smatrati vrlo velikim brojem, uz godišnji priljev od preko 15.000 predmeta. Prosječni priljev slučajeva na Upravnom sudu od 1991. godine pa zaključno s 2006. godinom iznosi preko 13.000 slučajeva godišnje, s tim da su, primjerice, 1991., 1992. i 1994. godine s najmanjim priljevom slučajeva, konkretno 5.732, 8.397 i 8.280, dok su 1998., 1999. i 2006. godine s najvećim prirastom slučajeva, konkretno 29.649, 20.602 i 15.250. S druge strane, od svojeg osnivanja pa do 1991. godine na Upravni sud stizalo je prosječno oko 7.000 predmeta godišnje. Dok se broj neriješenih predmeta godišnje od 1977. do 1991. godine kretao oko 3.000, on je 1993. godine počeo naglo rasti (čak 7.593), 1996. godine prešao je broj od 10.000 (10.752), a 2001. godine popeo se čak na 52.051 neriješen predmet. Ovaj broj od tada počinje pomalo opadati te se do danas spustio na još uvijek vrlo visokih nešto ispod 40.000 neriješenih slučajeva.<sup>61</sup>

Na velike zaostatke u radu Upravnog suda upozoravano je već ranijih godina. Tako je Borković 2004. godine istaknuo kako je Upravni sud preopterećen velikim brojem predmeta, da mu to znatno otežava rad i neposredno utječe na učinkovitost sudske zaštite u oblasti upravnog spora, te da se na sudske presude čeka dugo, nerijetko i godinama.<sup>62</sup> Predugo odlučivanje sudova nedopustivo je kako sa stajališta odgovornosti države tako i zbog činjenice da se zbog dugotrajnosti postupaka smanjuje stupanj pravne sigurnosti i povjerenja u pravo i pravnu državu općenito, a u svijetu je opće prihvaćeno i mišljenje da “*zakašnjela pravda u konačnici predstavlja nepravdu*”.

No, velike zaostatke u rješavanju Upravnog suda ne treba tražiti, kako se to na prvi pogled može učiniti, ponajprije u neažurnosti sudaca, već u vrlo velikom povećanju opsega posla. Naime, proglašenjem neovisnosti i samostalnosti

<sup>59</sup> O pravovremenom donošenju odluka odnosno o donošenju odluka u razumnom roku u upravnim stvarima u praksi Europskog suda za ljudska prava više vidi u Kriletić, Marija, Odlučivanje u razumnom roku u upravnim stvarima prema praksi Europskog suda za ljudska prava, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 36-56.

<sup>60</sup> *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 97.

<sup>61</sup> Upravni sud Republike Hrvatske, *Statistika*, <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=about.html>.

<sup>62</sup> Borković, *Upravno sudovanje*, op.cit., str. 44.

Republike Hrvatske Upravni sud se našao u nezavidnoj situaciji u koju ga je doveo nagli porast broja upravnih sporova, što je za posljedicu imalo sve veća kašnjenja u njihovom rješavanju. Iz statističkih podataka proizlazi da je Upravni sud Republike Hrvatske bio osobito ažuran sud sve do 1992. godine, kada počinje značajan porast broja predmeta pred Sudom. Na veći priljev predmeta utjecala je činjenica što je od osamostaljenja Republike Hrvatske krenula znatna dinamika zakonodavne djelatnosti, pa su novi zakoni imali za posljedicu i porast broja predmeta koji su pristizali u Upravni sud. Razlog ovom porastu Gagro i Jurić-Knežević nalaze u tome što su neke upravne stvari po prvi put ušle u nadležnost Republike Hrvatske kao samostalne i suverene države, te zaključuju da se Upravni sud, stjecajem okolnosti, našao u situaciji da s relativno malim brojem izvršitelja, tj. sudaca i sudskih savjetnika, mora obaviti ogroman i zahtjevan posao.<sup>63</sup>

Dok je do 1991. godine najveći broj upravnih sporova odnosio na materiju mirovinskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika, stambenih odnosa – stanarskog prava, građenja, izvlaštenja, poreza, carina i dr., novi zakoni koji su se donosili nakon osamostaljenja Republike Hrvatske regulirali su materiju koja ranije nije bila regulirana na nivou republika bivše Jugoslavije, odnosno regulirali su pojedina pravna područja sustavno drugačije. Tako npr. Republika Hrvatska u okviru republičkog zakonodavstva do osamostaljenja nije regulirala pitanje državljanstva, niti trajnog nastanjenja, a takvi su predmeti prevladavali 1992. i 1993. godine. U 1993. godini Sud je, primjerice, zaprimio 7.355 predmeta samo iz područja državljanstva i kretanja i boravka stranaca, što je ukupno odgovaralo prijeratnom godišnjem ukupnom priljevu predmeta. Osim toga u Republici Hrvatskoj od osamostaljenja do 1995. vodio se rat, što je također utjecalo na porast broja predmeta zbog različitih prava hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i vojnih i civilnih invalida rata, kao što su utvrđivanje statusa ratnog vojnog invalida, mirnodopskog ili civilnog invalida rata, prava na invalidsku mirovinu, obiteljsku mirovinu, obiteljsku invalidninu, prava na dionice, stambeno zbrinjavanje i dr., čiji se trend posebno može primijetiti 1995., 1996. i 1997. godine. Kao posljedica ratnih zbivanja uslijedio je i velik broj predmeta iz područja obnove ratom uništenih i oštećenih stambenih objekata, priznavanje prava prognanika, izbjeglica, povratnika itd. Od osamostaljenja se također izmijenila regulativa u odnosu na zaštitu prava vlasništva, prestalo je postojati društveno vlasništvo, zakonodavac je zaštitio privatno vlasništvo, a reformom vlasničkog sustava pred Upravnim sudom postupno se povećao i broj predmeta iz područja pretvorbe bivših društvenih poduzeća, privatizacije, sporova o dionicama te sporova iz područja naknade za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine. Pred Upravnim sudom često se odlučivalo i o koncesijama, zaštiti tržišnog natjecanja,

<sup>63</sup> Gagro, Božo, Jurić-Knežević, Dunja, *Kvaliteta upravnog postupanja prema iskustvima Upravnog suda RH s prijedlozima za unaprjeđenje, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 32.

javnim nabavama, službeničkim odnosima i sl. Zanimljivo je spomenuti i da se 1998. i 1999. godine od 50.828 zaprimljenih predmeta čak 25.684 tužbi uložilo zbog šutnje uprave nakon donošenja *Odluke Ustavnog suda, br. U-I-283/97 od 12. svibnja 1998.*,<sup>64</sup> tako da je u 2001. godini zabilježen najveći broj neriješenih predmeta od osnivanja Suda pa sve do danas, odnosno 52.051 neriješen predmet u Sudu. No, od tada se ipak bilježi konstantno smanjivanje broja neriješenih predmeta. Prilagodavanjem hrvatskog zakonodavstva europskom zakonodavstvu, donošenjem novih zakona kojima se proširuje stvarna nadležnost Upravnog suda uočljiv je još priljev predmeta iz područja intelektualnog vlasništva, prava na pristup informacijama, prava stranaca, a očekuje se i prirast predmeta iz područja prava azila.

Sud je u najkritičnijem periodu od ukupno 163.612 predmeta riješio 123.526 predmeta, tako da zaostatak u prvoj polovini 2007. godine iznosi oko 40.000 predmeta. Juričić ističe da je u razdoblju najvećeg priljeva predmeta na rješavanju istih bilo angažirano vrlo malo sudaca, tj. između 15 i 25, kojima je u radu pomagalo samo 15 sudskih savjetnika. Na značajniji trend smanjenja broja neriješenih predmeta od 2002. godine na dalje dobrim je dijelom utjecala informatizacija Suda,<sup>65</sup> a posebno popunjavanje Suda većim brojem sudaca. Godine 2004. imenovano je još nekoliko novih sudaca, što je omogućilo formiranje deset sudskih vijeća, a znatno je i povećan broj sudskih savjetnika. Sve ovo u konačnici je rezultiralo povećanim brojem riješenih predmeta za 36%.<sup>66</sup> Rad sudaca danas je organiziran u deset vijeća s po tri suca. Svaka materija iz nadležnosti Upravnog suda u djelokrugu je najmanje dva vijeća, a ako se radi o većem broju predmeta, tada u tim predmetima sudi i veći broj vijeća.

Na kvalitetniji, a posebice ažurniji rad Upravnog suda danas ukazuje i SIGMA koja je u svojim izvješćima od lipnja 2005. do istog mjeseca 2006. godine utvrdila da je Upravni sud u godinu dana smanjio zaostatke za oko 12.000 predmeta. Ujedno je u *Izvešću SIGMA-e o ocjeni stanja hrvatskih javnih službi i upravnog pravnog okvira za 2006. godinu* utvrđeno da pred Upravnim sudom više nema neriješenih slučajeva starijih od 2001. godine.<sup>67</sup>

Međutim, pored izuzetno velikog prirasta predmeta, razloge velikom broju postupaka koji se vode pred Upravnim sudom u Hrvatskoj treba potražiti i u

<sup>64</sup> Ustavni sud Republike Hrvatske, *Odluka br. U-I-283/97, od 12. svibnja 1998.*, Narodne novine, br. 69/98.

<sup>65</sup> Informatiziranje rada u Sudu doprinijelo je smanjenju broja neriješenih predmeta zbog toga što je povećana efikasnost u radu sudaca i sudskih savjetnika. Naime, kako se u radu ovoga Suda primjenjuje veliki broj propisa, i to zakona i podzakonskih propisa, to je dostupnost propisa na računala svakome od referenata bitno skratila vrijeme u pronalaženju i korištenju propisa. Osim toga referentima je omogućeno korištenje sudske prakse putem računala, a što je također bitno utjecalo na povećanje efikasnosti rada u Sudu.

<sup>66</sup> O tome više u Juričić, op. cit., str. XIII.

<sup>67</sup> Usporedi SIGMA, *Croatia public service and the administrative framework assessment*, June 2005. i SIGMA, *Croatia public service and the administrative framework assessment*, June 2006.

nekim drugim okolnostima. Jedna od njih svakako je nerijetko nezakonit i nepravovremen rad i rješavanje tijela uprave, što dovodi do nezadovoljstva građana njezinim radom. O greškama u radu uprave najbolje govori podatak da Upravni sud usvaja čak 49% upravnih tužbi, što je izuzetno visok postotak. Gagro i Jurić-Knežević upozoravaju kako je npr. u 2005. godini u upravnom sporu poništeno čak 55% upravnih akata jednog te istog središnjeg tijela državne uprave. Dalje nastavljaju da razloži zbog kojih se ti akti poništavaju, ponekad upućuju na nepoznavanje najosnovnijih stvari iz upravnog postupka te neshvaćanje položaja, uloge i ovlaštenja Upravnog suda u odnosu na položaj i ovlaštenja upravnih tijela.<sup>68</sup> U svezi s nepravovremenošću rada uprave, nadalje, treba naglasiti da je u posljednjih desetak godina Upravni sud razmatrao oko 30.000 tužbi samo zbog šutnje uprave. Ujedno je zanimljivo istaknuti i da se od ovoga broja čak 25.684 tužbe odnosilo na odbijanje odgovarajućih tijela da donesu odluku o usklađivanju mirovine nakon *Odluke Ustavnog suda br. U-I-283/97 od 12. svibnja 1998.*

Konačno, Jurić-Knežević upozorava kako na porast broja upravnih sporova nerijetko utječe i "*predinamična i često neusklađena regulativa*". Vrlo dinamičnu promjenu propisa dobro oslikava činjenica da se na Upravnom sudu često ocjenjuje zakonitost rješenja koje je doneseno na osnovi zakona koji je od trenutka donošenja rješenja do vremena donošenja odluke pred Upravnim sudom već nekoliko puta noveliran. Stoga, zaključuje ona, "*nije realno niti očekivati manji broj sporova*".<sup>69</sup>

Dakle, iz svega navedenoga razvidno je kako je Upravni sud suočen s vrlo velikom brojem neriješenih predmeta. Međutim, ovu činjenicu donekle ublažuje ipak prilično učinkovitiji rad suda koji se može zamijetiti u posljednje vrijeme. Štoviše, na ovome se polju od svih pitanja analiziranih u ovome radu do sada u Hrvatskoj ipak najviše napravilo, iako je trenutno stanje i dalje alarmantno.

### 3. *Mogući pravci reforme*

Svi navedeni razlozi ukazuju na nužnost izmjene *Zakona o upravnim sporovima* ili čak potrebu donošenja potpuno novoga zakona koji će cjelovito i na moderan način, usklađen s odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* te europskim standardima upravnog sudovanja, urediti upravni spor u Hrvatskoj, a sve s ciljem učinkovite i pravovremene zaštite subjektivnih prava građana i pravnih osoba te objektivne zakonitosti. Ovdje će se razmotriti neka od mogućih rješenja za prevladavanje prikazanih problema.

<sup>68</sup> Gagro, Jurić-Knežević, op. cit., str. 33-34.

<sup>69</sup> *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 100.

### 3.1. *Institucionalni ustroj*

Najveći broj europskih država, kao što je prethodno prikazano, ima ustrojeno višestupanjsko upravno sudstvo. Stoga bi Hrvatska, s ciljem usvajanja europskih pravnih standarada upravnog sudstva, i sama trebala pristupiti reformi institucionalnog ustroja te strankama osigurati mogućnost ulaganja žalbe na odluku Upravnog suda. Za Hrvatsku je dobra okolnost što Europska unija u svezi s usklađivanjem hrvatskog pravnog sustava zahtjevima europske zaštite prava i pravnih interesa građana, unatoč iznijetim primjedbama, ne postavlja zahtjev za uvođenjem konkretnog modela upravnog sudstva. To Hrvatskoj omogućuje da samostalno pronađe najbolji model zasnovan na trenutnim potrebama i mogućnostima, ali i pravnoj tradiciji.<sup>70</sup> Europeizacija upravnog sudstva, naglašava i Kujundžić, “*ne znači puko prepisivanje, odnosno poistovjećivanje s bilo kojim od navedenih organizacijskih ustrojstava, nego znači prihvaćanje onih standarada koji su već prisutni u upravnom sudstvu u zemljama Europske unije*”.<sup>71</sup>

Tako su se u Hrvatskoj do danas, na osnovi razmatranja domaćih stručnjaka te sugestija stranih, isprofilirala neka gledišta u svezi s reformom institucionalnog ustroja hrvatskog upravnog sudstva. Borković je 2004. godine predložio da bi se reforma upravnog sudstva trebala odvijati paralelno s reformom upravnog postupka te reorganizacijom teritorijalnog ustroja u Hrvatskoj. On je smatrao da bi se veliki broj područnih (regionalnih) i lokalnih tijela, županija, gradova i općina trebao svesti na mjeru koja bi omogućila efikasnije djelovanje područnog i lokalnog ustroja. U tom bi smislu u županijama, koje bi trebale biti teritorijalno veće od sadašnjih, prema njegovu mišljenju mogli biti ustrojeni upravni sudovi kao sudovi prvog stupnja, dok bi današnji Upravni sud odlučivao kao drugostupanjski sud povodom redovitih i izvanrednih pravnih lijekova na odluke prvostupanjskih sudova, s eventualnom mogućnošću da u prvom stupnju odlučuje protiv određenih upravnih akata kod kojih je zakonom isključena mogućnost žalbe. Ujedno je smatrao da ukoliko izostane takva reorganizacija teritorijalnog ustroja na lokalnoj i područnoj (regionalnoj) razini, kao prijedlog za razmišljanje mogao bi poslužiti model prema kojemu su prvostupanjski upravni sudovi ustrojteni tako da pokriju područje više županija, kao npr. da upravni sud u Splitu pokrije područje Splitsko-dalmatinske, Dubrovačko-neretvanske, Šibensko-kninske i Zadarske županije.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Ovdje se radi o standardnoj praksi Europske unije koja takve zahtjeve nije postavljala niti pred druge države kandidate. Tako je primjerice prilikom ulaska Bugarske Unija samo zahtijevala da Bugarska provede europske standarde učinkovitog i profesionalnog sudstva. Međutim, Bugarskoj je preputila primjenu lokalno utvrđenih reformi, ne zahtijevajući od nje da uvede neki konkretan model upravnog sudstva. O tome više u Parveva, Teodora, *Accelerating Judicial Reform in Bulgaria, Judicial Reform and Administrative Justice*, no. 7., SIGMA, 2005., str. 7.

<sup>71</sup> Kujundžić, Ivica, *Europeizacija upravnog sudstva – predstojeće reforme, Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 4.

<sup>72</sup> Borković, *Upravno sudovanje*, op. cit., str. 44-45.



U posljednje vrijeme posebno dominiraju dva modela mogućeg ustroja upravnog sudstva u Hrvatskoj, čije se osnove ipak mogu naći u ovdje izloženom Borkovićevom prijedlogu. Prema jednome modelu dio sudaca postojećeg Upravnog suda mogao bi se izabrati u Vrhovni sud Republike Hrvatske, koji bi utemeljio posebni upravni odjel, dok bi se za prvostupanjsko sudovanje osnovao jedan sud s više teritorijalno decentraliziranih odjela ili više prvostupanjskih sudova u središtima hrvatskih regija: Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku. Prema drugome modelu Upravni sud Republike Hrvatske postao bi drugostupanjski sud, a osnivali bi se prvostupanjski upravni sudovi u ista četiri najveća grada.

Koprić ukazuje kako je, naravno, ovdje moguće zauzeti i konzervativno stajalište, pa samo započeti s jačanjem postojećeg Upravnog suda, ponajprije povećanjem broja i jačom specijalizacijom sudaca. Moglo bi se primjenom prvog od navedenih modela, tj. osnivanjem Upravnog odjela u Vrhovnom sudu Republike Hrvatske, otvoriti mogućnost revizije odluka sadašnjeg Upravnog suda, no to bi, smatra on, Hrvatsku svrstalo u red manjeg broja europskih zemalja koje imaju takav ustroj dvostupanjskog upravnog spora, te bi se teško moglo zaključiti da je Hrvatska doista prihvatila europske standarde upravnog sudstva.<sup>73</sup>

I Kujundžić smatra kako bi uvođenje posebnih upravnih sudova u prvom stupnju bilo dobro rješenje jer bi uspostava odvojenih upravnih sudova potaknula daljnju specijalizaciju sudaca i jedinstvenost sudske prakse te bi tako ojačala povjerenje u sudski sustav. Analizirajući mogućnosti ustroja dvostupanjskog upravnog spora, on, pored navedenih modela vidi i mogućnost da se pri županijskim sudovima formiraju prvostupanjski odjeli za upravno sudstvo, pri čemu bi današnji Upravni sud postao žalbenim.<sup>74</sup>

Međutim, Omejec, upozorava kako s uvođenjem dvostupanjskog upravnog sudstva ipak ne bi trebalo pretjerano žuriti, već pitanje ustroja i optimalne organizacije upravnog sudstva treba dobro raspraviti. Ona opravdano naglašava kako moguća odluka o ustroju dvostupanjskog upravnog sudstva otvara brojna pitanja, posebice zbog činjenice da bi u tom slučaju bilo vrlo teško osigurati djelotvornu provedbu ustavnog jamstva na donošenje sudske odluke u razumnom roku, propisanu člankom 29. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske*.<sup>75</sup> Dalje ističe kako treba uvažiti činjenicu da se upravnosudski postupak provodi tek nakon okončanja upravnog postupka. Budući da se u oba postupka odlučuje o jednom te istom pravu ili obvezi stranke, nužno je da se upravni postupak i upravni spor uredi na način koji će osigurati efikasnu provedbu ustavnog jamstava, ali i jamstva *Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda* na donošenje odluke o konkretnoj pravnoj stvari u razumnom roku.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Koprić, *Upravno sudovanje*, op. cit., str. 63.

<sup>74</sup> *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 106.

<sup>75</sup> Omejec, op. cit., str. 12. Praksa Ustavnog suda jasno pokazuje da su povrede ustavnog jamstva na donošenje upravnosudske odluke u razumnom roku i danas vrlo brojne i česte, iako se radi o samo jednom stupnju upravnog spora.

<sup>76</sup> *Ibid.*, str. 13.

Kako je na prostoru bivše Jugoslavije u oblikovanju dvostupanjskog upravnog sudovanja najdalje otišla Slovenija, Hrvatska bi svakako trebala iskoristiti pozitivne i negativne odjeke ove reforme. Konkretno, Slovenija je 1997. godine donijela novi *Zakon o upravnom sporu*<sup>77</sup> prema kojem je protiv svake odluke suda dopuštena žalba te je u Sloveniji ustrojen dvostupanjski upravni spor. Ovim je zakonom tako ustanovljen Upravni sud Republike Slovenije kao specijalizirani sud s četiri odjela: u Ljubljani, Mariboru, Celju i Novoj Gorici. Drugostupanjski sud, nadležan za žalbe protiv prvostupanjskih presuda Upravnog suda, postao je Vrhovni sud Republike Slovenije, na kojem je ustrojen Upravni odjel. Tako je ovim *Zakonom* u upravnom odlučivanju u Sloveniji, primjećuje Jerovšek, čak i u manje važnim predmetima, uveden četvorostupanjski postupak, koji obuhvaća dva upravna i dva sudska stupnja.<sup>78</sup>

Međutim, ova reforma upravnog spora u Sloveniji je izazvala i neke negativne učinke. Naoko veća pravna sigurnost uzrokovala je porast broja sporova, a time i povećanje sudskih zaostataka. Tako je prve tri godine po uvođenju dvostupanjskog upravnog spora slovenski Upravni sud rješavao oko 3.000 sporova godišnje, a čak je na svaku treću presudu uložena žalba. Upravni odjel Vrhovnog suda tako se suočio s najvećim zaostacima u radu, u odnosu na druge odjele tog Suda čiji su zaostatci bili zanemarivi. Zanimljivo je primijetiti da je čak 80% uložених žalbi odbijeno,<sup>79</sup> što u neku ruku može ukazivati i na zloporabu prava na žalbu. Ovakva organizacija upravnog odlučivanja te preopterećenost Suda žalbama dovela je do nerazumno dugih postupaka odlučivanja o pravima i obvezama stranaka. Nastojanje države, dakle, da širim nadležnostima upravnog suda i dvostupanjskim suđenjem, u pravilu s obveznom javnom raspravom, zajamči više postupovne standarde, a time i veću pravnu sigurnost, zbog preopterećenosti sudova postiglo je suprotan učinak. Drugim riječima, pokazalo se da nije moguće svima osigurati takve standarde suđenja u razumnom roku.<sup>80</sup> Čak je i Europski sud za ljudska prava u slučaju *Lukenda v. Slovenija* 2005. godine, utvrdio “*sistemsku povredu prava na suđenje u razumnom roku*”.<sup>81</sup> Iste je godine i slovenski Ustavni sud ocijenio *Zakon o upravnom sporu* neustavnim jer stranci nije osiguravao učinkovito domaće sredstvo pravne zaštite u skladu s člankom 13. *Konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih*

<sup>77</sup> *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 50/97., 65/97. te 70/00.

<sup>78</sup> Jerovšek, Tone, Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006., str. 65.

<sup>79</sup> Breznik, Janez, Otpрта vprašanja postopka v upravnom sporu, *VIII. dnevi javnega prava*, Pravni fakultet u Ljubljani, Portorož, 2002., str. 17.

<sup>80</sup> Jerovšek ovdje ističe kako je visok stupanj pravne zaštite u upravnom sporu u Sloveniji rezultirao svojom suprotnošću, jer je postao nedostižan mnogim strankama koje nisu mogle u razumnom roku doći do sudske odluke. Jerovšek, op. cit., str. 80. O tome vidi i Tratar, Boštjan, *Novi Zakon o upravnom sporu s pojasnili i stvarnim kazalom*, Legat, Ljubljana, 2006., str. 26.

<sup>81</sup> European Court of Human Rights, *Judgement Lukenda v. Slovenija*, no. 23032/02 from 6 October 2005, [http://www.ius-software.si/EUII/EUCHR/dokumenti/2005/10/CASE\\_OF\\_LUKENDA\\_v\\_SLOVENIA\\_06\\_10\\_2005.html](http://www.ius-software.si/EUII/EUCHR/dokumenti/2005/10/CASE_OF_LUKENDA_v_SLOVENIA_06_10_2005.html).

sloboda.<sup>82</sup> Stoga se u Sloveniji, silom prilika, ponovo pristupilo reformi upravnog spora te je donesen novi zakon koji bi trebao osigurati učinkovitije odlučivanje suda u upravnom sporu te spriječiti pretjerano dugo rješavanje upravnosudskih postupaka. Ustavno jamstvo prava na žalbu ili drugo pravno sredstvo iz članka 25. *Ustava Republike Slovenije* tada se počelo tumačiti na način da nije nužno u samom upravnom sporu oblikovati dvostupanjsko odlučivanje, već je za učinkovitu zaštitu prava dovoljno i da se nakon uložene žalbe unutar postupka donošenja upravnog akta uspostavi upravni spor kao učinkovito pravno sredstvo kojim će se pobijani upravni akt podvrći presudi suda kao neovisnog tijela.<sup>83</sup>

Danas, prema članku 11. novog slovenskog *Zakona o upravnom sporu*<sup>84</sup> u upravnom sporu odlučuje u prvom stupnju Upravni sud, ako zakon ne određuje drugačije, dok u skladu s člankom 12. Vrhovni sud Republike Slovenije odlučuje o upravnom sporu o zakonitosti akata izbornih tijela za izbore u domove državnog parlamenta i izbore predsjednika države, o žalbama i reviziji te o sukobu nadležnosti između Upravnog i drugih sudova. Međutim, u novom je zakonu, upravo zbog velikog broja uložениh žalbi, i s tim u vezi dugih rokova rješavanja predmeta pravo na žalbu tako ograničeno da se, smatra Jerovšek, *“opravdano može govoriti o u pravilu jednostupanjskom upravnom sporu”*.<sup>85</sup> Konkretno, žalba je prema članku 73. stavak 1. *Zakona* dopuštena samo ako je Sud sam utvrdio drugačije činjenično stanje nego što ga je utvrdila tužena stranka, tj. upravno tijelo, te je na osnovi toga promijenio pobijani upravni akt, ili ako je sud odlučio o povredi ustavnih prava i sloboda nekog pojedinca. Uvjeti za žalbu su kumulativno propisani, pa žalba nije dopuštena čak i ako Upravni sud sam utvrdi činjenično stanje i poništi pobijani upravni akt, a zatim vrati predmet na ponovno odlučivanje upravnom tijelu, kao niti u slučaju da Sud izmijeni upravni akt, bez da sam utvrdi činjenično stanje drugačije negoli ga je utvrdilo upravno tijelo, jer je tu riječ samo o drugačijoj pravnoj ocjeni istog činjeničnog stanja koje je utvrdilo upravno tijelo prvog stupnja te prekontroliralo žalbeno tijelo u upravnom postupku. Dakle, uvjet za podnošenje žalbe isključivo je meritorna odluka suda na osnovi drugačije utvrđenog činjeničnog stanja od strane Suda. Međutim, treba naglasiti da stavak 2. istoga članka na još jedan način ograničava pravo na podnošenje žalbe propisujući da pravo na žalbu protiv presude Upravnog suda imaju samo one stranke koje su sudjelovale u prvom stupnju upravnog spora. Dakle ne samo tužitelj, već i zainteresirane osobe, kojima bi izmjena upravne odluke na prvostupanjskom sudu značila

<sup>82</sup> Ustavni sud Republike Slovenije, *Odluka br. U-I-65/05-12 od 22. rujna 2005. godine*, Uradni list Republike Slovenije, št. 92/05.

<sup>83</sup> Vidi Tratar, Novi, op. cit., str. 28-29. Tako i Jerovšek navodi da se ovdje u obzir mora uzeti kako se u upravnom sporu ne radi o prvostupanjskom odlučivanju, jer prvostupanjski upravni spor u biti predstavlja već treći stupanj odlučivanja, nakon dva stupnja upravnog odlučivanja. Jerovšek, op. cit., str. 76-77.

<sup>84</sup> *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 105/06. i 26/07.

<sup>85</sup> Jerovšek, op. cit., str. 76-77.

zadiranje u njihova prava, ali samo ukoliko su aktivno sudjelovale u prvostupanjskom postupku. Tako ograničenom mogućnošću ulaganja žalbe u Sloveniji je omogućeno brže donošenje upravnosudskih odluka i brže nastupanje pravomoćnosti pobijanog upravnog akta.

Stoga, upozorava Koprić, ukoliko se Hrvatska odluči za dvostupanjski upravni spor, mora se voditi računa o izbjegavanju pretjeranog opterećenja drugostupanjskog suda, što bi se moglo dogoditi kao posljedica brze reforme upravnog sudstva. On ujedno naglašava da je posebno važno osigurati dovoljan broj kvalitetnih sudaca, čiji se broj očito mora znatno povećati.<sup>86</sup> Omejec ovdje opravdano dodaje da bi se, odluči li se hrvatski zakonodavac na uvođenje dva stupnja upravnog spora, razlozi za žalbu protiv prvostupanjske presude nužno morali postaviti iznimno restriktivno, nadležnost drugostupanjskog upravnog suda morala bi se ograničiti samo na određena pravna pitanja i ujednačavanje upravnosudske prakse, a prvostupanjsko upravno sudstvo trebalo bi ustrojiti tako da bude u mogućnosti strankama osigurati sva temeljna postupovna jamstva, u pravilu, u sporu pune jurisdikcije, a sve to pod uvjetom da je moguće istodobno osigurati donošenje odluka, kojima se pravomoćno odlučuje o pravima i obvezama stranaka, u razumnim rokovima.<sup>87</sup>

Dakle, činjenica je da ukoliko Hrvatska odluči reformirati institucionalni ustroj upravnog sudstva, treba provesti detaljnu analizu mogućih nuspojava ove reforme, s ciljem izbjegavanja negativnih učinaka koji se mogu primijetiti na primjeru Slovenije. U slučaju osnivanja prvostupanjskih sudova, najprihvatljivijim se čini rješenje s četiri prvostupanjska suda – u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku – čime bi se građanima olakšao pristup sudu, posebice ako rješavanje u sporu pune jurisdikcije i vođenje usmene rasprave postane pravilo, a ne iznimka. Međutim, ova opcija svakako nije jeftina, te bi u tu svrhu valjalo provesti istraživanje moguće opterećenosti svakoga od ovih sudova, kako bi se u svakome od njih predvidio dovoljan broj sudaca i savjetnika. Ujedno, da li taksativnim navođenjem žalbenih razloga, nevezivanjem nastupanja izvršnosti uz pravomoćnost presude ili na drugi način, trebalo bi prevenirati moguću zlouporabu ustavnog prava na žalbu.

### **3.2. Predmet upravnog spora**

Predmet upravnog spora u Hrvatskoj danas je, dakle, s jedne strane preusko određen, a s druge, vezan uz nedovoljno precizno određen pojam. Stoga bi u reformi hrvatskog upravnog spora trebalo odgovarajuću pozornost posvetiti i ispravljanju ovih, danas, jasno vidljivih nedostataka.

Predmet upravnog spora, koji je danas ograničen na spor o zakonitosti upravnog akta, nužno bi trebalo proširiti na nadzor zakonitosti svih pojedinačnih akata tijela državne i javne vlasti kojima se odlučuje o subjektivnim javnim

<sup>86</sup> *Reforma hrvatske državne uprave*, op. cit., str. 43.

<sup>87</sup> Omejec, op. cit., str. 13.

pravima stranaka u zakonom reguliranim postupcima. Tako Omejec ističe da će tek proširenjem objekta subjektivnog upravnog spora biti ispunjeno ustavno jamstvo nadzora zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela s javnim ovlastima, iz članka 19. stavak 2. *Ustava*, čime će nestati i potreba za posebnim upravnosudskim postupkom zaštite ustavom zajamčenih sloboda i prava povrijeđenih konačnim pojedinačnim aktima, a koji nisu upravni akti, propisanim člankom 66. *Zakona o upravnim sporovima*.<sup>88</sup> Time će istodobno nestati i sadašnja potreba za nužnim toleriranjem Upravnog suda kao djelomičnog nositelja funkcije ustavnog sudovanja, čime će upravno sudovanje napokon početi funkcionirati u *Ustavom* određenim okvirima.

Ujedno bi predmet upravnog spora trebalo proširiti na nadzor zakonitosti općih akata tijela državne i javne vlasti koji se ne smatraju "*propisima*" u smislu članka 128. stavak 2. *Ustava*. S ovim je mišljenjem suglasan i Koprić, koji naglašava kako bi se sudsku zaštitu u objektivnom upravnom sporu trebalo dopustiti barem protiv nekih općih akata kao što su primjerice prostorni planovi kojima se zadire u prava i interese većeg broja subjekata.<sup>89</sup> Omejec ističe da ukoliko se predmet upravnog spora proširi na općenormativne propise, trebalo bi ujedno jasno normativno razgraničiti razliku između općeg akta i propisa, ali i odrediti one vrste općih akata koji podliježu upravnosudskom nadzoru. Ujedno naglašava da bi proširivanje upravnog spora u Hrvatskoj na objektivni upravni spor pretpostavljalo i dugotrajnu pripremu i osposobljavanje upravnih sudaca za vođenje takve vrste upravnog spora,<sup>90</sup> što svakako treba imati na umu. Međutim, Jurić-Knežević upozorava da prilikom proširivanja predmeta upravnog spora treba biti oprezan, jer ideja dobre uprave i sveobuhvatnosti sudske kontrole u novim harmonizacijskim i razvojnim zahvatima u konačnici može rezultirati svojevrsnim paralelizmom upravnog i sudskog postupanja, što opet ne bi bilo dobro rješenje.<sup>91</sup>

Nadalje, sasvim je sigurno da bi upravna stvar u hrvatskom pravnom sustavu trebala biti određena zakonom. Time bi se pravnom normom odredio opseg pojma upravne stvari. Povijesno gledano, prvi pokušaj zakonskog određivanja upravne stvari uopće susreće se u članku 1. točka 4. mađarskog *Zakona o općem upravnom postupku* iz 1957. godine. Ovdje je 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 određena kao "*svaka stvar u kojoj tijelo državne uprave zasniva neko pravo ili dužnost koji se odnose na stranku, potvrđuje neki podatak, vodi evidenciju ili vrši državni nadzor*". Krijan upozorava kako se prema ovoj definiciji pod upravnom stvari podrazumijeva čak i obavljanje određenih upravnih radnji,

<sup>88</sup> Ibid., str. 18.

<sup>89</sup> Koprić, *Upravno sudovanje u svjetlu*, op. cit., str. 62.

<sup>90</sup> Omejec, op. cit., str. 22.

<sup>91</sup> *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 100.

kao što su “*potvrđivanje i registriranje činjenica*” te “*vršenje držanog nadzora*”, što je ipak šire shvaćanje od današnjeg shvaćanja upravne stvari u hrvatskoj teoriji upravnog prava i sudskoj praksi.<sup>92</sup> Pojam upravne stvari pokušalo se odrediti i u slovenskom zakonodavstvu. Članak 2. njihovog *Zakona o općem upravnom postupku*<sup>93</sup> upravnu stvar definira kao “*odluku o pravu, obvezi ili pravnom interesu fizičke ili pravne osobe ili druge stranke na 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. I slovenski se zakonodavac prilikom definiranja upravne stvari poslužio pojmovima upravnog postupka i upravnog akta. Međutim, upravni postupak i upravni akt trebalo bi osnivati na pojmu upravne stvari, a ne obratno.

Kvalitetna definicija upravne stvari inkorporirana u pravni sustav Republike Hrvatske bila bi od velike koristi za vođenje upravnih postupaka. Time bi se riješio niz dilema je li upravno tijelo dužno postupati prema pravilima *Zakona o općem upravnom postupku* te se ovim predmetima ne bi opterećivao već ionako preopterećen Upravni sud. No, definirati upravnu stvar u nekoj zakonskoj odredbi, i to učiniti na pravi način, bit će vrlo težak zadatak koji se postavlja pred hrvatskog zakonodavca. Međutim, koliko je taj zadatak težak, on je upravo toliko nužan i važan.

Dakle, vezano uz predmet upravnog spora u Hrvatskoj, trebalo bi pored nadzora zakonitosti upravnih akata, predvidjeti i mogućnost nadzora zakonitosti drugih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravima i obvezama osoba te mogućnost nadzora zakonitosti barem onih općenormativnih akata državne uprave i lokalne i regionalne samouprave koji ne ulaze u doseg ustavnosudskog nadzora. Ujedno bi zakonskom definicijom, makar i u *Zakonu o općem upravnom postupku*, trebalo odrediti pojam upravne stvari koja čini osnovni pojam upravnog prava pa tako i upravnosudskog nadzora zakonitosti.

### **3.3 Pravila postupka**

I pravila upravnosudskog postupka, dakle, nisu u potpunosti usklađena s europskim pravnim standardima te odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Ova se primjedba ponajprije može uputiti u svezi s ovlastima Suda da samostalno utvrđuje činjenično stanje te provede usmenu raspravu. Stoga bi barem u ovome segmentu trebalo pristupiti izmjeni nekih odredbi *Zakona o upravnim sporovima*.

Vezano uz ovu temu, Garešić je još 1998. godine upozorila da je nužno izmijeniti *Zakon o upravnim sporovima* na način da se Upravnom sudu omogućiti samostalno utvrditi činjenično stanje ako se radi o upravnom aktu kojim se

<sup>92</sup> Krijan, *Komentar*, op. cit., str. 18.

<sup>93</sup> *Zakon o splošnem upravnem postupku*, Uradni list Republike Slovenije, št. 80/99., 70/00., 52/02. i 73/04.



odlučuje o građanskom pravu odnosno obvezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Time bi se postiglo da Upravni sud ne bi smio na temelju činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku, a koje stranka osporava, donijeti ni odluku o zakonitosti upravnog akta, a ni odluku o samom građanskom pravu odnosno obvezi o kojem se odlučuje dotičnim upravnim aktom, a da pritom sam ne utvrdi činjenično stanje.<sup>94</sup> S gledištem da Upravni sud treba biti ovlašten i obvezan samostalno utvrđivati činjenično stanje kada se radi o upravnim aktima u kojima stranke osporavaju pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku, slaže se i Juričić.<sup>95</sup> Stoga bi u postojećem ili novom zakonu svakako trebalo otvoriti Sudu mogućnost da kada god to smatra opravdanim, može provesti spor pune jurisdikcije te donijeti meritornu odluku u određenoj upravnoj stvari. Takva ovlast suda imala bi implikacije i na pravovremenost rješavanja te na opterećenost suda predmetima na što je naprijed već ukazivano.

Vezano uz vođenje usmene rasprave treba ustvrditi da je u Hrvatskoj vođenje usmene rasprave pred Upravnim sudom predviđeno kao mogućnost, ali ne i kao obveza, što također nije u skladu s člankom 6. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Stoga bi valjalo pravila hrvatskog upravnosudskog postupka uskladiti s odredbama *Konvencije* te ukloniti rezervu postavljenju njezinom ratifikacijom. Izmjene i dopune zakonskih odredaba koje se odnose na održavanje usmenih rasprava pred Upravnim sudom Hrvatskoj je preporučio i *Projekt CARDS 2003 "Reforma hrvatskog sustava sudova"*, a sve s ciljem osiguravanja potpune primjena članka 6. *Konvencije*. Neki noviji zakoni koji uređuju materiju upravnog spora, kao primjerice zakoni Slovenije, Crne Gore, Federacije Bosne i Hercegovine i sl., već su predvidjeli obveznu usmenu raspravu, ako je tužitelj zatraži, a u tom će smjeru, smatra Koprić, morati krenuti i druge zemlje.<sup>96</sup> Međutim, Jurić-Knežević je u pogledu ovoga pitanja ipak skeptična te smatra da usmena rasprava u upravnim stvarima ipak ne bi morala biti obvezna, posebno ako se u obzir uzmu dva stupnja u upravnom i eventualna dva stupnja odlučivanja u sudskom postupku, ističući da ovdje ipak *"treba naći pravu mjeru"*.<sup>97</sup> Stoga bi Upravnom sudu trebalo omogućiti da usmenu raspravu provede kada god je to prema ocjeni suda potrebno, ali ga i obvezati da je provodi uvijek kada to zatraži jedna od stranaka u sporu.

Dakle, pravila upravnog spora trebalo bi u svakom slučaju modificirati na način da sud može uvijek utvrđivati činjenično stanje te kada to stranke u sporu zatraže, provesti usmenu raspravu, tj. u svakom slučaju riješiti upravni spor kao spor pune jurisdikcije, čime bi se hrvatsko postupovno pravo koje uređuje vođenje upravnih sporova uskladilo s europskim pravnim standardima upravnog sudovanja te odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih*

<sup>94</sup> Garašić, op. cit., str. 999.

<sup>95</sup> Juričić, op. cit., str. XV.

<sup>96</sup> Koprić, *Upravno sudovanje na području*, op. cit., str. 233.

<sup>97</sup> *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, op. cit., str. 100.

sloboda, a Upravni sud Republike Hrvatske postao bi tribunalom u smislu članka 6. ove *Konvencije*.

### 3.4. *Pravovremenost rješavanja*

Što se tiče pravovremenosti rješavanja i smanjivanja zaostataka u rješavanju Upravnog suda, ovdje treba naglasiti da bi uvođenje novih prvostupanjkih upravnih sudova zasigurno znatno ubrzalo rješavanje upravnosudskih predmeta te smanjilo trenutno ogroman pritisak na samo jedan Upravni sud u Hrvatskoj. Do preopterećenosti suda velikim brojem predmeta došlo je primjerice i u Europskoj uniji, gdje je opterećenje Europskog suda, koji u određenim stvarima ima i ulogu upravnog suda, rezultiralo osnivanjem Prvostupanjskog suda 1989. godine. Osnivanje ovoga suda imalo je zadaću rasteretiti Europski sud oslobađajući ga rješavanja slučajeva koji nemaju političko ili ustavno značenje, osobito onih koji uključuju složeno činjenično stanje, kako bi se Europski sud mogao usredotočiti ponajprije na rješavanje važnih slučajeva i čuvanje jedinstva prava Unije. Ovaj je cilj na taj način i ostvaren.<sup>98</sup> Slični su razlozi doveli do osnivanja nižih upravnih sudova u Francuskoj 1953. i 1987. godine što se pokazalo, iako skupom, ipak vrlo učinkovitom metodom.

No, kada se razmatra uvođenje novih sudova, uvijek treba biti oprezan, jer bi, s druge strane, upravo novi instituti, nova organizacija i uopće novi sustav upravnog sudstva mogli dovesti do još većeg broja upravnih sporova, velikog broja žalbi na odluke prvostupanjkih upravnih sudova te većeg zaostatka u radu drugostupanjskog upravnog suda, kao što se to dogodilo u Sloveniji, a događa se i drugim europskim zemljama.<sup>99</sup> Zato Koprić, s ciljem sprječavanja dodatnih sudskih zaostataka i produžavanja upravnosudskih postupka, tj. osiguravanja sudske zaštite u razumnom roku, sugerira da bi trebalo unaprijed uzeti u obzir i

<sup>98</sup> Više o tome vidi u Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 61., Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2003., str. 104., Peterson, John, Shackleton, Michael, *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002., str. 136-137. te Craig, Paul, de Búrca, Gráinne, *EU Law: text, cases, and materials*, University Press, Oxford, 1998., str. 81-82.

<sup>99</sup> Njemački upravni sudovi doživljavali su donedavno izuzetno velik priljev tužbi. Najkritičniji godine bile su 70-e 20. stoljeća kada se priljev tužbi na upravne sudove od 1970. do 1975. u prosjeku povećao za 86%, a 1976. godine još 25%. To je naravno rezultiralo dugim trajanjem postupaka, ponekad i po deset godina, što je u brojnim slučajevima u pitanje dovelo cjelokupni smisao sudske nadzora uprave. O tome više vidi u Papier, Hans-Jürgen, *Die Stellung des Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, De Gruyter, Berlin, 1979., str. 8-10. O velikom opterećenju upravnog suda može se govoriti i u susjednoj Sloveniji. Na slovenskom Vrhovnom sudu s najvećim zaostacima radi upravo Upravni odjel. Od 1998. godine kada je Upravni sud započeo s radom godišnji priljev slučajeva povećavao se za oko 13%, a godišnji porast neriješenih slučajeva rastao je za oko 35%. Vidi Tratar, Boštjan, *Oblike razbremenjavanja upravnega sodišća na primeru francoskega prava*, *Javna uprava*, št. 2., let. 37., 2001., str. 214-215. Vidi ujedno i Vovk, Irena, *Zasuti z upravnimi zadevami*, *Pravna praksa*, št. 5., 2001., str. 26-27.

razmotriti neke druge mogućnosti rješavanja sporova kao što su npr. nagodbe,<sup>100</sup> arbitraža<sup>101</sup> i sl. koje vode do mirnog, tj. sporazumnog rješavanja spora, a dugotrajno gledajući vode čak i do pojednostavljivanja rješavanja sporova. Ovi načini rješavanja sporova idu u prilog i stankama jer je odluka u ovim postupcima obvezna kao i odluka upravnog suda. On nadalje naglašava da je vrlo važno pozornost usmjeriti i na popravljivanje kvalitete upravnih postupaka; jačanje upravne inspekcije koja bi trebala imati dovoljno ovlasti, kapaciteta i mogućnosti u drugostupanjskom upravnom postupku provoditi unutarnju upravnu kontrolu upravnih odluka i djelovanja, kako bi se podnosilo što manje upravnih tužbi; pa čak eventualno i uvođenje prethodnog postupka pred upravnim tijelima, kao što je npr. dodatna kontrola upravnih akata prije početka upravnosudskog nadzora, što, primjerice, u Njemačkoj služi svojevrсноj "samokontroli" uprave, dodatno jačanje ovlasti pučkog pravobranitelja i sl. Svi ovi modeli, smatra Koprić, olakšavaju i učvršćuju djelovanje upravnih sudova rasterećujući ih, te im omogućuju da se usredotoče na sporove koji se nisu mogli riješiti na drugačiji način.<sup>102</sup>

Juričić opravdano naglašava kao bi u svrhu kvalitetnog suđenja i donošenje odluka u razumnom roku u reformi upravnog sudovanja najprije trebalo stvoriti pretpostavke, kako zakonodavne tako i kadrovske i materijalne, a što bi, uz donošenje novog *Zakona o općem upravnom postupku* i *Zakona o upravnim sporovima*, uključivalo i povećanje broja sudaca, osiguranje materijalnih i prostornih uvjeta za rad, ali i informatizaciju i permanentno usavršavanje.<sup>103</sup> Vezano uz informatizaciju Upravnog suda neki su koraci do danas već poduzeti. Tako Sud upravo radi na stvaranju programa za arhiviranje predmeta putem informatičkog medija. Činjenica je da se odluke Suda trajno čuvaju, ali informatika u arhiviranju predmeta svakako daje veće mogućnosti u operativnijem korištenju takve baze podataka. Međutim, za ostvarenje tog cilja potrebno je nabaviti dodatnu opremu. Paralelno s razvojem informatizacije na Sudu, trebalo bi pozornost usmjeriti i na zaštitu postojećih informatičkih programa kako se oni ne bi zloupotrijebili ili pak kako bi se onemogućio gubitak postojećih podataka. Sud

<sup>100</sup> U Francuskoj je tzv. *transactio* prema članku 2044. *Građanskog zakonika* nagodba kojom stranke okončavaju nastali spor te sprječavaju nastanak budućeg spora. Cilj ove nagodbe je sinalagmatski, tj. "popustiti" trebaju obje stranke. Nagodba zamjenjuje sudsko rješavanje spora i ima puni pravni učinak među strankama. Nakon sklapanja nagodbe više se ne može pokrenuti upravni spor. Nagodbu su izričito ovlaštene sklopiti država, općine, departmani i javnopravne osobe. Tratar, *Oblike*, op. cit., str. 221.

<sup>101</sup> Tratar navodi kako arbitražna sudišta ipak niti u Francuskoj niti u Njemačkoj nisu odgovarajuće zaživjela u sektoru javnoga prava. Državno vijeće u Francuskoj stajališta je da javna uprava ne bi smjela pokazati nepovjerenje prema državnom pravosuđu, a isto smatra i za javna trgovačka društva. Tako se arbitraža koristi samo u području javnih nabava te u odnosima sa stranim trgovačkim društvima pri izvedbi velikih projekata od nacionalnog značaja. Tratar, *Oblike*, op. cit., str. 222-223.

<sup>102</sup> Koprić, *Upravno sudovanje u svijetlu*, op. cit., str. 60. te Koprić, *Upravno sudovanje na području*, op. cit., str. 234-235.

<sup>103</sup> Juričić, op. cit., str. XV.

radi i na dovršavanju postojećeg programa praćenja kretanja predmeta, tako da tim programom budu obuhvaćeni i poslovi otpreme, a radi i na poboljšanju mrežne stranice te stvaranju pretpostavki za objavu dijela teksta i na engleskom jeziku.<sup>104</sup> Povećanju učinkovitosti u radu svakako će doprinijeti i formiranje biblioteke Suda, kojem projektu se prišlo preseljenjem Suda na novu lokaciju.

Rasterećenju Upravnog suda te njegovom kvalitetnom i pravovremenom radu svakako će doprinijeti i stručno usavršavanje sudaca i savjetnika, jer složena zadaća rješavanja sudskih sporova u upravnim stvarima, neovisno o tome jesu li ovlasti suda pretežno kasatorne ili meritorne, zahtijeva da suci i savjetnici odlično vladaju stručno-tehničkim umijećem, budu predani radu i potpuno nepristrani. Kujundžić smatra kako bi ova edukacija trebala biti usmjerena na utjecaj pravne stečevine i povezanost s pravom Europske unije, nova dostignuća hrvatskog prava, organizacijske i upravljačke vještine, optimizaciju stanja predmeta i jačanje profesionalnih i jezičnih vještina.<sup>105</sup> Stoga se posebna pozornost u budućoj reformi upravnog sudstva treba posvetiti i ovome pitanju.

Dakle, na pravovremenost u rješavanju upravnih sporova može se utjecati cijelim nizom mjera, od osnivanja većeg broja upravnih sudova, uvođenja alternativnih metoda rješavanja spornih predmeta, pa sve do osiguravanja većeg broja sudaca i savjetnika te boljih materijalnih uvjeta za njihov rad. Svi ovi čimbenici imati će znatan utjecaj na povećanje kvaliteta rješavanja upravnih sporova te doprinijeti pravovremenom ostvarivanju prava građana.

#### 4. Zaključak

U kontekstu reforme hrvatske državne uprave reforma upravnog sudstva zauzima posebno važno mjesto. Cilj upravnog sudovanja svakako je zaštititi prava i pravne interese građana i pravnih osoba od radnji i akata javne uprave. U Hrvatskoj je upravni spor trenutno uređen *Zakonom o upravnim sporovima*, koji je donesen još 1977. godine u tadašnjoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji, a koji je u određenoj mjeri izmijenjen te prilagođen pravnom sustavu Republike Hrvatske u trenutku preuzimanja ovoga *Zakona* 1991. godine.

Međutim, danas se može ustvrditi da upravni spor u Hrvatskoj ipak nije usklađen s modernim trendovima europskog upravnog prava i europskog upravnog sudstva, a što može biti jedna od prepreka usklađivanju pravnog sustava Republike Hrvatske s pravnom stečevinom Unije. Činjenica je da je Hrvatska jedna od rijetkih zemalja koja nema višestupanjsko ustrojen upravni spor te predviđenu mogućnost ulaganja žalbe na presudu prvostupanjskog upravnog suda. Nadalje, predmet upravnog spora u Hrvatskoj ograničen je samo na nadzor zakonitosti upravnih akata, a koji je akt uopće upravni akt ovisi o zakonski nedostatno definiranom pojmu upravne stvari. Pravila postupka koja

<sup>104</sup> O tome vidi <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=about.html>.

<sup>105</sup> Kujundžić, *Europeizacija*, op. cit., str. 5.

se primjenjuju u upravnim sporovima nisu usklađena s odredbama *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, pa tako u Hrvatskoj Upravni sud činjenično stanje u pravilu ne utvrđuje, a odluku u pravilu donosi na nejavnoj sjednici bez provođenja usmene rasprave. Konačno, hrvatski Upravni sud opterećen je vrlo velikim brojem neriješenih predmeta, a priliv novih predmeta iznimno je visok, što rezultira nepravovremenim rješavanjem predmeta od strane Suda. Sve ovo ima izravne implikacije na nemogućnost jednostavnog i pravovremenog ostvarivanja prava i pravnih interesa građana i pravnih osoba.

Stoga bi u Hrvatskoj svakako trebalo pristupiti reformi upravnog spora na način da se izmjene neke postojeće zakonske odredbe ili, još bolje, da se donese potpuno novi zakon o upravnim sporovima. U svakom slučaju, Hrvatska bi trebala osigurati mogućnost ulaganja žalbe na odluke upravnog suda barem u nekim slučajevima, što zahtijeva uvođenje barem dvostupanjskog upravnog spora u hrvatski pravni sustav. Predmet spora svakako bi trebalo proširiti i na druge pojedinačne akte kojima se odlučuje o pravima i obvezama građana te na one općenormativne akte uprave i lokalne odnosno područne (regionalne) samouprave protiv kojih nije osiguran drugi vid sudskog nadzora zakonitosti. Ujedno bi trebalo zakonski definirati pojam "*upravne stvari*". Trebalo bi Sudu otvoriti mogućnost da u sporu pune jurisdikcije kada god to ocijeni potrebnim, može samostalno utvrđivati činjenično stanje, nametnuti mu obvezu provođenja usmene rasprave kada to zahtijevaju stranke te ga ovlastiti da kada god to može presudom meritorno riješi upravnu stvar. Konačno, svakako bi trebalo povećati broj sudaca Upravnog suda, poboljšati im materijalne uvijete rada te organizirati potrebne vidove stručnog usavršavanja s ciljem kvalitetnijeg i učinkovitijeg rada. Predvidjeti se mogu i neki alternativni načini rješavanja upravnih sporova, koji bi na taj način smanjili priliv predmeta na Upravni sud.

Na koji će način upravni spor u Hrvatskoj biti uređen, odlučiti će hrvatski zakonodavac. Nadamo se da će svi gore navedeni nedostaci biti uklonjeni te da će upravni spor u Hrvatskoj dobiti modernu europsku dimenziju. Ujedno se nadamo da će hrvatski upravni spor biti reguliran prema svim dobrim stranim sugestijama, ali još više i prema prijedlozima hrvatskih upravnih stručnjaka, pa i građana kojima će u budućnosti i stajati na usluzi.

## 5. Pravni izvori i literatura

### 5.1. Pravni izvori

1. European Commission, *Croatia 2005 Progress Report*, 9 November 2005, SEC (2005) 1424.
2. European Court of Human Rights, *Judgement Lukenda v. Slovenija, no. 23032/02 from 6 October 2005*, [http://www.ius-software.si/EUII/EUCHR/dokumenti/2005/10/CASE\\_OF\\_LUKENDA\\_v\\_SLOVENIA\\_06\\_10\\_2005.html](http://www.ius-software.si/EUII/EUCHR/dokumenti/2005/10/CASE_OF_LUKENDA_v_SLOVENIA_06_10_2005.html).
3. *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97., 6/99., 8/99. i 14/02.

4. SIGMA, *Croatia public service and the administrative framework assessment*, June 2006.
5. *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. i 55/01.
6. Ustavni sud Republike Hrvatske, *Odluka br. U-I-283/97, od 12. svibnja 1998.*, Narodne novine, br. 69/98.
7. Ustavni sud Republike Hrvatske, *Presuda U-I/745/1999, od 8. studenog 2000. godine*, Narodne novine, br. 112/00.
8. Ustavni sud Republike Hrvatske, *Rješenje br. U-II-318/2003 i U-II-643/2003, od 9. travnja 2003.*, Narodne novine, br. 72/03.
9. Ustavni sud Republike Slovenije, *Odluka br. U-I-65/05-12. od 22. rujna 2005. godine*, Uradni list Republike Slovenije, št. 92/05.
10. *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.
11. *Zakon o splošnem upravnom postupku*, Uradni list Republike Slovenije, št. 80/99., 70/00., 52/02. i 73/04.
12. *Zakon o sudovima*, Narodne novine, br. 150/05. i 16/07.
13. *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77. i 36/77. te Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.
14. *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 50/97., 65/97. te 70/00.
15. *Zakon o upravnom sporu*, Uradni list Republike Slovenije, št. 105/06. i 26/07.

## 5.2. Literatura

1. Borković, Ivo, *Odnosi između ustavnog i upravnog sudovanja, Zbornik pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 8., 1971.
2. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
3. Borković, Ivo, *Upravno sudovanje i upravni spor u Hrvatskoj u vremenu od 1990. do danas, Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
4. Breznik, Janez, *Otperta vprašanja postopka v upravnom sporu, VIII. dnevi javnega prava*, Pravni fakultet u Ljubljani, Portorož, 2002.
5. Cardona, Francisco, *Converging Judicial Control of the Administration in Europe, Judicial Reform and Administrative Justice*, SIGMA, 2005.
6. Craig, Paul, de Búrca, Gráinne, *EU Law: text, cases, and materials*, University Press, Oxford, 1998.
7. Dupelj, Željko, *Donošenje odluka u upravnom sporu, Pravo i porezi*, god. 12., br. 3., 2003.
8. Dupelj, Željko, *Upravni spor – oblik sudske kontrole nad upravom, Pravo i porezi*, god. 7., br. 10., 1997.
9. Dupelj, Željko, Turčić, Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Organizator, Zagreb, 2000.
10. Gagro, Božo, Jurić-Knežević, Dunja, *Kvaliteta upravnog postupanja prema iskustvima Upravnog suda RH s prijedlozima za unaprjeđenje, Reforma uprav-*



- nog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
11. 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*, vol. 19., Supp., 1998.
  12. Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2004.
  13. Herdegen, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2003.
  14. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava, knjiga I*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
  15. Jacobini, Horace B., *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, New York, London, 1991.
  16. Jerovšek, Tone, Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
  17. Juričić, Mirjana, Prikaz Upravnog suda Republike Hrvatske uz tridesetu godišnjicu suda, *Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2007.*, Narodne novine, Zagreb, 2007.
  18. Koprić, Ivan, Upravno sudovanje na području bivše Jugoslavije, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 1., 2006.
  19. Koprić, Ivan, Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
  20. Krbek, Ivo, O upravnom sporu, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2003.
  21. Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave: funkcioniranje i upravni spor, III. knjiga*, Birozavod, Zagreb, 1962.
  22. Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2004.
  23. Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Informator, Zagreb, 2001.
  24. Kriletić, Marija, Odlučivanje u razumnom roku u upravnim stvarima prema praksi Europskog suda za ljudska prava, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.
  25. Kujundžić, Ivica, Europeizacija upravnog sudstva – predstojeće reforme, *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.
  26. Kujundžić, Ivica, Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Europske unije, *Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006.
  27. Leithoff, Ralf, Introduction to the Public Administrative Jurisdiction in Germany, *Hrvatska javna uprava*, god. 6., br. 3., 2006.
  28. Medvedović, Dragan, Glavni smjerovi modernizacije općeg upravnog postupka, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.

29. Medvedović, Dragan, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled, Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977.-2002.*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
30. Omejec, Jasna, *Prilog reformi upravnog spora – odnosi između upravnog i ustavnog sudovanja u Republici Hrvatskoj, Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi*, Inženjerski biro, Zagreb, 2006.
31. Papier, Hans-Jürgen, *Die Stellung des Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, De Gruyter, Berlin, 1979.
32. Parveva, Teodora, *Accelerating Judicial Reform in Bulgaria, Judicial Reform and Administrative Justice*, no. 7., SIGMA, 2005.
33. Peterson, John, Shackleton, Michael, *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
34. *Reforma hrvatske državne uprave*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
35. *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
36. Tratar, Boštjan, *Novi Zakon o upravnom sporu s pojasnili i stvarnim kazalom*, Legat, Ljubljana, 2006.
37. Tratar, Boštjan, *Oblike razbremenjevanja upravnega sodišća na primeru francoskega prava, Javna uprava*, št. 2., let. 37., 2001.
38. Vovk, Irena, *Zasuti z upravnimi zadevami, Pravna praksa*, št. 5., 2001.

### Summary

## ADMINISTRATIVE DISPUTE IN CROATIA: PRESENT SITUATION AND WAYS TO REFORM IT

The aim of this article is to point at basic negative aspects of the administrative dispute in Croatia at present and to demonstrate some possible solutions to overcome these aspects. The article has been divided in four parts. After the introduction, which contains author's general polemic ideas regarding the significance of judicial control over the legality of work of administrative bodies and regarding the administrative dispute, the analysis of the current administrative dispute in Croatia has been given. The author considers some important issues related to organization and function of administrative dispute such as institutional structure, matter in administrative dispute, procedural rules and procedural duration of cases brought before the Administrative Court of the Republic of Croatia. In the third part of the article author presents some possible solutions with the aim to overcome above mentioned issues. In conclusion, the author summarizes analyzed problem area and possible models to prevail it over.

**Key words:** *administrative dispute, judicial control, Administrative Court, Croatia.*

## Zusammenfassung

### **VERWALTUNGSRECHTSSTREIT IN KROATIEN: GEGENWÄRTIGE LAGE UND RICHTUNGEN DER REFORM**

Ziel dieser Arbeit ist, auf grundlegende Mängel des Verwaltungsrechtsstreits im heutigen Kroatien hinzuweisen sowie einige mögliche Lösungen zu ihrer Überwindung aufzuzeigen. Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Nach einer Einleitung, in der der Autor die Wichtigkeit einer gerichtlichen Aufsicht über die Gesetzmäßigkeit der Arbeit der Verwaltung auch im Verwaltungsrechtsstreit allgemein problematisiert, wird eine Analyse des Verwaltungsrechtsstreits im heutigen Kroatien durchgeführt. Es werden die institutionelle Organisation, der Gegenstand des Verwaltungsrechtsstreits, die Verfahrensregeln sowie die Rechtzeitigkeit der Entscheidungen des Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien und ebenso einige wichtige Fragen zur Organisation und zum Funktionieren des Rechtsstreits betrachtet. Im dritten Teil der Arbeit legt der Autor einige mögliche Lösungen mit dem Ziel, diese Probleme zu überwinden dar. In der Schlussfolgerung fasst der Autor die analysierte Problematik sowie die Modelle zu ihrer Überwindung zusammen.

**Schlüsselwörter:** *Verwaltungsrechtsstreit, gerichtliche Aufsicht, Verwaltungsgericht, Kroatien.*

## Sommario

### **CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO IN CROAZIA: SITUAZIONE ATTUALE E ORIENTAMENTI DI RIFORMA**

Lo scopo di questo lavoro è di indicare i principali aspetti negativi del contenzioso amministrativo in Croazia oggi e di presentare alcune possibili soluzioni per il loro superamento. Il lavoro è diviso in quattro parti. Dopo l'introduzione in cui l'autore problematizza in generale il significato del controllo giudiziale sulla legalità dell'attività degli organi amministrativi e il contenzioso amministrativo, è analizzato il contenzioso amministrativo in Croazia oggi. Si considera l'assetto istituzionale, il tema del contenzioso amministrativo, le regole procedurali e la durata delle cause davanti al Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia, come alcune importanti questioni relative all'organizzazione e al funzionamento del contenzioso amministrativo. Nella terza parte del lavoro, l'autore presenta alcune possibili soluzioni per il superamento di questi problemi. Nella conclusione, l'autore sintetizza le problematiche analizzate e i modelli del loro possibile superamento.

**Parole chiave:** *contenzioso amministrativo, controllo giudiziale, Tribunale amministrativo, Croazia.*



## DRUŠTVA ZA UPRAVLJANJE INVESTICIJSKIM FONDOVIMA I NJIHOVE STATUSNE POSEBNOSTI

Dr. sc. Dionis Jurić, docent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 330.32::061.2  
34:330.32  
Ur.: 21. siječnja 2008.  
Pr.: 4. veljače 2008.  
Izvorni znanstveni članak

*Društva za upravljanje investicijskim fondovima predstavljaju društva kapitala koja osnivaju i upravljaju investicijskim fondovima. Obavljanje te specifične gospodarske djelatnosti uvjetuje posebnosti u pravnom uređenju položaja društava za upravljanje. Značajnu ulogu u nadzoru nad radom društava za upravljanje imaju nacionalna regulatorna tijela. U Republici Hrvatskoj je Zakonom o investicijskim fondovima uređen pravni položaj društava za upravljanje. Taj je Zakon usklađen s odredbama Direktive Vijeća ministara EU o usklađivanju zakona i drugih propisa o poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire. Supsidijarno se na društva za upravljanje primjenjuju odredbe Zakona o tržištu vrijednosnih papira i Zakona o trgovačkim društvima.*

**Ključne riječi:** *investicijski fondovi, društvo za upravljanje, usporedno pravo.*

### 1. Uvod

Donošenjem Zakona o investicijskim fondovima 1995. godine otvorena je mogućnost osnivanja financijskih institucija koje će sudjelovati na tržištu kapitala i prikupljati značajna financijska sredstva za ulaganja u vrijednosne papire, novčane depozite i druge vrste imovine. Novi Zakon o investicijskim fondovima (ZIF) donesen je krajem 2005. godine (NN 150/05.) te je usklađen s odredbama Direktive Vijeća ministara EU o usklađivanju zakona i drugih propisa o poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire koja je usvojena 20. prosinca 1985. godine,<sup>1</sup> a koja je nekoliko puta bila

---

<sup>1</sup> Council Directive of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS)(85/611/EEC)(OJ L 375, 31.12.1985, p. 3).

izmijenjena i dopunjena.<sup>2</sup> Investicijski fondovi se osnivaju radi prikupljanja novčanih sredstava javnom, odnosno privatnom ponudom dionica ili udjela u fondu, čija se sredstva ulažu u prenosive vrijednosne papire, udjele ili dionice investicijskih fondova, instrumente tržišta novca, depozite kod domaćih i stranih ovlaštenih banaka, termenske i opcijske ugovore i druge financijske izvedenice, kojima se trguje na uređenim tržištima i nekretnine.<sup>3</sup> Investicijske fondove osnivaju i njima upravljaju društva za upravljanje fondovima uz prethodno odobrenje Agencije za nadzor financijskih usluga (čl. 19., ZIF), a mogu se osnivati u obliku otvorenih ili zatvorenih investicijskih fondova.<sup>4</sup> Osnovna razlika između otvorenih i zatvorenih investicijskih fondova u tome je što su zatvoreni investicijski fondovi dionička društva koja izdaju dionice i ne mogu ih otkupiti od svojih ulagatelja. Budući da je "ulazak" i "izlazak" ulagatelja jednostavniji i brži u otvorenim investicijskim fondovima, to su oni na hrvatskom financijskom tržištu i zastupljeniji, kao i zbog činjenice da ih najčešće osnivaju banke. Na taj način je izostala konkurencija između investicijskih fondova i banaka kao samostalnih institucionalnih ulagatelja na hrvatskom tržištu kapitala. Do 31. prosinca 2006. u Republici Hrvatskoj

<sup>2</sup> Direktiva je bila mijenjana sljedećim pravnim aktima: Council Directive 88/220/EEC of 22 March 1988 (OJ L 100, 19.4.1988, p. 31); European Parliament and Council Directive 95/26/EC of 29 June 1995 (OJ L 168, 18.7.1995, p. 7); Directive 2000/64/EC of the European Parliament and of the Council of 7 November 2000 (OJ L 290, 17.11.2000, p. 27); Directive 2001/107/EC of the European Parliament and of the Council of 21 January 2002 (OJ L 41, 13.2.2002, p. 20) Directive 2001/108/EC of the European Parliament and of the Council of 21 January 2002 (OJ L 41, 13.2.2002, p. 35); Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 (OJ L 145, 30.4.2004, p. 1); Directive 2005/1/EC of the European Parliament and of the Council of 9 March 2005 (OJ L 79, 24.3.2005, p. 9).

<sup>3</sup> Investicijskim fondovima ne smatraju se banke, društva za osiguranje, mirovinski fondovi i ostale pravne osobe koje ulažu vlastita sredstva, članovi obitelji koji zajednički ulažu i druge izuzete osobe (čl. 4., ZIF).

<sup>4</sup> Otvoreni investicijski fond jest zasebna imovina bez pravne osobnosti, kojem je predmet poslovanja prikupljanje novčanih sredstava javnom ili privatnom ponudom udjela u fondu čija se sredstva ulažu u prenosive vrijednosne papire, instrumente tržišta novca, udjele i dionice investicijskih fondova, depozite kod ovlaštenih banaka i financijske izvedenice. Pritom ne postoji gornja granica do koje će otvoreni investicijski fond izdavati udjele, već njegov volumen može neprestano rasti. Otvoreni investicijski fond mora u svakom trenutku otkupiti nazad dokumente o udjelu od svojih ulagatelja. Zatvoreni fond je dioničko društvo koje prikuplja novčana sredstva javnom ponudom svojih neograničeno prenosivih dionica te ulaže ta sredstva u prenosive vrijednosne papire, instrumente tržišta novca, udjele i dionice investicijskih fondova, depozite kod ovlaštenih banaka, financijske izvedenice i nekretnine. Najniži iznos temeljnog kapitala zatvorenog fonda mora iznositi 5.000.000,00 kuna (čl. 62., ZIF). I otvorene i zatvorene fondove osnivaju i njima upravljaju društva za upravljanje fondovima koja su dionička društva ili društva s ograničenom odgovornošću, a koja osnivaju i upravljaju investicijskim fondovima te ulažu novčana sredstva u vlastito ime i za zajednički račun vlasnika udjela otvorenih fondova i u ime i za račun dioničara zatvorenih fondova te upravljaju tim sredstvima (čl. 19., ZIF). Društvo može otpočeti s radom tek nakon što pribavi odobrenje Agencije za nadzor financijskih usluga i ispuní uvjete propisane Zakonom (čl. 28., ZIF). Društvo za upravljanje fondom sklapa s depozitnom bankom ugovor o pohrani zasebne imovine fonda te obavljanju drugih poslova u vezi s investicijskim fondovima (čl. 49. i 53., ZIF).



poslovalo je 27 društava za upravljanje investicijskim fondovima,<sup>5</sup> 72 otvorena investicijska fonda,<sup>6</sup> 7 zatvorenih investicijskih fondova<sup>7</sup> te 2 investicijska fonda osnovana posebnim zakonima, Fond hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji i Umirovljenički fond.<sup>8</sup>

## 2. Vrste investicijskih fondova

Investicijski fondovi predstavljaju poduzeća čiji je temeljni cilj zajedničko ulaganje kapitala koji je prikupljen od javnosti u prenosive vrijednosne papire i druga likvidna financijska sredstva<sup>9</sup> i koja djeluju na načelu disperzije rizika, te koja imaju obvezu da udjele u svojoj imovini na zahtjev imatelja tih udjela ponovno otkupe ili isplate, izravno ili neizravno, iz svojih sredstava.<sup>10</sup>

Investicijski fondovi se razlikuju primjenom različitih kriterija. S obzirom na kriterij pravne osobnosti te promjenjivost opsega kapitala investicijskih fondova razlikuju se otvoreni i zatvoreni investicijski fondovi. Odlika je otvorenih investicijskih fondova (engl. *mutual funds*, *open-end funds*, *common funds*, *unit trusts*, slo. *vzajemni skladi*, njem. *Publikums-Sondervermögen*) ta da se radi o zasebnoj imovini koja nema svojstvo pravne osobe, te nema ograničenja u pogledu iznosa udjela koje će izdati investicijski fond. Na taj način omogućava se kontinuirani rast imovine fonda koja se ulaže u prenosive vrijednosne papire i druga likvidna financijska sredstva, ovisno o prilikama na tržištu kapitala, pri čemu otvoreni investicijski fond ima obvezu i otkupiti udjele od imatelja kada

<sup>5</sup> U Registar društava za upravljanje investicijskim fondovima koji vodi HANFA u prosincu 2007. godine upisana su 32 društva za upravljanje investicijskim fondovima. Vidi web stranicu <http://www.crosec.hr/registri/dupif.asp>, 12. prosinca 2007.

<sup>6</sup> U Registar otvorenih investicijskih fondova koji vodi HANFA u prosincu 2007. godine upisano je 96 otvorenih investicijskih fondova. Vidi web stranicu <http://www.crosec.hr/registri/oif.asp>, 12. prosinca 2007.

S obzirom na način ulaganja otvorenih fondova s javnom ponudom bilo je 18 mješovitih otvorenih fondova, 15 novčanih otvorenih fondova, 14 obvezničkih otvorenih fondova i 15 dioničkih otvorenih fondova. Otvorenih fondova s privatnom ponudom bilo je 9, te 1 otvoreni investicijski fond rizičnog kapitala. Vidi godišnje izvješće Agencije za nadzor financijskih usluga (HANFA) za 2006. godinu, <http://www.hanfa.hr/uploads/HANFA%20GOD.%20IZVJESCE%202006.%20web.pdf>, 12. prosinca 2006., str. 39.

<sup>7</sup> U Registar zatvorenih investicijskih fondova koji vodi HANFA u prosincu 2007. godine upisano je 9 zatvorenih investicijskih fondova. Vidi web stranicu <http://www.crosec.hr/registri/zif.asp>, 12. prosinca 2007. U 2006. godini bilo je 7 zatvorenih investicijskih fondova. Vidi godišnje izvješće Agencije za nadzor financijskih usluga (HANFA) za 2006. godinu, <http://www.hanfa.hr/uploads/HANFA%20GOD.%20IZVJESCE%202006.%20web.pdf>, 12. prosinca 2006., str. 39.

<sup>8</sup> Vidi godišnje izvješće Agencije za nadzor financijskih usluga (HANFA) za 2006. godinu, <http://www.hanfa.hr/uploads/HANFA%20GOD.%20IZVJESCE%202006.%20web.pdf>, 12. prosinca 2006., str. 39.

<sup>9</sup> To mogu biti udjeli u investicijskim fondovima, depoziti u kreditnim institucijama, derivativni financijski instrumenti i drugi instrumenti novčanog tržišta. Iznimno, oni mogu ulagati i u pokretnine i nekretnine, ako je to potrebno za neposredno obavljanje njihovih poslova.

<sup>10</sup> Na taj način poduzeća za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire (hrv. PZIPVP, engl. UCITS) definira Direktiva Vijeća ministara EU o PZIPVP iz 1985. godine u čl. 1. st. 2.

oni postave takav zahtjev. U slučaju ako društvo za upravljanje utvrdi da je ukupna imovina fonda prevelika za učinkovito ostvarenje postavljenih ciljeva otvorenog investicijskog fonda, fond će biti zatvoren za ulazak novih ulagatelja i, u krajnjem slučaju, zatvoren za nova ulaganja postojećih imatelja udjela u fondu.<sup>11</sup> Zatvoreni investicijski fondovi (engl. *closed-end funds*, *investment companies*, slov. *investicijske družbe*, njem. *Investmentaktiengesellschaften*) jesu dionička društva koja javnom ponudom svojih neograničeno prenosivih dionica prikupljaju statutom određeni temeljni kapital. Kod zatvorenih investicijskih fondova određeni se iznos temeljnog kapitala prikuplja samo jednom putem javne ponude njegovih dionica u koje ulažu ulagatelji, te se tako prikupljena sredstva potom ulažu u prenosive vrijednosne papire i druge likvidne financijske instrumente. Vrijednost dionica zatvorenih investicijskih fondova fluktuiraju sukladno ponudi i potražnji na tržištu kapitala, kao i vrijednosti vrijednosnih papira koji se nalaze u portfelju zatvorenog investicijskog fonda.<sup>12</sup>

S obzirom na način prikupljanja kapitala razlikuju se investicijski fondovi koji prikupljaju sredstva za ulaganje javnom ponudom ili privatnom ponudom. Zatvoreni investicijski fondovi prikupljaju sredstva javnom ponudom svojih dionica, za razliku od otvorenih financijskih fondova koji prikupljaju sredstva kako javnom ponudom, tako i privatnom ponudom svojih udjela. Pri javnoj ponudi je poziv za kupnju udjela, odnosno dionica fonda upućen neodređenom broju osoba, za razliku od privatne ponude koja je upućena određenom broju osoba ili kvalificiranim ulagateljima sukladno Zakonu o investicijskim fondovima (čl. 11., ZIF).<sup>13</sup> S obzirom na to ZIF razlikuje kao fondove s javnom ponudom: zatvoreni investicijski fond, zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom za ulaganje u neuvrštene vrijednosne papire, zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine te otvoreni investicijski fond (čl. 12., ZIF). Kao fondove s privatnom ponudom ZIF razlikuje otvoreni investicijski fond s privatnom ponudom i otvoreni investicijski fond rizičnog kapitala s privatnom ponudom (engl. *private equity fund*, *venture capital fund*)(čl. 13., ZIF).<sup>14</sup> Direktiva Vijeća ministara EU o usklađivanju zakona i drugih propisa o poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire iz 1985. godine usklađuje samo pravnu regulativu država članica u pogledu rada investicijskih fondova s javnom ponudom, pri čemu razlikuje

<sup>11</sup> Vidi web stranicu Investopedia, <http://www.investopedia.com/terms/o/open-endfund.asp>, 13. prosinca 2007.

<sup>12</sup> Vidi web stranicu Investopedia, <http://www.investopedia.com/terms/c/closed-endinvestment.asp>, 13. prosinca 2007.

<sup>13</sup> Kvalificirani ulagatelji jesu ulagatelji koji na temelju važećeg odobrenja posluju kao investicijski ili mirovinski fond, kao društvo za upravljanje investicijskim ili mirovinskim fondom, kao banka, kao osiguravajuće društvo ili kao brokersko društvo, te sva druga trgovačka društva ili fizičke osobe s tim da neto vrijednost imovine tih društava i fizičkih osoba prelazi 1.500.000,00 kuna i koji za potrebe ulaganja u određeni investicijski fond raspolažu gotovim novcem u iznosu od najmanje 750.000,00 kuna (čl. 2., ZIF).

<sup>14</sup> Čulinović-Herc, Edita, Pravno uređenje i nove vrste investicijskih fondova, Zbornik Opatija 2007., XLV. susret pravnika, Opatija, 9.-11. svibnja 2007., str. 28-29.

investicijska društva kao zatvorene investicijske fondove te otvorene investicijske fondove koji se pojavljuju pod različitim nazivima kao što su uzajamni fondovi, odnosno javni fondovi.

Konačno, uzimajući u obzir kriterij osoba koje se pojavljuju kao potencijalni ulagatelji razlikuju se investicijski fondovi čiji se udjeli, odnosno dionice nude kvalificiranim ulagateljima, a koji mogu biti investicijski ili mirovinski fondovi, društva za upravljanje investicijskim i mirovinskim fondovima, banke, osiguravajuća društva, brokerska društva te druga trgovačka društva, kao i fizičke osobe uz uvjet određene neto vrijednosti imovine tih društava i fizičkih osoba te da za potrebe ulaganja raspoložu određenom svotom gotovog novca.<sup>15</sup> Kvalificiranim ulagateljima se udjeli ili dionice otvorenih investicijskih fondova uvijek nude privatnom ponudom.<sup>16</sup> S druge strane, u zatvorene i otvorene investicijske fondove s javnom ponudom mogu ulagati i pravne i fizičke osobe bez obzira na veličinu njihove imovine koju namjeravaju uložiti u investicijske fondove.<sup>17</sup>

### 3. Društva za upravljanje investicijskim fondovima

#### 3.1. Pojam društva za upravljanje investicijskim fondovima

Društvo za upravljanje investicijskim fondovima (engl. *management company*, slov. *družba za upravljanje*, njem. *Kapitalanlagesellschaft*) Zakon o investicijskim fondovima određuje u čl. 19. kao trgovačko društvo osnovano u pravnom obliku društva s ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva čiji je predmet poslovanja isključivo osnivanje investicijskih fondova i upravljanje investicijskim fondovima, odnosno ulaganje novčanih sredstava u vlastito ime i za račun imatelja udjela otvorenih investicijskih fondova i u ime i za račun dioničara zatvorenih investicijskih fondova, kao i obavljanje drugih poslova koji

<sup>15</sup> Neto vrijednost imovine tih društava i fizičkih osoba mora prelaziti 1.500.000,00 kuna i oni moraju raspolagati za potrebe ulaganja u određeni investicijski fond gotovim novcem u iznosu od najmanje 750.000,00 kuna (čl. 2., ZIF).

<sup>16</sup> To su tzv. investicijski fondovi s dodatnim rizikom (engl. *hedge funds*, njem. *Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken*) u kojima društva za upravljanje imaju ovlast neograničeno uzimati zajmove ili izdavati derivativne financijske instrumente za račun imatelja udjela (engl. *leverage*), ili imaju ovlast prodavati imovinu za račun imatelja udjela, pri čemu ta imovina ne čini dio imovine investicijskog fonda u trenutku provedbe takve transakcije (engl. *short sales*), te mogu bez ikakvih ograničenja ulagati u prenosive vrijednosne papire, instrumente tržišta novca, derivativne financijske instrumente, bankarske depozite, udjele i dionice investicijskih fondova, kao i instrumente izdane na temelju plemenitih metala i drugih robnih burzi. Na taj način se osnivaju investicijski fondovi za ograničeni broj ulagatelja s vrlo visokim početnim ulozima, čime se želi osigurati veća fleksibilnost u provedbi investitorske strategije te visoki povrat uložениh sredstava. Iako se ti investicijski fondovi osnivaju u cilju smanjenja rizika ulaganja, oni se pokazuju rizičnijim u odnosu na cjelokupno tržište kapitala zbog toga što društva za upravljanje ulažu i u spekulativne investicije. Vidi web stranicu Investopedia, <http://www.investopedia.com/terms/h/hedgefund.asp>, 17. prosinca 2007.

<sup>17</sup> Čulinović-Herc, E., op. cit., str. 29.

su određeni Zakonom o investicijskim fondovima. Pritom se na pravni položaj društva za upravljanje investicijskim fondovima primjenjuju odredbe Zakona o investicijskim fondovima, a supsidijarno odredbe Zakona o trgovačkim društvima i Zakona o tržištu vrijednosnih papira. Na sličan način se određuje pojam društava za upravljanje i u slovenskom, njemačkom i europskom pravu.<sup>18</sup>

### **3.2. Pravni odnos između društva za upravljanje i investicijskog fonda**

Pravni odnos između društva za upravljanje i zatvorenog investicijskog fonda zasniva se sklapanjem ugovora o upravljanju između uprave društva za upravljanje i nadzornog odbora zatvorenog investicijskog fonda (čl. 76., ZIF).<sup>19</sup> Pritom se Pravilnikom o obveznom sadržaju ugovora između zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom i društva za upravljanje, koji je donijela HANFA, iz 2006. godine (NN 139/06.), propisuje sadržaj i oblik ugovora o upravljanju. Navedeni ugovor mora biti sklopljen u pisanom obliku (čl. 3. Pravilnika) te mora sadržavati podatke o društvu za upravljanje, zatvorenom investicijskom fondu, nadzornom odboru i upravi zatvorenog investicijskog fonda, rok na koji se sklapa ugovor, načela vođenja zatvorenog investicijskog fonda te odgovornost uprave zatvorenog investicijskog fonda (čl. 4. i 5.

<sup>18</sup> U slovenskom pravu Zakon o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (Uradni list RS, št. 110/02, 32/04, 42/04, 68/05, 114/06, 92/07, 109/07) u čl. 15. određuje da se društvo za upravljanje može osnovati u pravnom obliku dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću, a u čl. 16. se određuje da društvo za upravljanje može obavljati samo poslove upravljanja investicijskim fondovima, odnosno poslove upravljanja financijskom imovinom dobro upućenih individualnih ulagatelja, uz uvjet da istodobno upravlja i imovinom najmanje jednog uzajamnog fonda. U njemačkom pravu Investmentgesetz (InvG)(Investmentgesetz vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2676), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 5. Januar 2007 (BGBl. I S. 10)) u § 2. st. 6. određuju pojam društva za upravljanje kao kreditne institucije čija je temeljna svrha upravljanje investicijskim fondovima ili upravljanje investicijskim fondovima i individualnom imovinom. U § 6. InvG društvo za upravljanje se određuje kao kreditna institucija čiji je predmet poslovanja upravljanje investicijskim fondovima, kao i pružanje drugih usluga određenih Zakonom o investicijama koje se osniva ili u obliku dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću. Direktiva Vijeća ministara EU o PZIPVP, iz 1985. godine, u čl. 1.a st. 2. određuje društvo za upravljanje kao društvo kapitala čiji je predmet poslovanja upravljanje uzajamnim fondovima (otvorenim investicijskim fondovima) i/ili investicijskim društvima (zatvorenim investicijskim fondovima).

<sup>19</sup> U slovenskom pravu čl. 174. Zakona o investicijskih skladih in družbah za upravljanje uređuje sklapanje ugovora o upravljanju investicijskim društvom, kojim se društvo za upravljanje obvezuje upravljati investicijskim društvom u skladu sa Zakonom, s podzakonskim propisima i statutom investicijskog društva, a investicijsko društvo obvezuje se plaćati društvu za upravljanje proviziju za upravljanje u visini i rokovima koji su određeni statutom investicijskog društva te nadoknaditi druge troškove u vezi s upravljanjem investicijskog društva određene statutom investicijskog društva. Ugovor o upravljanju mora biti sklopljen u pisanom obliku te mora biti sklopljen na neodređeno vrijeme. Društvo za upravljanje ne može otkazati ugovor o upravljanju, za razliku od investicijskog društva koji može otkazati ugovor uz otkazni rok od 3 mjeseca (čl. 175., ZISDU). O otkazu ugovora odlučuje skupština investicijskog društva većinom koja je potrebna za izmjenu statuta investicijskog društva i uz prethodno mišljenje skrbnika.

Pravilnika).<sup>20</sup> Zatvoreni investicijski fond nema vlastitu upravu, već obveze i ovlasti koje ima uprava dioničkog društva u zatvorenom investicijskom fondu obnaša uprava društva za upravljanje.<sup>21</sup> Ona vodi poslove i zastupa zatvoreni investicijski fond u svim slučajevima, osim onih u kojima je za zastupanje zatvorenog investicijskog fonda ovlašten nadzorni odbor fonda. Na taj način uprava društva za upravljanje ima položaj zastupnika po zakonu zatvorenog investicijskog fonda koja u ime i za račun dioničara zatvorenog investicijskog fonda ulaže novčana sredstva, upravlja investicijskim fondom i obavlja druge poslove. Pritom imovina zatvorenog investicijskog fonda mora biti odijeljena od imovine društva za upravljanje te pohranjena pri depozitnoj banci. Društvo za upravljanje prethodno mora pribaviti suglasnost HANFA-e za obavljanje poslova upravljanja i osnivanja investicijskih fondova (čl. 28., ZIF).<sup>22</sup> Statutom zatvorenog investicijskog fonda uređuju se pravni odnosi između društva za upravljanje i dioničara zatvorenog investicijskog fonda (čl. 110., ZIF).<sup>23</sup>

Kada se radi o pravnom odnosu društva za upravljanje i otvorenog investicijskog fonda, on se zasniva na temelju ovlasti društva za upravljanje da osnuje otvoreni investicijski fond uz prethodno odobrenje HANFA-e, i to donošenjem statuta otvorenog investicijskog fonda<sup>24</sup> te sklapanjem ugovora o pohrani imovine otvorenog investicijskog fonda s depozitnom bankom.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Ugovor mora imati sljedeće obvezne elemente: 1) podaci o društvu za upravljanje (naziv i tvrtku društva; temeljni kapital društva; broj rješenja Agencije o odobrenju za rad, dan upisa u sudski registar i MBS društva; broj i naziv fondova kojima društvo upravlja; naziv osobe ili osoba ovlaštenih za zastupanje društva i pravna osnova tog ovlaštenja); 2) podaci o zatvorenom fondu (naziv i vrsta zatvorenog fonda; temeljni kapital zatvorenog fonda; broj pod kojim se vodi u registru fondova Agencije; naziv depozitne banke; oznaku dionica i podatke o uvrštenju na burzu ili uređeno javno tržište u RH); 3) podaci o nadzornom odboru zatvorenog fonda (broj članova nadzornog odbora; naziv osobe ili osoba ovlaštenih za zastupanje i pravna osnova tog ovlaštenja; izjavu ovlaštene osobe ili osoba da ne postoji zapreke za članstvo u nadzornom odboru propisane člankom 70. ZIF-a); 4) podaci o upravi zatvorenog fonda (imena i prezimena predloženih članova uprave; podaci o njihovim plaćama ili naknadama); 5) rok na koji se ugovor sklapa i rok za raskid ugovora koji ne može biti kraći od 6 mjeseci).

<sup>21</sup> Tako i čl. 168. slovenskog Zakona o investicijskih skladnih in družbah za upravljanje koji određuje da investicijsko društvo nema upravu, već njezine ovlasti i obveze ima društvo za upravljanje.

<sup>22</sup> Tako i u slovenskom pravu u čl. 171-173. ZISDU-a.

<sup>23</sup> U slovenskom pravu je obvezatni sadržaj statuta investicijskog društva određen čl. 165. ZISDU, a pri usvajanju statuta u postupku osnivanju investicijskog društva, kao i pri naknadnim izmjenama statuta potrebno je dobiti suglasnost Agencije za tržište vrijednosnih papira (*Agencija za trg vrednostnih papirjev*) (čl. 166-167., ZISDU).

<sup>24</sup> Bilo bi primjerenije koristiti pojam pravila upravljanja otvorenim investicijskim fondom uzimajući u obzir primjere slovenskog i njemačkog zakonodavstva, budući da se pojam statuta kao temeljnog osnivačkog akta pojavljuje u hrvatskom pravu samo u slučaju osnivanja dioničkog društva, a otvoreni investicijski fond ni nema položaj trgovačkog društva.

<sup>25</sup> Zakon o investicijskim fondovima rabi u čl. 57. pojam ugovora o poslovima depozitne banke, ali istodobno i pojam ugovora o pohrani. Trebalo bi se dosljedno opredijeliti za primjenu jednog od dva naprijed spomenuta pojma, pri čemu bi primjereniji bio pojam ugovora o poslovima depozitne banke.

Društvo za upravljanje podnosi zahtjev za izdavanje odobrenja za osnivanje otvorenog investicijskog fonda i prijavu za upis otvorenog investicijskog fonda u odgovarajući registar HANFA-e (čl. 91., ZIF) te se prospektu fonda prilaže i statut otvorenog investicijskog fonda (čl. 110. st. 2. i čl. 144. st. 2., ZIF). U slovenskom pravu uzajamne fondove može osnivati samo društvo za upravljanje donošenjem pravila upravljanja uzajamnim fondom i sklapanjem ugovora o obavljanju skrbničkih poslova sa skrbnikom (čl. 115., ZISDU) uz prethodno dobivanje odobrenja Agencije za tržište vrijednosnih papira za upravljanje uzajamnim fondom (čl. 116., ZISDU).<sup>26</sup> Donošenjem statuta otvorenog investicijskog fonda i sklapanjem ugovora o pohrani imovine fonda s depozitnom bankom društvo za upravljanje dobiva pravni položaj komisionara koji upravlja imovinom otvorenog investicijskog fonda u svoje ime, a za račun imatelja udjela u otvorenom investicijskom fondu. Na taj način se određuje položaj društva za upravljanje u odnosu na uzajamni fond i u slovenskom pravu (čl. 135. st. 2., ZISDU) te njemačkom pravu (§ 31 st. 1., InvG).<sup>27</sup> Pritom je imovina otvorenog investicijskog fonda odijeljena od imovine društva za upravljanje, što proizlazi i iz obveze sklapanja ugovora o pohrani imovine otvorenog investicijskog fonda s depozitnom bankom na temelju kojeg se banka obvezuje obavljati poslove pohrane zasebne imovine fonda, poslove vođenja posebnih računa za imovinu fonda i odjeljivanja imovine svakog pojedinog fonda od imovine ostalih fondova te obavlja ostale poslove depozitne banke (čl. 49. i 53., ZIF).<sup>28</sup> Imovina otvorenog investicijskog fonda predstavlja zasebnu imovinu koja se nalazi u suvlasništvu svih imatelja udjela u fondu.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Tako i u njemačkom pravu § 43 InvG određuje obvezu društva za upravljanje da usvoji pravila uzajamnog fonda (njem. *Vertragsbedingungen*) kojima se uređuju odnosi između društva za upravljanje i imatelja udjela u uzajamnom fondu prije izdavanja udjela uzajamnog fonda, pri čemu te uvjete odobrava Savezna agencija za nadzor financijskih usluga (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*). U § 20 InvG određuje se obveza društva za upravljanje da imenuje depozitnu banku radi pohrane imovine investicijskog fonda i obavljanja drugih poslova depozitne banke. Svako imenovanje i naknadnu izmjenu depozitne banke mora potvrditi Savezna agencija za nadzor financijskih usluga (§ 21, InvG).

<sup>27</sup> Odlika je ugovora o komisiji da komisionar sklapa ugovore s trećim osobama i poduzima druge pravne radnje, pri čemu su ti ugovori njegovi osobni, a treća osoba ne mora znati za komitenta za čiji račun se sklapaju ugovori. Konačno, svaka imovina koju je komitent prenio na komisionara ne prelazi u njegovo vlasništvo, već i nadalje ostaje u vlasništvu komitenta. U slučaju otvaranja stečajnog postupka nad komisionarom, komitent ima položaj izlučnog vjerovnika. Vidi u Gorenc, Vilim (gl. urednik), Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005., str. 1154-1157. i 1180-1185.

<sup>28</sup> Ima autora koji smatraju da se zasebna imovina fonda prenosi na temelju ugovora koji sklapaju ulagatelji i društvo za upravljanje u povjerenstvo, odnosno fiducijarno vlasništvo društva za upravljanje. Vidi u Miladin, Petar, Markovinović, Hrvoje, Založno pravo na pravu, Zbornik Opatija 2007., XLV. susret pravnik, Opatija, 9.-11. svibnja 2007., str. 137.

<sup>29</sup> Zakon o investicijskim fondovima određuje da imovinu otvorenog investicijskog fonda čine sredstva prikupljena izdavanjem i javnom prodajom udjela u fondu, imovina stečena ulaganjem uplaćenih novčanih sredstava te prihodi i prava proizašla iz imovine fonda koja predstavlja zasebnu imovinu u zajedničkom vlasništvu svih imatelja udjela u fondu (čl. 89., ZIF). Uzimajući u obzir odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96.) koji u čl. 57. određuje



### 3.3. Temeljna obilježja društva za upravljanje

Društva za upravljanje investicijskim fondovima mogu se osnivati samo u obliku društava kapitala.<sup>30</sup> Pritom se zakonom propisuje predmet poslovanja tih društava koji im je isključivo povjeren: osnivanje i upravljanje zatvorenim i otvorenim investicijskim fondovima, poslovi ulaganja novčanih sredstava investicijskih fondova te obavljanje drugih poslova određenih zakonom.<sup>31</sup>

zajedničko vlasništvo kao vlasništvo na nepodijeljenoj stvari dviju ili više osoba (zajedničari) koje sve u njemu imaju udjela, ali veličina njihovih udjela nije određena, bez obzira na to što je određiva može se zaključiti da imovina otvorenog investicijskog fonda nije u zajedničkom vlasništvu imatelja udjela u fondu. Daljnja karakteristika zajedničkog vlasništva je ta da zajedničar ne može samostalno raspolagati svojim udjelom u zajedničkom vlasništvu (čl. 58. i 61., ZVDSP), zajedničari mogu samo zajedno ostvarivati svoje vlasničke ovlasti i upravljati zajedničkom stvari (čl. 59. i 60., ZVDSP) te solidarno odgovaraju za troškove i terete koji su nastali u pogledu zajedničke stvari, a plodovi zajedničke stvari pripadaju svim zajedničarima. S druge strane Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima u čl. 36. određuje pojam suvlasništva kada više osoba ima neku stvar u svom vlasništvu tako da svakoj pripada po dio tog prava vlasništva, računski određen razmjerom prema cijelom pravu vlasništva te stvari, pa su sve one suvlasnici te stvari, a dijelovi prava vlasništva koji im pripadaju su njihovi suvlasnički dijelovi. Daljnja odlika suvlasništva je ta da suvlasnik može samostalno pravno raspolagati svojim suvlasničkim dijelom (čl. 37., ZVDSP), svaki suvlasnik ima pravo sudjelovati u upravljanju stvari koja se nalazi u suvlasništvu zajedno s ostalim suvlasnicima, pri čemu se odluke donose većinom glasova suvlasnika (čl. 39. i 40., ZVDSP), plodovi i druge koristi od cijele stvari, kao i troškovi i tereti dijele se među suvlasnike razmjerno veličini njihovih suvlasničkih dijelova (čl. 38., ZVDSP). Konačno, suvlasnici mogu suglasno povjeriti upravljanje stvarju određenoj osobi kao upravitelju koji djeluje kao njihov opunomoćenik (čl. 44., ZVDSP). Uzimajući u obzir odredbe Zakona o investicijskim fondovima koje određuju da su udjeli u otvorenom investicijskom fondu slobodno prenosivi bez ikakvog ograničenja (čl. 92. st. 3., ZIF), da imatelji udjela odgovaraju za obveze otvorenog investicijskog fonda do visine iznosa svojeg udjela u fondu (čl. 90., ZIF) te da imatelji udjela imaju pravo na razmjerni udio u dobiti fonda (čl. 87., ZIF), kao i to da je u svakom trenutku moguće utvrditi vrijednost udjela u imovini otvorenog investicijskog fonda pojedinog imatelja udjela (čl. 150., ZIF), moguće je zaključiti da su imatelji udjela u otvorenom investicijskom fondu suvlasnici imovine fonda. Konačno, oni povjeravaju upravljanje imovinom otvorenog investicijskog fonda društvu za upravljanje (čl. 99., ZIF) te društvu za upravljanje ima obvezu u svakom trenutku utvrditi vrijednost imovine fonda, kao i vrijednost pojedinog udjela u imovini fonda (čl. 150., ZIF), a imatelj udjela u otvorenom investicijskom fondu ima pravo prodati, odnosno zatražiti otkup udjela u otvorenom investicijskom fondu (čl. 158. i 159., ZIF). Tako i § 30 njemačkog InvG određuje da je imovina uzajamnog fonda ili u vlasništvu društva za upravljanje ili u suvlasništvu (njem. *Miteigentum*) imatelja udjela u uzajamnom fondu, pri čemu je imovina uzajamnog fonda odijeljena od imovine društva za upravljanje. U slovenskom pravu čl. 112. st. 1. ZISDU-a određuje da je imovina uzajamnog fonda odijeljena od imovine društva za upravljanje koje upravlja fondom te se nalazi u suvlasništvu imatelja investicijskih kupona uzajamnog fonda. Investicijski kupon je prenosivi vrijednosni papir na ime koji izdaje društvo za upravljanje, a koji glasi na jedinicu, više jedinica ili dio jedinice imovine uzajamnog fonda i daje svojem imatelju pravo na isplatu otkupne vrijednosti jedinica imovine uzajamnog fonda na koje glasi investicijski kupon od društva za upravljanje, pravo na isplatu razmjernog dijela čistog doprinosa od naloga uzajamnog fonda, ako pravila upravljanja uzajamnim fondom tako određuju (čl. 126., ZISDU). O pitanju pravnog režima zasebne imovine otvorenog investicijskog fonda vidi i kod Miladin, P., Markovinović, H., op. cit., str. 138.

<sup>30</sup> Čl. 19., ZIF, čl. 15., ZISDU, § 6, InvG, čl. 1.a st. 2. Direktive o PZIPVP.

<sup>31</sup> Čl. 19., ZIF, čl. 16., ZISDU, § 6 st. 1. i § 7 st. 2., InvG, čl. 5. Direktive o PZIPVP. U hrvatskom Zakonu o investicijskim fondovima u čl. 21. st. 1. se propisuje da samo društvo za upravljanje

### 3.3.1. Ograničenja u pogledu stjecanja udjela u društvu za upravljanje

Zakon o investicijskim fondovima u čl. 20. izričito propisuje ograničenja za društvo za upravljanje da ima udjele u brokerskom društvu, banci ovlaštenoj za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima te u depozitnoj banci. Time se želi spriječiti pojava sukoba interesa između društva za upravljanje i imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskog fonda i eventualne zloupotrebe društva za upravljanje. Pritom se zahtijeva da društvo za upravljanje investicijskim fondom ne smije imati kontrolni utjecaj ili kontrolni udio u brokerskom društvu ili banci ovlaštenoj za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima. Za određena postojanja kontrolnog utjecaja, odnosno kontrolnog udjela valjalo bi primijeniti odredbe čl. 9.-11. Zakona o bankama (NN 84/02., 141/06.).<sup>32</sup> To znači da društvo za upravljanje ne bi smjelo imati položaj vladajućeg društva u odnosu na brokersko društvo ili banku ovlaštenu za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima. U čl. 8. st. 1. Zakona o bankama se određuje da jedan pravni subjekt sudjeluje u drugoj pravnoj osobi ako ima izravni ili neizravni udio u iznosu od 20 % ili više u temeljnom kapitalu te pravne osobe ili glasačkim pravima u toj pravnoj osobi. Nadalje, stavak 2. istog članka određuje da kvalificirani udjel postoji kada ulagatelj izravno ili neizravno stječe 10 % ili više udjela u temeljnom kapitalu druge pravne osobe ili u glasačkim pravima u toj pravnoj osobi, ili ako je taj udio manji od 10 %, ali postoji utjecaj na upravljanje pravnom osobom u koju je izvršeno ulaganje. Konačno, Zakon o tržištu

---

investicijskim fondovima može u nazivu tvrtke ili njegovu dodatku upotrebljavati riječi “društvo za upravljanje fondovima”, “investicijsko društvo”, “uprava fondova”, “investitor”, “invest” ili “investirati” sa svrhom označavanja predmeta poslovanja te u promidžbene svrhe. Pritom valja uočiti da se u Direktivi o PZIPVP i usporednom pravu rabi pojam “investicijsko društvo” za zatvoreni investicijski fond, što znači da taj pojam ne može u svojoj tvrtki koristiti društvo za upravljanje investicijskim fondovima.

<sup>32</sup> Tako Zakon o bankama u čl. 11. st. 1. određuje da kontrola, odnosno kontrolni utjecaj postoji u slučaju postojanja odnosa vladajućeg i ovisnog društva ili odnosa između fizičke ili pravne osobe i druge fizičke ili pravne osobe kojim se ostvaruje isti ili sličan utjecaj kakav postoji u odnosu vladajućeg i ovisnog društva. Zakon o trgovačkim društvima u čl. 475. određuje da odnos ovisnog i vladajućeg društva postoji kad vladajuće društvo ima neposredno ili posredno prevladavajući utjecaj na ovisno društvo, pri čemu se taj utjecaj očituje u mogućnosti utjecaja na vođenje poslova i donošenje odluka u ovisnom društvu. Postojanje tog odnosa se pretpostavlja u slučaju postojanja odnosa društva s većinskim sudjelovanjem u drugom društvu (čl. 474., ZTD). Vidi u Jurić, Dionis, Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 2/2006., str. 942-945. Zakon o bankama u čl. 11. st. 2. pretpostavlja da kontrolni utjecaj postoji ako vladajuće društvo u ovisnom društvu ispunjava najmanje jedan od sljedećih uvjeta: a) ima izravan ili neizravan većinski udjel u kapitalu ili izravnu ili neizravnu većinu glasačkih prava (više od 50 % udjela u temeljnom kapitalu ili više od 50 % glasačkih prava, vidi čl. 474., ZTD); b) ima pravo imenovati ili opozvati većinu članova uprave ili nadzornog odbora; c) ima pravo provoditi dominantan utjecaj; d) ima pravo upravljanja poslovnim i financijskim politikama društva na temelju ovlasti iz statuta/društvenog ugovora ili poduzetničkog ugovora; e) ima kontrolu nad više od 50 % glasačkih prava uspostavljenu na temelju sporazuma s drugim imateljima prava glasa, ili f) ima moć usmjeravanja većine glasova na sastancima uprave, nadzornog odbora ili odgovarajućega upravljačkog tijela društva.

vrijednosnih papira (NN 84/02., 138/06.) u čl. 2. t. 16. određuje pojam kvalificiranog udjela kao izravno ili neizravno ulaganje na temelju kojeg ulagatelj stječe 10 % ili više udjela u kapitalu ili glasačkim pravima u brokerskom društvu, burzi ili središnjoj depozitarnoj agenciji odnosno ulaganje manje od 10 % ukoliko postoji utjecaj na upravljanje brokerskim društvom, burzom ili središnjom depozitarnom agencijom. Nadalje, Zakon o tržištu vrijednosnih papira u čl. 19.a st. 1. obvezuje da osoba koja posredno ili neposredno stječe kvalificirani udio u temeljnom kapitalu brokerskog društva, burze ili središnje depozitarne agencije prethodno mora pribaviti odobrenje HANFA-e za stjecanje kvalificiranog udjela.<sup>33</sup> Osoba koja stekne ili posjeduje dionice ili poslovne udjele, a koje čine kvalificirani udio i za koje nije pribavljeno odobrenje HANFA-e za stjecanje, nema pravo glasa, odnosno sudjelovanja u upravljanju brokerskim društvom, burzom ili središnjom depozitarnom agencijom na temelju dionica ili poslovnih udjela koje je pribavila na taj način (čl. 19.c st. 1., ZTVP).<sup>34</sup> Ove odredbe (čl. 2. t. 16. i čl. 19.a-19.c,

<sup>33</sup> Ova odredba primjenjuje se i u slučaju stjecanja kvalificiranog udjela u banci koja je ovlaštena za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima te u depozitnoj banci. U čl. 19.a st. 2. ZTVP-a se propisuje daljnja obveza imatelja kvalificiranog udjela da je dužan za svako daljnje stjecanje dionica ili poslovnog udjela brokerskog društva, burze ili središnje depozitarne agencije na osnovi kojih stječe ili prelazi 20%, 33%, 50% ili 75% udjela u glasačkim pravima ili kapitalu prethodno zatražiti odobrenje HANFA-e. Obveza obavještanja HANFA-e postoji za imatelja kvalificiranog udjela ako namjerava otuđiti svoje dionice ili poslovni udio tako da bi se uslijed toga njegov udio smanjio ispod granice za koju je dobio odobrenje, mora o tome prethodno obavijestiti Agenciju (čl. 19.a st. 3., ZTVP). Odobrenje za stjecanje kvalificiranog udjela, odnosno svako daljnje stjecanje udjela prestaje važiti ako osoba u roku 6 mjeseci od izdavanja odobrenja HANFA-e ne stekne dionice ili poslovne udjele na koje se odobrenje odnosi (čl. 19.a st. 5., ZTVP). Zahtjevu za izdavanje odobrenja za stjecanje kvalificiranog udjela osoba koja želi steći kvalificirani udio mora priložiti: 1. za dioničare – pravne osobe koji su imatelji kvalificiranih udjela: izvod iz sudskog registra, odnosno drugog odgovarajućeg javnog registra; ako je dioničar dioničko društvo uz navedeno treba priložiti i izvadak dioničara iz registra dionica, odnosno ako dionice glase na ime donosioca, onda ovjereni prijepis javnobilježničke isprave o popisu prisutnih na posljednjoj skupštini, za dioničare koji su strane pravne osobe isprave je nužno priložiti u ovjerenom prijevodu; financijske izvještaje za posljednje 2 poslovne godine; 2. popis osoba koje su povezane s imateljima kvalificiranih udjela te opisom načina povezanosti (čl. 19.b st. 1., ZTVP). HANFA će odbiti izdavanje odobrenja za stjecanje kvalificiranog udjela ako iz podataka kojima raspolaze proizlazi: a) da bi zbog pravnog, odnosno financijskog položaja budućeg imatelja kvalificiranog udjela, odnosno zbog djelatnosti ili poslova koje obavlja budući imatelj kvalificiranog udjela ili s njime povezane osobe, odnosno zbog postupaka koje su budući imatelj kvalificiranog udjela ili s njime povezane osobe činili, moglo biti ugroženo poslovanje brokerskog društva, burze ili središnje depozitarne agencije; da bi zbog djelatnosti ili poslova koje obavlja budući imatelj kvalificiranog udjela odnosno s njime povezane osobe, odnosno zbog načina povezanosti među ovim osobama moglo biti onemogućeno odnosno bitno otežano obavljanje nadzora nad brokerskim društvom, burzom ili središnjom depozitarnom agencijom (čl. 19.c st. 2., ZTVP). HANFA će odbiti izdavanje odobrenja za stjecanje kvalificiranog udjela inozemnom budućem imatelju kvalificiranog udjela ako bi, uzimajući u obzir propise države te osobe, odnosno uzimajući u obzir praksu države te osobe glede primjene i izvršavanja tih propisa, obavljanje nadzora sukladno ZTVP-u moglo biti onemogućeno, odnosno bitno otežano.

<sup>34</sup> Pravo glasa, za vrijeme dok imatelj na temelju dionica ili poslovnog udjela koje je stekao u suprotnosti s odredbom članka 19a. stavka 1., odnosno 2. ZTVP-a nema pravo glasa, pribraja se

ZTVP) bi se trebalo primijeniti, *mutatis mutandi*, i u slučaju stjecanja kvalificiranog udjela većeg od 10 % u temeljnom kapitalu društva za upravljanje, pri čemu bi suglasnost za stjecanje davala HANFA. Kada se radi o udjelima društva za upravljanje u depozitnoj banci s kojom je sklopio ugovor o pohrani imovine investicijskog fonda, Zakon zabranjuje postojanje takvih udjela.<sup>35</sup> Konačno, poslovanje depozitne banke i društva za upravljanje moraju biti organizacijski odvojena, a na tim poslovima ne smiju biti zaposlene iste osobe (čl. 20. st. 2., ZIF).

Tako bi trebalo postupiti u pogledu stjecanja udjela u brokerskim društvima, bankama ovlaštenim za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima i depozitnim bankama, ali i stjecanju kvalificiranog udjela u društvu za upravljanje imajući u vidu odredbe slovenskog, njemačkog i europskog prava. U slovenskom pravu čl. 54. st. 6. zabranjuje društvu za upravljanje da za račun investicijskog fonda kojim upravlja stječe kvalificirani udio u iznosu većem od 10 % prava glasa, odnosno 10 % udjela u temeljnom kapitalu skrbnika. U slučaju ako dioničari društva za upravljanje stječu kvalificirani udio u iznosu većem od 10 % od ukupnog prava glasa, odnosno udjela u temeljnom kapitalu društva za upravljanje, za takvo stjecanje trebaju prethodno dobiti odobrenje Agencije za tržište vrijednosnih papira (čl. 12. i 19., ZISDU). U njemačkom pravu § 22 InvG određuje da depozitna banka mora postupati neovisno od društva za upravljanje i isključivo u interesu imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskog fonda, pri čemu članovi uprave, prokuristi i trgovački punomoćnici depozitne banke ne mogu biti istodobno i radnici društva za upravljanje, a to vrijedi i za zastupnike društva za upravljanje. U § 2b st. 3 njemačkog Zakona o bankama (*Kreditwesengesetz*)<sup>36</sup> propisuje se obveza stjecatelja udjela, odnosno dionica društva za upravljanje<sup>37</sup> da prijave Saveznoj agenciji za nadzor financijskih usluga stjecanje kvalificiranog udjela u iznosu većem od 10 % od ukupnog prava glasa, odnosno udjela u temeljnom kapitalu društva za upravljanje, koja daje odobrenje za takvo stjecanje dionica društva za upravljanje. Konačno, čl. 5.e Direktive o PZIPVP određuje da se u slučaju stjecanja kvalificiranih udjela u društvu za upravljanje imaju primijeniti pravila Direktive Vijeća ministara EU o investicijskim uslugama u području vrijednosnih papira iz 1993. godine.<sup>38</sup>

---

pravu glasa drugih dioničara ili članova brokerskog društva, burze ili središnje depozitarne agencije razmjerno njihovom udjelu u temeljnom kapitalu na način da imatelj u glasovanju sudjeluje samo s udjelom dionica ili poslovnim udjelom kojima ne krši odredbu članka 19.a stavka 1., odnosno 2. ZTVP-a (čl. 19.c st. 2., ZTVP).

<sup>35</sup> Vrlo se često kao osnivači društava za upravljanje investicijskim fondovima pojavljuju banke koje su istodobno dobile i odobrenje Hrvatske narodne banke za obavljanje poslova depozitne banke.

<sup>36</sup> Kreditwesengesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007, BGBl. I S. 3089.

<sup>37</sup> To će osobito biti slučaj ako je stjecatelj udjela, odnosno dionica društva za upravljanje depozitna kreditna institucija (depozitna banka) ili društvo ovlašteno za obavljanje poslova trgovanja vrijednosnim papirima (ovlašteno društvo).

<sup>38</sup> Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field.

### 3.3.2. Temeljni kapital društva za upravljanje

Zakon o investicijskim fondovima propisuje minimalni iznos temeljnog kapitala društva za upravljanje na 1.000.000,00 kuna, bez obzira radi li se o dioničkom društvu ili društvu s ograničenom odgovornošću (čl. 21. st. 1., ZIF).<sup>39</sup> U slučaju ako ukupna neto vrijednost imovine fondova kojim upravlja društvo za upravljanje prijeđe iznos od 1.875.000.000,00 kuna, Zakon propisuje da temeljni kapital društva mora biti veći za najmanje 0.02 % iznosa za koji neto vrijednost imovine fondova kojima upravlja prelazi navedeni granični iznos, do najvišeg iznosa temeljnog kapital u visini od 75.000.000,00 kuna. HANFA je Pravilnikom o obliku i iznosu temeljnog kapitala koja su društva za upravljanje investicijskim fondovima dužna održavati iz 2006. godine (NN 97/06.) odredila da se temeljeni kapital društva za upravljanje mora sastojati od likvidnih sredstava, pri čemu se najmanje 50 % propisanog temeljnog kapital mora održavati u dužničkim vrijednosnim papirima koje izdaju Republika Hrvatska i Hrvatska narodna banka i za koje jamči Republika Hrvatska, u novčanim sredstvima i novčanim depozitima kod financijskih institucija.<sup>40</sup> Na taj način se želi osigurati odgovarajuća zaštita imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskih fondova kojima upravlja društvo za upravljanje. U slovenskom pravu je u čl. 17. ZISDU-a određeno da je minimalni temeljni kapital društva za upravljanje 200.000,00 eura, pri čemu se dionice, odnosno poslovni udjeli društva, mogu uplatiti samo u novcu i u cijelosti prije upisa osnivanja društva za upravljanje u sudski registar, odnosno prije upisa povećanja temeljnog kapitala u sudski registar.<sup>41</sup> U slučaju ako je društvo za upravljanje osnovano u pravnom

<sup>39</sup> Inače Zakon o trgovačkim društvima u čl. 162. propisuje da je minimalni iznos temeljnog kapitala dioničkog društva 200.000,00 kuna, a u čl. 389. st. 2. određuje da je minimalni temeljni kapital društva s ograničenom odgovornošću 20.000,00 kuna. Zakon o bankama propisuje u čl. 15. minimalni temeljni kapital banke od 40.000.000,00 kuna, koja je osnovana u pravnom obliku dioničkog društva.

<sup>40</sup> U drugim oblicima imovine nije dopušteno održavanje temeljnog kapitala društva za upravljanje investicijskim fondovima.

<sup>41</sup> U slučaju ako ukupna vrijednost cjelokupne imovine u upravljanju, kojom društvo za upravljanje upravlja za račun investicijskih fondova premašuje iznos od 250.000.000,00 eura, društvo za upravljanje pored temeljnog kapitala od 200.000,00 eura mora osigurati dodatni kapital najmanje u visini od 0.02 % vrijednosti razlike između imovine u upravljanju kojim upravlja društvo za račun investicijskih fondova i iznosa od 250.000.000,00 eura (čl. 17. st. 3., ZISDU). Pritom je društvo za upravljanje dužno osigurati dodatni kapital u takvoj visini da iznos dodatnog kapitala i temeljnog kapitala ne prelazi iznos od 10.000.000,00 eura (čl. 19. st. 4., ZISDU). Konačno, temeljni kapital društva za upravljanje ne smije biti manji od iznosa od 25 % stalnih općih troškova društva u protekloj godini. U čl. 17.a ZISDU određuje se da se kapital društva za upravljanje sastoji od: 1. uplaćenog temeljnog kapitala i uplaćenog viška kapitala, osim uplaćenog temeljnog kapitala i uplaćenog viška kapitala iz povlaštenih kumulativnih dionica; 2. rezervi; 3. rezervacija, koje je društvo za upravljanje oblikovalo za opće rizike, koje su namijenjene za pokriće mogućih gubitaka zbog rizika koji proizlaze iz cjelokupnog poslovanja društva; 4. prenesena čista dobit prethodnih poslovnih godine; 5. čista dobit tekuće poslovne godine; 6. druge stavke, koje su po svojim osobinama jednake stavkama od točke 1.-4.; 7. iznos temeljnog kapitala i kapitalnih rezervi, uplaćen na temelju povlaštenih kumulativnih dionica s fiksnim doprinosom; 8. podređeni



obliku dioničkog društva, ono može izdavati samo dionice na ime istoga roda, i to u nematerijaliziranom obliku (čl. 18., ZISDU). U njemačkom pravu § 11 InvG određuje da najniži iznos temeljnog kapitala društva za upravljanje mora iznositi 730.000,00 eura.<sup>42</sup> Direktiva o PZIPVP u čl. 5.a st. 1. t. (a) određuje da minimalni temeljni kapital društva za upravljanje mora iznositi 125.000,00 eura.<sup>43</sup> Odredbe hrvatskog Zakona o investicijskim fondovima su samo

dužnički instrumenti (uz uvjet da su: uplaćeni u cijelosti; nisu osigurani; u slučaju stečaja ili likvidacije društva za upravljanje podređeni su svim drugim obvezama društva; rok dospijeca je duži od 5 godina; imatelj ih ne može unovčiti prijevremeno; raspoloživi su za pokriće gubitaka društva za upravljanje tek u slučaju stečaja ili likvidacije; nisu na raspolaganju za pokriće gubitaka za vrijeme redovitog poslovanja društva za upravljanje); 9. druge stavke, koje su po svojim osobinama jednake stavkama od točke 7.-8. Temeljni kapital društva za upravljanje se smanjuje za sljedeće stavke: 1. vlastite dionice ili poslovni udjeli; 2. nematerijalizirana dugoročna sredstva; 3. preneseni gubici iz prijašnjih godina i gubitak iz tekuće poslovne godine; 4. nelikvidna sredstva, koje nije moguće unovčiti u trenutku koji je potreban za pravovremeno ispunjenje dospjelih novčanih obveza; 5. druge stavke, koje su po svojim osobinama jednake stavkama od točke 1.-4.; 6. ulaganja društva za upravljanje u dionice, poslovne udjele, podređene dužničke instrumente i druga ulaganja u osobe, koja pri osiguranju kapitalne primjerenosti izračunavaju kapital jednako kao društvo za upravljanje i pri tome takva ulaganja mogu uzimati u izračun svojeg kapitala; 7. ulaganja društva za upravljanje u dionice, poslovne udjele, podređene dužničke instrumente i druga ulaganja u osobe, koja pri osiguranju kapitalne primjerenosti izračunavaju kapital jednako kao društvo za upravljanje i pri tome takva ulaganja mogu uzimati u izračun svojeg kapitala u opsegu koji prelazi 10 % kapitala društva za upravljanje, izračunatog prije odbitka stavke iz točke 6. i stavke te točke; 8. druge stavke, koje su po svojim osobinama jednake stavkama od točke 6.-7. Agencija za tržište vrijednosnih papira donosi pravilnik o načinu izračuna kapitala, rokovima, načinu i sadržaju izvješća društva za upravljanje o ispunjavanju kapitalne primjerenosti društva.

<sup>42</sup> U slučaju ako je društvo za upravljanje ovlašteno obavljati i sporedne poslove upravljanja i skrbništva nad udjelima investicijskih fondova za druge osobe, ako su ti udjeli izdani sukladno Zakonu o investicijama ili su ih izdala strana investicijska društva ili ako društvo upravlja investicijskim fondovima koji ulažu u nekretnine minimalni temeljni kapital društva za upravljanje mora iznositi 2.500.000,00 eura (§ 11. st. 1. t. 1., InvG). U slučaju ako vrijednost imovine investicijskog fonda kojim upravlja društvo za upravljanje premaši iznos od 3.000.000.000,00 eura, društvo mora osigurati dodatni kapital najmanje u visini od 0.02 % vrijednosti razlike između imovine u upravljanju kojim upravlja društvo za račun investicijskih fondova i iznosa od 3.000.000.000,00 eura, pri čemu ukupni iznos dodatnog kapitala i temeljnog kapitala ne mora prelaziti iznos od 10.000.000,00 eura (§ 11. st. 1. t. 2., InvG). Neovisno o odredbama Zakona o investicijama o iznosu minimalnog temeljnog kapitala društvo za upravljanje mora u svakom trenutku održavati temeljni kapital koji mora iznositi najmanje 25 % njegovih troškova u protekloj poslovnoj godini (§ 11. st. 3., InvG).

<sup>43</sup> U slučaju ako vrijednost imovine investicijskog fonda kojim upravlja društvo za upravljanje prijeđe iznos od 250.000.000,00 eura, društvo mora osigurati dodatni kapital najmanje u visini od 0.02 % vrijednosti razlike između imovine u upravljanju kojim upravlja društvo za račun investicijskih fondova i iznosa od 250.000.000,00 eura, pri čemu ukupni iznos dodatnog kapitala i temeljnog kapitala ne mora prelaziti iznos od 10.000.000,00 eura. Pri utvrđivanju vrijednosti imovine investicijskih fondova kojima upravlja društvo za upravljanje uzima se u obzir imovina uzajamnih fondova kojima upravlja društvo, imovina investicijskih društava s kojima je društvo za upravljanje sklopilo ugovor o upravljanju, kao i imovina ostalih poduzeća za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire kojom upravlja društvo. Društvo za upravljanje neovisno o navedenim odredbama Direktive o minimalnom temeljnom kapitalu mora imati vlastita sredstva u visini od 25 % njihovih stalnih općih troškova iz prethodne poslovne godine. Države članice mogu



djelomično usklađene s odredbama Direktive o PZIPVP, pa bi ih bilo potrebno upotpuniti, osobito sa zahtjevom da društvo za upravljanje neovisno o odredbama o minimalnom temeljnom kapitalu mora imati vlastita sredstva u visini od 25 % njihovih stalnih općih troškova iz prethodne poslovne godine.

### 3.3.3. Predmet poslovanja društva za upravljanje

Odlika društava za upravljanje investicijskim fondovima je ta da se samim Zakonom propisuje predmet poslovanja, te propisane poslove može obavljati samo društvo za upravljanje. U čl. 23. st. 1. ZIF-a određuje se da je predmet poslovanja društva za upravljanje isključivo osnivanje i upravljanje investicijskim fondovima, koje se djelatnosti upisuju u sudski registar kao predmet poslovanja društva za upravljanje investicijskim fondovima.<sup>44</sup> Društvo za upravljanje koje je dobilo odobrenje HANFA-e za upravljanje investicijskim fondovima može obavljati i poslove upravljanja imovinom za račun nalogodavatelja, poslove investicijskog savjetovanja, te poslove skrbi i administrativne poslove za udjele ili dionice u investicijskim fondovima (čl. 23. st. 3., ZIF).<sup>45</sup> Društvo za upravljanje ne smije poslove upravljanja imovinom investicijskog fonda prenijeti na neku treću osobu, ali može uz odobrenje HANFA-e prenijeti obavljanje administrativnih poslova na treće osobe s ciljem povećanja učinkovitosti obavljanja tih poslova. Prijenosom poslova na treće osobe ne smije se umanjiti učinkovitost nadzora nad društvom za upravljanje i investicijskim fondom te se ne smiju ugrožavati interesi ulagatelja (čl. 24., ZIF). Pravilnikom o postupku i vrsti poslova koje je dopušteno delegirati na treće osobe od strane društva za upravljanje (NN 25/07.) koji je donijela HANFA detaljnije se propisuje postupak i vrste delegiranih poslova koje društvo za upravljanje prenosi na treće osobe.<sup>46</sup> Na sličan način se predmet poslovanja

---

društvu za upravljanje odobriti oslobođenje do 50 % dodatnog kapitala, ako društvo dobije jamstvo za isti iznos od kreditne institucije ili osiguravajućeg društva, pri čemu ta kreditna institucija ili osiguravajuće društvo moraju imati registrirano sjedište u državi članici, ili državi nečlanici, ako za njih vrijede pravila urednog i savjesnog poslovanja, koja su po mišljenju nadležnih tijela jednaka pravilima u zakonodavstvu EU.

<sup>44</sup> U čl. 23. st. 2. se taksativno navode poslovi upravljanja investicijskim fondovima: 1. upravljanje imovinom fonda; 2. promidžba investicijskih fondova i prodaju udjela u otvorenim investicijskim fondovima, odnosno dionica u zatvorenim investicijskim fondovima; 3. administrativni poslovi (vođenje poslovnih knjiga i sastavljanje financijskih izvješća; odnosi s ulagateljima; utvrđivanje vrijednosti imovine fonda te izračun cijene udjela; usklađivanje poslovanja društva sa zakonima i mjerodavnim propisima; objave i izvješćivanja dioničara i imatelja udjela; isplata dioničara, odnosno imatelja udjela iz imovine ili dobiti fonda; isplata udjela u otvorenom investicijskom fondu; vođenje registra imatelja udjela, odnosno dioničara; vođenje pismohrane; ostali administrativni poslovi koje odobri HANFA).

<sup>45</sup> HANFA može dati odobrenje za obavljanje ovih dodatnih poslova društvu za upravljanje samo ako mu je dalo odobrenje za obavljanje poslova upravljanja investicijskim fondovima.

<sup>46</sup> Društvo za upravljanje može, uz prethodno odobrenje HANFA-e, delegirati na treće osobe sljedeće poslove koji obuhvaćaju poslove upravljanja investicijskim fondovima: a) usklađivanje poslovanja društva sa zakonima i mjerodavnim propisima, b) objave i izvješćivanja dioničara i imatelja udjela, c) isplata dioničara, odnosno imatelja udjela iz imovine ili dobiti fonda, d) isplata

društava za upravljanje investicijskim fondovima određuje u slovenskom (čl. 4.-8. i 16., ZISDU)<sup>47</sup> i njemačkom pravu (§ 6 st. 1. i § 7 st. 2., InvG).<sup>48</sup> Direktiva o PZIPVP u čl. 5. određuje da društvo za upravljanje može obavljati svoju gospodarsku djelatnost samo uz prethodnu suglasnost nadležnog regulatornog tijela države članice EU. Predmet poslovanja društva za upravljanje može biti samo upravljanje poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne

udjela u otvorenom investicijskom fondu, e) vođenje pismohrane u skladu s odredbama ZIF-a, f) informatičke usluge (čl. 2. Pravilnika). Društvo za upravljanje može, uz prethodno odobrenje HANFA-e, delegirati navedene poslove na treće osobe isključivo s ciljem povećanja učinkovitosti obavljanja tih poslova (čl. 3. Pravilnika). Zahtjev za delegiranje navedenih poslova na treće osobe mora sadržavati sljedeće podatke: 1. tvrtku društva za upravljanje, dozvolu za rad koje je dobilo od HANFA-e, kao i ime i prezime osobe ovlaštene za zastupanje, adresu, telefon, telefaks i adresu elektroničke pošte društva za upravljanje, te izvod iz sudskog registra; 2. tvrtku (treća osoba) na koju se delegiraju poslovi, kao i ime i prezime osobe ovlaštene za zastupanje, adresu, telefon, telefaks i adresu elektroničke pošte, izvod iz sudskog registra, te tvrtku revizora; 3. ugovor ili ispravu o drugom valjanom pravnom poslu o delegiranju poslova na treće osobe ili obavljanju poslova u ime i za račun društva za upravljanje (čl. 4. Pravilnika). Poslovi koji se delegiraju na treće osobe obavljaju se u ime i za račun društva za upravljanje. Treće osobe ne smiju poslove koji su im delegirani od strane društva za upravljanje prenijeti na drugog već ih moraju samostalno obavljati. Društvo za upravljanje odgovara u potpunosti za cjelokupni opseg poslova koji je povjeren trećoj osobi (čl. 5. Pravilnika).

<sup>47</sup> Tako društvo za upravljanje predstavlja trgovačko društvo sa sjedištem u Republici Sloveniji kojoj je Agencija za tržište vrijednosnih papira odobrila obavljanje poslova upravljanja investicijskim fondovima (čl. 4. st. 1., ZISDU). Poslovi upravljanja investicijskim fondovima obuhvaćaju: 1. upravljanje imovinom investicijskih fondova, 2. drugi poslovi upravljanja investicijskim fondovima (trgovanje investicijskih fondova, prodaja investicijskih kupona ili dionica investicijskih fondova; administrativni poslovi; drugi poslovi koji su potrebni za učinkovito upravljanje investicijskim fondovima)(čl. 5. st. 1., ZISDU). Društvo za upravljanje može u pisanom obliku ovlastiti treće osobe da u njeno ime obavljaju određene poslove upravljanja investicijskim fondovima, uz prethodnu suglasnost skrbnika imovine investicijskog fonda ako se radi o poslovima upravljanja imovinom investicijskih fondova (čl. 5. st. 8., ZISDU), a uvijek je društvo dužno o delegaciji tih poslova izvijestiti Agenciju za tržište vrijednosnih papira (čl. 6., ZISDU). Na taj način je u slovenskom pravu mogućnost delegacije poslova upravljanja investicijskim fondovima šira i u većoj mjeri prepuštena autonomiji društva za upravljanje i skrbnika, a uloga Agencije za tržište vrijednosnih papira kao regulatorno tijelo se ograničava na nadzor i obavještanje o obavljenoj delegaciji. U hrvatskom pravu delegacija je moguća samo u pogledu administrativnih poslova i uz prethodno odobrenje HANFA-e kao regulatornog tijela.

<sup>48</sup> U njemačkom pravu § 6 st. 1. InvG-a određuje da društva za upravljanje investicijskim fondovima obavljaju poslove upravljanja investicijskim fondovima i druge sporedne poslove, uz prethodnu suglasnost Savezne agencije za nadzor financijskih usluga. U § 7 st. 2. InvG-a se određuju ti sporedni poslovi: 1. upravljanje imovinom za račun druge osobe koja se ulaže u financijske instrumente (izuzev derivativnih financijskih instrumenata, plemenitih metala, robe koja kotira na burzi) uz postojanje određene slobode pri upravljanju; 2. upravljanje imovinom za račun druge osobe koja se ulaže u nekretnine, kao i pružanje investicijskih savjeta, ako je društvo ovlašteno upravljati investicijskim fondom koji ulaže u nekretnine; 3. poslovi investicijskog savjetovanja; 4. upravljanje i skrbništvo nad udjelima u investicijskim fondovima za račun drugih osoba, bez obzira jesu li ih izdali domaći ili strani investicijski fondovi; 5. prodaja udjela u investicijskim fondovima i javna prodaja dionica u investicijskim društvima; 6. provedba ugovora o mirovinama; 7. obavljanje drugih poslova. Društvo za upravljanje mora i svojim statutom, odnosno društvenim ugovorom odrediti te sporedne poslove koje obavlja (§ 7 st. 4., InvG).

papire koje su dobile suglasnost za rad nadležnog regulatornog tijela države članice EU.<sup>49</sup> Države članice EU mogu ovlastiti društva za upravljanje i za obavljanje poslova upravljanja investicijskom imovinom, uključujući i imovinom mirovinskih fondova, kojom se upravlja u skladu s nalogima ulagatelja na temelju odnosa povjerenja i individualnog dogovora,<sup>50</sup> te obavljanje pomoćnih poslova (investicijsko savjetovanje, pohrana i obavljanje administrativnih poslova u vezi s udjelima u investicijskim fondovima) (čl. 5. st. 3. Direktive o PZIPVP).<sup>51</sup>

### **3.4. Osnivanje društva za upravljanje**

#### **3.4.1. Osnivači društva za upravljanje i uvjeti za imenovanje članova uprave i nadzornog odbora društva za upravljanje**

Kao osnivači i članovi društva za upravljanje investicijskim fondovima u hrvatskom pravu se mogu pojaviti fizičke ili pravne osobe (čl. 25. ZIF). U hrvatskoj poslovnoj praksi često se kao osnivači društava za upravljanje pojavljuju banke.<sup>52</sup> Zakon o investicijskim fondovima u čl. 26. propisuje koje osobe ne mogu biti članovi društva za upravljanje, niti članovi uprave ili nadzornog odbora toga društva. Prvu kategoriju osoba koje su isključene iz mogućnosti da budu članovi društva za upravljanje, odnosno članovi uprave ili nadzornog odbora tog društva čine one osobe koje su u razdoblju od 3 godine prije stjecanja članstva u društvu za upravljanje imale najmanje 10% udjela u temeljnom kapitalu u društvu za upravljanje, depozitnoj banci, zatvorenom investicijskom fondu, brokerskom društvu ili banci ovlaštenoj za obavljanje poslova kupnje i prodaje vrijednosnih papira, osiguravajućem društvu ili mirovinskom fondu u privatnom vlasništvu, u vrijeme kada je tim društvima oduzeto odobrenje za rad (čl. 26. t. 1., ZIF). Na taj način želi se spriječiti pojava sukoba interesa između društva za upravljanje i drugih financijskih institucija

<sup>49</sup> U Aneksu II Direktive o PZIPVP određuju se poslovi upravljanja investicijskim fondovima, ali taj popis nije konačan: 1. upravljanje investiranjem; 2. administrativni poslovi (pravne i računovodstvene usluge za upravljanje investicijskim fondom, ispitivanje ulagatelja, vrednovanje i određivanje cijena (uključujući i povrate poreznih davanja), nadzor nad zakonodavnom usklađenošću, vođenje registra imatelja udjela, raspodjela prihoda, izdavanje i otkup udjela u investicijskom fondu, provedba ugovornih obveza (uključujući i otpremu potvrda), vođenje evidencije); 3. trgovanje (marketing).

<sup>50</sup> Investicijska imovina mora se sastojati od prenosivih vrijednosnih papira, udjela u investicijskim fondovima, instrumenata tržišta novca i izvedenih financijskih instrumenata (terminski ugovori, swap poslovi, opcije).

<sup>51</sup> Društvo za upravljanje ne može biti ovlašteno samo za obavljanje ovih sporednih i pomoćnih poslova, već samo zajedno s poslovima upravljanja imovinom investicijskih fondova.

<sup>52</sup> Od 32 registrirana društva za upravljanje investicijskim fondovima, 8 društava osnovano je od strane banaka (HPB-Invest d.o.o. Zagreb; Hypo-Alpe-Adria Invest d.d. Zagreb; OTP Invest d.o.o. Zagreb; PBZ Invest d.o.o. Zagreb; POBA ICO Invest d.o.o. Zagreb; Raiffeisen Invest d.o.o. Zagreb; VB Invest d.o.o. Zagreb; ZB Invest d.o.o. Zagreb.) Vidi web stranicu HANFA-e, <http://www.crosec.hr/registri/dupif.asp>, 15. siječnja 2008.

koje se pojavljuju na tržištu kapitala, a sve s ciljem zaštite interesa ulagatelja u investicijske fondove kojim upravlja društvo za upravljanje. Pritom je ta zabrana uvjetovana postojanjem određenog kvalificiranog udjela (više od 10 % udjela u temeljnom kapitalu) u drugoj financijskoj instituciji te određenim vremenskim razdobljem (3 godine prije stjecanja članstva) u kojem su stekli članstvo u drugoj financijskoj instituciji, pri čemu se ti uvjeti trebaju ispuniti kumulativno. Drugu kategoriju čine osobe koje su izgubile članstvo u strukovnoj udruzi zbog nepridržavanja pravila udruge, ili kojima je HANFA, odnosno odgovarajuće nadležno tijelo,<sup>53</sup> izreklo mjeru oduzimanja dozvole za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima (čl. 26. t. 2., ZIF). Na taj način se želi zaštititi interese ulagatelja kako bi se kao osnivači ili članovi upravnih i nadzornih tijela društva za upravljanje pojavljivale one osobe koje su stručno osposobljene, odnosno koje se pridržavaju pravila struke u obavljanju poslova s vrijednosnim papirima. Treću kategoriju čine osobe koje su bile kažnjavane za određena kaznena djela protiv pravne sigurnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti,<sup>54</sup> i to na vrijeme od 5 godina nakon pravomoćnosti presude kojom su osuđeni, pri čemu se u to vrijeme ne uračunava vrijeme provedeno na izdržavanju kazne (čl. 26. t. 3., ZIF). Ovo ograničenje identično je općem ograničenju iz čl. 239. st. 2. t. 1. ZTD-a za imenovanje člana uprave dioničkog društva, a koje se primjenjuje i pri imenovanju članova nadzornog odbora, kako u dioničkom društvu, tako i u društvu s ograničenom odgovornošću.<sup>55</sup> Četvrtu kategoriju čine osobe protiv kojih su izrečene mjere sigurnosti zabrane obavljanja zanimanja koje je u potpunosti ili djelomično obuhvaćeno predmetom poslovanja društva za upravljanje dok traje zabrana (čl. 26. t. 4., ZIF).<sup>56</sup> Petu kategoriju čine osobe koje su bile kažnjavane za kaznena djela propisana Zakonom o tržištu vrijednosnih papira i osobe koje su više puta kažnjene za prekršaje propisane odgovarajućim zakonima (čl. 26. st. 5., ZIF). Šestu kategoriju čine osobe kojima je oduzeta poslovna sposobnost, gdje se radi o općoj pretpostavci za imenovanje članova uprave, odnosno nadzornog odbora trgovačkog društva (čl. 26. st. 6., ZIF).<sup>57</sup> Sedmu kategoriju čine osobe koje posjeduju važeću dozvolu HANFA-e

<sup>53</sup> Primjerice Hrvatska narodna banka kada se radi o bankama.

<sup>54</sup> To su kazneno djelo uzrokovanja stečajja, povrede obveze vođenja poslovnih knjiga, oštećenja vjerovnika, pogodovanja vjerovniku, zlouporabe u stečajnom postupku, neovlaštenog otkrivanja i pribavljanja poslovne ili proizvodne tajne, te kaznenog djela prijevare. Popis tih kaznenih djela bi valjalo uskladiti s odredbom čl. 239. st. 2. t. 1. ZTD-a.

<sup>55</sup> Zakon o trgovačkim društvima u čl. 239. st. 2. t. 1. određuje da za člana uprave društva ne može biti imenovana osoba koja je kažnjena za kazneno djelo zlouporabe stečajja, zlouporabe u postupku stečajja, pogodovanja vjerovnika ili povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz Kaznenog zakonika Republike Hrvatske i to za vrijeme od 5 godina po pravomoćnosti presude kojom je osuđena, s time da se u to vrijeme ne računa vrijeme provedeno na izdržavanju kazne.

<sup>56</sup> Ovo ograničenje je identično ograničenju iz čl. 239. st. 2. t. 2 ZTD-a koje se primjenjuje pri imenovanju članova uprave i nadzornog odbora dioničkog društva, odnosno društva s ograničenom odgovornošću.

<sup>57</sup> Tako i čl. 239. st. 2. ZTD-a.

za brokera ili investicijskog savjetnika odnosno odgovarajuće odobrenje nadležnog tijela, te stvarno obavljaju te poslove kao zaposlenici brokerskog društva ili banke ovlaštene za poslove s vrijednosnim papirima (čl. 26. t. 7., ZIF). Time se želi spriječiti zloupotreba položaja člana društva za upravljanje, odnosno člana uprave ili nadzornog odbora tog društva i korištenja informacija do kojih su došle takve osobe u obavljanju tih svojih funkcija, a pri čemu istodobno one obavljaju i poslove brokera ili investicijskog savjetnika na tržištu vrijednosnih papira. Konačno, osmu kategoriju čine osobe koje trenutno obnašaju neku dužnost u državnoj službi i koje su trenutno namještenici državne ili lokalne i područne (regionalne) samouprave ili tijela odgovornih Vladi Republike Hrvatske ili Hrvatskom saboru (čl. 26. t. 8., ZIF). Na ovaj način je Zakon o investicijskim fondovima postavio široki krug ograničenja za članstvo u društvima za upravljanje, odnosno članstvo u upravi i nadzornom odboru društva za upravljanje investicijskim fondovima s ciljem zaštite interesa imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskih fondova. Konačno, u čl. 27. st. 1. zahtijeva da najmanje dva člana uprave društva za upravljanje moraju imati stručno znanje i iskustvo potrebno za vođenje poslova društva za upravljanje, pri čemu se Pravilnikom o uvjetima za obavljanje poslova članova uprave društva za upravljanje investicijskim fondovima (NN 29/06.) pobliže određuju uvjeti koje moraju ispunjavati članovi uprave društva za upravljanje, kriteriji stručnog znanja i način utvrđivanja tog znanja.<sup>58</sup>

U slovenskom pravu kada se radi o ograničenjima u pogledu članstva u društvu za upravljanje, čl. 19. ZISDU-a upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi čl. 45.-59. Zakona o bankama u slučaju stjecanja kvalificiranog udjela (više od 10 % udjela u temeljnom kapitalu) u društvu za upravljanje, kada za takva stjecanja valja pribaviti suglasnost Agencije za tržište vrijednosnih papira. U čl. 31. st. 2. ZISDU-a ograničava ulaganje vlastitih sredstava društva za upravljanje samo u druga društva kapitala koja obavljaju neke od poslova upravljanja investicijskim fondovima ili poslove gospodarenja s vrijednosnim papirima.<sup>59</sup> U čl. 54. st. 1. ZISDU-a određuje se da društvo za upravljanje i

<sup>58</sup> Pravilnik određuje u čl. 2. da za člana uprave društva za upravljanje može biti imenovana samo ona osoba koja je dobila odobrenje HANFA-e za obavljanje funkcije člana uprave društva za upravljanje pri čemu se uz zahtjev za odobrenje člana uprave društva prilaže dokumentacija kojom kandidat za člana uprave dokazuje ispunjavanje uvjeta za člana uprave. Član uprave društva može biti osoba koja ispunjava sljedeće uvjete: 1. ima VSS; 2. ima odgovarajuće stručne kvalifikacije, sposobnosti i iskustvo potrebno za vođenje poslova društva (najmanje 3 godine iskustva na rukovodećim položajima, odnosno 6 godina iskustva na poslovima koji se mogu usporediti s poslovima društva za upravljanje); 3. da je zaposlen u društvu na puno radno vrijeme; 4. ispunjava uvjete iz članka 26. ZIF-a (čl. 3. Pravilnika). U čl. 4. Pravilnika propisuje se sadržaj dokumentacije koju podnosi kandidat za člana uprave društva i kojom dokazuje da ispunjava uvjete za imenovanje članom uprave društva. Sastavni dio Pravilnika je i Upitnik za kandidata za člana uprave društva za upravljanje investicijskim fondovima, kojeg kandidat mora ispuniti i dostaviti HANFA-i.

<sup>59</sup> Čl. 31. ZISDU-a zabranjuje društvu za upravljanje da stječe za vlastiti račun udjele u društvima osoba ili drugim pravnim osobama u kojima bi neograničeno odgovarala za obveze te pravne osobe (izuzev članstva u gospodarskom interesnom udruženju u koje se udružuju društva

osoba koja je s njime povezana ne smiju u svoje ime i za svoj račun, ni u svoje ime, a za račun investicijskog fonda kojim upravlja, sklapati ugovore o kupoprodaji ili druge poslove kojima su predmet ulaganja investicijskih fondova kojima upravlja društvo, te sa skrbnikom koji za njezine investicijske fondove obavlja skrbničke poslove, odnosno s osobama koje su povezane sa skrbnikom. S druge strane, čl. 54. st. 6. ograničava ulaganja društva za upravljanje za račun investicijskih fondova kojima upravlja u skrbniku na najviše 10 % udjela u temeljnom kapitalu skrbnika, odnosno kvalificiranog udjela na temelju kojeg bi mogla ostvarivati značajan utjecaj na upravu skrbnika. Kada se radi o unutarnjem ustrojstvu društva za upravljanje, ako se ono osniva u pravnom obliku dioničkog društva, osnivači mogu odabrati monistički (upravni odbor) ili dualistički model (uprava i nadzorni odbor)(čl. 22., ZISDU).<sup>60</sup> Pri imenovanju članova uprave i nadzornog odbora, odnosno upravnog odbora<sup>61</sup> društva za upravljanje, kao i uređenja pravnog položaja upravnih i nadzornih tijela društva za upravljanje na odgovarajući se način primjenjuju odredbe čl. 61.-75. Zakona o bankama<sup>62</sup> o upravi i nadzornom odboru banaka.<sup>63</sup> U njemačkom pravu § 7 st. 3. InvG-a

---

za upravljanje)(čl. 31. st. 1. i 4., ZISDU), kao i stjecanje za vlastiti račun kvalificiranog udjela (više od 10 % udjela) u temeljnom kapitalu skrbnika investicijskog fonda kojim upravlja društvo za upravljanje (čl. 31. st. 3., ZISDU).

<sup>60</sup> Ta mogućnost postoji i u hrvatskom pravu od izmjena i dopuna Zakona o trgovačkim društvima iz 2007. godine (NN 107/07.), koji to predviđa u novom članku 272.a.

<sup>61</sup> U slučaju izbora upravnog odbora društva za upravljanje, upravni odbor mora imenovati najmanje 2 izvršna direktora. Ako se za izvršne direktore imenuju članovi upravnog odbora, ukupni broj izvršnih direktora ne smije biti veći od polovine ukupnog broja članova upravnog odbora. Neizvršni direktori ne smiju voditi poslove društva za upravljanje (čl. 24., ZISDU).

<sup>62</sup> Zakon o bančinstvu (ZBan-1), Uradni list RS št. 131/06.

<sup>63</sup> Agencija za tržište vrijednosnih papira donosi podobnija pravila o postupanju članova uprave i nadzornog odbora društva za upravljanje pri obavljanju njihovih funkcija u skladu sa standardima primjerene profesionalne pozornosti, kao i sadržaj dokumentacije kojom kandidat za člana uprave dokazuje da ispunjava uvjete za imenovanje (čl. 61., ZBan-1). Uprava društva za upravljanje mora imati najmanje 2 člana (čl. 62. st. 1., ZBan-1). Za člana uprave može biti imenovana samo osoba koja je primjereno stručno osposobljena i ima znanje i iskustvo (5 godina iskustva na poslovima vođenja društva za upravljanje) potrebno za vođenje poslova društva za upravljanje investicijskim fondovima, te koja nije bila pravomoćno osuđivana za određena kaznena djela (čl. 63., ZBan-1). Funkciju člana uprave društva za upravljanje može obavljati samo ona osoba koja dobije odobrenje Agencije za tržište vrijednosnih papira za obavljanje te funkcije, a člana uprave imenuje nadzorni odbor društva za upravljanje (čl. 65., ZBan-1). Za člana nadzornog odbora društva za upravljanje ne može biti imenovana osoba koja je u odnosu uske povezanosti s pravnom osobom u kojoj društvo za upravljanje ima više od 5 % udjela u pravu glasa ili temeljnom kapitalu i koja nema položaj podređenog društva unutar grupacije društava za upravljanje, ili, osoba koja je član upravnog ili nadzornog tijela, prokurist, imatelj većine prava glasa ili udjela u drugom nadziranom financijskom društvu, u društvu koje je izravno ili posredno nadređeno društvu drugog nadziranog financijskog društva, ili u financijskom holdingu, bez obzira na njihovo sjedište (čl. 71. st. 1., ZBan-1). Što se tiče uvjeta za imenovanje člana nadzornog odbora oni su identični kao i za člana uprave društva za upravljanje (čl. 72. st. 1. i 2., ZBan-1). Nadzorni odbor društva za upravljanje mora imenovati komisiju za reviziju ako društvo ima položaj nadređenog društva u grupaciji društava za upravljanje, ili ako društvo obavlja svoju djelatnost putem podružnice izvan teritorija Republike Slovenije (čl. 75., ZBan-1).



određuje da društvo za upravljanje može stjecati udjele u drugim pravnim osobama samo ako one obavljaju poslove koji inače čine predmet poslovanja društva za upravljanje i ako društvo za upravljanje ne odgovara svojom imovinom za obveze pravnih osoba u kojima ima udjele. Društvo za upravljanje koje je ovlašteno obavljati poslove upravljanja imovinom za račun druge osobe koja se ulaže u financijske instrumente uz postojanje određene slobode pri upravljanju, ne smije ulagati imovinu ulagatelja u udjele u investicijskim fondovima kojima upravlja društvo bez prethodnog odobrenja ulagatelja za takva ulaganja (§ 9 st. 4., InvG).<sup>64</sup> U slučaju ako se društvo za upravljanje osniva u pravnom obliku društva s ograničenom odgovornošću, ono mora imati nadzorni odbor (§ 6 st. 2., InvG).<sup>65</sup> Zastupnici po zakonu, prokuristi i trgovački punomoćnici društva za upravljanje investicijskim fondovima ne mogu istodobno biti i radnici u depozitnoj banci (§ 22 st. 2., InvG).<sup>66</sup>

### 3.4.2. Zahtjev za izdavanje odobrenja upravljanja investicijskim fondovima

Temeljna je odlika osnivanja društva za upravljanje investicijskim fondovima ta da društvo za upravljanje ne može obavljati poslove osnivanja i upravljanja investicijskim fondovima bez prethodne suglasnosti HANFA-e ili drugog nadležnog nacionalnog regulacijskog tijela (čl. 28., ZIF).<sup>67</sup> Zahtjev za izdavanje odobrenja za poslovanje društva za upravljanje investicijskim fondom podnose sami osnivači tog društva (čl. 29. st. 1., ZIF).<sup>68</sup> HANFA mora odlučiti o zahtjevu

<sup>64</sup> Tako i čl. 5.f. st. 2. Direktive o PZIPVP. Regulatorno tijelo države članice EU mora biti obaviješteno o identitetu dioničara, odnosno članova društva za upravljanje koji imaju kvalificirane udjele u temeljnom kapitalu društva za upravljanje, o čemu ovisi i davanje odobrenja za rad društva (čl. 5.b st. 1. Direktive o PZIPVP). podacima o

<sup>65</sup> Prilikom sastavljanja nadzornog odbora, uređenja njegovih prava i obveza primjenjuju se na odgovarajući način odredbe njemačkog Zakona o dionicama (*Aktiengesetz*) koje uređuju pravni položaj nadzornog odbora u dioničkom društvu. Članovi nadzornog odbora društva za upravljanje moraju jamčiti da zadovoljavaju osobne i profesionalne kvalifikacije koje su potrebne za zaštitu interesa ulagatelja, pri čemu Savezna agencija za nadzor financijskih usluga mora biti obaviještena o svakoj promjeni sastava nadzornog odbora (§ 6 st. 3., InvG). U čl. 5.a st. 2. t. (b) Direktive o PZIPVP osobe koje vode poslovanje društva za upravljanje moraju imati potreban dobar ugled i iskustvo za obavljanje poslova društva, te se regulatorno tijelo države članice EU mora izvijestiti o svakoj promjeni tih osoba. Njihova imenovanja potvrđuje nacionalno regulatorno tijelo.

<sup>66</sup> Isto vrijedi i za zastupnike po zakonu, prokuriste i trgovačke punomoćnike depozitne banke. U čl. 10. st. 1. Direktive o PZIPVP se određuje da jedno trgovačko društvo ne može istodobno obnašati funkcije društva za upravljanje investicijskim fondovima i depozitne banke.

<sup>67</sup> Tako i čl. 36. st. 1. slovenskog ZISDU-a, § 7 st. 1. njemačkog InvG-a, čl. 5. st. 1. Direktive o PZIPVP. To odobrenje je potrebno i pri imenovanju članova uprave društva za upravljanje, osnivanju podružnica u stranim državama, fuzijama i podjelama društava za upravljanje.

<sup>68</sup> Tako i čl. 36. st. 1. ZISDU-a. Zahtjevu za izdavanje odobrenja za rad društva za upravljanje mora se priložiti: 1. osnivački akt društva za upravljanje, 2. poslovni plan za prve 3 godine djelovanja društva za upravljanje koji mora sadržavati planirani volumen investicijskih fondova koje društvo za upravljanje namjerava nuditi na tržištu, organizacijsku shemu društva, te podatke o strukturi zaposlenih, 3. popis članova društva za upravljanje, njihova imena i prezimena, adresu odnosno tvrtku i sjedište, nominalni iznos dionica, odnosno udjela, te postotak dionica odnosno udjela koja pripadaju članovima u temeljnom kapitalu društva, 4. popis povezanih osoba društva

za odobrenje poslovanja društva za upravljanje u roku od 60 dana od dana njegova podnošenja, a ako se u naznačenom roku ne donese odluka o zahtjevu, smatra se da je poslovanje odobreno (čl. 29. st. 3., ZIF).<sup>69</sup> Pravilnikom o sadržaju dokumenata koji se prilažu uz zahtjev za izdavanje odobrenja za rad društva za upravljanje investicijskim fondovima (NN 29/06.) detaljnije se uređuje sadržaj dokumenata koji se prilažu uz zahtjev za izdavanje odobrenja za rad društva za upravljanje investicijskim fondovima.<sup>70</sup>

HANFA može i oduzeti odobrenje za rad društvu za upravljanje u slučaju: 1. ako društvo za upravljanje ne započne s poslovanjem u roku od 1 godine od izdavanja odobrenja, 2. ako se društvo svojevrijedno odrekne odobrenja u slučaju prestanka obavljanja djelatnosti osnivanja i upravljanja investicijskim fondovima, 3. ako društvo za upravljanje 6 ili više mjeseci ne obavlja djelatnosti osnivanja i upravljanja investicijskim fondovima sukladno ZIF-u, 4. ako je odobrenje

---

za upravljanje, 5. dokumente koje propiše HANFA, a na temelju kojih je moguće utvrditi je li društvo za upravljanje kvalificirano za obavljanje poslova osnivanja i upravljanja investicijskim fondovima, osobito u pogledu osoblja, tehničke opremljenosti i organizacije, 6. ostale dokumente koje propiše HANFA (čl. 29. st. 2., ZIF). Slični se prilozi uz zahtjev za odobrenje rada društva za upravljanje traže i u slovenskom pravu (čl. 37., ZISDU). U Republici Sloveniji traže se posebni podaci o imateljima kvalificiranih udjela u društvu za upravljanje (izvadak iz sudskog registra ili drugog javnog registra, godišnja izvješća za zadnje 2 poslovne godine, popis dioničara dioničkog društva koje ima kvalificirani udio u društvu za upravljanje), popis osoba koje su povezane s imateljima kvalificiranih udjela, te isprave kojima se dokazuje da će registrirano sjedište društva za upravljanje biti u Republici Sloveniji, odnosno da registrirano sjedište i stvarno sjedište društva smješteno u istoj trećoj državi. U čl. 5.a st. 1. t. (c) i (d) Direktive o PZIPVP se određuje da se uz zahtjev za odobrenje rada društva za upravljanje regulatornom tijelu mora priložiti program djelatnosti koji mora sadržavati organizacijsku strukturu društva za upravljanje te se zahtijeva da stvarno sjedište i registrirano sjedište društva za upravljanje bude u istoj državi članici EU.

<sup>69</sup> U slovenskom pravu u čl. 38. ZISDU određuje se da Agencija za tržište vrijednosnih papira mora izdati dozvolu u roku od 4 mjeseca od primanja potpunog zahtjeva za odobrenje rada društva za upravljanje i kada utvrdi da društvo ispunjava sve propisane uvjete za obavljanje poslova upravljanja investicijskim fondovima. Agencija će odbiti zahtjev u slučaju ako dioničari, odnosno članovi društva za upravljanje koji imaju kvalificirane udjele nisu dobili odobrenje Agencije za stjecanje takvih udjela u društvu, ako članovi uprave društva nemaju odobrenje Agencije za obavljanje funkcije člana uprave društva za upravljanje, ako Agencija ocijeni da bi zbog postojanja odnosa povezanosti društva za upravljanje i drugih pravnih subjekata bilo onemogućeno ili znatno otežano obavljanje nadzora nad društvom za upravljanje i imovinom investicijskog fonda kojom upravlja, te ako društvo za upravljanje investicijskim fondovima ne ispunjava druge Zakonom propisane uvjete. Direktiva o PZIPVP u čl. 5.a st. 3. određuje da nacionalno regulatorno tijelo ima obvezu u roku od 6 mjeseci od zaprimanja potpunog zahtjeva za odobrenje rada društva za upravljanje izvijestiti o svojoj odluci podnositelja zahtjeva. Ako je zahtjev odbijen, odluka regulatornog tijela mora biti obrazložena.

<sup>70</sup> Društvo za upravljanje investicijskim fondovima dužno je uz dokumente propisane člankom 29. ZIF-a priložiti uz zahtjev i sljedeće dokumente: 1. statut s ispravom na temelju koje je usvojen ako se osniva u obliku dioničkog društva, odnosno društveni ugovor ili izjavu o osnivanju ako se osniva kao društvo s ograničenom odgovornošću; 2. organizacijsku shemu društva i opis programske podrške; 3. izjavu da programska podrška podržava izvješćivanje HANFA-e sukladno ZIF-u; 4. podaci o osnivačima društva s dostavom dokumenata iz kojih se utvrđuje pravni status osnivača, podrijetlo financijskih sredstava koja služe za uplatu temeljnog kapitala, jesu li povezane osobe fonda i za osnivače kao pravne osobe revidirana financijska izvješća u protekle 3 godine.

dobiveno na temelju netočnih navoda ili navoda koji dovode u zabludu, odnosno na koji drugi nepropisan način, 5. ako ovlaštena osoba više ne ispunjava uvjete za dobivanje odobrenja, i 6. ako je ovlaštena osoba ozbiljno ili sustavno kršila odredbe ZIF-a (čl. 44., ZIF). U usporednom pravu propisuju se slični razlozi za oduzimanje odobrenja za rad društva za upravljanje investicijskim fondovima.<sup>71</sup> Odobrenje za upravljanje investicijskim fondovima može prestati društvu za upravljanje i ako ono u roku od 1 godine od izdavanja odobrenja ne osnuje investicijski fond (čl. 29. st. 4., ZIF). Do dobrovoljnog prestanka djelatnosti društva za upravljanje investicijskim fondovima može doći uz ispunjenje sljedećih pretpostavki: 1. najmanje 60 dana prije dana prestanka upravljanja društvo mora uputiti pisanu obavijest depozitnoj banci, u slučaju kada fond koristi usluge depozitne banke, HANFA-i u slučaju ako upravlja otvorenim investicijskim fondom ili nadzornom odboru i HANFA-i ako upravlja zatvorenim investicijskim fondom, 2. ako nastupe okolnosti iz kojih nedvojbeno proizlazi

<sup>71</sup> U čl. 39. slovenskog ZISDU-a do prestanka odobrenja za rad društva za upravljanje može doći u sljedećim slučajevima: 1. ako društvo za upravljanje ne započne poslovati u roku od 6 mjeseci od izdavanja odobrenja, 2. ako društvo za upravljanje prestane s obavljanjem poslova upravljanja investicijskim fondovima duže od 1 godine, 3. otvaranjem stečajnog postupka ili postupka prisilne likvidacije nad društvom za upravljanje, 4. zaključenjem redovite likvidacije društva za upravljanje, 5. ako društvo za upravljanje prestane pripajanjem drugom društvu za upravljanje ili drugoj pravnoj osobi, 6. ako društvo za upravljanje ne ispunjava uvjete pod kojima je bilo izdano odobrenje, 7. ako je društvo za upravljanje navodilo pri podnošenju zahtjeva netočne podatke. U tim slučajevima Agencije donosi posebnu odluku o prestanku odobrenja za rad društva za upravljanje. U § 17 njemačkog InvG-a upućuje se na odgovarajuću primjenu odredbu § 35 Zakona o bankama, te se određuje da do prestanka odobrenja za rad društva za upravljanje investicijskim fondovima može doći: 1. ako društvo za upravljanje ne otpočne s radom u roku od 1 godine od dana izdavanja odobrenja, 2. ako društvo za upravljanje ne obavlja svoj predmet poslovanja dulje od 6 mjeseci, 3. ako društvo za upravljanje ima samo jednog člana, 4. ako Savezna agencija za nadzor financijskih usluga naknadno sazna za činjenice zbog kojih može odbiti dati odobrenje za rad društva za upravljanje, 5. ako je ugroženo ispunjenje obveza društva za upravljanje prema vjerovnicima i osobito sigurnost imovine koja joj je povjerena (gubici društva za upravljanje veći od polovice iznosa njezinog temeljnog kapitala, ili gubici društva za upravljanje veći od 10 % iznosa njezinog temeljnog kapitala tijekom 3 uzastopne poslovne godine), 6. ako vlastita imovina društva za upravljanje ne iznosi najmanje 25 % iznosa troškova društva, 7. društvo za upravljanje konstantno krši zakonske odredbe i podzakonske akte, 8. ako minimalni temeljni kapital društva za upravljanje ne udovoljava zahtjevima iz § 11 InvG, te društvo nije uspjelo sanirati te poteškoće u roku koji je odredila Savezna agencija za nadzor financijskih usluga. U čl. 5.a st. 5. Direktive o PZIPVP određuje se da nacionalno regulatorno tijelo može povući svoje odobrenje za rad društva za upravljanje u sljedećim slučajevima: 1. ako društvo za upravljanje ne iskoristi odobrenje roku od 12 mjeseci, ako se izričito odrekne odobrenja ili prestane obavljati svoje djelatnosti na razdoblje duže od 6 mjeseci, osim ako je država članica EU predvidjela da u tim slučajevima odobrenje prestaje vrijediti, 2. ako je društvo za upravljanje dobilo odobrenje dajući neistinite podatke ili primjenom drugih nezakonitih sredstava, 3. ako društvo za upravljanje više ne ispunjava uvjete pod kojima mu je bilo dano odobrenje za rad, 4. ako društvo za upravljanje nije više usklađeno s odredbama Direktive o kapitalnoj adekvatnosti investicijskih društava i kreditnih institucija (Directive 93/6/EEC), a odobrenje za rad obuhvaća i poslove diskrecijskog upravljanja imovinom, 5. ako je društvo za upravljanje ozbiljno i sustavno kršilo propise donesene sukladno Direktivi, 6. ako je ispunjen neki uvjet za oduzimanje odobrenja za rad društva za upravljanje predviđen nacionalnim pravom države članice EU.

da društvo za upravljanje nije ili neće biti u mogućnosti ispunjavati svoje obveze, dužno je o tome odmah izvijestiti HANFA-u ako upravlja otvorenim investicijskim fondom, odnosno nadzorni odbor ako upravlja zatvorenim investicijskim fondom, 3. ako u roku od 60 dana od upućivanja gore navedenih obavijesti društvo za upravljanje koje upravlja otvorenim investicijskim fondom ne provede postupak prijenosa upravljanja drugom ovlaštenom društvu za upravljanje sukladno čl. 45. ZIF-a,<sup>72</sup> odnosno ako isto ne učini nadzorni odbor u slučaju zatvorenoga investicijskog fonda, pokreće se postupak likvidacije investicijskog fonda sukladno odredbama ZIF-a (čl. 46., ZIF).

### **3.5. Poslovanje društva za upravljanje**

#### *3.5.1. Obveze društva za upravljanje u obavljanju gospodarske djelatnosti*

Temeljna djelatnost društva za upravljanje investicijskim fondovima jest osnivanje i upravljanje imovinom investicijskih fondova, i to na temelju ugovora o upravljanju sklopljenog između uprave društva za upravljanje i nadzornog odbora zatvorenog investicijskog fonda, odnosno na temelju ovlasti društva za upravljanje da osnuje otvoreni investicijski fond uz prethodno odobrenje HANFA-e, i to donošenjem statuta otvorenog investicijskog fonda te sklapanjem ugovora o pohrani imovine otvorenog investicijskog fonda s depozitnom bankom. Pritom se na pravni položaj i odgovornost članova uprave i nadzornog odbora društva za upravljanje primjenjuju odredbe Zakona o investicijskim fondovima o društvima za upravljanje investicijskim fondovima, a supsidijarno odredbe Zakona o trgovačkim društvima o dioničkom društvu, odnosno društvu s ograničenom odgovornošću. Uprava i nadzorni odbor društva za upravljanje nisu odgovorni za svoj rad samo društvu, već i dioničarima zatvorenih investicijskih fondova, odnosno imateljima udjela u otvorenim investicijskim fondovima čija je imovina povjerena na upravljanje društvu za upravljanje.

U čl. 30. ZIF-a detaljnije se određuju obveze koje društvo za upravljanje ima u vođenju svojih poslova. Pored odredbi Zakona vođenje poslova društva detaljnije je uređeno Pravilnikom kojim se uređuje poslovanje društava za upravljanje investicijskim fondovima (NN 25/07.) iz 2007. godine koji je donijela HANFA, a kojim se propisuju uvjeti rada društva za upravljanje investicijskim fondovima radi osiguravanja njegovog pravilnog i učinkovitog obavljanja i smanjivanja rizika poslovanja na najmanju moguću mjeru.

---

<sup>72</sup> U čl. 45. ZIF- a uređuje se postupak prijenosa poslova upravljanja investicijskim fondom na novo društvo za upravljanje. Društvo za upravljanje ima pravo na neko drugo, od HANFA-e propisno ovlašteno društvo za upravljanje prenijeti poslove upravljanja otvorenim investicijskim fondom u skladu s postupkom koji odredi HANFA, a u slučaju zatvorenog investicijskog fonda nadzorni odbor uz suglasnost skupštine dioničara zatvorenog investicijskog fonda, i to prijenosom cjelokupnog investicijskog fonda drugom društvu za upravljanje. Najmanje 3 mjeseca prije prijenosa upravljanja investicijskim fondom društvo za upravljanje je dužno o prijenosu upravljanja obavijestiti sve imatelje udjela u tom fondu. Imateljima udjela koji u navedenom razdoblju žele istupiti iz fonda, društvo za upravljanje ne smije obračunati i naplatiti izlaznu naknadu.

Glavna obveza društva za upravljanje je da se pri zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanja prava i obveza iz tih odnosa pridržavaju načela savjesnosti i poštenja (čl. 30. st. 1. t. 1., ZIF). U hrvatskom pravu standard dužne pozornosti i odgovornost članova uprave određen je u čl. 252. ZTD-a.<sup>73</sup> Kada se radi o članovima nadzornog odbora, čl. 272. st. 1. ZTD-a upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova uprave dioničkog društva, kada članovi nadzornog odbora obavljaju svoje poslove u dioničkom društvu.<sup>74</sup> Odgovornost članova nadzornog odbora dolazi do izražaja pri ostvarivanju njegovih nadzornih funkcija u dioničkom društvu. Ove su odredbe kogentne naravi te ih nije moguće isključiti ili ograničiti statutom društva. Članovi uprave dužni su voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te čuvati poslovne tajne društva. Pri vođenju poslova i zastupanju moraju voditi računa o interesima društva te ne smiju poduzimati one radnje koje bi prouzročile štetu društvu. Njihova odgovornost proizlazi iz njihovog položaja članova uprave društva. Teret dokaza da su postupali s dužnom pozornošću pada na same članove uprave, odnosno nadzornog odbora, što znači da odgovaraju za svaki oblik krivnje (namjera, krajnja nepažnja, obična nepažnja). ZTD propisuje solidarnu odgovornost članova uprave, odnosno nadzornog odbora za štetu koju su nanijeli društvu. Član uprave odnosno nadzornog odbora pri obnašanju svojih zadaća mora postupati s pozornošću s kojom bi postupao samostalni voditelj poduzeća svjestan svojih obveza i koji upravlja tuđim sredstvima na način kako to čini osoba kojoj je povjerena skrb o tuđim interesima. Od njega se traži prosječna mjera ponašanja u struci koja je određena primjenom objektivnih kriterija, a ako ima posebna znanja, mora primijeniti i njih. Pri utvrđivanju sadržaja te dužne pozornosti potrebno je uzeti u obzir odredbe statuta i pravilnika kojima se uređuje unutarnje ustrojstvo društva, pravila koja uređuju odnos društva prema trećim osobama, zakonskih odredbi o poslovanju trgovačkih društava, obveze međusobne suradnje članova uprave i njihove lojalnosti (vjernosti) prema društvu i dioničarima, obveze da postupaju sa stručnom pozornošću i da se pridržavaju opsega ovlasti koji im je dan pri vođenju poslova društva.<sup>75</sup> Zakon o investicijskim fondovima u čl. 30. st. 1. t. 2. traži od društva za upravljanje da u izvršavanju svojih obveza postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima

<sup>73</sup> Zakon o trgovačkim društvima u čl. 251. st. 2. i Stečajni zakon u čl. 39. st. 6. utvrđuje obvezu uprave da u roku od 21 dan od dana nastanka razloga za otvaranje stečajnog postupka podnesu prijavu za njegovo otvaranje. Ako to ne učine u predviđenom roku, nastaje odgovornost članova uprave prema vjerovnicima društva zbog smanjenja stupnja podmirenja tražbina vjerovnika zbog kasnije pokrenutog stečajnog postupka. Tužbu podnose vjerovnici.

<sup>74</sup> Kada se radi o društvima s ograničenom odgovornošću čl. 430. ZTD-a upućuje da se na dužnu pozornost i odgovornost članova uprave na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 252. i 273. ZTD-a, a čl. 439. ZTD-a upućuje na odgovarajuću primjenu odredbi članaka 252. i 257. do 271. i 273. ZTD-a, na dužnu pozornost i odgovornost članova nadzornog odbora društva s ograničenom odgovornošću.

<sup>75</sup> Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Organizator, 2005., str. 497-498.



struke, dobrim poslovnim običajima te propisima Republike Hrvatske, pri čemu ta odgovornost osobito postoji prema dioničarima, odnosno imateljima udjela u investicijskim fondovima. Obveza je članova uprave i nadzornog odbora i da čuvaju tajnim sve povjerljive podatke o poslovanju društva i poslovnim partnerima društva koje su saznali pri obnašanju svojih zadaća. Oni te podatke mogu saznati od trećih osoba, drugih članova uprave, zaposlenika društva i drugih osoba. Pod tajnim podacima podrazumijevaju se svi oni podaci za koje društvo objektivno smatra da bi njihovo iznošenje u javnost moglo prouzročiti štetu društvu i bilo protivno njegovim interesima. Obveza čuvanja poslovne tajne vrijedi i nakon prestanka mandata članova uprave, odnosno nadzornog odbora. Ona vezuje i sve zaposlenike društva. Pod poslovnom tajnom smatraju se svi podaci koji su kao tajni određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese.<sup>76</sup> Zakon o investicijskim fondovima u čl. 30. st. 1. t. 5. zahtijeva od društva za upravljanje da podatke o dioničarima, imateljima udjela, stanju udjela, te uplatama i isplatama čuva kao poslovnu tajnu društva za upravljanje, a mogu ih priopćavati samo na temelju sudskoga naloga, zahtjeva određenog imatelja udjela ili dioničara, te depozitnoj banci.<sup>77</sup> Izmjena i dopunama ZTD-a iz 2007. godine u hrvatsko pravo je uvedeno pravilo poslovnog rasuđivanja (engl. *business judgement rule*). Član uprave neće postupati protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva ako pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Na taj način se ovlast suda ograničava samo na ispitivanje pravilnosti postupka donošenja određene poslovne odluke, a ne upušta se u svrsishodnost donesene odluke i njezinu uspješnost. Povredom ove obveze nastaje odgovornost članova uprave za štetu nastalu društvu, kao i njihova kaznena odgovornost (čl. 629., ZTD),<sup>78</sup> a moguće ih je i opozvati.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Zakon o zaštiti tajnosti podataka (ZZTP)(NN 108/96.) u čl. 19. određuje pojam poslovne tajne. Pritom se postavljaju okviri u kojima društvo može svojim općim aktom odrediti što se smatra poslovnom tajnom.

<sup>77</sup> U tu svrhu Pravilnik kojim se uređuje poslovanje društva za upravljanje u čl. 12. određuje da svu poslovnu dokumentaciju i podatke koje je društvo za upravljanje dužno izrađivati i prikupljati sukladno Zakonu i propisima donesenim na temelju Zakona, društvo je dužno čuvati najmanje 5 godina nakon isteka poslovne godine na koju se ti podaci odnose, odnosno najmanje 5 godina po isteku zaključenih ugovora. Iznimno se poslovna dokumentacija mora čuvati i duže u slučaju postojanja sudskog postupka za pobijanje upisa u registar udjela otvorenog investicijskog fonda. Navedenu dokumentaciju i podatke društvo za upravljanje mora zaštititi od neovlaštenog pristupa i mogućih gubitaka u zapisu, te čuvati na način koji osigurava trajnost zapisa. Sigurnosne kopije svih podataka i dokumentacije društvo za upravljanje mora čuvati izvan poslovnih prostorija društva.

<sup>78</sup> Postupak se provodi samo na prijedlog društva.

<sup>79</sup> Barbić, J., Pravo društava, Knjiga druga-Društva kapitala, 3. izdanje, str. 499-501. U čl. 252. st. 3. ZTD-a osobito se određuje odgovornost članova uprave za štetu ukoliko poduzimaju određene



U ispunjenju svojih obveza prema dioničarima, odnosno imateljima udjela u investicijskim fondovima društvo za upravljanje mora biti sposobno pravovremeno ispuniti dospjele obveze (načelo likvidnosti), odnosno trajno sposobno ispunjavati sve svoje obveze (načelo solventnosti) (čl. 30. st. 1. t. 3., ZIF),<sup>80</sup> te odgovara za pravodobno, pošteno i učinkovito ispunjavanje svih prava i obveza predviđenih ZIF-om, prospektom i/ili statutom fonda, te za propisno izvršavanje naznačenih prava i obveza u skladu sa ZIF-om te prospektom i/ili statutom fonda bez obzira na to je li neke od njih povjerala drugome (čl. 30. st. 1. t. 4., ZIF). U slučaju ako je društvo za upravljanje delegiralo određene poslove i dužnosti trećim osobama, ono mora pratiti pridržavaju li se u svom radu odredbi ZIF-a te prospekta i/ili statuta fonda (čl. 30. st. 1. t. 6., ZIF). Društvo za upravljanje dužno je donijeti pravilnik uz suglasnost nadležnog tijela, kojim se uređuje sukob interesa s investicijskim fondovima kojima upravlja, imatelja udjela u otvorenim investicijskim fondovima odnosno dioničara u zatvorenim investicijskim fondovima, sukob interesa s obzirom na upravljanje imovinom trećih osoba i obavljanje investicijskog savjetovanja (čl. 30. st. 1. t. 7., ZIF), te osigurati sustave i mehanizme nadzora koji zorno pokazuju da društvo za upravljanje na dugoročnoj osnovi postupaju u skladu sa ZIF-om, prospektom i/ili statutom fonda, te koji omogućuju praćenje svih odluka, naloga i transakcija s imovinom fonda (čl. 30. st. 1. t. 8., ZIF). Društvo za upravljanje mora osigurati da svi oglasni i promidžbeni sadržaji, objave te izvješća dioničarima odnosno imateljima udjela, bilo da su im dostavljena, odnosno objavljena u tisku ili putem elektroničkih sredstava javnog priopćavanja, budu jasna, točna, da ne navode na pogrešne zaključke i da su u skladu sa zahtjevima HANFA-e (čl. 30. st. 1. t. 9., ZIF), te mora osigurati prodaju udjela i dionica fonda isključivo putem banaka, osiguravajućih društava, brokerskih društava i drugih pravnih osoba koje na temelju ugovora o poslovnoj suradnji obavljaju prodaju za društvo za upravljanje, a s kojima je društvo sklopilo ugovor o zastupanju i koje su ovlaštene za rad u Republici Hrvatskoj, ili društvo za upravljanje samostalno. Time se osigura pravovremena i kvalitetna informiranost ulagatelja te preglednost i pravilnost postupka prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom prodajom. Daljnja obveza društva za upravljanje je da kupuje imovinu za investicijske fondove isključivo u svoje

---

pravne radnje kojim ugrožavaju imovinu društva i njezinu opstojnost, stavljaju vjerovnike društva u nejednaki položaj u slučaju insolventnosti ili prezaduženosti društva ili donose određene odluke ne poštujući propisani postupak. U ovim slučajevima dovoljno je da se poduzmu navedene radnje, pa da postoji pretpostavka odgovornosti članova uprave za štetu nastalu društvu. Teret dokaza da su postupali s dužnom pozornošću, odnosno da nije nastala šteta društvu u ovim slučajevima pada na članove uprave, odnosno nadzornog odbora. Naravno, odgovornost članova uprave i nadzornog odbora postoji i u drugim slučajevima kada su ispunjene posebne i opće pretpostavke za njihovu odgovornost određene Zakonom o trgovačkim društvima i Zakonom o obveznim odnosima.

<sup>80</sup> Osobito kada se radi o obavljanju administrativnih poslova pri isplata dioničarima, odnosno imateljima udjela iz imovine ili dobiti fonda, kao i pri otkupu udjela u otvorenim investicijskim fondovima. Pritom društvo za upravljanje usko surađuje s depozitnom bankom.

ime i za račun otvorenog investicijskog fonda, odnosno imatelja udjela fonda kojim upravlja, te u ime i za račun zatvorenog investicijskog fonda, pohranjujući je u depozitnoj banci, a u skladu s postupkom predviđenim propisima HANFA-e (čl. 30. st. 1., t. 11. ZIF).<sup>81</sup> Društvo za upravljanje mora dostavljati depozitnoj banci preslike svih izvornih isprava vezanih uz transakcije imovinom investicijskih fondova, i to neposredno po sastavljanju tih isprava ili njihovom primitku (čl. 30. st. 1. t. 12., ZIF) te voditi evidencije transakcija s imovinom pojedinog fonda odvojeno od svojih vlastitih računa kao i od evidencija transakcija ostalih fondova, te ih u pravilnim vremenskim razmacima usklađivati s računima depozitne banke (čl. 30. st. 1. t. 13., ZIF).<sup>82</sup> Društvo za upravljanje dužno je surađivati s HANFA-om koja nadzire njegovo poslovanje.<sup>83</sup> Ono ne smije sačinjavati nikakav ugovor kojem je cilj umanjivanje ili promjena odgovornosti utvrđenih ZIF-om, pri čemu se svaka odredba ugovora sastavljanog u tom cilju smatra ništavnom (čl. 30. st. 1. t. 22., ZIF). Društvo mora osigurati da njegovi zaposlenici i svaka osoba s kojom je sklopljen ugovor o prodaji dionica ili udjela u fondovima u njegovo ime postupaju u skladu sa ZIF-om i mjerodavnim propisima (čl. 30. st. 1. t. 23., ZIF) te mora jednog člana uprave zadužiti za osiguranje usklađenosti poslovanja društva za upravljanje s odredbama ZIF-a i drugim propisima, te za održavanje kontakata s HANFA-om u cilju provedbe izvještavanja i drugih korespondentnih aktivnosti zahtijevanih odredbama ZIF-a. (čl. 30. st. 1. t. 24., ZIF). Društvo mora upravljati fondom u skladu s ulagačkim ciljevima svakog pojedinog fonda kojim upravlja, izdavati depozitnoj banci naloge za ostvarivanje prava povezanih s imovinom fonda, te 27. osigurati da procjene vrijednosti fonda budu točne te da cijena udjela bude ispravno utvrđena (čl. 30. st. 1. t. 25.-27., ZIF).<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Na taj način osigurava se odijeljenost vlastite imovine društva za upravljanje i imovine investicijskih fondova koja im je povjerena na upravljanje.

<sup>82</sup> Na taj način olakšava se obavljanje poslova u nadležnosti depozitne banke iz čl. 53. ZIF-a te nadzor depozitne banke nad radom društva za upravljanje.

<sup>83</sup> Društvo za upravljanje u tu svrhu mora: 1. voditi poslovne knjige i ostalu dokumentaciju na način utvrđen posebnim propisom, 2. objavljivati podatke o fondovima kojima upravlja kao i o sebi u skladu sa ZIF-om i propisima HANFA-e, 3. podnositi HANFA-i redoviti izvješća u skladu s postupkom predviđenim propisima HANFA-e, 4. održavati otvorene i poštene odnose s HANFA-om, 5. izvještavati HANFA-u o svakoj promjeni sukladno odredbama ZIF-a, promjeni članova uprave i nadzornog odbora, odnosno promjeni u članstvu društva za upravljanje, te o svakoj promjeni kapitala, ustroja ili članstva u temeljnom kapitalu u odnosu na stanje koje je odobrila HANFA, 6. uvesti, voditi i stavljati na uvid svu evidenciju koju HANFA odredi svojim propisom, i to na potpun, pravodoban i točan način i u onom trajanju koje odredi HANFA, 7. pravodobno omogućiti HANFA-i uvid u svu svoju evidenciju te omogućiti razgovor s osobama koje obavljaju poslove u društvu za upravljanje, 8. pridržavati se drugih zahtjeva predviđenih ZIF-om i propisima HANFA-e, kao i zakona država članica EU u kojima mu je dopuštena javna ponuda dionica odnosno udjela investicijskih fondova kojima upravlja (čl. 30. st. 1. t. 14.-21., ZIF).

<sup>84</sup> Pravilnik kojim se uređuje poslovanje društva za upravljanje zahtijeva od društva za upravljanje da ustroji takvu unutarnju organizacijsku strukturu kojom se osigurava pravilno obavljanje poslova upravljanja investicijskim fondovima, na način da se poslovi podijele u tri organizacijske jedinice: 1. operativnu jedinicu (*Front office*), 2. jedinicu za nadzor i analizu

U slovenskom pravu čl. 29. ZISDU-a ovlašćuje Agenciju za tržište vrijednosnih papira da donese detaljnije kadrovske, tehničke i organizacijske uvjete koje moraju ispunjavati društva za upravljanje investicijskim fondovima i treće osobe na koje je delegirano obavljanje određenih poslova upravljanja investicijskim fondovima.<sup>85</sup> Članovi upravnih i nadzornih tijela društva za upravljanje, kao i članovi njihovih užih obitelji ne smiju s društvom za upravljanje sklapati ugovore o kupoprodaji ili druge poslove kojima su predmet ulaganja investicijskih fondova kojima upravlja to isto društvo (čl. 28. st. 1. t. 1., ZISDU).<sup>86</sup> Društvo za upravljanje mora voditi poslovne knjige, sastavljati knjigovodstvene isprave, vrednovati knjigovodstvene stavke i sastavljati računovodstvena izvješća u skladu s odredbama Zakona o trgovačkim društvima (čl. 32. st. 1., ZISDU).<sup>87</sup> Društvo za upravljanje i skrbnik moraju postupati neovisno jedan o drugome, i tako da osiguraju najveću korist imateljima investicijskih kupona uzajamnog fonda, odnosno imateljima dionica investicijskog

---

(*Middle office*) i 3. jedinicu za potporu (*Back office*) (čl. 4. st. 1. Pravilnika). Operativna jedinica zadužena je za upravljanje imovinom fonda, ugovaranje transakcija s vrijednosnim papirima i izradu analiza o tržištu kapitala (čl. 5. st. 1. Pravilnika). Jedinica za nadzor i analizu zadužena je za kontrolu poslovanja koje se odvija u ime i za račun fonda, izradu stručnih analiza i izvještavanje uprave i nadzornog odbora društva za upravljanje (čl. 6. st. 1. Pravilnika). Jedinica za potporu zadužena je za računovodstveno evidentiranje portfelja fonda, rješavanje postupka namire, dnevni izračun neto imovine fonda i usklađivanje s depozitnom bankom (čl. 7. st. 1. Pravilnika). Kada se radi o kadrovskim uvjetima poslovanja društva za upravljanje, ono je dužno zapošljavati osobe s kvalifikacijama i znanjima potrebnim za obavljanje povjerenih poslova (čl. 8. st. 1. Pravilnika). Ono je dužno osigurati da su odgovorne osobe, zaposlenici i osobe ovlaštene za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom upoznate sa svim postupcima kojih se moraju pridržavati pri obavljanju svojih dužnosti te da ukoliko obavljaju više funkcija u društvu, svaku od tih funkcija moraju obavljati nezavisno jednu o drugoj, savjesno i profesionalno (čl. 8. st. 2. Pravilnika). Društvo za upravljanje dužno je imenovati najmanje jednu osobu za obavljanje unutarnjeg nadzora poslovanja i osiguranje usklađenosti poslovanja sa ZIF-om i drugim propisima (čl. 9. st. 1. Pravilnika). Osoba zadužena za osiguranje usklađenosti poslovanja i kontakt s HANFA-om, mora biti član uprave društva za upravljanje (čl. 9. st. 2. Pravilnika).

<sup>85</sup> Ti uvjeti su određeni Odlukom o kadrovskim, tehničkim i organizacijskim uvjetima i dokumentaciji (Uradni list RS št. 107/07.).

<sup>86</sup> Ova zabrana vrijedi i za osobe s kojima su članovi upravnih i nadzornih tijela društva za upravljanje i članovi njihovih užih obitelji kapitalno povezani, tako da na temelju te povezanosti zajedno oblikuju poslovnu politiku i djeluju usklađeno s ciljem ostvarenja zajedničkih ciljeva, i to tako da jedna osoba ima mogućnost usmjeravati drugu ili bitno utjecati na nju pri odlučivanju o financiranju i poslovanju, ili, tako da poslovne odluke ili poslovanje jedne osobe može značajno utjecati na poslovne odluke, poslovne rezultate ili poslovanje druge osobe (čl. 28. st. 1. t. 2., ZISDU). Ova zabrana ne vrijedi za ulaganje u investicijske kupone ili dionice investicijskih fondova (čl. 28. st. 2., ZISDU).

<sup>87</sup> Računovodstvena izvješća društva za upravljanje mora pregledati revizor (čl. 32. st. 3., ZISDU). Društvo mora svoje revidirano godišnje financijsko izvješće predati Agenciji za tržište vrijednosnih papira u roku 15 dana od njegovog utvrđivanja, ili najkasnije u roku od 4 mjeseca po isteku kalendarske godine (čl. 30. st. 6., ZISDU) te ga predati Agenciji za javnopravne evidencije i poslove radi objave u roku 15 dana od utvrđivanja, a najkasnije u roku od 6 mjeseca od isteka kalendarske godine (čl. 32. st. 7., ZISDU).

društva (čl. 58. st. 1., ZISDU).<sup>88</sup> Društvo za upravljanje i skrbnik ne mogu za račun investicijskog fonda za koji obavljaju poslove upravljanja, odnosno skrbništva njegovom imovinom uzimati kredite ili se zaduživati (čl. 78. st. 1., ZISDU).<sup>89</sup> Društvo za upravljanje i skrbnik moraju čuvati povjerljivost podataka o imateljima investicijskih kupona, odnosno dionica investicijskih fondova, koje su saznali u obnašanju svojih dužnosti (čl. 109., ZISDU). Društvo za upravljanje je ovlašteno poduzimati poslove upravljanja imovinom uzajamnog fonda u svoje ime, a za račun fonda (čl. 135., ZISDU).<sup>90</sup> Društvo za upravljanje mora pri upravljanju imovinom uzajamnog fonda postupati u skladu sa zakonom, pravilima upravljanja uzajamnog fonda i pravilima struke upravljanja financijskim ulaganjima, te mora voditi računa o interesima imatelja investicijskih kupona (čl. 138., ZISDU).<sup>91</sup> U njemačkom pravu § 9 st. 1. InvG-a propisuje obvezu društva za upravljanje da obavlja svoju djelatnost upravljanja imovinom investicijskog fonda za račun imatelja udjela s pozornošću urednog trgovca, te da djeluje neovisno od depozitne banke. Društvo za upravljanje ima obvezu da djeluje isključivo u interesu svojih članova, odnosno dioničara, u skladu s integritetom tržišta pri poduzimanju poslova, da djeluje u skladu s interesima investicijskog fonda kojim upravlja i u skladu s integritetom tržišta te da primjenjuje potrebnu profesionalnu stručnost, brigu i savjesnost, da nastoji

<sup>88</sup> Skrbnik i društvo za upravljanje ovlašteni su poduzimati sve pravne radnje u sudskim i upravnim postupcima u kojim se odlučuje o pravima, obvezama i imovini investicijskog fonda podnositi zahtjeve i sklapati ugovore za račun uzajamnog fonda, odnosno u ime i za račun investicijskog društva (čl. 58. st. 2., ZISDU). Društvo za upravljanje mora obavijestiti skrbnika o početku sudskih i upravnih postupaka i izvještavati ga o njihovom tijeku, te ne može raspolagati zahtjevom, sklopiti sudsku nagodbu ili se odreći pravnog sredstva bez suglasnosti skrbnika (čl. 58. st. 4.-5., ZISDU).

<sup>89</sup> To vrijedi i za davanje jamstava u ime investicijskog fonda (čl. 79., ZISDU), zalaganje imovine investicijskog fonda (čl. 81., ZISDU).

<sup>90</sup> Društvo za upravljanje je ovlašteno sklapati ugovore kojima je predmet imovina uzajamnog fonda, raspolagati s imovinom uzajamnog fonda radi ispunjenja obveza preuzetih u upravljanju imovinom uzajamnog fonda, primati ispunjenje dugovanja trećih osoba na temelju poslova sklopljenih pri upravljanju imovinom uzajamnog fonda, te ostvarivanje prava iz vrijednosnih papira uzajamnog fonda ili drugih financijskih ulaganja uzajamnog fonda. Pri poduzimanju poslova upravljanja imovinom uzajamnog fonda društvo mora poštivati odredbe zakona i pravila upravljanja uzajamnog fonda. Za ispunjenje obveza druge strane iz poslova koje je društvo za upravljanje sklopilo za račun uzajamnog fonda odgovara društvo za upravljanje (čl. 136. st. 1., ZISDU). Ove odredbe se na odgovarajući način primjenjuju i pri upravljanju imovinom investicijskog društva (čl. 180., ZISDU).

<sup>91</sup> Društvo za upravljanje odgovara imateljima investicijskih kupona za štetu koja nastane postupanjem koje je protivno navedenim pravilima (čl. 138. st. 3., ZISDU). Tužbu protiv društva za upravljanje za naknadu štete podnosi skrbnik za račun uzajamnog fonda (čl. 138. st. 4., ZISDU), a ako to ne učini u roku od 30 dana od podnošenja pisanog zahtjeva imatelja investicijskih kupona, tužbu može podnijeti svaki imatelj investicijskog kupona tog fonda (čl. 138. st. 5., ZISDU). U čl. 182. ZISDU-a, na sličan način uređuje se profesionalna pozornost društva za upravljanje u odnosu na investicijsko društvo (tužbu za naknadu štete mogu podnijeti nadzorni odbor ili svaki dioničar investicijskog društva ako to propusti učiniti skrbnik u roku od 30 dana od podnošenja pisanog zahtjeva).

izbjeci sukobe interesa te, ako su takvi sukobi neizbježni, da poduzme mjere koje su potrebne za razrješenje takvih sukoba interesa, vodeći računa o zaštiti interesa imatelja udjela, odnosno dioničara (§ 9 st. 2., InvG).<sup>92</sup> Društvo za upravljanje ima obvezu da Saveznoj agenciji za nadzor financijskih usluga redovito podnosi popis imovine investicijskog fonda i izvješća o transakcijama u financijske instrumente koji su uvršteni u organizirana tržišta država članica EU ili uređena tržišta kapitala, odnosno uređena neslužbena tržišta kapitala na području SR Njemačke (§ 10 st. 1. i 2., InvG).<sup>93</sup> U čl. 5.f st. 1. Direktive o PZIPVP obvezuje se svaka država članica EU da donese pravila o pažljivom i sigurnom poslovanju koje stalno moraju primjenjivati društva za upravljanje investicijskim fondovima.<sup>94</sup> Svaka država članica EU mora donijeti pravila postupanja koja moraju u svakom trenutku primjenjivati društva za upravljanje investicijskim fondovima koja su dobila odobrenje za rad (čl. 5.h Direktive o PZIPVP).<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Društvo za upravljanje mora biti tako ustrojeno da rizik bilo kojeg sukoba interesa društva i imatelja udjela, između različitih imatelja udjela, između pojedinačnog imatelja udjela i investicijskog fonda, ili između 2 investicijska fonda bude sveden na najmanju moguću mjeru (§ 9 st. 3., InvG).

<sup>93</sup> Savezno Ministarstvo financija je ovlašteno donijeti podzakonske akte o načinu izvještavanja o navedenim podacima, davanju dodatnih podataka potrebnih za obnašanje nadzorne funkcije Savezne agencije za nadzor financijskih usluga, dopuštenju burze ili kvalificirane treće osobe da podnese izvješća o transakcijama u financijske instrumente na trošak društva za upravljanje, te dopuštenju da se navedeni podaci priopće u skraćenom obliku, ili da se izuzme mogućnost njihove objave, uz uvjet da to ne ugrožava ostvarivanje nadzorne uloge Savezne agencije za nadzor financijskih usluga (§ 10 st. 3., InvG). Određene pravne poslove raspolaganja imovinom investicijskog fonda društvo za upravljanje može obavljati samo uz suglasnost depozitne banke (§ 26, InvG) i depozitna banka nadzire rad društva za upravljanje i investicijskog fonda (§ 27, InvG). Depozitarna banka je ovlaštena u vlastito ime podnositi tužbene zahtjeve kojima se štite interesi imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskog fonda protiv društva za upravljanje (§ 28 st. 1., InvG). Tu istu ovlast ima društvo za upravljanje u odnosu na depozitnu banku (§ 28 st. 2., InvG).

<sup>94</sup> Od društva za upravljanje se osobito traži da ima pouzdane upravne i računovodstvene postupke, nadzorne i zaštitne mjere za elektronsku obradu podataka i odgovarajuće mehanizme unutarnjeg nadzora, uključujući pravila za osobne transakcije svojih zaposlenika ili za držanje ili upravljanje ulaganjima u financijske instrumente, s namjerom ulaganja vlastitih sredstava. Ti postupci i mjere, između ostalog, moraju osigurati da je svaku transakciju u kojoj sudjeluje investicijski fond moguće rekonstruirati do njenoga izvora, sudjelujućih stranaka, njezine prirode i vremena i mjesta njezine provedbe. Oni moraju osigurati i to da se sredstva investicijskih fondova kojima upravlja društvo za upravljanje ulažu u skladu s pravilima upravljanja uzajamnog fonda, odnosno osnivačkog akta investicijskog društva i u skladu s pozitivnim propisima. Društvo za upravljanje mora biti strukturirano i organizirano tako da minimizira rizike nastanka sukoba interesa između društva i njezinih klijenata, između pojedinih klijenata društva, između klijenta i investicijskog fonda te između dva investicijska fonda, a na štetu investicijskih fondova i njihovih stranaka. Ako se osniva podružnica društva za upravljanje, organizacijsko uređenje ne smije biti u suprotnosti s pravilima ponašanja države članice-primateljice kojima se sprečavaju sukobi interesa.

<sup>95</sup> Ta pravila ponašanja moraju osigurati ostvarenje sljedećih načela: a) društvo za upravljanje postupa na iskren i pošten način pri obavljanju svojih poslovnih djelatnosti u najboljem interesu investicijskog fonda kojim upravlja i u skladu s integritetom tržišta kapitala; b) društvo za upravljanje postupa s pozornošću dobrog stručnjaka i s pozornošću dobrog društva za upravljanje u najboljem



### 3.5.2. Upravljanje rizicima

Društvo za upravljanje mora uspostaviti sustav upravljanja rizicima koji u svako doba omogućuje mjerenje i praćenje rizičnosti pojedinih instrumenata u portfelju kao i ukupnoga portfelja fonda (čl. 31. st. 1., ZIF). Sustav upravljanja rizicima mora omogućiti točno i neovisno utvrđivanje vrijednosti financijskih izvedenica kojima se trguje na drugim organiziranim tržištima (čl. 31. st. 2., ZIF).<sup>96</sup> U slovenskom pravu društvo za upravljanje mora osigurati raspolaganje s primjerenim kapitalom s obzirom na veličinu imovine investicijskih fondova kojima upravlja te s obzirom na izloženost društva za upravljanje rizicima koji su povezani s obavljanjem poslova upravljanja investicijskim fondovima i poslova upravljanja imovinom dobro upućenih ulagatelja (kapitalna primjerenost) (čl. 30. st. 1., ZISDU).<sup>97</sup>

### 3.6. Ograničenja i odgovornost društva za upravljanje

U obavljanju djelatnosti upravljanja investicijskim fondovima društvu za upravljanje nameće se čitav niz ograničenja u poduzimanju određenih poslova

---

interesu investicijskog fonda kojim upravlja i u skladu s integritetom tržišta kapitala; c) društvo za upravljanje ima i učinkovito upotrebljava izvore i postupke koji su potrebni za pravilno obavljanje njezinih poslovnih djelatnosti; d) društvo za upravljanje nastoji izbjeći sukobe interesa i u slučaju ako to ne uspije, osigurava da se sa investicijskim fondovima kojima upravlja postupka pošteno; e) društvo za upravljanje ispunjava sve propisane zahtjeve koji vrijede za obavljanje njegovih poslovnih djelatnosti tako da promiče najbolje interese svojih ulagatelja i integritet tržišta kapitala.

<sup>96</sup> Društvo za upravljanje će, u skladu s pravilima koja propisuje HANFA, za svaki pojedini fond izvještavati HANFA-u o tipovima financijskih izvedenica u portfelju fonda, povezanim rizicima, kvantitativnim limitima i implementiranoj metodologiji za mjerenje rizika vezanih uz pozicije i transakcije tim izvedenicama (čl. 31. st. 3., ZIF). Izloženost fonda prema pojedinim financijskim instrumentima na kojima se temelji izvedenica ne smije biti u suprotnosti s ograničenjima ulaganja propisanim ZIF-om, prospektom i/ili statutom fonda (čl. 31. st. 4., ZIF). Kada vrijednosni papir ili instrument tržišta novca u sebi ima ugrađenu izvedenicu, takva izvedenica mora biti uzeta u obzir prilikom izračuna izloženosti fonda rizicima.

<sup>97</sup> Kapital društva za upravljanje koje isključivo obavlja poslove upravljanja investicijskim fondovima ne smije biti manji od zakonom propisanog iznosa minimalnog temeljnog kapitala (čl. 30. st. 2., ZISDU). Ako društvo za upravljanje pored poslova upravljanja investicijskim fondovima, obavlja i poslove upravljanja imovinom dobro upućenih ulagatelja, tada pored minimalnog temeljnog kapitala mora osigurati i dodatni kapital koji je namijenjen pokriću izloženosti društva za upravljanje rizicima povezanim s obavljanjem poslova upravljanja imovinom dobro upućenih ulagatelja (čl. 30. st. 3., ZISDU). Ako se temeljni kapital društva za upravljanje smanji ispod zakonskog minimuma, Agencija za tržište vrijednosnih papira može dozvoliti društvu za upravljanje da nastavi s obavljanjem poslova upravljanja investicijskim fondovima ili financijskom imovinom dobro upućenih ulagatelja uz uvjet, da u roku, koji odredi Agencija, poveća kapital tako, da on nije manji od ukupnog iznosa zakonom propisanog minimalnog temeljnog kapitala i traženog dodatnog kapitala prema čl. 30. st. 3. ZISDU-a. Ako društvo za upravljanje u određenom roku ne osigura kapitalnu primjerenost, to je razlog za oduzimanje odobrenja društvu za upravljanje za obavljanje djelatnosti upravljanja investicijskim fondovima (čl. 30. st. 4., ZISDU). Društvo za upravljanje mora poštivati pravila o upravljanju rizicima i uspostaviti primjereni sustav upravljanja rizicima, uzimajući u obzir skupni opseg imovine investicijskih fondova kojima upravlja i vrstu poslova koje obavlja (čl. 30. st. 5., ZISDU).



kojima bi se mogli ugroziti interesi imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskog fonda čija je imovina povjerena društvu na upravljanje. Pritom značajnu ulogu ima depozitna banka, koja daje odobrenje za poduzimanje određenih pravnih poslova društvu za upravljanje, te zastupa interese imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskih fondova u eventualnim sudskim postupcima koji se vode protiv društva za upravljanje. Upravo su u ovom segmentu nadzorne uloge depozitne banke odredbe hrvatskog Zakona o investicijama manjkave, te bi se trebale dopuniti po uzoru na rješenja u usporednom pravu.

U čl. 47. st. 1. ZIF-a određuju se određeni pravni poslovi koje društvo za upravljanje investicijskim fondovima s javnom ponudom ne smije obavljati. Tako društvo za upravljanje ne smije obavljati poslove posredovanja u kupnji i prodaji vrijednosnih papira (čl. 47. st. 1. t., 1. ZIF), budući da su ti poslovi rezervirani za ovlaštena društva koji su dobila odobrenje HANFA-e za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima.<sup>98</sup> Konačno, društvo za upravljanje ograničava se samo na prodaju udjela, odnosno dionica investicijskog fonda koji osniva, te donosi odluke o ulaganju imovine investicijskog fonda kojim upravlja. Ona pritom mora štiti interese imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskog fonda kojim upravlja, a spomenutom zabranom onemogućava se društvu da posreduje u kupoprodaji vrijednosnih papira za treće osobe. Daljnja skupina poslova koje društvo za upravljanje ne smije obavljati jest ona koja ima za cilj očuvanje imovine investicijskog fonda kojim upravlja društvo. U tom smislu društvo za upravljanje investicijskim fondovima s javnom ponudom ne smije: 1. otuđivati vrijednosne papire ni bilo kakvu drugu imovinu fonda niti ju od njega stjecati, bilo za svoj vlastiti račun ili za račun povezanih osoba, 2. kupovati sredstvima fonda imovinu koja nije predviđena njegovim statutom i prospektom, 3. obavljati transakcije

<sup>98</sup> Poslovi s vrijednosnim papirima, odnosno izvedenicama određeni su u čl. 34. Zakona o tržištu vrijednosnih papira (ZTVP)(NN 84/02., 138/06.). To su: 1. kupnja i prodaja vrijednosnih papira po nalogu nalogodavca (u svoje ime i za račun nalogodavca), 2. trgovina u spekulacijske svrhe – kupnja i prodaja vrijednosnih papira u svoje ime i za svoj račun, 3. upravljanje portfeljem vrijednosnih papira za račun nalogodavca – vlasnika portfelja, 4. poslovi posebne burzovne trgovine – istovremeno isticanje stalne ponude na kupnju i na prodaju vrijednosnih papira, u svoje ime i za svoj račun, radi održavanja stalne ponude i potražnje za određenim vrijednosnim papirima, 5. poslovi agenta izdanja – organiziranje, priprema i provođenje upisa i uplate vrijednosnih papira i obavljanje drugih poslova za izdavatelja u vezi s izdavanjem vrijednosnih papira, priprema za uvrštenje vrijednosnih papira na burzu i uređeno javno tržište uključujući i podnošenje zahtjeva za uvrštenje u ime izdavatelja, 6. pokroviteljstvo izdanja – organiziranje, priprema i provođenje izdavanja vrijednosnih papira za izdavatelja te s tim u vezi upis i uplata svih vrijednosnih papira ili samo onih koji ostanu neupisani, radi njihove daljnje prodaje potencijalnim ulagateljima, kako bi se osigurao uspjeh upisa i uplate, 7. investicijsko savjetovanje – savjetovanje pri ulaganju u vrijednosne papire, 8. poslovi skrbništva nad vrijednosnim papirima. Ovlaštena društva su brokerska društva i banke koja su dobila odobrenje HANFA-e za obavljanje poslova s vrijednosnim papirima i koja su upisali te poslove kao svoju djelatnost u sudski registar (čl. 35., ZTVP). Brokerska društva se osnivaju u pravnom obliku društva s ograničenom odgovornošću ili dioničkog društva sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, te se na njih primjenjuju odredbe ZTD-a, osim ako ZTVP-om nije drugačije propisano (čl. 36., ZTVP). Obavljanje poslova s vrijednosnim papirima banka je obvezna ustrojstveno, organizacijski i računovodstveno odijeliti od svojih ostalih poslova, a može ih obavljati posredstvom brokerske kuće u njezinom vlasništvu (čl. 39., ZTVP).

kojima krši odredbe ZIF-a i propisa HANFA-e, uključujući odredbe o ograničenjima ulaganja u fondove kojima upravlja, 4. otuđivati imovinu zatvorenog investicijskog fonda i imovinu koja tvori otvoreni investicijski fond bez primanja odgovarajuće naknade, 5. stjecati ili otuđivati imovinu u ime fondova kojima upravlja po cijeni nepovoljnijoj od tržišne cijene ili procijenjene vrijednosti predmetne imovine (čl. 47. st. 1. t. 2.-6., ZIF). Sljedeću skupinu čine poslovi kojima bi društvo za upravljanje koristilo imovinu investicijskog fonda kojim upravlja za odobrenje zajmova, odnosno davanje jamstava trećim osobama čime se umanjuje imovina fonda te se izlaže rizicima, pa su stoga zabranjeni za društvo za upravljanje (čl. 47. st. 1. t. 7.-9., ZIF).<sup>99</sup> Posebnu skupinu čine oni pravni poslovi koje društvo za upravljanje poduzima u odnosu na investicijske fondove kojima upravlja, odnosno ulaganja vlastite imovine u investicijske fondove kojima upravlja ili imovine fonda u vrijednosne papire koje je ono izdalo, čime bi nastajali uzajamni udjeli (čl. 47. st. 1. t. 10.-14., ZIF).<sup>100</sup> U tom smislu društvo za upravljanje ne smije poduzimati pravne radnje kojima bi manipuliralo imovinom dvaju ili više investicijskih fondova kojima upravlja, mora obavljati transakcije s vrijednosnim papirima samo na burzi ili drugom priznatom sustavu trgovanja čija pravila omogućavaju isporuku vrijednosnih papira uz istodobno plaćanje, ne smije za svoj račun stjecati ili otuđivati udjele u otvorenom investicijskom fondu kojim upravlja, ne smije izdavati druge vrijednosne papire otvorenih investicijskih fondova osim njihovih udjela i ne smije ulagati imovinu fonda u vrijednosne papire ili druge financijske instrumente kojih je ono izdavatelj. Konačno, tu su ograničenja ulaganja koja se primjenjuju na investicijske fondove kojima upravlja jedno društvo za upravljanje u cilju smanjenja rizika ulaganja (čl. 47. st. 1. t. 25., ZIF).<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Tako društvo za upravljanje investicijskim fondovima ne smije: 1. u svoje ime i za račun otvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom, odnosno u ime i za račun zatvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom, posuđivati sredstva osim ako to ne čini s ciljem korištenja tih sredstava za otkup udjela u otvorenom investicijskom fondu s javnom ponudom, i to pod uvjetom da novčana sredstva raspoloživa u portfelju fonda nisu dostatna za tu svrhu, pri čemu, u slučaju takvih pozajmica ukupni iznos obveza koje podliježu otplati iz imovine koja tvori otvoreni investicijski fond s javnom ponudom prema svim ugovorima o zajmu ili kreditu ne smije prelaziti 10% neto vrijednosti imovine otvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom u trenutku uzimanja tih pozajmica, na rok ne duži od 3 mjeseca, 2. odobravati zajmove iz imovine fonda, 3. koristiti imovinu fonda kao jamstvo izvršenja obveza društva za upravljanje ili obveza trećih osoba ili kako bi društvu za upravljanje, njegovim zaposlenicima ili povezanim osobama omogućio sklapanje poslova pod povoljnim uvjetima. Tako i čl. 78.-79. slovenskog ZISDU-a.

<sup>100</sup> Društvo za upravljanje investicijskim fondovima ne smije: 1. dogovarati prodaju, kupnju ili prijenos imovine između dva fonda kojima upravlja isto društvo za upravljanje pod uvjetima različitim od tržišnih uvjeta ili uvjetima koji jedan fond stavljaju u povoljniji položaj u odnosu na drugi, 2. preuzimati obveze u vezi s imovinom koja u trenutku preuzimanja tih obveza nije vlasništvo investicijskog fonda s javnom ponudom, uz iznimku transakcija s vrijednosnim papirima obavljenih na burzi ili kakvom drugom priznatom sustavu trgovanja čija pravila omogućavaju isporuku vrijednosnih papira uz istodobno plaćanje, 3. za svoj račun stjecati ili otuđivati udjele u otvorenom investicijskom fondu kojim upravlja, 4. izdavati druge vrijednosne papire otvorenih investicijskih fondova osim njihovih udjela, 5. ulagati imovinu fonda u vrijednosne papire ili druge financijske instrumente kojih je ono izdavatelj.

<sup>101</sup> Fondovi s javnom ponudom kojima upravlja jedno društvo za upravljanje ne smiju biti vlasnici ukupno: a) više od 25% dionica s pravom glasa jednog te istog izdavatelja, b) više od

U slučaju da ne obavi ili propusti obaviti, u cijelosti ili djelomično, odnosno ako nepropisno obavi bilo koji posao ili dužnost predviđene ZIF-om, statutom ili prospektom fonda, društvo za upravljanje odgovorno je imateljima udjela, odnosno dioničarima fonda za uredno i savjesno obavljanje poslova propisanih ZIF-om, pravilnikom, statutom i prospektom fonda te ugovorom o upravljanju zatvorenim investicijskim fondom (čl. 48. st. 1., ZIF). Odricanje od odgovornosti zbog povjeravanja obavljanja nekog posla trećoj osobi nema pravnog učinka (čl. 48. st. 2., ZIF).

#### **4. Zaključak**

Društva za upravljanje investicijskim fondovima predstavljaju trgovačka društva osnovana u pravnom obliku dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću kojima je predmet poslovanja osnivanje i upravljanje otvorenim i zatvorenim investicijskim fondovima. S obzirom na njihovu specifičnu gospodarsku djelatnost osobiti naglasak se stavlja na zaštitu interesa imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskih fondova koji su im povjereni na upravljanje, pa posebnu ulogu u provedbi mjera zaštite njihovih interesa imaju nacionalna regulatorna tijela. Pravni položaj društava za upravljanje investicijskim fondovima u Republici Hrvatskoj uređen je Zakonom o investicijskim fondovima (ZIF) iz 1995. godine koji je u znatnoj mjeri usklađen s Direktivom Vijeća ministara EU o usklađivanju zakona i drugih propisa o poduzećima za zajedničke investicije u prenosive vrijednosne papire, iz 1985. godine. Nadzor nad radom društava za upravljanje investicijskim fondovima u Republici Hrvatskoj obavlja Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga (HANFA), što se očituje u obvezi društva za upravljanje investicijskim fondovima da pribavi suglasnost HANFA-e za obavljanje svoje gospodarske djelatnosti, za osnivanje investicijskih fondova i za sklapanje ugovora s depozitnom bankom. Kada se radi o pravnom uređenju položaja društava za upravljanje u hrvatskom pravu, javlja se potreba dodatnog usklađivanja odredbi ZIF-a o temeljnom kapitalu društva za upravljanje s Direktivom o PZIPVP, izričito pravnom uređenju obveze dioničara, odnosno članova društva za upravljanje da traže odobrenje HANFA-e za stjecanje kvalificiranih udjela u temeljnom kapitalu društva za upravljanje, te uređenje nadzorne funkcije depozitne banke u odnosu na društvo za upravljanje, koja štiti interese imatelja udjela, odnosno dioničara investicijskih fondova.

---

10% dionica bez prava glasa jednog te istog izdavatelja, c) 10% dužničkih vrijednosnih papira izdanih od strane jednog te istog izdavatelja, d) 25% udjela pojedinoga investicijskog fonda, e) 10% instrumenata tržišta novca jednog te istog izdavatelja uz iznimku da se ograničenja iz ove podtočke ne primjenjuju na dužničke vrijednosne papire i instrumente tržišta novca čiji su izdavatelj Republika Hrvatska, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave Republike Hrvatske, država članica EU, jedinica lokalne uprave države članice, država koja nije članice EU ili međunarodna javna organizacija koja je članica jedne ili više država članica.

## Summary

**INVESTMENT FUND MANAGEMENT COMPANIES AND  
THEIR LEGAL PECULIARITIES**

Investment fund management companies are public and private companies to establish and manage investment funds (common funds and investment companies). Operating such specific business activities resulted in introducing peculiarities in legal regulations governing the position of management companies. National competent authorities have an important role in supervising the activities of management companies. A legal status of management companies in the Republic of Croatia has been regulated by the Investment Fund Act which has been compliant with the UCITS Directive. The Securities Market Act and Companies Act contain subsidiary applicable rules on management companies.

**Key words:** *investment funds, management company, comparative law.*

## Zusammenfassung

**VERWALTUNGSGESELLSCHAFTEN VON  
INVESTMENTFONDS UND IHRE STATUÄREN  
BESONDERHEITEN**

Verwaltungsgesellschaften von Investmentfonds sind Kapitalgesellschaften, die Investmentfonds gründen und managen. Die Durchführung dieser spezifischen Wirtschaftstätigkeit bedingt eine spezielle Rechtsregulative der Lage der Verwaltungsgesellschaft. Eine bedeutende Rolle bei der Aufsicht über die Arbeit der Verwaltungsgesellschaft haben nationale regulierende Körper. In der Republik Kroatien ist die Rechtslage der Verwaltungsgesellschaft durch das Gesetz über Investmentfonds geregelt, das den Bestimmungen der Direktive des Ministerrates der EU über die Harmonisierung von Gesetzen und anderer Vorschriften in Firmen für gemeinsame Investitionen in übertragbare Wertpapiere angeglichen ist. Subsidiär werden für Verwaltungsgesellschaften die Bestimmungen des Gesetzes über den Wertpapierhandel und das Gesetz über Handelsgesellschaften angewandt.

**Schlüsselwörter:** *Investmentfonds, Verwaltungsgesellschaften, vergleichendes Recht.*

## Sommario

### **SOCIETÀ DI GESTIONE DEI FONDI DI INVESTIMENTO E LORO CONDIZIONI PARTICOLARI**

Le società di gestione dei fondi di investimento rappresentano delle società di capitali che istituiscono e gestiscono dei fondi di investimento. In quanto realizzanti specifiche attività imprenditoriali sono state introdotte delle particolarità nella regolazione giuridica della posizione delle società di gestione. Le autorità nazionali competenti svolgono un ruolo importante nella supervisione delle attività delle società di gestione. La condizione giuridica delle società di gestione nella Repubblica di Croazia è stata disciplinata dalla Legge sui fondi di investimento, che è armonizzata con le previsioni della Direttiva del Consiglio dei ministri dell'Unione Europea UCITS. La Legge sul mercato dei titoli e la Legge sulle imprese commerciali contengono norme sussidiarie applicabili alle società di gestione.

***Parole chiave:** fondi di investimento, società di gestione, diritto comparato.*





## PREKOGRANIČNI I POREZNOPRAVNI ASPEKTI DJELOVANJA INVESTICIJSKIH FONDOVA

Dr. sc. Nataša Žunić-Kovačević, docentica  
Dr. sc. Edita Čulinović-Herc,  
izvanredna profesorica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.22:336.76  
Ur.: 28. siječnja 2008.  
Pr.: 18. veljače 2008.  
Izvorni znanstveni članak

*U radu se izlažu prekogranični i poreznopravni aspekti poslovanja investicijskih fondova, s posebnim naglaskom na otvorene investicijske fondove. Prekogranični aspekti značajni su za domaće tržište kapitala u svjetlu budućeg pristupanja RH Europskoj uniji, a povezani su s dvjema temeljnim gospodarskim slobodama u EU: slobodom pružanja usluga i slobodom kretanja kapitala. Stoga se prekogranični aspekti djelovanja investicijskih fondova mogu pratiti na dvije razine. Sloboda pružanja usluga očituje se kao mogućnost da strano društvo za upravljanje investicijskim fondom pruža usluge na teritoriju druge države članice, a sloboda kretanja kapitala, ogleda se u tome da se udjeli fondova domiciliranih u nekoj državi članici mogu nuditi i u drugim zemljama članicama (tzv. europska putovnica). Kako će s ulaskom RH u Europsku uniju i domaća društva za upravljanje investicijskim fondovima moći nuditi svoje usluge i proizvode na prekograničnoj osnovi, u radu se obrađuju rješenja Zakona o investicijskim fondovima. S obzirom da je europsko pravo harmoniziralo samo segment otvorenih fondova koji se nude javnom ponudom, potrebno je razlučiti koji pojavnici oblici fondova ostaju izvan koncepta europske putovnice. Kako je mjerodavan izvor europskog prava koji uređuje ovu materiju Smjernica UCITS, obrađuju se rješenja iste s posebnim naglaskom na probleme uočene prilikom njezine implementacije u zakonodavstvo država članica. Prekogranično djelovanje investicijskih fondova implicira i pitanja poreznopravnog tretmana stranih investicijskih fondova. Porezni položaj investicijskih fondova može se promatrati na tri nivoa: nivo ulaganja (ulog, investicija), nivo fonda i nivo ulagatelja, a u praksi je uočeno da su strani investicijski fondovi često poreznopravno diskriminirani. Stoga se u radu daje komparativni prikaz poreznog tretmana investicijskih fondova u pojedinim državama članicama EU, iz kojega su vidljive različitosti nacionalnih poreznih sustava. Zbog činjenice da su predmetom istraživanja fondovi*

koji djeluju na prekograničnoj osnovi, u radu se daje i prikaz relevantnih odredbi međunarodnog poreznog prava koje se nalaze u ugovorima o izbjegavanju međunarodnog dvostrukog oporezivanja. Zbog istog su razloga sažeto prikazane i odredbe europskog prava koje se pojavljuju kao relevantne.

**Ključne riječi:** otvoreni investicijski fondovi, sloboda obavljanja usluga, sloboda kretanja kapitala, Zakon o investicijskim fondovima, porezni tretman, nacionalni porezni sustavi, međunarodno porezno pravo, europsko pravo.

## 1. Uvod

Investicijski fondovi nisu “otkriće” 20-og stoljeća. Prvi investicijski fond “*Société civile Genèveoise d’emploi de fonds*” osnovan je u Švicarskoj 1849. godine, zatim ga slijedi britanski “*Foreign & Colonial Government Trust*” iz 1868., godine kada je po prvi put definirano da investicijski fond služi kao sredstvo koje pruža ulagatelju umjerenih ili osrednjih sredstava jednake prednosti i ulagateljsku poziciju kao da se radi o krupnom ulagatelju, i to u pogledu smanjenja rizika koji nosi sa sobom ulaganje u inozemne vrijednosnice a na način da ulaganje raspršuje u veći broj i oblik vrijednosnica. U SAD-u je prvi investicijski fond – “*Boston Personal Property Trust*” osnovan 1894. godine, dok je u Njemačkoj “*Zickert’sche Kapitalverein*” osnovan 1923. godine. Radilo se u svim slučajevima o zatvorenim investicijskim fondovima. Prvi otvoreni investicijski fond osnovan je 1924. godine u SAD-u, u Bostonu “*The Massachusetts investment Trust*”. No u drugim je zemljama, poglavito kontinentalnog prava, povijest investicijskih fondova puno mlađa, i počinje negdje od tzv. Smjernice UCITS<sup>1</sup> iz 1985. godine. Navedena smjernica stupila

<sup>1</sup> UCITS – Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities (dalje u tekstu: UCITS). Prema definiciji su UCITS - društva za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire otvoreni investicijski fondovi. Investicijski fondovi se mogu klasificirati s obzirom na njihov premet ulaganja, pa tako razlikujemo četiri glave skupine: novčani fondovi – engl. *Money Market Funds*, obveznički fondovi - *Bond Funds*, dionički - *Equity Funds*, i mješoviti fondovi - *Balanced Funds*. Više o definiranju i kategorizacijama investicijskih fondova, vidi, Jurić, Dijana, *Perpektiva razvoja investicijskih fondova u Republici Hrvatskoj, Financijska teorija i praksa*, 29 (4), 2005., str. 386-387. Države članice mogu dozvoliti osnivanje i drugih vrsta investicijskih fondova, na koje se ne odnosi spomenuta Smjernica. Takvi, tzv. “neharmonizirani” investicijski fondovi (ne-UCITS) jesu nekretninski fondovi, posebni fondovi za institucionalne ulagatelje kao i posebni mirovinski fondovi. Smjernica UCITS temelji se na tri ključna principa: minimalno usklađivanje ili harmonizacija nacionalnog zakonodavstva, uzajamno priznanje ovlaštenja i kontrola u matičnoj državi. Za navedenu Smjernicu kaže se da je više “proizvodna smjernica” no institucionalna mjernica (engl. *institution-directive*), što je najčešći slučaj kod smjernica koje se odnose na financijske usluge. To stoga što se ona odnosi na “proizvod”-investicijski fond, ukoliko ispunjava Smjernicom predviđene pretpostavke: domicil u državi članici (EU ili EEA); javna ponuda; otkup ili isplata po neto vrijednosti na zahtjev imatelja uloga; ulaganje u prenosive vrijednosnice; poslovanje po načelu diverzifikacije rizika; povjerenja imovina na čuvanje

je na snagu 1. listopada 1985. godine<sup>2</sup>, a njezina posljednja izmjena datira iz 2005. godine.<sup>3</sup>

Na tržištu investicijskih fondova velika je uloga upravo tzv. UCITS-a, otvorenih investicijskih fondova namijenjenih javnosti (prema definiciji prihvaćenoj u EU zbog potrebe usklađivanja naziva i definicija u bogatoj paleti raznih vrsta fondova). Naime Smjernica UCITS se kao dio tzv. harmoniziranog prava primjenjuje se na one fondove koji kapital prikupljaju od javnosti, koji pri ulaganju vode računa o disperziji rizika, a koji ulažu u vrijednosne papire i/ili likvidne financijske instrumente. Također, mora se raditi o fondovima koji na zahtjev imatelja udjela moraju taj udjel otkupiti odnosno isplatiti iz vrijednosti imovine fonda. Interesantno je da takvi fondovi prema Smjernici mogu biti ugovorne naravi (*under law of contract*), da se također mogu temeljiti na institutu trusta (*unit trust*), ili mogu biti organizirani kao društvo za ulaganje (*investment company*).<sup>4</sup> Dakle, unutar otvorenih investicijskih fondova mogu se prema definiciji sadržanoj u Smjernici UCITS III naći dvije različite kategorije fondova s obzirom na pravni oblik u kojem se pojavljuju – ugovorni oblik – opći fondovi (*common funds*), s jedne strane, kojima upravljaju društva za upravljanje fondovima i koji nemaju pravnu osobnost i korporativni oblik, te s druge strane društva za ulaganje (*investment companies*), a to su fondovi koji imaju pravnu osobnost. Institut trusta podoblik je ugovornog oblika kojeg nalazimo jedino u Velikoj Britaniji i Irskoj, a radi se o fondovima zajedničkih ulaganja temeljeni na konceptu običajnog prava. Komparativnim pregledom pravnih oblika u kojima se mogu pojaviti investicijski fondovi vidimo da korporativni oblik i oblik trusta nisu dozvoljeni u Austriji, Češkoj, Finskoj, Norveškoj, Portugalu, Švicarskoj. Ugovorni oblik i oblik trusta nisu dopušteni u Danskoj, dok oblik trusta nije dopušten u Belgiji, Francuskoj, Njemačkoj, Grčkoj, Italiji, Luksemburgu, Poljskoj, Španjolskoj. U Irskoj nisu dozvoljeni investicijski fondovi u ugovornom obliku, kao i u Nizozemskoj i Velikoj Britaniji. U nas ne postoje otvoreni investicijski fondovi koji bi imali pravnu osobnost, već pravnu osobnost imaju jedino zatvoreni investicijski fondovi, koji su dionička društva.<sup>5</sup> Međutim, s obzirom da kod fondova koji su organizirani kao zatvoreni fondovi ne postoji pravo na svakodobnu isplatu dionica tog fonda, za razliku od otvorenih investicijskih fondova gdje takvo pravo postoji, zatvoreni fondovi u

---

depozitaru. Investicijski fondovi koji udovoljavaju navedenim uvjetima mogu prema “europskoj putovnici” slobodno prekogranično trgovati u svim europskim zemljama uz potrebnu registraciju u državi “domaćinu” – engl. *host country*. No u državi “domaćinu” se (engl. *Host-country*) svakako mora držati i udovoljavati pravilima nacionalnog zakonodavstva na snazi, posebice onog koje se tiče trgovanja (prodavanja), promidžbe i naravno oporezivanja.

<sup>2</sup> Vidi o Smjernici, [http://www.efama.org/05Home/20InvFundsTutorial/Inv\\_Funds\\_Explained](http://www.efama.org/05Home/20InvFundsTutorial/Inv_Funds_Explained) (5.07.2007).

<sup>3</sup> Vidi konsolidirani tekst Smjernice UCITS III, 1985L0611 – EN – 13.04.2005. 006.001 – 1.

<sup>4</sup> Vidi čl.1. st.2. i 3. Smjernice UCITS III.

<sup>5</sup> ČULINOVIĆ-HERC, E. Pravno uređenje i nove vrste investicijskih fondova, Zbornik radova sa savjetovanja, Opatija, svibanj, 2007., str. 24-56., naročito pod točkom 2., str. 27.

nas nemaju ta svojstva koja bi ih uključivala u polje primjene Smjernice, iako načelno u polje Smjernice mogu ući fondovi koji imaju pravnu osobnost. Na to se izravno referira i odredba čl. 2. UCITS-a koja propisuje da zatvoreni investicijski fondovi ne ulaze u polje primjene, a države članice se odredbom čl.1. st. 5. iste smjernice pozivaju da zabrane transformaciju onih fondova koji ulaze u polje primjene Smjernice u one fondove koji bi izlazili iz polja primjene.

## **2. Pravna pitanja prekograničnog djelovanja investicijskih fondova**

### **2.1. Europsko pravo**

Pravno uređenje investicijskih fondova, kao što je vidljivo, varira od države članice do države članice, a s obzirom da su u svakom nacionalnom pravnom poretku fondovi različito ustrojeni, kako u pogledu vrste fondova, tako i u pogledu zahtjeva koje trebaju ispuniti društva koja njima upravljaju, harmonizacija ovog pravnog područja unutar europskog prava ograničenog je dosega. Kako je cilj europskog prava omogućiti takvu regulaciju koja će pospješiti integraciju europskog tržišta kapitala, povećanjem ulaganja u investicijske fondove europski zakonodavac se fokusirao na uklanjanje zapreka za prekogranično pružanje usluga investicijskih fondova. Negdje oko 5000 udjela u investicijskim fondovima prodaje se izvan matične države članice, osobito se to odnosi na tzv. *round-trip* fondove.<sup>6</sup> U fokusu regulatorne djelatnosti europskog zakonodavca nalaze se otvoreni fondovi koji se harmoniziraju na paneuropskoj osnovi, dok zatvoreni fondovi nisu predmet europskog harmoniziranog prava, te je njihov razvoj ostao u domeni nacionalnih zakonodavstava.

Da bi se jasnije odredilo pravila igre za prekogranično djelovanje investicijskih fondova Smjernica UCITS kao prvo određuje pripadnost nekog fonda pojedinoj državi članici (matična, odnosno domicilna država članica - *home member state*). Matičnom državom članicom smatra se kod otvorenih fondova bez pravne osobnosti ona država članica u kojoj društvo koje upravlja fondom ima registrirano sjedište, a ako se radi o fondu koji je osnovan kao društvo za ulaganje, tada se matičnom državom članicom smatra ona u kojoj to društvo ima registrirano sjedište. Za razliku, pojam *host member state* uvijek označava državu članicu koja je različita od matične države članice, u kojoj se trguje udjelima fondova. Isto tako Smjernica UCITS pobliže uređuje pojam podružnice (*branch*), jer se prekogranične aktivnosti mogu odvijati i putem podružnice kao i neposredno. Smjernica UCITS smatra podružnicu mjestom poslovanja (*place*

<sup>6</sup> White paper on enhancing the single market framework for investment funds, Impact assessment, COM(2006) 686 final, str.11. Pojam *round trip* fonda objašnjava se, cit: "... *funds domiciled in one Member State and sold only back into one Member State which is the country of the sponsoring institution /fund parent.*"

*of business*) koja je dio društva za upravljanje, a da pritom ta podružnica nema pravnu osobnost te da obavlja usluge za koje je društvo za upravljanje ovlašteno.<sup>7</sup> Pri tom, ako se u nekoj zemlji članici nalazi više podružnica, a sjedište uprave je u drugoj zemlji članici (*home state*), tada će se sve podružnice iz prve članice smatrati jednom podružnicom (*single branch*). Isto tako, u pogledu državne pripadnosti fonda koja se ravna prema registriranom sjedištu društva koje njime upravlja, odnosno društva za ulaganje ako se radi o otvorenom fondu u obliku trgovačkog društva, Smjernica zahtijeva da osim registriranog sjedišta u toj državi članici mora biti sjedište uprave (*the head office*).<sup>8</sup>

Cijela ova smjernica bazira se na ideji europske putovnice, koju fondu izdaje matična država članica. Prema čl.4. Smjernice, matična država daje investicijskom fondu dozvolu (*authorization*), i ta dozvola vrijedi u svim državama članicama. Što je sve potrebno za dozvolu, različito je uređeno ovisno o tome radi li se o fondu bez pravne osobnosti kojim upravlja društvo, ili je otvoreni fond utjelovljen u tzv. društvu za ulaganje. U prvom slučaju dozvolu mora dobiti društvo za upravljanje fondom, nadležno tijelo mora uz to odobriti i pravila fonda kao i odabir depozitara, dok u drugom slučaju nadzorno tijelo treba odobriti akt inkorporacije i odabir depozitara. Sve izmjene ovih akata koje nadzorno tijelo odobrava prije nego što izda dozvolu, moraju se na odobrenje dostavljati nadzornom tijelu. Dakle, europska putovnica osmišljena je na način da društvo za upravljanje jednom kada dobije dozvolu za obavljanje djelatnosti u svojoj domicilnoj državi, tu dozvolu ima u svim državama članicama.

U realizaciji koncepta europske putovnice javili su se brojni problemi. Prvo, troškovi koji se javljaju prilikom dobijanja dozvole u matičnoj zemlji i duljina postupka dobivanja dozvole koja varira od 1-8 tjedana. Budući da je vrijeme bitan faktor na tržištu investicijskih fondova, dugo trajanje postupka za izdavanje dozvole u matičnoj državi članici znače gubitak kompetitivnih prednosti u odnosu na tržišne takmace. Kako se prekogranično djelovanje fonda realizira putem tzv. notifikacije (*notification*), koja podrazumijeva postupak jednostavniji od postupka izdavanja dozvole, očekivanja su bila da će taj postupak trajati nešto kraće. Međutim, u praksi se to pretvorilo u sustav ishoda još jedne dozvole, što je ocijenjeno kao tegobno, dugotrajno i preskupo. Smjernica je propustila regulirati koje se dokumente u postupku notifikacije treba prevoditi, a većina regulatora pred kojima su se našli zahtjevi za notifikaciju ekstenzivno je provjeravala dokumentaciju podnositelja zahtjeva.<sup>9</sup> Usporedbe radi, prema Smjernici o prospektu, rok u kojem treba realizirati notifikaciju prospekta stranom regulatoru iznosi 3 dana, dok se prema Smjernici UCITS rok može produžiti i do dva mjeseca. Zbog toga su proizvodi UCITS-a izgubili svoje komparativne prednosti pred plasmanima drugih vrijednosnih papira. Istraživanja

<sup>7</sup> Vidi čl.1a. st. 7. Smjernice UCITS.

<sup>8</sup> Čl. 3. Smjernice UCITS.

<sup>9</sup> White paper, op.cit. u bilj. 6. str. 48.

pokazuju da je taj rok zapravo pravilo u većini jurisdikcija, pa proizlazi da je za ishodenje dozvole u matičnoj državi članici, koja podrazumijeva dubinsku obradu, najčešće potrebno manje vremena nego za priznanje takve dozvole stranom fondu.<sup>10</sup> U pogledu troškova u pravilu su troškovi notifikacije u većini država članica identični troškovima autorizacije, što opet nije održivo s aspekta zahtjevnosti samog postupka. Svijetli primjeri su Irska i Francuska. Dok prva ne naplaćuje postupak notifikacije, druga naknadu za notifikaciju određuje fiksnim iznosom, dok za autorizaciju naplaćena naknada ovisi o vrijednosti fonda.<sup>11</sup> Prema nekim podacima luksemburški fondovi zajedno s irskim fondovima koji se nude na prekograničnoj osnovi čine dvije trećine ukupne prekogranične trgovine udjelima u investicijskim fondovima.<sup>12</sup>

Vrlo intenzivan prekogranični promet udjelima ne prati i prekogranično pružanje usluga društava koja upravljaju fondovima te je jedva zamjetno spajanje i pripajanje na prekograničnoj osnovi.<sup>13</sup> Uglavnom, putovnica je rijetko poslužila kao osnova za pružanje administracijskih usluga.<sup>14</sup> Naime, Smjernica UCITS razlikuje *core* i *non-core* aktivnosti, pri čemu se načelno zahtijeva da matična država članica dade društvu za upravljanje fondom ovlast upravljanja investicijskim fondom, ali ga se uz to može ovlastiti i za pružanje nekih drugih usluga poput upravljanja portfeljem npr. mirovinskih fondova, usluga investicijskog savjetovanja te administrativnih usluga, usluga transfernog agenta i sl.<sup>15</sup> Međutim, niti jedno se društvo ne može ovlastiti samo za pružanje *non-core* usluga. Zamijećeno je da se distribucija udjela uobičajeno odvija uz pomoć trećih osoba (*outsourcing*), pri čemu mahom putem banaka i osigurateljnih društava koja pripadaju istoj grupaciji, a rjeđe putem nezavisnih financijskih savjetnika (*IFA, Independent Financial Advisor*).<sup>16</sup> Što se tiče distribucije putem interneta, on se kao medij koristi najviše u skandinavskim zemljama.<sup>17</sup>

Od putovnice fonda treba razlikovati putovnicu društva za upravljanje (*management company passport*). Ta bi se putovnica trebala ogledati kao mogućnost da, s jedne strane, neki fond imenuje društvo za upravljanje iz neke druge države članice, ili kao mogućnost da društvo za upravljanje osnuje fond u drugoj državi članici.<sup>18</sup> Sama prekogranična aktivnost može se odvijati putem podružnice ili neposrednim pružanjem usluga.

<sup>10</sup> Ibid., str. 49. U Belgiji, primjerice, treba 1 do 2 tjedna za izdavanje dozvole domaćem fondu, a 2 mjeseca za provedbu notifikacije stranog fonda.

<sup>11</sup> Ibid., str. 50.

<sup>12</sup> Ibid., str. 12.

<sup>13</sup> Od ukupno prosječno 650 spajanja i pripajanja godišnje, na prekogranična spajanja i pripajanja fondova otpada jedva 30. Ibid., str. 12.

<sup>14</sup> PricewaterhouseCoopers, Pan-European UCITS III Newsletter, Issue 15, August 2007., str.5

<sup>15</sup> Vidi čl.5. st. 3. Smjernice.

<sup>16</sup> White paper, op.cit. u bilj. 6. str. 14.,

<sup>17</sup> 27% udjela u fondovima nudi se putem Interneta u Finskoj, a 10% udjela u Švedskoj. Ibid., str. 15.

<sup>18</sup> Ibid., str. 73, 1.1.5.



Međutim, kada su se u Smjernici propisivali uvjeti koje treba ispuniti za prekogranično pružanja usluga, čl. 6a.4 i 6b.3 Smjernice UCITS upućivali su samo neke usluge, kao što su usluga upravljanja portfeljem (*individual portfolio management service*), usluga investicijskog savjetovanja (*investment advisory service*) te usluga skrbništva (*custody*), dok o glavnoj usluzi koju pruža društvo, a to je upravljanje samim fondom, nije bilo govora. Tako iz same dikcije Smjernice UCITS proizlazi da su transportabilne jedino te dodatne usluge, dok za ovu glavnu a to je upravljanje samim fondom, ostaje nejasno može li se ona povjeriti napr. nekom inozemnom društvu za upravljanje. Pri implementaciji Smjernice UCITS u domaće zakonodavstvo samo su dvije države članice omogućile da domaći fondovi izaberu strano društvo za upravljanje.<sup>19</sup>

U raspravama koje su se vodile o tom pitanju pred CESR-om,<sup>20</sup> zauzeto je stajalište da očito intencija zakonodavca nije bila da domaći fondovi imaju strana društva koja njima upravljaju, već da društvo za upravljanje mora biti pod istom jurisdikcijom kao i fond, a prekogranična prisutnost stranog društva moguća je ako mu domaće društvo za upravljanje delegira obavljanje nekih, pri čemu obavljanje tzv. *core* aktivnosti (*collective portfolio management*) mora ostati kod kuće.<sup>21</sup> Razlog, zbog kojeg se prihvatilo ovo stajalište očigledan je: kada bi fond bio podvrgnut jednoj jurisdikciji, a društvo koje njime upravlja drugoj, tada nadzorno tijelo države članice u kojoj se nalazi fond ne bi imalo nikakvih ovlasti pozvati na odgovornost društvo za upravljanje.

Prema tome, proizašlo je da se samo za *non-core* usluge može dobiti putovnica, pa se postavilo pitanje, jesu li uopće društva za upravljanje zainteresirana za takvu prekograničnu aktivnost. Uvidom u broj zatraženih putovnica društava za upravljanje utvrđeno je da je ukupno 167 putovnica zatraženo za obavljanje usluge upravljanja portfeljem (tzv. *individual portfolio management*) na teritoriju druge države članice, dok je za druge usluge (savjetovanje i skrbništvo) zatraženo svega 17 putovnica. To je prema nekima dokaz da je koncept prekograničnog pružanja usluga društava za upravljanje promašio očekivanja.

U praksi je situacija bila šarolika. Velik je broj društava za upravljanje koja nisu mogla upravljati fondovima u drugim državama članicama osnovao svoje podružnice putem kojih se na lokalnom tržištu druge države članice distribuiralo udjele, upravljalo se imovinom i slično. To je svakako slučaj s njemačkim tzv. KAG-ovima (*Kapitalanlagesellschaft*) koji putem podružnice upravljaju fondovima čiji se udjeli nude na luksemburškom tržištu. Luksemburška društva za upravljanje su putovnicom ušla u Austriju, Francusku, Njemačku, Italiju, Nizozemsku, Španjolsku, Švedsku, Veliku Britaniju, kako putem podružnica, ali i koristeći put slobodnog pružanja usluga (neposredno).

<sup>19</sup> Italija i UK, *Ibid.*, str. 74.

<sup>20</sup> CESR guidelines for supervisors regarding transitional provisions of the amending UCITS Directives (2001/107/EC and 2001/108/EC), February 2005.

<sup>21</sup> White paper, *op.cit.* u bilj. 6., str. 74.

Iako se Smjernicom UCITS otvorila mogućnost da društvo za upravljanje delegira neke od svojih funkcija trećim osobama (engl. *outsourcing*)<sup>22</sup>, ono nije smjelo to učiniti na način da postane samo društvo na papiru (*letterbox*). U tome smislu, društvo za upravljanje mora provoditi mjere nadzora relevantnih aktivnosti tijela kojima su delegirane funkcije i osigurati da su ta tijela kvalificirana i sposobna obavljati delegirane im dužnosti, kao i zadržati potreban stupanj kontrole i revizije. Dakle, društvo za upravljanje zadržava krajnju odgovornost.

Što je sadržajno obuhvaćeno kontrolom i supervizijom razlikuje se od države članice do članice. Mnoge zemlje dopuštaju ekstenzivnu delegaciju središnjih administrativnih funkcija, ali jedino su Velika Britanija i Italija otišle tako daleko da dopuštaju potpuno prekogranično obavljanje ovih zadataka, iako je to ostalo bez praktične vrijednosti. Mogućnost da društvo za upravljanje fondovima delegira upravljanje imovinom nekom drugom društvu može se u Švedskoj, Španjolskoj i Danskoj ostvariti samo unutar iste jurisdikcije. Unatoč Pravilima UCITS III o delegaciji, neke se zemlje, poput Italije i Francuske, još uvijek drže načela da je bar dio radnji upravljanja imovinom mora ostati u rukama samog društva za upravljanje. Na primjer, Italiji, društvo za upravljanje mora zadržati donošenje određenih strateških odluka. No zanimljivo je da propisi obiju zemalja zahtijevaju da se upravljanje rizicima obavlja na lokalnom tržištu. Usluga marketinga uglavnom se delegira i često je izvan domicilne zemlje fonda. DPM<sup>23</sup> usluga je sada dostupna društvima za upravljanje, a koriste ju Njemačka, Austrija, Francuska, pa čak i luksemburška društva za upravljanje. U većini zemalja autorizacija za obavljanje usluge DPM također uključuje pravo na obavljanje *non-core* tj. sporednih aktivnosti.<sup>24</sup>

Nemogućnost da neki fond odabere društvo za upravljanje izvana, imala je u praksi značajne konzekvence. Grupe koje se bave upravljanjem imovinom (*asset management groups*) morale su osnovati društva za upravljanje u svim državama članicama gdje su željele imati fondove. To je izazvalo udvostručenje troškova, koji su se u konačnici prelili na investitore. S druge strane, kako su uvjeti za pojedino društvo glede minimuma temeljnog kapitala, kako i glede osoba koje vode poslovanje društva pojačani, to također potencira pitanje troškova. Prema nekim istraživanjima godišnji troškovi društva za upravljanje u nekoj od zemalja članica iznose oko milijun EUR-a, a osnivanje i održavanje jednog takvog društva u drugoj zemlji članici iznosi između 500.000,00 do 1.000.000,00 EUR-a. Troškovi *outsourcinga* nisu mnogo manji.<sup>25</sup> S druge strane, bez obzira što se mnoge funkcije društva za upravljanje mogu delegirati, to sa društva za upravljanje ne skida odgovornost, pa tako i ne uklanja problem udvostručenja troškova.

<sup>22</sup> Vidi čl. 5. g Smjernice.

<sup>23</sup> Discretionary Portfolio Management.

<sup>24</sup> PricewaterhouseCoopers, Pan-European UCITS III Newsletter, Issue 15, August 2007., str. 5.

<sup>25</sup> EFAMA, citirano prema White paper, op.cit., u bilj., str. 76, fn. 87.

Na harmonizacijskom nivou Smjernica UCITS stavlja pred društvo za upravljanje fondom, dodatne zahtjeve koji se odnose na adekvatnost njihova kapitala,<sup>26</sup> pri čemu se ostavlja mogućnost da se nacionalnim propisima odredi veći iznos (*minimum harmonization*). Tako društvo za upravljanje mora imati početni, inicijalni kapital od 125.000,00 EUR. U slučaju da imovina fondova kojima društvo upravlja nadmašuje 250 milijuna EUR-a, temeljni kapital društva bi se morao povećati za 0,02% od iznosa koji prelazi tu svotu. Ukupan temeljni kapital i vlastita sredstva ne smiju biti manji od 10 milijuna EUR, niti manji od četvrtine fiksnih troškova od prethodne godine. Društvo za ulaganje, koje je ujedno i fond, mora imati kapital veći od 300.000 EUR.

Iz svega navedenog proizlazi da je uspostavljen koncept društava za upravljanje sa specifičnim zahtjevima koji se tiču kapitala, potrebe za kvalificiranim i respektabilnim menadžerima, postojanja unutrašnje kontrole i dobrog sustava administrativnog vođenja fonda. Takvim društvima za upravljanje osigurana je "putovnica" za obavljanje svih postojećih i novih usluga unutar granica EU. Takvi su zahtjevi već prihvaćeni i djeluju u nekim zemljama, kao primjerice u Njemačkoj i Austriji, gdje je početni kapital određen u iznosu od 2,5 milijuna EUR, dok u drugima, kao što su to Luksemburg i Irska, gdje je temeljni kapital 125.000.00 EUR, oni predstavljaju veći izazov.<sup>27</sup>

U daljnjem tijeku implementacije otvorila su se mnoga pitanja te su nadzorna tijela država članica EU i osnivači fondova morali riješiti prilično zahtjevne tranzicijske probleme koji su se prvenstveno ticali društava za upravljanje i prospekata. Oni su proizašli iz triju tranzicijskih propisa od kojih je svaki postavio različit skup pravila s velikim brojem kombinacija za implementaciju, pa je to izazvalo pravnu nesigurnost u prekograničnom djelovanju UCITS-a. Tako je, primjerice, Španjolska odbila putovnicu fondovima koji su izrađeni prema Smjernici UCITS I jer nisu imali pojednostavljeni prospekt, Italija je odbila UCITS I fondove osnovane nakon 2004. godine i UCITS III proizvode, ako su ih plasirala društva organizirana prema Smjernici UCITS I, a Francuska je odgodila autorizaciju svih UCITS I fondova osnovanih nakon 2004. na svome teritoriju. Ima i drugih slučajeva, u kojima je domaće nadzorno tijelo države članice uskratilo pravo distribucije proizvoda stranih fondova zbog njihove ulagačke politike. CESR, kao kompetentno tijelo nadležno za donošenje podzakonskih akata u ovoj domeni sa svojim je preporukama u vezi s tranzicijskim propisima za UCITS pomogao stati na kraj nizu prekograničnih problema koji su proizašli iz primjene Smjernice UCITS III.

Uveden je koncept pojednostavljenog prospekta koji mora biti pristupačan ulagateljima, ali u isto vrijeme uključivati sve relevantne informacije koje će omogućiti ulagateljima da donesu informiranu odluku. Ulagačeljima se uvijek mora ponuditi primjerak takvoga prospekta prije nego se zaključi prodaja udjela. Pored toga, pojednostavljeni prospekt mora uključivati informaciju za ulagatelje

<sup>26</sup> Vidi čl. 5.a Smjernice.

<sup>27</sup> PricewaterhouseCoopers, Pan-European UCITS III Newsletter, Issue 15, August 2007., str. 5.

da detaljnije informacije o fondu mogu pronaći u potpunom prospektu, čija kopija mora biti besplatno stavljena na raspolaganje. Najveća prednost pojednostavljenog prospekta nedvojbeno je da će ukloniti svaku mogućnost da države članice nameću dodatne zahtjeve fondovima koji žele plasirati svoje udjele u drugim državama članicama, vezane uz pribavljanje različitih dokumenata. Povećana je i transparentnost poslovanja fonda prema nadzornom tijelu. Zahtijeva se da se uspostavi sveobuhvatan, iscrpan proces upravljanja rizikom, gdje će društvo za upravljanje u svako vrijeme moći nadzirati i izračunati ukupni rizik pozicije fonda. Društvo za upravljanje mora redovito izvješćivati nadzorno tijelo o pojedinim portfeljima kojima upravlja, vrstama korištenih derivativa, njihovim temeljnim rizicima, kvantitativnim ograničenjima i metodama koje su uspostavljene da bi se procijenili rizici povezani sa tim instrumentima.<sup>28</sup>

U Bijeloj knjizi uočene su kritične točke te se pokušalo odrediti pravac djelovanja, pri čemu se kao jedna od opcija predlaže izmjena UCITS-a. Predlaže se da se odredi najduži rok za realizaciju notifikacije, da se pobliže odredi koje se dokumente i kada u postupku notifikacije treba prevesti. Također se predlaže da se postupak notifikacije pretvori u postupak koji će se odvijati između regulatora, a ne na zahtjev fonda, odnosno društva za upravljanje. Predlaže se i odrediti rok od 3 dana, poput onoga iz Smjernice o prospektu.<sup>29</sup> U dijelu UCITS-a koji regulira putovnicu društva za upravljanje kao moguće rješenje iznesenih problema vidi se nekoliko opcija. Prva je iniciranje nove izmjene UCITS-a, druga delegiranje tog zadatka na CESR, koji bi trebao učiniti *fine tuning* smjernice, odnosno izraditi pravila o tome kako će se u primjeni ponašati nadzorno tijelo države članice u kojoj neko društvo za upravljanje želi pružati usluge.

Sama Smjernica UCITS, može se poboljšati na dva načina. Jedan je da se jasno kaže, ono što implicite stoji, da su putovnicom obuhvaćene samo sporedne usluge. Iako bi taj pristup bio na tragu pravne sigurnosti i izvjesnosti, on u praktičnom smislu ne bi ništa novo donio, jer se tako smjernica dosad i tumačila.<sup>30</sup> Druga je mogućnost da se društvu za upravljanje prizna tzv. *full management passport*, tj. putovnica koja će obuhvaćati i usluge iz čl. 5.3. i tzv. CPM<sup>31</sup> usluge. Ovaj pristup znači da će se temeljito izmijeniti modeli kooperacije između nadzornih tijela opisani u čl. 6c, 52a i 52b. Naravno da ovakav pristup ima određene posljedice za fondovsku industriju, ulagatelje i regulatore. Prema podacima EFAME, kada bi svaka grupacija za upravljanje fondovima imala mogućnost da upravlja fondovima u različitim zemljama članicama iz jednog centra, to bi za njih značilo uštedu između 381 – 762 milijuna EUR-a godišnje.

<sup>28</sup> Ernst&Young, op. cit., str. 12.

<sup>29</sup> White paper, op.cit. u bilj. 6., str. 52.

<sup>30</sup> CESR guidelines for supervisors regarding transitional provisions of the amending UCITS Directives (2001/107/EC and 2001/108/EC), February 2005.

<sup>31</sup> Temeljna usluga koju pruža društvo a to je da upravlja investicijskim fondom (collective portfolio management)

Neki smatraju da tu uštedu treba uzeti s rezervom jer u modelu centraliziranog upravljanja fondovima rastu troškovi depozitara, koji će morati nadzirati društvo za upravljanje izvana, tj. iz druge države članice. Na strani ulagatelja, smatra se da će takvo upravljanje fondovima iz jednog centra povećati kvalitetu proizvoda zbog toga što će se centralizirati i upravljanje rizicima kao i povećati specijalizacija. Kao nedostatak ističe se kvaliteta pravne zaštite u slučaju spora, koji će se rješavati s dislociranim društvom za upravljanje. Na nivou regulatora tek će se otvoriti razna pitanja, a kao najvažnije, mogu li se usluge upravljanja delegirati stranom društvu, te trebaju li neke usluge koje pružaju društva, ipak ostati kod kuće. Drugo važno pitanje oko kojeg se regulatori trebaju usuglasiti pitanje je da li se strano društvo za upravljanje fondom može ovlastiti po načelu *full management passport* i za upravljanje fondovima ugovornog tipa, s obzirom da prema dosadašnjim propisima to nije moguće. Kako je glavna briga kod tog pitanja, pitanje učinkovitog nadzora, jer se društvo za upravljanje u tom slučaju nalazi izvan domicilne jurisdikcije fonda, ima ideja da bi dio odgovornosti u tim slučajevima trebalo prebaciti na depozitare (koji uvijek ostaju u državi domicila fonda).

Iz svega navedenog vidljivo je da između nacionalnih regulatora ne postoji onaj stupanj povjerenja koji je potreban da bi se prihvatio koncept *full management passport*. Stoga je realnija opcija da će se najprije morati izraditi revidirana lista *core* i *non-core* aktivnosti društva za upravljanje, te da će trebati jasno reći koje od tih aktivnosti moraju ostati u zemlji domicila fonda, pri čemu će se trebati pozabaviti i time kako se to reflektira i na ugovorne fondove. Isto tako, potrebno je ispitati afinitete fondovske industrije – koje aktivnosti društva za upravljanje žele obavljati prekogranično, jer niti tu ne postoji suglasnost. Stoga je očekivati da Komisija EZ neće ići izravno na izmjenu Smjernice već će ići na preliminarne prijedloge čiju će učinkovitost i koherentnost ispitati (*two-step approach*).

## **2.2. Hrvatsko pravo**

Harmonizacijom putem UCITS III stvorena je nova platforma za prekogranično djelovanje investicijskih fondova unutar zajedničkog tržišta. Dolaskom stranih investicijskih fondova u Hrvatsku nametnula se potreba za reguliranjem njihovog poslovanja u Hrvatskoj. Također će se s ulaskom Hrvatske u Europsku uniju otvoriti mogućnost prekograničnog djelovanja hrvatskih investicijskih fondova, pa je i ta pitanja potrebno regulirati. Ta su pitanja uređena novim Zakonom o investicijskim fondovima.<sup>32</sup> Većina razvijenih zakonodavstava zahtijeva od inozemnih financijskih posrednika da posluju iz vlastite zemlje ili da osnivaju podružnice, pribave dozvole i registriraju se u zemlji u kojoj žele poslovati. Vrlo je važno da tržišta u razvoju, dakle i hrvatsko

<sup>32</sup> NN, br. 150/05.

tržište, primjene najveći regulatorni autoritet prema stranim posrednicima kako bi se rizik zlouporabe i tržišne manipulacije bio sveden na minimum.

U petom odjeljku Zakona o investicijskim fondovima razrađuje se poslovanje fondova i društava za upravljanje sa sjedištima u državama članicama Europske unije na teritoriju Republike Hrvatske, i obrnuto, djelovanje domaćih fondova u državama članicama EU te u onim državama koje nisu članice. Prema ZIF-u, kao i prema UCITS-u, razlikuje se putovnica fonda od putovnice društva za upravljanje.

Fond osnovan na temelju odobrenja nadležnog tijela države članice, koji posluje u skladu sa odredbama ZIF-a koje uređuju poslovanje otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom<sup>33</sup>, a želi ponuditi svoje udjele na tržištu RH, dužan je HANFA-i dostaviti statut fonda, prospekt, godišnja izvješća, podatke o načinu ponude svojih udjela te podatke o mjestu na kojem će hrvatski ulagatelji moći dobiti obavijesti o fondu i kupovati udjele. To znači da strani fondovi organizirani kao otvoreni fondovi privatnom ponudom, ili zatvoreni fondovi javnom ponudom ne mogu dobiti putovnicu u RH, što je u skladu s rješenjem UCITS-a, jer u njegovo polje primjene ne ulaze zatvoreni fondovi ni fondovi privatnom ponudom. Ukoliko HANFA u roku od dva mjeseca ne odbije zahtjev fond, može započeti s radom.<sup>34</sup> S obzirom na duljinu tog roka vidljivo je da je naš zakonodavac išao na maksimalan rok, te da u tom postupku uopće ne donosi rješenje. Takav fond za poslove koje obavlja u RH podliježe odredbama ZIF-a. HANFA bi prema ZIF-u za prekogranično djelovanje stranih fondova trebala donijeti poseban pravilnik.

Putovnica društva za upravljanje može se realizirati na dva načina: putem podružnice i putem slobodnog obavljanja usluga. Društvo za upravljanje sa sjedištem u nekoj od država članica koje namjerava osnovati *podružnicu* u Republici Hrvatskoj dužno je obavijestiti nadležno tijelo u državi članici u kojoj ima registrirano sjedište o namjeri osnivanja podružnice u Republici Hrvatskoj te mu podastrijeti opće podatke o podružnici, podatke o fondovima kojima upravlja i podatke o udjelima odnosno dionicama koje namjerava javno nuditi na prodaju putem podružnice u RH. Zatim nadležno tijelo države članice mora te obavijesti, priloge, podatke o visini temeljnog kapitala društva za upravljanje i izjavu da svi fondovi kojima društvo upravlja ispunjavaju propisane uvjete, dostaviti Agenciji. Ona ima rok od dva mjeseca da obavijesti strano društvo za upravljanje o svim zakonskim obvezama u poslovanju u RH, te istekom toga roka društvo za upravljanje može početi obavljati djelatnost u podružnici. Društvo za upravljanje koje namjerava *neposredno obavljati poslove upravljanja fondovima na području Republike Hrvatske* mora o tome obavijestiti nadležno tijelo države članice u kojoj ima registrirano sjedište. Nadležno tijelo države članice mora tu obavijest zajedno s priložima dostaviti Agenciji, jednako kao i za osnivanje podružnice. Društvo za upravljanje se, dakle, Agenciji ne obraća izravno već putem nadzornog tijela u domicilnoj državi članici.

<sup>33</sup> Vidi čl. 15., st. 1., t. 2. ZIF-a.

<sup>34</sup> Vidi čl. 37. ZIF-a.



Što se tiče nadzora poslovanja, nadležno tijelo države članice ima pravo obavljati nadzor nad poslovanjem podružnice društva koje ima sjedište u toj državi, odnosno nad neposrednim poslovanjem takvog društva za upravljanje u Republici Hrvatskoj. Nadležno tijelo države članice može također zahtijevati od Agencije da provede postupak nadzora nad poslovanjem podružnice ukoliko bi se na taj način ubrzao i pojednostavio postupak nadzora, u skladu s načelima efikasnosti, ekonomičnosti i postupanja u razumnom roku. Pod istim uvjetima može se ovlastiti osobe ovlaštene od strane nadležnog tijela države članice za sudjelovanje u postupku nadzora. Budući da je financijski sektor u Hrvatskoj najvećim dijelom u vlasništvu inozemnih financijskih konglomerata, njihov je utjecaj na domaćem financijskom tržištu poprimio velike razmjere te se postavlja pitanje ne bi li trebalo zakonske odredbe koje reguliraju ta pitanja proširiti da se ulagateljima pruži veća sigurnost i zaštita.

U slučaju da hrvatsko društvo za upravljanje namjerava obavljati djelatnost na teritoriju države članice, postupak je simetričan, osim što HANFA-i, kao nadzornom tijelu stoji na raspolaganju rok od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva da obavijesti o osnivanju podružnice nadzorno tijelo u državi članici u kojoj hrvatsko društvo putem podružnice namjerava obavljati djelatnost (čl. 33. st. 2., ZIF). Agencija ima diskrecijsko pravo da ne proslijedi obavijest o osnivanju podružnice hrvatskog društva za upravljanje u državi članici ako zbog podnesene dokumentacije ocijeni da postoji "osnovana sumnja u pogledu ustrojstva ili vođenja poslova podružnice, odnosno financijske sposobnosti društva za upravljanje za poslovanje u državi članici" (čl. 33. st. 4., ZIF). Zakonska dikcija ovog članka vrlo je neprecizna i otvara mnoga pitanja u primjeni, te bi tu odredbu trebalo svakako precizirati. Naime postavlja se pitanje, temeljem kojih premisa će HANFA zaključiti da neko domaće društvo za upravljanje nije u stanju ustrojiti podružnicu ili voditi njezine poslove, odnosno da nije u stanju financijski upravljati poslovanjem u toj državi članici. Kada se radi o postupku notifikacije temeljem zahtjeva hrvatskog društva za upravljanje za obavljanje djelatnosti neposredno u zemlji članici, rok u kojem Agencija mora djelovati jest mjesec dana, a diskrecijsko pravo Agencije iz čl. 33. st. 4., ZIF-a ne postoji.

Radi li se o zahtjevu hrvatskog društva da poslove obavlja u nekoj stranoj zemlji koja nije država članica EU, ono može te poslove obavljati jedino osnivanjem podružnice, i to na temelju prethodnog odobrenja Agencije (čl. 36. st.1., ZIF), a Agencija ima diskrecijsko pravo odbiti to odobrenje "ukoliko je vjerojatno da bi provođenje nadzora nad društvom za upravljanje bilo otežano u značajnijoj mjeri" (čl. 36. st. 4., ZIF). U pogledu nadzornih ovlasti one se također isprepliću na prekograničnoj osnovi, pa tako postoji nadležnost HANFA-e u pogledu djelatnosti domaćeg društva u državi članici, kao i recipročna nadležnost nadzornog tijela države članice u pogledu podružnica stranih društava u RH (čl. 35. i 43., ZIF-a). Također, oba nadzorna tijela mogu jedno drugome povjeriti provođenje postupka nadzora.

### 3. Poreznopravna pitanja

Porezni tretman investicijskih fondova zavisi o strukturi fonda, pravnom obliku u kojem se pojavljuje i o domicilu fonda. U principu, porezni položaj investicijskih fondova može se promatrati na tri nivoa: nivo ulaganja (ulog, investicija), nivo fonda, nivo ulagatelja. Porezni tretman svakoga od navedenih nivoa zavisi o poreznoj jurisdikciji u kojoj se nalazi fond kao i o jurisdikciji u kojoj se nalazi ulagatelj.

#### 3.1. Poredbenopravni prikaz oporezivanja otvorenih investicijskih fondova

Iako porezni tretman ulaganja u investicijske fondove treba razmatrati u nacionalnom okviru, treba imati na umu da je ne samo praksa već i imperativ uspješnosti poslovanja investicijskih fondova upravo prekogranično poslovanje. U tom kontekstu, uz poredbeno pravni prikaz valja ukazati kako na rješenja sadržana u Ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja tako i na rješenja sadržana u normama europskoga prava.<sup>35</sup>

##### 3.1.1. Njemačka

Porezna reforma u Njemačkoj kojom su načela oporezivanja u nekim segmentima mijenjana stupila je na snagu početkom 2004. godine. Porezni tretman fondova i njihove dobiti uređen je Zakonom o oporezivanju ulaganja (njem. *InvStG*)<sup>36</sup> koji jamči ulagateljima u investicijske fondove da neće biti diskriminirani u usporedbi s izravnim ili direktnim ulagateljima. To znači da ulagatelj treba platiti porez na dohodak ostvaren ulaganjem u fond jednako kao da je ostvario dohodak iz izravnog ulaganja. Uz zakonom potvrđeno načelo preglednosti ili transparentnosti bitno je uočiti da se izjednačava pristup ulagateljima u investicijske fondove s pristupom izravnim ulagateljima. Njegovim donošenjem želio se ostvariti temeljni cilj, uz navedeno, regulirati oporezivanje dobitka ostvarenog investicijama, na način da su bitno promijenjene i donekle prerađene odredbe prijašnjih zakona koji su regulirali navedenu materiju.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> U tom kontekstu, ukazujemo na odnos Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja koje zaključuju države članice i europskoga prava. Taj odnos je načelno uređen pravilom o nadređenosti europskog prava. Vidi, *amplius infra* - poglavlje rada - Relevantne odredbe međunarodnog poreznog prava – Pravila iz ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

<sup>36</sup> Njemački Zakon o oporezivanju investicija – *Investmentsteuergesetz* – *InvStG*, donesen je krajem 2003. godine, mijenjan je i dopunjavan 28. svibnja 2007. godine. Poticaj donošenju ovog Zakona bilo je i mišljenje Europske komisije koje ocjenjuje njemačko porezno zakonodavstvo o investicijskim fondovima diskriminirajućim budući su razlike u poreznom tretmanu između rezidentnih i nerezidentnih investicijskih fondova bile očite i neprihvatljive.

<sup>37</sup> Zakon o društvima za ulaganje kapitala (investicijskim društvima) - *Gesetz über Kapitalanla gesellschaften* te Zakon o investiranju u inozemstvo - *Auslandinvestmentgesetz*.

Društvo za upravljanje je trgovačko društvo kapitala te su njegova imovina, dobiti i svi prihodi predmetom oporezivanja.

Na nivou investicijskih fondova treba ukazati na nekoliko bitnih elemenata. Investicijski je fond za porezne svrhe definiran kao tvorevina za posebnu namjenu ili porezno izuzeta osoba. To znači da je investicijski fond izuzet od oporezivanja porezom na dobit kao i prometnim porezima. Načelno je uređeno da fond ne plaća porez na dohodak ostvaren od inozemnih i tuzemnih dividendi, inozemnih i tuzemnih obveznica, ulaganja na tržište novca kao ni na dohodak ostvaren kratkoročnim ulaganjima (dohodak od kamata) koji pritežu fondu u bruto iznosima bez odbitaka.

U pogledu inozemnog poreza po odbitku tuzemni ulagatelj može odbiti inozemni porez po odbitku od svoje porezne obveze. Alternativno je postavljena mogućnost da fond može odbiti inozemne poreze po odbitku kao trošak od svojeg dohotka (dobiti). Uobičajeno je da fond ne ostvaruje primitke ili prihode koji su povratni, a na koje bi izravni ulagatelji bili ovlašteni prema poreznim ugovorima. Ukoliko se inozemni porez po odbitku ne odbija na nivou fonda, tada na inozemni porez po odbitku na koji je ovlašten ulagatelj mora biti upućen u prospektu za ulagatelje.

Kada je riječ o porezu na dobit, tada se predmetni porez po stopi od 25% mora platiti na tuzemne dividende koje se raspodjeljuju investicijskom fondu, a porez plaća tuzemno trgovačko društvo koje raspodjeljuje dividende. Prema tome, fond prima tuzemne dividende već umanjene za 25% poreza na dobit. Navedeni porez ne može koristiti kao odbitak niti fond niti ulagatelj. Ukoliko dolazi do ponovne raspodjele tuzemnih dividendi, ulagatelju fonda ili su iste reinvestirane (akumulirane) od strane fonda, oporezuju se porezom po odbitku po stopi od 20% koji plaća ulagačko trgovačko društvo poreznim vlastima.

Kada se radi o prihodu od kamata, plaća se porez po odbitku po stopi od 30% na tuzemni i inozemni prihod od kamata i u slučaju ponovne raspodjele imateljima udjela i u slučaju ponovnog ulaganja ili akumulacije. Dobit ostvarena prodajom vrijednosnica (dionica, obveznica, novčanih instrumenata) nije predmetom oporezivanja porezom po odbitku, neovisno o tome dolazi li do prodaje i unutar špekulativnog roka od jedne godine ili kasnije. Prema tome, na nivou investicijskog fonda se ne oporezuje kapitalna dobit ostvarena prodajom vrijednosnih papira (i drugih dobara).

Na nivou privatnih ulagatelja dio raspodjela koje privatni ulagatelji primaju u obliku dividendi i kamata predstavlja dohodak koji je oporeziv - radi se o kapitalnom prihodu prema zakonskim odredbama.<sup>38</sup> Jedna polovina dividendi, tuzemnih i inozemnih, oporeziva je što znači da je druga oslobođena poreza. Dohodak od kamata je u cijelosti oporeziv. Privatni ulagatelj plaća porez na kapitalnu dobit ukoliko prodaje udjele u fondu unutar jedne godine u kojoj je iste stekao, a po proteku te godine tako ostvarena kapitalna dobit ne oporezuje se. Ulagatelj prije utvrđivanja konačne porezne obveze može odbiti troškove

<sup>38</sup> Vidi, *Einokommensteuergesetz- EStG*, § 20. st. 1. br. 1.

koje je imao u cilju ostvarenja dohotka, pa tako može odbiti kao porezno priznati rashod kamate na zajam (kredit) koji je uzeo upravo za kupnju udjela u fondu, troškove najma trezora i sl. U slučaju kada ulagatelj ne navede takve porezno priznate troškove, porezno tijelo dopušta tzv. bjanko olakšicu za troškove nastale s ciljem ostvarenja dohotka u zakonom priznatom iznosu.<sup>39</sup> Porezna olakšica priznaje se štedišama – ulagateljima koji ostvaruju dohodak ulaganjem u investicijske fondove te umanjuje poreznu osnovicu nakon što je ista prethodno umanjena za porezno priznate troškove.<sup>40</sup> Kada ostavinska masa obuhvaća i udjele u investicijskim fondovima oni su predmetom oporezivanja porezom na nasljedstvo prema pravilima oporezivanja nasljedstva (i darova). Porezna osnovica je tada otkupna cijena udjela.

Korporativni ulagatelji koji su obveznici poreza na dobit primaju dividende, pri čemu je 95% iznosa oslobođeno poreza. Kada se radi o kapitalnom dobitku, za razliku od tzv. običnog dohotka od kapitala koji se oporezuje primjenom progresivne stope, do oporezivanja će doći jedino ako se radi o tzv. špekulativnom dohotku/dobitku ostvarenom u periodu unutar 6 mjeseci od stjecanja udjela u fondu (2 godine ako se radi o nekretninama). Prema tome, takvi kratkoročni dobitci tretiraju se kao špekulativni dohodak, i kao takav dodaje se oporezivanjem dohotku i tako oporezuje (progresivnom tarifom).<sup>41</sup> Dobici se u načelu u potpunosti oporezuju. No, kapitalni dobitak fonda i korporativnog ulagatelja koji proizlazi iz dionica oslobođen je poreza u 95%-tnom iznosu, a kapitalna dobit fonda koja proizlazi iz drugih vrijednosnih papira je u cijelosti oporeziva prilikom raspodjele od strane fonda.

### 3.1.2. Slovenija

U pogledu oporezivanja fizičkih osoba – slovenskih rezidenata prihodi ostvareni temeljem investicijskih udjela jesu predmetom oporezivanja kao dohodak od kamata, dohodak od dividendi ili kao kapitalni dobitak što zavisi o načinu raspodjele dobiti/ukupnog prihoda koji fond ostvari. Porez koji se plati na tako ostvareni dohodak smatra se konačnim porezom, što znači da se ti prihodi ne uključuju u godišnju poreznu prijavu (poreza na dohodak).

Kod oporezivanja prihoda od kamata, oporezivanje se vrši primjenom stope od 20%. (u 2007. godini stopa je iznosila 15%). Porez plaća isplatelj dohotka (od kamata) pri isplati u obliku poreza po odbitku. Pri obračunu poreza po odbitku može se uzeti u obzir porez plaćen u inozemstvu na isti dohodak, ukoliko isplatelj dohotka raspolaže potrebnim dokazima. Kod oporezivanja

<sup>39</sup> Za samce je to EUR 51, a za supružnike koji podnose zajedničku poreznu prijavu EUR 102. Prema, Taxation of UCITS, An Efama Survey, 2006, Update, preuzeto sa [www. Eufama.com](http://www.Eufama.com) (10.07.2007.).

<sup>40</sup> Od 2007. godine olakšica iznosi za samce godišnje EUR 750, a za supružnike koji podnose zajedničku poreznu prijavu EUR 1500.

<sup>41</sup> Vidi, *Einokommensteuergesetz* - EStG, § 20., radi se o oporezivanju kapitalnih prihoda primjenom stope od 0-50%.

dohotka od kapitala u obliku dividendi kao i pri isplati dohotka na temelju raspodjele čiste dobiti fonda primjenjuje se porezna stopa u istoj visini – 20%. Tehničko rješenje je isto kao i kod oporezivanja dohotka od kamata, odnosno porez se plaća u obliku poreza po odbitku, a isplatiatelj jednako može uzeti u obzir porez koji je na taj dohodak plaćen u inozemstvu.

Kapitalni dobitak ostvaren temeljem udjela u fondu također se oporezuje. Kapitalni dobitak porezni obveznik ostvaruje kada zatraži otkup udjela - npr. kada unovči svoj udio, isplatom razmjernog dijela likvidacijske mase u slučaju likvidacije fonda. Pri tome su predviđene situacije koje zakon ne smatra oporezivim stjecanjem kapitala. To su, primjerice, situacije prijenosa udjela u fondu na nasljednike, prijenosa udjela u postupku prisilne naplate javnih davanja i sl. U slučaju da porezni obveznik daruje udjele u fondu, može se zahtijevati odgoda porezne obveze obračavajući se poreznim vlastima sa posebnim zahtjevom.

Pri oporezivanju kapitalnog dobitka porezna osnovica je razlika između vrijednosti udjela u fondu pri stjecanju (nabavna vrijednost udjela uvećana za 1% vrijednosti udjela za zakonom predviđene troškove i vrijednosti udjela pri otkupu od strane fonda, umanjene za zakonom priznate troškove u visini 1% vrijednosti udjela). Porezna stopa poreza na kapitalni dobitak iznosi 20%. No, pri tome se porezna stopa umanjuje svakih 5 godina držanja udjela i to na zakonom propisani način -5% za svakih 5 godina držanja udjela, pa nakon 20 godina držanja udjela, je stopa poreza na kapitalni dobitak 0%.<sup>42</sup> Plaćeni porez smatra se konačnim porezom, pa porezni obveznik ostvareni dohodak ne unosi u poreznu prijavu poreza na dohodak.

Kod oporezivanja fizičkih osoba koje nisu slovenski rezidenti razlikuje se situacija kada se smatra da dohodak ima izvor u Sloveniji. To je situacija u kojoj fondom upravlja društvo koje je rezident. Ukoliko fondom upravlja nerezidentno društvo, dohodci koje isplaćuje fond se ne oporezuju kao dohodci s izvorom u Sloveniji. Do oporezivanja dohodaka koje isplaćuje fond može doći u domicilnoj državi imatelja udjela, što ovisi o nacionalnom poreznom zakonodavstvu te države.

Kod oporezivanja rezidentnih pravnih osoba prihodi koji priteču iz investicijskih fondova ulaze u poreznu osnovicu slovenskog rezidentnog trgovačkog društva - pravne osobe u godini stjecanja prihoda. Porezna stopa poreza na dobit pravnih osoba u 2007. godini je iznosila 23%, u 2008. godini iznosi 22%, a u 2009. iznositi će 21% dok nakon toga se propisuje stopa od 20%.

Pri oporezivanju nerezidentnih pravnih osoba, ukoliko ostvaruju prihode putem poslovne jedinice u Sloveniji, ti prihodi ulaze u poreznu osnovicu poslovne jedinice i oporezuju stopama kako je i u prethodnom slučaju navedeno - u 2008. godini iznosi 22% s predviđenim smanjenjem stope do 20%. Raspodjela

<sup>42</sup> Zakon o dohodnini (ZDoh-2), Uradni list 117/2006, prema, [http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=2006117&stevilka=5013\(15.12.2007\)](http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=2006117&stevilka=5013(15.12.2007)).

prihoda u obliku kamata oporezuje se stopom u visini od 15%, no ona može biti i manja ovisno o zaključenim ugovorima o izbjegavanju međunarodnog dvostrukog oporezivanja. Drugi oblici raspodjele prihoda se ne oporezuju. Prihodi iz fondova mogu biti oporezovani u domicilnoj državi pravne osobe što ovisi o njezinom poreznom zakonodavstvu.<sup>43</sup>

### 3.1.3. Mađarska

U Mađarskoj investicijski fondovi nisu obveznici poreza na dohodak (niti dobit). U pogledu poreza na dodanu vrijednost fondovi koji trguju vrijednosnim papirima porezno su izuzeti, no kada je riječ o nekretninskim fondovima, tada se porez na dodanu vrijednost plaća. Privatni ulagatelji plaćaju porez po odbitku po stopi od 20% na dohodak i kapitalnu dobit koji proizlaze iz udjela u investicijskim fondovima. U poreznu osnovicu obveznika poreza na dobit ulaze dividende i kapitalna dobit ostvareni temeljem investicijskih udjela.<sup>44</sup>

### 3.1.4. Italija

Odredbama talijanskog poreznog zakonodavstva određeno je da su investicijski fondovi (UCITS i SICAVs) porezni obveznici.<sup>45</sup> Porez plaćaju prema "alternativnoj poreznoj stopi" u visini od 12,5% koja se primjenjuje na tekući prihod fonda koji pritiče fondu tijekom godine, a taj se porez plaća umjesto poreza na dohodak/dobit. Tekući prihod čine kamate, dividende, ostvareni kapitalni dobitci i gubitci, kao i svi drugi mogući oblici dohotka koji su povezani sa vrijednosnicama kojima posluje fond.

Kako bi se izbjeglo dvostruko oporezivanje na nivou fonda, opće pravilo je da fond prima prihode kao bruto iznose. To znači da kamate, dividende, ostvarena kapitalna dobit i gubitak pritiču kao bruto iznosi i bez poreza po odbitku, osim u nekim izuzetnim slučajevima. Kada je rezultat poslovanja fonda u poreznom razdoblju negativan, gubitak se može prenositi unaprijed te se kao porezni gubitak može odbiti u punom iznosu od rezultata poslovanja koji se ostvari u budućim poreznim razdobljima i/ili nadoknaditi u cijelosti ili djelomično kroz rezultat poslovanja drugih fondova kojima upravlja isto trgovačko društvo, počevši od godine u kojoj je zabilježen negativni rezultat poslovanja-gubitak.

Fondovi koji ulažu u "kvalificirane dionice" imaju poseban porezni tretman. U situaciji kada je fond imatelj kvalificiranih dionica te ima manje od stotinu ulagatelja alternativna porezna stopa, koja se primjenjuje na tekući prihod - rezultat poslovanja koji se odnosi na ulaganja u kvalificirane dionice, povećava

<sup>43</sup> Prema, <http://www.financna-tocka.si/files/CIER/CIER-dodatek-1187524833.pdf> (12.12.2007).

<sup>44</sup> U Slovačkoj investicijski fondovi (UCITS) nemaju pravne osobnosti pa stoga nisu niti obveznici poreza na dobit. Dobit koju ostvari fond predmetom je oporezivanja stopom u visini od 19%, osim ukoliko dohodak nije oporezovan porezom po odbitku na izvoru prije isplate fondu, a navedeni porez po odbitku je za sve ulagatelje konačni porez. Kapitalna dobit oporezuje se ukoliko se udjeli drže kao dio poslovne imovine standardnom poreznom stopom od 19%.

<sup>45</sup> Prema zakonskoj uredbi br. 461, od 21. studeni 1997., čl. 8. i 9.



se na 27%. Talijansko porezno zakonodavstvo smatra kvalificiranim dionicama sve one udjele koji predstavljaju više od 10% vlasničkog kapitala u društvu čijim se dionicama (udjelima) trguje na burzi, ili pak udjele koji predstavljaju više od 50% vlasničkog kapitala trgovačkog društva čije dionice nisu na burzi. Alternativna porezna stopa visine 27% ne primjenjuje se ukoliko se radi o investicijskom fondu s više od stotinu ulagatelja te ukoliko se radi o investicijskom fondu u kojemu više od polovice imatelja udjela (iako ih je manje od 100) jesu kvalificirani ulagatelji – banke, mirovinski fondovi, i dr.<sup>46</sup>

Kada je ulagatelj fizička osoba, individualni ulagatelj (ne smije se raditi o poduzetniku niti o trgovačkom društvu) tada on ne plaća porez na dohodak na prihode koje je primio od (mutual) fonda (prihod od raspodjela, otkupa udjela ili prodaje udjela). Drugim riječima, navedeni prihod ne ulazi u ulagateljev oporeziv dohodak.

Ako je ulagatelj poduzetnik koji je talijanski rezident, koji ima udjele, i pri čemu je to držanje udjela povezano s njegovim poslovnim aktivnostima, gospodarskom djelatnošću, tada ostvareni prihod koji proizlazi iz tih udjela ulazi u njegov oporeziv dohodak i oporezuje se porezom na dohodak. Kako bi se pri tome izbjeglo dvostruko oporezivanje, ulagatelj je ovlašten na porezni odbitak koji je ograničen na visinu od 15% prihoda primljenog od fonda.

Inozemni su ulagatelji, uključujući inozemne institucionalne ulagatelje,<sup>47</sup> oslobođeni poreza na dohodak i sličnih poreza ukoliko su rezidenti država koje predviđaju i dopuštaju potrebnu i adekvatnu razmjenu informacija,<sup>48</sup> a ovlašteni su na povrat poreza koje je platio fond, pri čemu je iznos povrata poreza ograničen na 15% ostvarenih prihoda. To pravo inozemni ulagatelji ostvaruju podnošenjem zahtjeva društvu za upravljanje. Navedeni zahtjev ne postavlja se prema talijanskim poreznim vlastima.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Uredba Ministarstva financija br. 228., od 24 svibnja 1999. godine definira i institucionalne ulagatelje.

<sup>47</sup> Pojam institucionalnih ulagatelja odnosi se na takva tijela koja, bez obzira na porezni status u matičnoj državi ili rezidentnoj državi, kao svoju primarnu gospodarsku aktivnost imaju poslove ulaganja za svoj račun ili račun trećih, poput osiguravateljskih društava, ulagateljskih društava, investicijskih fondova, mirovinskih fondova i SICAVs.

<sup>48</sup> Pravna osnova pružanja službene i pravne pomoći na području EU čine dva propisa: Smjernica o međusobnom pružanju službene pomoći ovlaštenih tijela država članica na području posrednih i neposrednih poreza – Smjernica br. 92/12 iz 1977., s posljednjom dopunom i izmjenom 25.2. 1992., i Odredba o suradnji upravnih tijela na području posrednih poreza, br. 218/1992.

<sup>49</sup> Društvo za upravljanje vrši povrat inozemnim ulagateljima na način da vrši naplatu alternativne porezne stope od 12,5%, što znači da se ta sredstva za povrat osiguravaju inozemnom ulagatelju umjesto plaćanja poreza poreznim vlastima. Krajem 2007. godine dat je prijedlog izmjena nekih pravila o oporezivanju investicijskih fondova, kojim se želi talijansko tržište investicijskih fondova učiniti atraktivnijim u usporedbi sa istim tržištima drugih članica EU. Jedna od izmjena koje se predlažu sastoji se u tome da do oporezivanja dolazi kada je oporezivi dohodak ostvaren i realiziran, jer trenutno do oporezivanja dolazi prema trenutku nastanka dohotka i njegove dospelosti neovisno o stvarnom primitku i realizaciji.

### 3.1.5. Nizozemska

U Nizozemskoj nalazimo velik broj različitih vrsta investicijskih institucija. Svakako, bitnim se čini upravo razlikovanje investicijskih institucija koje se u porezne svrhe smatraju samostalnim tvorevinama te onih koje to nisu.

Unutar prve grupe razlikujemo fondove koji predstavljaju porezne subjekte i one fondove koji su porezno transparentni.<sup>50</sup> Fondovi (engl. *joint-account funds*) su porezni subjekt i smatraju se porezno sposobnim te relevantnim u slučaju kada se kamata koje ostvaruju može slobodno trgovati, tj. neograničeno se mogu prenositi. U Nizozemskoj su dva moguća pravna oblika ulaganja koja se smatraju poreznim subjektima. Prvi oblik predstavljaju fondovi organizirani u obliku ulagateljskog trgovačkog društva s posebnim statusom. Navedeni fondovi obveznici su poreza na dobit koji plaćaju po povlaštenoj stopi – 0%. Da bi se kvalificiralo za takav status, trgovačko društvo mora udovoljiti određenim zahtjevima poput zahtjeva za raspodjelom cijelog iznosa prihoda od kamata i dividendi, i to unutar prvih 8 mjeseci nakon razdoblja obračuna, dok kapitalna dobit može biti akumulirana. Takav fond ili trgovačko društvo naziva se i porezno ili fiskalno ulagateljsko trgovačko društvo.

Drugi oblik, “redovno ulagateljsko trgovačko društvo” jest fond osnovan također u obliku trgovačkog društva, koji nema posebni status, pa je stoga i obveznikom poreza na dobit koji plaća po zakonom predviđenoj poreznoj stopi.

Kada se radi o ulagateljskom društvu s posebnim statusom, ukupni neto prihod<sup>51</sup> mora biti raspodijeljen u roku od 8 mjeseci od isteka financijske godine. Dobit ostvarena od dionica može se rezervirati kao specijalna pričuva (za reinvestiranje) te stoga ne mora biti raspodijeljena, a takva pričuva se umanjuje za realizirane i nerealizirane gubitke. Nerealizirana kapitalna dobit se isključuje iz pojma dohotka-prihoda u porezne svrhe. Takvo društvo s posebnim statusom može zahtijevati povrat poreza po odbitku koji je razrezan na tuzemne dividende, i to u punom iznosu. Kao dividenda se raspodjeljuje bruto dividenda. Samo dio inozemnog poreza po odbitku može biti zahtijevan za povrat,<sup>52</sup> na temelju većeg broja međunarodnih poreznih ugovora.

Budući da otvoreni investicijski fondovi namijenjeni javnosti – UCITs ne udovoljavaju postavljenim uvjetima za ostvarenje posebnog statusa, oni u Nizozemskoj u pravilu posluju kao “redovno ulagateljsko trgovačko društvo”, pri čemu se termin “redovno” rabi kao oznaka poreznog tretmana. Oporezivi prihod - dohodak pri takvom redovnom tretmanu predstavljaju kamate i

<sup>50</sup> Kriterij razlikovanja jeste prenosivost kamata. Transparentni fondovi ne mogu neograničeno trgovati kamata Podudarnost sa zatvorenim investicijskim fondovima. Do prijenosa može doći jedino ako se radi o prodaji fondu, zatim ako se radi o prijenosu na krvne srodnike u ravnoj liniji ili drugim osobama ali samo uz prethodnu suglasnost svih sudionika imatelja udjela u fondu. Na nivou fonda ne razrezuje se porez. Budući da zatvoreni investicijski fondovi nisu predmet razmatranja, zanemarit ćemo ovu kategoriju.

<sup>51</sup> Ukupni iznos kamata i dividendi, nakon odbitka porezno priznatih rashoda.

<sup>52</sup> Zahtjev ide prema nizozemskom Ministarstvu financija.

dividende. Jednako i kapitalna dobit ostvarena od dionica i obveznica čini oporezivi dohodak.

Budući da privatni ulagatelji<sup>53</sup> plaćaju porez koji se razrezuje na procijenjenu ili pretpostavljenu osnovicu, a ta osnovica jest oporezivi dohodak/dobit uvećan za 4% neto akumulirane vrijednosti imovine,<sup>54</sup> otvoreni investicijski fondovi namijenjeni javnosti nisu u Nizozemskoj našli širu primjenu.

Porez po odbitku na dividende može se odbiti od porezne osnovice poreza na dobit i djeluje kao plaćeni predujam.<sup>55</sup>

### 3.1.6. Velika Britanija

U Engleskoj investicijske fondove najčešće nalazimo u obliku otvorena ulagateljska trgovačka društva (engl. *open-ended investment company*)<sup>56</sup> ili kao posebno ovlaštene institucionalne investitore, tj. fondove zajedničkog ulaganja (engl. *authorised unit trust*),<sup>57</sup> čiji je porezni tretman općenito gledano jednak.

<sup>53</sup> Porezno zakonodavstvo koje je na snazi od 2001. godine predviđa za privatne ulagatelje da se razrez poreza na dohodak od štednje i ulaganja temelji na pretpostavci, tj. zakonskoj procjeni da oporeziv prihod ili dohodak iznosi 4% neto imovine i to neovisno o stvarnom prihodu (kamatama, dividendama, kapitalnoj dobiti i gubicima). Takav neto prihod se oporezuje proporcionalnom poreznom stopom koja iznosi 30%. Oporeziva osnovica se umanjuje još za osnovne olakšice – osobni odbitak.

<sup>54</sup> Kod oporezivanja dohotka od štednje i investicija, gdje se radi o dohotku od kapitala, radi se o specifičnom oporezivanju primjenom proporcionalne stope, gdje se dakle ne uzima uobičajena porezna osnovica kao polazište već navedeni pretpostavljeni dohodak izračunat primjenom porezne stope od 4% na neto vrijednost imovine – radi se o porezu na pojedine oblike imovine prema neto vrijednosti. Rezultat je takvog oporezivanja da se ova imovina oporezuje po stopi od 1,2%.

<sup>55</sup> Trgovačka su društva u načelu “zaštićena” međunarodnim ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja na način da mogu zahtijevati povrat dijela poreza po odbitku, dok preostali dio u pravilu mogu odbiti od svoje porezne obveze. Porezna stopa poreza na dobit je 29%, a u slučaju kada oporeziva dobit prelazi zakonom propisani iznos, na taj “višak” se primjenjuje stopa od 34,5%.

<sup>56</sup> Ulagateljska ili investicijska trgovačka društva (kompanije) (engl. *investment companies*, njem. *Kapitalanlagegesellschaft*) je u SAD-u izraz za poduzeća čija je jedina djelatnost da investiraju u (kupnju) vrijednosne papire drugih poduzeća, radi ostvarivanja profita za svoje dioničare. Investicijska poduzeća u SAD normalno se dijele na mutual fund (ili *open-end fund*) i closed-end fund, ovisno o tome da li sama emitiraju promjenjivi broj dionica (open-end) ili fiksirani broj (*closed-end*). Britanski ekvivalent za *open-end company* je unit trust, a *closed-end* je investment trust., definicija preuzeta iz Rječnika bankarstva u izdanju Masmedia., preuzeto sa [http://www.limun.hr/main.aspx?id=33062&Page=2\(16.07.2007\)](http://www.limun.hr/main.aspx?id=33062&Page=2(16.07.2007)).

<sup>57</sup> *Unit trust* (njem. *Investmentgesellschaft mit offenem Anlageportefeuille*) je institucionalni investitor, vrsta fonda zajedničkog investiranja. On sredstva novčanog pula koji upisuje velik broj malih individualnih investitora ulaže u kupnju vrijednosnih papira radi ostvarenja profita za svoje ulagače. Karakterističan je za Veliku Britaniju u kojoj, uz *investment trustove*, uživa sve veću popularnost, a u SAD-u mu je ekvivalent *mutual fond*. Zakonom određena forma djelovanja unit i investment trusta različita je po vrijednosti i distribuciji. Za razliku od *investment trusta* koji emitira fiksiran broj dionica na osnovi vrijednosnih papira u svom portfelju (*closed-end fund*), *unit trust* emitira promjenjiv broj dionica na osnovi uplate dioničara (*open-end fund*). Ima manje slobode u investiranju, nije mu dopušteno posuđivanje kapitala na slobodnom financijskom tržištu i posluje na osnovi tzv. trust ugovora. Riječ je o ispravi između članova i menedžera trusta

Pravilo je da se dohodak ili prihod oporezuju ukoliko se radi o tuzemnom ili rezidentnom trgovačkom društvu.<sup>58</sup> Realizirana i nerealizirana kapitalna dobit u cijelosti su izuzeti od oporezivanja. U praksi međutim budući da je dohodak od ulaganja oslobođen poreza te se ne oporezuje,<sup>59</sup> a povrh toga se primjenjuje velik broj odbitaka, navedeni oblici investicijskih fondova plaćaju ili vrlo male iznose poreza na dobit ili ga uopće ne plaćaju. Pojam dohotka ili dobiti investicijskog fonda te porezni tretman zavise o izvoru prihoda. Prihod od dividendi primljenih od tuzemnih trgovačkih društava se ne oporezuje. Taj oblik prihoda, zajedno s pripisivim poreznim odbitkom od 10% čini tzv. prihod ili dohodak od ulaganja oslobođen poreza ili engl. *Franked investment income*. S druge strane, prihod ili dohodak od ulaganja koji nije oslobođen od poreza ili engl. *Unfranked income*, koji uključuje dohodak od tuzemnih obveznica i bankovnih kamata te inozemnih kamata i dividendi te raznovrsni drugi dohoci poput osigurateljskog profita jeste predmetom oporezivanja porezom na dobit. Tuzemni fondovi primaju tuzemne kamate u bruto iznosima. Navedeni fondovi

---

kojom se utvrđuju prava i obveze potpisnika i osnovne smjernice poslovanja: investicijski ciljevi: maksimalni iznosi koji mogu biti uplaćeni; visina ulaznine za nove članove i dr., uključujući i ograničenja u veličini ulaganja u vrijednosne papire pojedinih kompanija, kao i postotke ulaganja u pojedinačna vlasništva (privatna i državna). Svrha tog ugovora je osiguranje rukovođenja prema utvrđenim pravilima i zaštita od špekulacija. Menadžeri trusta rukovode investicijskim ulaganjima, prate kretanje cijena vrijednosnih papira iz svog portfelja i sukladno tome prodaju ih pri opadanju cijena, kupujući druge s većim prihodom kako bi svojim ulagačima osigurali najmanje prosječnu dobit koja se može ostvariti na tržištu. Portfelj vrijednosnih papira u vlasništvu *unit trusta* podijeljen je na određeni broj jednakih dijelova, tzv. *unita*, koji su vlasništvo ulagača, odnosno *unitholdersa*. Svaki je *unit* specifični dio portfelja i njegova je vrijednost s njim dosljedno povezana tako da ako raste vrijednost portfelja, raste i vrijednost *unita*, a njegova se cijena pomiče naviše ili naniže kao što se kreće vrijednost dionica koje drži trust, pa individualni holdinzi gotovo točno odražavaju funkcioniranje trusta. *Uniti* mogu biti kupljeni ili unovčeni u bilo koje doba. Kupuju se obično preko financijskih posrednika, osobito troškova, ovlaštenih samostalnih knjigovođa i odvjetnika, te drugih financijskih institucija uz korištenje propagande u različitim medijima (za razliku od investment trustova za koje postoji zakonska zabrana promoviranja vlastitih dionica: one se kupuju jedino preko burze). Kreacija i prodaja *unita* ovisi o potražnji za njima. Kupnjom *unita* individualni investitor kupuje i dio portfelja. Pri tome, snosi troškove za kreaciju samog portfelja uključivo i troškove posrednika i poreza. Žele li pojedini investitori unovčiti svoje *unite*, razmjerni dijelovi portfelja se mogu prodati na burzi, a isplatom *unita* ti se iznosi odmah nadoknađuju prodajom *unita* novim investitorima. Naknada za menadžment koju plaćaju investitori sastavljena je od dva dijela: ulaznine koja je uključena u cijenu prve kupnje *unita* (do 5%) i koja u sebi uključuje i proviziju za nezavisnog posrednika; i godišnje članarine koja se plaća polugodišnje (do 1%). Relativno visoka naknada (*investment trustovi* npr. traže manju proviziju i ne zaračunavaju ulazninu) ne umanjuje njihovu rastuću popularnost, čemu pridonosi pristupačniji način kupnje, savjetodavni angažman i propaganda. U 1996. bilo je 1.553 *unit trusta* s ukupno 222 mlrd. USD aktive. Poslovanje *unit i investment trustova* regulira u Velikoj Britaniji Securities and Investment Board – SIB., definicija preuzeta iz Rječnika bankarstva u izdanju Masmedia., sa [http://www.limun.hr/main.aspx?id=33062&Page=2\(16.07.2007\)](http://www.limun.hr/main.aspx?id=33062&Page=2(16.07.2007)).

<sup>58</sup> Stopa poreza na dobit iznosi 20% i jednaka je poreznoj stopi koja se primjenjuje pri oporezivanju dohotka od štednje fizičkih osoba.

<sup>59</sup> Vidi pojam, engl. *Franked investment income* – dohodak od ulaganja oslobođen poreza, Porezni leksikon s višejezičnim rječnikom, Institut za javne financije, Zagreb, 1999., str. 156.

imaju pravo zahtijevati poreznu olakšicu po osnovi poreza plaćenog u inozemstvu.

Pravilo je da engleski investicijski fondovi ne plaćaju porez na kapitalnu dobit, kako realiziranu tako i nerealiziranu. To se svakako odnosi na engleski porezni tretman, što znači da fondovi koji ulažu u inozemne vrijednosne papire mogu biti izloženi drugačijem poreznom tretmanu u inozemnim poreznim jurisdikcijama, a što može dovesti do primjene ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

Fondovi moraju odrediti hoće li vršiti raspodjelu ili rezerviranje, i to u odnosu na cjelokupni neto ostvareni prihod, i u razdoblju za raspodjele koje obično traje šest mjeseci iako neki fondovi vrše i mjesečne raspodjele. Raspodjele su u obliku dividendi ili kamata.<sup>60</sup> Dividende sa sobom nose 10% odbitka. Kamate se isplaćuju u neto iznosu (20% poreza na dohodak). Ukoliko fond vrši akumulaciju cjelokupnog ili dijela ostvarenog prihoda, porezni tretman je isti kao da je izvršena raspodjela.

Pri izračunu oporezivog dohotka/dobiti investicijskih trgovačkih društava odbijaju se rashodi uprave trgovačkog društva, a ti se rashodi mogu i prenositi na sljedeća porezna razdoblja. Također se i raspodjele kamata dopuštaju kao odbitak pri izračunu oporezive dobiti, i to prije ili nakon odbitka rashoda uprave, te se svaki višak može prenositi unaprijed.

Prema tome, engleski fondovi često plaćaju ili mali iznos poreza na dobit ili ga niti ne plaćaju- ili stoga što primaju velik dio prihoda kao prihod od ulaganja koji je oslobođen oporezivanja, - stoga što imaju takve troškove uprave koji nadilaze iznos oporezivog dohotka, - stoga što vrše raspodjele u obliku kamata ili je pak porez "otklonjen" olakšicom namijenjenom izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

Kada se radi o oporezivanju ulagatelja u fondove, tako ostvareni dohodak oporezuje se ako je primljen kao raspodjela koju vrši tuzemno trgovačko društvo u obliku dividendi i u obliku kamata. Kapitalna dobit ostvarena pri raspolaganju udjelima u fondovima oporezuje se porezom na kapitalnu dobit ako se radi o fizičkim osobama, odnosno ulazi u osnovicu pri oporezivanju porezom na dobit ako se radi o trgovačkim društvima kao imateljima udjela u fondu.<sup>61</sup> Porezni tretman zavisio o vrsti raspodjele koju vrši fond, odnosno o tome radi li se o raspodjeli u obliku dividendi ili kamata. Porezni tretman raspodjela dividendi trgovačkim društvima bitno se razlikuje od tretmana takve raspodjele fizičkim osobama kao individualnim ulagateljima.

Porezni tretman raspodjela fonda fizičkim osobama ulagateljima zavisi, dakle, radi li se o isplati dividendi ili kamata. Kamate su predmet oporezivanja

<sup>60</sup> Ukoliko fond ima manje od 60% uloga u dužničke vrijednosne papire ili u gotovini, tada vrši raspodjele u obliku dividendi, a ukoliko je više od 60% imovine uloženo u dužničke papire ili u gotovini, tada vrši raspodjele u obliku kamata.

<sup>61</sup> Izuzetak se odnosi na trgovačka društva koja imaju udjele u obvezničkim fondovima.

stopom od 10%, 20% ili 40%, ovisno o visinu ukupno ostvarenog dohotka, dok su dividende predmetom oporezivanja stopama od 10% i 32,5%.

Kada se radi o raspodjeli dividendi, imatelj udjela u fondu koji je obveznik poreza na dohodak prima dividende koje raspodjeljuje fond uz pripadajući porezni odbitak od 10%. Ukupni iznos raspodijeljenih dividendi i poreznog odbitka jesu predmetom poreza na dohodak. Radi se o poreznom tretmanu koji je identičan i u slučaju kada rezidentni imatelj udjela prima dividende od rezidentnog trgovačkog društva. Pri raspodjeli u obliku kamata, tada do oporezivanja ulagatelja dolazi po graničnoj poreznoj stopi.<sup>62</sup> Kamate se primaju u neto iznosu umanjene za 20% poreza, a za taj iznos se može umanjiti porezna obveza fizičke osobe ulagatelja. Porezni obveznici čiji dohodak ulazi u viši razred progresivne tarife poreza na dohodak morati će platiti dodatnih 20% dok obveznici čiji oporezivi dohodak ne prelazi prvi razred tarife u kojem se primjenjuje porezna stopa koja se naziva i osnovna porezna stopa nemaju takvih dodatnih obveza. Porezni obveznici imaju pravo zahtijevati povrat poreza odbijenog na izvoru.<sup>63</sup>

Prodaja udjela u fondu relevantna je u kontekstu primjene poreza na kapitalnu dobit. No za poreznog obveznika neće nastati obveza ukoliko tako ostvarena dobit, zajedno s dobiti ostvarenom prodajom drugih vrijednosnica ili kapitalne dobiti ne prelazi zakonom propisani godišnji iznos. Kapitalni dobitak koji prelazi zakonom propisani iznos koji je izuzet od oporezivanja oporezuje se primjenom graničnom poreznom stopom za fizičke osobe (10, 22, 40%).

Nerezidentni imatelji udjela u fondu, koji su rezidenti država s kojima Ujedinjeno kraljevstvo ima zaključene ugovore o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, tehnički gledano ovlašteni su zahtijevati povrat odbitka poreza koji se primjenjuje pri raspodjelama u obliku dividendi ukoliko je došlo do primjene poreza po odbitku a sve to prema odredbama ugovora na snazi. Raspodjele u obliku kamata koje se vrše nerezidentima imateljima udjela u fondu mogu biti učinjene bez odbitka poreza ukoliko upravljačko društvo raspolaže potrebnim ispravama u prilog tvrdnji o nerezidentnosti imatelja udjela.<sup>64</sup>

Kada je imatelj udjela u fondu rezidentno trgovačko društvo, dobit i kapitalna dobit oporezuju se primjenom iste porezne stope, u pravilu od 30%.

Kada fond raspodjeljuje dividende trgovačkim društvima, tada dolazi do razdvajanja dohotka od ulaganja oslobođenog od poreza i dohotka od ulaganja koji nije oslobođen poreza, što ovisi o "profilu" dohotka koji raspodjeljuje fond,

<sup>62</sup> Vidi pojam granične porezne stope, Porezni leksikon, str. 219.

<sup>63</sup> Porezni obveznici čiji oporezivi dohodak spada u prvi razred tarife mogu zahtijevati polovicu iznosa, dok osobe koje nisu porezni obveznici mogu zahtijevati povrat cijelog iznosa.

<sup>64</sup> Postupak dokazivanja nerezidentnosti u svrhu primanja bruto raspodjela u obliku kamata je od 2002. godine bitno pojednostavljen - dovoljno je da fizička osoba ulaže putem "uglednog posrednika" te da društvo za upravljanje stekne opravdano i razborito uvjerenje o nerezidentnosti imatelja udjela. U protivnom se traži potpisana izjava fizičke osobe.



a kako je *supra*<sup>65</sup> objašnjeno. Navedeni postupak razdvajanja naziva se engl. “*streaming*”. “Oslobođeni” dio dohotka/dobiti uživa porezni tretman kakav imaju tuzemne dividende te iz toga ne proizlaze daljnje porezne obveze. “Neoslobođeni” ili nefrankirani dio dohotka/dobiti ima takav porezni tretman kao da se radi o određenoj vrsti periodičnog, godišnjeg plaćanja ili isplati te se podrazumijeva da se radi o neto primitku tj. da je pri tome plaćen porez na dohodak/dobit po stopi od 20%, pa stoga navedeni porez može biti odbijen od porezne obveze trgovačkog društva ulagatelja. Ukoliko je taj ulagatelj izuzet od oporezivanja ili nije utvrđen porezni dug - obveza, ovlašten je zahtijevati povrat poreza koji je plaćen po odbitku.<sup>66</sup>

Pravila o tzv. “*streamingu*” – raspodjeli isplata u obliku dividendi na oslobođene i neoslobođene oporezivanja ne primjenjuju se kada se radi o raspodjelama u obliku kamata. Drugim riječima, navedene raspodjele u cijelosti se oporezuju kao kamate, tj. ne pridaje se posebni značaj činjenici da se radi o raspodjeli fonda. Ulagatelji trgovačka društva primaju navedene raspodjele u bruto iznosima.

Nerealizirana kapitalna dobit u vrijednosti udjela ne oporezuje se, no pri raspolaganju udjelima u fondu trgovačka društva su obveznici poreza na dobit što se odnosi na svu oporezivu dobit. Tretman kapitalnog gubitka jednak je kao u slučaju fizičkih osoba. Ulaganje trgovačkih društava u obvezničke fondove ima isti porezni tretman koji se odnosi općenito na zajmovni kapital – dužničke vrijednosne papire. To znači da se realizirana i nerealizirana dobit tretiraju porezno kao prihod, a gubici kao trošak.

### 3.1.7. Hrvatska

Investicijski su fondovi novija pojava hrvatskog financijskog tržišta. Prvo je društvo za upravljanje investicijskim fondovima u Hrvatskoj odobrenje za rad dobilo tek 1997. godine, pa tek od tada slijedi razvoj “fondovske industrije”.<sup>67</sup> Zakonom o investicijskim fondovima propisani su uvjeti osnivanja investicijskih fondova i društava za upravljanje investicijskim fondovima te se uređuje način njihova poslovanja.<sup>68</sup>

U RH je u listopadu 2007. godine bilo registrirano 98 otvorenih investicijskih fondova (2001. svega 14), dok je u isto vrijeme registrirano svega 9 zatvorenih investicijskih fondova (2001. čak 6).<sup>69</sup> Prema vrsti ulaganja je struktura otvorenih investicijskih fondova struktura je sljedeća: otvoreni investicijski fondovi s javnom ponudom – 82, novčani – 15, obveznički – 14, mješoviti – 21,

<sup>65</sup> Vidi dio rada o pojmu - engl. *Franked investment income*.

<sup>66</sup> Uz ograničenje iznosa.

<sup>67</sup> Morić Milovanović, Bojan, Galetić, Fran, *Otvoreni investicijski fondovi u Hrvatskoj, Financijska teorija i praksa*, 30 (1), 2005., str. 79.

<sup>68</sup> Zakon o investicijskim fondovima, NN, 150/05. U prosincu 2005. Sabor je prihvatio Zakon o investicijskim fondovima, kojim se (tim zakonom) hrvatsko zakonodavstvo dodatno usklađuje s Smjernicom o poduzećima za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire.

<sup>69</sup> Prema, [http://www.hanfa.hr/uploads/stat/2720070608110650.xls\(15.11.2007.\)](http://www.hanfa.hr/uploads/stat/2720070608110650.xls(15.11.2007.))

dionički – 32, s privatnom ponudom – 15, otvoreni investicijski fondovi rizičnog kapitala – 1.<sup>70</sup> Istraživanja pokazuju da se udio investicijskih fondova na hrvatskom financijskom tržištu sve više povećava, pri čemu je zanimljivo primijetiti da je koncentracija imovine u fondovima velika – 5 najvećih fondova drži polovicu ukupne imovine svih fondova. Ne manje važno je za primijetiti da novčani fondovi imaju vodeće mjesto kada se gleda struktura fondova prema vrsti ulaganja.<sup>71</sup>

Jedna je od osnovnih zadaća fondova nastojanje svesti na najmanju moguću mjeru rizike za ulagatelje. Među najznačajnijim rizicima, uz tržišni rizik, jest rizik promjene kamatnih stopa, rizik nelikvidnosti izdavatelja dužničkih vrijednosnih papira i rizik promjena poreznih propisa. Navedeni rizik promjene poreznih propisa značajan je rizik za ulagatelje u udjele u fondovima. Radi se o vjerojatnosti da zakonodavne vlasti promijene porezne zakone na način koji će negativno utjecati na profitabilnost ulaganja u fondove, no rizik promjena poreznih propisa je u potpunosti izvan domene utjecaja društava za upravljanje investicijskim fondovima.

U Hrvatskoj nema posebnih poreznih propisa za oporezivanje investicijskih fondova. Kako su zatvoreni investicijski fondovi trgovačka društva – dionička društva, na njih se primjenjuje glede oporezivanja Zakon o porezu na dobit.<sup>72</sup> S

<sup>70</sup> Prema, <http://www.hanfa.hr/uploads/stat/2720070608110650.xls>(19.11.2007.). Uz to zanimljivo je da je osnovano 30 društava za upravljanje investicijskim fondovima: ADRIATICA CAPITAL d.o.o., ALFA INVEST d.o.o., AUREUS INVEST d.o.o., CAIB INVEST d.o.o., CEBA INVEST d.o.o., ERSTE INVEST d.o.o., FIMA GLOBAL, INVEST d.o.o., HPB-INVEST d.o.o., HRVATSKO MIROVINSKO INVESTICIJSKO DRUŠTVO d.o.o., HYPO-ALPE-ADRIA-INVEST d.o.o., ICAM d.o.o., ICF INVEST d.o.o., ILIRIKA INVESTMENTS d.o.o., INTERINVEST d.o.o., JADRAN INVEST d.o.o., KD INVESTMENTS d.o.o., MEDITERANINVEST d.o.o., MP INVEST d.o.o., OTP INVEST d.o.o., PBZ INVEST d.o.o., PLATINUM INVEST d.o.o., POBA ICO INVEST d.o.o., PROSPECTUS INVEST d.o.o., QUAESTUS PRIVATE EQUITY d.o.o., RAIFFEISEN INVEST d.o.o., SL-INVEST d.o.o., ST INVEST d.o.o., TERRA INVEST d.o.o., VB INVEST d.o.o., ZB INVEST d.o.o.; prema, <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/10558.xls>(19.11.2007.).

<sup>71</sup> *Obveznički fondovi* u svom portfelju imaju pretežno ili isključivo obveznice. Namijenjeni su konzervativnijim ulagačima nesklonim rizicima i promjenama tečaja. Ti su fondovi manje rizični, jamče veću sigurnost ulagateljima, ali nemaju mogućnosti naglog ostvarivanja velikog profita. Primjereni su ulaganjima na relativno kratko vrijeme, npr. na tri do pet godina. *Mješoviti fondovi* sadržavaju dionice, ali i obveznice. Rizičniji su od obvezničkih, ali imaju mogućnost ostvarivanja većeg profita. Preporučuje se ulaganje na dulje vremensko razdoblje, npr. na pet do deset godina. *Dionički fondovi* imaju cjelokupan portfelj u dionicama. To je najrizičnija vrsta fonda, ali istodobno ima mogućnost ostvarivanja najvećeg profita. Primjereni su za dugoročna ulaganja, recimo, na deset i više godina. *Novčani fondovi* uglavnom imaju konstantan i umjeren rast. Predmet poslovanja im je isključivo prikupljanje novčanih sredstava javnom ponudom svojih udjela i ulaganje prikupljenih sredstava u sigurne i profitabilne instrumente na financijskom tržištu. Prema, Morić Milovanović, Bojan, Galetić, Fran, *Otvoreni investicijski fondovi u Hrvatskoj*, str. 83-84.

<sup>72</sup> Zatvoreni investicijski fond platit će porez na ostvarenu dobit po stopi od 20%. Iako primljene dividende i kamate koje fond ostvaruje temeljem držanja vrijednosnih papira predstavljaju oporezivi prihod, temeljem čl. 8. Zakona o porezu na dobit fond umanjuje osnovicu za prihode od dividendi i udjela u dobiti. Prema tome, nema dvostrukog oporezivanja jer fond primljene

druge strane, otvoreni investicijski fond nema pravne osobnosti već se radi o zasebnoj imovinskoj masi pa je donekle nejasno pitanje oporezivanja njihova dohotka/dobiti. Budući da iz odredbi Zakona o porezu na dobit jasno proizlazi da otvoreni investicijski fondovi nisu obveznici poreza na dobit,<sup>73</sup> temeljem odredbi Općeg poreznog zakona kada se radi o imovinskoj masi bez pravne osobnosti oporezivati će se vlasnici te imovine.<sup>74</sup>

Osnovni porezni propisi Republike Hrvatske koji reguliraju oporezivanje prihoda ulagatelja u (otvorene) investicijske fondove jesu: Opći porezni zakon, Zakon o porezu na dobit, Zakon o porezu na dohodak te pripadajući podzakonski akti i odluke nadležnih tijela.

Zakonodavac je u temeljnom propisu koji uređuje poslovanje UCITS-a, Zakonu o investicijskim fondovima, na jednom mjestu spomenuo porezni tretman. Tako poglavlje - *Porezni status investicijskog fonda* - sadrži samo jedan članak u kojem stoji da porezna uprava na zahtjev društva za upravljanje, a u porezne svrhe izdaje potvrdu kojom se dokazuje porezni status investicijskog fonda u Republici Hrvatskoj. U sljedećem stavku upućuje se na poreznopravne propise uz rezervu da se, ukoliko se poreznim propisima ne propiše drugačije, u porezne svrhe, fond smatra krajnjim vlasnikom vrijednosnih papira, odnosno cjelokupne imovine fonda i krajnjim uživateljem ekonomskih koristi koje iz nje proizlaze.

---

dividende isključuje iz porezne osnovice, dok je trgovačko društvo u kojemu fond ima/drži dionice platilo porez na dobit. No ako fond ostvaruje kamate temeljem držanja obveznica, kamata za fond predstavlja oporezivi prihod za koji ne umanjuje poreznu osnovicu. Kad fond isplaćuje nerezidentu koji nije fizička osoba – vlasniku udjela u fondu ostvarenu dobit, fond je obavezan obustaviti porez po stopi od 15%. Iznimno, ne plaća se porez po odbitku u visini od 15% ako se naknada pripisuje kao prihod tuzemnoj poslovnoj jedinici inozemnog poduzetnika.

<sup>73</sup> Pozitivno porezno zakonodavstvo sadrži odredbu kojom se izrijeком otvoreni investicijski fondovi isključuju iz pojma poreznog obveznika poreza na dobit,

<sup>74</sup> Tako, čl. 16. Općeg poreznog zakona, NN, br. 127/00., 86/01., 150/02. Čl. 2. st. 8. Zakon o porezu na dobit, NN, br. 177/04., 90/05., 57/06. Otvoreni investicijski fond nije pravna osoba pa tako nije obveznik ni poreza na dobit niti poreza na dodanu vrijednost. Na uplate i isplate iz fonda ne plaća se porez na dodanu vrijednost (PDV). No, u praksi se pojavilo pitanje smatra li se usluga upravljanja investicijskim fondovima uslugom koja je predmetom oporezivanja porezom na dodanu vrijednost. Iako odredbama Zakona o porezu na dodanu vrijednost usluge upravljanja investicijskim fondovima nisu posebno navedene kao usluge koje su oslobođene plaćanja poreza na dodanu vrijednost, odredbe zakona o dodanu vrijednost temelj su odričnog odgovora na postavljeno pitanje zajedno sa odredbama Pravilnika o porezu na dodanu vrijednost. Naime, Zakonom je određeno da se, između ostalog, porez ne plaća na promet vrijednosnica i udjela u poduzećima, pri čemu se Pravilnikom detaljnije određuje da se isporukom vrijednosnica smatraju i usluge čuvanja i upravljanja vrijednosnim papirima, poslovi uvođenja vrijednosnih papira na burzu, usluge preuzimanja i plasiranja novih emisija vrijednosnih papira kao i posredničke usluge u svezi sa takvim poslovima. Naravno, navedeno vrijedi u slučajevima gdje je imovina investicijskih fondova u obliku vrijednosnih papira. Mišljenje Središnjeg ureda Porezne Uprave od 19.12.2006., prema, [www.tax-fin-lex.hr](http://www.tax-fin-lex.hr) (19.11.2007.). Čl. 11. st. 3. Zakona o porezu na dodanu vrijednost, NN, 47/95., 106/96., 164/98., 105/99., 54/00., 73/00., 48/04., 82/04., 90/05., 76/07., Vidi, čl. 69. st. 2. Pravilnika o porezu na dodanu vrijednost, NN, 60/96., 113/97., 7/99., 112/99., 119/99., 44/00., 63/00., 80/00., 109/00., 54/01., 58/03., 198/03., 55/04., 77/04., 153/05., 79/07.

Prema postojećim poreznim propisima u Republici Hrvatskoj sama imovina fonda ne tereti se nikakvim poreznim opterećenjima.

Oporezivanje domaćih i stranih pravnih i fizičkih osoba po osnovi prihoda koje ostvaruju ulaganjem u udjele Fonda regulirano je pravnim aktima iz područja poreza na dobit i poreza na dohodak.

Kako kod oporezivanja otvorenih investicijskih fondova govorimo o oporezivanju vlasnika udjela, to su relevantne odredbe Zakona o porezu na dohodak i Zakona o porezu na dobit. Zakonom o porezu na dohodak nije predviđeno oporezivanje dividendi ni primitaka po osnovi udjela za fizičke osobe, niti se oporezuju kamate ostvarene od vrijednosnih papira.<sup>75</sup> Budući da ulagatelji ostvaruju primitke po osnovi udjela u imovini fonda, to znači da se navedeni primitci ne oporezuju. Jednako, Zakonom o porezu na dobit određeno je da se porezna osnovica umanjuje za prihode od dividendi i udjela u dobiti.<sup>76</sup>

Treba ukazati na činjenicu da se kod otvorenih investicijskih fondova zapravo radi o tzv. transparentnom oporezivanju. Transparentnost znači da se sav dohodak automatski pripisuje u porezne svrhe članovima fonda koji sam za sebe nije subjektom oporezivanja. Dapače, u europskom se pravu fond smatra isplatiateljem koji mora izvijestiti nadležna tijela da je došlo do primitka kamata čak i ako nije došlo do raspodjele dohotka stvarnom korisniku.<sup>77</sup>

Prema poreznim zakonima na snazi za ulagatelja fizičku osobu ne postoji obaveza plaćanja poreza na ostvareni prinos (prihod ostvaren porastom vrijednosti udjela) u otvorenom investicijskom fondu.

#### **4. Relevantne odredbe međunarodnog poreznog prava – Pravila iz ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja**

Gotovo najvažniji cilj i zadatak normi međunarodnog poreznog prava jest riješiti problem(e) koji nastaju pri oporezivanju prekograničnih djelatnosti. Pri tome je temeljno polazište utvrđivanje kriterija temeljem kojega će jedna država ugovornica (iz ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja) određenu poreznu činjenicu oporezovati ili neće. Moguća su dva koncepta: načelo svjetskog dohotka koje se primjenjuje na osobe s prebivalištem ili uobičajenim boravištem na području određene države, a drugi je načelo teritorijalnosti koje se primjenjuje na sve osobe koje na području određene države ostvaruju prihode ili imaju određeni oblik imovine, ali nemaju na njezinom području niti prebivalište ili uobičajeno boravište, niti su državljani te države. Pravila su

<sup>75</sup> Čl. 30. Zakona o porezu na dohodak, NN 177/04.: “Dohotkom od kapitala smatraju se primici po osnovi kamata, izuzimanja imovine i korištenja usluga na teret dobiti tekućeg razdoblja i udjeli u dobiti ostvareni dodjelom ili opcijском kupnjom vlastitih dionica, a koji su ostvareni u poreznom razdoblju.”

<sup>76</sup> Čl. 6. Zakona o porezu na dobit, NN 177/04., 90/05., 57/06.

<sup>77</sup> Tako, Smjernica o oporezivanju kamata fizičkih osoba, vidi *amplius infra-definition of paying agent*. No, nije navedeno u kojem roku mora izvijestiti iako postoji preporuka o kvartalnom izvještavanju.

ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja fokusirana poglavito na gospodarske i fiskalne interese država ugovornica.<sup>78</sup>

Kada se radi o oporezivanju prihoda od ulaganja kapitala, neovisno to tome radi li se o fizičkim ili pravnim osobama, pravila međunarodnih ugovora možemo izvesti iz OECD-ova Modela ugovora o izbjegavanju međunarodnog dvostrukog oporezivanja. Radi se, dakle, o oporezivanju dividendi, kamata.<sup>79</sup> Model OECD kod oporezivanja dividendi i kamata predviđa podjelu ovlaštenja na oporezivanje između države rezidentnosti primatelja prihoda i države izvora. Pri tome treba imati na umu da je jedan od glavnih ciljeva većine poreznih ugovora osigurati primjenu sniženih stopa poreza po odbitku na dividende i kamate koje se isplaćuju rezidentima druge države ugovornice, s obzirom na stope koje se primjenjuju u državi izvora, s konačnim ciljem podjele poreznih prihoda između države izvora i domicilne države poreznog obveznika.<sup>80</sup> Model preporučuje da države ugovornice ograniče ugovorom stope poreza u državi izvora na način da se dividende isplaćene povezanoj korporaciji oporezuju sa porezom po odbitku u visini do najviše 5%, dividende isplaćene drugim osobama – rezidentima države ugovornice – do 15% te kamate - do 10%. Temeljno pravilo kojim je propisano da kamatu koja nastane u državi ugovornici, a isplaćena je rezidentu druge države ugovornice, može oporezovati domicilna država primatelja kamate uz iznimku da to pravo ima i država izvora. Posebice, ako je stvarni korisnik kamata rezident druge države ugovornice, porez koji naplati država izvora ne smije biti veći od 10% od bruto iznosa kamata.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Lončarić-Horvat, Olivera i Arbutina, Hrvoje, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 44.

<sup>79</sup> I autorskih naknada, koje nisu predmetom razmatranja. Model OECD daje pravo oporezivanja autorskih naknada isključivo državi rezidentnosti poreznog obveznika. OECD Model ugovora o oporezivanju dohotka i imovine, prema, <http://www.oecd.org/dataoecd/52/34/1914467.pdf>, (12.11.2007.), sa zadnjim izmjenama 2003., (dalje u tekstu: Model OECD ugovora).

<sup>80</sup> Lončarić-Horvat, Arbutina, str. 197.

<sup>81</sup> Šola, Anica, *Oporezivanje kamata prema ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja*, *Porezni vjesnik*, br. 5/01., str. 76-78. U kontekstu investicijskih fondova treba ukazati na rješenja koja su u međunarodnom poreznom pravu previđena za oporezivanje stalnih poslovnih jedinica. Stalne poslovne jedinice su važan subjekt u kontekstu međunarodnog poreznog prava. One nemaju pravnu osobnost no njihovo postojanje pojačava ovlaštenje države izvora na oporezivanje. Naime, njezinim postojanjem omogućuje se državi izvora ostvarenje prva na oporezivanje njezinih poslovnih rezultata i to bez obzira na rezidentnost osobe koje je vlasnik stalne poslovne jedinice. Takav koncept naziva se "silom privlačenja stalne poslovne jedinice", a sastoji se u pravnoj presumpciji temeljem koje država u kojoj se nalazi stalna poslovna jedinica smatra da je ukupna dobit trgovačkog društva kojemu pripada, a koja je ostvarena u toj državi zapravo dobit stalne poslovne jedinice, pa ta država ima pravo oporezivanje ukupne dobiti ostvarene na njezinom području. Dakle, bez obzira je li dobit koja je predmetom takvog oporezivanja ekonomski vezana uz poslovnu jedinicu ili nije. Model OECD nije prihvatio opisani koncept već određuje da država u kojoj se nalazi stalna poslovna jedinica ima pravo oporezivanja samo one dobiti koja je ekonomski vezana ili pripisiva stalnoj poslovnoj jedinici, tj. koja je rezultat njezina poslovanja. Tada je porezna osnovica samo neto iznos dividende, kamata ili autorske naknade, jer se uzimaju u obzir troškovi koji terete stalnu poslovnu jedinicu pri ostvarenju dobiti. Prema, Lončarić-Horvat, Arbutina, str. 195-196.

Zbog izuzetno velikog broja Ugovora o izbjegavanju međunarodnog dvostrukog oporezivanja koji su na snazi, zaključeni kako između država članica EU tako i između trećih država i s trećim državama, postavlja se pitanje odnosa prava EU prema odredbama Ugovora. Naime, tržišne slobode EU instrumenti su borbe protiv diskriminacije, pa onemogućuju primjenu ugovora koja dovodi od različitog tretiranja država na poreznom području. Stoga bi rješenje moglo biti u tome da se odredbe ugovora transformiraju u klauzulu najvećeg povlaštenja.

To bi značilo da porezne pogodnosti iz ugovora treba proširiti na sve države članice, ne dovodeći u pitanje primjenu i važenje takvih ugovora. No, iako je vladajuće mišljenje iz kojega proizlazi pravilo o nadređenosti prava EU nad međunarodnim poreznim ugovorima koje su države članice zaključile, ipak postoje i drugačija, suprotstavljena mišljenja. Tako se navodi da sve dok se EU ne transformira u državu koja će kreirati vlastiti porezni sustav nejednako tretiranje rezidenata i nerezidenata ne predstavljaju diskriminaciju. Ipak, treba ukazati na činjenicu da je pravilo o nadređenosti prava EU nad nacionalnim pravom, kojega su dio i zaključeni međunarodni porezni ugovori država članica, potvrđeno brojnim presudama Europskoga suda.

### ***5. Relevantne odredbe prava Europske unije o oporezivanju investicijskih fondova***

Važan cilj pravnog sustava Europske unije jest fizičkim i pravnim osobama svojih država članica osigurati jednak postupak i tretman na zajedničkom tržištu, a za to je potrebno ukloniti sve razlike koje proizlaze iz činjenice pripadnosti tih osoba određenoj državi članici. U tu svrhu Europska unija koristi tržišne slobode – kretanja ljudi, prometa robe, pružanja usluga i protoka kapitala.<sup>82</sup> Harmonizacija je neposrednih poreza, kojima je opterećen dohodak fizičkih osoba, provedena, no ne u dovoljnoj mjeri. To je na neki način i potvrda činjenice da se ujednačavanju oporezivanja pravnih osoba, prvenstveno trgovačkih društava, daje prednost u odnosu na ujednačavanje iste vrste poreza kojima su opterećene fizičke osobe. Trenutno jedina smjernica donesena na području oporezivanja dohotka fizičkih osoba jest Smjernica o porezu na dohodak od kamata na štednju.<sup>83</sup> Radi se o Smjernici koju je 3. lipnja 2003. godine Vijeće Europske unije donijelo – Smjernica 2003/48/EC o oporezivanju dohotka od štednje, odnosno kamata na štednju. Smjernica je stupila na snagu 1. srpnja 2005. godine. Cilj koji se želi ostvariti jeste ujednačavanje poreznog opterećenja građana država članica EU na području oporezivanja dohotka kako bi se smanjio interes za “porezni bijeg”<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Lončarić-Horvat, Olivera i Arbutina, Hrvoje, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 44.

<sup>83</sup> U pripremi su još dvije smjernice – Smjernica o oporezivanju dividendi (fizičkih osoba) te Smjernica o oporezivanju mirovina.

<sup>84</sup> Fenomen koji je posebno prisutan u razvijenim zapadnim zemljama budući da je u njima i veliko porezno opterećenje, a sastoji se u izbjegavanju oporezivanja u državi s višim porezima, i



Prema odredbama Smjernice sve države članice moraju uvesti automatsku razmjenu informacija o isplatama kamata na štednju nerezidentnima, kako bi se kamate od štednje oporezivale u zemlji prebivališta i prema tamo mjerodavnim poreznim zakonima. Smjernica se odnosi na kamate isplaćene fizičkim osobama koje naziva “vlasnicima beneficija”, no važno je da Smjernica kamatama smatra (sva) potraživanja od kamata svake vrste – kamate na štedne uloge, obveznice, državne zadužnice, kamate i dobiti od investicijskih fondova.<sup>85</sup> Iako se čini da je predviđeno jedinstveno oporezivanje kamata na štednju, obveznice, državne pozajmice, kao i kamate i dobit investicijskih fondova, ovdje treba detaljnije razmotriti porezni tretman isplata koje vrše investicijski fondovi.

Utvrđivanje dohotka od štednje tehnički se provodi na način da je nametnuta obveza bankama sa područja EU na razmjenu podataka o isplaćenim kamatama na štednju nerezidentima, pa stoga države članice EU moraju ustrojiti sustav razmjene informacija.<sup>86</sup>

Odredbe Smjernice predviđaju da pravo naplate poreza na dohodak od kamata na štednju pripada domicilnoj ili rezidentnoj državi primatelja kamata, tj. državi na čijem području osoba koja ostvaruje dohodak od kamata ima prebivalište/uobičajeno boravište. Na temelju podataka koje dobije od država na

---

to iskorištavanjem razlika u poreznim opterećenjima prisutnim u različitim nacionalnim poreznim vlastima i to premještanjem postojeće i/ili buduće porezne supstance. Tako, Lončarić-Horvat, Arbutina, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, str. 74.

<sup>85</sup> “Interest payment” means: interest paid or credited to an account, relating to debt claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits, and, in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures; penalty charges for late payments are not regarded as interest payments; interest accrued or capitalised at the sale, refund or redemption of the debt claims referred to above; income deriving from interest payments either directly or through certain entities set out limitatively, *distributed by undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS)* authorised in accordance with Directive 85/611/EEC or certain undertakings for collective investment; income realised upon the sale, refund or redemption of shares or units in UCITS, if they invest directly or indirectly, via other undertakings for collective investment or entities, more than 40% of their assets in debt claims.”, Vidi, <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l31050.htm>. (10.12.2007.) Jasno, iz čl. 2. proizlazi da primatelj kamata nije fond, već ulagatelj – “For the purposes of this Directive, “beneficial owner” means any individual who receives an interest payment or any individual for whom an interest payment is secured, unless he provides evidence that it was not received or secured for his own benefit, that is to say that:(a) he acts as a paying agent within the meaning of Article 4(1); or (b) he acts on behalf of a legal person, an entity which is taxed on its profits under the general arrangements for business taxation, an UCITS authorised in accordance with Directive 85/611/EEC or an entity referred to in Article 4(2) of this Directive and, in the last mentioned case, discloses the name and address of that entity to the economic operator making the interest payment and the latter communicates such information to the competent authority of its Member State of establishment, or (c) he acts on behalf of another individual who is the beneficial owner and discloses to the paying agent the identity of that beneficial owner in accordance with Article 3(2).”

<sup>86</sup> Izuzev Austrije, Belgije i Luksemburga za koje je predviđeno prijelazno razdoblje.

čijim su područjima kamate isplaćene, utvrdit će se porez u skladu sa tuzemnim poreznim propisima i naplatiti porez.

Međutim, donošenje navedene smjernice otvorilo je nekoliko pitanja. Smjernicom je predviđeno da se kamatama na štednju, u smislu Smjernice smatraju i kamate i sve isplate koje vrše UCITS- i, otvoreni investicijski fondovi namijenjeni javnosti (prema definiciji prihvaćenoj u EU). Međutim, takvo određenje nije imalo na umu bogatu paletu naziva i definicija raznih vrsta fondova koji postoje, kako unutar EU, tako i izvan. Naime, iz navedenih odredbi proizlazi pitanje tretmana svih ostalih investicijskih fondova koji ne ulaze u pojam UCITS-a. To stoga što dohodak koji raspodjeljuju svi ostali oblici i vrste investicijskih fondova ne bi ulazio u pojam dohotka od kamata u smislu koji mu se daje Smjernicom. Takva nekonzistentnost u tretmanu različitih vrsta investicijskih fondova (otvorenih), osnovanih na području EU, mogla bi nepovoljno utjecati na stvarno oporezivanje dohotka od kamata. Drugačije rečeno, takvo oporezivanje može se smatrati povredom tržišnog natjecanja i dovesti do neloyalne porezne konkurencije unutar samog tržišta investicijskih fondova. S druge strane, Smjernica predviđa da se dohotkom od kamata smatraju i sve isplate koje vrše sva društva za zajednička ulaganja osnovana izvan područja na kojemu se Smjernica primjenjuje (područja EU). To otvara pitanje odnosi li se Smjernica na isplate dohotka koje obave sve vrste investicijskih fondova neovisno o njihovom ustrojbenom pravnom obliku i neovisno o tome u koju imovinu ulažu.<sup>87</sup>

Iz prethodno iznesenog, vidljivo je da su na području usklađivanja izravnih poreza ostvareni skromni rezultati. U domeni oporezivanja dobiti moglo bi se reći da je jedan propis, od svega dva donesena propisa, važniji. Riječ je o smjernici o matičnom i zavisnom društvu – preciznije Smjernica Vijeća 90/435/EEC o zajedničkom sustavu oporezivanja primjenjivom u slučaju trgovačkih društava roditelja i supsidijara različitih država članica.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> U sklopu pregovora i Hrvatska uskoro mora ugraditi odredbe smjernice u svoje zakonodavstvo. Smjernicama je predviđeno do 2008. godine oporezivanje kamata stopom od 15 posto, od 2008. do 2011. s 20 posto, a nakon 2011. godine s maksimalnih 35 posto. Starosne rente i životna osiguranja izuzeti su iz primjene Smjernice. Prema podacima HNB-a, banke su do kraja lipnja prošle godine imale ukupno 6,2 milijarde kuna kamatnih prihoda, od kojih je samo građanima isplaćeno oko 2,7 milijardi kuna. To znači da bi primjenom najniže stope od 15 posto država mogla od poreza zaraditi 405 milijuna kuna, s primjenom stope od 25 posto oko 675 milijuna kuna, a s 35 posto gotovo milijardu kuna dodatnih poreza. Zanimljivo je da je mišljenje domaćih stručnjaka podijeljeno. Neki su, primjerice protiv uvođenja poreza na kamate sve do ulaska Hrvatske u EU te zagovaraju ideju da se ukine u cijelosti oporezivanje dividendi i udjela u dobiti kako bi se postigli pravednosti jednak tretman svih oblika poreza na kapital. Većina drugih stručnjaka smatra, pak, da je država dosadašnjim poreznim tretmanom kamata išla na ruku bankama koje ionako u Hrvatskoj ostvaruju ekstraprofite. Država, osim toga, time gubi nemali porezni novac. Bankarski analitičari naglašavaju da se građani ne moraju bojati smanjenja kamata na štednju jer su one ionako već na niskoj razini EU, posebice kad je riječ o deviznoj štednji.

<sup>88</sup> Druga je Smjernica o spajanjima – Smjernica Vijeća 90/434/EEC o zajedničkom sustavu oporezivanja primjenjivom na spajanja, podjele, prijenos imovine i razmjenu udjela a s obzirom na trgovačka društva različitih država –članica.

Navedena smjernica pokazuje se relevantnom pod pretpostavkom da između investicijskog fonda koji je osnovan kao dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću postoji odnos s drugim društvom - društvom roditeljem ili društvom supsidijarom.<sup>89</sup> Budući da je takva situacija moguća, tada smjernica rješava problem koji se sastoji u povećanom poreznom opterećenju do kojega dolazi prilikom isplate dividenda od strane zavisnog društva koje se nalazi u jednoj državi članici matičnom društvu koje se nalazi u drugoj državi članici. Naime, država izvora – domicilna država zavisnog društva oporezuje isplaćenu dividendu porezom po odbitku, dok domicilna država matičnog društva oporezuje tu istu dividendu u sklopu oporezivanja dobiti matičnog društva. U skladu s odredbama Smjernice države članice ukinule su porez po odbitku na isplate dividendi od zavisnih matičnim društvima, kao i uvele mogućnost primjene povlastice povezanih trgovačkih društava ili metode odbitka na strani matičnog društva. Uvjeti za primjenu Smjernice tj. povlaštenja njome propisanih jesu: trgovačko društvo mora imati jedan od statusnih oblika njome propisanih (uglavnom se radi o dioničkom društvu), mora smatrati rezidentom države članice te mora bit obveznikom jednoga od poreznih oblika navedenih Smjernicom (porez na dobit). Iako otvoreni investicijski fondovi u pravilu nisu obveznici poreza na dobit te ne ulaze u personalno polje primjene navedene Smjernice, zatvoreni investicijski fondovi se mogu pojaviti kao korisnici opisanog poreznog povlaštenja. Naravno, mora se udovoljiti kriterijima definicije matičnog i zavisnog društva – zavisno društvo je ono društvo čijih je najmanje 15% kapitala u vlasništvu društva druge države članice.

Hrvatsko je porezno zakonodavstvo u ovome dijelu u cijelosti usklađeno s ciljevima Smjernice jer se raspodijeljena dobit izuzima od oporezivanja, bez obzira jesu li dioničari i imatelji udjela fizičke ili pravne osobe. Neoporezivanje raspodijeljene dobiti primjenjuje se i kod isplata rezidentima i nerezidentima – vlasnicima udjela ili dionica hrvatskih trgovačkih društava.

Drugi propis, Smjernica o spajanjima – Smjernica Vijeća 90/434/EEC o zajedničkom sustavu oporezivanja primjenjivom na spajanja, podjele, prijenos imovine i razmjenu udjela a s obzirom na trgovačka društva različitih država – članica neće naći čestu primjenu u kontekstu oporezivanja investicijskih fondova, no ne može se ta mogućnost isključiti.<sup>90</sup>

Naime, Smjernica se odnosi na četiri vrste prekograničnih transakcija: spajanja, podjele, prijenos imovine i razmjene dionica. Uvjeti su isti, kao prethodno spomenuti: status, svojstvo rezidentnosti i svojstvo obveznika, u

<sup>89</sup> Izmjenama Smjernice – Council Directive 2003/123/EC of 22 December 2003 amending Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, Official Journal L 007, 13/01/2004 P. 0041 – 0044, prošireno je polje primjene Smjernice i na druge subjekte – pa se odnosi i na fondove ukoliko su obveznici poreza na dobit.

<sup>90</sup> Izmjenama Smjernice – Directive 2005/19/EC, Official Journal L 58, od 4. ožujka 2005, prošireno je personalno polje primjene Smjernice pod određenim pretpostavkama i na tzv. fiskalno transparentna tijela – gdje svakako spadaju i otvoreni investicijski fondovi.

pravilu, poreza na dobit. Porezne posljedice koje nastaju uslijed prekograničnih transakcija u pravilu su negativne, pa je cilj Smjernice upravo ukloniti takve neželjene porezne posljedice poput oporezivanja nerealiziranog kapitalnog dobitka, oporezivanja rezerviranja i gubitka prava na porezno priznati gubitak. Smjernica zadani cilj ostvaruje predviđanjem odgode plaćanja poreza na kapitalne dobitke ostvarene navedenim transakcijama.<sup>91</sup> Jedan od ciljeva bio je i zadržati pravo oporezivanja kapitalnih dobitaka nastalih pri opisanim transakcijama državi u kojoj se nalazilo društvo ili društva koje navedenim transakcijama prestaju.

## 6. Zaključne napomene

Rukovodeći se temeljnom podjelom investicijskih fondova na zatvorene i otvorene u radu smo naglasak stavili na otvorene investicijske fondove iz nekoliko razloga, no među njima su dva temeljna. Prvo, zatvoreni investicijski fondovi bilježe slab rast, a radi se o pravnim osobama koje u pravilu mogu biti samo dionička društva, a njihov razvoj je u domeni nacionalnih zakonodavstava. S druge strane, upravo su otvoreni investicijski fondovi javnom ponudom zadnjih godina u Republici Hrvatskoj zabilježili snažan rast, a s obzirom da su predmet europskog harmoniziranog prava, pogodni su i za prekogranično djelovanje.

U dijelu rada koji se bavi prekograničnim aspektima djelovanja investicijskih fondova zanimalo nas je što je sve potrebno učiniti da bi neki fond ili društvo koje njime upravlja moglo djelovati izvan domicilne države, te s kojim problemima se fondovi, odnosno društva pritom susreću. Da bi neki fond ili društvo za upravljanje moglo djelovati u drugoj zemlji članici, potrebno je da mu dozvolu za to dade domicilna država članica, dok se drugoj državi članici u pravilu ta ista dozvola samo notificira (tzv. europska putovnica). Pritom, posebnu europsku putovnicu treba ishoditi društvo za upravljanje (sloboda pružanja usluga), a posebnu pojedini fond (sloboda kretanja kapitala), pri čemu će potonji zahtjev za fond podnijeti samo društvo.

Međutim, iako će iz kuta gledanja hrvatskog prava zahtjev za putovnicom otvorenog fonda uvijek podnijeti društvo koje njime upravlja, jer su prema hrvatskom pravu svi otvoreni fondovi javnom ponudom fondovi bez pravne

<sup>91</sup> Jedan od ciljeva bio je i zadržati pravo oporezivanja kapitalnih dobitaka nastalih pri opisanim transakcijama državi u kojoj se nalazilo društvo ili društva koje navedenim transakcijama prestaju. To je postignuto odredbom prema kojoj će prenesena imovina i obveze smatrati takvima za potrebe primjene Smjernice samo ako ta imovina i obveze ostanu stvarno povezani sa stalnom poslovnom jedinicom društva preuzimatelja, a koja se nalazi u državi preuzetog društva i ima ulogu u nastanku dobiti i gubitaka koji se uzimaju u obzir pri oporezivanju. Prema tome, postojanje stalne poslovne jedinice državi u kojoj se nalazilo preneseno društvo i prijenos imovine i obveza tog društva na takvu stalnu poslovnu jedinicu uvjet je za primjenu povlaštenja iz Smjernice. Vidi, opširnije o navedenim transakcijama, Lončarić-Horvat, Arbutina, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, str. 281-306.

osobnosti, u nekim državama članicama EU, to nije tako. Kako je moguće da se otvoreni fond javnom ponudom pojavi prema inozemnom pravu pojavi i u obliku pravne osobe, tako će u tom slučaju ta pravna osoba sama za sebe podnijeti zahtjev za putovnicu fonda. Naravno, udjeli u toj pravnoj osobi moraju biti svakodobno isplativi od strane iste, kako bi se udovoljilo kriterijima definicije otvorenog fonda.<sup>92</sup> Problemi koji su uočeni u praksi, jesu duljina trajanja postupka notifikacije, troškovi i prijevodi dokumentacije. Većina europskih regulatora kojima je postavljen zahtjev za djelovanjem stranog fonda ne teritoriju njihove države članice nepotrebno je komplicirala te postupke pretvarajući notifikaciju u sustav dvostruke dozvole, pa je u nekim jurisdikcijama postupak notifikacije trajao duže nego postupak autorizacije odnosno dozvole domaćem fondu. Kako je gornji limit roka predviđenog za taj postupak dva mjeseca, većina regulatora nije rješavala te predmete prije tog roka. Hrvatski zakonodavac je postupio isto već i samom normom, propisavši da ako HANFA unutar toga roka ne odbije zahtjev fond može započeti s radom.

U pogledu putovnice društva za upravljanje uočava se više otvorenih pitanja. Kao prvo, društvo za upravljanje prema UCITS-u treba udovoljavati minimalnim zahtjevima u pogledu temeljnog kapitala i održavanja njegove adekvatnosti, a unutar EU postoje u tom pogledu velike razlike.<sup>93</sup> Stoga ako jedno društvo za upravljanje iz zemlje članice koja propisuje niži iznos temeljnog kapitala (ali još uvijek u okvirima postavljenim smjernicom), zatraži notifikaciju putovnice u nekoj drugoj zemlji članici, druga članica bi trebala to prihvatiti, iako prema domaćim propisima društvo koje upravlja fondom mora imati mnogo viši iznos temeljnog kapitala. To, naravno, dovodi i do *regulatory competition*, odnosno *race to the bottom*. Pravno je izvedivo i moguće osnovati društvo za upravljanje u državi članici nižih regulatornih zahtjeva i onda zatražiti notifikaciju putovnice u zemlji članici na čijem se tržištu usluge žele obavljati.

Međutim, taj se problem nije pojaviti u punom obliku, jer je u primjeni Smjernice uočeno sljedeće: smjernica nije omogućila tzv. *full management passport* društvima za upravljanje. Naime, primarna usluga koju obavlja društvo jest upravljanje samim fondom, ali to isto društvo može biti ovlašteno za obavljanje nekih drugih usluga koje se nazivaju sporednim ili dodatnima (tzv. non-core usluge - upravljanje portfeljem, skrbništvo itd.). Kako se u Smjernici UCITS nije jasno odredilo može li fond domiciliran u jednoj državi članici imati društvo za upravljanje koje ima registrirano sjedište u drugoj državi članici, većina regulatora tumačila to na način da je sve dodatne, odnosno sporedne usluge moguće primati od stranog društva za upravljanje, ali da samu funkciju upravljanja mora pružati domaće društvo. Ovo rješenje prevladalo je stoga što se smatralo potrebnim da regulator može pozvati na odgovornost društvo za

<sup>92</sup> Kada bi to bilo moguće prema hrvatskom pravu morao bi postojati takav oblik dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću, koji bi na zahtjev imatelja udjela isplaćivao udio ili dionicu.

<sup>93</sup> Vidi tekst vezan uz bilješku br. 27.

upravljanje koje je unutar njegove jurisdikcije. U primjeni se postavilo pitanje da li takav opseg putovnice uopće zadovoljava fondovsku industriju, a je zaključeno da će se morati sastaviti detaljna lista glavnih i dodatnih usluga koje obavlja društvo, te nakon toga jasno odrediti koje od tih usluga moraju ostati kod kuće, a i vidjeti koje usluge društva uopće žele pružati prekogranično. Pri recepciji ovih rješenja u hrvatsko zakonodavstvo zakonodavac se držao određenih pravaca: putovnicu društvu moguće je ostvariti putem podružnice i putem izravnog pružanja usluga. S obzirom da je u prvom slučaju HANFA sebi pridržala diskrecijsko pravo odbiti zahtjev za prosljeđivanjem notifikacije stranom regulatoru, ako ocijeni da društvo nije u stanju pružati usluge u toj zemlji članici, čini se da je drugi put, put izravnog pružanja usluga jednostavniji za društvo, jer tu takvo diskrecijsko pravo ne postoji.

U dijelu rada kojim se obrađuju poreznopravna pitanja otvorenih investicijskih fondova ispitivao se poreznopravni tretman fonda, ali i poreznopravni tretman ulagatelja u takve fondove. Potonje je posebno važno jer položaj ulagatelja u otvoreni investicijski fond jeste/treba biti usporediv i sličan položaju dioničara u jednom dioničkom društvu ili položaju drugog izravnog ulagatelja. Problematika oporezivanja prinosa na uloženi kapital nije harmonizirana unutar Europske unije, no države članice ne smiju ograničavati slobodu kretanja kapitala pa prinosi - u obliku dividendi ili drugom obliku koje ostvaruju rezidenti druge države članice ne smiju biti oporezovane većim porezom no što je to u državi rezidentnosti. Jednako, dividende isplaćene u inozemstvo ne smiju biti opterećene većim porezom od domaćih.

Zakonodavac mora biti svjestan da će posljedica drugačijega, u pravilu nepovoljnijega, poreznog tretmana ulaganja i ulagatelja u fondove biti promjena namjere ulagatelja, tj. odustajanje od ulaganja u fondove. Stoga takav tretman treba biti jednak tretmanu ulagatelja koji izravno ulažu u trgovačka društva.

Osnovna pravila kojima se uređuje, kako samo osnivanje i poslovanje, tako i oporezivanje investicijskih fondova i kojima bi se kreatori poreznog zakonskog okvira trebali rukovoditi jesu: ne sprječavati razvoj financijskih posrednika poput investicijskih fondova, razviti takva porezna pravila za investicijske fondove koja su usporediva sa pravilima koja se primjenjuju na ostale oblike ulaganja te usvojiti takva porezna pravila koja se mogu u praksi provoditi a po potrebi od strane sudskih i drugih nadležnih tijela potvrditi. Prisutne razlike u poreznom tretmanu investicijskih fondova i njihovih ulaganja između država proizlaze iz razlika koje postoje u temeljima njihovih pravnih, ali i poreznih sustava. Razlike u pravilima koja se odnose na osnivanje investicijskih fondova donekle su uspješno umanjene standardizacijom regulative između država EU kroz prikazane sekundarne izvore prava investicijskih fondova u EU. No, ciljevi koji se mogu postaviti pred porezni tretman investicijskih fondova su brojni, i različiti: poticanje razvoja investicijskih fondova, tržišna neutralnost - ne razlikovanje izravnog od neizravnog ulaganja, jednostavnost primjene i transparentnost poreznih propisa – predvidjeti porezni tretman koji znači niske administrativne troškove udovoljavanja predviđenim poreznim obvezama i



niske troškove ubiranja o investicijskim fondovima te izdašnost proračunskog prihoda ostvarenog oporezivanjem investicijskih fondova i njihovih ulagatelja – svakako ne umanjiti, već ukoliko je moguće povećati porezne prihode proračuna.<sup>94</sup> Prikazane razlike u nacionalnim poreznim tretmanima investicijskih fondova u najvećoj mjeri proizlaze iz različitih nacionalnih pristupa pravnih sustava samim pojavnim i ustrojbenim oblicima investicijskih fondova. Imajući na umu navedene ciljeve očekivati je promjene u pristupu oporezivanju investicijskih fondova. Djelovanje navedenih razlika u nacionalnom poreznom tretmanu investicijskih fondova ipak su ublažene činjenicom da je na razini Europske unije prepoznato značenje investicijskih fondova na tržištu kapitala. Taj zaključak proizlazi iz činjenice da su se u smjernicama koje se odnose na oporezivanje dobiti predvidjele izmjene kojima se njihov osobni obuhvat, doduše sramežljivo, proširuje i na investicijske fondove. Komparativni prikaz oporezivanja investicijskih fondova omogućio je jednostavnu usporedbu osnovnih zakonskih odredbi vezanih uz oporezivanje, u pravilu, dohotka od kapitala. Kako se ne bi takve usporedbe dodatno komplicirale – teorijski koncepti, na kojima se temelje prikazani dijelovi poreznih sustava, nisu razmatrani. Ipak, i takva pojednostavnjena usporedba navodi na neke zaključke. Posebno važnim smatramo istaknuti da se Hrvatska ističe kao zemlja u kojoj je porezna politika prema stjecanju dohotka od kapitala raspoređenog od strane investicijskih fondova vrlo blaga budući da ga, u pravilu, izuzima od oporezivanja. Takvo je rješenje s jedne strane bitno različito u odnosu na rješenja prisutna posebice u “staroj” Europi, dok je s druge strane slično rješenjima u europskim tranzicijskim zemljama. Neoporezivanje kamata, dividendi i kapitalnih dobitaka ostvarenih držanjem udjela u investicijskim fondovima smatramo razvojnim i poticajnim rješenjem, te u ovom dijelu hrvatskog poreznog sustava ne bi trebalo biti promjena. Svaki zahvat u ovom području oporezivanja samo bi mogao stimulirati bijeg kapitala, a svakako važnim za primijetiti čini se i činjenica da od strane Europske unije nema zahtjeva niti propisa koji bi nalogali harmonizaciju i promjenu u oporezivanju ovoga dijela hrvatskog tržišta kapitala – tržišta investicijskih fondova.

<sup>94</sup> Thuronyi, Victor, ur., *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2., International Monetary Fund, 1998., str. 17.

## Summary

**CROSS-BORDER, LEGAL AND TAXATION ASPECTS  
OF INVESTMENT FUNDS ACTIVITIES**

The article presents cross-border, legal and taxation aspects of investment funds business activities paying special attention to open investment funds. The cross-border aspects have been important for domestic capital market from the perspective on mission of the Republic of Croatia to join the European Union. The cross-border aspects of investment funds activities are connected with two basic economic freedoms: the free movement of services and the free movement of capital. Therefore, the cross-border aspects can be followed at two levels. The free movement of services refers to a possibility for a foreign investment fund management company to give services on territory of another Member State. Furthermore, the free movement of capital refers to an option according to which shares of domicile funds in an EU Member State can be also offered in other Member States (the so called "European Passport"). Having in mind that Croatia entering the European Union will make an opportunity for domestic investment fund management companies to offer their services and products on cross-border basis, the article scrutinizes solutions given in the Investment Funds Act. As regards that European Law has harmonized only a part of open funds, which have been offered by public procurement, it is of the most importance to make a distinction between different types of funds discerning the funds being placed out of the European Passport concept. Bearing in mind the UCITS Directive has been a relevant European legal source concerning these issues, the article addresses solutions embodied within the Directive paying special attention to problems arising from Directive's implementation within Member States legislation. The cross-border activities of investment funds also implicate certain issues on tax treatment of foreign investment funds. The taxation status of investment funds can be observed at three different levels: the investment level (deposit, investment), fund level and level of a depositor. It has been noticed that foreign investment funds are often legally and taxably discriminated. Consequently, the article presents a comparative overview of tax treatment of investment funds in particular EU Member States, from which different national tax systems are shown. Because of the fact that research has been done on funds acting on cross-border basis, the article also presents an overview of relevant provisions of the International Tax Law applied to agreements avoiding international double taxation. From the same reason, the relevant provisions of European Law have been given in nutshell.

**Key words:** *open investment funds, freedom to provide services, free movement of capital, Investment Funds Act, tax treatment, domestic tax system, International Tax Law, European Law.*

## Zusammenfassung

### GRENZÜBERGREIFENDE UND STEUERRECHTLICHE ASPEKTE BEI INVESTMENTFONDS

In der Arbeit werden grenzüberschreitende und steuerrechtliche Aspekte bei der Arbeit mit Investmentfonds bei besonderer Betonung offener Investmentfonds dargelegt. Grenzüberschreitende Aspekte sind für den einheimischen Kapitalmarkt im Sinne des zukünftigen Beitritts der Republik Kroatien zur Europäischen Union wichtig und mit zwei Grundfreiheiten der Wirtschaft in der EU verbunden: der freien Dienstleistung und der freien Kapitalbewegung. Demzufolge können die grenzüberschreitenden Aspekte bei Investmentfonds auf zwei Ebenen verfolgt werden. Die freie Dienstleistung äußert sich als Möglichkeit, dass eine fremde Gesellschaft zur Verwaltung von Investmentfonds Dienstleistungen auf dem Territorium anderer Mitgliedsstaaten bietet, und die freie Kapitalbewegung besteht dann, wenn Teile von Fonds, die in irgendeinem Staat ihren Sitz haben, auch in anderen Mitgliedsstaaten angeboten werden können (sgn. Europa-Pass). Da bei Eintritt der Republik Kroatien in die Europäische Union auch einheimische Investmentgesellschaften ihre Dienste und Produkte grenzüberschreitend anbieten können, werden in der Arbeit Lösungen des Gesetzes zu Investmentfonds bearbeitet. In Betracht dessen, dass im Europarecht nur das Segment über offene Fonds, die durch ein öffentliches Angebot angeboten werden, harmonisiert wurde, ist nötig zu beleuchten, welche Formen von Fonds außerhalb des Konzepts des Europa-Passes verbleiben. Da die UCITS Richtlinie die maßgebliche Quelle für das Europarecht, das diese Materie reguliert ist, werden deren Lösungen bearbeitet wobei die Probleme besonders betont werden, die bei ihrer Implementation in die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten sichtbar wurde. Das grenzüberschreitende Wirken von Investmentfonds impliziert auch Fragen der steuerrechtlichen Behandlung ausländischer Investmentfonds. Die steuerliche Situation von Investmentfonds kann auf drei Ebenen betrachtet werden: Ebene der Investition (Einlage), Ebene des Fonds und Ebene des Investors, und in der Praxis wird deutlich, dass ausländische Investmentfonds steuerrechtlich oft diskriminiert werden.

Deshalb wird in der Arbeit ein komparativer Überblick über die steuermäßige Behandlung von Investmentfonds in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU gegeben, wobei Unterschiede der nationalen Steuersysteme sichtbar werden. In Anbetracht dessen, dass grenzüberschreitende Investmentfonds Gegenstand der Arbeit sind, werden relevante Bestimmungen des internationalen Steuerrechts angeführt, die sich in den Verträgen zur Vermeidung einer doppelten Besteuerung befinden und es werden ebenfalls nur Bestimmungen des Europarechts erwähnt, die relevant erscheinen.

**Schlüsselwörter:** *offene Investmentfonds, freie Ausführung von Dienstleistungen, freie Kapitalbewegung, Gesetz über Investmentfonds, steuermäßige Behandlung, nationale Steuersysteme, internationales Steuerrecht, Europarecht.*

## Sommaro

**ASPETTI TRANSNAZIONALI E GIUSTRIBUTARI  
DELLE ATTIVITÀ DEI FONDI DI INVESTIMENTO**

Nel lavoro si presentano gli aspetti transnazionali e giustributari delle attività affaristiche dei fondi di investimento, con particolare attenzione ai fondi di investimento aperti. Gli aspetti transnazionali sono importanti per il mercato di capitali nazionali, nella prospettiva della missione della Repubblica di Croazia di entrare nell'Unione Europea, e sono collegati con due libertà economiche fondamentali nell'Unione Europea: la libertà di prestazione di servizi e la libertà di movimento di capitali. Perciò gli aspetti transnazionali delle attività dei fondi di investimento possono essere indagati a due livelli. La libertà di prestazione di servizi riguarda la possibilità di una società di gestione di un fondo di investimento di offrire servizi sul territorio di un altro stato membro, invece la libertà di movimento di capitali concerne l'opzione secondo cui le azioni di fondi nazionali di un paese membro possono essere proposte in altri stati membri (cosiddetto "passaporto europeo"). Siccome l'ingresso della Repubblica di Croazia nell'Unione Europea creerà l'opportunità per le società di gestione di fondi di investimento di offrire i loro servizi e prodotti su base transnazionale, nel lavoro si analizzano le soluzioni offerte dalla Legge sui fondi di investimento. Dal momento che il diritto europeo ha armonizzato solo una parte dei fondi aperti, quelli che siano stati offerti attraverso il pubblico acquisto, è di grande importanza distinguere i differenti tipi di fondi che sono collocati fuori dal concetto di passaporto europeo. Poiché la direttiva UCITS è una rilevante fonte giuridica europea in questa materia, si esaminano le soluzioni contenute nel provvedimento, con particolare attenzione ai problemi che sorgono dall'implementazione della direttiva all'interno della legislazione degli stati membri. Le attività transnazionali dei fondi di investimento implicano anche determinate questioni sul trattamento fiscale dei fondi di investimento stranieri. La posizione fiscale dei fondi di investimento può essere osservata a tre diversi livelli: livello dell'investimento (deposito, investimento), livello del fondo e livello dell'investitore, dove nella prassi i fondi di investimento stranieri sono spesso legalmente e fiscalmente discriminati. Quindi nel lavoro si effettua una presentazione comparativa del trattamento fiscale dei fondi di investimento in determinati stati membri dell'Unione Europea, dei quali sono descritti i differenti sistemi fiscali nazionali. Poiché la ricerca è condotta su fondi che agiscono su base transnazionale, nel lavoro si presenta anche una rassegna delle previsioni rilevanti del diritto tributario internazionale che si trovano negli accordi sull'evitamento della doppia imposizione internazionale. Per la stessa ragione sono mostrate sinteticamente pure le disposizioni rilevanti del diritto europeo.

**Parole chiave:** *fondi di investimento aperti, libertà di prestazione di servizi, libertà di movimento di capitali, Legge sui fondi di investimento, trattamento fiscale, sistemi fiscali nazionali, diritto tributario internazionale, diritto europeo.*

## PRAVO PACIJENATA NA OBAVIJEŠTENOST, S POSEBNIM OSVRTOM NA ZAŠTITU TAJNOSTI PODATAKA O ZDRAVSTVENOM STANJU PACIJENTA

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

UDK: 342.746:342.72  
614.2:342.727  
Ur.: 10. listopada 2007.  
Pr.: 26. studenog 2007.  
Prethodno priopćenje

*Pravo pacijenta na obaviještenost (o njegovom zdravstvenom stanju i postupku liječenja) jedno je od temeljnih pacijentovih prava, uređenih i zajamčenih odredbama Zakona o zaštiti prava pacijenata, odredbama drugih propisa kojima se uređuje zdravstvena djelatnost te brojnim međunarodnim konvencijama i deklaracijama iz područja zdravstva.*

*Uradi je autor nastojao ukazati na pojam i sadržaj prava na obaviještenost, načine obavješćivanja pacijenta, liječnikovu dužnost obavješćivanja pacijenta, pojam drugog stručnog mišljenja, prava pacijenata na kojima se vrše istraživanja na obaviještenost, odbijanje primitka i odricanje od prava na obavijest te na prekršajnu odgovornost zbog povrede prava pacijenta na obaviještenost.*

*Kako podaci o zdravstvenom stanju pacijenta nisu samo predmet interesa tog pacijenta, nego sve češće do tih podataka dolaze ili namjeravaju doći i druge osobe, ovlašteno ili neovlašteno, autor u radu ukazuje na potrebu i načine zaštite tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta. Posebno se osvrće na liječničku tajnu kao jedan od (naj)učinkovitijih instrumenata zaštite privatnosti pacijenta, odnosno zaštite tajnosti podataka o njegovom zdravlju, te nastoji ukazati na uzroke i načine povrede liječničke tajne, na posljedice neovlaštenog odavanja liječničke tajne te na slučajeve kada je trećim (pravnim ili fizičkim) osobama otkrivanje podataka o zdravstvenom stanju pacijenta dopušteno.*

**Ključne riječi:** *pacijent, pravo na obaviještenost, informirani pristanak, liječnička (profesionalna) tajna, medicinsko pravo.*

## I. Uvod

1. Pravo na obaviještenost predstavlja sastavni dio liječenja i jača ulogu pacijenta u postupku liječenja, koji tako prestaje biti objektom liječenja i postaje svjesnim i odgovornim subjektom.<sup>1</sup> Pravo na obavještavanje temelji se, dakle, na činjenici da bolesnik nije (više) samo objekt liječenja, nego je istovremeno i (ugovorni) partner u komunikaciji liječnik - pacijent.<sup>2</sup> Informiranost pacijenta jedan je od preduvjeta za potpuno povjerenje između liječnika i pacijenta.<sup>3</sup>

Liječnik bi morao obavijestiti pacijenta osobno i pravovremeno o svim okolnostima od kojih bi mogla zavisiti pacijentova odluka o (ne)pristanku na liječenje i tu obavijest liječnik je dužan dati i bez posebnog pacijentovog traženja.<sup>4</sup> Informiranost pacijenta bitna je zbog njegova donošenja odluke o vlastitom zdravstvenom stanju.<sup>5</sup> Liječnik je, dakle, dužan obavijestiti pacijenta prvenstveno radi pacijentove sigurnosti, odnosno **radi zdravstvene zaštite od opasnosti nastanka štete po pacijentovo zdravlje**, ali i zbog toga jer obavještenje pacijenta predstavlja **pretpostavku pristanka na određenu medicinsku intervenciju**.<sup>6</sup>

Brojna profesionalno provedena istraživanja u zdravstvenim ustanovama pokazala su da informirani pacijenti imaju bolje rezultate u izlječenju i kraće ostaju hospitalizirani.<sup>7</sup>

Jedna od značajki dužnosti obavješćivanja pacijenata jest i ta što je ona **istovremeno moralne i pravne prirode**.<sup>8</sup> S medicinskog i etičkog aspekta dužnost obavješćivanja pacijenta uvjetovana je ponajviše pacijentovom dobrobiti (*salus aegroti*), odnosno dužnost obavješćivanja pacijenta drži se sastavnim dijelom liječenja i treba je prilagoditi svakom pacijentu. S druge strane, s pravnoga stajališta, dužnost i opseg obavješćivanja pacijenta predstavlja i pravno pitanje i sudska praksa većine europskih zemalja usvojila je u pogledu dužnosti obavješćivanja pacijenta tzv. "razumni liječnički standard", s time da je sud, u slučaju spora, ovlašten i dužan utvrditi je li u konkretnom slučaju liječnik dosegnuo standard koji se po zakonu traži.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17.

<sup>2</sup> Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Kodeks medicinske etike i deontologije – etika profesije liječnik*, "Informator", god. I, br. 5046-5047, od 17. i 20. srpnja 2002., str. 2.

<sup>3</sup> *Ibid.*, str. 1.

<sup>4</sup> Vidi MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 4.

<sup>5</sup> Tako i podrobnije o pravu pacijenta na informiranost vidi kod HOCKTON, A., *The Law of Consent to Medical Treatment*, London, 2002.

<sup>6</sup> Vidi RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 80.

<sup>7</sup> Potanje o tome kod *Citizens' Choice and Patients' Rights*, WHO, Regional Office for Europe, EUR/ICP/CARE 94 OI/CN (A), Copenhagen, 1996., str. 18.-19., podatak kod DRAŠKIĆ, M., *Prava pacijenata – kraj paternalističkog koncepta medicine*, "Pravni život", 1998., br. 9, str. 254.

<sup>8</sup> Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17.

<sup>9</sup> Usp. KLAJN-TATIĆ, V., *Pristanak obaveštenog pacijenta na medicinsku intervenciju*, "Bilten Jugoslavenskog udruženja za medicinsko pravo", 2001., br. 9.-12., str. 17.



2. U ostvarivanju zdravstvene zaštite svaka osoba ima pravo na **točno informiranje** i **pouku** o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja (Zakon o zdravstvenoj zaštiti, "Narodne novine", br. 75/95., 11/94. i 1/97., dalje - **ZOZZ**, čl. 21. t. 6.). Štoviše, pacijent ima pravo na **potpunu obaviještenost** (Zakon o zaštiti prava pacijenata, "Narodne novine", br. 169/04., dalje - **ZOZPP**, čl. 8. st. 1.).<sup>10</sup>

U tom smislu, liječnik je dužan u odnosu prema pacijentima postupati primjenjujući i poštujući odredbe posebnih zakona koji reguliraju prava pacijenata te odredbe Kodeksa medicinske etike i deontologije Hrvatske liječničke komore.<sup>11</sup> Svi postupci medicinske prevencije, dijagnostike i liječenja moraju se planirati i provoditi tako da se očuva ljudsko dostojanstvo, integritet osobe i prava pacijenata, a **posebno pravo na informiranost** i samostalno odlučivanje (Zakon o liječništvu, "Narodne novine", br. 121/03., dalje - **ZOLJ**, čl. 19.).<sup>12</sup>

Postoji mišljenje da odredbe ZOZPP-a i ZOZZ-a koje se odnose na obavješćivanje pacijenta **nisu u potpunosti usklađene**, što može u (sudskoj) praksi izazvati i određene probleme. Naime, ZOZZ u čl. 21. st. 1 t. 6. propisuje pravo pacijenta na "točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču njegova zdravlja", dok je odredbom čl. 8. ZOZPP-a određeno da pacijent ima pravo "na potpunu obaviještenost", ali se ne navodi i pravo na pouku. Ni u Kodeksu medicinske etike i deontologije nije predviđena dužnost liječnika da pouči pacijenta, odnosno da mu dade objašnjenja, nego samo da pacijentu "primjereno pruži potrebne obavijesti". Drži se da prava na obavijest i pravo na objašnjenje/pouku nisu isti pojmovi niti su istog sadržaja, iako u pravilu pojam

<sup>10</sup> Ovakva je odredba novina u našem zdravstvenom zakonodavstvu budući da prethodni zakonski propisi na tom području nisu sadržavali slična rješenja kojima bi se liječnika obvezivalo da pacijenta obavijesti o činjenicama u svezi s predloženom medicinskom intervencijom. BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17. Pri utvrđivanju navedenog prava polazilo se od načela predviđenog Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskih bića u pogledu primjene biologije i medicine – skraćeno i dalje u tekstu **Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini**. Navedenu Konvenciju i dodatne protokole Hrvatski sabor potvrdio je Zakonom donesenim na sjednici održanoj 14. srpnja 2003. godine, "Narodne novine – Međunarodni ugovori", br. 13/03. Podrobnije kod JADRO, D. – HRABRIĆ, M. – KRAMARIĆ, D., *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem", Zagreb, 2003., str. 16.-17.

<sup>11</sup> Na temelju članka 174. ZOZZ-a i članka 14. Statuta Hrvatske liječničke komore, Skupština Komore na svojoj sjednici održanoj dana 20. lipnja 2002. donijela je *Kodeks medicinske etike i deontologije* ("Narodne novine", broj 47/04., dalje – **Kodeks**). Ovaj Kodeks objavljen je na oglasnoj ploči Komore 05. prosinca 2003.g., stupio je na snagu dana 14. prosinca 2003. Liječnici su dužni poštovati pravo duševno sposobnog i svjesnog bolesnika da dobro obaviješten slobodno prihvatiti ili odbije pojedinog liječnika, odnosno preporučenu liječničku pomoć. Kad bolesnik nije sposoban o tome odlučivati, odlučuje njegov zastupnik, a ako zastupnik nije prisutan, liječnik će, ako s odlukom ne može pričekati, primijeniti po svom znanju najbolji način liječenja (Kodeks, čl. 2. st. 3.).

<sup>12</sup> Detaljnije o tome vidi kod IVANČEVIĆ, N., *Zakon o liječništvu*, u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem", Zagreb, 2003., str. 91.

objašnjenja supsumira i pojam obavijesti. Pravo na objašnjenje sadrži u sebi i element edukacije, pa bi ono trebalo biti temeljno pravo pacijenta. Kako je pacijent u pravilu laik, ne bi trebalo donositi za sebe sudbonosne odluke samo na temelju obavijesti koje u najvećem broju slučajeva ne razumije. Zbog toga se i postavlja pitanje kako će sudska praksa tumačiti nedefinirani pojam “prava na potpunu obaviještenost” iz odredbe čl. 8. ZOZPP-a? Hoće li ga tumačiti u užem smislu kao puku informiranost, ili, pak, šire, u smislu potrebnog objašnjavanja i edukacije pacijenta, na što upućuje navedena odredba čl. 21. st. 1. t. 6. ZOZZ-a.<sup>13</sup>

Pacijent s punom poslovnom sposobnošću ima pravo u pisanom obliku ili na bilo koji drugi vjerodostojan način odrediti osobu koja će umjesto njega biti obaviještena. Pacijent ima pravo biti obaviješten čak i u (hitnim) slučajevima kad njegov pristanak nije uvjet započinjanja terapije (ZOZPP, čl. 15. st. 2. i 3.).

3. Odredbom čl. 6. ZOZPP-a pacijentu se jamči pravo na suodlučivanje koje obuhvaća pravo pacijenta na obaviještenost i pravo na prihvaćanje ili odbijanje pojedinoga dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka. Samo iznimno, pacijentovo pravo na suodlučivanje može se ograničiti kada je to opravdano njegovim zdravstvenim stanjem u slučajevima i na način posebno određen ZOZPP-om (ZOZPP, čl. 7.). Dakle, obavještenje pacijenta temelj je za donošenje njegove odluke o (ne)pristajanju na medicinski tretman.<sup>14</sup> Koncept informiranog pristanka (*informed consent*) vrlo je jednostavan i svodi se na to da liječnik ne može liječiti pacijenta dok ga točno ne informira i daje mu pouku o svim pitanjima koja se tiču njegova zdravlja i tretmana koji predlaže, kao i alternativnih tretmana, te dok pacijent ne odluči koji tretman želi da se na njega primijeni, odnosno želi li uopće primjenu bilo kakvog tretmana.<sup>15</sup> Sintagma “*informed consent*” najčešće se prevodi kao “informirana suglasnost”, “informirani pristanak”, “svjesni pristanak” ili “informirani izbor”, a predstavlja datu suglasnost pacijenta na neku intervenciju, i to ako je toj suglasnosti prethodila informiranost pacijenta o toj intervenciji, ako je on dobivenu informaciju pravilno shvatio i na temelju toga dragovoljno dao suglasnost. Drugim riječima, *informed consent* jest davanje informacija pacijentu, kako o onome što bi trebalo učiniti, tako i o mogućim posljedicama.<sup>16</sup>

4. Što se tiče **poredbenih medicinskopravnih izvora**, pri utvrđivanju prava na obaviještenost u ZOZZ-u i ZOZPP-u, polazilo se od načela predviđenog **Konvencijom o ljudskim pravima i biomedicini**.<sup>17</sup> Člankom 10. st. 2. i 3.

<sup>13</sup> Vidi GRBČIĆ, Ž., *Kakva prava pruža Zakon o zaštiti pacijenata*, “Informator”, god. LII, br. 5145, od 28. siječnja 2005., str. 431-44.

<sup>14</sup> Tako KLAJN-TATIĆ, V., *Pristanak obaveštenog pacijenta na medicinsku intervenciju*, “Bilten Jugoslavenskog udruženja za medicinsko pravo”, 2001., br. 9.-12., str. 16.

<sup>15</sup> Usp. TURKOVIC, K., *Prava pacijenta na suodlučivanje prema Zakonu o zaštiti prava pacijenata*, rad u zborniku “Medicina i pravo – sodobne dileme”, Maribor, 2006., str. 101.

<sup>16</sup> Tako i potanje o tome kod ŠEGOTA, I., *Informed Consent*, Rijeka, 1999., str. 29. i dr.

<sup>17</sup> 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.

Konvencije, svakome se jamči pravo na svaku informaciju prikupljenu o njegovome zdravlju, s time da se pojedinci mogu i odreći ovoga prava, odnosno mogu odbiti primiti informaciju o svome zdravstvenom stanju. Samo iznimno zakonom se može ograničiti pravo pacijentu na informaciju o njegovom zdravstvenom stanju, i to jedino onda ako je to u interesu pacijenta.

Potreba potpunije zaštite ljudskih prava u području zdravstva zacrtana je i u dokumentima Svjetske zdravstvene organizacije (WHO). Tako i ***Deklaracija o promicanju prava pacijenata u Europi***,<sup>18</sup> usvojena na europskom savjetovanju Svjetske zdravstvene organizacije o pravima pacijenata (Amsterdam, 1994.), predviđa uz najznačajnija prava pacijenata i pacijentovo pravo na obaviještenost. U čl. 2.1.–2.9. uređeno je pravo pacijenta na informaciju o dostupnim zdravstvenim uslugama; o osobnom zdravstvenom stanju; namjeravanim medicinskim intervencijama i njihovim potencijalnim rizicima i koristima koje donose, alternativama predloženim postupcima liječenja, dijagnozi, prognozi i tijeku medicinskog tretmana, pravu pacijenta da ne bude informiran o svom zdravstvenom stanju i sl.<sup>19</sup>

U ožujku 1997. godine u SAD-u osnovana je ***Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry***, koja je 1998. izdala **dokument** u kojem je sadržan niz standarda za zaštitu prava pacijenata te su istovremeno utemeljene i organizacije za njihovu provedbu i razvijanje. Među ostalim, određeno je da pacijent ima pravo na točnu i brzu informaciju o svom zdravstvenom stanju, planu liječenja, medicinskom osoblju koje će biti uključeno u njegovo liječenje, kao i o medicinskoj tehnologiji i tehnici. Posebno je značajno određenje da pacijenti koji ne razumiju jezik odnosno koji imaju fizičke ili mentalne mane, imaju pravo na usluge stručnjaka koji im trebaju pomoći da razumiju planirani postupak i uvjete liječenja. U tom smislu bolnica bi trebala osigurati pisane brošure o različitim bolestima i pravima pacijenata, odrediti vrijeme u kojemu pacijentu mora dati informaciju kao i osoblje koje mu je dužno dati informaciju te način na koji pacijent može s njima stupiti u kontakt i dr.<sup>20</sup>

Treba napomenuti da je **Finska** bila prva europska zemlja koja je 1992. donijela ***Zakon o statusu i pravima pacijenata (Act on the Status and Rights of***

---

II, 1998., br. 3-4, str. 45.-52.; 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.-145.

<sup>18</sup> Prethodilo joj je sačinjavanje Načela o pravima pacijenata u Europi (*Principles of the Rights of Patients in Europe: Common Framework*), 1994. godine.

<sup>19</sup> Podrobnije 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.

<sup>20</sup> Vidi NASIĆ, M., *Kako od zakona do prakse*, "Pacijent danas", 2004., br. 11-12, str. 4.

*Patients*, stupio na snagu 1. ožujka 1993.), koji, odredbom čl. 5., jamči pacijentima pravo na informiranje o njihovom zdravstvenom stanju, značenju medicinskih postupaka koji su im predloženi te alternativama preporučenom tretmanu.

## **II. Sadržaj prava na obaviještenost**

**1. Opseg informacija** koje je liječnik dužan dati pacijentu određen je ponajviše ciljem informiranja pacijenta, odnosno davanjem mogućnosti pacijentu da kao laik donese odluku o (ne)prihvatanju predložene medicinske intervencije, dakle onaj opseg informacija koji je potreban i dovoljan za ispunjenje toga cilja.<sup>21</sup> Da bi pacijent imao potpunu slobodu odlučivanja, trebao bi o svojoj bolesti znati sve ono što zna i liječnik. To svakako nije moguće ni potrebno jer se pacijentova odluka mora temeljiti i na povjerenju u liječnika, na medicinskim savjetima i pomoći pri donošenju odluke.<sup>22</sup>

Osim o svom zdravstvenom stanju, pacijent ima pravo zatražiti informacije o zdravstvenim uslugama, postupanju u određenoj zdravstvenoj ustanovi, imenima i položaju zdravstvenih djelatnika koji ga liječe, o pravima pacijenta i organizacijama koja ta prava štite.<sup>23</sup>

U pogledu opsega obavještenja, stajalište sudske prakse jest da što je planirani zahvat žurniji i nužniji, to su zahtjevi za obavještenje manji, a ako zahvat nije hitan, obavještenje treba biti detaljnije.<sup>24</sup> Šire objašnjenje potrebno je kod onih zahvata koji mogu izazvati trajnije štetne posljedice, kod kojih su izgledi za uspjeh manji i kod kojih se primjenjuju nove metode liječenja.<sup>25</sup>

**2. Prema odredbama čl. 8. ZOZPP-a,** pacijent ima pravo na potpunu obaviještenost o sljedećem:

**a) svome zdravstvenom stanju,** odnosno o **dijagnozi,** a posebno ako liječnika pacijent izričito pita za dijagnozu ili ako je liječniku poznato da neka osobna odluka pacijenta zavisi od poznavanja njegova zdravstvenog stanja (primjerice, materinstvo, zaključenje braka, zasnivanje radnog odnosa i sl.).<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Usp. PETRIĆ, S., *Pretpostavke odštetne odgovornosti davatelja zdravstvenih usluga u pravu Bosne i Hercegovine*, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum-Mostar, 2005., str. 128.

<sup>22</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 196.

<sup>23</sup> Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept*, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum-Mostar, 2005., str. 261.

<sup>24</sup> Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 18.

<sup>25</sup> Vidi RIEGER, H. J., *Lexikon des Arztrechts*, Berlin-New York, 1984., str. 119.

<sup>26</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 192.

**b) medicinskoj procjeni rezultata i ishoda** određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka;<sup>27</sup>

**c) preporučenim pregledima i zahvatima te planiranim datumima za njihovo obavljanje.** Pri tome pacijentu treba dati osnovne, opće podatke o onome što će se s njim događati ako pristane na pregled i medicinski zahvat i pri tome ne treba iznositi tehničke detalje;<sup>28</sup>

**d) mogućim prednostima i rizicima** obavljanja ili neobavljanja preporučenih pregleda i zahvata. Liječnik mora pacijentu pojasniti i argumentirati sve razloge za i protiv predložene terapijske metode, kako bi se pacijent lakše i objektivnije mogao odlučiti za metodu koja mu u pogledu trajanja, načina provođenja i mogućih posljedica najbolje odgovara.<sup>29</sup> Pacijent mora znati kakav rizik može imati odgovarajuća terapija, ali se takva obavještenja moraju dati oprezno i postupno. Svakako, obavještenje o rizicima treba obuhvatiti i informaciju o uzgrednim štetnim djelovanjima i ostalim opasnostima liječenja (primjerice, utjecaju na druge organe).<sup>30</sup>

Pacijentu treba ukazati i na rizik kojem se izlaže ako odbije preporučenu medicinsku intervenciju,<sup>31</sup> jer u protivnom zdravstveni djelatnik čini liječničku pogrešku i može biti odgovoran za štetu.<sup>32</sup>

Ako se određeni rizik (neuspjeh zahvata ili neželjene posljedice koje prate zahvat) češće ostvaruje, obavještenje pacijenta o tom riziku trebalo bi biti opširnije i detaljnije. Međutim, i kad se radi o iznimno rijetkim, ali tipičnim i vrlo teškim komplikacijama, liječnik je dužan o tome detaljno obavijestiti pacijenta.<sup>33</sup>

U medicinskopravnoj teoriji drži se da liječnik ne bi trebao pacijenta obavještavati o općepoznatim rizicima medicinskog tretmana kao što su,

<sup>27</sup> Pitanje procjene rezultata i ishoda određenoga dijagnostičkog ili terapijskog postupka, odnosno prognoza bolesti, kompleksno je pitanje i pored medicinskog sadrži etički i pravni aspekt. Zависи od niza elemenata poput starosti bolesnika, konstitucije, nasljednih osobina, zdravstvenog stanja u trenutku obolijevanja, komplikacija i udruženih bolesti, godišnjeg doba i atmosferskih prilika, higijenskih i socijalnih uvjeta u kojima se bolesnik nalazi, načina liječenja, odnosa pacijenta prema svom zdravstvenom stanju, volje za životom i sl. NIKOLIĆ, K., *Pravo na prognozu bolesti*, "Pravni život, god. LI, 2002., br. 9, str. 265.; KRALJIĆ, S., *Pravice pacijenata v luči bodoče uredive*, "Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru", leto II, 2006., št. 1, str. 270.

<sup>28</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 194.

<sup>29</sup> Vidi KRALJIĆ, S., *Pravice pacijenata v luči bodoče uredive*, "Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru", leto II, 2006., št. 1, str. 269.

<sup>30</sup> Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obavještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 18.

<sup>31</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 194.

<sup>32</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obavještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17.

<sup>33</sup> Usp. SCHREIBER, H. L., *Patientenaufklarung in juristischer Sicht*, "Der Internist", 1984., br. 24, str. 186.

primjerice, kod operativnog zahvata mogućnost nastanka infekcije rane, nabora nezaraslog ožiljka operacije, embolije, prestanka rada srca kao rizika anestezije, jer se smatra da su poznati i medicinskom laiku.<sup>34</sup>

Svakako, postoje slučajevi, odnosno situacije u kojima **obavještenje pacijenta o rizicima medicinskog tretmana nije potrebno**. U medicinskopravnoj teoriji drži se da je to onda: kad je pacijent već obaviješten ili upoznat s rizicima (primjerice, iz literature, svoga zanimanja, ranijih medicinskih zahvata); kad se pacijent odrekne prava na obavještenje; kad postoji medicinska kontraindikacija (primjerice, labilni ili zabrinuti pacijenti mogli bi zbog straha od ukazanih rizika odbiti medicinski zahvat koji im je hitno i nužno potreban); kad je obavještenje nemoguće (primjerice, pacijent je u nesvjesnom stanju, a medicinski zahvat je hitno potreban kako bi mu se spasio život);<sup>35</sup>

e) svome **pravu na odlučivanje** o preporučenim pregledima ili zahvatima;

f) mogućim **zamjenama za preporučene postupke**. Pacijent ima pravo znati za sve druge mogućnosti liječenja osim predloženih te ima pravo odlučiti se za alternativno liječenje koje mu je zdravstvena ustanova dužna omogućiti. U tom smislu bolnica bi trebala imati pisane protokole o alternativnim postupcima liječenja ako pacijent ne pristane na predloženi, kako bi bilo nedvojbeno da je pacijent dobro razumio sve posljedice takvog tretmana.<sup>36</sup>

g) **tijeku postupaka prilikom pružanja zdravstvene zaštite**;

h) **daljnjem tijeku pružanja zdravstvene zaštite**. Pravo pacijenta na obaviještenost odnosi se, dakle, na cjelokupan tijek pružanja zdravstvene zaštite, i to nakon svakog pregleda i zahvata;<sup>37</sup>

i) **preporučenom načinu života** (primjerice, o dijetalnoj ishrani, tjelesnim aktivnostima i sl.),

j) pravima iz **zdravstvenoga osiguranja** i postupcima za ostvarivanje tih prava. Držimo da pacijent ima pravo biti obaviješten o mogućnostima i načinu liječenja u inozemstvu.<sup>38</sup>

Taksativnim navođenjem podataka o kojima pacijent ima pravo i mora biti potpuno obaviješten, zakonodavac je htio ukazati na nužnost njihovog zajedničkog i nedjeljivog navođenja u praksi, u svakom konkretnom slučaju.<sup>39</sup> Struktura informacija na koje je pacijent ovlašten i koje treba dobiti specifična je te postoji mišljenje da zahtijeva dodatne vještine i izobrazbu koju naše

<sup>34</sup> Vidi kod ULSENHEIMER, K., *Aufklärungspflicht und Einverständniserklärung zur Behandlung*, "Der Chirurg", 1996., br. 3, str. 76.

<sup>35</sup> Tako i podrobnije o tome kod RADIŠIĆ, J., *Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima operacije*, rad u zborniku CEKOVIĆ-VULETIĆ, S. i dr., "Medicinsko pravo", Beograd, 1998., str. 36.-37.

<sup>36</sup> Usp. NASIĆ, M., *Kako od zakona do prakse*, "Pacijent danas", 2004., br. 11-12, str. 5.

<sup>37</sup> GRBČIĆ, Ž., *Kakva prava pruža Zakon o zaštiti pacijenata*, "Informator", god. LII, br. 5145, od 28. siječnja 2005., str. 41.

<sup>38</sup> Tako KRALJIĆ, S., *Pravice pacijentov v luči bodoče ureditve*, "Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru", leto II, 2006., št. 1, str. 269.

<sup>39</sup> Usp. FLIS, V. – GORIŠEK, J., *Privolitve v zdravnikovo ukrepanje*, rad u zborniku radova "Medicina in pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 91.



današnje medicinsko obrazovanje ne sadrži, a posebno u pogledu komunikacije liječnika s pacijentom.<sup>40</sup>

U medicinskopravnoj teoriji postoji mišljenje da su odredbe čl. 8. ZOZPP-a postavljene istovremeno i preusko i preširoko. Naime, drži se da je zakonodavac **propustio** izričito propisati da pacijent ima pravo znati moguće prednosti i rizike obavljanja, odnosno neobavljanja preporučenih medicinskih zahvata i alternativnih postupaka, te da je propustio propisati da bi liječnik trebao pacijentu priopćiti osobne interese koje bi mogao imati u poduzimanju određenog zahvata (primjerice, zbog istraživanja kojima se liječnik bavi, ili interesa ekonomske prirode), a koji bi mogli utjecati na liječnikovu prosudbu o poželjnom tretmanu.<sup>41</sup> S druge strane, davanjem prava pacijentu da traži obavijesti koje se odnose na prava pacijenta iz zdravstvenog osiguranja i postupcima za ostvarivanje tih prava, od liječnika se traži da budu i pravni savjetnici, a oni s tim znanjima zapravo ne raspolažu.<sup>42</sup>

**3. Tijekom pružanja zdravstvene zaštite, nakon svakog pregleda i zahvata, pacijent ima pravo i na obaviještenost o uspjehu, odnosno, neuspjehu i rezultatu pregleda ili zahvata kao i o razlozima za eventualnu različitost tih rezultata od očekivanih (ZOZPP, čl. 11.).** Iako se to u ZOZPP-u eksplicitno ne navodi, dužnost informiranja pacijenta proteže se i na neočekivane **komplikacije** nastale tijekom liječenja.<sup>43</sup> Što se tiče eventualne **liječničke pogreške** nastale tijekom medicinskog tretmana, u medicinskopravnoj teoriji nema jednoznačnog stajališta o tome je li liječnik dužan otkriti vlastitu stručnu pogrešku. Navodi se niz razloga koji govore protiv obavještenja pacijenta (primjerice, zaštita od samooptuživanja – *nemo tenetur se ipsum accusare*) ili u prilog obavještanja pacijenta o pogrešci (moralni razlozi, odnos povjerenja, zbog provođenja daljnje terapije i sl.).<sup>44</sup>

**4. Pacijent ima pravo biti upoznat s imenima te specijalizacijom osoba koje mu izravno pružaju zdravstvenu zaštitu (ZOZPP, čl. 12.).** U tom smislu u ordinaciji, ambulanti i drugim mjestima gdje se obavlja zdravstvena djelatnost, na vidnom mjestu trebala bi biti objavljena imena zdravstvenih djelatnika i njihove specijalizacije, a zdravstveni djelatnici koji imaju neposredni kontakt s pacijentima trebali bi na vidnom mjesti istaknuti podatak o osobnom imenu i stručnoj tituli, te se i osobno predstaviti pacijentu.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. v., 2005., br. 1, str. 90.

<sup>41</sup> Usp. TURKOVIĆ, K., *Prava pacijenta na suodlučivanje prema Zakonu o zaštiti prava pacijenata*, rad u zborniku "Medicina i pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 103.

<sup>42</sup> *Ibid.*, str. 103.

<sup>43</sup> Vidi kod MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 4.

<sup>44</sup> Tako i podrobnije o tome kod RADIŠIĆ, J., *Dužnost lekara da obelodani vlastitu stručnu pogrešku*, rad u zborniku CEKOVIĆ-VULETIĆ, S. i dr., "Medicinsko pravo", Beograd, 1998., str. 231.-240.

<sup>45</sup> Usp. KRALJIĆ, S., *Pravice pacijenata u luči bodoće ureditve*, "Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru", leto II, 2006., št. 1, str. 271.

### III. Načini obavješćivanja

1. U pravilu je **adresat**, odnosno osoba kojoj se treba dati informacije i objašnjenje, pacijent kojemu se treba pružiti medicinski tretman, osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (primjerice, kod maloljetnika ili osoba pod skrbištvom). Liječnici, kao profesionalci, trebaju pronaći pravi način na koji će pacijentu priopćiti informaciju, uzimajući u obzir emocionalne i spoznajne zapreke koje se često vežu uz bolest.<sup>46</sup>

2. Pacijent ima pravo dobiti obavijesti **na način koji mu je razumljiv s obzirom na dob, obrazovanje i mentalne sposobnosti** (ZOZPP, čl. 8. st. 2.).

Informacija bi trebala biti jasna, nedvosmislena i kratka, uz minimalnu uporabu stručnih izraza.<sup>47</sup> Pravo na obaviještenost svakako podrazumijeva i pravo pacijenta da zdravstveni djelatnici s njim razgovaraju ili na drugi način komuniciraju na jeziku i na način koji razumije.<sup>48</sup>

Ne moraju se sve informacije pacijentu priopćiti odjednom, a količina informacija koja se odjednom priopćava pacijentu zavisi o tome koliko je informacija pacijent u određenom trenutku sposoban usvojiti.<sup>49</sup>

Liječnik se mora uvjeriti u to da je pacijent valjano obaviješten i da je shvatio značenje obavijesti, jer u slučaju nesporazuma odgovornost, odnosno teret dokazivanja na strani je liječnika.<sup>50</sup>

Iako to u ZOZPP-u nije izrijekom određeno, držimo da pacijent ima pravo dobiti obavijesti na način koji mu je razumljiv i s obzirom na njegova iskustva i predznanja o njegovom zdravstvenom stanju, odnosno predloženom medicinskom tretmanu.<sup>51</sup>

Pacijent o svom zdravstvenom stanju mora biti obaviješten stručno i **pravovremeno**. Obavješćenje o vrlo teškim rizicima ne bi trebalo davati neposredno pred medicinsku intervenciju, jer bi, zbog medicinskih i pravnih razloga, pristanak na zahvat u tim okolnostima mogao biti nevažeci.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 18.

<sup>47</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. v., 2005., br. 1, str. 90.

<sup>48</sup> Usp. KRALJIĆ, S., *Pravice pacijenata u luči bodoće uredive*, "Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru", leto II, 2006., št. 1, str. 269.

<sup>49</sup> Tako TURKOVIĆ, K., *Prava pacijenta na suodlučivanje prema Zakonu o zaštiti prava pacijenata*, rad u zborniku "Medicina i pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 105.

<sup>50</sup> Vidi RADIŠIĆ, J., *Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima operacije*, rad u zborniku CEKOVIĆ - VULETIĆ, S. i dr., "Medicinsko pravo", Beograd, 1998., str. 32.

<sup>51</sup> U tom je smislu, primjerice, VSH u jednom predmetu zauzeo stajalište da nakon što je liječnik priopćio bolesnici da treba primiti injekciju protiv tetanusa, a bolesnica je nedvojbeno znala čemu služi takva injekcija jer je prije godinu dana u sličnom slučaju primila takvu injekciju, pa je bolesnica potom kao punoljetna i duševno sposobna osoba odbila primiti injekciju, liječnik nije bio dužan još i posebno upozoravati bolesnicu (ili njezina supruga) na potrebu primanja injekcije. VSH, Kž- 1821/54. objavljena kod PAVLOVIĆ, Š., *Kaznena odgovornost doktora medicine i doktora stomatologije zbog nesavjesnog liječenja*, "Hrvatska pravna revija", god VII, 2007., br. 1, str. 73.

<sup>52</sup> Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 18. Vidi i PUTZO, H., *Die Arzthaftung*, Munchen, 1979., str. 49.

U praksi je često slučaj da se obavještenje i izjava pacijenta daju u **pisanom obliku**, na tiskanom formularu koji pacijent treba pročitati i potpisati. U medicinskopravnoj teoriji postoji mišljenje da ovakav način obavješćivanja i pristanka pacijenta nije najpouzdanije dokazno sredstvo jer ne pruža mogućnost individualiziranja obavijesti, implicira da ga pacijent nije pročitao ili dovoljno razumio, a potpisani formular može biti indicija da prije toga uopće nije vođen razgovor o medicinskom tretmanu i mogućim posljedicama i rizicima.<sup>53</sup>

Neobraćanje dovoljno pozornosti zdravstvenim problemima pacijenta i njima kao osobama, neučinkovita komunikacija s pacijentom, primjerice uporabom latinskih riječi koje on ne razumije ili znakovitim klimanjem glavom, stvaraju kod pacijenta stanje napetosti i straha, što se svakako nepovoljno odražava na njihovo zdravstveno stanje.<sup>54</sup>

**3. Pravo na obaviještenost ima i pacijent s umanjenom sposobnošću rasuđivanja**, u skladu s dobi, odnosno s fizičkim, mentalnim i psihičkim stanjem (ZOZPP, čl. 13.).

Tako pacijent u trenutku kad mu se daje obavijest mora biti sposoban za rasuđivanje i ne bi smio biti pod utjecajem lijekova koji bi ga omeli u rasuđivanju i donošenju odluke o (ne)pristanku na medicinsku intervenciju.<sup>55</sup>

I u čl. 8. st. 2. ZOZPP određuje da pacijent ima pravo dobiti obavijesti na način koji mu je razumljiv s obzirom na njegovu **dob**, čime se izričito poštuju i jamče **prava djece** na prilagođeni postupak u pogledu davanja informacija o njihovom zdravstvenom stanju. Prava djece kao pacijenata bila su predmetom uređenja više međunarodnih konvencija i deklaracija. Spomenuli bismo, kao najznačajniju, *Konvenciju o pravima djeteta* iz 1989. godine, a posebno značajnom držimo i *Deklaraciju Svjetske medicinske udruge (WMA) o pravu djeteta na zdravstvenu zaštitu* (Ottawa, 1998.). Jedno od temeljnih načela Deklaracije jest i pravo djeteta-pacijenta i njegovih roditelja na potpunu informaciju o zdravstvenom stanju djeteta, ako to nije u suprotnosti s najboljim interesom djeteta, odnosno kada postoje čvrsti razlozi vjerovanju da bi ta informacija ugrozila život ili zdravlje djeteta, odnosno fizičko ili psihičko zdravlje bilo koje osobe osim djeteta. Treba spomenuti i *Deklaraciju o pravu majke i novorođenčeta* (Barcelona, 2001.), koja ženama jamči pravo na primjerenu edukaciju i informiranje o reproduktivnom zdravlju, trudnoći, porodu i skrbi nad novorođenčetom, te da niti jedan medicinski zahvat na novorođenčetu ne bi smio biti obavljen bez obaviještenog pristanka roditelja, osim iznimno u hitnim situacijama u kojima je liječnik prisiljen djelovati u cilju zaštite najboljeg interesa djeteta i gdje ne postoji mogućnost bilo kakve intervencije od strane roditelja ili zakonskog zastupnika (Deklaracija, čl. 6.).<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Usp. LAUFS, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 1992., str. 367.

<sup>54</sup> Vidi PAVLOVIĆ, Š., *Kaznena odgovornost doktora medicine i doktora stomatologije zbog nesavjesnog liječenja*, "Hrvatska pravna revija", god. VII, 2007., br. 1, str. 73. Vidi i JELAČIĆ, O., *Odabrana poglavlja iz liječničke deontologije*, Split, 1986., str. 25.

<sup>55</sup> Tako ULSENHEIMER, K., *Aufklärungspflicht und Einverständniserklärung zur Behandlung*, "Der Chirurg", 1996., br. 3, str. 77.

<sup>56</sup> Tako i opširnije o tome vidi kod JAKOVAC-LOZIĆ, D., *Prava djeteta kao pacijenta*, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i tgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum-Mostar,

I **pacijenti s invaliditetom** imaju pravo dobiti obavijesti u za njih pristupačnom obliku (ZOZPP, čl. 8. st. 3.).

4. Drži se da je najbolji način obavješćivanja pacijenta kroz **neposrednu komunikaciju liječnika i pacijenta, usmeno**, u spontanom razgovoru.<sup>57</sup> Naime, iako informacija pacijentu može biti data i pisanim putem, drži se da je usmeno informiranje pacijenta bolje jer pogoduje stvaranju povjerenja pacijenta u informacije i liječnika koji ih je dao.<sup>58</sup> Međutim, usmeno obavješćivanje pacijenta može liječniku stvoriti probleme u slučaju potrebe dokazivanja te činjenice. Stoga bi liječnik o usmenom obavješćivanju pacijenta trebao imati zabilješku u medicinskoj dokumentaciji pacijenta.<sup>59</sup>

#### IV. Dužnost obavješćivanja

1. Obavijesti iz članka 8. stavka 1. ZOZPP-a na usmeni zahtjev pacijenta **dužan je dati zdravstveni radnik visoke stručne spreme** koji pacijentu izravno pruža određeni oblik zdravstvene usluge (ZOZPP, čl. 9.).

U pravilu obavijesti pacijentu treba dati **liječnik**.<sup>60</sup> Liječnik je dužan odgovoriti na sva pitanja koja postavi pacijent, čak i naknadno. Liječnik ne bi smio dopustiti da obavještenje o dijagnozi i prognozi bolesti daje netko od njegovih pomoćnika (primjerice, bolničar, laborant, medicinska sestra, liječnik stažist i sl.).<sup>61</sup> Ako više liječnika različitih specijalnosti sudjeluje u liječenju pacijenta (primjerice, operater i anesteziolog), svaki od njih je dužan obavijetiti pacijenta o postupcima i rizicima liječenja koji nastaju njegovim radom.<sup>62</sup>

2005., str. 135.-184. Vidi i TURČIN, Z., *Specifičnosti pojasnilne dolžnosti v pediatriji*, rad u zborniku "Medicina in pravo – pojasnilna dolžnost", Maribor, 1995., str. 125.-127.

<sup>57</sup> Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obavještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 18.

<sup>58</sup> Vidi PETRIĆ, S., *Pretpostavke odštetne odgovornosti davatelja zdravstvenih usluga u pravu Bosne i Hercegovine*, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum - Mostar, 2005., str. 129.

<sup>59</sup> Tako FLIS, V. – GORIŠEK, J, *Privolitev v zdravnikovo ukrepanje*, rad u zborniku radova "Medicina in pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 96.

<sup>60</sup> Osim liječnika obavijesti pacijentima mogu, odnosno nekad su dužni, dati i doktori stomatologije. Tako je doktor stomatologije dužan upoznati pacijenta s predloženim dijagnostičkim postupcima i načinom liječenja, kao i drugim mogućim metodama i postupcima dijagnosticiranja te načinima liječenja. Doktor stomatologije obavezan je u tom pogledu pružiti pacijentu sva raspoloživa objašnjenja, uključujući vlastita i tuđa iskustva kao i moguće rizike zahvata po zdravlje i život (ZOSD, čl. 25.). BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obavještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17. Vidi i KEČMAN, V., *Odgovornost stomatologa zbog povrede pacijentovog nerva*, rad u zborniku CEKOVIĆ - VULETIĆ, S. i dr., "Medicinsko pravo", Beograd, 1998., str. 221.-226.

<sup>61</sup> Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept*, zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Neum-Mostar, 2005., str. 262.

<sup>62</sup> Tako GIESEN, D., *Arzthaftungrechts*, Tubingen, 1995., str. 258.; FLIS, V. – GORIŠEK, J, *Privolitev v zdravnikovo ukrepanje*, rad u zborniku radova "Medicina in pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 91.

Da bi liječnici imali dokaz o danim obavijestima, pacijent prije poduzimanja medicinskog zahvata treba potpisati unaprijed sročenu **izjavu** da je obaviješten o zahvatu i rizicima, te da na to daje svoj pristanak.<sup>63</sup>

Kad pacijent od liječnika zatraži medicinsku uslugu i liječnik pristane pružiti mu tu uslugu, zaključuje se **ugovor o medicinskom tretmanu** između pacijenta i liječnika, odnosno zdravstvene ustanove za koju liječnik radi, i to u onom trenutku kad liječnik iskaže spremnost pregledati pacijenta, savjetovati ga, doći u kućnu posjetu i sl. Ugovor o medicinskom tretmanu ima obveznopravni karakter i njime se među strankama zasniva građanskopravni odnos.<sup>64</sup> Jedna od liječnikovih temeljnih ugovornih obveza jest i obveza da pacijentu dade obavijesti o činjenicama koje se odnose na njegovo zdravstveno stanje. U prvom redu, radi se o informacijama koje trebaju uputiti pacijenta na ponašanje koje je u interesu njegova zdravlja (dijetalna ishrana, način života, način uporabe propisanih lijekova i njihove neželjene posljedice i sl.). Drugo, liječnik je dužan pacijenta obavijestiti o činjenicama koje su od značenja za njegovo samoodređenje, odnosno pristanak na odgovarajući medicinski tretman (podaci o dijagnozi, tijeku i načinu liječenja, rizicima koji su mu svojstveni i sl.).<sup>65</sup>

**2.1.** Kako ZOZPP-om nije izričito propisano da bi liječnik mogao uskratiti davanje informacije pacijentu kada ima objektivni dokaz da bi davanje (potpune) obavijesti moglo toliko uznemiriti pacijenta da ne bi bio u stanju donijeti racionalnu odluku ili da bi mu se pogoršalo zdravstveno stanje, drži se da **liječnik takve informacije ne smije prešutjeti**.<sup>66</sup>

**2.2.** Međutim, *Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini* određuje da se iznimno može zakonom **ograničiti** pravo pacijentu na informaciju o njegovom zdravstvenom stanju, i to jedino onda ako je to u interesu pacijenta (Konvencija, čl. 10. st. 3.). I prema odredbi čl. 2. t. 9. *Kodeksa*, iznimno, ako ocijeni da će time bolesnik doći u težu zdravstvenu situaciju, liječnik nije dužan bolesniku reći istinu niti mu dati na uvid medicinsku dokumentaciju, a isto tako treba poštovati želju bolesnika da ne bude obaviješten o svojoj bolesti.

**2.3.** I prema stajalištu medicinskopravne teorije pravo na obaviještenost može biti ograničeno ako bi otkrivanje informacije prouzročilo ozbiljan rizik po život ili zdravlje pacijenta (tzv. terapijski privilegij, iznimka iz terapijski razloga).<sup>67</sup> Tzv. **terapijski privilegij** moguće je ako bi informacija o bolesti

<sup>63</sup> Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 18.

<sup>64</sup> Vidi DEUTSCH, E., *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin, 1991., str. 23.

<sup>65</sup> Usp. LAUFS, A., *Die arztliche Aufklärungspflicht*, u LAUFS-UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 1992., str. 346., podatak kod RADIŠIĆ, J., *Lekar i pacijent kao ugovorni partneri*, rad u zborniku "Aktuelni pravni problemi u medicini, Beograd, 199., str. 339.-340.

<sup>66</sup> Tako TURKOVIĆ, K., *Prava pacijenta na suodlučivanje prema Zakonu o zaštiti prava pacijenata*, rad u zborniku "Medicina i pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 105. Usto Turković smatra da i onda kad bi se takva mogućnost uvela u ZOZPP, trebalo bi je vrlo restriktivno propisati, na način da bi liječnik mogao prešutjeti određenu informaciju samo uz sudsku kontrolu te bi prešućenu informaciju uvijek trebalo dati osobi od povjerenja pacijenta. *Ibid.*, str. 105.

<sup>67</sup> Vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristup medicini*, Zagreb, 1998. str. 12.



činila nepodnošljiv teret za pacijenta i ako bi dalje pogoršala njegovo zdravstveno stanje.<sup>68</sup>

Liječnik treba voditi računa o psihičkom stanju pacijenta i trebao bi ograničiti informacije u slučajevima u kojima bi one mogle nanijeti više štete nego koristi pacijentu jer bi ga uznemirile i tako negativno utjecale na tijek tretmana,<sup>69</sup> odnosno ako bi to negativno utjecalo na pacijentovu volju za aktivnom suradnjom u liječenju.<sup>70</sup>

Pri donošenju odluke o (ne)uskraćivanju informacije o zdravstvenom stanju pacijenta, liječnik mora birati između dva temeljna i suprotstavljena načela medicinskog prava – načela da zdravstveni djelatnik uvijek mora postupati u najboljem interesu pacijenta te uvažavanja prava pacijenta na informiranost i na samoodređenje.

Skrivanje, modificiranje ili zadržavanje informacija o zdravstvenom stanju pacijenta može ponekad biti i nužnost. Ali kada liječnik namjerno daje netočne informacije ili ih skriva od pacijenta, u slučaju spora na njemu je teret dokazivanja. Liječnik bi morao ukazati na činjenice zbog kojih je držao da bi pacijentu štetila istina o zdravstvenom stanju, a svakako bi o toj svojoj odluci morao raspraviti s ostalim zdravstvenim djelatnicima koji sudjeluju u liječenju pacijenta, a točnu informaciju morali bi dati nekoj od osoba koje su u rodbinskoj ili emotivnoj vezi s pacijentom.<sup>71</sup>

## ***V. Drugo stručno mišljenje***

Radi omogućavanja maksimalne zaštite, pacijent ima uvijek pravo tražiti **drugo stručno mišljenje** o svome zdravstvenom stanju (ZOZPP, čl. 10.).

Drugo stručno mišljenje pacijentu je, na usmeni ili pisani zahtjev, obvezan dati svaki zdravstveni radnik visoke stručne spreme i odgovarajuće specijalizacije koji nije sudjelovao u izravnom pružanju određenog oblika zdravstvene usluge pacijentu.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Usp. MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept*, zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Neum-Mostar, 2005., str. 261.; FLIS, V. – GORIŠEK, J., *Privolitev v zdravnikovo ukrepanje*, rad u zborniku radova “Medicina in pravo – sodobne dileme”, Maribor, 2006., str. 96.-97.

<sup>69</sup> Tako PETRIĆ, S., *Pretpostavke odštetne odgovornosti davatelja zdravstvenih usluga u pravu Bosne i Hercegovine*, zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Neum - Mostar, 2005., str. 129.

<sup>70</sup> Vidi KNEŽEVIĆ, S., *Etika i medicina*, Zagreb, 1979, str. 89.

<sup>71</sup> Usp. KLAJN-TATIĆ, V., *Pristanak obaveštenog pacijenta na medicinsku intervenciju*, “Bilten Jugoslavenskog udruženja za medicinsko pravo”, 2001., br. 9.-12., str. 19.

<sup>72</sup> Postoji mišljenje da, unatoč tome što je intencija ove odredbe jasna i što ima svoje životno opravdanje, ona neće u potpunosti zaživjeti u praksi. Naime, u bolnicama za svaki pregled treba uputnica, pa tako bi trebala postojati i za drugo mišljenje, a liječnici opće prakse moraju opravdati svaku izdanu uputnicu jer su kontrole HZZO-a vrlo stroge. Stoga je vjerojatno da će pacijenti pravo na drugo mišljenje morati čekati više mjeseci. Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava*



Liječnici su dužni poštovati pacijentovo pravo na tzv. drugo mišljenje (*second opinion*), što znači da ne bi smjeli sprječavati pacijenta da se u pogledu "iste stvari" (bolesti) obrati i zatraži mišljenje i nekog drugog liječnika. Štoviše, liječnik bi pacijentu trebao pomoći, odnosno olakšati mu konzultaciju s drugim liječnikom.<sup>73</sup>

## VI. Pacijenti na kojima se obavljaju istraživanja

Za znanstveno istraživanje nad pacijentom i uključivanje pacijenta u medicinsku nastavu nužan je izričiti **pristanak obaviještenog pacijenta** (ZOZPP, čl. 19.).<sup>74</sup> Dakle, znanstvena istraživanja nad pacijentom mogu se poduzeti ako su, među ostalim, pacijenti nad kojima se provode istraživanja upoznati o svojim pravima i zaštiti svojih prava sukladno zakonu, te ako je pribavljen pristanak obaviještenog pacijenta (ZOZPP, čl. 20. st. 4. i 5.).<sup>75</sup>

I prema odredbi čl. 6. t. 6. Kodeksa Hrvatske liječničke komore, liječnik koji vodi istraživanje dužan je osobe koje budu obuhvaćene istraživačkim projektom temeljito upoznati sa smislom rada, očekivanom koristi i mogućom opasnosti te će nakon toga pribaviti njihov pismeni pristanak.<sup>76</sup>

Budući da se radi o istraživanju, obavještenje pacijenta mora biti potpuno, odnosno pacijenta bi trebalo upoznati s predmetom, metodologijom i trajanjem istraživanja, kao i s očekivanim koristima i rizicima.<sup>77</sup>

Problem obaviještenosti i pristanka na znanstveno istraživanje naročito je aktualan kod posebnih kategorija ispitanika kao što su poslovno nesposobne osobe, maloljetni pacijenti, zatvorenici, vojnici, umirući pacijenti i embriji.<sup>78</sup>

## VII. Odbijanje primitka i odricanje od prava na obavijest

Člankom 10. st. 2. i 3. *Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini* svakome se jamči pravo na svaku informaciju prikupljenu o njegovome zdravlju, s time da se pojedinci mogu i odreći ovoga prava, odnosno mogu odbiti primiti informaciju o svome zdravstvenom stanju.

---

*pacijenata – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. v., 2005., br. 1, str. 91.

<sup>73</sup> Usp. MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENIČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 3.

<sup>74</sup> Odredbe ZOZPP-a usklađene su s odredbom čl. 5. Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini.

<sup>75</sup> "Pristanak obaviještenog pacijenta" je pisana, datirana i od pacijenta potpisana suglasnost za sudjelovanje u određenom znanstvenom istraživanju ili medicinskoj nastavi dana na temelju preciznih i na razumljiv način dokumentiranih obavijesti o prirodi, važnosti, posljedicama i rizicima ispitivanja (ZOZPP, čl. 19. st. 2.).

<sup>76</sup> Ista odredba sadržana je i u čl. 6. t. 6. Kodeksu medicinske etike i deontologije Hrvatskog liječničkog zbora, iz 2002. godine. Podrobnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, 21. svibnja 2005., str. 18.

<sup>77</sup> Usp. DEUTSCH, E., *Arztrechts und Arzneimittelrecht*, Berlin New York, 1991., 374.

<sup>78</sup> Opširnije o tome kod MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pravni problemi kliničkog ispitivanja lekova*, rad u zborniku CEKOVIĆ-VULETIĆ, S. i dr., "Medicinsko pravo", Beograd, 1998., str. 32.

Pravo na obaviještenost implicira pravo na **odbijanje primitka obavijesti**.

Zbog različitih razloga pacijent ima pravo pisanom i potpisanom izjavom odbiti primitak obavijesti o prirodi svoga zdravstvenoga stanja i očekivanom ishodu predloženih i/ili poduzetih medicinskih postupaka i mjera (ZOZPP, čl. 14.), i njegovu želju liječnik je dužan poštovati.

Iako ZOZPP-om to nije izričito propisano, drži se da se odbijanjem primitka obavijesti pacijent istovremeno ne odriče prava na pristanak i da takvo odbijanje ne utječe na njegovu sposobnost davanja pristanka.<sup>79</sup>

**Odricanje od prava na obaviještenost** određeni je oblik korištenja prava na samoodređenje, i njime pacijent odustaje od potraživanja koja bi u svezi s tim pravom uobičajeno imao (*volenti non fit iniuria*), a odricanje od prava na obaviještenost pravovaljano je samo onda kad postoji pacijentova nedvojbeno izjava volje u tom smislu.<sup>80</sup> Međutim, informiranost pacijenta može biti značajna i zbog utjecaja na zdravlje ljudi s kojima je pacijent u čestom kontaktu. Zbog toga se niti pacijent s punom poslovnom sposobnošću ne može odreći prava na obaviještenost u slučajevima u kojima mora biti svjestan prirode svoje bolesti kako ne bi ugrozio zdravlje drugih (ZOZPP, čl. 15.). Tako, primjerice, osobe koje su nositelji uzročnika virusnih žutica tipa B i C, koje izlučuju uzročnike trbušnog tifusa ili su nosioci uzročnika (virusa) sindroma stečenog nedostatka imuniteta, moraju biti upućeni u način ponašanja kako bi se spriječio prijenos njihove zaraze (vidi st. 3. čl. 36. Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, "Narodne novine", br. 60/92., 29/94.).

### **VIII. Prekršajne odredbe**

Propuštanje obavještenja predstavlja liječničku pogrešku koja može uvjetovati građansku, kaznenu,<sup>81</sup> kao i prekršajnu odgovornost.

Što se **prekršajne odgovornosti** tiče, prema odredbama ZOZPP-a, novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj zdravstvena ustanova ako uskrati pacijentu pravo na obaviještenost, uključujući i pravo na podatak o imenu te specijalizaciji osobe koja mu izravno pruža zdravstvenu zaštitu (ZOZPP, čl. 41. st. 1.), a za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna i odgovorna osoba u zdravstvenoj ustanovi. Za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kuna i trgovačko društvo koje obavlja zdravstvenu djelatnost sukladno Zakonu o zdravstvenoj zaštiti te će se kazniti

<sup>79</sup> Tako TURKOVIĆ, K., *Prava pacijenta na suodlučivanje prema Zakonu o zaštiti prava pacijenata*, rad u zborniku "Medicina i pravo – sodobne dileme", Maribor, 2006., str. 107.

<sup>80</sup> Usp. BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17.-18.

<sup>81</sup> Vidi o tome opširnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Prava pacijenata na primjerenu obaviještenost i odlučivanje*, "Informator", br. 5343, od 21. svibnja 2005., str. 17.; RADIŠIĆ, J., *Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima operacije*, rad u zborniku CEKOVIĆ - VULETIĆ, S. i dr., "Medicinsko pravo", Beograd, 1998., str. 38.-42.

novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna i odgovorna osoba u trgovačkom društvu koja obavlja zdravstvenu djelatnost. Usto, za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna i privatni zdravstveni radnik (ZOZPP, čl. 41. st. 3. i 4.). Zdravstveni radnik može se kazniti za prekršaj novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna ako na zahtjev pacijenta uskrati obavijest, odnosno ako na zahtjev pacijenta uskrati pravo na drugo stručno mišljenje (ZOZPP, čl. 42.).

Prema odredbi čl. 192. ZOZZ-a, novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj zdravstvena ustanova ako uskraćuje osobama pravo na točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja, a za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna i odgovorna osoba u zdravstvenoj ustanovi. Novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna kaznit će se za navedeni prekršaj i privatni zdravstveni radnik. Usto, novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj trgovačko društvo koje obavlja zdravstvenu djelatnost ako uskraćuje osobama prava na *točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja*, a za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna i odgovorna osoba u trgovačkom društvu (ZOZZ, čl. 195.).

## ***IX. Zaštita tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta – liječnička (profesionalna) tajna***

### ***1. Pojam tajne***

**1.1. Tajnom** možemo držati podatak koji je poznat i koji smije biti poznat samo određenom krugu osoba, a pri tome moraju postojati određene društvene norme koje brane iznošenje takvih podataka izvan tog kruga osoba.<sup>82</sup> Tajna predstavlja i znanje određenih činjenica o kojima se doznalo u obavljanju poziva ili na neki drugi povjerljiv način, i koje ne mogu biti priopćene u javnosti a da se pri tome ne nanese šteta interesima pojedinca ili zajednice.<sup>83</sup>

Zakonom o zaštiti tajnosti podataka ("Narodne novine", broj 108/96., dalje – **ZZTP**) propisuju se pojam, vrste i stupnjevi tajnosti te mjere i postupci za utvrđivanje, uporabu i zaštitu tajnih podataka (ZZTP, čl. 1.).<sup>84</sup> Tako se tajna

<sup>82</sup> Usp. ZABEL, B. *Poslovna tajna*, Beograd, 1970., str. 9.

<sup>83</sup> Vidi JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna*, Beograd, 1959., str. 11. Jelačić drži da bi bilo točnije kazati ne da "tajna predstavlja znanje određenih činjenica", nego da "same činjenice saznate u obavljanju poziva predstavljaju tajnu", jer znanje o tim činjenicama predstavlja pojam posjedovanja tajne pošto je objekt zaštite sama činjenica koja se ne smije otkriti, pošto znanje kao takvo ne može biti objektom zaštite. JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god. X, 1973., str. 14.

<sup>84</sup> Pojam klasificiranih i neklasificiranih podataka, stupnjevi tajnosti, postupak klasifikacije i deklasifikacije, pristup klasificiranim i neklasificiranim podacima i njihova zaštita u Republici Hrvatskoj uređeni su Zakonom o tajnosti podataka ("Narodne novine", broj 79/07., dalje - **ZTP**) i

definira kao podatak koji je zakonom, drugim propisom, općim aktom ili drugim aktom nadležnog tijela donesenim na temelju zakona, određen tajnim (ZZTP, čl. 2.). Prema vrsti tajne podaci su državna, vojna, službena, poslovna<sup>85</sup> ili profesionalna tajna, a prema stupnju tajnosti podaci mogu biti državna tajna, vrlo tajni, tajni i povjerljivi (ZZTP, čl. 3.).<sup>86</sup>

U načelu bi, pak, sve vrste tajni moglo bi se svrstati u dvije skupine – u **javne tajne i privatne tajne**.

U **javnu tajnu** moglo bi se svrstati podatke koje su u skladu s propisanim uvjetima dužni čuvati: državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima te pravne i fizičke osobe koje, u skladu sa ovim Zakonom, ostvare pristup ili postupaju s klasificiranim i neklasificiranim podacima. Tu svakako po vrsti spadaju državna, vojna, i službena tajna, a možemo ubrojiti i poslovnu tajnu jer je vezana za tajnost podataka pravnih, a ne fizičkih osoba kao što je to slučaj kod privatnih tajni.

**Privatna tajna** predstavlja saznanje određenih podataka jedne osobe od strane druge na temelju **bliskog odnosa i osobnog povjerenja** koje postoji između njih.<sup>87</sup> Pojam privatne tajne viši je rodni pojam osobnoj i profesionalnoj tajni. Privatni interesi primaran su predmet pravne zaštite koja se ostvaruje institutima osobne i profesionalne tajne.<sup>88</sup>

**Osobna tajna** je podatak o osobi koji je zakonom, drugim propisom ili općim aktom nadležnoga tijela donesenim na temelju zakona određen tajnom (Kazneni zakon, čl. 89. t. 17.). Osobni podatak je, pak, svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku osobu ili osobu čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovi jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet (Zakon o zaštiti osobnih podataka, čl. 2.).

---

Zakonom o zaštiti tajnosti podataka ("Narodne novine", broj 108/96., dalje – **ZZTP**). Naime, iako su stupanjem na snagu ZTP-a prestale važiti odredbe ZZTP-a, odredbom čl. 34. ZTP-a propisano ja da i nakon njegova stupanja na snagu, odnosno i nakon 8. srpnja 2007., i dalje važe odredbe ZZTP-a navedene u glavi VIII. i IX., odnosno odredbe čl. 19.-27. ZZTP-a kojima se uređuju poslovna i profesionalna tajna. Ovo držimo značajnim i stoga što se ZTP-om utvrđuje samo pojam klasificiranih i neklasificiranih podataka te stupnjevi tajnosti, a ne i pojam i vrste tajni, koji su (bili) uređeni ZZTP-om.

<sup>85</sup> Poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese (ZZTP, čl. 19. st. 1.).

<sup>86</sup> Podrobnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Zaštita prava iz područja industrijskog vlasništva poslovnom tajnom*, "Pravo u gospodarstvu", god. 38, 1999., br. 2, str. 236.-237. i ZLATOVIĆ, D., *Zaštita i čuvanje poslovne tajne*, "Slobodno poduzetništvo", god IV, 1997., br. 8. str. 150.

<sup>87</sup> Tako JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna*, Beograd, 1959., str. 11.

<sup>88</sup> Vidi CVRČIĆ, R., *Poslovna, profesionalna i službena tajna*, "Pravo i porezi", god. XV, 2006., br. 9, str. 50.

**Profesionalna tajna** je, dakle, posebna podvrsta privatne tajne. Zaštita profesionalne tajne od osobitog je značenja s obzirom na osobno pravo na privatnost, jer njezino protupravno otkrivanje redovito vrijeđa nečije pravo na privatnost.<sup>89</sup>

S obzirom na predmet našeg istraživanja, treba napomenuti da je **liječnička tajna** vrsta profesionalne tajne. Naime, ZZTP određuje da profesionalnu tajnu predstavljaju podaci o osobnom ili obiteljskom životu (stranaka) koje saznaju svećenici, odvjetnici, **zdravstveni i socijalni djelatnici** i druge službene osobe u obavljanju svog poziva (ZZTP, čl. 27.). Kazneni zakon ("Narodne novine", broj 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 105/04., 84/05., 71/06., dalje - **KZ**) propisuje da je profesionalna tajna podatak o osobnom ili obiteljskom životu stranaka koji saznaju odvjetnici, branitelji, javni bilježnici, **doktori medicine, doktori stomatologije, primalje ili drugi zdravstveni djelatnici**, psiholozi, djelatnici skrbništva, vjerski ispovjednici i druge osobe u obavljanju svoga zvanja (KZ, čl. 89. st. 1. t. 16.).

Svatko je dužan čuvati profesionalnu tajnu, bez obzira na način saznanja tajnih podataka ili pribavljanja odnosno stjecanja mogućnosti uvida u tajne podatke, a nedvojbeno je da se radi o tajni (ZZTP, čl. 28. st. 1.). Tajna ne mora potjecati isključivo od osobe na koju se podaci i činjenice odnose, već može biti saznata i na neki drugi način, a da bi se neki povjerljivi podatak ili činjenica mogao smatrati saznanjem u obavljanju (liječničkoga) poziva, mora postojati uzročna veza između saznanja te činjenice i samog obavljanja poziva.<sup>90</sup>

Profesionalna tajna je tuđa tajna, a ne tajna pripadnika određenih profesija. Pripadnik slobodne profesije dužan je čuvati tuđe tajne kao svoje profesionalne tajne, tajne svojih klijenata s kojima dolazi u doticaj i s kojima svakodnevno radi. Već sama činjenica da netko obavlja takve složene profesije, nameće obvezu i pripadniku slobodnih profesija da čuva tajnu svojih klijenata, i dopusti svojim klijentima da mu se s povjerenjem obrate kako bi i oni na taj način mogli razvijati svoje pravo osobnosti u ispravnom smjeru.<sup>91</sup>

## 2. Pojam liječničke tajne

**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 za obavljanje liječničkog poziva.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Usp. GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000., str. 222.

<sup>90</sup> Vidi RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217.

<sup>91</sup> Tako MILADIN, P., autorizirano izlaganje na 113. Tribini Pravnoga fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, održanoj 19. travnja 2006., s temom *Poslovna, profesionalna i službena tajna*, Bilten br. 42, str. 6.

<sup>92</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

Pojam “čuvanja tajne” uvijek je pratio i uvijek će neminovno pratiti zdravstvenu struku, a sam će se sadržaj pojma prilagođavati razvitku znanosti i društva.<sup>93</sup> Sve ono što je liječnik obavljajući svoju dužnost saznao, smatra se liječničkom tajnom (Kodeks, čl. 2. st. 13.). Drugim riječima, sve ono što liječnik sazna o pacijentu koji mu se obrati za liječničku pomoć, a u svezi je s njegovim zdravstvenim stanjem, mora čuvati kao liječničku tajnu (ZOLJ, čl. 19.).<sup>94</sup> Da bi neki podatak, odnosno činjenica imala karakter tajnosti, nije potrebno da pacijent posebno i izričito napomene njezinu povjerljivost, liječnik mora sam prosuditi stupanj povjerljivosti pojedinih činjenica.<sup>95</sup>

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,<sup>96</sup> odnosno osoba na koju se tajna odnosi mora i sama željeti da podatak bude nedostupan trećima.

**2.2.** Ranije je prevladavalo stajalište da je liječnička tajna jedinstvena, tj. da postoji samo u odnosu između pacijenta i određenog liječnika, u skladu s praksom tzv. individualne medicine. Uvođenjem u medicinu suvremene i sofisticirane tehnologije i medicinske prakse, bez čega bi medicina bila znatno neučinkovitija, formulirano je stajalište o tzv. **podijeljenoj tajni**. Drugim riječima, tajna koja je povjerena jednom liječniku može biti prenesena drugim zdravstvenim djelatnicima koji sudjeluju u liječenju, a često i drugim osobama koje obavljaju zdravstvenu funkciju.<sup>97</sup> S promjenama u obavljanju zdravstvene djelatnosti i sve većim brojem sudionika u zdravstvenoj zaštiti obveza čuvanja liječničke tajne proteže se i na sve druge zdravstvene radnike te na sve druge osobe koje u obavljanju svojih dužnosti dođu do podataka o zdravstvenom stanju pacijenta. Upravo zbog toga držimo da bi danas za ovu vrstu tajne bilo primjerenije koristiti pojam “**medicinska tajna**” ili “**zdravstvena tajna**”, jer bi se na taj način obuhvatile sve osobe koje dolaze u doticaj s pacijentima i koje na taj način doznaju podatke koje su dužne čuvati kao (pacijentovu) tajnu.<sup>98</sup> Pojam “medicinska tajna” koristi se i u poredbenom pravu

<sup>93</sup> Vidi BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 161.

<sup>94</sup> Usp. IVANČEVIĆ, N., *Zakon o liječništvu*, rad u zborniku “Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 91.

<sup>95</sup> Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

<sup>96</sup> Usp. ULSENHEIMER, K., *Die arztliche Schweigepflicht*, objavljen u LAUFS-UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 2002., str. 551. (dalje – **ULSENHEIMER**), podatak kod RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, “Anali Pravnog fakulteta u Beogradu”, god. L., 2002., broj 3-4, str. 328.

<sup>97</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Profesionalna liječnička tajna*, “Informer”, broj 5329, od 2. travnja 2005., str. 11.; *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295. Tako, prema odredbama ZOZZ-a, liječničku, odnosno profesionalnu tajnu dužni su čuvati i drugi radnici u zdravstvu koji za nju saznaju u obavljanju svojih dužnosti, te studenti i učenici škola zdravstvenog usmjerenja, koji u praktičnom dijelu nastave dolaze u doticaj s pacijentom, kao i sve druge osobe koje u obavljanju svojih dužnosti dođu do podataka o zdravstvenom stanju pacijenta. Primjerice, i zdravstveni inspektor prilikom obavljanja inspeksijskog nadzora dužan je postupati tako da ne ugrozi čuvanje profesionalne tajne (ZOZZ, čl. 171. st. 1.).

<sup>98</sup> Tako i ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika*, Zagreb, 1998., str. 30.



(engl. *medical professional secret*, franc. *secret professionnel des medecins*, *secret medical*) za označavanje ove vrste tajne.

Međutim, u radu ćemo za označavanje ove vrste tajne koristiti pojam "liječnička tajna", iako sadržajno ne odgovara stvarnom sadržaju ove tajne i krugu osoba koje su dužne tu tajnu čuvati, jer je kod nas postao svojevrsni tehnički termin i kao takav se u pravilu koristi u zakonodavstvu i (medicinsko) pravnoj teoriji.

U tom smislu, pored liječničke tajne, u našem pravu postoje i posebnim propisima su uređene stomatološka (profesionalna) tajna,<sup>99</sup> ljekarnička (profesionalna) tajna,<sup>100</sup> sestrińska (profesionalna) tajna<sup>101</sup> i dr.

<sup>99</sup> Prema odredbama ZOSD-a, doktor stomatologije dužan je čuvati kao profesionalnu tajnu sve što sazna o zdravstvenom stanju pacijenta. Profesionalnom tajnom smatraju se svi podaci koje doktor stomatologije sazna pri obavljanju svoje struke o pacijentu, njegovim osobnim, obiteljskim i socijalnim prilikama kao i podaci vezani uz otkrivanje i liječenje bolesti. Doktor stomatologije obavezan je na čuvanje profesionalne tajne o pacijentu i prema članovima obitelji pacijenta, čak i nakon njegove smrti (ZOSD, čl. 27. st. 1.). Doktor stomatologije obavezan je voditi računa o tome da profesionalnu tajnu čuvaju i druge osobe koje rade u njegovoj ordinaciji ili su na bilo koji drugi način saznali podatke o zdravstvenom stanju pacijenta (ZOSD, čl. 27. st. 2). Pruža li više doktora stomatologije istovremeno, ili jedan nakon drugog, istom pacijentu neki oblik stomatološke usluge, obveza čuvanja tajne ne primjenjuje se između doktora stomatologije (ZOSD, čl. 27. st. 3.). Iznošenje profesionalne tajne dopušteno je samo uz pristanak pacijenta te u skladu s Kodeksom stomatološke etike i deontologije. Iznošenje profesionalne tajne dopušteno je i u slučaju ako bi se čuvanjem profesionalne tajne ugrozio život i zdravlje drugih ljudi (ZOSD, čl. 27. st. 4.). Odavanjem profesionalne tajne ne smatra se: iznošenje podataka o pacijentu u svrhu znanstvenih istraživanja, predavanja ili publikacija, neodavajući identitet pacijenta i uz njegov pisani pristanak, davanje podataka za statističku obradu, neodavajući identitet pacijenta, davanje podataka društvu za zdravstveno osiguranje s kojim pacijent ima sklopljen ugovor o osiguranju te davanje podataka istražnoj ili sudbenoj vlasti, ako bi tajeenje podataka moglo utjecati na bit istražnog ili sudskog postupka ili naškoditi trećoj osobi (ZOSD, čl. 27. st. 5.). Doktor stomatologije dužan je podnijeti prijavu policiji ili državnom odvjetništvu, kada tijekom obavljanja stomatološke djelatnosti posumnja da je smrt ili tjelesna ozljeda osobe nastala nasilnim putem, kao i onda kada posumnja da je malodobnoj ili nemoćnoj osobi zdravstveno stanje ozbiljno ugroženo zapuštanjem ili zlostavljanjem (ZOSD, čl. 28.). Novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj doktor stomatologije ako ne poštuje obvezu čuvanja profesionalne stomatološke tajne (ZOSD, čl. 66. st. 3.). Usp. POLIĆ, J., *Zakon o stomatološkoj djelatnosti*, rad u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem", Zagreb, 2003., str. 117.-118.

<sup>100</sup> Prema odredbama ZOLK-a u obavljanju ljekarničke djelatnosti magistri farmacije dužni su poštivati Kodeks ljekarničke etike i deontologije i Pravila dobre ljekarničke prakse (ZOLK, čl. 25.). U tom smislu sve što magistar farmacije pri obavljanju ljekarničke djelatnosti sazna o korisniku, a u vezi s njegovim zdravstvenim stanjem, mora čuvati kao ljekarničku tajnu i može je otkriti, ako posebnim zakonom nije drukčije propisano, samo uz odobrenje korisnika, roditelja ili skrbnika za malodobne osobe, a u slučaju njegove psihičke nesposobnosti ili smrti, uz odobrenje uže obitelji, skrbnika ili zakonskoga zastupnika (ZOLK, čl. 26.).

<sup>101</sup> Prema odredbama ZOS-a, medicinska sestra je kao profesionalnu tajnu dužna čuvati sve podatke o zdravstvenom stanju pacijenta (ZOS, čl. 3. i 16. st. 3.). Novčanom kaznom u iznosu od 3.000,00 do 10.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj medicinska sestra ako ne ispuni obvezu čuvanja profesionalne tajne (ZOS, čl. 33.). I prema odredbi čl. III. Etičkog kodeksa hrvatske udruge medicinskih sestara (Zagreb, 1994.), sestra mora čuvati sve podatke o čovjeku koje je dobila tijekom provođenja zdravstvene njege i zaštite. Tajnom se smatra sve što je sestri povjereno osobno. Čuvanje profesionalne tajne je za sestru moralna dužnost i zakonska obveza. Odavanje profesionalne tajne i

**2.3.** Liječnička tajna je načelo medicinske etike koja se odnosi na ono što je bolesnik povjerio svom liječniku.<sup>102</sup> Koncept liječničke tajne star je nekoliko tisuća godina i naznake toga instituta mogu se naslutiti još u Hamurabijevu zakoniku, a kasnije i u Hipokratovoj zakletvi.<sup>103</sup> **Hipokratova zakletva** drevni je dokument i temelj je medicinske etike. Nastala je u V. stoljeću prije Krista. Hipokrat je postavio temelje moderne medicine, oslobađajući je od religije, nametanja kulta čovjeka i uvođenjem znanstvenog načela promatranja čovjeka i prirode. Hipokrat je u zakletvu unio temeljna deontološka načela koja su u to vrijeme bila na snazi u Grčkoj.<sup>104</sup> Polagali su je prilikom stupanja na dužnost svi liječnici koji su pripadali Hipokratovom društvu Asklepiada.<sup>105</sup> Tekst koji se odnosi na liječničku tajnu glasi: *Što pri svojem poslu budem saznao ili vidio, pa i inače, u dodiru s ljudima, koliko se ne bude smjelo javno znati, prešutjet ću i zadržat ću tajnu.* Hipokrat liječničku tajnu definira po sadržaju znatno široko jer pod njom podrazumijeva i sve činjenice saznate i viđene u kući bolesnika. Zdravstveni djelatnici najčešće se susreću sa Ženevskom formulacijom Hipokratove zakletve, u kojoj su naglašene obveze koje, prema iskustvima iz prethodna dva svjetska rata, nisu poštivane.<sup>106</sup> Usvojena je u Ženevi, 1948. godine, dopunjena na 22. Skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1968., i 35. skupštini u Veneciji, 1983. godine.<sup>107,108</sup>

prenošenje tajne dopušteno je u određenim okolnostima samo unutar tima zdravstvenih djelatnika i smatra se podijeljenom tajnom. Nedopustivo je prepričavanje profesionalnih tajni izvan zdravstvenog tima. Pravo svake sestre je da tijekom provođenja zdravstvene njege i zaštite kontrolira dobivene osobne podatke o čovjeku. Razgovor o zdravstvenoj njezi i zaštiti obavezan je radi kvalitetnog provođenja. Pri tome se mora posebno paziti na zaštitu anonimnosti bolesnika. Sestra je dužna intervenirati ukoliko drugi djelatnici zdravstvenog tima ne poštuju obvezu čuvanja profesionalne tajne. Sestra je oslobođena čuvanja profesionalne tajne ukoliko je to u interesu druge osobe, ili je od općeg interesa, ili je interes za dobrobit drugih jači od čuvanja tajne.

<sup>102</sup> Donald's Medical Dictionary, 28. ed., 1994., str. 368.

<sup>103</sup> Podrobnije o starijoj povijesti liječničke tajne kod JOVANOVIĆ, L.J., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 5.-12.

<sup>104</sup> Vidi NIKOLIĆ, S., *Etika zdravstvenih radnika danas*, "Timočki medicinski glasnik", vol. 28., 2003., broj 3-4, str. 87.-90.

<sup>105</sup> Cjeloviti tekst Hipokratove zakletve objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII.

<sup>106</sup> Usp. NIKOLIĆ, S., *Etika zdravstvenih radnika danas*, "Timočki medicinski glasnik", vol. 28., 2003., broj 3-4, str. 87.-90.

<sup>107</sup> Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIII.-XXIV. I *Međunarodni kodeks liječničke etike nalaže*: "Liječnik je dužan držati u tajnosti sve što zna o bolesniku, čak i nakon njegove smrti". Usvojen je u Londonu 1949. godine, te dopunjavao dva puta: na skupštini Svjetskog liječničkog udruženja u Sydneyu 1986., i Veneciji 1983. godine. Cjeloviti tekst objavljen je kod MILIČIĆ, V., *Deontologija profesije liječnik, život čovjeka i integritet liječnika – čudoredna raskrižja bioetike*, Zagreb, 1996., Prilog B, str. XXIV.-XXV.

<sup>108</sup> Usp. DOURAKI, T., *Ethical and Legal Dimensions of Medical Confidentiality in European Law of Human Rights*, "Pravni život", god. LI, 2002., br. 9, str. 183.

Čuvanje liječničke tajne bilo je prije XIX. stoljeća samo moralna dužnost liječnika,<sup>109</sup> pa iako je shvaćanje o isključivo etičkom karakteru liječničke tajne imalo svojih prednosti, slabost je bila u teškoći da se na siguran i dostojan način primjene sankcije protiv prekršitelja.<sup>110</sup> Treba ipak napomenuti da je, primjerice, u francuskom zakonodavstvu, iako nije bilo propisa kojima je liječnička tajna bila izričito uređena nego se ona priznavala prešutno, kao ustaljena norma ponašanja, bilo propisa temeljem kojih se otkrivanje liječničke tajne odobravalo u posebnim slučajevima. Tako je Luj XI. 1447. godine odobrio povredu liječničke tajne u slučajevima prijestupa “uvrede Veličanstva”, a Luj XIV. 1666. godine za slučajeve dvoboja i zločina. Revolucionarni zakon od 17. ventoza, X. godine (1805.), dodatno je odobrio otkrivanje liječničke tajne kad su u pitanju interesi države.<sup>111</sup> Za otkrivanje tajne od strane zdravstvenog personala po prvi put je bila utvrđena kazna u Pruskom općem zemaljskom pravu iz 1794. godine.<sup>112</sup> Po prvi put je dužnost čuvanja liječničke tajne zaštićena autoritetom države u francuskom Kaznenom zakoniku iz 1810. godine, na način da je povreda liječničke tajne okvalificirana kao kazneno djelo protiv osobe.<sup>113</sup>

### 3. Sadržaj liječničke tajne

Pod zaštitu liječničkom tajnom potpadaju svi podaci o pacijentu i njegovoj okolini koji su liječniku povjereni ili koje je on spoznao prilikom obavljanja svoga poziva, kao i pisana priopćenja pacijenta, bilješke o pacijentu i svi nalazi do kojih se došlo medicinskim ispitivanjem.<sup>114</sup> U pravilu se smatra da liječnička tajna obuhvaća samo činjenice koje liječnik saznaje u obavljanju svoga poziva, ponajviše od samoga bolesnika i u vezi s bolešću. Svakako to nisu samo činjenice koje mu bolesnik usmeno priopći, nego i sve ono što liječnik sam opazi ili na bilo koji način sazna prilikom pregleda bolesnika i pri drugim

<sup>109</sup> Primjerice, dok njemačko pravo pruža apsolutnu zaštitu od otkrivanja liječničke tajne, neke zemlje nisu prihvatile čuvanje liječničke tajne kao zakonsku obvezu, već je ona i dalje ostala samo kao moralno pravo, kao osobna stvar koja se tiče samo liječnika i bolesnika, ali ne i države. Ovakovo je stajalište zastupljeno u angloameričkom pravu. JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 13. U Velikoj Britaniji Generalni medicinski savjet izdao je smjernice koje upućuju na zabranu otkrivanja tajne i okolnosti pod kojima se ta zabrana ne mora poštivati. Vidi o tome kod STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 221.-273. Američko pravo uređuje institut liječničke tajne uvažavajući ponajviše pravo na privatnost, a pri tome se posebno vodi računa o anonimnosti tužitelja (pacijenta) tijekom sudskog postupka. PETROVIĆ-ŠKERO, V., *Lekarska tajna i veštačenje*, “Svet rada”, vol. 1, 2004., br. 4, str. 449.-450.

<sup>110</sup> Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

<sup>111</sup> Usp. JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, “Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu”, god. X, 1973., str. 13.

<sup>112</sup> Vidi JAHNKE, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Auflage, 5. Band, Leipzig, 1988., par. 203., podatak kod RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 133.,

<sup>113</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

<sup>114</sup> Tako MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, “Pravni informator”, 2003., str. 9.

medicinskim aktivnostima.<sup>115</sup> Međutim, postoji mišljenje da liječnička tajna sadržajno obuhvaća i znatno širi krug podataka. Tako, Pielievre u pojam tajne uključuje i eventualna zapažanja u kući bolesnika koja se ne odnose neposredno na bolest, mjesto pregleda, dijagnozu i prognozu bolesti, svu medicinsku dokumentaciju, kao i podatke o osobnom životu bolesnika (primjerice obiteljsku neslogu, izvanbračne veze, siromaštvo koje obitelj prikriva i sl.), jer drži da, iako ti podaci nemaju izravne veze s bolešću koja se liječi, njihovo bi otkrivanje svakako škodilo bolesniku ili bi mu, u najmanju ruku, bilo nelagodno i pokolebalo bi njegovo povjerenje u liječnika.<sup>116</sup> Tajna se, dakle, ne mora ticati samoga pacijenta, već se može odnositi i na druge osobe.

Vidjeli smo, obveza čuvanja liječničke tajne proteže se i na čuvanje tajnosti **medicinske dokumentacije** o pacijentu, jer upravo medicinska dokumentacija sadrži podatke o zdravstvenom stanju pacijenta.

Ipak, **nemaju** sve činjenice koje liječnik sazna od bolesnika karakter tajnosti, nego takvo značenje imaju samo one činjenice koje na takav način zadiru u interese ili intimne osjećaje pacijenta da ih on ne želi objaviti drugim osobama ili bi mu njihovo objavljivanje štetilo.<sup>117</sup> Liječnička tajna ne bi trebala obuhvaćati banalne podatke, primjerice je li pacijent bio prehladen, jer se otkrivanjem takvih podataka ne nanosi šteta interesu koji je dostojan zaštite.<sup>118</sup> Dakle, hoće li se neka bolest smatrati liječničkom tajnom zavisi, primjerice, od toga drži li se prema shvaćanju okoline ta bolest sramotnom, što umanjuje status i ugled pacijenta u očima sredine u kojoj žive (spolne bolesti, psihoze, impotencija i sl.), je li prenosiva ili ne, kakav je uspjeh liječenja te bolesti i sl.<sup>119</sup>

#### **4. Odnos liječnika i pacijenta – pravo na povjerljivost (privatnost)**

**4.1.** U ostvarivanju zdravstvene zaštite svaka osoba ima pravo na povjerljivost svih podataka koji se odnose na stanje njezina zdravlja (ZOZZ, čl. 21. st. t. 9.). Pravo na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje zdravlja pacijenta proizlazi iz **prava osobnosti** koje raznim sredstvima štiti personalitet čovjeka, pošto osobnost čovjeka nije samo psihološka kategorija, nego je i pravni pojam.<sup>120</sup> Opće je prihvaćeno stajalište da je jedno od subjektivnih prava osobnosti i pravo na privatnost, odnosno zaštitu privatnog života, koje pak jamči

<sup>115</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.; usp. ZEČEVIĆ, D. i dr., *Sudska medicina i deontologija*, Zagreb, 2004., str. 318.

<sup>116</sup> Vidi kod PIEDELIEVRE, R. – FOURNIER, E., *Medicine legale*, Paris, 196., podatak kod JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, “Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu”, god. X, 1973., str. 14.

<sup>117</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

<sup>118</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 135.

<sup>119</sup> Vidi JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 18.

<sup>120</sup> Tako RADOLOVIĆ, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, “Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci”, vol. 27., 2006., br. 1, str. 133.

i tajnost podataka o čovjekovom privatnom životu, pa time i o stanju njegova zdravlja.<sup>121</sup>

U većini slučajeva pacijent ulazi u odnos s liječnikom s povjerenjem, kako u osobu tako i u njegovo znanje.<sup>122</sup> Za obavljanje liječničke djelatnosti značajno je da se njezin uspjeh temelji na uzajamnom povjerenju liječnika i pacijenta, te da društveni razlozi traže da im se osigura uspjeh zajamčenjem diskrecije.<sup>123</sup> Povjerenje je temelj na kojem počiva odnos pacijenta i liječnika te etički i profesionalni kodeks medicine. Suvremenu medicinu karakterizira nadilaženje tradicionalnog liječničkog paternalizma pošto su danas liječnik i pacijent jednakopravni subjekti u kliničkom okruženju.<sup>124</sup> Izričito i dosljedno poštivanje obveze čuvanja tajne od strane liječnika ohrabruje pacijente da mu se obraćaju za pružanje medicinske pomoći.<sup>125</sup> S druge strane, liječnička tajna koristi, neizravno, i liječniku jer on svoju stručnu djelatnost može kvalitetno obavljati samo ako od pacijenta dobije informacije koje su mu nužne za dijagnozu i terapiju.<sup>126</sup> Već iz toga može se zaključiti da se profesionalno povjerenje ne podrazumijeva samo po sebi. Ono se dokazuje unutar konkretnog odnosa u konkretnom slučaju. Zato i izlazak informacija iz tog odnosa ima svoju konkretnu posljedicu – gubitak povjerenja u konkretnu osobu i predstavnika profesije koju ta osoba predstavlja.<sup>127</sup> Odnos pružatelja i korisnika zdravstvenih usluga, gledajući s pravnoga aspekta, najčešće je (neimenovani, neformalni) ugovorni odnos, pa zdravstveni djelatnici trebaju i s toga osnova poštivati privatnost povjerenih podataka vezanih uz pružanje usluga koje su im

<sup>121</sup> *Ibid.*, str. 150. Detaljnije o pravu osobnosti kod GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000. i BODIROGA, N. – DULČIĆ, K., *Zaštita osobnih podataka u europskome i hrvatskome pravu*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", god. 42, 2005., str. 327.-356.

<sup>122</sup> Usp. BLAŽEVIĆ, D. – CIVIDINI STRANIĆ, E. – BECK DVORŽAK, M., *Medicinska psihologija*, Zagreb, 1979., str. 130.

<sup>123</sup> Tako TRIVA, S. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 520.

<sup>124</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o liječništvu – reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. III., 2003., br. 9, str. 79.

<sup>125</sup> Usp. PETROVIĆ-ŠKERO, V., *Lekarska tajna i veštačenje*, "Svet rada", vol. 1, 2004., br. 4, str. 449.

<sup>126</sup> Tako REHBERG, J., *Handbuch des Arztrechts*, Zurich, 1994., str. 343., (dalje – REHBERG), podatak kod RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 340.

<sup>127</sup> Primjerice, otkrivanje liječničke tajne može prouzročiti šutnju, izbjegavanje osobe koja je dovela u pitanje privatnost, iskazivanje razočarenja u odnos u kojem je privatnost povrijeđena, strah od povjerenja u drugu osobu te povlačenje u vlastitu osobnost. Zato od medicinskih djelatnika kojima izlažu dijelove svoje privatnosti, primjerice, od identifikacijskih podataka, materijalnog stanja, adrese stanovanja, broja telefona do informacije u vezi sa zdravljem i bolesti do kojih treba doći pomoću različitih postupaka i intervencija pacijenti trebaju, u njihovom uzajamnom odnosu, dobiti uvjerenje i točne upute o tome kako će se ti podaci prikupljati, koristiti i štititi te koja su pravila profesije u vezi s njima. U situacijama u kojima treba govoriti o fiziološkim potrebama i funkcijama, tjelesnim izlučevinama, pokazati neki dio tijela, razgovarati o povijesti bolesti, rezultatima dijagnostičkih pretraga, težini stanja i svemu onome što bi se trebalo poduzeti da bi se to stanje promijenilo - u prostoru u kojem osoba treba biti zaštićena od pogleda drugih - pitanje povjerenja dobiva svoje puno značenje. GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 11.



povjerene.<sup>128</sup> Povjerenje na kojem se temelji liječnička tajna nije vezano za konkretnu fizičku osobu liječnika nego za liječnika kao obnašatelja liječničke funkcije.<sup>129</sup>

**Pravo na privatnost**, koje je temelj prava na tajnost liječničkih podataka, zajamčeno je i odredbama čl. 9. Opće deklaracije o ljudskim pravima (*Universal Declaration on Human Rights*), odredbama čl. 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (*International Covenant on Civil and Political Rights*), odredbama čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava,<sup>130</sup> odredbama čl. 8. Povelje o temeljnim ljudskim pravima Europske unije i u Smjernici 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti fizičkih osoba s obzirom na postupanje s osobnim podacima, te o slobodnom prometu tih podataka.<sup>131</sup>

**4.2. Pravo na povjerljivost/privatnost i tajnost podataka u odnosu između liječnika (zdravstvenih djelatnika) i pacijenata** uređeno je i zajamčeno u više domaćih propisa. Liječnik je dužan u odnosu prema pacijentima postupati primjenjujući i poštujući odredbe posebnih zakona koji reguliraju prava pacijenata te odredbe Kodeksa Hrvatske liječničke komore. Svi postupci medicinske prevencije, dijagnostike i liječenja moraju se planirati i provoditi tako da se očuva ljudsko dostojanstvo, integritet osobe i prava pacijenata, a posebno pravo na informiranost i samostalno odlučivanje (ZOLJ, čl. 19.).

**4.2.1. Odredbama Ustava Republike Hrvatske** ("Narodne novine", broj 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01.) svakom se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka. Bez privole ispitanika osobni se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz uvjete određene zakonom (Ustav, čl. 37. st. 1.).<sup>132</sup> Uporaba

<sup>128</sup> Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 162.

<sup>129</sup> Tako JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 16.

<sup>130</sup> Vidi DOURAKI, T., *Ethical and Legal Dimensions of Medical Confidentiality in European Law of Human Rights*, "Pravni život", god. LI, 2002., br. 9, str. 186.-190.; SANDOR, J., *Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use*, "Frontiers of European Health Law", Yearbook 2002., str. 79.-80.; Van DIJK, P. Van HOOFF, G. J. H., *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001., str. 459.-508.; HARLAND, C. – ROCHE, R. – STRAUSS, E., *Komentar Evropske konvencije o ljudskim pravima prema praksi u Bosni i Hercegovini i Strasbourgu*, Sarajevo, 2003., str. 219.-223.

<sup>131</sup> Vidi podrobnije o tome kod BODIROGA, N. – DULČIĆ, K., *Zaštita osobnih podataka u europskome i hrvatskome pravu*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", god. 42, 2005., str. 327.-356. Prema odredbi čl. 8. st. 3. Smjernice, iznimno u svrhu ostvarivanja uspješnog liječenja, podaci iz liječničkog kartona ispitanika dostupni su svim liječnicima koji liječe ili trebaju liječiti ispitanika, odnosno svim drugim osobama koje su uključene u liječenje i koje su obvezane na čuvanje profesionalne (liječničke) tajne. Vidi i HERVEY, T. – McHALE, J. V., *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004., str. 169.-172.; SANDOR, J., *Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use*, "Frontiers of European Health Law", Yearbook 2002., str. 76.-79.; LEHTONEN, L., *Protection of patient data and right to privacy in Finland – recent implementation of the Directive on the protection of personal data and centralized registries containing sensitive health data*, referat u zborniku 13th World Congress on Medical Law, 6-10 August 2000, Helsinki, str. 633.-639.

<sup>132</sup> U tom smislu treba napomenuti da su u Republici Hrvatskoj doneseni Zakon o zaštiti osobnih podataka i Zakon o pravu na pristup informacijama kojima se uređuje zaštita osobnih podataka



osobnih podataka suprotna utvrđenoj svrsi njihovoga prikupljanja zabranjena je (Ustav, čl. 37. st. 3.). Svakom se jamči i pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom (Ustav, čl. 58.).

**4.2.2. ZOZZ**-om je propisano da su zdravstveni radnici dužni čuvati kao profesionalnu tajnu sve što znaju o zdravstvenom stanju pacijenta (ZOZZ, čl. 122. st. 1.). Profesionalnu tajnu dužni su čuvati i drugi radnici u zdravstvu koji za nju saznaju u obavljanju svojih dužnosti te studenti i učenici škola zdravstvenog usmjerenja, koji u praktičnom dijelu nastave dolaze u doticaj s pacijentom,<sup>133</sup> kao i sve druge osobe koje u obavljanju svojih dužnosti dođu do podataka o zdravstvenom stanju pacijenta. Tako je, primjerice, i zdravstveni

---

i pravo na pristup informacijama o osobama koje posjeduju javna tijela, gdje svakako pripadaju i podaci o zdravlju određene osobe (tzv. *sensitive medical data*). Treba napomenuti da se radi o podacima koji su zabilježeni u određenim dokumentima, odnosno evidencijama, dok liječnička tajna uključuje i one podatke koje je zdravstveni djelatnik doznao o pacijentu i nije ih zabilježio u pisanom obliku. Usp. SANDOR, J., *Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use*, "Frontiers of European Health Law", Yearbook 2002., str. 79.

**Zakonom o zaštiti osobnih podataka** ("Narodne novine", br. 103/03., dalje - ZZOP) uređuje se zaštita osobnih podataka o fizičkim osobama te nadzor nad prikupljanjem, obradom i korištenjem osobnih podataka u Republici Hrvatskoj, u svrhu zaštite privatnog života i ostalih ljudskih prava i temeljnih sloboda u prikupljanju, obradi i korištenju osobnih podataka (čl. 1.). U smislu odredbe čl. 2. t. 1. ZZOP-a, osobni podatak je svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku osobu ili fizičku osobu koja se može identificirati (u daljnjem tekstu: ispitanik), a osoba koja se može identificirati osoba je čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovi jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet. Prema odredbi čl. 8. ZZOP-a, zabranjeno je prikupljanje i daljnja obrada osobnih podataka koji se, među ostalim, odnose na zdravlje ispitanika. Iznimno, ovi podaci mogu se prikupljati i dalje obrađivati: uz privolu ispitanika (privola ispitanika je slobodno dano i izričito očitovanje volje ispitanika kojom on izražava svoju suglasnost s obradom njegovih osobnih podataka u određene svrhe); u svrhu izvršavanja zakonskih obveza voditelja zbirke osobnih podataka; u svrhu zaštite života ili tjelesnog integriteta ispitanika ili druge osobe u slučaju kada ispitanik fizički ili pravno nije u mogućnosti dati svoj pristanak; ako je ispitanik sam objavio te podatke; ili ako se obrada provodi u okviru djelatnosti ustanove, udruženja ili bilo kojeg drugog neprofitnog tijela s političkom, vjerskom ili drugom svrhom te pod uvjetom da se obrada isključivo odnosi na njihove članove te da podaci ne budu otkriveni trećoj strani bez pristanka ispitanika.

**Zakonom o pravu na pristup informacijama** ("Narodne novine", br. 172/03., dalje - ZOPPI), uređuje se pravo na pristup informacijama koje posjeduju, raspoložu ili nadziru tijela javne vlasti, propisuju načela prava na pristup informacijama, izuzeci od prava na pristup informacijama i postupak za ostvarivanje i zaštitu prava na pristup informacijama u cilju omogućavanja i osiguranja ostvarivanja prava na pristup informacijama fizičkim i pravnim osobama putem otvorenosti i javnosti djelovanja tijela javne vlasti, sukladno ovom i drugim zakonima (ZOPPI, čl. 1. i 2.). Sve informacije koje posjeduju, raspoložu ili nadziru tijela javne vlasti moraju biti dostupne zainteresiranim ovlaštenicima prava na informaciju (ZOPPI, čl. 4. st. 1.). Iznimno, tijela javne vlasti uskratit će pravo na pristup informaciji ako je informacija zakonom ili na osnovi kriterija utvrđenih zakonom proglašena, među ostalim, profesionalnom tajnom ili ako je zaštićena zakonom kojim se uređuje područje zaštite osobnih podataka, u slučaju da postoje osnove sumnje da bi njezino objavljivanje izazvalo ozbiljnu štetu za život i zdravlje ljudi (ZOPPI, čl. 8. st. 1. i 2.).

<sup>133</sup> Vidi JADRO, D. – HRABRIĆ, M. – KRAMARIĆ, D., *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, rad u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem, Zagreb, 2003., str. 26.

inspektor prilikom obavljanja inspeksijskog nadzora dužan postupati tako da ne ugrozi čuvanje profesionalne tajne (ZOZZ, čl. 171. st. 1.).

**4.2.3. I ZOZPP-om** uređuje se i promiče pravo na privatnost i povjerljivost informacija o pacijentovom zdravstvenom stanju, medicinskom statusu, prognozi i liječenju te svim drugim informacijama osobne prirode koje moraju ostati povjerljive.<sup>134</sup> Načelo humanosti zaštite prava pacijenata ostvaruje se, među ostalim, i zaštitom osobnosti pacijenta uključujući poštivanje njegove privatnosti, svjetonazora te moralnih i vjerskih uvjerenja (ZOZPP, čl. 4.). 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. st. 1.).

**4.2.4. ZOLJ-om** je određeno da je liječnik zdravstveni radnik sa završenim medicinskim fakultetom i stečenim nazivom doktor medicine, te je temeljni i mjerodavni nositelj zdravstvene djelatnosti koju obavlja poštujući, među ostalim, i načela održavanja i promicanja povjerenja između liječnika i pacijenata te članova njihovih obitelji, kao i poštivanja prava pacijenata, propisa, pravila struke te Kodeksa medicinske etike i deontologije (ZOLJ, čl. 2.).

**4.2.5. Zakonom o zaštiti osoba s duševnim smetnjama** ("Narodne novine", broj 111/97., 128/99., dalje – **ZZODS**), uz zaštitu privatnosti koju uživaju temeljem odredbi čl. 32. ZOZZ-a, stvoreni su i dodatni okviri za zaštitu privatnog života pacijenata s duševnim smetnjama. Do stupanja na snagu ZZDOS-a zaštita profesionalne liječničke tajne bila je tek moralna obveza za osobe uključene u liječenje i brigu oko duševnih bolesnika, što bolesniku nije jamčilo primjerenu zaštitu njegova privatnog života.<sup>135</sup> Osobe koje obavljaju djelatnosti zaštite i liječenja osobe s duševnim smetnjama dužne su čuvati kao profesionalnu tajnu sve što saznaju ili primijete tijekom obavljanja tih djelatnosti (ZZODS, čl. 17. st. 1.). ZZODS je *lex specialis* u odnosu na ZOZZ te odredbama čl. 17. ZZODS-a, kad je u pitanju čuvanje liječničke tajne u svezi s postupanjem osoba koje obavljaju djelatnost zaštite i liječenja osoba s duševnim smetnjama, uvijek treba dati prednost u odnosu na općenitije odredbe ZOZZ-a.<sup>136</sup>

**4.2.6. Odredbom čl. 20. st. 1. Pravilnika o krvi i krvnim sastojcima** ("Narodne novine", br. 14/99., dalje – **POK**), propisuje se da u transfuzijskoj jedinici treba voditi evidenciju o svakom davatelju i uzimanju krvi ili krvnog sastojka, koja sadrži: identifikacijski broj davatelja, ime i prezime i adresa davatelja; datum i mjesto uzimanja krvi ili krvnog sastojka; zdravstvena ustanova koja je uzela krv ili krvni sastojak; rezultat mjerenja tlaka, pulsa, težine, kliničkog pregleda; sastojak koji je uzet; volumen uzete krvi ili krvnog sastojka; i eventualne nuspojave opažene tijekom uzimanja krvi ili krvnog

<sup>134</sup> Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, "Hrvatska pravna revija", god. V., 2005., br. 1, str. 90.

<sup>135</sup> Usp. DROPULIĆ, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Zagreb, 2002., str. 124.

<sup>136</sup> Vidi TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 106.

sastojka, te da su svi podaci u evidenciji o davatelju i uzimanju krvi liječnička tajna. Usto, prema odredbi čl. 21. POK-a, u transfuzijskoj jedinici treba voditi i registar davatelja koji su privremeno ili trajno odbijeni zbog preboljele zarazne bolesti ili je u njihovoj krvi potvrdnim testom dokazana prisutnost uzročnika zaraznih bolesti ili je transfuzija krvnog pripravka priređena iz krvi ili krvnog sastojka od toga davatelja uzrokovala bolest, a krvni pripravci pripremljeni od tih davatelja ne smiju se upotrijebiti za transfuzijsko liječenje ili pripremu derivata plazme. Izričito je propisano da su svi podaci u registru liječnička tajna. Nadalje, prema odredbi čl. 90. POK-a, transfuzijske jedinice dužne su voditi i očevidnike: dobrovoljnih davatelja krvi; davatelja koji su privremeno i trajno odbijeni; rezultata laboratorijskih testiranja davatelja, trudnica i bolesnika; pripremljenih krvnih pripravaka; uništenih krvnih pripravaka; bolesnika koji su imali posttransfuzijske reakcije ili su njihovi rezultati laboratorijskog ispitivanja bili izvan granica normale; djelatnika koji su sudjelovali u uzimanju krvi, laboratorijskom ispitivanju i priređivanju krvi i krvnih pripravaka; dijagnostičkih sredstava, aparata, servisiranja i popravaka; rezultata kontrole rada, dijagnostičkih sredstava i aparata; te reklamacija i opoziva nesukladnih proizvoda. Odredbom čl. 91. POK-a propisano je da svaka transfuzijska jedinica mora imati sustav čuvanja i voditi navedene očevidnike, a ako se očevidnici vode putem računarske mreže, mora postojati zaštita od neovlaštenog ulaska u bazu podataka te registracija svakog unosa ili pregleda baze s podatkom o osobi koja je taj posao obavljala.

## **5. Uzroci i načini povrede liječničke tajne**

**5.1.** 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, tele-medicine i elektroničke obrade podataka,<sup>137</sup> 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,<sup>138</sup> proizvođači lijekova (u marketinške svrhe), banke (ocjena rizika

<sup>137</sup> O tome detaljnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Profesionalna liječnička tajna*, "Informator", broj 5329, od 2. travnja 2005., str. 12.

<sup>138</sup> Usp. RISTIĆ, J., *Medicina i društvo*, Beograd, 1975., str. 82.-84.

kreditiranja), državna tijela,<sup>139</sup> kao i u (druge) komercijalne svrhe.<sup>140</sup> Zbog svega navedenog danas bi mogli govoriti i o službenoj, a ne samo o pozivnoj tajni.

**5.2.** Odavanje liječničke tajne ima svoje uzroke i pojavne oblike. Do povrede liječničke tajne dolazi najčešće usmeno ili pisanim putem, ali postoje i drugi načini povrede čuvanja liječničke tajne kao primjerice objavljivanje fotografskih snimaka, neopreznim objavljivanjem podataka o pojedinim bolesnicima u stručnoj literaturi i sl.<sup>141</sup> 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 lakoumnost, zabluda, prinuda, strast za saznavanjem i odavanjem tajne, koristoljubivi uzroci i psihološka neuračunljivost, ljutnja, tuga i sl.<sup>142</sup> Pri tome 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., a ove okolnosti mogu, u pravilu, biti ocjenjivane kao otegotne okolnosti.<sup>143</sup>

Kontakti sa službama i profesijama nastalih radi zadovoljavanja egzistencijalnih potreba ljudi u velikom broju slučajeva dovode čovjeka u situaciju nužnog odavanja tajnih dijelova osobnosti.<sup>144</sup> Primjerice, pri izlasku iz bolnice bolesnik dobije otpusnicu u kojoj je ispisana dijagnoza, koju je dužan pokazati poslodavcu radi pravdanja izostanka i odobravanja bolovanja.<sup>145</sup> Do otkrivanja liječničke tajne može doći i posredno, na zahtjev sudova ili drugih državnih tijela. Primjerice, sud može zahtijevati povijest bolesti nekog pacijenta radi sudskomedicinskog 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.<sup>146</sup> U bolnicama na krevetu svakog bolesnika izvršene su tzv. temperaturne liste s velikim brojem podataka o bolesniku (ime i prezime, godina rođenja, dijagnoza, zabilješke o temperaturi, puls, krvnom tlaku, ordiniranim lijekovima, datumima kirurških intervencija i raznih laboratorijskih pretraga i sl., a te liste stoje otvoreno i pristupačne su svakome tko dođe posjetiti toga ili drugog

<sup>139</sup> Vidi VRHOVAC, B., *Liječnička tajna*, "Liječničke novine", 2001., broj 5, str. 19.-20.

<sup>140</sup> Tako SANDOR, J., *Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use*, "Frontiers of European Health Law", Yearbook 2002., str. 76.

<sup>141</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.-295.

<sup>142</sup> *Ibid.*, str. 295.

<sup>143</sup> Vidi RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217.

<sup>144</sup> Tako GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 5.

<sup>145</sup> Usp. JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god X, 1973., str. 21.

<sup>146</sup> Tako MARIĆ, J. – LUKIĆ, M., *Pravna medicina*, Beograd, 1998., str. 344.

bolesnika u sobi.<sup>147</sup> Radnja otkrivanja može se obaviti, primjerice, i tako što liječnik razgovara telefonom o tajnim podacima u prisutnosti treće osobe, koja može identificirati pacijenta na kojega se podaci odnose.<sup>148</sup>

Otkrivanje liječničke tajne može se izvršiti i nečinjenjem, odnosno propuštanjem, npr. ako liječnik pacijentovu medicinsku dokumentaciju ne pohrani na propisani način i time omogući neovlaštenim trećim osobama da je razgledaju ili odnesu.<sup>149</sup>

## 6. Neovlašteno<sup>150</sup> odavanje liječničke tajne

**6.1.** Povreda podataka o zdravstvenom stanju osobe može se odraziti i na njezin privatni život. Čuvanje liječničke tajne je **etička i pravna obveza liječnika**, odnosno zdravstvenih djelatnika.<sup>151</sup> Dužnost čuvanja liječničke tajne postoji bez obzira na činjenicu liječi li liječnik pacijenta slučajno (primjerice, kao žrtvu prometne nesreće), dragovoljno ili prinudno, te ne prestaje s prestankom liječničke djelatnosti, nego traje doživotno.<sup>152</sup> Tako je, primjerice, liječnik dužan čuvati liječničku tajnu i pred bolesnikovim bližnjima, ako to bolesnik želi, a i **nakon njegove smrti**, osim u slučaju kad bi čuvanjem liječničke tajne ugrozio život i zdravlje drugih ljudi (Kodeks medicinske etike i deontologije, čl. 2. st. 13.). Pravo čovjeka na privatnost ne gasi se njegovom smrću.<sup>153</sup> Usto, nakon smrti pacijent nije više u stanju liječnika osloboditi obveze čuvanja tajne, a postoji mišljenje da to ne mogu ni njegovi nasljednici ni njemu bliske osobe.<sup>154</sup> U slučaju sumnje, liječnik se uvijek treba odlučiti za postmortalnu obvezu čuvanja tajne.<sup>155</sup> Mogućnost da se tajni podaci otkriju nakon pacijentove smrti zavisi od raznih okolnosti, primjerice od prirode tih podataka, jesu li te informacije već postale dostupne javnosti, koliko je prošlo od pacijentove smrti, postoji li sukob interesa vezan za te podatke, kojim se osobama otkrivaju ti podaci (rodbina, ovlaštena tijela) i sl.<sup>156</sup>

<sup>147</sup> Vidi JELAČIĆ, O., *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god X, 1973., str. 21.

<sup>148</sup> Tako REHBERG, str. 345.

<sup>149</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", god. L., 2002., broj 3-4, str. 329.

<sup>150</sup> Pojam "neovlašteno" trebalo bi izjednačiti s pojmom "neopravdano" i "protupravno" otkrivanje tajne. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 139.

<sup>151</sup> Tako CRUZ, P., *Medical Law*, London, 2002., str. 90.

<sup>152</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 134.

<sup>153</sup> Vidi detaljnije o tome kod PLOEM, C., *Medical confidentiality after patient's death*, "Medicine and Law", vol. 20, 2001., br. 2, str. 215.-220.

<sup>154</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", god. L., 2002., broj 3-4, str. 330.

<sup>155</sup> Tako ULSENHEIMER, str. 554.

<sup>156</sup> Vidi STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 224.

Liječnik, pak, nije dužan čuvati tajnu odnosno podatke koje je doznao nezavisno od svog zanimanja (primjerice, u privatnom razgovoru) ili samovoljno, odnosno na ilegalan način (primjerice, čitanjem zatvorenog pisma adresiranog na pacijenta), ali može naknadno biti dužan čuvati i takvu tajnu ako bi kasnije liječio osobu o čijoj se tajni radi.<sup>157</sup>

**6.2.** Neovlašteno odavanje liječničke tajne može za osobu koju je povrijedila liječničku tajnu imati različite posljedice i odgovornosti.

### **6.2.1. Moralne i psihološke posljedice**

Nepoštivanje liječničke tajne 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.<sup>158</sup> Za razliku od ostalih pravila medicinskog prava, etička su pravila redovito kodificirana u posebnim etičkim, odnosno deontološkim kodeksima,<sup>159</sup> u našem pravu u Kodeksu medicinske etike i deontologije.

### **6.2.2. Kaznena odgovornost**

Moralna obveza liječnika da čuva liječničku tajnu pojačana je pravnim normama koje propisuju kaznenu odgovornost liječnika ako neovlašteno otkrije tajnu koju je saznao u obavljanju svoga poziva.<sup>160</sup> KZ propisuje da se će 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 (KZ, čl. 132. st. 1.), a kazneni postupak za navedeno kazneno djelo pokreće se povodom prijedloga (KZ, čl. 132. st. 3.). Ovom inkriminacijom osigurava se kaznenopravna zaštita podataka osobnog značaja, odnosno podataka koji se tiču određenog pojedinca, njegovog intimnog područja života.<sup>161</sup>

Kazneno djelo odavanja liječničke tajne 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.<sup>162</sup>

Tajna saznana pri obavljanju poziva nije pristupačna širem krugu osoba. Interes i volja njezina vlasnika jest da ostane u diskreciji, da ne postane dostupna i da ju ne sazna neovlaštena osoba.<sup>163</sup> Uvijek se radi o tajnama koje se tiču pojedinca, a ne i o onima koje se tiču ustanova, trgovačkih društava, organizacija

<sup>157</sup> Tako ULSENHEIMER, str. 551.

<sup>158</sup> Usp. ZEČEVIĆ, D. i dr., *Sudska medicina i deontologija*, Zagreb, 2004., str. 320.

<sup>159</sup> Tako BOŠKOVIĆ, Z., *Kodeks medicinske etike i deontologije*, “Informator”, broj 5046-5047, od 17. i 20. srpnja 2002. godine, str. 1.

<sup>160</sup> Vidi BOŠKOVIĆ, Z., *Profesionalna liječnička tajna*, “Informator”, broj 5329, od 2. travnja 2005., str. 11.

<sup>161</sup> Usp. RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217.

<sup>162</sup> Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

<sup>163</sup> Vidi BAČIĆ, F. - PAVLOVIĆ, Š., *Komentar kaznenog zakona*, Zagreb, 2004., str. 548.



i sl., jer su one obuhvaćene posebnim kaznenim djelima, kao što su djela otkrivanja službene, vojne, poslovne ili državne tajne.<sup>164</sup> Tajna se ne mora ticati samoga pacijenta, već se može odnositi i na sasvim druge osobe.<sup>165</sup>

Zaštitni objekt je pravo građana na osobnu tajnu, odnosno podaci saznati u vršenju određenog poziva.<sup>166</sup> 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.<sup>167</sup>

Radnja počinjenja je svako ponašanje liječnika kojom se tajna stavlja do znanja, kojom se prenosi, iskazuje nekoj trećoj, neovlaštenoj osobi.

Da bi ovo kazneno djelo postojalo, mora se raditi o neovlaštenom otkrivanju liječničke tajne, a u protivnom djelo neće postojati jer neće biti protupravno.<sup>168</sup> Ovo kazneno djelo neće postojati ako su otkriveni podaci čije držanje u tajnosti nije važno za očuvanje pacijentova intimteta (objektivno beznačajni podaci). Kao poseban temelj isključenja protupravnosti ovog kaznenog djela jest slučaj 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.<sup>169</sup> 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.<sup>170</sup> 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.<sup>171</sup>

### 6.2.3. Prekršajna odgovornost

Zbog odavanja liječničke tajne liječnik može odgovarati i prekršajno.

Tako se liječnik ako ne poštuje obvezu čuvanja liječničke tajne, može za prekršaj kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna (ZOLJ, čl. 59. t. 3.). Novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kuna može se za prekršaj kazniti i zdravstvena ustanova ako povrijedi pravo na povjerljivost podataka (ZOZPP, čl. 41. st. 1. t. 8.), te odgovorna osoba u

<sup>164</sup> Tako BAČIĆ, F. - ŠEPAROVIĆ, Z., *Krivično pravo - posebni dio*, Zagreb, 1997., str. 111.

<sup>165</sup> *Ibid.*, str. 111.

<sup>166</sup> Vidi RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 217.

<sup>167</sup> Usp. BAČIĆ, F. - PAVLOVIĆ, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2004., str. 548.

<sup>168</sup> Tako BAČIĆ, F., *Krivično pravo – Posebni dio (I)*, Zagreb, 1979., str. 205.

<sup>169</sup> Vidi BAČIĆ, F. - PAVLOVIĆ, Š., *Komentar kaznenog zakona*, Zagreb, 2004., str. 549.

<sup>170</sup> Usp. BAČIĆ, F. - ŠEPAROVIĆ, Z., *Krivično pravo - posebni dio*, Zagreb, 1997., str. 111.; ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika*, Zagreb, 1998., str. 32.

<sup>171</sup> Vidi BAČIĆ, F. - ŠEPAROVIĆ, Z., *Krivično pravo - posebni dio*, Zagreb, 1997., str. 112.

zdravstvenoj ustanovi s novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 10.000,00 kuna.<sup>172</sup> Psihijatrijska ustanova može se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 300.000,00 kuna za prekršaj ako povrijedi obvezu čuvanja profesionalne odnosno službene tajne, a za navedeni prekršaj može se kazniti novčanom kaznom u iznosu od 1.000,00 do 10.000,00 kuna i osoba čijom je radnjom ostvaren navedeni prekršaj, kao i odgovorna osoba u psihijatrijskoj ustanovi (ZZODS, čl. 64. t. 5.).

#### **6.2.4. Stegovna (disciplinska) odgovornost**

Kaznena i prekršajna odgovornost liječnika ili disciplinska odgovornost u zdravstvenoj ustanovi, trgovačkom društvu ili drugoj pravnoj osobi koja obavlja zdravstvenu djelatnost ne isključuje disciplinsku odgovornost liječnika pred Hrvatskom liječničkom komorom (ZOLJ, čl. 50. st. 2.). Liječnik je dužan poštivati i pridržavati se svih propisa koje donose tijela Komore, a posebice Kodeksa (Statut Hrvatske liječničke komore, "Narodne novine" br. 47/04., čl. 9. t. 1.). Liječnik je **disciplinski odgovoran** ako: povrijedi odredbe ZOLJ-a; povrijedi Kodeks medicinske etike i deontologije Komore;<sup>173</sup> obavlja nestručno liječničku profesiju; svojim ponašanjem prema pacijentu, drugom liječniku ili trećim osobama povrijedi ugled liječničke profesije; ne ispunjava Statutom ili drugim općim aktom određene članske obveze prema HLJK (ZOLJ, čl. 50. st. 1.; Statut HLJK, čl. 32.). 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,<sup>174</sup> čl. 4.). Povreda čuvanja profesionalne, liječničke tajne **teža je povreda** obveze iz radnog odnosa (ZOZZ, čl. 122. st. 3.). Za povredu liječničke tajne liječniku se 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

<sup>172</sup> Za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 50.000,00 kuna 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 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 kuna i privatni zdravstveni radnik (ZOZPP, čl. 41.).

<sup>173</sup> 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.).

<sup>174</sup> 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.

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.).<sup>175</sup>

### 6.2.5. Građanska odgovornost

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,<sup>176</sup> odnosno pravo na privatnost, povrijeđeno protupravnim odavanjem liječničke tajne, pripada pravo da protiv osobe koja je izvršila povredu stavlja i ostvaruje odgovarajuće građanskopravne zahtjeve,<sup>177</sup> i to zahtjev za prestanak povrede (kvazinegatorijski zahtjev), zahtjev za popravljivanje neimovinske (nematerijalne) štete nenovčanim i/ili novčanim zadovoljenjem, zahtjev za utvrđenje, kao i zahtjev zbog stjecanja bez osnove.<sup>178</sup> 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.<sup>179</sup>

## 7. Ovlašteno odavanje liječničke tajne

Ovlast osobe da može isključiti svakoga od neovlaštenog saznavanja, prikupljanja, daljnjeg širenja i objavljivanja podataka o njoj i njezinu životu njezino je pravo na to da ti podaci ostanu za svakoga tajna, osim za onoga koji bi bio ovlašten te podatke saznati, baratati s njima i sl.<sup>180</sup> Međutim, dužnost čuvanja liječničke tajne nije apsolutna, pa liječnik ne postupa neovlašteno, odnosno protupravno ako tajnu otkrije iz **opravdanih razloga**. Tako liječnik nema obvezu čuvanja tajne: ako su ga pacijent ili njegov zakonski zastupnik

<sup>175</sup> 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.

<sup>176</sup> 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.

<sup>177</sup> Usp. GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000., str. 219.

<sup>178</sup> Ibid., str. 241.

<sup>179</sup> 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.

<sup>180</sup> Tako GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000., str. 219.

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.

### **7.1. Ovlaštenje od strane pacijenta**

Liječnik ili drugi zdravstveni djelatnik oslobođen je šutnje o podacima koji predstavljaju liječničku tajnu u svim slučajevima u kojima pacijent pristaje na iznošenje njegovih podataka privatne naravi. Sve što liječnik sazna o pacijentu koji mu se obrati za liječničku pomoć, a u svezi je s njegovim zdravstvenim stanjem, mora čuvati kao liječničku tajnu i može je otkriti, ako posebnim zakonom nije drukčije propisano, 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.).<sup>181</sup> Pacijent može osloboditi liječnika od dužnosti čuvanja tajne koja se odnosi na toga pacijenta, ali ga ne može prisiliti na odavanje tajne.<sup>182</sup> Naime, liječnik može odlučiti da ne otkrije podatke koji predstavljaju liječničku tajnu, iako ga je pacijent na to ovlastio, ako drži da pacijent nije bio svjestan negativnih posljedica koje bi mu moglo prouzročiti otkrivanje liječničke tajne, ako smatra da pacijent želi da se podaci otkriju iz nekih posebnih razloga koji ne bi bili u skladu s njegovim ugledom i liječničkom etikom i sl.<sup>183</sup>

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 odavanja tajne svoje uporište ima u pravu svakog čovjeka da raspolaze svojim vlastitim dobrom.<sup>184</sup>

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, a isto tako može i imenovati osobe kojima zabranjuje davanje tih podataka (ZOZPP, čl. 25. st. 2.).

<sup>181</sup> Vidi IVANČEVIĆ, N., *Zakon o liječništvu*, rad u zborniku "Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem", Zagreb, 2003., str. 91.

<sup>182</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

<sup>183</sup> Tako JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 37.

<sup>184</sup> Vidi POZAIĆ, V., *Teološki vidici liječničke tajne*, "Obnovljeni život", vol. 56, 2001., broj 4, str. 447-449.

Osobe koje obavljaju djelatnosti zaštite i liječenja osobe s duševnim smetnjama mogu otkriti ono što su saznale ili primijetile glede duševno oboljelih osoba tijekom obavljanja svoje djelatnosti, samo uz pristanak tih osoba ili njihovoga zakonskog zastupnika, ako ona sama nije sposobna dati pristanak (ZZODS, čl. 17. st. 2.). Ako se, pak, tajna odnosi na neku drugu osobu, a ne na samoga pacijenta, za otkrivanje tajne potreban je pristanak te osobe.<sup>185</sup> Da bi pristanak osobe s duševnim smetnjama bio valjan, ona mora biti sposobna procijeniti opravdanost, svrhu, korist ili štetu od davanja informacije, te stoga prethodno mora biti informiran o svom stanju i posljedicama koje proizlaze iz davanja informacije određenoj osobi i/ili ustanovi.<sup>186</sup> U slučaju kad osoba s duševnim smetnjama nije sama sposobna dati pristanak na otkrivanje tajne, pa kad u njezino ime pristanak daje njihov zakonski zastupnik, liječnik smije otkriti podatke samo ako je njihovo otkrivanje u najboljem interesu osobe duševnim smetnjama, a pri tome treba obrazložiti, odnosno dokumentirati razloge zbog kojih se osoba s duševnim smetnjama smatra nesposobnom sama dati pristanak.<sup>187</sup>

## 7.2. Pretpostavljena suglasnost pacijenta

Izjava volje pacijenta koja znači pristanak na otkrivanje tajne od strane liječnika može se dati u bilo kojem obliku, na izričit način ili prešutno, konkludentnim radnjama. Pretpostavljeni pristanak pacijenta značajan je posebno u slučaju kad se pacijent nije sam u stanju izjasniti, primjerice ako je izgubio svijest ili zbog toga što je mentalno bolestan, kao i onda kad se iz okolnosti može zaključiti da pacijent nema interesa za čuvanjem njegove tajne.<sup>188</sup> U dvojbi liječnik treba polaziti od pretpostavke da pacijent ima volju da se njegovi podaci drže u tajnosti.<sup>189</sup>

Primjerice, ako pacijent u sudskom postupku imenuje svoga liječnika kao svjedoka, smatra se da ga je prešutno oslobodio obveze čuvanja liječničke tajne.<sup>190</sup> 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.<sup>191</sup>

Osobe koje obavljaju djelatnosti zaštite i liječenja osobe s duševnim smetnjama mogu otkriti ono što su saznale ili primijetile glede duševno oboljelih osoba tijekom obavljanja svoje djelatnosti, i bez pristanka osobe s duševnim smetnjama ili njezinog zakonskog zastupnika, službenim osobama u centrima za socijalnu skrb i drugim državnim tijelima koje su te podatke dužne čuvati kao službenu tajnu kada je to nužno da bi one mogle postupati u svezi s osobom s

<sup>185</sup> Usp. TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 107.

<sup>186</sup> *Ibid.*, str. 107.

<sup>187</sup> *Ibid.*, str. 108.

<sup>188</sup> Tako ULSENHEIMER, str. 556. Usp. STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 224.

<sup>189</sup> Usp. REHBERG, str. 135.

<sup>190</sup> Vidi DEUTSCH, E. – SPICKHOFF, A., *Medizinrecht*, Munchen, 2003., str. 318.

<sup>191</sup> Tako REHBERG, str. 349.

duševnim smetnjama na temelju i u okviru svojih ovlasti, i to samo onda kad osobe s duševnim smetnjama nisu sposobne dati svoj pristanak, a osobe koje obavljaju djelatnosti zaštite i liječenja osobe s duševnim smetnjama nemaju osnove vjerovati da bi se osoba s duševnim smetnjama protivila otkrivanju takvih podataka, (ZZODS, čl. 17. st. 3.). Pri tome se smiju otkriti samo oni podaci koji su značajni za ostvarivanje navedene svrhe i ti podaci ne smiju se, bez posebnog pristanka pacijenta, koristiti u druge svrhe osim onih za koje su dani (ZZODS, čl. 17. st. 4.). Drži se, dakle, da bi se navedenim tijelima trebalo pripočiti minimum informacija o pacijentu koje bi navedenim tijelima i službama bile dostatne za realizaciju postupka u okviru njihova djelokruga rada.<sup>192</sup>

### 7.3. Odavanje tajne drugom liječniku pacijenta

Ako više liječnika istovremeno ili jedan za drugim liječe istoga pacijenta, oni nemaju međusobnu obvezu čuvanja tajne, svakako ukoliko je pacijent s time suglasan ili se njegova suglasnost može pretpostaviti.<sup>193</sup> S obzirom 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 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.<sup>194</sup>

Osobe koje obavljaju djelatnosti zaštite i liječenja osobe s **duševnim smetnjama** mogu otkriti ono što su saznale ili primijetile glede duševno oboljelih osoba tijekom obavljanja svoje djelatnosti i, bez pristanka osobe s duševnim smetnjama ili njezinoga zakonskog zastupnika, drugom psihijatru ili doktoru medicine ako je to nužno za pružanje liječničke pomoći toj osobi, koji je te podatke dužan čuvati kao profesionalnu tajnu (ZZODS, čl. 17. st. 3.). Pri tome se smiju otkriti samo oni podaci koji su značajni za ostvarivanje navedene svrhe i ti podaci ne smiju se koristiti u druge svrhe osim onih za koje su dani (ZZODS, čl. 17. st. 4.). Postoji mišljenje da liječnik koji je liječio osobu s duševnim smetnjama ipak ne bi smio ni u svrhu liječničke pomoći ove podatke otkriti drugom psihijatru ili doktoru medicine ako se duševno bolesna osoba ili nejin zakonski zastupnik izrijeком protivi otkrivanju tajne, osim iznimno u slučajevima hitnje te ako je riječ o osobi s težim duševnim smetnjama prisilno smještenoj u psihijatrijskoj ustanovi, a otkrivanje tajne nužno je za provođenje liječničkog postupka bez kojeg bi nastupilo teško narušenje zdravlja te osobe (arg. ZZODS, čl. 8., 9. st. 1. i 3. u svezi s čl. 17.).<sup>195</sup>

<sup>192</sup> Usp. TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – s komentarom i prilogima*, Zagreb, 2001., str. 110.

<sup>193</sup> Vidi MUJOVIĆ ZORNIĆ, H. – SJENČIĆ, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, "Pravni informator", 2003., str. 9.

<sup>194</sup> Tako STAUCH, M. – WHEAT, K., *Sourcebook on Medical Law*, London-Sydney, 1999., str. 223.

<sup>195</sup> Vidi TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – s komentarom i prilogima*, Zagreb, 2001., str. 109.



Liječnik koji upućuje bolesnika drugom liječniku dužan je obavijestiti ga o pojedinostima koje bi mogle na bilo koji način 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, obavezan ih je o tome pravodobno obavijestiti telefonom, elektroničkim putem ili na drugi odgovarajući način (ZOLJ, čl. 28.).

#### **7.4. Odavanje liječničke tajne na temelju (zakonskih) propisa**

Liječnik nije povrijedio dužnost čuvanja liječničke tajne ako je podatke koji predstavljaju liječničku tajnu obznanio, odnosno učinio dostupnim trećim osobama, zbog toga što su ga na odavanje tajne obvezali zakonski (ili drugi) propisi. U tom slučaju liječnik o tome treba izvijestiti pacijenta. Zakonska dopuštenja za zadiranje u privatnost treba, kao iznimku, tumačiti restriktivno.

Zdravstveni interesi drugih osoba mogu liječnika dovesti u moralnu dvojbu treba li odati ili prešutjeti neku tajnu, 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.<sup>196</sup>

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.<sup>197</sup> 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 zapuštanjem 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.).

<sup>196</sup> Usp. *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

<sup>197</sup> Tako BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 163.

Liječnik je dužan podnijeti prijavu policiji ili državnom odvjetništvu kada tijekom obavljanja liječničke djelatnosti posumnja da je smrt ili tjelesna ozljeda osobe nastala nasilnim putem (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 – **ZZPZB**), obvezi prijavljivanja zaraznih bolesti podliježu: a/ svako oboljenje ili smrt od zarazne bolesti navedene u čl. 3. ZZPZB-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; e/ svako nošenje antigena virusne žutice tipa B i C i 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 tome 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 kuna 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 kuna 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.).

### **7.5. Odavanje liječničke tajne na zahtjev ovlaštenog tijela**

Dužnost čuvanja liječničke tajne može prestati i na temelju odluka sudova ili javnim izjavama predstavnika službi koje brinu o javnoj sigurnosti zajednice. Budući da navedene institucije iznose samo jedan dio privatnosti i tajnosti pacijenata, onaj najnužniji vezan uz odgovarajuću odluku ili izjavu, očekivati je da će sve ono što nije izrečeno, a ima razinu zaštite privatnosti i neodavanja tajne, ostati obvezom šutnje medicinskih i zdravstvenih djelatnika.<sup>198</sup>

Tako je liječnik, odnosno drugi zdravstveni djelatnik, dužan 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. st. 4.). Isto tako, liječnik je 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.).

<sup>198</sup> Usp. GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 10.

Liječnik nije dužan čuvati liječničku tajnu 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 ako treba dati obavijest nadležnom tijelu o teškom oboljenju pacijenta koje ga čini nesposobnim za vožnju automobila i opasnim po ostale sudionike u prometu.<sup>199</sup> 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.<sup>200</sup>

### **7.6. Odavanje liječničke tajne zbog pretežnijeg interesa trećih osoba**

Ponekad su u pogledu čuvanja liječničke tajne u sukobu interesi pojedinca (očuvati tajnu) i interesi javnosti (primjerice, saznati o nekoj zaraznoj bolesti). Javni interes u pravilu je u drugom planu i dolazi do izražaja u prosudbi pretežnijeg interesa (načelo vaganja dobara).<sup>201</sup> Ocjena o tome koji je interes pretežniji predstavlja *quaestio facti* u svakom konkretnom slučaju.<sup>202</sup>

Liječnik je liječničku tajnu dužan čuvati osim u slučaju kad bi čuvanjem liječničke tajne ugrozio život i zdravlje drugih ljudi (Kodeks, čl. 2. st. 13.). Naime, postoje situacije u kojima šutnja i neodavanje podataka o pojedincima, odnosno pacijentima predstavlja opasnost i rizik za zajednicu. To su slučajevi u kojima zaštita zajednice ima prednost pred privatnosti pacijenta. Međutim, važno je naglasiti da i u tim slučajevima medicinski i zdravstveni djelatnici ne smiju odavati podatke izravno u javnost nego se moraju obraćati odgovarajućim institucijama i službama koje mogu pomoći u rješavanju određenog problema.<sup>203</sup> U smislu kaznenopravne odgovornosti, KZ zaštitu liječničke tajne ne postavlja 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 (KZ, čl. 132. st. 2.).<sup>204,205</sup>

<sup>199</sup> Vidi RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2003., str. 140.

<sup>200</sup> Tako *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

<sup>201</sup> Vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika*, Zagreb, 1998., str. 31.

<sup>202</sup> Usp. RAJIĆ, Z. – TOMIĆ, M. – MILJKO, Z., *Komentar Kaznenog zakona*, Mostar, 2000., str. 219.

<sup>203</sup> 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", vol. 56, 2001., broj 4, str. 447-449.

<sup>204</sup> Usp. BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 163.

<sup>205</sup> Postoji mišljenje da u određenim slučajevima liječnička tajna može postojati i prema samom pacijentu. Drži se, primjerice, da bi u slučaju teške, neizlječive bolesti pacijenta njegovo upoznavanje sa stvarnim stanjem bolesti moglo dovesti do pogoršanja njegova zdravlja i ubrzanja

Postoje i slučajevi u kojima bi šutnja, odnosno neodavanje liječničke tajne nanijelo štetu trećim osobama. Dio tih slučajeva uređen je zakonskim odredbama (primjerice, prenošenje spolnih i zaraznih bolesti).<sup>206</sup> 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 su život i zdravlje žene vrjedniji od dužnosti čuvanja tajne. Pored bračnog druga liječnik bi trebao biti ovlašten o tome izvijestiti i druge osobe koje su bliske pacijentu, a posebno ako je prethodno bez uspjeha pokušao uvjeriti pacijenta da sam poduzme mjere zaštite.<sup>207</sup>

Osobe koje obavljaju djelatnosti zaštite i liječenja osobe s duševnim smetnjama mogu otkriti ono što su saznale ili primijetile tijekom obavljanja svoje djelatnosti glede duševno oboljelih osoba i bez pristanka osobe s duševnim smetnjama ili njezinoga zakonskog zastupnika ako je to nužno učiniti u općem interesu<sup>208</sup> ili interesu druge osobe koji je važniji od interesa čuvanja tajne (ZZODS, čl. 17. st. 3.). Pri tome se smiju otkriti samo oni podaci koji su značajni za ostvarivanje navedene svrhe i ti podaci ne smiju se koristiti u druge svrhe osim onih za koje su dani (ZZODS, čl. 17. st. 4.).

### 7.7. Otkrivanje liječničke tajne u znanstvenim publikacijama

Posebno pitanje upotrebe identifikacijskih podataka i saznanja koja imaju težinu tajne postavlja se u upotrebi tih podataka i saznanja u znanstveno-nastavno-obrazovne svrhe, a pri tome je posebno upitna količina identifikacijskih i drugih podataka koji omogućuju prepoznavanje određenog pacijenta ili dovođenje u svezu s njim.<sup>209</sup> Iznošenje konkretnih slučajeva u **stručnim**

---

smrti. Suprotno, prikrivanje takvog stanja predstavlja posebnu vrstu liječenja, psihoterapije. Ipak, pretežito je mišljenje da liječnička tajna djeluje samo prema trećim osobama, a ne i prema pacijentu. JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 42.

<sup>206</sup> 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", vol. 56, 2001., broj 4, str. 447.-449.

<sup>207</sup> Tako SCHLUND, G., *Specifische arztliche Mitteilungsmöglichkeiten*, objavljen kod LAUFS-UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 2002., str. 581.; podatak kod RADIŠIĆ, str. 141.

<sup>208</sup> Općim interesom ili interesom koji je važniji od interesa čuvanja liječničke tajne smatra se: (a) otkrivanje saznanja da osoba s duševnim smetnjama priprema počinjenje kaznenog djela za koje je zakonom propisana kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, (b) otkrivanje ili suđenje za najteža kaznena djela ako bi ono bilo znatno usporeno ili onemogućeno bez otkrivanja inače zaštićenih podataka, (c) zaštita javnog zdravlja i sigurnosti, (d) sprječavanje izlaganja druge osobe neposrednoj i ozbiljnoj opasnosti za njen život ili zdravlje (ZZODS, čl. 17. st. 5.). Podrobnije o tome kod TURKOVIĆ, K. – DIKA, M. – GORETA, M. – ĐURĐEVIĆ, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama – s komentarom i priložima*, Zagreb, 2001., str. 110.-112.

<sup>209</sup> Vidi GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 10.

**društvima ili stručnoj literaturi** s navođenjem imena bolesnika ili njegovom fotografijom smatra se neovlaštenim odavanjem liječničke tajne.<sup>210</sup>

Klinički i drugi materijali koji se koriste u predavanjima ili znanstvenim tiskovinama moraju prikriti identitet osoba (s duševnim smetnjama) o kojima govore (ZZODS, čl. 17. st. 7.). Dakle, ako podatke o pacijentu iznosi u znanstvenim publikacijama, na predavanjima i u stručnim priopćenjima, liječnik je dužan onemogućiti identifikaciju pacijenta na kojega se objavljeni podaci odnose.<sup>211</sup>

### **7.8. Otkrivanje liječničke tajne zbog zaštite opravdanih interesa liječnika**

Otkrivanje podataka o bolesti i o liječenju pacijenta od strane njegova liječnika može biti opravdano ako bi na taj način liječnik **branio vlastite interese**. U literaturi se navodi primjer kada pacijent ne želi liječniku platiti honorar, pa ga liječnik mora tužiti ili 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 profesionalnu tajnu, nego se smatra opravdanim da može izložiti tajne podatke kako bi se suprotstavio neutemeljenim zahtjevima pacijenta, odnosno kako bi ostvario svoje pravo na honorar.<sup>212</sup> U takvom slučaju, u namjeri da dokažu privrženost svojoj profesiji, da su učinili sve što je bilo u njihovoj moći, te da umanje važnost učinjene štete pred licem javnosti, zdravstveni djelatnici brane sebe i svoju profesiju upravo onim podacima koje bi duboko u sebi trebali čuvati kao tajnu.<sup>213</sup>

Svakako, liječnik ne bi trebao biti dužan čuvati liječničku tajnu ako bi to bitno **ugrozilo njegovo zdravlje i život**, odnosno ako i kada mu prijeti izravna opasnost od pacijenta. U takvom slučaju liječnik bi mogao, u ograničenom opsegu, odati podatke o pacijentima, odnosno u onoj mjeri koja je potrebna za zaštitu njegova zdravlja i života.<sup>214</sup>

## **X. Umjesto zaključka**

Pravo i medicina imaju puno zajedničkih točaka, a u nekim se područjima čak i preklapaju.<sup>215</sup> Zajednički je cilj i medicine i prava humanost, jer se skrbe o

<sup>210</sup> Usp. JELAČIĆ, O., *Pravni i deontološki aspekt lekarske delatnosti*, "Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo", god. IX, 1971., br. 3, str. 472.

<sup>211</sup> 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.

<sup>212</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Dužnost čuvanja medicinske tajne*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", god. L, 2002., broj 3-4, str. 334.-335.

<sup>213</sup> Vidi GOSIĆ, N., *Privatnost i povjerenje u medicinskoj etici i bioetici*, "Sestrinski edukacijski magazin", god. II, 2005., broj 2, str. 9.

<sup>214</sup> 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.

<sup>215</sup> Naveli bismo, primjerice, samo neka **područja kojima se može i mora pristupiti i s medicinskog i s pravnog aspekta**: nesavjesno liječenje; samovoljno liječenje; nepružanje



životu i zdravlju ljudi, svatko na svoj način.<sup>216</sup> Snažan i ubrzani razvitak medicine i znanosti o životu otvaraju značajna pitanja koja traže i pravnu regulaciju.<sup>217</sup> Medicina u svom ubrzanom razvitku ide, u pravilu, ispred prava, što je ponajviše posljedica ekspanzije znanstveno-tehnoloških inovacija,<sup>218</sup> pa se nužno nameće potreba konstantnog pravnog uređenja brojnih pitanja iz područja medicine.<sup>219</sup>

Značajnu ulogu na tom planu trebala bi imati (relativno nova) pravna disciplina – **medicinsko pravo**, koja je u našem pravu tek u začetku. Medicinsko pravo je grana prava koja se odnosi na medicinsku djelatnost.<sup>220</sup> U posljednjih nekoliko desetljeća medicinsko pravo postoji i afirmiralo se kao zasebna disciplina pravne znanosti i kao zasebna grana prava.<sup>221</sup> Medicinsko pravo čini skup pravnih pravila kojima se uređuje medicinska djelatnost, utvrđuje status osoba koje tu djelatnost obavljaju, kao i njihov odnos s korisnicima njihovih usluga,<sup>222</sup> odnosno kojima se uređuje zaštita prava čovjeka na zdravlje, zdravstvenu zaštitu i zdravstveno osiguranje, odgovornost i prava zdravstvenih djelatnika i zdravstvenih organizacija i organizacija zdravstva kao javne

---

liječničke pomoći, nadriječništvo, izumi i tehnička unapređenja stvoreni u zdravstvu, patentiranje gena, ljudski genom; davanje i primanje mita; zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi protiv volje pacijenta; pravna zaštita života; pravna zaštita genetskog identiteta i privatnosti; dužnost liječnika da pacijenta izvjesti o rizicima operacije i pristanak pacijenta na operaciju; nepristajanje pacijenta na medicinsku intervenciju iz vjerskih pobuda; transplatacija dijelova ljudskog tijela; odgovornost liječnika i zdravstvene ustanove zbog sekundarnih šteta; odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja; ograničenje odgovornosti zbog štete; liječnička grešaka pri određivanju dijagnoze i terapije; osiguranje od profesionalne (liječničke) odgovornosti; fertilizacija *in vitro* i genetske intervencije; izdavanje lijekova i odgovornost ljekarnika, nesavjesno postupanje pri pripremljanju i izdavanju lijekova; dužnost liječnika da obznani vlastitu stručnu pogrešku; sloboda liječnika da izabere terapiju i njezina ograničenja; ispitivanje lijekova na ljudima; sudska psihijatrija i sudska medicina; liječnička tajna i neovlašteno otkrivanje profesionalne tajne; eutanazija; bioetika i biomedicinska istraživanja; protupravni prekid trudnoće; medicinska vještačenja; prenošenje zarazne bolesti; prenošenje spolne bolesti i dr.

<sup>216</sup> Usp. RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 5.

<sup>217</sup> Vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 5.

<sup>218</sup> Usp. VISKOVIĆ, N., *Država i pravo*, Zagreb, 1995., str. 219.

<sup>219</sup> Tako JELAČIĆ, O., *O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", god. XIV, 1997., str. 236.

<sup>220</sup> Vidi ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 3.

<sup>221</sup> Iako je medicinsko pravo relativno nova grana prava, elemente medicinskog prava možemo naći među najstarijim pravnim izvorima. U Hamurabijevu zakoniku (1729.-1686. prije Krista) nalaze se, primjerice, odredbe o profesionalnoj odgovornosti liječnika. Hipokrat (460.-377. prije Krista) je radio na etičkom i pravnom uređenju odgovornosti liječnika (*Corpus hippocraticum*), a treba spomenuti i Justinijanove zakone (*Codex, Institutiones i Novellae*) u kojima se, među ostalim, uređuje i profesionalna odgovornost liječnika, potreba ocjenjivanja težine tjelesnih povreda, uloga liječnika u vještačenju i sl. Tako i detaljnije o povijesnom razvitku medicinskog prava i sudske medicine kod ZEČEVIĆ, D. i dr., *Sudska medicina i deontologija*, Zagreb, 2004., str. 1.-5.; JOVANOVIĆ, LJ., *Lekarska tajna – krivičnopravna razmatranja*, Beograd, 1959., str. 5.-12.; JAHNKE, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Auflage, 5. Band, Leipzig, 1988., par. 203.; *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str. 294.

<sup>222</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 21.



djelatnosti od posebnoga društvenog interesa.<sup>223</sup> Zbog svoje interdisciplinarnosti medicinsko pravo je vrlo kompleksno, pa zahtijeva od pravnika barem elementarno poznavanje medicinske problematike, ali i obrnuto.<sup>224</sup> Sve to traži da pravnici budu barem na općenitoj razini upućeni u medicinsku problematiku. Medicinsko pravo i stručnjaci koji posjeduju znanja iz područja medicinskog prava trebali bi imati značajnu ulogu kod izrade i donošenja novih propisa iz područja medicinskog prava, te pri usklađivanju naših propisa iz područja medicinskog prava s propisima europskog prava, odnosno Europske unije, koji su brojni na ovom području.<sup>225</sup> Temeljne spoznaje o tome pravnici bi mogli steći tijekom studiranja iz kolegija medicinsko pravo, sudska medicina i sudska psihijatrija.<sup>226</sup> Na žalost, medicinsko pravo ne proučava se sustavno kao zasebni obvezni kolegij na našim pravnim fakultetima,<sup>227</sup> dok se, suprotno, pod raznim nazivima, s različitim sadržajem i opsegom, te s različitim nastavnim programima, često nalazi u studijskim programima medicinskih i nekih drugih stručnih, preddiplomskih, diplomskih i poslijediplomskih studija, što držimo iznimno značajnim i pozitivnim.<sup>228</sup>

Područje medicinskog/zdravstvenog prava vrlo je opsežno, s tendencijom širenja, jer zdravstvena djelatnost, kao predmet proučavanja medicinskog prava, svakim danom postaje sve razvijenija, a pitanja i problemi koji iz te djelatnosti proizlaze postaju sve brojniji.<sup>229</sup> Što se predmeta medicinskog prava tiče, norme medicinskog prava u pravilu vezane su i odnose se na tri subjekta: **čovjeka (bolesnika, pacijenta) i njegova temeljna prava (na zdravstvenu zaštitu, odnosno život, zdravlje i sigurnost)**; liječnika i druge zdravstvene djelatnike (a posebno na njihovu odgovornost); te bolnice i druge zdravstvene ustanove u kojima pacijenti ostvaruju svoje pravo na zdravstvenu zaštitu, kao i na zdravstveni sustav u cjelini i njegovo uređenje i djelotvorno funkcioniranje.<sup>230</sup>

<sup>223</sup> Usp. ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 5.

<sup>224</sup> Upravo zbog povezanosti ove dvije struke, liječnicima je u svakodnevnom radu potrebno (prethodno) elementarno poznavanje pravnog aspekta, odnosno mogućih negativnih pravnih posljedica njihova rada, posebno jer često odluke moraju donositi u trenu. Liječnici su sve više izloženi kaznenim prijavama, građanskim tužbama i stegovnim postupcima zbog eventualnih propusta i grešaka u njihovom radu.

<sup>225</sup> Vidi MUJOVIĆ-ZORNIĆ, H., *Pravo kao garant vršenja medicine*, "Bilten Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo", septembar/decembar 2001., str. 16.

<sup>226</sup> Usp. JELAČIĆ, O., *O nastavi iz sudske medicine na pravnim fakultetima*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", god. XIV, 1997., str. 236.

<sup>227</sup> Na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu izvodi se izborni kolegij *Medicina i pravo*.

<sup>228</sup> Primjerice, u svom studijskom programu Medicinski fakultet u Osijeku ima kolegije *Pravo na život i Kako primijeniti Hipokratovu prisegu*; Visoka zdravstvena škola u Zagrebu, Studij inženjera medicinske radiologije u planu ima kolegij *Zdravstveno pravo*; Medicinski fakultet u Rijeci ima kolegije *Medicinska etika i bioetika* i *Etika zdravstvene skrbi*; Medicinski fakultet Sveučilišta u Splitu – Stručni studij Medicinske radiologije izvodi kolegij *Zdravstveno pravo i etika* i dr.

<sup>229</sup> Tako BABIĆ, T. – ROKSANDIĆ, S., *Osnove zdravstvenog prava*, Zagreb, 2006., str. 20.

<sup>230</sup> Usp. ŠEPAROVIĆ, Z., *Granice rizika – Etičkopravni pristupi medicini*, Zagreb, 1998., str. 4.

Značajni predmet zanimanja medicinskog prava predstavlja odnos između liječnika (zdravstvenog radnika) i pacijenata u pogledu pružanja medicinske usluge, a taj odnos nije samo pravni, nego je i **etički**. U njemu su moralni i pravni obziri prepleteni u znatno većoj mjeri nego što je to slučaj s ostalim pravnim odnosima među ljudima. Liječnik (zdravstveni djelatnik) je (pravno) dužan pridržavati se određenih načela medicinske etike. Moralne i pravne dužnosti liječnika toliko su se stopile da ih je u pojedinostima gotovo nemoguće razlučiti.<sup>231</sup>

I u našem pravu sve se više pozornosti posvećuje pravnom uređenju medicinske djelatnosti, a posebna pažnja posvećuje se **zaštiti prava pacijenata**, što je, među ostalim, rezultiralo i donošenjem ZOZPP-a kojim se određuju prava pacijenata prilikom korištenja zdravstvene zaštite te način zaštite i promicanja tih prava. U smislu odredaba ZOZPP-a, **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 najširem smislu riječi pacijenti jesu 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/).

ZOZPP i drugi zakoni iz područja zdravstva, a posebno ZOZZ i ZOLJ, pacijentima daju i jamče niz **temeljnih prava** poput prava na suodlučivanje, **prava na obaviještenost**, prava na prihvaćanje ili odbijanje pojedinoga dijagnostičkog, odnosno terapijskog postupka, prava na pristup medicinskoj dokumentaciji, prava na povjerljivost, prava na održavanje osobnih kontakata, prava na samovoljno napuštanje zdravstvene ustanove, prava na privatnost i prava na naknadu štete. U radu smo se podrobnije osvrnuli na pravo pacijenta na obaviještenost, uključujući i pravo pacijenta na pristup medicinskoj dokumentaciji.

Međutim, podaci o zdravstvenom stanju pacijenta nisu samo predmet interesa tog pacijenta, nego sve češće do tih podataka dolaze ili namjeravaju doći i druge osobe, ovlašteno ili neovlašteno. Naime, sa socijalizacijom medicine pored liječnika u liječenju bolesnika sudjeluje čitav niz osoba (primjerice, medicinske sestre, ljekarnici, stomatolozi, laboranti, bolničari, studenti, pa i administrativno osoblje), i sve su te osobe na neki način upućene, odnosno dostupni su im podaci o zdravstvenom stanju pacijenta. Zaštita tih podataka postaje sve teža i zbog kompjuterizacije medicinske dokumentacije, tele-medicine i elektroničke obrade

<sup>231</sup> Tako RADIŠIĆ, J., *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, "Pravni informator", 2002., br. 9, str. 1.

podataka,<sup>232</sup> 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, medicinske podatke danas potražuju, primjerice, osiguravatelji (zbog ocjene rizika na strani osiguranika), poslodavci,<sup>233</sup> proizvođači lijekova (u marketinške svrhe), banke (ocjena rizika kreditiranja), državna tijela,<sup>234</sup> kao i u (druge) komercijalne svrhe.<sup>235</sup>

Kako podaci o zdravstvenom stanju pacijenta predstavljaju jedan od segmenata prava na privatnost i povjerljivost, zaštićeni su liječničkom tajnom. Pravo na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje zdravlja pacijenta proizlazi iz **prava osobnosti** koje raznim sredstvima štiti personalitet čovjeka, među ostalim i na način da jamči tajnost podataka o čovjekovom privatnom životu, pa time i o stanju njegova zdravlja. Pošto je liječnička tajna jedan od učinkovitih instrumenata zaštite privatnosti pacijenta, odnosno zaštite tajnosti podataka o njegovom zdravlju, nastojali smo ukazati na uzroke i načine povrede liječničke tajne, na posljedice neovlaštenog odavanja liječničke tajne te na slučajeve kada je trećim (pravnim ili fizičkim) osobama dopušteno otkrivanje podataka o zdravstvenom stanju pacijenta.

## Summary

### **PATIENT'S RIGHT TO INFORMATION PAYING SPECIAL ATTENTION TO PROTECT THE PRIVACY OF DATA THAT DISCLOSE PATIENT'S HEALTH CONDITION**

Patient's right to information (on his health condition and treatment procedure) is one of the basic patient rights, which have been prescribed and guaranteed by the Patient Protection Act, applicable provisions of other regulations governing health care and numerous international conventions and declarations in the field of health.

In the article, the author has tried to point at: notion and contents of the right to information, ways to inform a patient, physician's duty to inform a patient, notion of the second expert opinion, right to information of patients participating in clinical research, rejecting to accept and disclaiming the right to information

<sup>232</sup> O tome detaljnije kod BOŠKOVIĆ, Z., *Profesionalna liječnička tajna*, "Informator", broj 5329, od 2. travnja 2005., str. 12.

<sup>233</sup> Usp. RISTIĆ, J., *Medicina i društvo*, Beograd, 1975., str. 82.-84.

<sup>234</sup> Vidi VRHOVAC, B., *Liječnička tajna*, "Liječničke novine", 2001., broj 5, str. 19.-20.

<sup>235</sup> Tako SANDOR, J., *Data Protection in Health Care, Beyond Biomedical Use*, "Frontiers of European Health Law", Yearbook 2002., str. 76.

as well as misdemeanor liability for harm resulting from a breach of patient's right to information.

Due to the fact that data on patient's health condition are not only an object of interest of that special patient and due to the fact that more often other persons have access or intend to have the access to such data, with or without authorization, the author in his article stresses the need and modes of privacy protection concerning patient's health condition. He pays special consideration to a medical secret as one of (the most) effective modes to protect patient privacy, i.e. data on patient's health condition. Conditions and modes of medical secret infringement have also been discussed as well as consequences of unauthorized disclosing of medical secret. The author also analyses cases in which it is allowed to disclose data on patient's health condition to third (legal and natural) persons.

*Key words: patient, right to information, informed consent, medical (professional) secret, medical law.*

### Zusammenfassung

## **DAS RECHT DES PATIENTEN AUF INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG, MIT BESONDEREM BEZUG AUF DEN SCHUTZ DER DATEN ZUM GESUNDHEITZUSTAND DES PATIENTEN**

Das Recht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung (über seinen Gesundheitszustand und das Heilverfahren) ist eines der grundlegenden Patientenrechte, die durch das Gesetz zum Schutz der Patientenrechte reguliert und garantiert wird sowie durch die Bestimmungen anderer Vorschriften, durch die die ärztliche Tätigkeit geregelt wird, und ebenfalls durch zahlreiche internationale Konventionen und Deklarationen aus dem Bereich des Gesundheitswesens. In der Arbeit versucht der Autor folgendes aufzuzeigen: Begriff und Inhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Arten der Information des Patienten, Pflicht des Arztes zur Unterrichtung des Patienten, Begriff einer anderen Fachmeinung, Patientenrechte bei denen Untersuchungen zur informationellen Selbstbestimmung durchgeführt werden, Ablehnung des Empfangs und Verzicht auf das Recht auf Information sowie Verstoß wegen Verletzung des Patientenrechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Da Daten über den Gesundheitszustand des Patienten nicht nur Gegenstand des Interesses dieses Patienten sind, sondern an diese Daten immer häufiger – befugt oder unbefugt - auch andere Personen kommen oder kommen wollen, weist der Autor in dem Aufsatz auf Notwendigkeit und Arten des Datenschutzes betreffs des Gesundheitszustandes von Patienten hin. Besonders bezieht er sich

auf die Schweigepflicht des Arztes als eines der wirkvollsten Instrumente zum Schutze der Privatsphäre des Patienten, beziehungsweise des Schutzes der Daten über dessen Gesundheit, und versucht die Gründe und Arten der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht aufzuzeigen, sowie die Folgen der Verletzung und Fälle, in denen dritten (natürlichen oder juristischen) Personen die Enthüllung von Daten über den Gesundheitszustand eines Patienten erlaubt ist.

**Schlüsselwörter:** *Patient, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Informationserlaubnis, ärztliche Schweigepflicht, medizinisches Recht.*

## Sommario

### **DIRITTO DEL PAZIENTE ALL'INFORMAZIONE, CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA TUTELA DELLA SEGRETEZZA DEI DATI SULLA CONDIZIONE DI SALUTE DEL PAZIENTE**

Il diritto del paziente all'informazione (sulla sua condizione di salute e sul trattamento di cura) è uno dei diritti fondamentali del paziente, che è prescritto e garantito dalla Legge sulla tutela dei diritti del paziente, dalle norme di altri provvedimenti che si applicano alle attività di cura e di numerose convenzioni e dichiarazioni internazionali nel campo della salute.

Nel lavoro l'autore mira di occuparsi di: nozione e contenuto di diritto all'informazione, modi di informazione del paziente, dovere del medico di informare il paziente, nozione di seconda opinione professionale, diritto del paziente che partecipa a una sperimentazione all'informazione, rifiuto dell'accettazione e rinuncia al diritto all'informazione, e responsabilità contravvenzionale a causa della violazione del diritto del paziente all'informazione.

Siccome i dati sulla condizione di salute del paziente non sono un oggetto di interesse solo di quel paziente, ma molto spesso altre persone hanno accesso o intendono avere accesso a tali dati, con o senza autorizzazione, nel lavoro l'autore evidenzia la necessità e le modalità di tutela della segretezza dei dati sulla condizione di salute del paziente. In particolare si considera il segreto medico come uno degli strumenti (più) efficaci proteggere la riservatezza del paziente, riguardo la tutela della segretezza dei dati sulla sua salute, e ci si adopera per mostrare le ragioni e i modi della violazione del segreto medico, le conseguenze della rivelazione non autorizzata del segreto medico, e i casi i cui è consentita la rivelazione dei dati sulla condizione di salute del paziente a terze persone (giuridiche o fisiche).

**Parole chiave:** *paziente, diritto all'informazione, consenso informato, segreto medico (professionale), diritto medico.*





## ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU – REALNA MOGUĆNOST, (PRE)SKUPA AVANTURA ILI UTOPIJA?

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

UDK: 342.722  
Ur.: 17. siječnja 2008.  
Pr.: 31. siječnja 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*Predmet je analize ovoga rada institut zaštite prava na suđenje u razumnom roku.*

*Rad sadrži konstataciju stanja (pojavu velikih sudskih zaostataka), ali daje i ocjenu razloga koji su do toga doveli, kao i mjere koje valja poduzeti da se stanje bitno poboljša.*

*U radu se također daje i prikaz nastanka, kretanje i stanje regulacije zaštite prava na suđenje u razumnom roku.*

*Zaključna je ocjena autora da postojeće mjere nisu dostatne za željenu izmjenu postojećeg stanja.*

**Ključne riječi:** *sudovi, razumni rok, ubrzanje sudskog postupka, naknada štete, Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH, Zakon o sudovima.*

### 1. Uvod

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku predstavlja trenutno jednu od najvažnijih i najzanimljivijih pravnih tema.

Hrvatska nije jedina država europskog kontinentalnog pravnog kruga koja se našla pred ponorom masovnih sudskih zaostataka<sup>1</sup>, ali je stanje napose ono negdje pred nekoliko godina bilo više nego beznadno: oko 1.600.000 neriješenih predmeta (na 4.500.000 stanovnika) i (što je bilo još teže) s vrlo lošom strukturom tih zaostataka jer u tom broju s vrlo niskim postotkom (aproksimativno

<sup>1</sup> Kad kažemo “europski kontinentalni pravni krug” mislimo na ono što se tradicionalno u doktrini tako naziva, ali i sve države potpisnice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koje su pod jurisdikcijom Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu. Pod sličnim “udarom” našla se, međutim, i država koja je odavno članica Europske unije i spada u najbogatije zemlje svijeta (Italija). Talijanski slučaj ćemo u ovom radu posebno prikazati (legge Pinto iz 2001. godine).

– negdje oko 30%) participiraju predmeti koji čekaju na rješavanje po 15, 20, pa čak i 30 godina.

Hrvatski šok bio je još veći kada su u obzir uzeti i još neki čimbenici:

- bio je jasan podatak da imamo (relativno) skoro najviše sudaca u Europi (oko 2.000, u Austriji, dvostruko veća od Hrvatske, ima 1700 sudaca)<sup>2</sup>;
- bilo je jasno da Hrvatska iako, dakle, s relativno najviše sudaca ima i relativno daleko najveće sudske zaostatke (što je svojevrsni logički apsurd!);
- bilo je, nadalje, jasno da ne djeluje baš previše uvjerljivo tvrdnja iz određenih pravosudnih krugova kako naši sudovi imaju veći priljev predmeta nego inozemni sudovi (takva tvrdnja, iznesena u javnosti višekratno, uostalom, nije nikada egzaktno provjerena i objektivno djeluje dosta obranaški) i
- prostor mogućeg rješenja problema nije baš lako vidljiv jer su gotovo svi suci u razdoblju čak i najvećeg gomilanja zaostataka “imali normu” (tj. barem statistički gledano odradili su koliko se od njih traži temeljem Okvirnih mjerila), pa je kolo nastalog pravnog apsurdna postalo još apsurdnije (previše sudaca, previše zaostataka, a svi rade koliko treba!?).

U proteklih desetak godina Ustavni sud Republike Hrvatske (od 2005.) i županijski sudovi i Vrhovni sud Republike Hrvatske učinili su mnogo u izmjeni stanja na bolje (jer 30. rujna 2007. zaostaci su smanjeni za oko 38% i sada se kreću oko 1.000.000)<sup>3</sup>.

To je, međutim, još daleko od željenog i potrebnog cilja. Ostvarenja izvršena u posljednjih nekoliko godina ipak ohrabruju i ona pokazuju da su pozitivni pomaci mogući. Bude također i nadu da (možda) nije baš pretjerana iluzija plan o sudovima bez zaostataka.

<sup>2</sup> Dr. Jürgen Schiller, predsjednik Zemaljskog građanskog suda u Grazu: Überblick über die Gerichtsorganisation in Österreich (pisani referat sa Savjetovanja o organizaciji sudova, Graz – lipanj 2002.). Austrijsko je sudstvo posve ažurno i efikasno, s minimalnim zaostacima, što znači da 1700 sudaca na potpuno zadovoljavajući način opslužuje gotovo 10 milijuna građana. To je podatak koji nas ne bi smio ostaviti indiferentnim. Ova urednost stanja, međutim, nije bila zapreka nekim poboljšicama (2003., 2005.) kada su temeljni sudovi (ali samo oni!) ili povećani (gdje su bili premali) ili smanjeni gdje su bili preveliki (tako da nema suda s više od 15 sudaca) – zabilješke autora ovog rada kao člana izaslanstva Ministarstva pravosuđa RH u redovnom posjetu Ministarstvu pravosuđa Republike Austrije (lipanj 2007.).

<sup>3</sup> Izvješće predsjednika Vrhovnog suda RH na sastanku s predsjednicima viših i županijskih sudova (Zadar, 17. i 18. listopada 2007.), sa 31. prosincem 2006. zaostaci su točno iznosili 1.031.068 predmeta (sličan sastanak na Plitvicama, travanj 2007.); podatak je iznio i J. Crnić na tradicionalnom savjetovanju u Opatiji 2007. (Suđenje u razumnom roku – tri grijeha strukture, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak br. 14, Zagreb 2007., str. 2). Bliže analize pokazuju da je broj zaostataka posebno povećan iza 1996. godine (s krajem 1996. taj broj nije prelazio 400 – 500.000). Ne slučajno tada su hrvatske sudove napose opterećivali unutarnji problemi, afere, skandali i sl. (vidjeti o tome: A. Uzelac – Reforma pravosuđa i njezina ograničenja – slučaj imenovanja predsjednika sudova u RH i njegove pouke, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 2/02). Nema dvojbe da postoji uska korelacija između stanja organizacije hrvatskog sudstva i nastalih zaostataka. No, uzroci su i vanjski, napose u odnosu zakonodavne i izvršne vlasti prema sudbenoj (I. Crnić – Hrvatske sudbene vlasti i pravo na suđenje u razumnom roku, Informator br. 5076 – 5077 od 30.10. i 2.11.2002.).

Treba se ipak čuvati pretjeranog optimizma, napose iz ovih razloga:

- za sada je “skinuto”, riješeno pretežito ono što je bilo najlakše riješiti (što je “samo palo”); u početnoj fazi uvijek je uspjeh (barem brojčano) veći, a slijedi faza u kojoj će svaki napredak biti teži i manji;
- apsolutna brojka neriješenih sudskih predmeta ostaje i dalje velika (1.000.000, dakle) i
- nisu otklonjene (čak niti prostudirane) strukturalne zapreke u društvu i pravosudnom aparatu koje tako sustavno i “uspješno” generiraju pojavu velikih sudskih zaostataka.

Problem je bio (i ostaje) od prvorazredne pravne i pravno – političke važnosti. Državi ne može biti svejedno koliko učinkovito građani i pravne osobe ostvaruju svoja prava, ali joj ne može biti svejedno niti to zašto ovog časa zbog nastalih sudskih zaostataka plaća tolike novčane naknade.<sup>4</sup>

Ovog časa napose Vrhovni sud RH prednjači u nastojanjima da se sudski zaostaci bitno smanje. Napore i rezultate tih napora valja cijiniti.

U ovom ćemo radu pokušati doći do srži problema, analizirati ga u njegovoj potpunosti.

Slobodni smo, barem uvodno, izreći visok stupanj skepse u mogućnosti stvarnog rješenja stvari. Taj naš pesimizam gradimo osobito na ovim premisama:

- naknada koja se daje stranci zbog dugog čekanja na rješenje predmeta stranku zapravo ne zanima (ona hoće rješenje spora!);
- nalozi da se zaostali predmeti brže riješe paraliziraju rad na drugim predmetima (broj zaostataka ostaje isti!) i
- država troši ogroman novac koji bi (zasigurno) bio bolje utrošen da se daje u popravke zgrada, uređenje sudskih prostora, sudske kadrove, informatizaciju i sl. (to bi riješilo postojeće zaostatke, ali bi također i spriječilo pojavu novih zaostataka).

Ti su, eto, razlozi za naš tako pesimističan početak. Ostaje vidjeti koliko će aposteriorna analiza potvrditi ili otkloniti ovakav strah.

---

<sup>4</sup> Samo za područje nadležnosti Županijskog suda u Puli (Istre) RH je do 30.09.2007. platila oko 1.500.000,00 kn. Kako je Istra, otprilike, 12. dio Hrvatske, za cijelu Državu isplaćeni iznos treba pomnožiti sa 12 (18 milijuna godišnje, a 180 milijuna za 10 godina!). Pojednostavljeno rečeno: za 10 godina potrošit ćemo toliko novca koliko npr. koštaju 4 najmodernije uređene sudske zgrade a stanje ni nakon toga neće biti bolje nego što je sada.

Gotovo alarmantni podaci o ovim iznosima nisu ni u kom slučaju poziv za njihovo smanjivanje. Naprotiv!

Oni su, međutim, svakako povod za dublje promišljanje cjelokupnog instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku, napose u onom dijelu gdje oštećeni subjekti prava dobivaju novčanu odštetu.

Nema, naime, većeg i pravog smisla davati ovoliko novca da se ne poduzmu sve potrebne mjere koje će (zajedno s plaćanjem odštete) dovesti do pravog cilja – stvaranja efikasnog, ažurnog i učinkovitog sudstva. To je, naravno, naša uvodna teza koju ćemo nastojati analizirati pa, ovisno o tome, ili potvrditi ili negirati.

## **2. Pravno-sociološka analiza pojave instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku**

Moramo doista veću pažnju obratiti na uzroke koji su doveli do pojave masovnih i velikih sudskih zaostataka.

Nastali zaostaci “rodili” su institut zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, ali sam institut ne možemo razumjeti ako ne analiziramo razloge zaostataka.

Rudolf von Ihering je krajem 19. st. objavio svoje veliko djelo o cilju u pravu<sup>5</sup> i tu je pokazao da svaka pravna norma mora imati svoj cilj, odnosno da mora postići određeni cilj. Nije dostatno da je norma donijeta, ona mora biti i provedena. Pravna istraživanja stoga moraju biti usmjerena i na ostvarenje odnosno neostvarenje zadanih ciljeva.

Značaj proučavanja “pravne stvarnosti” isticao je i Gustav Radbruch<sup>6</sup>. Pravo je za njega volja za pravdom (“Recht ist Wille zur Gerechtigkeit”) i mora se stalno osmatrati faktični odnos između pozitivnog i “izvrsnog” (idealnog, prirodnog) prava. Filozofija prava oblikuje cilj, sociologija prava proučava kretanje stanja na putu do tog cilja.

U novije vrijeme u njemačkoj znanosti slično stanovište zastupa i H. P. Schwintowski.<sup>7</sup>

Ovaj mali (i sasvim nepretenciozan) filozofsko – sociološki eskurs iznosimo ovdje zbog toga da istaknemo važnost i neophodnost proučavanja ciljeva koje si zadajemo (ažurno i efikasno sudstvo) i stupnja ostvarenja tog cilja.

I u jednom i u drugom mi smo u značajnim zaostacima.

<sup>5</sup> Rudolf von Ihering: *Der Zweck im Recht*, zweite ungearbeitete Auflage, Leipzig 1884. Nema pravde ako se pravda ne ostvaruje (str. 353). Pravda, po Iheringu, i to samo realizirana (ostvarena pravda) koristi društvu i pojedincu; kad bi ona štetila društvu umjesto da ga unapređuje važno bi ne načelo “fact iustitia, pereat mundus” nego načelo “pereat iustitia, vivat mundus”.

<sup>6</sup> Gustav Radbruch: *Die Philosophie des Rechts*, Stuttgart, 1932. (1983.). Filozofija prava, po Radbruchu, postavlja ciljeve prava bez kojih pravo u pravom smislu ne bi ni bilo. Percepcija cilja bitna je kako za pravo u cjelini tako i za sve pojedine njegove dijelove.

<sup>7</sup> H. P. Schwintowski: *Recht und Gerechtigkeit – eine Einführung in Grundfragen des Rechts*, Berlin, 1996. Ciljevi u pravu za njega su primarna funkcija pravne norme, neophodan uvjet za nacionalno i međunarodno izjednačavanje prava kao sredstva ostvarenja tih ciljeva (str. 90). Ni proces globalizacije prava neće biti moguć ako se bitno ne podigne zajednička efikasnost u ostvarenju zacrtanih pravnih ciljeva ( str. 169 – 188).

Ovo stanovište valja svakako povezati sa sadržajem Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koje predstavlja i izvorište instituta prava na suđenje u razumnom roku. Nema, dakle, dvojbe da ovim putem sve to ulazi u hrvatski pravni sustav (o tome vidjeti: J. Omejec – Odnosi Ustavnog suda RH i Europskog suda za ljudska prava pri odlučivanju o duljini sudskih postupaka u RH, *Informator* br. 5332, od 13.04.2005. i br. 5333 – 5334 od 16. i 20.04.2005.). Slično smatra i I. Goranić: *Suđenje u “razumnom roku” – jedan od uvjeta za pravično suđenje* (članak 6. stavak 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Vladavina prava br. 6 iz 2000., str. 51); autorica pritom naglašava osiguranje pravne sigurnosti kao pravni cilj koji se želi postići institutom “razumnog roka”.

Filozofska projekcija prava i pravnih ciljeva još je kod nas uvijek dosta stidljivo prisutna<sup>8</sup>, a sociološko studiranje i proučavanje stvarnog stanja u svijetu prava (napose sudskog prava) praktički ne postoji.

Nepostojanje jedne iole respektabilne sociologije sudskog prava može se objašnjavati različitim razlozima. Ona je pred stotinjak godina rezultirala izrazito niskom diskrepancom između normativnog i faktičnog stanja (zbog toga ni austrijsko pravo tu nije dalo jača ostvarenja), a sve iza toga bilo je u znaku izrazite dominacije političke vlasti koja nije željela slušati razgovore o tome da ono što stvarno postoji ne odgovara onome što je normativno zamišljeno (napose politička, komunistička vlast nije željela slušati o razlozima koji izazivaju takva stanja).

Naša znanost i praksa građanskog prava (jer se problem u najpretežitijem dijelu) odnosi na civilnu justiciju, na normativističkom su planu sasvim ko-respodentni europskim kretanjima. Na sociološkom su, pa i filozofskom planu, međutim, u posvemašnjem zaostatku.

U odnosu na institut zaštite prava na suđenje u razumnom roku valja reći da ga nisu iznjedrile domaća znanost i praksa. Institut je uvezen, posuđen, gotovo nametnut, i ta činjenica mora zabrinuti sve nas koji se bavimo znanošću i praksom civila.

Ovakva (u osnovi nepovoljna) konsideracija budi i daljnje strepnje: da institut zaštite prava na suđenje u razumnom roku ne shvatimo u njegovoj punoj suštini. Mnoga dosadašnja kretanja pokazuju da takav strah nije bez svakog temelja.

Pokušat ćemo stoga u ovome poglavlju našeg rada iznijeti (barem) temeljne filozofsko-pravne i sociološko-pravne odrednice instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

---

<sup>8</sup> Kao suprotan (i, dakako, pozitivan) navodimo (opet) austrijski primjer: Justiz – Recht – Staat, Wien, 2002., bazični udžbenik za pravnike koji se zapošljavaju u pravosuđu i temeljni udžbenik za polaganje pravosudnog ispita (“mala Biblija” za svakog austrijskog sudskog pravника). Ove opservacije ne mogu ne dotaći (makar i posve ovlaš) i problem organizacije pravnog studija u RH. Filozofija prava i sociologija prava su, generalno, vrlo zanemarene kategorije. Pridružujemo se stoga vapaju prof. Z. Lauca o potrebi mijenjanja procesa osposobljavanja sudaca za suđenje u razumnom roku (Z. Lauc: Osposobljenost sudaca za pošteno suđenje i razumni rok, Pravo na suđenje u razumnom roku, Zagreb, 2003.). Hrvatski sudac do sada nije bio educiran za suđenje u “razumnom roku”; on o tome na studiju nije ni čuo a u praksi mu o tome govore dosta kasno, dosta nejasno i neodređeno.

U nekakvoj novoj, modernijoj edukaciji sudaca gdje će (dakako između ostalog) biti mjesta i za edukaciju o pravu na suđenje u razumnom roku, mora biti bitno više mjesta i za filozofiju i za sociologiju prava.

Na početku primjene Konvencije u RH prof. A. Uzelac je (tada asistent) u jednom svom radu posebno najavio spektar mogućih problema iz prava na razumni rok (A. Uzelac – Hrvatsko procesno pravo i jamstvo “pravičnog postupka iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda – Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 19, 1998., str. 1005 – 1031). Obrada kazuistike također veoma pomaže (Ž. Potočnjak: Pravo na sud, pristup i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 2/04., str. 823 – 855). Bilo je poželjno da sve to dovede do jednog stvarnog, produbljenog kako filozofskog tako i sociološkog percipiranja prava na razumni rok. Krajnje točke tog procesa su suci koji obavljaju postupak suđenja.

## 2.1. Ciljevi “suđenja u razumnom roku”

Od sudaca se očekuje zakonita i efikasna pravda. Zakonita u smislu pravilnog utvrđenja relevantnih činjenica, pravilne procesne i pravilne primjene materijalnog prava. Efikasna znači da ovi ciljevi zakonitosti budu ostvareni u što kraćem vremenskom roku, da subjekti koji traže pravo i (i imaju pravo) pravdu (pravnu zaštitu) dobiju što prije.

Vrlo često zakonitost i efikasnost (barem naizgled) ne idu zajedno. Čini se kao da jedno isključuje drugo.

Kritičari koncepcije prava na razumni rok mogu primjećivati da je to, u cjelini gledano, samo izraz globalizacije svijeta i dominacije svjetskog kapitala koji hoće brzu i efikasnu zaštitu na svim dijelovima svijeta.

To nije bez svake osnovanosti, ali ipak gubi iz vida da poštivanje suđenja u razumnom roku odgovara i pravnoj sigurnosti svakog građanina. Ovdje postoje stečevine pravne kulture razvijenog i civiliziranog svijeta.

Možda je svojevrсни povijesni kuriozum to što se zahtjev za suđenje u razumnom roku postavlja danas kada je pravni režim u čitavom svijetu sve kompliciraniji i kada je (po toj logici) sve teže brzo donositi odluku. To je konsideracija o kojoj valja voditi računa.

No, s druge strane, suvremena tehnika i organizacija rada su otišle toliko dalje (napose proces informatizacije u pravu i društvu općenito) da to u najvećoj mjeri amortizira negativan učinak sve veće složenosti prava i pruža nove, upravo neslućene mogućnosti razvoja.

Uz suđenje u razumnom roku često idu i izrazi “pravo na sud”, “pravo na pristup sudu”, “pravo na nezavisan i fair postupak”, “pravo na pravično suđenje” itd.

Mi ćemo ovdje govoriti samo o pravu na suđenje u razumnom roku u, da tako kažemo, užem smislu te riječi, mada je jasno da suđenje u razumnom roku mora zadovoljiti i sve one naprijed pobrojene atribute.

Pravo na suđenje u razumnom roku je, stoga, pravo na brzu (efikasnu), ali istovremeno i “pravičnu” pravdu. Ako se svi ovi pojedinačni ciljevi ne bi “posložili”, pravo na suđenje u razumnom roku zapravo (izdvojeno gledano) ne bi imalo svog smisla.

Predstavlja, stoga, pseudodilemu pitanje hoćemo li efikasnu ili zakonitu pravdu. Moraju, naime, postojati točke u kojoj se sjedinjuju (stapaju, spajaju) zakonita i efikasna pravda.

Takva pravda (zakonita, ali ujedno i efikasna, dakle) od ogromne je pravne i pravno – političke vrijednosti. Ona potiče i doprinosi bržem i sigurnijem optjecaju kapitala i stvara jak osjećaj visoke pravne sigurnosti.<sup>9</sup>

Pravna dilema, međutim, može već biti to može li se vrijeme trajanja sudskog postupka (proces ostvarivanja pravde) točno vremenski propisati ili je za to dovoljan samo određen pravni standard (“razumni rok”, “pravično suđenje”, “fair postupak” itd.).

<sup>9</sup> Justiz – Recht – Staat, op. cit. str. 8



U prilog propisivanja točno određenog roka govori svakako to da bez toga postoji realna opasnost izigravanja ciljeva instituta.

Njemačka se npr. opredijelila za točno određivanje rokova trajanja sudskog postupka.<sup>10</sup> Drugo bi rješenje išlo u pravcu gdje je dostatno određivanje određeno pravnog standarda (razumni rok, pravičan rok i sl.).<sup>11</sup>

Čini se da bi moglo biti kompromisno pravilo da se ne određuje točan rok, ali da se izbjegne i opći standard; to bi moglo biti rješenje da postupak traje najviše određeno vrijeme.<sup>12</sup>

Hrvatska ima više razloga za prihvaćanje ovog trećeg (mješovitog) rješenja.

Nekakav fiksni rok dosta je teško odrediti. Mi nemamo njemačku situaciju i ne možemo ići na točne i vrlo kratke rokove. Imamo previše zaostataka, imamo mnogo slabije organiziran sustav sudstva, ali i stanje materijalnog i postupovnog prava takva je da ne omogućuje puno preciziranje vremena trajanja postupka, posebno ne u smislu da bi ti rokovi (kao u Njemačkoj) bili vrlo kratki.

U odnosu na njemački slučaj lako je zapaziti i to da se više vremena predviđa za žalbeni postupak nego za prvostupanjski postupak. To svakako omogućuje veće jasnoće materijalnog i postupovnog prava, kao i to da sudovi prvog stupnja bez većih poteškoća utvrđuju stanje činjenica relevantnih za rješenje spora.

No, i “naš” rok od 3 godine za svaki stupanj suđenja zapravo je predug. S obzirom da imamo dva redovna stupnja suđenja, to je ovdje već šest godina, naravno bez ovrhe. Postupak pred Vrhovnim sudom (ako je moguć) i pred Ustavnim sudom (u pravilu moguć) tu ne računamo.

I po takvom, “ponovljenom” rješenju postupci mogu trajati i do deset godina. To je previše.

Predlažemo stoga formulu:

- godinu (1 godinu) za prvostupanjski postupak
- šest (6) mjeseci za žalbeni postupak
- tri (3) mjeseca za reviziju odnosno ustavnu tužbu (bez suspenzije ovrhe)

<sup>10</sup> Naredbom (Rechtsbefehl) Ministra pravosuđa od 26.08.2005. propisano je trajanje prvostupanjskog postupka od 4,4 mjeseca i 7,1 mjesec za drugostupanjski postupak. Radi se inače o državi koja nema većih sudskih zaostataka! No, međutim, i tamo ima primjera dugotrajnih postupaka, čak i od 28 godina (slučaj Europskog suda za ljudska prava, Grässer v. Deutschland – podatak s Interneta).

<sup>11</sup> Tako npr. kod nas mr. sc. Robert Peček: *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*, Informator, br. 5426, od 8.03.2006.

<sup>12</sup> Robert Peček, op. cit., navodi da “prema ustaljenoj praksi Ustavnog suda sudski postupak treba biti pravomoćno okončan u roku od 3 godine od njegova započinjanja; ako je bilo postupanja u dva stupnja, svaki stupanj trebao bi maksimalno trajati do tri godine.

Valja tu, uostalom, reći i to da ni sama Europska konvencija nije precizno oblikovala cilj postupka prava na razumni rok, tako ni sam “zahtjev” koji proizlazi iz prava na razumni rok nije posve jasno impostiran (vidjeti: N. Trocker – *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’azione nell’elaborazione delle Corte Europea dei divitti dell’uomo*, *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano, 1/07, str. 35 – 63. Prof. Tocker (Firenza) je stava da sada prakticirajući zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ne proizlazi iz čl. 6. Konvencije. Njega je, kako on smatra, izgradila praksa Europskog suda za ljudska prava u Strasbourg.

– tri (3) mjeseca za ovrhu.<sup>13</sup>

## 2.2. “Suđenje u razumnom roku” i neovisnost suca

Neovisnost suca (i suda) u suđenju jedno je od načela sudskog postupka od kojeg se ni u kom slučaju ne može odstupati. Kad bismo to činili, makar i u ime razumnog roka suđenja, uništili bismo samo sudstvo.

U svojoj neovisnosti sudac, između ostalog, programira i planira također i vrijeme suđenja. On, od procjene težine utvrđivanja činjenica i provođenja potrebnih dokaza, zaključuje i to koliko će vremena potrošiti za postupak.

U tom smislu svako unaprijed određeno vrijeme trajanja postupka može doći u koliziju s načelom neovisnosti suca. O toj konsideraciji svakako valja voditi računa.

Njemački je odgovor<sup>14</sup> da propisivanje (precizno, točno, čak kratko) nije u opreci s načelom neovisnosti suca u suđenju. Tu se potiče pravilo da sudac ostaje slobodan u odlučivanju bez obzira što mora odlučivati u točno označenom i (u njemačkom slučaju) vrlo kratkom roku.

<sup>13</sup> Ovrhu je neophodno tu uključiti. Ovrha je akt realizacije prava, ostvarenje smisla prava zaštitnog zahtjeva. Ovu konsideraciju je u praksi poštivao Europski sud za ljudska prava, također i Ustavni sud RH, ali ju ne poštuje Vrhovni sud RH smatrajući da ovrha ne spada u “suđenje” (H. Buljan, sutkinja Vrhovnog suda RH, Plitvice – travanj 2007.). Takav stav predstavlja nerazumijevanje smisla sudske zaštite prava. Točno je da ovrha nije “suđenje” u užem smislu te riječi, ali pojam “suđenje” ne može biti samo rasprava nego je to sveukupna aktivnost suda na zaštiti prava, pa – prema tome – u tu zaštitu spada i postupak ovrhe.

U svakom je slučaju od izuzetne važnosti da viši (i najviši) sudovi pokazuju pravu spremnost na poštivanje “razumnog roka” suđenja. Ako oni sami ne poštuju ova pravila, ako daju “loše signale”, ovdje od cijelog instituta ne može biti ništa.

Predmeti zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku imaju najbržu stopu rasta (Ž. Potočnjak, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu novog Zakona o sudovima*, Zagreb – siječanj 2006., str. 19., rad objavljen u Hrvatskoj pravnoj reviji, travanj 2006.), objektivno stoga prijetite novim “zagušenjem” ali ovdje i vrlo lošom pojavom da viši i najviši sudovi sami neće poštivati načelo “suđenja u razumnom roku”.

<sup>14</sup> B. Klose – *Wie lange darf effektiver Rechtsschutz dauern*, *Neue Justiz*, br. 604, str. 241 – 285. Autor, međutim, kao ozbiljno postavlja pitanje odnosa prava na suđenje u razumnom roku i načelo neovisnosti suca u suđenju. On je dao odgovor kako smo ga iznijeli, ali je otvorio jedno važno pitanje o kojem se može razmišljati, pa i na kojeg se može drukčije odgovoriti. U svakom slučaju bilo koje rješenje o suđenju u razumnom roku mora voditi računa i o svim relevantnim aspektima sučeve neovisnosti u suđenju.

Njemačka inače nema posebnog zakona koji bi regulirao pravo na suđenje u razumnom roku. Cjelokupni institut (*angemessene Verfahrensdauer*) izvodi se iz Ustava ( st. 4. čl. 19.). Autor (B. Klose) je inače isti rad napisao 2004. godine kada još nije bila na snazi Naredba ministra o roku trajanja procesa (ona je iz 2005.) i tu je Klose ostavio mogućnost da razumni rok ne mora biti propisan u apsolutnom obliku (“*Die Angemessenheit der Zeit soll aber nicht absolut, sondern nur bestimrat werden können*”). Za problem odnosa s načelom neovisnosti suca u suđenju, B. Klose vrlo uvjerljivo odgovara da razumni rok za suđenje ne proturječi sučevoj slobodi u suđenju (“*Der Richter ist eben nicht generell, sondern allein in den Grenzen seiner Gesetzesgebundtheit und seiner Amtspflichten frei und unabhängig*”).

Ovo pravilo nije baš lako prenijeti na hrvatsku situaciju. Hrvatski sudac nema njemačke uvjete rada, nema isti stupanj pravne kulture sudionika postupka i nema istu razinu jasnoće postupovnog i materijalnog prava.

Zbog tog bi razloga, po našem mišljenju, za Hrvatsku bilo prihvatljivije određivanje nešto dužih rokova, onako kako smo to označili na kraju prethodnog dijela ovog rada.

Takva bi konstrukcija omogućila, s jedne strane, veću djelotvornost i efikasnost suca (brže suđenje), ali bi ga, s druge strane, dostatno zaštitila u njegovoj sudačkoj slobodi i neovisnosti.

Posve je jasno da uz to treba razvijati i ostale premise potrebne za brže zakonito suđenje: jasnoću propisa, veću kulturu sudionika postupka, bolje uvjete rada i sl.

Hrvatski zakonodavac do sada ne prakticira metodu točnog označavanja vremena u kojem je potrebno dovršiti sudski postupak. Za neke postupke (smetanje posjeda, radni odnosi, zakonsko uzdržavanje i sl.) zadovoljava se pravilom da su ti postupci "hitni". Previše "hitnih" postupaka dovodi do toga da se smisao hitnosti gubi. Samo se iznimno nameće obveza odlučivanja u točno označenim rokovima.<sup>15</sup>

Određen (napose još, k tome, i kratak rok) može se propisati samo uz valjanu prethodnu provjeru da je određenu vrstu postupka objektivno moguće završiti u tom roku. To se npr. može reći za smetanje posjeda gdje reducirani krug relevantnih činjenica (posljednje stanje posjeda, čin smetanja) objektivno omogućuje brz dovršetak postupka. U nekim drugim slučajevima (npr. radni odnosi) takva situacija dosta često ne postoji. Kompetentnih pravnih istraživanja u tom pravcu zapravo uopće nema.

U svakom je slučaju zbog toga preporučljivo ne određivati rokove koji se objektivno ne mogu ispunjavati. To slabi autoritet zakonodavca, ali i autoritet suca. Rokove valja propisivati samo onda gdje je – temeljem prethodno pomno analizirane situacije – to realno moguće poštivati i u tom slučaju valja inzistirati na poštivanju tih rokova, sve čak i uz prijetnju materijalne i stegovne odgovornosti suca.<sup>16</sup> To nije u opreci s načelom njegove slobode u suđenju.

<sup>15</sup> To je npr. izrijekom navedeno za radne sporove, z. k. predmete, privremene mjere i sl. Propisi su, međutim, bez sankcije; sudovi ih (dosta uporno, čak u pravilu) krše, bez ikakvih sankcija. Vrlo često radi se o tzv. normativnom optimizmu gdje se propisuje nešto što sudovi (prema broju sudaca i predmeta) ne mogu izvršavati.

<sup>16</sup> Hrvatski Zakon o sudovima (NN, 150/05. i 16/07., čl. 106.) predviđa odštetnu odgovornost sudaca za slučaj namjerne ili krajnje nepažnje. Praksa o tome vrlo je oskudna i ta je oskudnost prakse zapravo dobar pokazatelj: znači (ili barem može značiti) da slučajevi nanošenja štete građanima nisu česti odnosno nisu skrivljeni od strane suca. Praksa imovinske i stegovne odgovornosti sudaca i inače nije baš bogata, a žaliti je što u pravilu ne dotiče odgovornost za slučaj tehnološkog neznanja kao mogućeg oblika namjere ili krajnje nepažnje (o tome više: Ivica Crnić – Hrvatska sudbena vlast i pravo na suđenje u razumnom roku, Informator br. 5076 – 5077, od 30. 10. i 2.11.2002.; Ivica Crnić – Odgovornost sudaca za štetu u zakonodavstvu i sudskoj praksi RH, Informator br. 5336, od 27.4.2005.).

### 2.3. *Projekcija mogućih ovlaštenja temeljem prava na “suđenje u razumnom roku”*

Ako smo postavili cilj (efikasnije, učinkovitije, ažurnije sudstvo), onda istovremeno moramo projicirati (predvidjeti) sredstva kojima ćemo te ciljeve ostvarivati.

Aktualna praksa, kako europska tako i domaća, stavlja u tom smislu na raspolaganje više sredstava:

- odgovornost države za poboljšanje uvjeta rada sudaca;
- nalog da se neriješeni predmeti riješe;
- odštetnu odgovornost države zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku i
- imovinsku (materijalnu) i kaznenu (napose stegovnu) odgovornost sudaca zbog povrede ovih prava građana.

Pokušat ćemo (barem u bitnome) analizirati sadržaj ovih sredstava.

#### 2.3.1. *Odgovornost države za poboljšanje uvjeta rada sudaca*

U ovom radu već spomenuta Europska povelja o zakonima za suce<sup>17</sup> (pod 1.6.) vrlo određeno navodi:

“Dužnost je države osigurati da suci dobiju sredstva potrebna za pravilno postizanje njihove zadaće, a posebno da se slučajevi rješavaju u razumnom roku.”

I to je zapravo prvi zahtjev koji proizlazi iz instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku. On posve neopravdano ostaje u sjeni ostalih sredstava,

---

S tim u svezi valja reći da navedeno pravilo Zakona o sudovima RH nije u opreci ni s Europskom poveljom o zakonima za suce (Strasbourg, 8. – 10. srpnja 1994.), koja dozvoljava odštetnu odgovornost suca “... ako se radi o slučajevima velikog i neoprostivog kašnjenja pravila unutar izvršenja sudskih dužnosti” (5.1.).

Ni u domaćoj ni u stranoj praksi nismo zabilježili slučaj imovinske ili stegovne odgovornosti suca zbog povrede pravila o suđenju u razumnom roku. Problem, međutim, time nije riješen i ostaje otvoren.

<sup>17</sup> Vidjeti bilješku br. 15.

Stanje koje u RH već duže postoji (vidjeti o tome rad I. Crnića “Hrvatska sudbena vlast...”, op. cit., bilješka br. 5.) ukazuje na preveliku podređenost sudbene vlasti u odnosu na zakonodavnu i (napose) u odnosu na izvršnu vlast.

Autor ovog rada je kao karijerni sudac u 37 godina (sudac općinskog, sudac i predsjednik županijskog suda) i neposredno vidio tu podređenost, tu nemoć u odnosu na kompetencije izvršne vlasti koja drži najvažniju polugu svake vlasti (financijska sredstva).

Ni kretanje u općoj političkoj kulturi ne upućuje na veću orijentaciju u pravcu poboljšanja tretmana sudbene vlasti. Recidivi teorije i prakse “jedinstva vlasti” još su živi a u takvom sustavu sudbena vlast je dosta nisko. Političke stranke najvećim dijelovima ne produciraju kadrove koji bi se sustavno bavili problemima pravosuđa i koji pravosuđe dobro poznaju; osobu ministra pravosuđa vrlo često se traži tek nakon izborima osvojene vlasti. Funkcija ministra pravosuđa iznimno je zahtjevna, u svijetu se tradicionalno smatra jednim od najjačih portfelja a u nas – čini nam se – takvog socijalnog odjeka ni približno nema.

svakako zbog toga što ovakav zahtjev nije koncipiran kao subjektivno pravo bilo kojeg od sudionika sudskog postupka (stranaka, suda, suca).

Nema naznaka promjene stanja, što znači da s postojećim stanjem valja i nadalje računati. Nažalost!

Po važećem Zakonu o sudovima RH (NN, 150/05. i 16/07.) sredstva za rad sudova osiguravaju se državnim proračunom RH. Sudovi, doduše, daju mišljenje (st. 2. čl. 147. govori o prethodnom mišljenju Opće sjednice Vrhovnog suda RH) odnosno predsjednici sudova podnose odgovarajuće prijedloge Ministarstvu pravosuđa (st. 1. čl. 148.). Pritom samo odredba iz čl. 149. govori i o “rezultatima rada suda” kao jednog od temelja za raspodjelu sredstava.

U “rezultate rada suda” svakako može ići i stanje sudskih zaostataka, naravno u smislu da manji zaostaci (tj. brže suđenje) donose pravo na veća sredstva.

Prakse, napose one pozitivne i ohrabrujuće, u tom smislu još nema. Skeptični smo, međutim, da bi efikasnost suđenja u skorije vrijeme mogla biti razlogom za dobivanje većih financijskih sredstava za sud koji postiže dobre rezultate.

Ne treba se pribojavati toga da bi dobivanje financijskih sredstva (i) prema rezultatima rada moglo dovesti do prebrzog i stoga nekvalitetnog suđenja. Sudski aparat ima na raspolaganju dovoljno postupovnih sredstava da eventualne takove pojave odmah zaustavi, a hrvatski su sudovi – i pored svojih nedostataka – nebrojno puta dali dokaze svoje radne ozbiljnosti.

Treba, u mnogo većoj mjeri, javnost educirati da nema kvalitetnijeg “suđenja u razumnom roku” ako države više ne ulažu u sudstvo i pravosuđe uopće.<sup>18</sup>

Država se, istina, ne može tužbom natjerati na to, ali ju se može stalno podsjećati na ovu obvezu. To mogu mediji, mogu pravni znanstvenici, mogu i sami građani i može rezultirati pozitivnim i dragocjenim učinkom u pravcu postizanja željenih ciljeva.

Za sada smo (i) u tome vrlo deficitarni.

Očekivati je, konačno, da će i sama država “progledati”, shvatiti kako joj je bolje da suštinski riješi problem stvaranjem dobrih uvjeta za rad sudaca nego da traži novac za naknadu bez jamstva ostvarenja cilja.

### *2.3.2. Nalog da se neriješeni predmeti riješe*

Stranku koja dugo čeka na rješenje predmeta prvenstveno zanima rješenje upravo tog predmeta. Zato i jest najvažnija odluka u postupku odlučivanja o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku upravo nalog sudu koji vodi neriješeni predmet da ga što prije riješi.

<sup>18</sup> Republika Hrvatska u pravosuđe ulaže najviše od svih zemalja u tranziciji (izvješće prof. A. Uzelca kao predstavnika Europskog centra za efikasnost sudova, Bjelolasica, svibanj 2005. – sastanak predsjednika Vrhovnog suda RH s predsjednicima viših i županijskih sudova).

Naša država, dakle, i relativno i apsolutno ulaže dosta u pravosuđe. Uputiti joj se, međutim, može zamjerka da je interna (unutarnja) raspodjela tih istih sredstava dosta nekonzistentna i netransparentna, pa više zavisi od vještine “potezanja za rukav” nego od stvarnih potreba i (napose!) rezultata rada sudova.

Prof. Potočnjak to naziva “ubrzanjem sudskih postupaka”<sup>19</sup>, ali se čini da je riječ “ubrzanje” zapravo preblaga kvalifikacija takve odluke, jer to treba biti nalog kao odluka sasvim određene imperativne naravi.

Nalog mora određivati rok u kojem neriješeni sudski predmet valja riješiti. Po naravi stvari podrazumijeva se da duljina tog roka zavisi o stanju konkretnog predmeta.<sup>20</sup>

U svakom slučaju sud koji odlučuje o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku mora nalogu o rješavanju (neriješenog, matičnog) predmeta dati puni prioritet.<sup>21</sup>

Ovo pak što otvara nove probleme, međutim, ostaje. Ostaju napose ovi problemi:

- što ako sud na kojeg se nalog odnosi po tom nalogu ne postupi ili se (čak objektivno) nalogu ne može udovoljiti?
- kako pratiti ispunjavanje i provedbu takvih naloga?
- i što sama stranka može učiniti da bi nalog o dovršenju matičnog predmeta bio poštivan?<sup>22</sup>

Ne rješava mnogo ni moguća imovinska (materijalna) odnosno kaznena i stegovna odgovornost sudaca.<sup>23</sup>

Najviši sudovi (Ustavni sud, Vrhovni sud) morali bi po naravi svoje pravne pozicije biti jamci zaštite prava na razumni rok.<sup>24</sup>

Neiskorištene su mogućnosti informatičkog praćenja izdatih naloga za rješavanje određenih predmeta koji su dugo bili neriješeni.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Ž. Potočnjak, op. cit. (bilješka br. 12), str. 14 – 15.

<sup>20</sup> Ustavni sud RH je, u pravilu, određivao rok od 6 mjeseci. Nema, međutim, zapreke da taj rok bude bilo duži, bilo kraći.

<sup>21</sup> I po našem Zakonu o sudovima (st. 1. čl. 28.) takva se odluka mora donijeti.

<sup>22</sup> Pisati predstavke, slati proteste, tražiti zaštitu prava na razumni rok zbog “povrede prava na razumni rok”?!

<sup>23</sup> Na neriješenim starim predmetima, u pravilu, se izreda veći broj sudaca, pa je objektivno nemoguće točno individualizirati “krivca”. U času odlučivanja po zahtjevu za zaštitu prava na razumni rok mnogi već nisu u tom sudu, nerijetko (!) oni sad odlučuju o zahtjevu za zaštitu prava na razumni rok.

<sup>24</sup> Ustavni i Vrhovni sudovi također imaju pravo i obavezu poštivanja razumnog roka (vidjeti o tome: N. Vajić – Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5/01.). Prof. Vajić posebno navodi (str. 985) više odluka Europskog suda za ljudska prava gdje je bio tangiran Ustavni sud RH. Praksa Europskog suda za ljudska prava dozvoljava ustavnim sudovima nacionalnih država ipak određenu fleksibilnost u tome, napose npr. kada je riječ o grupiranju sličnih predmeta kako bi se postigla veća ekonomičnost postupka.

<sup>25</sup> Informatičko upravljanje sudskim postupcima otvara i na ovom planu velike i upravo neshvaćene pozitivne mogućnosti. Čini se, mnogo veće od svih žalbi, predstavki i prigovora kada se sudovi oglašuju na nalog da (konačno) riješe određeni predmet. Treba, naravno, ustrojiti službu koja će se time baviti. Iskustva su, za sada, u Hrvatskoj u tom pogledu vrlo skromna, gotovo ih ni nema.



### 2.3.3. *Odštetna odgovornost države zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku*

Po hrvatskom Zakonu o sudovima (st. 1. čl. 106.) Država odgovara građanima za štetu koju im sudac nanosi svojim “nezakonitim ili nepravilnim radom”.

Ovakva koncepcija odgovornosti ista je kao u Zakonu o sustavu državne uprave.<sup>26</sup> To je izraz tzv. načela primarne odgovornosti države.

Može biti prijeporno kakav je to kriterij odgovornosti (objektivni, subjektivni, mješoviti).

Nije, svakako, “čisto” objektivna odgovornost jer nije dostatna sama činjenica da je stranci nastala šteta. Ta šteta mora biti rezultat i određenog subjektivnog faktora – nezakonitog ili nepravilnog rada suca.

No, nije to ni odgovornost po krivnji jer se ne traži sučeva krivnja kao pretpostavka odgovornosti. Dovoljno je da je on nepravilno ili nezakonito postupio.

Moglo bi se stoga reći da je to onda odgovornost *sui generis*, nekakva netipična i mješovita subjektivno – objektivna odgovornost za štetu.

U svakom slučaju jasno je, međutim, da građani imaju pravo na naknadu štete (sveukupne štete), jedino uz moguću “odbitak” na ime toga što su i sami (barem u dijelu) doprinijeli nastanku svoje štete.<sup>27</sup>

Stranke koje trpe štetu zbog nezakonitog ili nepravilnog rada hrvatskih sudova imaju pravo na svu štetu koju trpe (imovinsku i neimovinsku) i, dakako, na puni iznos odštete (jedino uz odbitak vlastita doprinosa).

Europska konvencija nije jasna u sadržaju da li misli na svaku štetu ili dopušta neka odstupanja.

Opća praksa ide u pravcu naknađivanja neimovinske (nematerijalne) štete, ali je npr. talijanski zakonodavac (baš za potrebe postupka zaštite prava na suđenje u razumnom roku) predvidio pravo na naknadu i imovinske i neimovinske štete.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Zakon o sustavu državne uprave (NN, 75/93., pročišćeni tekst 190/03.). U Ustavu RH se, međutim, o tome ne govori pa je bio u pravu prof. I. Borković kada je kritizirao izostanak pravila o odštetnoj odgovornosti države u ustavnom tekstu RH (I. Borković, *Upravno pravo*, Zagreb 2002., str. 139).

<sup>27</sup> To je, uostalom, i opće pravilo odštetnog prava koje vrijedi i kod zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Čini se, međutim, da naši sudovi s tim ponekad pretjeruju jer dugotrajnost sudskog postupka, barem u osnovi, ne zavisi od stranke nego od suda. U nekim postupcima (npr. paternitetskim) sud ima izrazito jaka oficijozna ovlaštenja, uključujući i to da se potrebna vještačenja podmiruju iz proračunskih sredstava (o tome vidjeti: A. Korać – Izbjegavanje medicinskog vještačenja i razumni rok u paternitetskim sporovima).

<sup>28</sup> U pitanju je tzv. legge Pinto (Pintov zakon – po senatoru Pintu koji ga je predložio). To je zakon br. 89 od 24. ožujka 2001., neznatno noveliran 19. rujna 2004., sadrži (svega) 7 članaka. U st.1. čl. 2. govori se o pravu na naknadu imovinske i neimovinske štete. Čitava glava (Glava II.), međutim, ima novi naziv “Pravična odšteta” (“Equa riparazione”, a sam čl. 2. ima naziv “Pravo na pravičnu odštetu” (“Diritto all’ equa riparazione”).

U teoriji talijanskog građanskog prava je prof. C. Castronovo (La nuova responsabilità civile, Milano 2006., str. 260-265) s pravom upozorio da predstavlja svojevrsno proturječje odredba da

Hrvatsko se pravo, po Ustavnom zakonu i praksi Ustavnog suda, odnosno po Zakonu o sudovima iz 2005. i tome posljedičnoj praksi, opredijelilo za stav da je u pitanju naknada neimovinske (nematerijalne) štete.<sup>29</sup>

Odgovor tu može biti samo jedan: građanin ima pravo na naknadu i imovinske i neimovinske štete, ali ne po istoj osnovi – imovinska šteta morala bi se ostvarivati po Zakonu o sustavu državne uprave, a neimovinska po Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH, odnosno (sada) po čl. 27. i 28. Zakona o sudovima iz 2005. Objektivna kumulacija ovih tužbenih zahtjeva u postupku zaštite prava na suđenje u razumnom roku tu ne bi bila moguća, jer hrvatski postupovni sustav ne dozvoljava kumulaciju zahtjeva o kojima se odlučuje u različitim postupcima. Ako bi zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku sadržavao oba zahtjeva (tj. i za imovinsku i za neimovinsku štetu), sud mora primijeniti sankciju iz čl. 109. ZPP-a (vraćanje na ispravak, povlačenje, odbacivanje).

Pridružujemo se stavu da po čl. 27. i 28. Zakona o sudovima sudovi dosuđuju samo naknadu neimovinske (nematerijalne) štete. To zbog praktičnih razloga jer bi odlučivanje (i) o imovinskoj šteti jako otežalo odlučivanje u tom postupku koji (barem on!) mora biti hitan, brz i učinkovit.

Ako je, dakle, u pitanju naknada neimovinske štete, treba postaviti neke pravne kriterije, a ne npr. samo duljinu trajanja neriješenog predmeta kao osnovu za određivanje naknade.

Po (novom) Zakonu o obveznim odnosima<sup>30</sup> neimovinska šteta se definira kao “povreda prava osobnosti”. Doktrinarno gledano, ovdje samo stupanj povrede prava osobnosti određuje visinu naknade neimovinske štete.<sup>31</sup>

Neka inozemna prava (npr. talijansko) također izražavaju stav da je u pitanju naknada neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti.<sup>32</sup>

---

se jamči pravo na naknadu sve štete a govori o “pravičnoj odšteti” koja nikada ne jamči pravo na naknadu cjelokupne štete.

<sup>29</sup> Tako i Ž. Potočnjak, op. cit. (bilješka br. 8), str. 17. Autor ipak ne isključuje (str. 16 i 17) da bi trebalo postojati i pravo na naknadu materijalne (imovinske) štete odnosno da bi u budućnosti ovo pravo trebalo jače afirmirati.

<sup>30</sup> Zakon o obveznim odnosima (NN, 35/05., čl. 1046.)

<sup>31</sup> Mislimo da bi trebalo tumačiti i novi ZOO. Šteta, jedino što je sam zakon u st. 2. čl. 1100. (nepažnjom zakonopisca!) ponovio raniju odredbu da visina naknade zavisi od dužine i trajanja bolova i sl. U novim uvjetima (koncepcija izračuna u čl. 1046.) samo stupanj povrede prava osobnosti može determinirati visinu naknade neimovinske štete.

To nije nekakav mali i neznatan zaokret u zakonodavstvu. Radi se o konsideraciji učenja o pravu osobnosti koja, između ostalog, težište odlučivanja želi prebaciti s vještaka na suca.

<sup>32</sup> Talijansko pravo prošlo je posebno zanimljiv put u oblasti prava na naknadu neimovinske štete. Po odredbi iz čl. 2059. talijanskog Građanskog zakonika (Codice civile iz 1942.) naknada neimovinske štete priznaje se samo za slučaj kada se neimovinska šteta izaziva kaznenim djelom. To je odavno postalo preusko, pa je teorija konstruirala (a praksa prihvatila) postojanje zapravo triju oblika neimovinske (nematerijalne) štete: biološke (zbog povrede tijela), moralne (zbog povrede psihe) i egzistencijalne (zbog povrede svih ostalih prava osobnosti odnosno zbog povrede ljudskog duha. Osnova se više ne traži u Građanskom zakoniku nego izravno u Ustavu.

Učenje o pravu osobnosti, dakle, mora biti i u podlozi dosuđivanja naknade štete u postupcima zaštite prava na suđenje u razumnom roku.

To je učenje i inače izazvalo pravu “detonaciju” u građanskom pravu, pa i pravu uopće. Bez toga npr. ne bi moglo nastati (novo) pravilo da se za neimovinsku štetu odgovara i kod povrede obveza iz ugovora (st. 1. čl. 346. ZOO). Kod mnogih ugovora (npr. ugovora o organiziranju putovanja) imovinske štete ili nema ili ju je jako teško dokazati, pa bi bez obveze naknade neimovinske štete dužnik “prošao” bez ikakve sankcije.

Slično vrijedi i za institut suđenja u razumnom roku.

Pravo osobnosti je stoga jedini pravni okvir po kojem valja dosuđivati visinu naknade štete u postupcima zaštite prava na suđenje u razumnom roku.<sup>33</sup> U tom svjetlu bitan temelj odluke mora biti stupanj nelagode koju stranke osjećaju zato što njihov predmet sud nije riješio na vrijeme.

Za naknadu neimovinske štete (zbog povrede prava osobnosti, dakle) daje se “pravična naknada” (“gerechte Entschädigung”, “equa riparazione”).

Njemački BGB (par. 847.) govori o “billige Entschädigung in Geld”. Riječ “billig” također znači pravičnost, ali pravičnost u smislu jeftinog. Noviji njemački izraz (“gerechte Entschädigung”) upućuje na to da naknada zbog povrede prava na razumni rok treba biti veća.<sup>34</sup>

U praksi sudovi koriste tabele (“kriterije”) za dosudu.<sup>35</sup> To, u cjelini, i nije posve loše jer ubrzava rješavanje sličnih postupaka, ali može biti loše (i jest loše) za postupke koje sadrže određene specifičnosti. Ostaje nejasno kako se ti kriteriji izvorno stvaraju.<sup>36</sup>

---

Egzistencijalna šteta (“danno esistenziale”) posebno se najavljuje kao novi oblik neimovinske štete za kojeg se kaže da proizlazi iz odnosa građana i javne uprave (M. Bona – P. G. Monateri: *Il nuovo danno non patrimoniale*, IPSOA – 2004., str. 712 – 740). Isto potvrđuje i C. Castronovo (*La nuova responsabilità civile*, Milano 2006., str. 260 – 265), kao i G. Marini (*La giuridificazione della persona, ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, Rivista di diritto civile, 3/06, Dottrina – str. 359 – 395). Marini pritom govori o “pravu osobnosti treće generacije”.

<sup>33</sup> Pritom ipak ne valja zapadati u pretjerani optimizam, te npr. u nas još nismo vidjeli odluku o zaštiti prava na razumni rok koja bi se (formalno i sadržajno) pozivala na pravo osobnosti, a i vani (opet u Italiji) naišli smo na neke zahtjeve da se stvari vrate nazad (V. Scalisi – *Regole e metode nel diritto civile della postmodernità* – Rivista di diritto civile 3/05, Padova – Dottrina, str. 283 – 310); nadamo se da se ipak radi o usamljenom slučaju i o vrlo subjektivnoj, zapravo netočnoj interpretaciji nekoliko posljednjih odluka talijanskog Kasacionog suda.

<sup>34</sup> U već ovdje spomenutom slučaju (Grässer gegen Deutschland – podaci s Interneta) je Europski sud za ljudska prava za postupak koji traje već 28 godina dosudio naknadu od 45.000,00 € plus 4.000,00 € troškova. Autori teksta njemačke Wikipedie označuju ovaj iznos kao pravičan (“gerechte Entschädigung”).

Za njemačke pravnike svaka naknada neimovinske štete ima dvostruku funkciju (Doppelfunktion): otklanjanje štete (Ausgleich) i zadovoljštinu za pretrpljenu štetu (Genugtuung) – tako i Kropholler (Berenbrok: *Studienkommentar* 363, München 1998., str. 504).

<sup>35</sup> Županijskim sudovima su pisani “kriteriji” podijeljeni na službenom sastanku sudova (Plitvice, travanj 2007.). Uloga tih “kriterija”, dakle, nije posve negativna, ali bi ih trebalo ipak primjenjivati s više kritičnosti i (samo) kao polazište za odlučivanje.

<sup>36</sup> I Europski sud za ljudska prava imao je i ima svoju “tarifu” za koju se isto ne zna točno kako je formirana.

Odgovornost države za štetu morala bi i samu državu prisiliti da razmisli o tome je li bolje plaćati odštete ili riješiti stanje u pravosuđu i stvoriti pravosuđe bez zaostataka. Valjana opcija može biti samo ova druga a naknada štete mora biti samo sredstvo ostvarenja tog cilja. Aktualna kretanja, međutim, ne upućuju na zaključak da državne strukture (i u Hrvatskoj i drugdje) o tome previše razmišljaju.

#### 2.3.4. *Imovinska (materijalna) i kaznena (napose stegovna) odgovornost sudaca zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku*

Jednu od mjera u pravcu poboljšanja stanja svakako valja tražiti i u imovinskoj, ali u osobnoj (stegovnoj, također i kaznenoj) odgovornosti sudaca.

Pritom valja na umu imati napose dvije konsideracije:

- da se to ne pretvori u zastrašivanje sudaca (koji u pretežitom dijelu) savjesno obavljaju svoj posao i
- da se primjenjuje dosta restriktivno.<sup>37</sup>

U najozbiljnijim slučajevima moguća je i kaznena odgovornost suca,<sup>38</sup> ali ova opcija mora doista posebno iznimno doći u obzir.

Za širu primjenu ostaje stoga materijalna imovinska i stegovna osobna odgovornost.

Po hrvatskom pravu (čl. 106. važećeg Zakona o sudovima) za imovinsku (materijalnu) štetu sudac ne odgovara izravno i primarno. Odgovara država i samo ona može biti tužena za štetu koju je počinio sudac.<sup>39</sup>

Država se jedino može regresirati od suca i u tom će regresnom zahtjevu uspjeti samo da dokaže da je sudac građaninu ili pravnoj osobi štetu nanio namjerno ili iz krajnje nepažnje.

Nekim državama (tako i Hrvatskoj) toleriraju se, prešutno, niže naknade (za oko 50%). Italija je, međutim, nedavno donijela odluku da idu na dosuđivanje punih iznosa sukladno europskim kriterijima (sentence Kasacionog suda br. 1339, 1340 i 1341 od 26. siječnja 2004. – podaci s Interneta). Italija je utvrdila da legge Pinto ne daje dobre rezultate (Godišnje izvješće predsjednika Kasacionog suda za 2006., Internet), pa se očito pokušava većom naknadom stvari poboljšati.

<sup>37</sup> Već spomenuta Europska povelja o zakonima za suce (bilješka br. 15 i 16) izrijeком naglašava (5.2.) da se građanima jamči naknada štete a dozvoljava regres protiv suca "...ako se radi o slučajevima velikog i neoprostivog kršenja pravila unutar izvršenja sudskih dužnosti".

<sup>38</sup> Po važećem KZ-u RH (NN, 110/97., 50/00., 129/00. i 51/01.) u obzir dolaze ova kaznena djela: zlorporaba položaja i ovlasti (čl. 337.), zlorporaba obavljanja dužnosti državne vlasti (čl. 338.) i nesavjestan rad u službi (čl. 339.). Naravno, moguća su i neka opća kaznena djela (npr. primanje mita – čl. 347.), ali je svakako dobro što više ne postoji kazneno djelo "kršenje zakona od strane suca" koje se moglo jako rastezljivo interpretirati.

<sup>39</sup> Isto rješenje ima i talijansko pravo (vidjeti o tome: S. Triva – Materijalna građanska pravna odgovornost sudaca za postupovno djelovanje sudbene vlasti u talijanskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 49/92.; R. De Martino – Le responsabilità civili del giudice, Rim 1990. – na Internetu). O tome postoji u Italiji i jedan kratki zakon (br. 117 iz 1988.) koji uz navedenu primarnu odgovornost države, predviđa pravo na regres protiv suca samo u najtežim i taksativno navedenim slučajevima krajnje nepažnje. Javnost u Italiji često protestira da su suci ovim zakonom previše zaštićeni.

“Krajnja nepažnja” je propust pažnje običnog (prosječnog) suca. To mora biti neki težak propust suca, konkretno težak propust u održavanju razumnog roka suđenja.

Razumije se da je to *questio facti*, tj. da od slučaja do slučaja valja prosuđivati može li se konkretno postupanje suca kvalificirati kao namjera ili krajnja nepažnja u opisanom smislu.

Za sada takvih postupaka u Hrvatskoj gotovo nema, barem nisu publicirani. To, međutim, ne znači da baš nema razloga za primjenu ove odgovornosti.

Pretpostavke stegovne odgovornosti sudaca predviđene su u Zakonu o Državnom sudbenom vijeću.<sup>40</sup>

Zakon po načelu “*nullum crimen sine lege*” propisuje stegovno djelo (st. 2. čl. 20.), a po načelu “*nulla poena sine lege*” propisuje i sankcije, stegovne kazne (čl. 21.) koje variraju od ukora do razrješenja od dužnosti.

Stegovna odgovornost ne smije ugroziti sučev osjećaj slobode u suđenju i njegovu neovisnost. Odgovornost mora biti tako postavljena i prakticirana da nikad i ničim ne ugrozi sigurnost suca u utvrđivanju činjenica, vođenja postupka i primjeni prava.

U Hrvatskoj nema mnogo slučajeva stegovne odgovornosti sudaca. To može biti na liniji poštivanja sučeve slobode, pa i njegovo “pravo na grešku”, premda se ponekad ne primjenjuje i onda kada bi to trebalo primjenjivati.

Za kritiku je praksa da se ovo malo stegovne odgovornosti što postoji uglavnom odnosi na sankciju pojava kojih u sudstvu uopće ne bi trebalo biti (nerad, nedolazak na posao, pijanstvo, pa čak i tučnjava s kolegama). Stegovne sankcije se gotovo ne izriču zbog povrede profesionalnih pravila.<sup>41</sup>

I nepoštivanje pravila o suđenju u razumnom roku može, uz potrebne pretpostavke, biti razlogom za stegovnu odgovornost suca. Čak štoviše, vrijeme u kojem jesmo, a pogotovo ono koje nadolazi, pitanja i probleme u tom pravcu sve će više potencirati.

Pravilno impostirana materijalna i osobna (stegovna) odgovornost suca može biti daljnji dragocjen doprinos nastojanjima da se sva suđenja dovršavaju u “razumnom roku”. Ako se još pritom ne ugrozi ni načelo sučeve slobode (a i to

<sup>40</sup> Zakon o Državnom sudbenom vijeću (NN, 58/93., 49/99., 31/00., 107/00. i 129/00. – vidi dodatak Ing registru br. 19 od 15. listopada 2001.)

<sup>41</sup> Nije, naravno, lako reći kada je profesionalna povreda ujedno i stegovno djelo. Neznanje struke (ne razlike u mišljenju!) ne može biti pokriveno sučevom slobodom. Trebalo bi pritom ipak jasno izgraditi standarde kada profesionalna greška predstavlja neznanje (i razlog za stegovnu odgovornost), a kada se može podvesti pod privilegiju sučeve slobode. Naša praksa ove standarde tek mora izgraditi.

Bila bi vrlo loša tendencija da se za svako prekoračenje razumnog roka traži bilo materijalna bilo osobna (stegovna ili čak kaznena) odgovornost suca. I. Crnić je s pravom upozorio da kritika stanja mora vrlo često biti usmjerena na zakonodavnu i izvršnu vlast koje ne izvršavaju svoju ustavnu i zakonsku zadaću da sudovima omogućuju dobre uvjete rada (I. Crnić, *Odgovornost sudaca za štetu...*, op. cit., bilješka br. 15). Ovo, dakako, ne isključuje mogućnost pozivanja i na odgovornost suca, napose stoga što je evidentno da ima postupaka koji predugo traju baš zbog neučinkovitog rada sudova i sudaca.

je objektivno moguće izbjeći), onda se ove odgovornosti ukazuju kao doista dragocjena pomoć u pravilnoj kreaciji instituta prava na suđenje u razumnom roku.

### **3. Temeljne normativno – pravne pretpostavke zaštite prava na suđenje u razumnom roku**

Institut suđenja u razumnom roku reguliran je sada odredbama iz čl. 27. i 28. Zakona o sudovima.

No, sam institut ima svoju povijest a i svoju budućnost bez kojih se ni trenutna regulacija ne može razumjeti.

Povijest prava na suđenje u razumnom roku ima nekoliko svojih faza:

- Ustav iz 1990.;
- ratifikacija Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1997.);
- Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske iz 1999. i novela iz 2002.;
- novi Ustav iz 2000. odnosno 2001.
- Zakon o sudovima iz 2005.

#### **3.1. Stanje po Ustavu iz 1990.**

“Božićni” Ustav (NN, 56/90.) nije sadržavao odredbe o zaštiti prava na suđenje u današnjem smislu te riječi.

Poznavao je (samo) odredbu (al. 2. čl. 29.) da svatko tko je osumnjičen ili optužen zbog kaznenog djela ima pravo na pravično suđenje pred nadležnim sudom ustanovljenim zakonom.

Regulacija se odnosi isključivo na kazneno područje, a ni u toj zoni nije postavljena kao subjektivno pravo osumnjičenika ili optuženika koje bi bilo zaštićeno nekim izvornim pravnim sredstvima. Odredbe djeluju kao opći poziv organima kaznenog postupka na efikasnije postupanje.<sup>42</sup>

Nema dvojbe da u ozračju stvaranja nove i neovisne hrvatske države, u stanju visokog socijalnog optimizma (koje je, moguće, vjerovalo da će stanje

---

<sup>42</sup> U praksi je Ustavni sud Republike Hrvatske ipak išao na šire tumačenje ove ustavne odredbe i to tako što je zauzeo stanovište da, doduše Ustav ima u vidu prvenstveno prava osoba tijekom provođenja kaznenog postupka, ali da kvalitativno ista prava pripadaju i svim drugim sudionicima u pravno reguliranim postupcima koji se vode pred nadležnim tijelima ustanovljenim zakonom (U-III-504/1996, od 8. srpnja 1999., U-III-435/2000, od 17. svibnja 2000.)

U teoriji slično stanovište iznosi i Ž. Potočnjak (op. cit., str. 4), proširujući to i na upravni postupak i upravni spor (citira, međutim, odmah iza toga odluku Ustavnog suda, od 18. prosinca 2002. da se odredbe o razumnom roku ne odnose na upravni postupak i upravni spor). Navedene odluke i doktrinarni stav formirani su ipak kasnije i, čini nam se, predstavlja dosta isforsirani stav da se odredba iz čl. 29. Ustava iz 1990. odnosi i na sve druge postupke, a ne samo na kazneni postupak.



slobodne i neovisne države proći bez žrtava koje su kasnije, nažalost, uslijedile) i u vrijeme kada ni stanje u sudstvu nije upućivalo ni na kakvo alarmantno stanje,<sup>43</sup> kreatori božićnog Ustava objektivno nisu imali ni posebnog poticaja konstruirati razumni rok za suđenje kakav postoji danas.

### **3.2. Ratifikacija europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda**

Europska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja čini izvorište instituta prava na suđenje u razumnom roku donijeta je 4. studenoga 1950.

Po odredbi iz stavka 1. članka 6. te Konvencije svatko ima pravo, radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužbe za kazneno djelo protiv njega, da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.

Republika Hrvatska je ovu Konvenciju ratificirala 5. studenoga 1997.<sup>44</sup> i od tog datuma se u našoj državi štiti pravo na suđenje u razumnom roku.

Prva odluka Ustavnog suda RH u tom smislu donijeta je 11. srpnja 2000.<sup>45</sup>

U teoriji i praksi dosta je brzo otvoreno pitanje kako tretirati razdoblje prije 5. studenog 1997. Prevagnulo je mišljenje da se pravo na suđenje u razumnom roku štiti i prije 5. studenog 1997.,<sup>46</sup> ali nisu bez važnosti ni argumenti koji to negiraju.<sup>47</sup> Današnja praksa, čini se, zastupa nekakvo srednje rješenje.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Ovu premisu bi ipak valjalo posebno provjeriti. Stanje u hrvatskom sudstvu krajem 1990. u svakom slučaju nije bilo bez problema, ali su ti problemi "pokriveni" nastalim pitanjima stvaranja nove države i novog društvenog i pravnog sustava. Podrobnija analiza vjerojatno bi ukazala i na to da statistički zaostaci ni apsolutno ni relativno nisu bili veliki kao danas, ali je to bilo prirodno zbog toga što je politički mehanizam u bivšoj državi sam rješavao mnoga bitna pitanja. Osim toga, u tom vremenu je već 13 godina na snazi (od 1. srpnja 1977.) novi sustav organizacije sudstva koji je na općinske sudove prebacio skoro svu prvostupanjsku nadležnost (u civilu baš svu, u kaznenom pravu u najvećem dijelu) i takva je organizacija, po našem mišljenju, ne i odmah, ali dosta brzo počela "uspješno" generirati zaostatke s kojima se danas mučimo.

<sup>44</sup> 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, 18/97., 6/99. – proć. tekst 8/99.). Protokoli br. 12 i 13 su ratificirani 2002. (NN 14/02.) a Protokol 14 još nije ratificiran.

<sup>45</sup> Odluka br. U-III-698/2000 od 11. srpnja 2000. (NN, 69/00. i 80/00.), navedeno prema Ž. Potočnjaku (op. cit., str. 4).

<sup>46</sup> Ž. Potočnjak, op. cit., str. 3 (odluka Ustavnog suda RH br. U-III-A-2113/2003, od 13. svibnja 2004. – NN, 73/04).

<sup>47</sup> Tako npr. A. Trgo: Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu br. 1-2/05.

<sup>48</sup> Na instruktivnom sastanku sudova (Plitvice, 26. i 27. travnja 2007.) dana je uputa da se naknada dosuđuje i za stanje prije 5.11.1997., ali samo u simboličnom iznosu.

Nama se čini ovo stanovište dosta nekonzistentnim: ako pravo postoji, onda naknada mora biti puna a ne simbolična, a ako ne postoji, ne treba nikakvu naknadu ni dosuđivati. Izrijeckom suprotno tvrdi N. Vajić, op. cit., str. 984, ali s navodom da se na stanje prije 5.11.1997. "ne gleda pod povećalom".

Stilizacija odredbe iz stavka 1. članka 6. Konvencije dosta upućuje na to da su nju slijedili i autori hrvatskog Ustava iz 1990., ali da su ipak svjesno izostavili sve postupke izvan kaznenog.

Ratifikacija europske Konvencije pokrenula je i neka pitanja opće pravne komunikacije. Za Konvenciju, naime, predmeti “građanske naravi” nisu samo ono što mi, u užem sudskom smislu, smatramo građanskim predmetima, to može – po Konvenciji – biti i svaki drugi postupak gdje se raspravlja o pravu i obvezi građana po građanskom (privatnom) pravu. Čini se da europska pravna kultura i inače poznaje samo dva oblika postupka, građanski i kazneni, ali je pritom građanski zapravo sve ono što nije kazneni postupak.<sup>49</sup>

### **3.3. Ustavni zakon o Ustavnom sudu RH (iz 1999. i novela iz 2007.)**

Europska konvencija, odnosno njena ratifikacija iz 1997. uspostavila je izravnu nadležnost Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu.

Kako je, očito, predmeta iz Hrvatske bilo jako puno i kako su oni ukazivali na posebno teško stanje u hrvatskom sudstvu, bilo je dosta brzo jasno da europska kompetencija za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ne može biti do kraja djelotvorna.

Zato je, zasigurno i na vanjski poticaj, 1999. godine Hrvatska uvela autonomnu (nacionalnu) zaštitu prava na razumni rok. Učinjeno je to Ustavnim zakonom o Ustavnom sudu RH (NN 99/99., stavak 4. članak 59.)

Uveden je, naime, institut prava na ustavnu tužbu i prije negoli je iscrpljen pravni put kada se utvrdi da se nekim aktom ili njegovim nedonošenjem u razumnom roku grubo vrijeđaju ustavna prava ili slobode i da bi nepokretanjem (ustavnog) postupka za podnositelja tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice.

Vrlo se brzo pokazalo da i to nije dostatno.

U poznatoj presudi *Horvat v. Hrvatska* Europski sud za ljudska prava utvrdio je nedostatnost regulacije iz stavka 4. članka 59. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH i to je bio poticaj temeljem kojeg je Hrvatski sabor u ožujku 2002. godine izmijenio odgovarajuće odredbe o zaštiti prava na razumni rok.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> U jednoj ekspertizi bečkog Instituta za austrijsko i europsko javno pravo (s potpisom prof. C. Grabenmartera, 17. rujna 2007.) upozorava se europski Parlament na potrebu da institut prava na suđenje u razumnom roku u radikalnijoj mjeri zahvati i upravni postupak (podaci s Interneta).

Talijanski Kasacioni (Vrhovni) sud morao je 15. rujna 2005. intervenirati odlukom da se la Pintov zakon (legge Pinto) primjenjuje i na istrage koje traju predugo (u konkretnom slučaju radilo se o istrazi od 1994. – isto podaci s Interneta).

Stvari, dakle, idu u pravcu da se institut razumnog roka primjenjuje pred svim državnim organima koji odlučuju o pravima i obvezama građana. O tome vidjeti i bilješku br. 41. Za šire tumačenje pojma “postupka” zalaže se i E. Grdinić – Pravo na pošteno suđenje u postupcima građanskopravne prirode zajamčeno čl. 6. st. 1. Europske konvencije, Hrvatska pravna revija, rujan 2005., str. 7.

<sup>50</sup> NN, 29/02., 49/02. – pročišćeni tekst. Negativna reakcija Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Horvat* zasigurno je bila inicirana i time što je Ustavni sud RH prije toga od 108 ustavnih tužbi u 2000. i 2001. bio usvojio samo jednu (navedeno prema J. Omejec, op. cit.).

Prije toga je Hrvatska izmijenila i Ustav (9. studenoga 2000., NN 113/00., 124/00.). Sada je stavak 1. članka 29. bitno usklađeniji s Europskom konvencijom i ne navodi samo kazneni postupak, ali tek novela Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH donosi regulaciju prava na suđenje u razumnom roku kao subjektivnog prava građanina kome nije riješen njegov predmet.

Sada se ustanovljuju izrijekom dva prava: određivanje roka za donošenje akta koji čeka na donošenje; te pravo na “primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegova ustavna prava”.

Reakcija Europskog suda za ljudska prava bila je brza i (ovog puta) pozitivna. U poznatoj presudi Slaviček protiv Hrvatske Europski sud zaključuje da je nova ustavna regulacija posve učinkovito pravno sredstvo.<sup>51</sup>

Slijedi razdoblje kada Ustavni sud RH prima, rješava ali (sada) i usvaja veliki broj ustavnih tužbi zbog nepoštivanja prava na razumni rok.<sup>52</sup>

### **3.4. (novi) Ustav iz 2000. odnosno 2001. i pravo na suđenje u razumnom roku**

Iako smo već naveli izmjenu Ustava koja se dogodila između dviju izmjena Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH, mora se ipak istaći značaj novog Ustava iz 2000. odnosno 2001. godine.<sup>53</sup>

Sada stavak 1. članak 29. 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.”

Ovakva formulacija slijedi odredbu iz članka 6. Europske konvencije po formi (sličnost stilizacije) ali i po suštini (ne odnosi se više samo na kazneni postupak).

<sup>51</sup> Odluka br. 20862/02, od 4. srpnja 2002. Prije toga je, dakle, Ustavni sud RH samo iznimno (samo jednom!) bio prihvatio ustavnu tužbu. Materija ustavne tužbe “prije iscrpljenog pravnog puta” bila je i inače nova. Određenih razmišljanja u struci je bilo, ali – čini se – ne i snage da se problem dublje sagleda (J. Crnić – Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu, Informator 5016 – 5017 od 3. i 6.04.2002.; J. Crnić – Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda; o podnošenju ustavne tužbe prije iscrpljenog pravnog puta, Informator 5080 od 13.11.2002.).

<sup>52</sup> Od 15. ožujka 2002. do 31. prosinca 2005. Ustavni sud RH zaprimio je više od 3.300 ustavnih tužbi zbog povrede prava na razumni rok, riješio je oko 1.700, a od toga je zahtjeve usvojio u više od 800 predmeta (navedeno prema Ž. Potočnjaku, op. cit., str. 6).

Može se uočiti značajna radikalizacija stavova, i to u vrlo kratko vrijeme. Tome nije pridonijela samo novela Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH, pa niti poticajna uloga Europskog suda za ljudska prava, nego – u to nema sumnje – podaci o sve težem stanju odnosno o sve većim zaostacima u hrvatskom sudstvu.

U svakom slučaju je novela Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH iz 2002. u bitnome otvorila novo poglavlje u hrvatskom pravu jer uspostavlja primarnu nacionalnu kompetenciju Ustavnog suda RH o zaštiti prava na razumni rok i jer to pravo regulira kao čisto subjektivno pravo građana koji mogu tražiti nalog da se njihov (neriješeni) predmet riješi odnosno koji zbog tog rješavanja imaju pravo na “primjerenu naknadu”. O pravnoj naravi tih prava vidjeti pod 2.3.2. i 2.3.4. ovog rada. Tekst Ustavnog zakona o toj naravi ne govori, a i domaća pravna teorija dosta izbjegava razmišljanja o tome.

<sup>53</sup> NN, 124/00., 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak.

Novi Ustav RH u to vrijeme još nije donio zaštitu prava na suđenje u razumnom roku kao subjektivnog prava građana, ali je zasigurno stvorio značajni pravni temelj i za odlučujuću novelu Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH u 2007. godini.

Zapaziti valja to da Ustav u istu razinu stavlja “pravično suđenje” i “suđenje u razumnom roku”.

To je vrlo značajna konsideracija jer predstavlja stajalište da odluke sudova (ali i drugih državnih organa) moraju biti istovremeno pravične (dakle – zakonite), ali i efikasne (brze, donijete u “razumnom roku”).

Čini se da se ponekad to gubi iz vida. Poneseni (u osnovi dobrom) idejom o ubrzavanju sudskih postupaka, možemo vrlo lako zanemariti zahtjeve zakonitosti.

Kvaliteta ne isključuje efikasnost sudske odluke, ali efikasna (brza) odluka bez potrebne kvalitete također ne može biti cilj kome valja težiti.

U ispitivanju pretpostavki odgovornosti osnovom prava na suđenje u razumnom roku neophodno je stoga odmjeravati pravnu težinu i značaj predmeta koji još nije riješen. Komplikiraniji pravni spor ima pravo na duže trajanje.<sup>54</sup>

Zapaziti je svakako činjenicu da važeći Ustav nema odredbe o nadležnosti za rješavanje zahtjeva vezana za razumni rok postupaka.<sup>55</sup>

### **3.5. Zakon o sudovima iz 2005.**

Regulacija izmijenjenog Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH iz 2002. pridonijela je ekspanziji prakse zaštite prava na razumni rok, ali je široko otvorena mogućnost ustavne tužbe po ovoj osnovi dovela do pravog zagušenja Ustavnog suda RH.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> U nastavku ovog rada o tome ćemo reći nešto više. Činjenica je, međutim, svakako da samo duljina trajanja postupka ne može biti ni jedino, ali ni primarno mjerilo za odlučivanje po zahtjevu za zaštitu prava na razumni rok. Stvarna kretanja, nažalost, idu dosta suprotno ovakvom stavu. Nažalost!

<sup>55</sup> U času redigiranja Ustava iz 2000. godine postojao je, vjerojatno, još osjećaj da će regulacija Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH iz 1999. biti dostatna, pa da ne treba mijenjati niti nadležnost a niti treba precizirati prava koja građani imaju po toj osnovi. Može se čak reći da je Ustav prešutno prihvatio kompetenciju Ustavnog suda kako je utvrđena Ustavnim zakonom iz 1999.

Čini se da u Europi postoji opća tendencija za proširivanjem pojma civilnog delikta, u smislu da ga predstavlja i ponašanje organa države koji ne rješavaju pravozaštitne zahtjeva građana (F. D. Busnelli – *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, *Rivista di diritto civile*, Padova – br. 6 iz 2006., str. 439 – 459). To bitno proširuje nadležnost redovnih sudova u toj zoni i zapravo se može deducirati opći stav da o zaštiti prava na suđenje u redovnom roku trebaju odlučivati samo redovni sudovi, a ne ustavni (kod nas slično smatra M. Vuković – *Problemi i posljedice u svezi s čl. 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, *Hrvatska pravna revija* br. 5 iz 2003.).

Hrvatski ustavotvorac je Ustavom iz 2000. godine propuštanjem reguliranja kompetencije za zaštitu prava na razumni rok, možda i nesvjesno, dopustio nadležnost i redovnih sudova i Ustavnog suda odnosno miješanje kompetencija koje nije dobro, i o čemu ćemo u nastavku reći nešto više.

<sup>56</sup> Vidjeti o tome: J. Crnić – *Uloga Ustavnog suda RH u zaštiti temeljnih ljudskih prava i sloboda*, *Hrvatska pravna revija*, siječanj 2005.; sam je Ustavni sud RH pisanom izvješću Hrvatskom saboru

Izlaz je nađen u donošenju novog Zakona o sudovima odnosno u odredbama iz članaka 27. i 28. tog Zakona.<sup>57</sup>

Postoji dosta široko suglasje o tome da je ovakva regulacija konstitucionalno neadekvatna, vrlo dvojbene ustavnosti i da predstavlja gotovo školski primjer zakonodavne ispodnormiranosti.

U svakom slučaju točno je da od stupanja na snagu Zakona o sudovima iz 2005. (29. prosinca 2005.) pretežita nadležnost pripada redovnim sudovima. Ustavni sud ostaje nadležan samo za još nedovršene predmete i (po pretežitom shvaćanju) za odlučivanje o zahtjevima koji se vode pred Vrhovnim sudom RH,<sup>58</sup> dakako, i za pravomoćno dovršene predmete po redovitoj ustavnoj tužbi.

### *3.5.1. Problem konstitucionalne neadekvatnosti odredbe članaka 27. i 28. Zakona o sudovima iz 2005.*

Nije neuobičajeno da Zakon o sudovima regulira nenadležnost sudova (to Zakon, uostalom, i čini u odredbama iz članaka 16.-26.), ali je dosta neobično kada zakon ove vrste uvodi jedan gotovo posve novi pravni institut i određuje materijalno pravni sadržaj tog instituta.

Nema dvojbe da je u pitanju čak i vrlo hrabra zakonodavna improvizacija, ali će ju povijest opravdati samo ako bude privremena, odnosno ako bude zami-

---

od 24. veljače 2005. upozorio na neodrživost situacije i na neophodnost rasterećivanja Ustavnog suda RH (navedeno prema Ž. Potočnjaku, op. cit., str. 6). J. Crnić je posve određeno naveo da Ustavni sud RH postaje "usko grlo" u ostvarivanju prava na pravično suđenje u razumnom roku.

<sup>57</sup> Zakon o sudovima, NN, 150/05. i 16/07.

<sup>58</sup> Postojeću dilemu (nadležnost Ustavnog suda ili Vrhovnog suda RH – proširenom sastavu?) objasnio je na savjetovanju sudova u Plitvicama 2007. glavni tajnik Ustavnog suda RH mr. sc. Teodor Antić. Prihvaćeno je njegovo objašnjenje da bi u tom slučaju valjalo prihvatiti nadležnost Ustavnog suda RH.

Po odredbi iz st. 2. čl. 158. Zakona o sudovima iz 2005. odredbe ovog Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku ne primjenjuju se na predmete u kojima je do dana stupanja na snagu ovog Zakona podnesena ustavna tužba, na temelju čl. 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH. Izrijekom se tu navodi da će o već podnesenim ustavnim tužbama odlučivati Ustavni sud RH prema odredbama Ustavnog zakona.

Drugo je pitanje može li pravomoćno okončan postupak pred redovnim sudovima (tu mislimo, dakako, i na specijalizirane sudove) doći pred Ustavni sud kao "redovna" ustavna tužba. Prof. Potočnjak (op. cit., str. 24) smatra da može i to bi onda bio treći slučaj kada se Ustavni sud RH i dalje može neposredno suočavati sa zahtjevima za zaštitu prava na razumni rok.

Uostalom, nakon svega toga, postoji i mogućnost obraćanja Europskom sudu za ljudska prava temeljem Konvencije pa pravomoćnost pred redovnim sudovima ne predstavlja i postupovnu definitivnost tih odluka.

U svakom slučaju je od 29. prosinca 2005. nadležnost za rješavanje predmeta u razumnom roku najpretežitije na redovnim (i specijaliziranim) sudovima. Cjelokupno je ovo rješenje dosta upitno i iz razloga što po njemu vrlo često odlučuju i sudovi koji sami ne prakticiraju i ne poštuju pravila o "suđenju u razumnom roku". Možda je to i najveći problem jer nositelji nastojanja za efikasnije suđenje moraju najprije sami biti efikasni.

jenjena pravim i potpunim propisom koji će regulirati zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Razlozi ove improvizacije dosta su jasni (zagušenost Ustavnog suda RH, stavovi Europskog suda za ljudska prava o potrebi uvođenja učinkovitijeg pravnog sredstva za zaštitu prava na razumni rok), ali ostaje upitno da li su dva zakonska članka u novom Zakonu o sudovima uopće adekvatno mjesto za regulaciju prava na razumni rok.

Ostaje samo pledirati da se (kao npr. u slučaju Italije) donese baš poseban zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku. Pravno-tehnički to i nije posebno teško (talijanski legge Pinto ima svega 9 članaka), ali bi prije toga neka važna pitanja valjalo temeljito raspraviti i razriješiti.

### 3.5.2. *Dvojbena konstitucionalnost (ustavnost) odredbe iz čl. 27. i 28. Zakona o sudovima iz 2005.*

Prigovore neustavnosti odredaba iz čl. 27. i 28. (a onda i st. 2. čl. 158.) Zakona o sudovima iz 2005. jasno je iznio bivši predsjednik Ustavnog suda RH dr. sc. Jadranko Crnić.<sup>59</sup>

Po njemu propis je valjalo donijeti dvotrećinskom većinom zastupnika u Hrvatskom saboru; prvi je “griješ” po njemu počinio Hrvatski sabor time što je donio ovakav propis, drugi je počinio Ustavni sud što se odrekao dijela svoje nadležnosti,<sup>60</sup> a u trećem “griješ” bili bi redovni sudovi koji prihvaćaju postupanje po neustavnom zakonu.

Ne ulazeći poblize u raspravu ovog pitanja, na ovom ćemo se mjestu zadovoljiti samo s dvije “obrane” konstitucionalnosti odredbe iz čl. 27. i 28. što donosi st. 2. čl. 158. Zakona o sudovima iz 2005.:

- talijanski legge Pinto nije donijet kao organski nego kao “obični” zakon (istina ne uspostavlja niti oduzima nadležnost Ustavnom sudu jer Ustavni sud tu nadležnost ni prije nije imao) i
- čini se da bi moguća nekonstitucionalnost rješenja iz Zakona o sudovima iz 2005. bila moguća za slučaj da Zakon dodjeljuje, a ne kada oduzima nadležnost Ustavnom sudu.

Teško je povjerovati da bi Ustavni sud, koji je tražio rasterećenje, sam bio sklon neustavnosti Zakona koji ga rasterećuje od hrpe postupaka za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Ustavni sud bi pritom i sam bio u “sukobu

<sup>59</sup> J. Crnić – Suđenje u razumnom roku, tri grijeha strukture, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak br. 14, Zagreb 2007. (također i usmeno izlaganje na tradicionalnom savjetovanju u Opatiji, studeni 2007.)

<sup>60</sup> J. Crnić, čini nam se, moguće zaboravlja da je svojevremeno sam tražio rasterećenje Ustavnog suda (vidjeti bilješku br. 55). Na sastanku s predsjednicima županijskih, visokih i Vrhovnog suda RH (Bjelolasica, svibanj 2005.) sam je iznio prijedlog da predmete suđenja u razumnom roku preuzmu redovni sudovi i, koliko se činilo, podržavao je tu ideju tada tek u nastajanju. Nije jasno je li u pitanju promjena stava u osnovi ili dr. J. Crnić samo smatra da nije pravilno riješeno pitanje forme (obični ili organski zakon), a što i nije samo pitanje forme jer organski zakon podrazumijeva veći socijalni konsens (2/3 glasova svih zastupnika Hrvatskog sabora).



interesa” i doista je teško pretpostaviti da bi bio posebno sklon deklaraciji neustavnosti kako ih predlaže J. Crnić.

Žaliti je što ovi prigovori nisu raspravljani prije donošenja Zakona o sudovima iz 2005. Uz sve druge nedostatke, nad odredbama iz čl. 27., 28. i st. 2. čl. 158. tog Zakona, ovako prijeti i njegova neustavnost što je previše za zakonodavni zahvat kakav se želio izvršiti.<sup>61</sup>

### 3.5.3. *Stanje zakonodavne ispodnormiranosti u odredbama iz čl. 27., 28. i st. 2. čl. 158. Zakona o sudovima iz 2005.*

Prve reakcije na (kratkotrajnu) primjenu ovih odredaba istaknule su upravo riječ “ispodnormiranost”.<sup>62</sup>

Nema u Zakonu odredbe o tome:

- o kakvom je postupku riječ,<sup>63</sup>
- po kojim se pravilima vodi,<sup>64</sup>
- tko ih vodi,<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Sudovi u Hrvatskoj doslovno svakodnevno odlučuju o zahtjevima za suđenje u razumnom roku. “Izbacuju” tako veliki broj odluka, pa uistinu ne bi bilo dobro da je Zakon o sudovima iz 2005. u tim dijelovima protuustavan. Sve učinjeno bilo bi dovedeno u pitanje.

U svakom slučaju ove prigovore protuustavnosti treba što prije riješiti. Bilo bi dobro da to bude prije donošenja posebnog zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, za čije donošenje plediramo.

Ovog časa prigovor protuustavnosti djeluje i vrlo “zbunjujuće”. Praksi su prije potrebne barem donekle jasne upute i stavovi, napose u situaciji kada jedan posve neadekvatan propis ovako siromašno regulira jednu novu i vrlo modernu materiju. Hrvatski sudac zna za potrebu dobrog tumačenja propisa, ali ne može suditi bez propisa.

<sup>62</sup> H. Buljan, sutkinja Vrhovnog suda RH – savjetovanje s predsjednicima županijskih i viših sudova (Plitvice, travanj 2007.). J. Crnić (op. cit., bilješke br. 60, str. 23-33) govori o “nedorečenosti” u novom Zakonu o sudovima.

<sup>63</sup> Prve upute (sastanak u Zagrebu, 4. veljače 2006.) bile su da je to poseban izvanparnični postupak i da se treba voditi po pravnim pravilima bivšeg Zakona o vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1934. (!?). Nije isto, kako se misli, jedan supermoderan postupak voditi po zakonu starom više od 70 godina i iz posve drugog državnog, društvenog i političkog konteksta.

<sup>64</sup> Ako bi odgovor npr. bio da se ne primjenjuju i pravila parničnog postupka (kao što mogu u ovršnom ili z.k. postupku), ostaje pitanje za koje mjere je prikladna povećana pravna disciplina koja počinje ZPP-om (npr. po ZPP čl. 2. se parnični postupak vodi strogo u okviru postavljenog tužbenog zahtjeva; u postupku zaštite na razumni rok je po toj logici podnositelju zahtjeva dosuđena naknada od 10,00 kn i da je više nego očito da je podnositelj očigledno mislio na 10.000,00 kn – vidi J. Crnić, op. cit., bilj. 60 i 61, str. 31); primjer je spomenut i na prvoj sjednici Ustavnog suda RH u novom sastavu – Zagreb 7. prosinca 2007.).

<sup>65</sup> Izvanparnične postupke vodi sudac pojedinac koji, uostalom, u pravilu vodi i sve parnične. Po Zakonu o sudovima (čl. 119. i 120.) imaju određene ovlasti u izvanparničnim postupcima i sudski savjetnici. U al. 5. st. 3 čl. 120. isključeni su samo iz postupka oduzimanja poslovne sposobnosti, razvrgnuća suvlasničke zajednice i uređenja međa. Nisu, dakle, isključeni iz postupka suđenja u razumnom roku, ali Zakon nigdje nije rekao da je to izvanparnični postupak pa se po ovoj odredbi vrlo dvojbeno može statuirati kompetencija sudskih savjetnika.

- tko su stranke;<sup>66</sup>
- na koje se predmete odnosi itd.<sup>67</sup>

Uz ovolike (a i druge) “boleštine”, uistinu je teško govoriti o “ozbiljnom” Zakonu. Previše toga nedostaje, i to ne može buditi optimizam u ishod nastojanja da se državna (napose sudbena) vlast učini učinkovitijom.

Zakon posebno traži da ovi postupci budu “hitni” (st. 3. čl. 28.). Zahtjev djeluje podosta neuvjerljivo kraj svih navedenih nedostataka, a i kraj činjenice da ima sve više postupaka koji su također “hitni” (kada je previše “hitnih” postupaka, onda više ništa nije, niti može biti “hitno”).

Zakon je ipak jasan u opisu prava koje ima podnositelj zahtjeva:

- ishoditi nalog da mu se riješi predmet koji čeka na rješavanje (st. 1. čl. 28.) i
- pravo na dobivanje “primjerene naknade” zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku (također st. 1. čl. 28.).

Prvi zahtjev može se kvalificirati kao zahtjev za ubrzanje postupka, i to bi trebalo biti primarno pravo podnositelja zahtjeva. Pravo na naknadu štete može se tumačiti samo kao pravo na naknadu neimovinske (nematerijalne) štete, s tim što podnositelj zahtjeva ima pravo utužiti i za imovinsku štetu, ali samo u redovnom postupku. Kumulacije zahtjeva tu ne bi bile moguće, jer hrvatsko postupovno pravo ne dozvoljava objektivnu kumulaciju tužbenih zahtjeva koji zahtijevaju različite postupke. Ako bi se tako tražilo, trebale bi uslijediti sankcije iz čl. 109. ZPP (poziv na ispravak, povlačenje, odbačaj).

#### ***4. Analiza postojećeg stanja i prijedlog mjera za zbiljsku promjenu ostaje u zaštiti prava na razumni rok***

Čitav ovaj spektar mjera se u Republici Hrvatskoj poduzima u vremenu kada su sudski zaostaci iznosili oko 1.600.000 predmeta (sada su smanjeni na oko 1.000.000 što je još uvijek jako puno), a smanjenje, koje zaslužuje priznanje, ipak se pretežito odnosi na lakše predmete.

Hrvatska ne bi smjela imati više od 300.000 neriješenih predmeta.<sup>68</sup> Od toga cilja smo vrlo daleko i moramo si postaviti pitanje poduzimamo li prave mjere da taj cilj ostvarimo.

<sup>66</sup> Po naravi stvari je npr. jasno da je to tužitelj koji čeka dovršetak pravila. No, mogao bi biti tuženik koji ima pravni interes dobiti spor i biti oslobođen obveze koju od nje traži tužitelj. To može biti oštećenik u kaznenom postupku, pa i sam okrivljenik koji ima pravo što prije biti oslobođen od optužbe da nije kriv ni odgovoran. Ni u kom slučaju, međutim, to ne može biti ovršenik koji još nije ispunio obvezu, jer je njegova obveza pravomoćno i ovršno utvrđena (ovrhovoditelj, dakako, ima to pravo).

<sup>67</sup> Mi smo u ovom radu već iznijeli stav da se zaštita razumnog roka odnosi ne samo na parnični i kazneni postupak, već i na druge (upravni, prekršajni, pa čak i ustavni).

<sup>68</sup> Taj broj nigdje nije istaknut, ni službeno ni neslužbeno. Mi ga iznosimo temeljem vrlo jednostavne prosudbe: Županijski sudovi i sudski okruzi u Rijeci i Puli imaju sada neriješeno (zajedno) oko 40.000 predmeta svih vrsta; kako oni zajedno čine jedan od 1/5 hrvatskog sudskog

Posebno moramo razmisliti o tome zašto je došlo do ovako silnih zaostataka u našim sudovima. Ne budemo li pravilno detektirali uzroke pojave, ni samu pojavu nećemo moći otkloniti.

Nije dovoljna opća ocjena da je sudstvo “neučinkovito”. To, čak i kada je točno, odnosno u dijelu koliko je točno, samo za sebe ništa ne govori. Analiza mora biti dublja, temeljitija i mora polaziti od poznavanja stvarnog stanja.

Mi ćemo ovdje pokušati raščlaniti barem neke od uzroka sadašnjeg stanja. Pokušat ćemo, adekvatno tome, dati i određene prijedloge mjera za zbiljsku promjenu stanja na bolje.

Govorit ćemo o ovim problemima:

- recidivu teorije o pronalazanju apsolutne istine o sudskim postupcima
- o konsideraciji reducirane teorije formalne ocjene dokaza
- o odvjetničkoj tarifi i pitanju *Advokatenzwanga*
- o upravljanju sudovima
- o vrednovanju rada sudaca
- mreži sudova
- modernizaciji sudskih postupaka i
- nekim rješenjima u Sudskom poslovniku.<sup>69</sup>

U hrvatskoj pravnoj literaturi nismo zabilježili postojanje takve ili slične analize koja bi prethodila bilo Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu RH iz 2002., bilo Zakonu o sudovima iz 2005.<sup>70</sup>

#### **4.1. O recidivu teorije o traženju tzv. apsolutne istine**

Hrvatsko je postupovno pravo bilo dugo vremena influencirano teorijom tzv. apsolutne istine (absolute Wahrheit, verità assoluta).

---

priljeva, dopustiv broj neriješenih predmeta trebao bi biti (najviše) 5 puta veći od njihovog, tj. 200.000; tome valja dodati određen broj upravnih, trgovačkih i prekršajnih sporova, uključiti određene moguće varijabile, a u svakom slučaju brojka od dopustivih 300.000 maksimalno neriješenih predmeta djeluje dosta uvjerljivo. Vjerujemo da bi takvu tezu potvrdilo i jedno kompetentno sociološko istraživanje koje bi valjalo provesti.

<sup>69</sup> Time ne samo što ne pretendiramo za potpuni popis uzročnika stanja, nego ni ove koje iznosimo nećemo moći iznijeti u analizi koja bi bila dovedena do kraja. Naime, već i ovaj mali “popis” problema i pitanja upućuje na to da će tu biti potrebne i mnoge druge analize (napori s aspekta postupovnog prava – prava organizacije sudbene vlasti), za što mi nemamo ni vremena ni potrebne stručne i znanstvene mogućnosti. U sinergiji s našim procesualistima, međutim, mogli bismo mnogo više postići. Ostaje nada da će potrebnih oblika sinergija na našem pravnom prostoru u budućnosti biti sve više.

<sup>70</sup> Vrlo je vjerojatna pretpostavka da takvih analiza nije ni bilo. Promjene su uvedene naglo (2002.; 2005.) i više pod pritiskom Europskog suda za ljudska prava nego temeljem vlastite, domaće provedbe. Zahtjev Europskog suda za ljudska prava djelovao je ipak u osnovi pozitivno, ali je šteta što nije rezultat izvorno domaće, nacionalne pravne misli i analize. To, po našem mišljenju, objašnjava i pojavu uvođenja instituta kojim se bez prethodne analize žele postići veliki ciljevi. U takvoj situaciji ugrožava se i sam cilj, u najboljem slučaju bitno otežava njegovo ostvarivanje.

Izravni odraz te teorije bio je vidljiv u izrazito velikim službenim ovlaštenjima parničnog suda, koji je imao pravo i obvezu sam istraživati i ono što same stranke inače nisu ni tvrdile ni predlagale.

Slabljenjem komunističkog koncepta bivše federalne države slabila su i ovakva oficijozna ovlaštenja suda. Apsolutna istina, uostalom, ni u filozofsko-pravnom smislu ne može postojati.<sup>71</sup>

Radikalnom izmjenom ZPP-a u 2003. god. u bitnoj je mjeri reducirana oficijozna ovlast sudova. Oni više nemaju ovlasti istraživati ništa drugog osim onog što stranke predlažu i ističu.<sup>72</sup>

Time “propada” san o apsolutnoj istini, sud mora tražiti (samo) onu istinu koju parnične stranke omogućuju svojim činjeničnim tvrdnjama i dokazima koje predlažu.

No, veliki broj sudskih zaostataka nastao je upravo u vrijeme kada je san o apsolutnoj istini bio još jako atraktivan, a njegovi recidivi ostat će (logikom ljudske inercije) bar u nekom dijelu i nakon reforme parničnog postupka iz 2003. godine.

Ideju o apsolutnoj istini “nagriza” i teorija o teretu dokazivanja. Ne postoji ono što nije dokazano i gubi spor onaj na čiju štetu govori nedokazanost neke tvrdnje.

Teorija o teretu dokazivanja kategorija je postupovnog prava, ali materijalno pravo određuje na kome je određen teret dokazivanja. Presumira se npr. krivnja štetnika za nastalu štetu, ali presumira se samo obična krivnja;<sup>73</sup> ako se traži krivnja suca (čl. 106. Zakona o sudovima iz 2005.) onda se mora raditi o namjeri ili krajnjoj nepažnji koja se ne presumira nego dokazuje (tužitelj je mora dokazati).

U uvjetima kada sudac postaje samo istraživač u okviru volje stranaka, postoji (napose u kaznenom postupku) realna opasnost da ne samo da neće doznati apsolutnu istinu nego neće doznati niti jednu koherentnu parcijalnu (postupovnu) istinu. O toj opasnosti valja voditi računa.

U svakom slučaju može se reći da je opsesija traženja tzv. absolutne istine dugo vremena postojala u hrvatskom pravu i da je u znatnoj mjeri to “doprijelo” nastanku velikih sudskih zaostataka.

<sup>71</sup> H. P. Schwintowski, op. cit. (bilješka br. 7), str. 48.

<sup>72</sup> M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 501.

<sup>73</sup> Tako: novi Zakon o obveznim odnosima (NN 35/05., čl. 1045.). No, primjera presumpcija i potrebe za primjenom pravila o teretu dokazivanja napose u građanskom pravu ima dosta. Pravničko obrazovanje mora u mnogo većoj mjeri u svijesti pravnika ugrađivati saznanje o neophodnosti primjene pravnih presumpcija i posljedice koje iz toga proizlaze. Pravnički jezik mora biti poseban jezični kodeks i taj je “elitistički” zahtjev nužna pretpostavka njegove veće efikasnosti.

#### 4.2. O konsideraciji reducirane teorije formalne ocjene dokaza (legalne)

Ovo je pitanje zapravo povezano s prethodnim (apsolutnom istinom) i čini njegov sastavni dio.

Sustav tzv. slobodne ocjene dokaza (za razliku od legalne formalne ocjene dokaza) trebao bi omogućiti dolaženje do apsolutne ("materijalne") istine.

U sustavu slobodne ocjene dokaza sud slobodno bira koje će dokaze provesti i može odrediti izvođenje bilo kojeg dokaza.

Socijalističko-komunistički karakter bivše federalne države preferirao je, kao ideološki dosta atraktivan, sustav slobodne volje dokaza, mada je izvorno hrvatski procesni sustav bio inspiriran austrijskim postupovnim zakonom iz 1895. koji je sadržavao formalni (legalni) sustav provedbe i ocjenjivanja dokaza.

Hrvatsko postupovno parnično pravo tek od 2003. pravi prvi veći zaokret prema sustavu formalne ocjene dokaza. Valja prihvatiti shvaćanje da legalni sustav ocjene dokaza u bitno većoj mjeri suzbija samovolju i improvizaciju u suđenju, a nedvojbeno omogućuje i veću racionalnost i efikasnost u suđenju.

Trebat će, međutim, dugo vremena da to i definitivno prevlada, iako je 2003. u tom pogledu izvršen samo manji i djelomičan zaokret.

Evo samo nekoliko primjera pravog rasipanja vremena u težnji za materijalnom istinom i slobodnom ocjenom dokaza:

- utvrđivanje izgubljenе dobiti vještačenjem, dugim i skupim, a ne uvidom u poreznu prijavu<sup>74</sup>;
- dokazivanje konzumacije ugovora saslušanjem brojnih svjedoka i izvođenje drugih dokaza, sve unatoč zakonske odredbe da je npr. pravni posao o prijenosu prava na nekretninama ništavan bez postojanja propisane pisane forme<sup>75</sup>;
- mukotrpnim dokazivanjem udjela bračnih drugova u bračnoj stečevini, iako se sve može izbjeći primjenom presumpcije o podjednakom stjecanju<sup>76</sup>;

<sup>74</sup> Na ovom (vrlo simptomatičnom) primjeru sudovi – u stanju vladajuće porezne nediscipline i neurednosti – zapravo i moraju izgubljenу dobit dokazivati vještačenjem i sličnim dokazima, s obzirom da porezna prijava (notorno!) ne odražava nečije stvarne prihode u nekom razdoblju. Sudovi na taj način ispaštaju za neurednosti i nemoć društvene zajednice, mada bi urednom stanju sami pripomogli kada bi zauzeli stav da se zaključak o nečijoj dobiti može donositi samo uvidom u njegovu poreznu prijavu.

<sup>75</sup> ZOO (i onaj od 78/91. kao i sada važeći iz 2005.) sam sadrži pravila koja se međusobno negiraju i da je formalni pravni posao ništavan ako nije sačinjen u propisanom (pisanom) obliku, ali se ipak priznaje ako je u cjelini ili pretežito izvršen (čl. 73., ZOO iz 78/91., čl. 294., ZOO iz 2005.); na taj se način opet i potiče i priznaje socijalni nered a sudovi konzumaciju ugovora i moraju dokazivati brojnim dokazima. Koherentno poštivanje načela formalnosti pravnih poslova bi i tu u mnogome olakšalo i ubrzalo suđenje.

<sup>76</sup> Ta je presumpcija (konačno) unijeta u naše obiteljsko pravo 1998., odnosno 2003. godine. No, za odnose nastale prije toga (ZOBPOH iz 1978.) sudovi nisu imali drugog izbora nego mukotrpnim saslušavanjem stranaka, svjedoka i izvođenjem drugih dokaza dolaziti do ocjene koliki je udio bračnih drugova. Primjer novog obiteljskog prava morale bi slijediti i ostale grane prava.

- priznavanjem usmenih dodataka pisanom pravnom poslu,<sup>77</sup> koje također traži “defile” svjedoka i mnogo drugih dokaza itd. itd.

### 4.3. O odvjetničkoj tarifi i pitanja Advokatenzwanga

Odvjetništvo jest i mora biti samostalna i neovisna služba. U tom smislu dragocjena je za ukupno ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti.

Mi nemamo sustav obveznog zastupanja stranke od strane profesionalnih punomoćnika (tzv. *Advokatenzwang*), i to (prije svega u civilu) zahtijeva da sud izravno komunicira sa strankama ili nekim njihovim drugim punomoćnicima koji nisu vični pravu. Takva samozastupanja uvijek otežavaju provođenje postupka.

Uvođenjem sustava *Advokatenzwanga*, za što se zalažemo, bitno bi se poboljšala kvaliteta a time onda i pospješila brzina, efikasnost sudskog postupka.

Sustav *Advokatenzwanga* pripomogao bi još nečemu: mogao bi biti temelj za smanjivanje odvjetničke tarife jer bi na većem broju stranaka odvjetnici mogli smanjiti cijenu svog rada.

Isto bi tako u takvim uvjetima cijenu odvjetničkog rada valjalo vezivati za vrijednost predmeta spora, a ne za broj ročišta koja će se održati. Nagrada po broju ročišta (kakva sada postoji) objektivno stimulira odvjetnike na razvlačenje sudskog postupka.<sup>78</sup>

Koncepcija i praksa samozastupanja, zastupanja po punomoćnicima koji nisu profesionalni odvjetnici i nagrada odvjetniku po broju ročišta, a ne po vrijednosti spora, sasvim sigurno, predstavljaju značajan faktor koji generira stanje sudskog nereda i veliku dugotrajnost sudskih postupaka.

Danas djeluje ne samo neuvjerljivo nego i posve iracionalno strah od uvođenja *Advokatenzwanga*. Navodna briga za one koji ne mogu platiti profesionalnog punomoćnika vrlo brzo gubi na svojoj uvjerljivosti kada se vidi da stranka koja nema profesionalnog punomoćnika (i baš zato što nema

<sup>77</sup> ZOO (NN, 78/91. – čl. 71., 35/05 – čl. 291.) dopušta i relevantnost usmenih uglavaka (usmenih pogodbi) pisanom pravnom poslu, doduše samo o sporednim točkama i ako to nije u opreci sa sadržajem ugovora ili cilju zbog kojeg je pisani oblik ugovora propisan. Ne može se cijena za kupoprodaju kuće dokazivati svjedocima! To nisu “sporedni uglavci” i to je protivno cilju pisanog (formalnog) pravnog posla. Praksa, međutim, dosta široko otvara mogućnost dokazivanja usmenih pogodbi u formalan pravni posao. Time sudovi izravno potiču socijalni nered, tumače zakon izrazito contra legem i time razvlače trajanje postupka. Formalni pravni poslovi, između ostalog, i postoje radi lakšeg dokazivanja i mogućnosti veće i pune pravne kontrole.

<sup>78</sup> Ovakve pojave ne treba pripisivati odvjetnicima kao isključivu njihovu krivnju. Radi se o pogrešci u sustavu koja odvjetnike (zakonomjerno) upućuje na ovakvo ponašanje. Sustav stoga treba mijenjati.

Uostalom, nemali broj odvjetnika sve više prakticira ugovaranje nagrade prema uspjehu u sporu (pactum de quota litis). Time odvjetnici i stranke izravno djeluju pozitivno na efektivnost vođenja postupka i posve je izvjesno da je ugovaranje zarade prema uspjehu u parnici dobar način rješavanja problema.



profesionalnog punomoćnika) zapravo trpi veću štetu (izgubi spor ili joj spor traje bitno duže). Uostalom, neke slabije aspekte *Advokatenzwanga* dade se relativno lako kompenzirati dobrom organizacijom besplatne pravne pomoći ili drugim sličnim mjerama.

Konačno, i samo se odvjetništvo mora u većoj mjeri modernizirati i postati kompatibilnije europskom (privatnom) odvjetništvu. Takvo je odvjetništvo onda od veće koristi i za stranku i za sud.<sup>79</sup>

U svakom slučaju, niti jedan zahvat u odvjetništvo ne smije poći od umanjenja ili negacije odvjetništva kao samostalne i neovisne (privatne) službe. U tom bi slučaju izazvali posljedice mnogo gore od sadašnjih.

#### 4.4. O upravljanju sudovima

Upravljanje u našim sudovima predstavlja dosta zanemarenu kategoriju. Iskusili smo do sada u osnovi dvije koncepcije: državno-političku i samoupravnu. Po prvoj je sudska uprava (koju oličuje predsjednik suda) samo instrument kojom politička vlast ostvaruje moć nad suđenjem, po drugoj sudska uprava nije ni potrebna jer su suci ionako neovisni i sude samo po zakonu. Najavljen je bio<sup>80</sup>, iako ne i iskušan, i treći model, tzv. menadžerski model koji bi imao za cilj modernije upravljanje sudovima.

Nema dvojbe da dobro upravljanje sudovima dobro utječe na rad suda i sudaca i na efikasnost sudskih postupaka. Taj pozitivan utjecaj predsjednika suda ogleda se napose u sljedećem:

- utjecaj na izbor sudačkog i nesudačkog kadra u sudu<sup>81</sup>
- pravilnom rasporedu poslova u sudu<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Odvjetništvo u Hrvatskoj zaslužuje visoku ocjenu za svoju stručnost i etičnost. Pojedinačne negativne primjere ne valja ni komentirati jer ih ima u svakoj branši. Suprotstaviti se, međutim, treba tome da se pojedinačni negativni primjeri koriste kao povod za napad na temelje cijele službe. Tih je napada uvijek bilo i sigurno će ih još biti.

Ono što na suvremenoj razini socijalnog razvoja naše odvjetništvo treba učiniti svakako jest: specijalizacija i stvaranje većih odvjetničkih ureda (zajedničkih ureda, odvjetničkih društava). Veoma raduju započeti procesi i radujemo se njihovom nastavljanju. U već vidljivoj europskoj konkurenciji i perspektivi to će naše odvjetništvo učiniti važnim čimbenikom socijalne stabilnosti i europeizacije hrvatskog društva.

<sup>80</sup> Takav model bila je svojevremeno najavila bivša ministrica pravosuđa Vesna Škare-Ožbolt. Izraz "predsjednik suda-menadžer" bio je dočekan s nevjericom i nepovjerenjem.

Ako se misli na predsjednika suda koji trguje presudama ili makar i samo obećava brže rješenje predmeta onih stranaka koje sudu financijski pomažu, onda je to promašaj jer se radi o izrazito protuustavnoj i protuzakonitoj koncepciji predsjednika suda.

Ako se pak misli na model u kojem će predsjednik suda kvalitetnije voditi kadrovsku politiku u sudu i organizirati bolji proces života i rada u sudu, onda je to pitanje koje zaslužuje pažnju.

<sup>81</sup> Na izbor sudaca predsjednik suda utječe samo kao član sudačkog vijeća; bolje bi rješenje bilo da svoje mišljenje daje kao institucija (jer u sudačkom vijeću može biti nadglasano). Ni na izbor nesudačkog kadra u sudu ne utječe do kraja jer, mada donosi odluku, vezan je za stavove nekih drugih čimbenika (čak i predstavnika tijela državne uprave!).

<sup>82</sup> Godišnji raspored poslova isključiva je kompetencija predsjednika suda (čl. 30. Sudskog poslovnika). Takav raspored može biti "složen" tako da uistinu pospješuje rad suda, ali ga može i

– komunikaciji s Ministarstvom pravosuđa i višim sudom.<sup>83</sup>

Sada važeća zakonska koncepcija predsjednika suda<sup>84</sup> predstavlja nekakav spoj svih do sada isprobanih modela (državnog, samoupravnog, menadžerskog). Tu koncepciju, međutim, treba doradivati i dati joj mnogo veće značenje nego do sada.

Znanstveno nije baš lako dokazivati korelaciju između dobre sudske uprave (dobrog predsjednika suda) i efikasnosti rada suda. Iskustva ipak nedvojbeno upućuju na to da je veća učinkovitost kod onih sudova koje vode sposobniji predsjednici sudova.

To ujedno mora biti poticaj na mnogo intenzivnija promišljanja o modelu sudske uprave i predsjednika sudova, odnosno o bitnom unapređivanju postojećeg modela.

#### **4.5. O vrednovanju rada sudaca**

Suđenje po svojoj naravi predstavlja intelektualnu djelatnost visokog stupnja stručnosti i stoga je vrlo neprikladno za bilo kakvo kvantitativno vrednovanje.

Ocjenjivanje sudaca ipak postoji<sup>85</sup> i zahtijeva postojanje određenih pokazatelja na kojima će se ocjenjivanje temeljiti.

Metodologija izrade ocjene također se može propisivati i određivati,<sup>86</sup> ali i onda mora postojati i temelj te metodologije.

U praksi odlučujuću prevagu ima (ne)poštivanje tzv. okvirnih mjerila (“norma”).

Radi se o fenomenu koji je, po našoj ocjeni, u temelju pogrešno postavljen i on predstavlja bitan faktor generiranja sudskih zaostataka.

Godine 1994. ministar pravosuđa donio je “Okvirna mjerila za određivanje broja sudaca u sudovima”.<sup>87</sup>

Njihova primjena trajala je do 1. srpnja 2007. kada ministrica pravosuđa donosi “Okvirna mjerila za rad sudaca”.<sup>88</sup>

---

učiniti teškim. Predsjednik višeg suda (čl. 37. Sudskog poslovnika) može (ex offio ili po prigovoru) raspored izmijeniti ali ostaje temeljni zaključak da izvorno “pogođeni” godišnji raspored poslova bitno utječe na stanje u svakom sudu.

<sup>83</sup> Ta je komunikacija neophodna i ona zahtijeva određenu predanost i volju. Također i komunikacija sa strankama i njihovim zastupnicima, pa i s javnim medijima. Sve to predstavlja posjedovanje (i) određenih komunikacijskih vještina koje ne valja potcjenjivati.

<sup>84</sup> Zakon o sudovima (NN, 150/05. i 16/07., čl. 109.-116.) Možda je teško iz ovih odredaba izvlačiti baš zaključke o tome o kakvom se modelu radi, ali mislimo da je to ipak i moguće i neophodno. Štoviše, da će u budućnosti to biti još mnogo važnije jer je u svijetu upravljanja procesima rada općenito podignuto na razinu jednog od presudnih faktora uspjeha, pa ako to vrijedi za gospodarstvo i znanost, onda mora vrijediti i za sudove.

<sup>85</sup> Tako i važeći Zakon o sudovima (NN, 150/05. i 16/07., čl. 79.-88.)

<sup>86</sup> Zakon o sudovima, čl. 81.

<sup>87</sup> Podvući valja stilizaciju da su to mjerila za određivanje broja sudaca, a ne za njihovo ocjenjivanje. Praksa je, međutim, to pretvorila u “normu” i to je bilo pogubno.

<sup>88</sup> Sada se baš rabi naziv “Okvirna mjerila za rad sudaca”, tj. ne više samo za određivanje broja sudaca u sudu. U novim mjerilima se ništa ne kaže što je od 1. srpnja 2007. s Okvirnim mjerilima

U praksi se doista stvorio standard o postojanju “sudačke norme” (brojčane, kvantitativne) i o tome da zahtjevima službe udovoljava svaki sudac koji “ima normu”.

No, iz ovog (već inicijalno pogrešnog stava) izvlači se novo, daleko pogubnije pravilo: “normu” je lakše postići ako su zaostaci u sudu veći (što je veći zaostatak lakše je pronaći određen broj lakših predmeta kojima će se “postići norma”).

Ovo uistinu bitno razara sudački ustroj i predstavlja prvi i bitan faktor generiranja sudskih zaostataka.

Žaliti je stoga što i nova Okvirna mjerila slijede tu posve pogrešnu logiku, čak ju – kako izgleda – još i više izopačuju (“norma” se snižava).

Sudački rad treba vrednovati i ocjenjivati, ali na sasvim drugi način. Postojeći ne samo da je loš, nego izravno uvodi u pojavu masovnih sudskih zaostataka. Model ocjenjivanja sudaca valja žurno mijenjati jer bez toga ne može biti bitnih i pozitivnih pomaka u nastojanjima da se iz hrvatskog sudstva uklone nagomilani zaostaci.

#### **4.6. O mreži sudova**

Hrvatska sada ima mrežu sudova koja je na bivšem federalnom području uspostavljena 1. srpnja 1977. i po kojoj je kompetencija između sudova uspostavljena tako da je na općinskim (najnižim) sudovima gotovo sva prvostupanjska nadležnost.

Takva mreža sudova i takva raspodjela kompetencije uistinu ne jamči efektivno sudstvo.<sup>89</sup>

Republika Hrvatska od uspostave svoje državne neovisnosti (1991.) zatečenu mrežu sudova i odnos nadležnosti između sudova nije ničim mijenjala. Trenutno nema ni relevantnijeg nagovještaja bilo kakvih mjera u pravcu promjene tog stanja.<sup>90</sup>

Vrlo nepovoljno djeluju napose ove sociološke činjenice:

---

za određivanje broja sudaca u sudovima iz 1994., ali je jasno da su ona derogirana (ista materija regulirana je na drugi način).

“Okvirna mjerila za određivanje broja sudaca u sudovima” nisi sporna jer mora postojati jedna aproksimativna ocjena o tome koliko je sudaca potrebno u sudovima. Ona, međutim, nisu isto što i konkretno vrednovanje i ocjenjivanje rada pojedinih sudaca. To su bitno različite stvari koje valja razdvojiti.

Sada (od 1. srpnja 2007.) zapravo ispada da više nema “Osnovnih mjerila za određivanje broja sudaca u sudovima”. To je onda apsurd kojeg valja što prije ukloniti.

Iznad svega valja pristupiti produbljenijem promišljanju o modelu vrednovanja i ocjenjivanja sudaca. U projektu uklanjanja sudskih zaostataka to mora biti prioritetan zadatak bez kojeg cijeli projekt nema objektivnih izgleda za uspjeh.

<sup>89</sup> Slična je situacija i u drugim dijelovima bivše Jugoslavije. Bilježimo npr. izjavu predsjednice Vrhovnog suda Srbije Vide Petrović-Škero (Internet) da “postojeća mreža sudova ne garantuje razuman rok” (izjava dana u intervjuu za “Dnevnik” od 5. 9. 2007.).

<sup>90</sup> Izlaganje ministrice pravosuđa RH Ane Lovrin na susretu predsjednika sudova (Zadar, listopad 2007.)

- da (vjerojatno) imamo previše sudova;
- da (također vjerojatno) imamo previše malih, ali i previše prevelikih sudova;
- da imamo izrazitu disproporciju u razini opterećenosti sudova (sudove koji su “zagušeni predmetima”, ali i onih “koji nemaju posla”);
- da nedostaje stupanj sudstva između županijskih i vrhovnog suda<sup>91</sup> i
- da najviši sud (Vrhovni sud) premalo ostvaruje svoju revizijsku i kontrolnu ulogu.<sup>92</sup>

U svakom slučaju mrežu sudova i raspodjelu kompetencije između sudova treba temeljito preispitati. Hrvatska, kao sada samostalna i neovisna država, ima pravo i obvezu imati organizaciju sudstva drugačiju nego ju je imala kao federalna jedinica bivše zajedničke države.

Odnos između neadekvatne organizacije mreže sudova i pojave sudskih zaostataka ne može se ovog časa kvantitativno definirati, ali je sigurno da postojeće situacije u znatnoj mjeri izaziva neefikasnost sudova.

#### **4.7. O modernizaciji sudskih postupaka**

Postupci pred hrvatskim sudovima zahtijevaju svakako određenu modernizaciju. To se odnosi kako na neke čisto tehničke aspekte postupka (dostava, audiosnimanje, a ne vođenje klasičnog zapisnika, informatizacija u upravljanju postupcima i sl.) tako i na određena suštinska pitanja.

Ovdje ćemo se zadržati samo na jednom od njih, dakako u kontekstu naše rasprave o problemu sudskih zaostataka odnosno o pravu na razumni rok.

U Europi i kod nas bilježi se već godinama značajan porast predmeta određene vrste (slični predmeti, tipski predmeti i sl.).

Pravosudna birokracija pokazuje sklonost tretiranju ovakvih predmeta kao “svakog drugog predmeta”, tj. da rješenje bilo kojeg iz grupe tih predmeta odgovara rješenju svakog drugog “redovnog” predmeta. Predsjednici sudova se

<sup>91</sup> Austrija (čija bi rješenja i inače trebali mnogo više osmatrati, pa i slijediti) ima npr. 4 Oberlandesgericht-a (viši zemaljski, viši županijski sudovi). Ideja o jednom takvom stupnju sudstva (“Viši prizivni sud”) samo je tiho iznijeta u krugovima hrvatske sudske uprave i potom je brzo nestala. Mislimo da bi tu ideju trebalo ponovo aktivirati. U provođenju, tj. uvođenju ovog stupnja sudstva treba svakako spriječiti da se to pretvori u dugotrajan i skup postupak u kojem će važnija biti osoba predsjednika suda ili namještaj u zgradi nego cilj koji se želi postići uvođenjem ovog stupnja u organizaciji sudstva. Sama ideja, međutim, zaslužuje punu analizu.

<sup>92</sup> Na svjetskom znanstvenom simpoziju o ulozi vrhovnih sudova (Solun, 1997.), u više referata, a također i u zaključcima simpozija, istaknuta je revizijska i kontrolna uloga vrhovnih sudova kao prva i najvažnija zadaća ovih sudova. Mi smo, međutim, u isto vrijeme provodili redukciju ovlasti Vrhovnog suda, a (praktički) Ustavni sud pretvorili u sud III. stupnja. Vrhovni sud je time, doduše “rasterećen” (no, time što je izgubio ovlasti koje bi morao imati), a Ustavni sud je “preopterećen” ovlašću koja zapravo ne smije biti njegova ovlast. Vrhovni sud RH mora biti najviši sud u organizaciji redovnog i specijaliziranog sudstva, ali to zahtijeva nova promišljanja o njegovoj organizaciji i sastavu.

protiv toga uglavnom bezuspješno bore jer su protiv njih odredbe koje reguliraju postupak (ZPP, OZ, ZKP, Sudski poslovnik).

U pravu zaštite potrošača već je i na teorijskom i zakonodavnom planu konstruiran pojam tzv. udružne tužbe.<sup>93</sup>

Talijansko pravo npr. poznaje (i već prakticira) primjenu udružne tužbe (“azioni di gruppo”) i na druga područja, a ne samo u zaštiti potrošača. Tu se traže neki novi proboji u organizaciji sudskih postupaka, posebno npr. u shvaćanju instituta pravomoćnosti sudskih odluka.<sup>94</sup>

Mnoge domaće tvrdnje o tome da naši sudovi primaju više predmeta nego npr. austrijski sudovi statistički su, najvjerojatnije, točne. No, isto je tako vjerojatno da se taj “višak” odnosi na veliki broj sličnih, tipskih predmeta koji ne smiju biti tretirani po načelu “jedan za jedan”, tj. da je rješenje bilo kojeg od tih grupnih predmeta izjednačeno s rješenjem predmeta koji nije kolektivne naravi.

Ovog časa prostor proširenja koncepta udružne tužbe posebno postoji u radnom pravu.<sup>95</sup> Sporovi iz kolektivnih ugovora to posebno omogućuju.

Grupnih (tipskih, udružnih) tužbi ima dosta, svakog dana sve više. Može se (s dosta visokom vjerojatnošću) pretpostaviti da u ukupnom priljevu sudskih predmeta oko 30 – 40 % otpada na ovakve predmete. Udružna tužba (i udružna presuda) značajno bi pripomogle da masa udružnih tužbi ne povećava broj sudskih zaostataka nego da se ti zaostaci i statistički i stvarno smanjuju.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> M. Dika: Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača – Opatija, veljača 2005., *Zakon o zaštiti potrošača* (NN, 96/03.). Prof. Dika je na ovom opatijskom savjetovanju u organizaciji Instituta za europsko i poredbeno zakonodavstvo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (“Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu”) u svom usmenom izlaganju posebno pozvao na širenje koncepta udružne tužbe i na druge sfere socijalnog života, ali na normativnom planu do takvog širenja nije došlo.

<sup>94</sup> A. Gidi: *Il codice del processo civile collettivo. Un modello per i paesi di diritto civile*, *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano br. 2 iz 2005., str. 697-713, A. P. Pisani – *Profili processuali della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, *Rivista di diritto civile*, Padova br. 6 iz 2006., str. 541-549. Ova znanstvena razmišljanja idu u pravcu stava da je jednom pravomoćno presuđen grupni predmet pravomoćan i za sve druge slične predmete koji naknadno mogu doći, ali da i kasnijim tužiteljima (kojima će se odbaciti tužbe zbog pravomoćne presuđenosti) ostaje pravo na puni parnični trošak ako nisu znali za već nastali precedent. Pledira se, međutim, na objavu tih precedenata što bi ovdje bitno smanjilo pa čak i otklonilo pravo na postupovni trošak.

<sup>95</sup> Konceptu udružne tužbe u radnom pravu približio se M. Učur (Novine u radnom zakonodavstvu, *Pravo u gospodarstvu – sranj 2002.* str. 172 – 206) ali bez izričite formulacije naziva i strukture instituta udružne tužbe u ovoj oblasti.

<sup>96</sup> Širenje prostora udružne tužbe i udružne presude u hrvatskom pravu svakako zahtijeva određene izmjene ZPP-a a i odgovarajućih materijalnih propisa, svakako i propisa o organizaciji sudstva (*Zakon o sudovima, Sudski poslovnik*). Pritom valja izvršiti i određena sociološka istraživanja koliko stvarno ima odnosno koliko će biti takvih udružnih predmeta. Radna hipoteza svakako može biti takva da ih ima 30 – 40 % od ukupnog priljeva, a to je brojka koja zaslužuje doista pravu analizu s gledišta rješavanja sudskih zaostataka i poštivanja prava na suđenje u razumnom roku.

#### 4.8. O nekim rješenjima u Sudskom poslovniku

Hrvatska je 1997. nešto modernizirala Sudski poslovnik<sup>97</sup>, ali se u najvećem dijelu radi o uredbama koje su vrlo stare.

S aspekta suđenja u razumnom roku ovdje upozoravamo na odredbu iz čl. 277. koji određuje da nakon ukidne odluke spis dobije novi poslovni broj (“...spis će se upisati kao novopriljen...”).

Time se omogućava da statistički u sudovima predmete (čak niti onih koji traju već 20 godina) zapravo nema. Svi oni na omotu spisa imaju nove, “svježije” brojeve. Istina, vidi se na njima i prekriveni stari poslovni broj, ali predmet se vodi pod novim brojem.<sup>98</sup>

Predmete treba voditi po datumu zaprimanja tužbe odnosno bilo kojeg pravozaštitnog zahtjeva. Sadašnje rješenje omogućuje da se stari legitimno “skrivaju”.

U ukupnoj masi od 1.600.000 (sada oko 1.000.000 – 1.200.000) neriješenih predmeta računa se da čak oko 500.000 predmeta otpada na “nove” predmete koji su nastali ukidanjem odluka u postupku pred višim sudom.<sup>99</sup>

Ovoliki broj ukidnih odluka predstavlja fenomen koji sam zahtijeva posebnu analizu,<sup>100</sup> a svakako zaključak da predmet koji je ukinut ne dobiva novi poslovni broj, odnosno da ga se vodi po datumu zaprimanja zahtjeva.

To bi bio značajan poslovnički doprinos “provjetranju” stanja u sudskim zaostacima i zasigurno bi dosta pripomogao njihovu smanjivanju.

Dakako, nisu samo udružne tužbe jedini mogući prostor modernizacije sudskih postupaka. Njemačka npr. nema većih zastoja, a mnogo pažnje posvećuje modernizaciji sudskih postupaka. (M. Huber – Das Zweite Gesetz zur Modernisierung der Justiz, Jus 3107, str. 236 – 241).

Naši su sudski postupci isti kao pred 100 godina i gotovo se čini da nikakve tehničke i tehnološke revolucije u međuvremenu nije bilo.

<sup>97</sup> NN, 80/97., 20/98., 118/01., 49/03., 32/04. i 9/06. – prije toga: Pravilnik o unutrašnjem poslovanju redovnih sudova (NN, 45/88 i 8/90)

<sup>98</sup> Kad je 2006. godine Vrhovni sud RH započeo hvalevrijednu akciju na rješavanju sudskih zaostataka, županijski sudovi nisu mogli dati odgovor na podatke kada je podignuta tužba u predmetima koje su oni rješavali jer se takvi podaci posebno ne vode. Trebalo je (doslovno) pregledati spis po spis (što je bio ogroman posao!) jer se drukčije nije moglo krenuti.

<sup>99</sup> Podaci s godišnjih sastanaka predsjednika Vrhovnog suda RH s predsjednicima viših i županijskih sudova.

<sup>100</sup> Ukidna je odluka, naravno, jedna od mogućih legalnih odluka višeg suda. No, ovako dramatično veliki broj ukidnih odluka upućuje na to da tu nešto ipak nije u redu. Tu nije bitno je li riječ o doista slabijim odlukama nižih sudova (koje se moraju ukinuti) ili pak viši sudovi olako prakticiraju ukidanje (na jednom ispitanom uzorku od 1500 odluka Višeg trgovačkog suda utvrđeno je da je od toga ukinuto 33 % tih odluka a niti jedna nije preinačena – J. Miletić, predsjednik Građanskog odjela Vrhovnog suda RH, Zadar 2007.)

Ima (po nekim aproksimacijama) oko 200 000 predmeta gdje su odluke ukidane po pet i više puta (čak i deset puta!). To ozbiljno traži promišljanja, čak i o tome da viši sud ne može više od dva puta ukidati, nego da treći put mora sam riješiti predmet (to, dakako, otvara onda pitanje odgovornosti suca nižeg suda koji nije proveo dokaze i radnje koje su se od njega zahtijevale u prve dvije ukidne odluke). Može se pretpostaviti da bi ovakvi prijedlozi izazvali dosta žestokih reakcija i protivljenja, vjerojatno pozivanjem na sudačku autonomiju i slobodu. Ali što je ovdje s efikasnošću suda i sudaca koje je načelo (barem) jednako važno kao i načelo prava na zakonito i efikasno suđenje?!



## 5. Zaključak

Ovdje iznijeta analiza (koju bi, nedvojbeno, u mnogim bitnim segmentima valjalo još i produbiti) nesumnjivo ukazuje da je institut zaštite prava na suđenje u razumnom roku ušao (isključivo) na vanjski poticaj i stoga dosta nepripremljeno.

Pokušaji popravljivanja stvari (kojih ima i koje valja pozdraviti, napose projekt Vrhovnog suda RH u smanjivanju sudskih zaostataka) u osnovi znače to da mijenjanje stvari na bolje očekujemo od onih faktora sudbene organizacije koji su taj zastoj izazvali.

Nisu (na filozofsko-pravnom planu) jasno definirali razlozi uvođenja instituta razumnog roka suđenja, pa nisu onda definirani oni ciljevi koji se žele postići. Opći cilj svakako mora biti podizanje razine pravnosti u društvenoj zajednici jer se pravna država više razine pravnosti ne ostvaruje samo donošenjem dobrih propisa nego i sudskom realizacijom prava koji se temelje na tim propisima. Ni neki pojedinačni ciljevi nisu zanemarivi, prije svega oni da će na taj način hrvatsko društvo i država biti kompatibilniji europskom društvu.

Zbog tih su razloga neophodna i stalna sociološko-pravna istraživanja. Da se vidi koliko smo od cilja daleko, kako bismo mogli što brže do njega, koje su zapreke na tom putu i kako ih svladati itd. itd.

Problemi za rješavanje idu i u niže sfere pravne revolucije: u materiju donošenja dobrih propisa materijalnog i postupovnog prava i propisa o organizaciji suđenja.

Ustanovljeni deficit na svim ovim razinama upućuje na zaključak da onog časa, slikovito rečeno, mi našem "bolesniku" (sudbenoj vlasti) uglavnom dajemo aspirin koji ponešto snižava temperaturu, ali ne otklanja osnovnu bolest. Problem se tako ne može riješiti.

Veoma je važno i shvatiti da sama sudbena vlast ne može puno učiniti. Institut razumnog roka, ciljevi i obveze koje iz njega proizlaze primarna su zadaća zakonodavne i izvršne vlasti koje (mnogo više nego do sada) moraju sudbenoj vlasti omogućiti potrebite uvjete rada.

No, svakako, i u sudbenoj vlasti mora se mnogo toga promijeniti. Postojeće (vrlo nepovoljno) stanje nije od jučer i ima mnogo uzročnika. Problemi su se predugo odlagali i sada računi neurednosti, neažurnosti i nemarnosti "stižu na naplatu".

Hrvatska država sada daje velike novce na ime odštete zbog nepoštivanja prava na suđenje u razumnom roku. Nastavi li se takvo stanje, u sljedećih desetak godina potrošit će uistinu prevelik novac, a stvarnog pomaka zapravo neće biti. Na (još uvijek) 1.200.000 zaostataka računa se da će biti barem 400.000 zahtjeva za suđenje u razumnom roku, pa ćemo se tako opet vratiti na početnu brojku od 1.600.000 neriješenih sudskih predmeta. U tom slučaju moći će se samo konstatirati da smo velik novac potrošili, a ništa nismo ostvarili.

Naš smo rad nazvali "Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija?"

Što od toga ostaje na kraju?

Pa pomalo od svega toga.

Realna mogućnost – ako se stvar realno organizira i bitno promijene poluge te organizacije.

Preskupa avantura – ako se nastavi kako se momentalno radi.

Utopija – ako se misli da se s postojećom organizacijom može bitno poboljšati razina sudske efikasnosti.

Od ljudi (kao i uvijek i svugdje) zavisi što će od toga biti. Ovog časa, iskreno rečeno, nema baš mnogo razloga za optimizam.

### Summary

## THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME – A REAL POSSIBILITY, TOO EXPENSIVE ADVENTURE OR UTOPIA

The right to trial within a reasonable time has been a subject of the analysis in this article. The article contains an observation of present circumstances (court delays phenomenon), however, it also gives an assessment of reasons, which have been the cause of such circumstances. Special attention has been given to measures, which should be taken to improve present situation.

The article gives an overview of development, movement and situation concerning the regulations that prescribe protection of the right to trial within a reasonable time.

According to the author's conclusive judgment existing measures have not been sufficient to satisfy a desire to change the present situation.

**Key words:** *courts, reasonable time, speeding up court procedure, remuneration of damages, Constitutional Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Law on Courts.*

### Zusammenfassung

## SCHUTZ DES RECHTS AUF GERICHTSVERHANDLUNG INNERT VERNÜFTIGER FRIST – REALE MÖGLICHKEIT, (ZU) TEURES ABENTEUER ODER UTOPIA?

Gegenstand der Analyse dieser Arbeit ist das Institut des Schutzes des Rechts auf Gerichtsverhandlung innert vernünftiger Frist. Die Arbeit enthält die Feststellung der Lage (großer gerichtlicher Rückstand) aber bewertet auch

die Gründe, die dazu geführt haben sowie die Maßnahmen, die unternommen werden müssen um die Lage wesentlich zu verbessern..

In der Arbeit wird ebenfalls ein Überblick über Entstehung, Bewegung und Stand der Regelung des Schutzes des Rechts auf Gerichtsverhandlung innert vernünftiger Frist gegeben.

Abschließendes Urteil des Autors ist, dass die bestehenden Maßnahmen für eine wünschenswerte Änderung der bestehenden Situation nicht ausreichen.

**Schlüsselwörter:** *Gerichte, vernünftige Frist, Beschleunigung des Gerichtsverfahrens, Schadenersatz, Verfassungsgesetz über das Verfassungsgericht der RH, Gesetz über Gerichte.*

### Sommario

## TUTELA DEL DIRITTO AL GIUDIZIO IN UN TERMINE RAGIONEVOLE – POSSIBILITÀ REALE, AVVENTURA (STRA)DISPENDIOSA O UTOPIA?

L'oggetto dell'analisi di questo lavoro è l'istituto della tutela del diritto al giudizio in un termine ragionevole.

Il lavoro sintetizza l'osservazione della realtà (il fenomeno dei grandi arretrati dei tribunali), ma fornisce anche la considerazione delle ragioni che sono la causa di tali circostanze e delle misure che dovrebbero essere adottate per migliorare la situazione.

Nel lavoro si offre altresì un'illustrazione dello sviluppo, della tendenza e della situazione della regolazione della tutela del diritto al giudizio in un termine ragionevole.

La valutazione conclusiva dell'autore è che le misure esistenti non sono state sufficienti per soddisfare il desiderio di cambiamento esistente.

**Parole chiave:** *tribunali, termine ragionevole, accelerazione del procedimento giudiziale, risarcimento del danno, Legge costituzionale sul Tribunale costituzionale della Repubblica di Croazia, Legge sui tribunali.*



## PARNICE RADI PROGLAŠENJA OVRHE NEDOPUŠTENOM – PROBLEM PRAVNE PRIRODE ROKOVA ZA NJIHOVO POKRETANJE

Dr. sc. Eduard Kunštek, izvanredni profesor  
Dejan Bodul, dipl. iur., asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.9:347.952(497.5)  
Ur.: 31. siječnja 2008.  
Pr.: 4. ožujka 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*Zbog nedovoljno preciznog legislativnog uređenja u razdoblju od donošenja Ovršnog zakona 1996. godine postavilo se pitanje pravne prirode roka za podnošenje tužbe radi proglašenja ovrhe nedopuštenom. Naime, prema tekstu Ovršnog zakona iz 1996. godine bilo je potpuno sigurno da ovaj nije prekluzivan (peremptoran), ali relevantna odredba nije davala osnove da se sa sigurnošću zaključi od kojeg momenta on teče. Novela iz 1999. godine dovela je do dodatnih dvojbi, koje su najvjerojatnije bile posljedica ozbiljne redakcijske greške. S druge strane, novelom iz 2003. godine riješena je dvojba glede njegove prekluzivnosti, ali je i dalje ostao neriješen problem kako utvrditi kad je on počeo teći, odnosno kad je protekao. On je konačno riješen novelom iz 2005. godine. Premda se ni s ovom zakonodavnom intervencijom nisu u potpunosti riješile sve dvojbe, napose glede pravnih posljedica podnošenja tužbe izvan roka, analognom primjenom odgovarajućih odredbi Zakona o parničnom postupku moglo bi se zaključiti da se radi o prekluzivnom roku. Nadalje, pravne posljedice podnošenja tužbe izvan roka nisu iste za ovršenika i treću osobu, kad je ova u ovršnom postupku podnijela prigovor i nakon toga upućena da pokrene parnicu. Autori smatraju da ne postoji opravdan razlog različitog uređenja i nejednakog procesnog položaj ova dva sudionika postupka.*

**Ključne riječi:** žalba, prekluzivni rok, tužba, proglašenje ovrhe nedopuštenom.

## Opće napomene

Pravo na pravni lijek jedno je od prava koje se jamči na međunarodnom planu,<sup>1</sup> te u ustavima niza država, pa tako i u Hrvatskom, napose kad je u pitanju žalba.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vidi npr. American Convention on Human Rights, O. A. S. Treaty Series No. 36, 1144 U. N. T. S. 123 na snazi od 18. srpnja 1978, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser. L. V/II. 82 doc. 6 rev. 1. at 25 (1992) – Art. 8. 2. h. *During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees: .....the right to appeal the judgment to a higher court.* Kad je u pitanju Opća Deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine valja zapaziti da njen članak 8. zapravo ne jamči “pravo na pravni lijek” u svim slučajevima, niti se on odnosi na “pravni lijek” u onom smislu u kojem se ovaj termin rabi kad se misli na sredstvo s kojim se traži ispitivanje pravilnosti pojedinačnog pravnog akta – “Svatko ima pravo na djelotvorna pravna sredstva (*effective remedy*) putem nadležnih nacionalnih sudova, zbog djela kojima se krše osnovna prava koja su njemu/njoj zajamčena u ustavu ili zakonu”. Ova odredba zapravo jamči pravo na učinkovito sredstvo protiv radnji kojima se vrši povreda temeljnih prava pojedinca koja mu jamči ustav ili zakon. Dakle, ako se ne radi o temeljnom pravu nikakvo pravno sredstvo nije zajamčeno. Osim toga, radnja s kojom se vrši povreda temeljnog prava ne mora biti pojedinačni pravni akt (presuda, odluka u upravnom postupku), već npr. delikt osobe koja uopće nema javna ovlaštenja. Engleski termin “legal remedy” uključuje bilo koje procesno sredstvo za zaštitu prava, odnosno uključuje ne samo žalbu, već i tužbu, kao i druge procesne radnje s kojima se postiže takav učinak. U tom smislu, najčešći prijevod izraza “legal remedy” kao “pravni lijek” nije sasvim točan, a napose nije precizan. Što se tiče Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, ukazujemo na sličan problem prijevoda. Tako se u hrvatskom prijevodu koje je sačinilo Tajništvo Europskog suda za ljudska prava 2003. godine sadržaj članka 13. navodi kako slijedi: “**Pravo na djelotvoran pravni lijek.** Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kada su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu”. Dakle, u naslovu se koristi termin “pravni lijek”, a u tekstu članka termin “pravno sredstvo”, što je daleko širi pojam. Ovom odredbom se također ne jamči pravo na pravni lijek protiv pojedinačnih pravnih akata u svim slučajevima, već samo u onim u kojima je došlo do povrede prava i sloboda zajamčenih tom Konvencijom. Pravo na pravni lijek protiv pojedinačnog pravnog akta je npr. uvijek zajamčeno samo kad su je u pitanju kazneni postupak. Vidi Protokol 7. od 22. studenog 1984. godine, članak 2. “**Pravo na žalbu u kaznenim predmetima** 1. Svatko osuđen od suda za kazneno djelo ima pravo od višeg suda tražiti ponovno razmatranje svoje presude ili kazne. Ostvarenje toga prava, kao i razlozi iz kojih se ono može vršiti, uređuju se zakonom. 2. Od ovog prava mogu se zakonom propisati iznimke za lakša kaznena djela, ili u slučajevima kad je nekoj osobi u prvom stupnju suđeno pred najvišim sudom ili ako je osuđena povodom žalbe protiv oslobađajuće presude.”

<sup>2</sup> Tako Ustav RH (Narodne novine, br. 41/01., 55/01.), članak 18. stavak 1. Povijesno stariji ustavni tekstovi obično ne svrstavaju pravo na žalbu u krug prava koje su zajamčena ustavom. Noviji postupaju drukčije i ovo pravo se jamči, premda se daju naznake kako su ograničenja dopuštena. Vidi npr. albanski ustav iz 1998. (članak 43.) Svatko ima pravo žalbe protiv sudske odluke višem sudu, osim kad je Ustavom drugačije određeno; Ustav Zelenoortskih otoka, 1992. (članak 226. 3.) – Sudska odluka kojom je došlo do kršenja ljudskih prava, uvijek će biti podvrgnuta žalbi; Kolumbijski ustav, 1991., (članak 31.) – Svaka presuda može se pobijati žalbom, ako zakonom nije drukčije propisano; Ustav Mozambika, 1990., (članak 97.) Država će biti odgovorna za štetu koju u vršenju svojih funkcija počine njeni službenici svojim nezakonitim aktima, ne dovodeći u pitanje pravo žalbe u skladu s zakonom.; ukrajinski ustav (članak 129.). Glavna načela sudskog postupka su...osiguranje prava na žalbu, osim u slučajevima propisanim zakonom.; slovenski ustav (članak 25.). Svatko ima pravo na žalbu ili drugi pravni lijek protiv odluke suda i drugih tijela državne vlasti, lokalne samouprave i drugih tijela javne vlasti, kojim se odlučuje o njegovim pravima, obvezama i pravnim interesima.



Prema njemu, pravo na žalbu je moguće isključiti samo ako postoji drugi oblik pravne zaštite.<sup>3</sup>

Ovršni zakon je, od njegova donošenja 1996. godine, u nekoliko navrata mijenjan,<sup>4</sup> pri čemu je zakonodavno uređenje materije pravnih lijekova bilo prilično različito, a katkada i dvojbeno sa stajališta ustavnosti pojedinih odredaba. Tako je npr. u vrijeme važenja ZIDOZ 2003., žalba bila dopuštena samo kad je to izričito predviđeno,<sup>5</sup> za razliku od rješenja iz 1999., kao i trenutno na snazi teksta nakon novele 2005. godine.<sup>6</sup> Temeljne karakteristike pravnih lijekova u ovršnom postupku uređene su u osnovnim odredbama OZ-a,<sup>7</sup> uz odgovarajuću primjenu Zakona o parničnom postupku.<sup>8</sup> Čini se da je glavni pravno-politički cilj kojega zakonodavac ima namjeru postići usmjeren na ekonomičnost i ubrzanje postupka,<sup>9</sup> pri čemu se ne vodi računa o drugim mogućim važnim ciljevima, napose o jednakoj primjeni zakona na cjelokupnom području Republike Hrvatske. To se posebno može zapaziti kad je u pitanju revizija, koja je kao izvanredno pravno sredstvo gotovo isključena,<sup>10</sup> što je u praksi dovelo do onemogućavanja Vrhovnog suda u ostvarenju ove njegove važne zadaće i “feudalizacije“ ovršnog postupka, odnosno različite prakse na području pojedinih županijskih sudova.

Strankama su na raspolaganju redovni pravni lijekovi, i to žalba protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave<sup>11</sup> i prigovor protiv rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave,<sup>12</sup> te izvanredna pravna sredstva koja su znatno

<sup>3</sup> Ustav RH, članak 18. stavak 2.

<sup>4</sup> Ovršni zakon (Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 42/00. – Ustavni sud, 173/03., 194/03., – ispravak, 151/04. i 88/05.). U nastavku teksta koristi će se kratica OZ. Prilikom pozivanja na pojedine novele OZ-a korist će se kratica ZIDOZ uz navođenje godine njena donošenja.

<sup>5</sup> ZIDOZ 2003., članak 11. stavak 1. “Protiv rješenja donesenoga u prvom stupnju može se izjaviti žalba **samo kad je to ovim Zakonom dopušteno**”.

<sup>6</sup> ZIDOZ 2005. članak 11. stavak 1. “Protiv rješenja donesenoga u prvom stupnju može se izjaviti žalba, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno”.

<sup>7</sup> OZ, članci 11. i 12.

<sup>8</sup> Ibid., članak 19. stavak 1. temeljem kojeg se primjenjuje Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05. i 2/07.). Za više o odnosu parničnog i ovršnog postupka vidi *Triva, S. i Dika, M. Građansko parnično procesno pravo, VII. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, NN, Zagreb 2004.*, str. 56.

<sup>9</sup> Ibid., člankom 13. stavkom 1. propisana je obveza suda da postupa hitno. Sadržaj “hitnosti” nije određen, a teško bi se mogao izvući utemeljen zaključak da je ovaj cilj postignut. Notorno je poznato da je Hrvatska u više navrata bila tuženik u postupcima pred Europskim sudom za ljudska prava u kojima je utvrđeno postojanje povrede članka 6. stavka 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, zbog toga što ovršni postupak nije proveden u razumnom roku.

<sup>10</sup> Usp. Slovenski Zakon o izvršbi in zavarovanju, Uradni list RS, št. 51/98., 72/98., 11/99., 89/99., 11/01. i 75/02. (ZIZ-A) ne dopušta reviziju u ovršnom postupku. Međutim, dopušta podnošenje zahtjeva za zaštitu zakonitosti. Vidi *Rijavec, V., Civilno izvršilno pravo, Založba, Ljubljana 2003.*, str. 193.

<sup>11</sup> Ibid., članci 46. do 49.

<sup>12</sup> Ibid., članci 53. do 55.

ograničena, jer je dopuštena samo<sup>13</sup> tzv. izvanredna revizija,<sup>14</sup> a ponavljanje postupka samo u slučaju kad ovršenik nije podnio prigovor protiv dijela rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave kojom mu je naloženo namirenje tražbine.<sup>15</sup> Povrat u prijašnje stanje dopušten je samo zbog propuštanja roka za žalbu i prigovor.<sup>16</sup> Obratit ćemo posebnu pažnju na tzv. izvanrednu žalbu, odnosno žalbu podnijetu nakon proteka roka i pravomoćnosti rješenja o ovrsi, koja je zbog specifičnosti ovršnog postupka nužna u sustavu pravnih lijekova koji su strankama na raspolaganju.<sup>17</sup>

Naravno, osim stranaka, u postupku se mogu pojaviti i drugi sudionici<sup>18</sup> kojima treba omogućiti da zaštite svoja subjektivna prava, i to prvenstveno kroz institut prigovora treće osobe.<sup>19</sup> U doktrini se ovakav prigovor naziva ekscisornim ili izlučnim,<sup>20</sup> tako da se i deklaratorna tužba koja se podnosi u svezi s takvim prigovorom naziva ekscisornom ili izlučnom tužbom.<sup>21</sup>

S obzirom da odlučivanje o žalbi ili o osnovanosti prigovora treće osobe katkad može ovisiti o prethodnom utvrđenju nekih spornih činjenica, postavlja se pitanje treba li ove utvrđivati u parničnom ili u ovršnom postupku, a ako ih treba utvrđivati u parničnom postupku, treba li rok za pokretanje tog postupka ograničiti i na kakav način? Mišljenja smo da bi o tome trebalo uvijek odlučivati u ovršnom postupku, a ne samo onda kad se činjenice utvrđuju na način previđen trenutno važećim OZ-om,<sup>22</sup> čime bi se bolje ostvarilo za sada samo proklamirano načelo hitnosti.<sup>23</sup> Ako se smatra da činjenice treba utvrđivati u parničnom

<sup>13</sup> ZIDOZ, 2003. je u momentu njegova donošenja omogućavao da se odgovarajućom primjenom ZPP-a, podnese zahtjev za zaštitu zakonitosti, ali ukidanjem ovog pravnog lijeka to je naknadno postalo nemoguće. Za razliku od našeg, Slovensko ovršno pravo (Zakon o izvršbi in zavarovanju, Uradni list RS, št. 51/98., 72/98., 11/99., 89/99., 11/01. i 75/02. (ZIZ-A)), dopušta državnom odvjetniku da uloži zahtjev za zaštitu zakonitosti. Vidi *Rijavec*, V. op. cit., str. 193.

<sup>14</sup> OZ, članak 12. stavak 1., koji se poziva na ZPP, članak 382. stavak 2. koji je Odlukom Ustavnog suda od 20. prosinca 2006. godine (Narodne novine, br. 2/07) ukinut i prestaje važiti 15. srpnja 2008. godine.

<sup>15</sup> Ibid., članak 12. stavak 1. koji upućuje na članak 54. stavak 7.

<sup>16</sup> Ibid., članak 12. stavak 2.

<sup>17</sup> Ibid., članci 49. do 51.

<sup>18</sup> Ibid., članak 2. stavak 1. točka 7. koji određuje da je "sudionik" osoba koja u postupku ovrhe ili osiguranja nije stranka, a u postupku sudjeluje zbog toga što se u njemu odlučuje o nekom njezinu pravu ili zbog toga što za to ima pravni interes.

<sup>19</sup> Ibid., članci 55. do 57. Vidi i odluku VTS RH, Pž-341/06 od 20. veljače 2006. (TS Zadar, Ovr-247/05, od 3. listopada 2005.) koja u izreci određuje "da izlučni prigovor (prigovor da u pogledu predmeta ovrhe treća osoba ima takvo pravo koje sprječava ovrhu) može podnijeti samo osoba koja nije stranka u ovršnom postupku. Taj prigovor ne može podnijeti ovršenik. (u vezi s člankom 55. OZ)" Podaci su dostupni na web stranici VTS RH, korišteni 21. 10. 2007.

<sup>20</sup> Tako i *Dika*, M. Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Opće građansko ovršno pravo, NN, Zagreb 2007., str. 378.

<sup>21</sup> U tom pogledu OZ, članak 56. stavak 1. "Ako se ovrhovoditelj u propisanom roku ne očituje o prigovoru ili ako se jedna stranka usprotivi prigovoru, sud će podnositelja prigovora rješenjem uputiti.....".

<sup>22</sup> Ibid., članak 48. stavak 4.

<sup>23</sup> Usp. U slovenskom ovršnom pravu prigovor je nedevolutivan odnosno remonstrativan, bilo da se radi o prigovoru dužnika protiv zaključka o ovrsi, ili prigovoru dužnika protiv zaključka

postupku, smatramo da bi rok za njegovo pokretanje trebao biti subjektivan i prekluzivan. To bi u svakom slučaju ojačalo procesnu disciplinu i utjecalo na ubrzanje postupka.

### ***Žalba u ovršnom postupku – temeljne osobine***

Prema zakonodavnom uređenju žalba je strankama<sup>24</sup> uvijek na raspolaganju, osim ako to posebnom njegovom odredbom nije onemogućeno.<sup>25</sup> Za razliku od žalbe u parničnom postupku,<sup>26</sup> ona je u hrvatskom ovršnom postupku remonstrativno-devolutivni pravni lijek.<sup>27</sup> Istina, to nije bio slučaj prema rješenju iz ZIDOZ 2003., kojega se i inače može opravdano kritizirati, i to ne samo zbog ovog razloga.<sup>28</sup> Ograničena remonstrativnost žalbe predstavlja ekonomično rješenje jer dopušta prvostupanjskom sudu da, za slučaj da smatra žalbu osnovanom, promijeni svoju odluku bez provedbe postupka pred drugostupanjskim sudom.<sup>29</sup> Osnovanost sud ocjenjuje prema onom činjeničnom stanju koje postoji u vrijeme odlučivanja o žalbi i to na način da, po potrebi, sasluša stranke i sudionike, te obavi druge izvidaje.<sup>30</sup>

---

temeljenog na vjerodostojnoj ispravi, ili prigovoru trećeg. Podrobnije vidi u *Rijavec*, V., op. cit., str. 193. et seq.

<sup>24</sup> Vidi odluku ŽS Ri, Gž 865/2001., koja u izreci sadrži: “Treća osoba koja sudjeluje u ovršnom postupku nije ovlaštena izjaviti žalbu protiv rješenja kojima ovršni sud odlučuje o prijedlozima stranaka iz tog postupka, već svoja prava ili pravne interese može štititi isključivo na način i pravnim sredstvima kako to propisuju odredbe članaka 55., 56., 63. i 64. OZ-a.” Podaci su dostupni na web-stranici Vrhovnog suda – sudska praksa. Korišteni su 21. 10. 2007.

<sup>25</sup> OZ, članak 152. stavak 4. koji ne dopušta ovršenikom dužniku podnošenje žalbe protiv rješenja o pljenidbi.

<sup>26</sup> Za detaljnije o žalbi u parničnom postupku vidi *Triva*, S. i *Dika*, M., op cit., str. 672.

<sup>27</sup> OZ, članak 47. stavci 1. do 3. “(1) U povodu žalbe protiv rješenja o ovrši sud prvog stupnja može žalbu prihvatiti ako ocijeni da je osnovana te, u cijelosti ili djelomice, doneseno rješenje o ovrši preinačiti i ovršni zahtjev odbiti, ili ukinuti rješenje o ovrši i ovršni prijedlog odbaciti ili oglasiti se stvarno ili mjesno nenadležnim i predmet ustupiti nadležnom sudu, osim u slučajevima iz članka 48. ovoga Zakona. (2) U slučajevima iz stavka 1. ovoga članka sud prvog stupnja ukinut će provedene radnje, osim kad se oglasio nenadležnim i predmet ustupio nadležnom sudu. Sud kome je predmet ustupljen kao nadležnom može provedene radnje ukinuti ako ocijeni da je to potrebno radi pravilne provedbe ovrhe. (3) Ako ocijeni da žalba nije osnovana, sud prvog stupnja uputit će predmet sudu drugog stupnja.”

<sup>28</sup> Vidi npr. *Kunštek*, E., Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003., Zbornik PF Rijeka, vol. 25, 1, 2004., str. 715. et seq.

<sup>29</sup> Problem funkcionalne nadležnosti u ovršnom postupku izazvan mogućnošću da u prvostupanjskom postupku o određivanju i provedbi ovrhe odlučuju različiti sudovi tiče se u prvom redu nadležnosti za odlučivanje o remonstrativnim pravnim lijekovima. Naime, premda je u ovršnom postupku za određivanje i provedbu ovrhe i osiguranja u pravilu stvarno i mjesno nadležan isti sud, brojni su izuzeci od toga pravila pa tako trgovački sudovi u slučajevima u kojima su inače isključivo nadležni za određivanje i provedbu ovrhe, ovlašteni povjeriti provedbu ovrhe u određenim slučajevima općinskom sudu (OZ, članak 39. stavak 4.).

<sup>30</sup> *Ibid.*, članak 47. stavak 4. i članak 50. stavak 4.

Dakako, u cilju zaštite ovršenikovih interesa, ovakva remonstrativna ovlaštenja suda isključena su u slučaju da smatra žalbu neosnovanom.<sup>31</sup> Isto se može kazati i za slučaj žalbe ovrhovoditelja na rješenje prvostupanjskog suda s kojim je po žalbi ovršenika odbio ili odbacio ovršni prijedlog.<sup>32</sup>

Žalba nema suspenzivni učinak, odnosno ne odgađa provedbu rješenja o ovrsi,<sup>33</sup> ali njeno podnošenje može biti razlog za odgodu ovrhe,<sup>34</sup> što je u praksi izuzetno čest slučaj, pa se zbog tog, ali i nekih drugih razloga, smatra “načelno” nesuspendivnim pravnim lijekom. Stoga je važno napomenuti da prvostupanjski sud, ako je u mogućnosti nastaviti s provedbom ovrhe, treba drugostupanjskom sudu dostaviti prijepis spisa, što je u interesu ubrzanja postupka, jer će moći poduzimati one radnje koje je ovlašten poduzimati prije pravomoćnosti pobijanog rješenja.<sup>35</sup>

Žalbeni razlozi u ovršnom postupku uobičajeno se svrstavaju u četiri grupe:<sup>36</sup>

- razlozi koji se odnose na pravilnost ovršnog postupka, i to ako je ovrha određena na predmetu koji je izuzet od ovrhe, odnosno na kojem je mogućnost ovrhe ograničena.<sup>37</sup>
- razlozi koji se tiču svojstva isprave, i to ako isprava na temelju koje je ono doneseno nije ovršna isprava, ili ako je ovršna isprava ukinuta, poništena, preinačena ili na drugi način stavljena izvan snage, odnosno ako je na drugi način izgubila svoju djelotvornost ili je utvrđeno da je bez učinka.<sup>38</sup>
- razlozi koji se odnose na postojanje tražbine (tzv. opozicijski razlozi<sup>39</sup> temeljem čega se podnosi i opozicijska tužba), i to ako je tražbina prestala na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojeg potječe odluka, odnosno nakon zaključenja sudske ili upravne nagodbe ili sastavljanja, potvrđivanja ili

<sup>31</sup> Ako sud prvog stupnja ocijeni da žalba nije osnovana, uputit će prijepis spisa drugostupanjskom sudu (OZ, članak 47. stavak 3.) u roku od 30 dana, koji je dužan u roku od 60 dana rješenje o žalbi donijeti i otpremiti. (OZ, članak 47. stavak 5. i 6.) Radi se o instruktivnim rokovima jer OZ ne predviđa nikakve pravne posljedice za njihovo prekoračenje. Sud drugog stupnja ispituje pravilnost i zakonitost pobijane odluke s obzirom na trenutak njezina donošenja. Ako je sud prvog stupnja donio rješenje o ovrsi na temelju ovršne isprave protiv koje je ovršenik izjavio žalbu, a ovrhovoditelj je nakon toga povukao prijedlog za ovrhu, sud drugog stupnja mora ispitati pravilnost i zakonitost rješenja o ovrsi neovisno o ovrhovoditeljevu povlačenju prijedloga za ovrhu. Vidi odluku VTS RH, Pž-4154/06, od 1. rujna 2006. (TS Rijeka Ovr-437/05 od 9. studenog 2005.).

<sup>32</sup> OZ, članak 47. stavak 7. “Protiv rješenja iz stavka 1. ovoga članka dopuštena je žalba protiv koje sud prvoga stupnja nema ovlasti iz te odredbe.”

<sup>33</sup> Ibid., članak 11. stavak 4.

<sup>34</sup> Ibid., članak 61. stavak 1. točka 5.

<sup>35</sup> Ibid., članak 11. stavak 6.

<sup>36</sup> Pa tako vidi i *Stuhne, Z. Ovršni zakon s komentarom, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb 2006.*, str. 93.

<sup>37</sup> OZ, članak 46. stavak 1. točka 6.

<sup>38</sup> Ibid., članak 46. stavak 1. točka 3.

<sup>39</sup> Termin potječe iz austrijskog prava. Za više vidi *Dika, M.*, op. cit., str. 346.

ovjeravanja javnobilježničke isprave,<sup>40</sup> ili ako je ispunjenje tražbine, makar i na određeno vrijeme, odgođeno, zabranjeno, izmijenjeno ili na drugi način onemogućeno zbog činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz kojega potječe odluka, odnosno nakon zaključenja sudske ili upravne nagodbe ili sastavljanja, potvrđivanja ili ovjeravanja javnobilježničke isprave,<sup>41</sup> ili ako je nastupila zastara tražbine o kojoj je odlučeno ovršnom ispravom.<sup>42</sup>

- opugnacijski razlozi, temeljem kojih se podnosi opugnacijska tužba,<sup>43</sup> i to ako isprava na temelju koje se traži ovrha nije stekla svojstvo ovršnosti,<sup>44</sup> ili ako su se stranke javnom ili po zakonu ovjerovljenom ispravom sastavljenom nakon nastanka ovršne isprave sporazumjele da ovrhovoditelj neće na temelju ovršne isprave, trajno ili za određeno vrijeme, tražiti ovrhu (*pactum de non exequendo*),<sup>45</sup> ili ako je protekao rok u kojemu se po zakonu može tražiti ovrha,<sup>46</sup> ili ako ovrhovoditelj nije ovlašten tražiti ovrhu na temelju ovršne isprave, odnosno ako nije ovlašten na temelju nje tražiti ovrhu protiv ovršenika,<sup>47</sup> ili ako nije ispunjen uvjet koji je određen ovršnom ispravom, osim ako zakonom nije drukčije propisano.<sup>48</sup>

Razlikovanje opozicijske i opugnacijske tužbe nema veće praktično značenje, jer je i jednoj i drugoj zajednički izravni cilj proglasiti ovrhu nedopuštenom, te neizravno dovesti do obustave ovrhe i ukidanja provedenih ovršnih radnji.

Od ovoga treba razlikovati obvezu suda da po službenoj dužnosti obustavi postupak ako je ovršna isprava pravomoćno ukinuta, preinačena, poništena, stavljena izvan snage ili je na drugi način određeno da je bez učinka, odnosno ako potvrda o ovršnosti bude ukinuta, te ako je ovrha postala nemoguća ili se iz drugih razloga ne može provesti.<sup>49</sup>

<sup>40</sup> OZ, članak 46. stavak 1. točka 9. U vezi s vremenskim određenjem nastanka činjenične osnove ovog opozicijskog prigovora treba razlikovati dvije situacije, tj. slučaj kada bi ovršna isprava bila sudska ili upravna odluka, ili kada bi ovršna bila sudska ili upravna nagodba ili javnobilježnička isprava. O tome detaljnije u *Dika, M., op. cit., str. 328. do 334.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, članak 46. stavak 1. točka 10.

<sup>42</sup> *Ibid.*, članak 46. stavak 1. točka 11. Sudovi nisu uvijek ovlašteni paziti po službenoj dužnosti na neke pretpostavke. To se npr. tiče zastarjelosti tražbine. Vidi Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05.), članak 214. stavak 3.

<sup>43</sup> Za više o toj vrsti tužbe u austrijskom i njemačkom zakonodavstvu vidi u *Dika, M. op. cit., str. 346.*

<sup>44</sup> OZ, članak 46. stavak 1. točka 2.

<sup>45</sup> *Ibid.*, članak 46. stavak 1. točka 4.

<sup>46</sup> *Ibid.*, članak 46. stavak 1. točka 5.

<sup>47</sup> *Ibid.*, članak 46. stavak 1. točka 7.

<sup>48</sup> *Ibid.*, članak 46. stavak 1. točka 8.

<sup>49</sup> OZ, članak 67. stavak 1. i 2.

### ***Upućivanje na parnicu u povodu žalbe***

Ako je došlo do spora ili se smatra da je došlo do spora u pogledu postojanja tzv. "parničnih razloga",<sup>50</sup> jer je ovrhovoditelj osporio postojanje tih razloga ili se uopće nije očitovao o njima,<sup>51</sup> a ovršenik ne dokazuje njihovu osnovanost kvalificiranim dokaznim sredstvima,<sup>52</sup> sud prvog stupnja donijet će posebno rješenje kojim će ovršenika u povodu redovne žalbe<sup>53</sup> uputiti da u roku od petnaest dana od dana njegove pravomoćnosti pokrene parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom.<sup>54</sup> Tužbu kojom pokreće parnicu na koju je upućen ovršenik može utemeljiti samo na razlozima koje je istaknuo u žalbi u povodu koje je upućen na parnicu,<sup>55</sup> s time da pokretanje parnice ne utječe na provedbu ovrhe i ostvarenje ovrhovoditeljeve tražbine,<sup>56</sup> ali može poslužiti kao razlog da ovršenik traži odgodu ovrhe,<sup>57</sup> a u praksi do toga najčešće i dovodi. U slučaju da ovršenik uspije s tužbenim zahtjevom, tj. ako se pravomoćnom presudom utvrdi da ovrha nije dopuštena, sud će na njegov prijedlog, ukinuti provedene radnje i obustaviti ovrhu.<sup>58</sup> Protiv rješenja o upućivanju na parnicu dopuštena je žalba koja je uvijek devolutivna.<sup>59</sup>

### ***Prekluzivnost roka za podnošenje tužbe?***

Postavlja se pitanje je li rok za podnošenje tužbe ovršenika prekluzivan? Glede ovoga problema moguća su različita stajališta koja proizlaze iz nedovoljno preciznog legislativnog uređenja.

<sup>50</sup> OZ, članak 46. stavak 1. točke 7., 9., 10. i 11. Stranka može izjaviti žalbu i radi drugih "neparničnih" razloga. O tome OZ, članak 48. stavak 7., 8. i 9. Za termin "parnični" ili razlozi za upućivanje na parnicu i "neparnični" ili razlozi radi kojih se ne upućuje na parnicu vidi Stuhne, Z. op. cit., str. 101.

<sup>51</sup> U pogledu već spomenutih tzv. parničnih razloga dostava žalbe na očitovanje je obvezna, a rok za očitovanje od 8 dana je dilatorne naravi, jer sud ne može odlučivati o žalbi dok ne primi očitovanje o žalbi, a ako postoji mogućnost razmotriti će i odgovor na žalbu koji pristigne i nakon proteka roka. Vidi OZ, članak 48. stavak 1.

<sup>52</sup> Javnom ili javno ovjеровljenom ispravom, odnosno ako su činjenice na kojima se temelji njegova žalba zbog parničnih razloga općepoznate ili se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmjetima. Vidi OZ, članak 48. stavak 4.

<sup>53</sup> Zato što je izjavljena u roku za žalbu, a ne kao "izvanredna" žalba nakon proteka roka. Sukladno OZ, članku 48. stavak 5. odredbe o upućivanju na parnicu povodom tzv. izvanredne žalbe na odgovarajući način se primjenjuju i na upućivanje ovršenika na žalbu povodom redovite žalbe.

<sup>54</sup> OZ, članak 48. stavak 3. Vidi i OZ, članak 30. koji određuje da je teret dokaza na ovrhovoditelju, ako se radi o uvjetovanoj obvezi ovršenika u ovršnoj ispravi, te Zakon o javnom bilježništvu (Narodne novine, br. 78/93., 29/94., 16/07.), članak 54. stavak 4. koji određuje da je teret dokaza da je tražbina nastupila na vjerovniku (ovrhovoditelju).

<sup>55</sup> OZ, članak 48. stavak 3.

<sup>56</sup> Ibid., članak 48. stavak 6.

<sup>57</sup> Ibid., članak 61. stavak 1. točka 5.

<sup>58</sup> Ibid., članak 51. stavak 6., a iznimka je ako dira u stečena prava trećih osoba (OZ, članak 61.).

<sup>59</sup> Ibid., članak 48. stavak 8. Vidi Zakon o izvršnom postupku (Narodne novine, br. 53/91., 91/92.), članak 54. stavak 3. koji je takvu žalbu izričito zabranjivao.



Prema prvobitnom tekstu OZ-a iz 1996. godine bilo je sasvim sigurno da rok nije prekluzivan. Ovršenik je imao rok od petnaest dana da pokrene parnicu, premda relevantna odredba ne daje osnova da se sa sigurnošću zaključi od kojeg momenta ovaj rok teče: 1) od dana donošenja rješenja suda; ili 2) od dana dostave rješenja ili 3) od dana kad je rješenje postalo pravomoćno.<sup>60</sup> Međutim, to i nije bilo toliko bitno, s obzirom da propuštanje roka nije moglo imati nikakve posljedice za ovršenika glede mogućnosti podnošenja tužbe. Naime, posebnom odredbom izričito je dopušteno da se tužba može podnijeti i nakon proteka roka kojeg je sud odredio, pa sve do dovršetka ovršnog postupka, s tim da bi u takvom slučaju ovršenik bio dužan snositi troškove koje je ovim propuštanjem izazvao.<sup>61</sup> Dakle, do rasprave o tome je li tužba dopuštena nije moglo doći, već jedino o tome ima li mjesta da se ovršeniku naloži snošenje troškova koji su s time prouzročeni i to samo zbog toga što je zakonodavac propustio precizno urediti od kojeg momenta ovaj rok teče.

Prvom novelom, odnosno ZIDOZ 1999., zakonodavac je intervenirao u ove odredbe, kojom prilikom je došlo do dodatnih nepreciznosti, koje su najvjerojatnije posljedica ozbiljne redakcijske greške, tako da je članak 52. glasio kako slijedi:

“(1) Ako rješenje o žalbi iz članka 49. stavka 1. ovoga Zakona ovisi o utvrđivanju neke sporne činjenice, sud će uputiti ovršenika da u roku od petnaest dana pokrene parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom, osim ako ovršenik osnovanost svoje žalbe ne dokaže javnom ili javno ovjerovljenom privatnom ispravom, odnosno ako osnovanost žalbe ne proizlazi iz općepoznatih činjenica ili iz činjenica koje se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmjevama.

(2) Ako ovršenik dokaže osnovanost svoje žalbe javnom ili javno ovjerovljenom privatnom ispravom, odnosno ako osnovanost žalbe proizlazi iz općepoznatih činjenica ili iz činjenica koje se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmjevama, sud će o osnovanosti žalbe odlučiti u ovršnom postupku. Ako žalbu prihvati, postupit će u smislu odredaba članka 51. ovoga Zakona, a ako je ne prihvati, uputit će ovršenika na parnicu.

(4) Ovršenik je dužan sve razloge za žalbu koje je mogao istaknuti u određenoj parnici istaknuti u toj parnici.

(4) Ako ovršenik ne postupi u skladu s odredbom stavka 5. ovoga članka, sud će odbaciti tužbu u kojoj će istaknuti razloge koje je ovršenik mogao istaknuti u prijašnjoj parnici.

<sup>60</sup> OZ 1996, članak 52. stavak 1. Ako rješenje o žalbi iz članka 49. stavka 1. ovoga Zakona zavisi od utvrđivanja neke sporne činjenice, sud će uputiti ovršenika da u roku od petnaest dana pokrene parnicu ili drugi postupak radi proglašenja ovrhe nedopuštenom, osim ako ovršenik opravdanost svoje žalbe ne dokaže javnom, ovjerovljenom privatnom ili drugom ispravom koja ima značenje javne isprave.

<sup>61</sup> *Ibid.*, članak 52. stavak 3. Ovršenik može pokrenuti parnicu ili drugi postupak iz stavka 1. ovoga članka i nakon proteka roka koji je sud odredio, sve do dovršetka postupka, ali u tom slučaju snosi troškove prouzročene prekoračenjem toga roka.

(5) Ako je pravomoćnom presudom utvrđeno da ovrha nije dopuštena, sud nadležan da odlučuje o žalbi, na prijedlog ovršenika, ukinut će provedene radnje i obustaviti ovrhu.

(6) Ako ovrha na temelju rješenja o ovrsi protiv kojega je podnesena žalba iz članka 49. stavka 1. ovoga Zakona bude provedena prije nego što se prvostupanjski postupak u parnici na koju je ovršenik upućen dovrši, ovršenik može do dovršetka toga postupka, i bez pristanka ovrhovoditelja kao tuženika, preinačiti tužbu tako što će zatražiti da sud osudi ovrhovoditelja da mu vrati ono što je stekao ovrhom te da mu nadoknadi štetu koju je zbog toga pretrpio, uključujući i troškove ovrhe u kojoj je ovrhovoditelj ostvario svoju tražbinu.

(7) Ovršenik može svoje pravo na naknadu štete koju je pretrpio zato što je protiv njega provedena nedopuštena ovrha ostvarivati u posebnoj parnici.”

Ovakav tekst je sačinjen imajući u vidu odredbe članka 52. OZ 1996. i članka 14. ZIDOZ 1999.

#### OZ 1996

##### Članak 52.

(1) Ako rješenje o žalbi iz članka 49. stavka 1. ovoga Zakona zavisi od utvrđivanja neke sporne činjenice, sud će uputiti ovršenika da u roku od petnaest dana pokrene parnicu ili drugi postupak radi proglašenja ovrhe nedopuštenom, osim ako ovršenik opravdanost svoje žalbe ne dokaže javnom, ovjerovljenom privatnom ili drugom ispravom koja ima značenje javne isprave.

(2) Ako ovršenik dokazuje opravdanost svoje žalbe javnom, ovjerovljenom privatnom ili drugom ispravom koja ima značenje javne isprave, sud će o utemeljenosti žalbe odlučiti u ovršnom postupku. Ako žalbu prihvati, postupit će u smislu odredaba članka 51. ovoga Zakona, a ako je ne prihvati, uputit će ovršenika na parnicu.

(3) Ovršenik može pokrenuti parnicu ili drugi postupak iz stavka 1. ovoga članka i nakon proteka roka koji je sud odredio, sve do dovršetka postupka, ali u tom slučaju snosi troškove prouzročene prekoračenjem toga roka.

(4) Ovršenik je dužan sve razloge za žalbu koje je mogao istaknuti u određenoj parnici istaknuti u toj parnici.

#### ZIDOZ 1999

##### Članak 14.

U članku 52. stavci 1. i 2. mijenjaju se i glase:

“(1) Ako rješenje o žalbi iz članka 49. stavka 1. ovoga Zakona ovisi o utvrđivanju neke sporne činjenice, sud će uputiti ovršenika da u roku od petnaest dana pokrene parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom, osim ako ovršenik osnovanost svoje žalbe ne dokaže javnom ili javno ovjerovljenom privatnom ispravom, odnosno ako osnovanost žalbe ne proizlazi iz općepoznatih činjenica ili iz činjenica koje se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmjevama.

(2) Ako ovršenik dokaže osnovanost svoje žalbe javnom ili javno ovjerovljenom privatnom ispravom, odnosno ako osnovanost žalbe proizlazi iz općepoznatih činjenica ili iz činjenica koje se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmjevama, sud će o osnovanosti žalbe odlučiti u ovršnom postupku. Ako žalbu prihvati, postupit će u smislu odredaba članka 51. ovoga Zakona, a ako je ne prihvati, uputit će ovršenika na parnicu.

Stavak 3. briše se.

OZ 1996

(5) Ako ovršenik ne postupi u skladu s odredbom stavka 4. ovoga članka, sud će odbaciti tužbu u kojoj će istaknuti razloge koje je ovršenik mogao istaknuti u prijašnjoj parnici.

(6) Ako je pravomoćnom presudom utvrđeno da ovrha nije dopuštena, sud će, na prijedlog ovršenika, obustaviti ovrhu i ukinuti provedene radnje.

(7) Ako ovrha na temelju rješenja o ovrsti protiv kojega je podnesena žalba iz članka 49. stavka 1. ovoga Zakona bude provedena prije nego što se prvostupanjski postupak u parnici na koju je ovršenik upućen dovrši, ovršenik može do dovršetka toga postupka, i bez pristanka ovrhovoditelja kao tuženika, preinačiti tužbu tako što će zatražiti da sud osudi ovrhovoditelja da mu vrati ono što je stekao ovrhom te da mu nadoknadi štetu koju je zbog toga pretrpio, uključujući i troškove ovrhe u kojoj je ovrhovoditelj ostvario svoju tražbinu.

(8) Ovršenik može svoje pravo na naknadu štete koju je pretrpio zato što je protiv njega provedena nedopuštena ovrha ostvarivati u posebnoj parnici.

ZIDOZ 1999

U dosadašnjem stavku 5. koji postaje stavak 4. riječi: "stavka 4." zamjenjuju se riječima: "stavka 5."

Dosadašnji stavak 6. koji postaje stavak 5. mijenja se i glasi:

"(5) Ako je pravomoćnom presudom utvrđeno da ovrha nije dopuštena, sud nadležan da odlučuje o žalbi, na prijedlog ovršenika, ukinut će provedene radnje i obustaviti ovrhu."

Dosadašnji stavci 7. i 8. postaju stavci 6. i 7.

Iz navedenog teksta odredbe članka 14. ZIDOZ 1999. vidljivo je da su počinjene krupnije greške glede kojih nije uslijedio ispravak tajništva Hrvatskoga sabora. Naime, članak 52. stavak 3. OZ 1996. obrisani je, pri čemu nije navedeno kako će dotadašnji stavak 4. postati stavak 3. Istovremeno je navedeno da će dotadašnji stavak 5. postati stavak 4., tako da pročišćeni tekst ima dva stavka 4. U "drugom"<sup>62</sup> stavku 4. riječi "stavka 4." zamijenjene su riječima "stavka 5". S obzirom na sadržaj stavka 5. potpuno je nejasno kakav je rezultat postignut. Pored toga, i sama odredba prijašnjeg stavka 5. odnosno, nakon pročišćavanja teksta, odredba "drugog" stavka 4. nejasna je, jer je sasvim jasno da sud ne može ništa "isticati u tužbi", već samo u svojoj odluci. Kako su nakon novele 1999. godine postojala dva stavka 4., postalo je dvojbeno je li doista postojala namjera brisanja članka 52. stavka 3. Prema obrazloženju prijedloga ZIDOZ

<sup>62</sup> S obzirom da članak 52. nakon ZIDOZ 1999. ima dva stavka 4. misli se na slijedeći tekst: "Ako ovršenik ne postupi u skladu s odredbom stavka 5. ovoga članka, sud će odbaciti tužbu u kojoj će istaknuti razloge koje je ovršenik mogao istaknuti u prijašnjoj parnici."

1999.<sup>63</sup> u dijelu koji se odnosi na ove odredbe, namjera zakonodavca je izražena kako slijedi:

“Izmjenama članka 52. Zakona nastojalo se ojačati procesnu disciplinu proširenjem primjene načela eventualnosti. Time se ograničavaju dilatorni manevri ovršenika. Također se (u stavku 5. – dosadašnji stavak 6.) otklanja postojeća nelogičnost u redosljedu postupovnih radnji kod obustave ovrhe.”<sup>64</sup>

S obzirom na ovakvo obrazloženje, jasno je kako je postojala namjera proširiti krug okolnosti zbog čijeg postojanja bi sud bio ovlašten donositi odluku u ovršnom postupku, odnosno smanjiti broj slučajeva u kojima je potrebno pokretati parnicu, te otkloniti izvjesnu nelogičnost teksta OZ 1996., prema kojemu je prvostupanjski sud obustavljao ovrhu prije ukidanja provedenih radnji. Što se željelo postići brisanjem odredbe stavka 3. nije navedeno, niti je to na neki drugi način moguće sa sigurnošću ustanoviti. Po našem mišljenju, izmjena zakonskog teksta na način da se uvodi prekluzivni rok za podnošenje tužbe radi proglašenja ovrhe nedopuštenom, sasvim sigurno predstavlja zahvat kojeg je potrebno obrazložiti, pa se opravdano postavlja pitanje je li doista postojala namjera u tom pravcu, ili se radi o još jednoj redakcijskoj grešci koja je vidljiva u cjelokupnom tekstu članka 52.? Ovo napose stoga što dotadašnji stavak 4. nije postao stavak 3., tako da pročišćeni tekst spornog članka nema niti jedan stavak koji je označen brojem 3., ali zato ima dva stavka koji su označeni brojem 4. Treba skrenuti pažnju da je i odredba članka 48. stavka 1. nakon ZIDOZ 1999. ostala nejasna u pogledu toga od kojeg trenutka počinje teći rok za podnošenje tužbe. Ako bi prvostupanjski sud zaključio da je kritičan trenutak “dostave“, pa ovršenika uputio “na parnicu radi proglašenja ovrhe... nedopuštenom, u roku od petnaest dana nakon dostave rješenja”, premda bi, s obzirom da izostanak izričite zakonske odredbe u tom pravcu, mogao zaključiti i da bi to mogao biti i trenutak “pravomoćnosti”, bi li se moglo smatrati da je rok prekoračen u slučaju da je izjavljena žalba protiv takvog rješenja suda, a tužba podnijeta u roku od 15 dana od dana pravomoćnosti? Osim toga, kakve bi posljedice to izazvalo na već pokrenuti parnični postupak kad bi se dogodilo da je rješenje o upućivanju ovršenika na parnicu ukinuto? Smatramo da kad postoji nesigurnost utvrđivanja činjenice kad je rok počeo ili trebao početi teći i je li protekao, trebalo bi smatrati da nije protekao.<sup>65</sup> Stoga bi u ovakvom slučaju bila dvojbeni i mogućnost primjene odredbe članka 282. stavka 1. ZPP-a “na odgovarajući način”, jer je nejasno na koji bi način, odnosno primjenom koje

<sup>63</sup> Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, s Konačnim prijedlogom zakona, br. 546. od 15. veljače 1999. godine (klasa: 711-01/96-01/03, ur. broj: 62-99-63).

<sup>64</sup> Ibid., str. 3. Obrazloženja pojedinih odredaba.

<sup>65</sup> Ovakav zaključak neizravno potvrđuje i praksa VSRH – “Kad nije moguće sa sigurnošću utvrditi je li žalba podnesena u roku, treba uzeti da je ona pravodobna (VS, Rev 1850/89 od 18.19.1990 – PSP 51/183).” Prema *Grbin, I., Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješka, napomenama, priložima i abecednim kazalom, drugo izdanje, Zagreb 2001., str. 87.*

odredbe OZ-a, prvostupanjski sud odredio početak tijeka roka za pokretanje parnice, te je li doista došlo do prekluzije prava tuženika na podnošenje tužbe.<sup>66</sup>

ZIDOZ 2003. rješava dvojbu oko toga je li rok za podnošenje tužbe ovršenika prekluzivan, ali i dalje ostavlja problem kako utvrditi kad je on počeo teći, odnosno kad je protekao.

“Članak 48.a

(1) Prigovor iz članka 48. ovoga Zakona sud će bez odgađanja dostaviti ovrhovoditelju obavještavajući ga da se o njemu može očitovati u roku od osam dana.

(2) Ako ovrhovoditelj prizna navode u prigovoru, sud će obustaviti ovrhu.

(3) Ako ovrhovoditelj ospori navode u prigovoru ili se ne očituje, sud će to bez odgađanja javiti ovršeniku i obavijestiti ga da u roku od petnaest dana može podnijeti tužbu kojom će, iz razloga koje je naveo u prigovoru, zatražiti da se ovrha proglašeni nedopuštenom.

(4) Ako ovršenik podnese tužbu iz stavka 3. ovoga članka nakon isteka roka od petnaest dana ili iz razloga koje nije bio naveo u prigovoru, sud će je odbaciti.

(5) Ako se pravomoćnom presudom utvrdi da ovrha nije dopuštena, sud će, na ovršenikov prijedlog, ukinuti provedene radnje i obustaviti ovrhu.”

Dvojba u svezi s početkom tijeka roka za podnošenje tužbe ovršenika konačno je riješena u ZIDOZ 2005., prema kojemu se tužba treba podnijeti u roku od 15 dana od dana pravomoćnosti rješenja s kojim je ovršenik upućen na parnicu.<sup>67</sup> Ova novela ipak ne rješava do kraja precizno je li taj rok prekluzivan, tako da postoje i stajališta da taj rok nije prekluzivan.<sup>68</sup> Ipak, s obzirom na prethodno navedenu odredbu članka 282. stavka 1. ZPP-a, trebalo bi zaključiti da se radi o prekluzivnom roku,<sup>69</sup> a u prilog tome je i vladajuće stajalište hrvatske doktrine.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> ZPP, članak 282. stavak 1. “Nakon prethodnog ispitivanja tužbe sud donosi rješenje kojim se tužba odbacuje ako utvrdi da rješavanje o tužbenom zahtjevu ne ide u sudsku nadležnost (članak 16.) ili da je tužba podnesena nepravovremeno, ako je posebnim propisima određen rok za podnošenje tužbe.”

<sup>67</sup> OZ, članak 48. stavak 3. Ako ovrhovoditelj ospori postojanje tih razloga ili se ne očituje u roku od osam dana, sud prvoga stupnja donijet će bez odgode rješenje kojim će ovršenika uputiti da u roku od petnaest dana od pravomoćnosti toga rješenja pokrene parnicu radi proglašenja ovrhe nedopuštenom zbog razloga iz stavka 1. ovoga članka zbog kojeg je izjavio žalbu.

<sup>68</sup> Vidi *Stuhne, Z.*, op. cit., str. 103.

<sup>69</sup> Ako stanemo na stajalište da se radi o prekluzivnom roku, onda bi se pravna priroda prekluzivnosti roka od 15 dana primjenjivala i kod izvanredne žalbe, tj. žalbe nakon proteka vremena temeljem OZ, članka 48. stavka 5.

<sup>70</sup> Tako *Dika, M.*, op. cit., str. 353.

### ***Procesni položaj ovršenika i treće osobe u slučaju podnošenja tužbe nakon proteka roka***

Međutim, je li takvo zakonodavno uređenje položaja ovršenika opravdano, napose kad se ima u vidu uređenje položaja treće osobe u slučaju kad je ova podnijela prigovor u ovršnom postupku i nakon toga upućena na parnicu da se ovrha proglasi nedopuštenom?<sup>71</sup> Trećoj osobi je i u prvobitnom tekstu OZ-a, kao i u novelama 1999. i 2005., omogućeno podnošenje tužbe i nakon proteka roka<sup>72</sup> koji je sud odredio.<sup>73</sup> Ovaj je kao prekluzivan rok bio određen samo u ZIDOZ 2003.<sup>74</sup>

Smatramo da ne postoji opravdan razlog za različito procesno uređenje položaja ovršenika i položaja treće osobe u slučajevima kad ovi trebaju podnijeti tužbu da se ovrha proglasi nedopuštenom.

Sasvim je drugo pitanje bi li rok za podnošenje tužbe trebao biti prekluzivan.<sup>75</sup> To je problematika koju bi zakonodavac trebao riješiti na način da zadovolji pravno-politički zahtjev koji je pred njega postavljen. Uvođenje prekluzivnog roka u svakom slučaju utječe na poboljšanje procesne discipline pa ga u tom smislu valja preporučiti.<sup>76</sup>

Usporedbe radi hrvatsko pravo u sličnim slučajevima predviđa različita rješenja. Tako prema Zakonu o nasljeđivanju posljedica podnošenja tužbe izvan roka ima za posljedicu samo da će se prethodno prekinuti ostavinski postupak nastaviti i dovršiti neovisno o zahtjevima glede kojih je stranka koja je upućena

<sup>71</sup> Vidi odluku VTS RH, Pž-2324/06, od 20. ožujka 2007. (TS Rijeka, P-1457/05 od 2. veljače 2006.) koja određuje da u postupku osiguranja privremenom mjerom nije moguće treću osobu koja smatra da u pogledu predmeta osiguranja ima takvo pravo koje sprječava osiguranje, uputiti u parnicu radi proglašenja mjere osiguranja nedopuštenom, jer je privremena mjera sukladno nazivu privremenog trajanja. Ne bi prihvatili ovakvo stajalište jer rješenje o određivanju privremene mjere ima snagu rješenja o ovrši (OZ, članak 294. stavak 3.) te se na njega na odgovarajući način primjenjuju odredbe OZ o ovrši radi ostvarenja tražbina (OZ, članak 253. ), slijedom čega ako se u postupku osiguranja ne odluči o prigovoru, dužnost je suda da uputi na parnicu (OZ, članak 56. stavak 1.).

<sup>72</sup> Moglo bi se preporučiti podnošenje tužbe već u ranom stadiju postupka, jer svako kašnjenje može proizvesti gubitak prava odnosno potrebu pokretanja drugih postupaka i izlaganja nepotrebnim troškovima.

<sup>73</sup> Vidi OZ, članak 56. stavak 3. "Podnositelj prigovora može pokrenuti parnicu i nakon proteka roka koji mu je sud odredio sve do dovršetka ovršnoga postupka, ali je u tom slučaju dužan snositi troškove prouzročene prekoračenjem toga roka". Osim toga gubi pravo da predloži odgodu ovrhe (OZ, članak 63. stavak 1.)

<sup>74</sup> ZIDOZ 2003., članak 41. Iza članka 56. dodaje se članak 56.a koji glasi: "Ako treća osoba u slučaju iz članka 56. stavka 1. ovoga Zakona pokrene parnicu nakon isteka roka od 15 dana, sud će odbaciti njenu tužbu."

<sup>75</sup> Vidi i *Stuhne, Z.*, op. cit., str. 111. gdje iznosi stajalište da pravna priroda roka za upućivanje na parnicu u okviru instituta izvanredne žalbe nije prekluzivnog karaktera.

<sup>76</sup> U prilog tome vidi *Dika, M.*, op. cit., str. 346., koji određuje da je pravna priroda roka za upućivanje na parnicu u okviru instituta izvanredne žalbe prekluzivnog karaktera.



na parnicu.<sup>77</sup> Prema Zakonu o medijima sasvim je jasno da je rok za podnošenje tužbe prekluzivan.<sup>78</sup>

Možemo pretpostaviti da različita zakonodavna rješenja proizlaze iz različite potrebe uvođenja procesne discipline ili pak iz različitog intenziteta društvenog interesa za zaštitom subjektivnog prava u pitanju.

### **Zaključak**

Slijedom svega naprijed izloženog, trebalo bi procesni položaj ovršenika i treće osobe u slučaju podnošenja tužbe radi proglašenja ovrhe nedopuštenom nakon proteka roka izjednačiti, te jasnije označiti pravnu prirodu predmetnih rokova. Nadalje, prilikom razmatranja ove problematike treba imati u vidu Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava, i njen članak 6. stavak 1.,<sup>79</sup> koji u bitnome odgovara članku 29. stavku 1. Ustava Republike Hrvatske.<sup>80</sup> Sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava pravo na pristup sudu treba biti stvarno moguće, pa se bilo kakvo ograničenje u tom pravcu mora utemeljiti na legitimnom cilju. S druge strane, korištena sredstva moraju biti razmjerna tom cilju. Dakle, iako pristup sudu može biti ograničen, pa i rokom, postoje određena

<sup>77</sup> Vidi Zakon o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/03., 163/03., i 35/05 – članak 1164. ZOO, stupanjem na snagu ovog Zakona prestaju važiti odredbe članka 116. do 121. Zakona o nasljeđivanju), članak 225.

(1) Sud će uputiti na parnicu ili upravni postupak stranku čije pravo smatra manje vjerojatnim.

(2) Ako sud prekine postupak, odredit će rok koji ne može biti dulji od 30 dana, u kojemu upućena stranka treba pokrenuti parnicu ili upravni postupak, te o pokretanju obavijestiti ostavinski sud.

(3) Ako stranka u određenom roku postupi po rješenju suda, prekid postupka trajat će dok parnica ili upravni postupak ne bude pravomoćno završen.

(4) Ako stranka u određenom roku ne postupi po rješenju suda, prekinuti će se postupak nastaviti i dovršiti bez obzira na zahtjeve glede kojih je stranka upućena na parnicu, odnosno upravni postupak. U tom slučaju stranka koja je upućena na parnicu ili na upravni postupak može svoja prava ostvarivati u postupku na koji je upućena.

(5) Ako je ostavinski sud postupio u skladu s odredbom stavka 4. ovoga članka, a i u slučaju da je ostavinu raspravio, a trebao je stranku uputiti na parnicu ili upravni postupak, pravomoćnost odluke ostavinskog suda ne sprječava da se o odnosnom zahtjevu pokrene parnica ili upravni postupak.

<sup>78</sup> Vidi Zakon o medijima (Narodne novine, br. 59/04.), članak 23. “Tužba za naknadu štete može se podnijeti najkasnije u roku od tri mjeseca od dana saznanja za objavu informacije kojom je šteta prouzročena.” Vidi i članak 46. stavak 2. “Tužba se može podnijeti najkasnije u roku od 30 dana od proteka roka za objavu ispravka, odnosno od dana kada je ispravak bio objavljen na način koji nije bio sukladan Zakonu.”

<sup>79</sup> 1. “Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva pripočavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.”

<sup>80</sup> “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”.

ograničenja i za zakonodavca ili sud države u pitanju, koja mogu ići i u pravcu da se postupovna pravila ne mogu pretjerano kruto primjenjivati.<sup>81</sup> Također, nejasna postupovna pravila koja se primjenjuju u pojedinom postupku mogu dovesti do toga da Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu članka 6. stavka 1. temeljem pravičnosti (*ex aequo et bono*).<sup>82</sup>

## Summary

### **PROCEEDINGS TO DECLARE THE ENFORCEMENT INADMISSIBLE – THE ISSUE OF LEGAL NATURE OF THE TIME LIMITS FOR INITIATION OF PROCEEDINGS**

Due to the inadequately precise legislative regulation within the 1996 Enforcement Act, the question of a legal nature relevant to the time limit within which a claim can be filed to declare the enforcement inadmissible has arisen. To be precise, accordingly to the text of 1996 Enforcement Act it was absolutely positive that the time limit in question was not preclusive, however, the relevant provisions did not give grounds for clear definition of the moment starting from which the time limit has begun to run. 1999 Amendments caused additional doubts, which were probably a consequence of serious editorial error. On the other hand, 2003 Amendments resolved the dispute concerning the preclusivity, nevertheless it has still been unclear what is the precise moment from which the time limit begins to run or when the time limit elapses. A solution for this issue was finally brought by 2005 Amendments. Although this legislative intervention did not entirely eliminate all existing doubts, especially these concerning the legal consequences of filing a complaint after the prescribed time limit has expired, according to the corresponding application of relevant provisions of the Civil Procedure Act it may perhaps be concluded that the time limit is preclusive. Moreover, legal consequences of filing a complaint outside the time limit are not equivalent for an enforcement debtor and a third party, especially when the third party submits the motion in enforcement procedure and following such action is instructed by the Court to instigate legal proceedings. The authors cannot find valid reasons for unequal procedural position of these two procedural participants.

**Key words:** *appeal, preclusive time limit, complaint, declaring the enforcement inadmissible.*

<sup>81</sup> Ashingdane v. the United Kingdom judgment od 28 svibnja 1985., Series A no. 93, str. 24-25, § 57. Vidi i presude u predmetima Pérez de Rada Cavanilles v. Spain, od 28. listopada 1998., te Labergère v. France od 26. rujna 2006. Podaci dostupni na web-stranici Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht School of Law, 14. lipnja 2007. godine.

<sup>82</sup> Op. cit. Coëme and others v. Belgium, presuda od 22. lipnja 2000.

## Zusammenfassung

### **PROZESS ZUR UNZULÄSSIGKEITSERKLÄRUNG DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG – PROBLEM DER RECHTSNATUR DER FRIST ZU IHRER ANSTRENGUNG**

Wegen einer ungenügend präzisen legislativen Regelung taucht seit der Verabschiedung des Zwangsvollstreckungsgesetzes im Jahre 1996 die Frage nach der Rechtsnatur der Frist zur Anstrengung einer Klage wegen der Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung auf. Dem Text des Zwangsvollstreckungsgesetzes von 1996 nach war es nämlich völlig sicher, dass dieses nicht präklusiv (peremptoran) ist, doch die relevante Bestimmung gab keine Grundlage für den sicheren Schluss, ab welchem Augenblick sie läuft. Die Novelle von 1999 führte zu zusätzlichen Zweifeln, die wahrscheinlich Folge ernsthafter Fehler der Redaktion waren. Andererseits wurde durch die Novelle von 2003 der Zweifel hinsichtlich der Präklusion gelöst, doch weiterhin blieb das Problem ungelöst wie zu bestimmen war, ab wann sie beginnt, bzw. wann sie abgelaufen ist. Dies wurde endgültig durch die Novelle von 2005 gelöst. Obwohl auch durch diese gesetzliche Intervention alle Zweifel nicht völlig gelöst wurden, besonders hinsichtlich der Rechtsfolgen der Klageanstrengung außerhalb der Frist, konnte man durch die analoge Anwendung entsprechender Bestimmungen des Gesetzes zum Gerichtsverfahren schließen, dass es sich um präklusive Frist handelt. Außerdem sind die Rechtsfolgen der Klageanstrengung außerhalb der Frist für den Vollstrecker und eine dritte Person nicht gleich, wenn diese im Vollstreckungsverfahren Einspruch erhoben hat und danach darauf hingewiesen wurde, den Prozess anzustrengen. Die Autoren sind der Meinung, dass kein gerechtfertigter Grund für unterschiedliche Regelungen und ungleiche Prozesslage dieser beiden Verfahrensteilnehmer besteht.

***Schlüsselwörter:** Einspruch, präklusive Frist, Klage, Unzulässigkeits-  
erklärung der Zwangsvollstreckung.*

## Sommario

### **PROCEDIMENTI PER LA DICHIARAZIONE DI ESECUZIONE INAMMISSIBILE – PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DEI TERMINI PER LA LORO ATTIVAZIONE**

A causa della non sufficientemente precisa regolazione legislativa nella Legge sull'esecuzione del 1996, ci si interroga sulla natura giuridica del termine per la presentazione dell'azione per la dichiarazione di esecuzione inammissibile. Vale

a dire, secondo il testo della Legge sull'esecuzione del 1996 era assolutamente sicuro che questo fosse non preclusivo (perentorio), ma le norme rilevanti non fornivano basi per la sicura definizione da quale momento decorresse. La novella del 1999 originò ulteriori incertezze, che furono probabilmente conseguenza di un serio errore redazionale. Dall'altra parte, la novella del 2003 risolse la disputa relativa alla preclusività del termine, ma lasciò ancora insoluto il problema di come accertare quando cominciasse a decorrere, in relazione a quando scadesse. La soluzione definitiva è nella novella del 2005. Nonostante con questo intervento legislativo non siano stati eliminati interamente tutti i dubbi, in particolare quelli riguardanti le conseguenze giuridiche della presentazione del ricorso dopo la scadenza del termine prescritto, secondo la corrispondente applicazione delle norme rilevanti della Legge sul processo civile forse si può concludere che il termine è preclusivo. Inoltre, le conseguenze giuridiche della presentazione dopo la scadenza del termine non sono equivalenti per un debitore o una terza persona, quando la terza persona propone ricorso nella procedura esecutiva e quindi tale azione è utilizzata per avviare il procedimento. Gli autori non trovano valide ragioni per delle differenti regolazioni e una diseguale posizione processuale di queste due parti processuali.

***Parole chiave:** ricorso, termine preclusivo, azione, dichiarazione di esecuzione inammissibile.*

## UVOD U NAČELA EUROPSKOG UGOVORNOG PRAVA (Landova načela)

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

UDK: 347.44:061.1EU  
Ur.: 12. veljače 2008.  
Pr.: 27. veljače 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*Rad je posvećen analizi nekih okvirnih pitanja vezanih za Načela europskog ugovornog prava. U prvom redu pozornost je usmjerena na razloge koji su naveli članove Landove komisije da pristupe izradi Načela, odnosno na najvažnije probleme ujednačavanja europskog privatnog prava. Analizirani su ciljevi koji se postižu donošenjem Načela (utvrđivanje zajedničke jezgre europskih nacionalnih ugovornih prava i ustanovljavanje zajedničke infrastrukture za harmonizaciju privatnog prava u Europskoj uniji). U svezi s tim pažnja je posvećena i mogućim razinama i oblicima primjene Načela. Za pravilno razumijevanje uloge i smisla Načela potrebno je bilo definirati i izvore koji su utjecali na izradu Načela, metodološka opredjeljenja njihovih autora, strukturu i stilsku obilježja Načela, kao i utvrditi razloge koji određuju opseg predmeta kojim se Načela bave.*

**Ključne riječi:** *Načela europskog ugovornog prava, ujednačavanje europskog privatnog prava, polje primjene Načela.*

### **1. Uvodne napomene**

Jedno od bitnih obilježja razvoja suvremenog privatnog prava u Europi jest jasno izražena tendencija denacionalizacije, odnosno "europeizacije", sve tješnjeg približavanja nekada jasno odvojenih pravnih sustava pojedinih država. Naravno, takav je razvoj karakterističan ne samo za Europsku uniju i Europu uopće nego i za ostatak svijeta, a posljedica je sve izraženijeg povezivanja različitih tržišta na regionalnoj ili na nekoj drugoj osnovi, odnosno stvaranja globalnog svjetskog tržišta. Takav gospodarski sustav zahtijeva i pravne instrumente koji će biti u što višem stupnju ujednačeni. Dovoljno je podsjetiti na brojne međunarodne konvencije i druge pravne instrumente posvećene usklađivanju pojedinih aspekata privatnog, a posebno trgovačkog prava, koji su

nastali u okviru djelovanja instituta UNIDROIT<sup>1</sup> i UNCITRAL-a.<sup>2</sup> Ovakav svjetski trend ujednačavanja pravnih rješenja svakako u velikoj mjeri utječe i na procese harmonizacije privatnog prava koji se intenzivno odvijaju u okvirima Europske unije. Isto tako, specifičnosti europskog puta stvaranja onoga što se u pravnoj teoriji sve češće obilježava kao novo europsko *ius commune*, nesumnjivo postaje model ili čak standard za unifikaciju prava u drugim dijelovima svijeta.<sup>3</sup>

## 2. *Europsko privatno pravo – procesi unifikacije*

Procesi globalizacije utječu na privatno pravo ne samo na način da zahtijevaju ujednačavanje pravnih pravila, već i tako da u mnogome mijenjaju temeljne paradigme tog prava. To se posebno odnosi na ugovorno pravo koje je po prirodi stvari najbliže tržišnim odnosima i stoga su se promjene u ekonomskoj strukturi prvo odrazile baš u toj oblasti. Kako se ističe u pravnoj teoriji europskog privatnog prava,<sup>4</sup> proces internacionalizacije i globalizacije zahvatio je oblast ugovornog prava još i prije no što je započeo proces “europeizacije” privatnog odnosno ugovornog prava u okviru Europske unije, a onda je samo ubrzan. Promjene koje se dešavaju značajne su i uvjetovane socio-ekonomskim faktorima. S jedne strane globalizacija tržišta zahtijeva liberalizaciju ugovornog prava budući da značajno raste broj transnacionalnih ugovora na koje se ne mogu uvijek i bez poteškoća primijeniti pravila nacionalnih prava, pojavljuje se i pojam masovnih ugovora itd. S druge strane javlja se potreba za posebnim reguliranjem različitih vrsta specifičnih ugovora kao što su, primjerice, potrošački

<sup>1</sup> Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (International Institute for Unification of Private Law – UNIDROIT) sa sjedištem u Rimu, osnovan 1926. godine. Danas je 61 država članica UNIDROIT instituta. Tijekom svog postojanja priredio je preko 70 studija i nacrtu pravnih akata, od kojih su mnogi usvojeni kao međunarodne konvencije ili model-zakoni na diplomatskim konferencijama u organizaciji UNIDROIT. Više o radu UNIDROIT vidi: <http://www.unidroit.org/english/presentation/achievements.htm>.

<sup>2</sup> Komisija Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) osnovana 1966. godine na Generalnoj Skupštini Ujedinjenih naroda, a radi otklanjanja razlika u rješenjima nacionalnih prava koje utječu na odvijanje međunarodne trgovine. Članstvo čini 60 država izabranih na Generalnoj skupštini za vrijeme od 6 godina. Najznačajnija područja djelovanja: međunarodna trgovačka arbitraža i mirenje, međunarodna plaćanja, međunarodni transport robe, elektronička trgovina, međunarodna prodaja roba itd. Više vidi: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/work.html>.

<sup>3</sup> O značenju privatnopravnih aspekata regionalnog i globalnog povezivanja najbolje govori činjenica da se na monogim europskim i američkim sveučilištima, osnivaju posebni instituti za izučavanje ove oblasti. (University of Harvard (Center for International Development at Harvard University, <http://www.cid.harvard.edu/>); University of Tilburg (Institute for Globalization and Sustainable Development, <http://www.uvt.nl/globus>); University of Warwick (Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation, <http://www.warwick.ac.uk/csgr/>)).

<sup>4</sup> RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, *European Review of Private Law* (2000), 1.; dostupno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclintro.html#tx>, str. 5 (dalje: RIEDL).



ugovori te, u skladu sa svjetskim procesima, i europsko pravo u ovim oblastima ugovornog prava prihvaća drukčije standarde socijalne pravde no što su oni karakteristični za klasično ugovorno pravo.<sup>5</sup> To znači da se suvremeno ugovorno pravo razvija u sukobu između dva suprotna zahtjeva, s jedne strane zahtjeva liberalizacije, a s druge strane potrebe uvođenja prisilnih normi koje nisu karakteristične za privatnopravnu oblast.

Osim toga, razvoj privatnog prava u okvirima Europske unije, kako na nivou pojedinih nacionalnih prava tako i na nivou Unije, određen je bitno prirodom ove specifične supra-nacionalne tvorevine. U sustavu upravljanja (vladanja) na više razina nije više jedino nacionalni zakonodavac onaj koji određuje obujam i sadržaj privatnog prava. Na razini Unije donose se pravila usmjerena prvenstveno na uređenje i održavanje jedinstvenog tržišta i ekonomskih odnosa, te ostvarenje određenih socijalnih ciljeva. Ovakva normativna djelatnost Unije odražava se ne samo na ekonomske odnose u pojedinim državama članicama, nego i na privatno, posebno ugovorno nacionalno pravo.<sup>6</sup> Nacionalna prava moraju se prilagođavati novim pravilima bitno određenima logikom cilja kojega ostvaruju i koja stoga često predstavljaju "strano tijelo" u sustavu nacionalnog privatnog prava. Tako se proces koji po logici stvari teži ujednačavanju, odnosno europeizaciji prava država članica, paradoksalno, pokazuje kao faktor koji na nacionalnoj razini često proizvodi suprotni učinak, tj. dovodi do određenog stupnja dezintegracije nacionalnog pravnog sustava. Nacionalna prava problem mogu riješiti jedino na način da pravila diktirana od strane Unije na zadovoljavajući način ugrade u postojeće pravo, no ukoliko se želi zadržati koherentan sustav privatnog prava, ponekad je to moguće jedino uz korijenite reforme tog sustava.<sup>7</sup> No, europski zakonodavac u procesu intenzivne harmonizacije proizvodi sve više normativnih akata i većina nacionalnih pravnih sustava ne može tako brzo apsorbirati nova rješenja, a da ne osjeti posljedice dezintegracije.

---

<sup>5</sup> Radi se o posebnim prisilnim pravilima kojima se štiti tzv. slabija ugovorna strana (kao što je potrošač, zaposlenik, najmoprimac stana i sl.) i tako se značajno odstupa od klasičnih paradigmi ugovornog prava, kao što su načelo slobode ugovaranja, načelo jednakosti stranaka, načelo *pacta sunt servanda* i sl.

<sup>6</sup> Radi se pretežito o pravilima kojima se uređuje položaj potrošača i trgovačkih društava, o pravilima koja osiguravaju slobodu tržišnog natjecanja, zatim o pravilima iz nadležnosti Europske zajednice u oblasti zaštite okoliša, socijalne politike, zaštite zdravlja i sigurnosti, tehničkim standardima za proizvode i usluge i sl.

<sup>7</sup> Najbolji primjer je izmjena njemačkog Građanskog zakonika iz 2002. godine (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. 11. 2001. (BGBl. I S 3138), na snazi od 1. siječnja 2002. godine), koja je u velikoj mjeri posljedica nastojanja da se građanskopravni sustav uskladi sa zahtjevima komunitarnog prava. Više vidi: SCHÜLTE-NÖLKE, H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, German Law Archive, dostupno na stranici: <http://www.iuscomp.org/gla/>; SCHLECHTRIEM, P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, German Law Archive, (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 at ouclf.iuscomp.org.

Problem se pojačava činjenicom što su integracijski procesi koji potječu iz normativnih akata Unije usmjereni samo na pojedine fragmente privatnog prava, najviše zato jer su inspirirani u pretežitoj mjeri tržišnim, odnosno ekonomskim razlozima. Stoga ono što možemo nazvati europskim privatnim pravom predstavlja samo “izolirane otočiće u moru nacionalnog privatnog prava”.<sup>8</sup> Tek u novije vrijeme, tj. posljednjih desetak godina, europski zakonodavac intervenira u područja koje se mogu smatrati suštinskim za ugovorno i odštetno pravo, kao što su odgovornost za štetu od neispravnog proizvoda, nepravične odredbe formularnih (adhezijskih) ugovora, odgovornost prodavatelja za mane stvari i sl. No, i u ovim oblastima pravila su predviđena isključivo ili barem pretežito u svrhu zaštite potrošača što, kako je već objašnjeno, vodi određenom stupnju dezintegracije i konfuzije u nacionalnim privatnopravnim sustavima.<sup>9</sup>

Osim toga, nerijetko su upitni stvarni integracijski učinci različitih instrumenata kroz koje se nastoji provesti harmonizacija prava. Ako je riječ o uredbama kao aktima tzv. pune harmonizacije, one često ne postižu željene rezultate jer nastaju kao plod kompromisa između različitih zahtjeva pojedinih država članica. S druge strane, direktive koje su pretežito akti minimalne harmonizacije ostavljaju mogućnost državama članicama da usvoje više standarde zaštite prava, odnosno ostvarenja ciljeva postavljenih direktivom. Stoga se često dešava da njihova implementacija u nacionalne pravne sustave u konačnici dovodi do prihvatanja različitih rješenja.<sup>10</sup>

Rezultat svih navedenih čimbenika jest značajan stupanj fragmentacije privatnog prava, nedovoljna integracija, te stalna napetost između europskog i nacionalnog prava, kao i između temeljnog cilja integriranja zajedničkog tržišta i različitih tehnika harmonizacije koje daju neujednačene rezultate.

Jedna od najranijih inicijativa koja pokušava naći adekvatne odgovore na složene probleme ujednačavanja privatnog prava u okviru Europske unije (u to vrijeme Europske zajednice) jest izrada Načela europskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law – PECL)<sup>11</sup> od strane Komisije za europsko ugovorno pravo. Ovaj će rad pokušati analizirati razloge koji su doveli do potrebe nastanka Načela europskog ugovornog prava, ciljeve, moguće polje primjene, kao i temeljne formalne karakteristike teksta. Držimo da su sva ova

<sup>8</sup> Tako vidi: KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Gemeineuropäisches Privatrecht*, u: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*; Müller-Graff ed., II ed., 1999., str. 149.

<sup>9</sup> Tako: HARTKAMP, A., *Perspectives for the Development of a European Civil Law*, dostupno na: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/literature/hartkamp/perspectives\\_trento.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.htm) (dalje: HARTKAMP).

<sup>10</sup> Više o poteškoćama “europeizacije” privatnog prava vidi: KENNY, M., *The 2003 action plan on European contract law: Is the Commission running wild?*, *European Law Review* (August 2003), str. 538.-540., (dalje: KENNY); DROBNIG, U., *Unified Private Law for the European Internal Market*, *Dickinson Law Review*, (Summer 2001) 101.-110. (dalje: DROBNIG); HESSELINK, M-W., *The New European Legal Culture*; u: *The New European Private Law*, *Kluwer Law International*, 2002., str. 34.-54. (dalje: HESSELINK, *The New European Legal Culture*).

<sup>11</sup> Dalje i: Načela.

pitanja odlučujuća za razumijevanje mjesta i uloge Načela europskog ugovornog prava u procesu unifikacije privatnog prava u okvirima Europske unije.

### 3. Komisija za europsko ugovorno pravo

1976. godine danski profesor civilnog i trgovačkog prava Ole Lando iznio je u akademskim krugovima ideju o izradi nacerta budućeg Europskog jedinstvenog trgovačkog zakonika, ili, ako se takav projekt smatra preuranjenim i preambicioznim, predložio izradu Načela europskog ugovornog prava.<sup>12</sup> Projekt je dobio neformalnu podršku Komisije tadašnje Europske ekonomske zajednice i 1980. godine formirana je Komisija za europsko ugovorno pravo (Commission on European Contract Law – CECL),<sup>13</sup> često nazivana po svom utemeljitelju i predsjedavajućem “Landova komisija”. Landova komisija započela je s radom 1982. godine.<sup>14</sup>

Članovi CECL-a bili su prestavnici akademske zajednice, tj. istaknuti profesori civilnog prava, no neki od njih bili su istovremeno i pravnici – praktičari. Članovi CECL-a bili su iz svih zemalja članica Europske Zajednice, odnosno kasnije Europske unije te Škotske,<sup>15</sup> a kako se Zajednica (Unija) širila, tako je povećavan i broj članova. Ovakav sastav Komisije određen je stoga da bi svaki nacionalni pravni sustav imao svog “predstavnik”, tj. stručnjaka koji će doprinositi radu CECL-a posebnim poznavanjem svog nacionalnog prava. Osim toga, u radu CECL-a sudjelovali su i promatrači iz Norveške i Švicarske.

No, potrebno je naglasiti da ni jedan član nije postavljen od strane vlade niti je predstavljao interese svoje zemlje ili primao upute od svoje vlade. CECL je dakle ne-vladino tijelo, neformalna grupa pravnih znanstvenika i praktičara, zapravo privatna inicijativa koja u svom radu nije ovisila ni o zemljama iz kojih su članovi dolazili niti je upute primala od tijela Zajednice odnosno Unije.<sup>16</sup> Istina, Komisija Europske zajednice podržavala je financijski i tehnički rad CECL-a do 1994. godine, kada poradi kritika od strane nekih država članica ova pomoć prestaje. Dakle, Landova komisija nije predstavljala ni jednu zemlju članicu Unije ni samu Uniju, i kako predstavnici zemalja nisu bili vezani uputama svojih vlada, tako ni vlade ni Unija nisu vezane rezultatom rada CECL-

<sup>12</sup> Točnije, predložio je izradu *European Restatements of Contract Law*.

<sup>13</sup> Dalje i: Komisija.

<sup>14</sup> 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. (dalje: LANDO – BEALE); BONELL, M. J. : “Restatement”, 2nd ed. 1997., Chapter 5: The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, str. 85.-103.; str. 85. (dalje: BONELL).

<sup>15</sup> Popis članova Prve i Druge Komisije vidi u: LANDO – BEALE, str. XII. i XIII.

<sup>16</sup> Kako nema dostupnih podataka o tome na koji način je CECL formiran, jedini zaključak koji se nameće jest da su pojedini članovi bili kooptirani u tijelo stvoreno privatnom inicijativom pokrenutom od strane prof. Landa. Tako vidi: HESSELINK, M. W., *Principles of European Contract Law: Some Choices Made By Lando Commission, u: The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002., str. 90. (dalje: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*).

a. Prema tome, Načela europskog ugovornog prava nemaju formalnopravni legitimitet pravnog akta, ona su akademsko dostignuće neformalne i potpuno neovisne grupe istaknutih stručnjaka za civilno pravo, a u pravilu istovremeno i za međunarodno privatno pravo.

1995. godine prvi sastav CECL-a završio je s prvom fazom rada i objavio prvi dio Načela europskog ugovornog prava koji je sadržavao opće odredbe, odredbe o izvršenju ugovora, o neispunjenju ugovora (povredi ugovora) i o sankcijama.<sup>17</sup>

U rujnu 1992. godine tzv. Druga komisija za europsko ugovorno pravo započela je s radom i 1999. godine objavila drugo izdanje, odnosno drugi dio Načela.<sup>18</sup> Drugi dio sadrži pravila o nastanku, valjanosti, tumačenju i sadržaju ugovora, pravila o zastupanju, a isto tako sadrži i revidiranu verziju odredbi prvog dijela, tako da je u odnosu na ranije objavljeni prvi dio došlo do izmjena i renumeracije članaka.

1997. godine započela je s radom tzv. Treća komisija za europsko ugovorno pravo. U ožujku 2003. godine objavljen je treći dio Načela koji sadrži pravila o pluralističkim obvezama, o asignaciji, o promjeni dužnika u obvezi, o prijenosu ugovora, o prijeboju, o zastari, o ništetnosti ugovora, o uvjetima i o kapitalizaciji kamate.<sup>19</sup> Objavljivanjem trećeg dijela Načela CECL je konačno završila svoj rad.

Konačni tekst Načela europskog ugovornog prava sastoji se od 17 poglavlja (opće odredbe, zaključenje ugovora, ovlaštenja zastupnika, valjanost ugovora, tumačenje ugovora, sadržaj i djelovanje ugovora, ispunjenje ugovora, neispunjenje ugovora i pravna sredstva, posebna pravna sredstva u slučaju neispunjenja, obveze više stranaka, ustupanje potraživanja, promjena dužnika, ustupanje ugovora, prijeboj, zastara, ništetnost, uvjeti, kapitalizacija kamate).

Tehnika i metoda rada CECL-a vrlo je slična tehnici rada radne grupe instituta UNIDROIT koja je izradila UNIDROIT Načela za međunarodne trgovačke ugovore 1994. (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994.),<sup>20</sup> što ne začinjuje budući da su obje grupe radile približno u

<sup>17</sup> LANDO & BEALE (eds) Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht, 1995.

<sup>18</sup> LANDO & BEALE (eds), Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2, The Hague, 1999.

<sup>19</sup> LANDO, CLIVE, PRÜM & ZIMMERMANN (eds.) Principles of European Contract Law, Part 3, The Hague, 2003.

<sup>20</sup> Prva verzija UNIDROIT Načela objavljena je 1994. godine, a na godišnjem zasjedanju u travnju 2004. godine Upravno vijeće instituta UNIDROIT usvojilo je novo izdanje UNIDROIT Načela. UNIDROIT Načela 2004. uz proširenu preambulu i tekst načela iz 1994. godine sadrže 5 novih poglavlja (Ovlaštenja zastupnika; Prava trećih osoba; Prijeboj; Assignacija prava; Prijenos obveza i prijenos ugovora; Rokovi zastare), te nova pravila o nedosljednom ponašanju i o ugovoru o oslobođenju od obveza. Osim toga, gdje god je to bilo potrebno, postojeća su pravila prilagođena potrebama elektroničkog sklapanja ugovora. Tekst UNIDROIT Načela 2004. dostupan je na: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>

isto vrijeme, sa sličnim ciljevima i izvorima inspiracije, a neki od članova sudjelovali su istovremeno u radu oba tijela.<sup>21</sup>

#### 4. Razlozi izrade Načela europskog ugovornog prava

Uvod Načelima europskog ugovornog prava I i II koji je izradila Komisija objašnjava koristi koje ovakav tekst može ostvariti, svrhe koje se njihovom primjenom postižu, a čl. 1:101 kao uvodno načelo definira šest mogućih situacija u kojima se Načela mogu primijeniti u praksi.<sup>22</sup> Time su implicite objašnjeni i razlozi zbog kojih se pristupilo izradi Načela.

Bez obzira na relativno visoki stupanj ekonomske i socio-političke integracije postignute u okviru Europske unije, države članice u oblasti civilnog prava pripadaju najmanje dvjema pravnim porodicama, onoj kontinentalnog civilnog prava i tradiciji *common law*. U oblasti ugovornog prava razlike između ove dvije pravne porodice često su veoma značajne. Primjerice, neki instituti *common law* ugovornog prava potpuno su nepoznati na kontinentu (npr. instituti *consideration*<sup>23</sup> i *privity of the contract*<sup>24</sup>), i obrnuto (npr. *common law* ne razlikuje ugovore javnog i privatnog prava niti u ugovornom pravu razlikuje kogentne i dispozitivne norme na način kako to radi kontinentalno pravo). Veoma je značajna razlika i u shvaćanju načela savjesnosti i poštenja (dobre vjere), koje je u većini kontinentalnih pravnih sustava tzv. "kraljevska norma" i služi "moralizaciji" ugovornih odnosa od faze pregovora pa do razdoblja nakon prestanka ugovora, isto tako omogućava stvaranje novih obveza, negiranje preuzetih obveza, zabranu zlorabe prava, poništavanje nepravdičnih odredaba ugovora, itd. Suprotno, u *common law* sustavu u ugovornim odnosima ne postoji opća obveza *fair* i poštenog postupanja.<sup>25</sup> Ovakav stav prema načelu dobre vjere odražava se i na razlike u tumačenju ugovora. U kontinentalnom pravu uglavnom prevladava gledište da ugovor treba tumačiti u svjetlu načela savjesnosti i poštenja, odnosno u skladu s pravom namjerom stranaka, dok *common law* sustav mnogo oštrije inzistira na izraženoj volji, pogotovo ako je

<sup>21</sup> Više o metodama rada CECL-a Vidi: LANDO, O., *Contract law in the EU; The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, str. 3.; dostupno na: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/) (dalje: LANDO, *Contract law in the EU*); HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 91.-92.

<sup>22</sup> LANDO – BEALE, str. XXI.-XXVII.

<sup>23</sup> Prema ovoj doktrini preuzeta obveza iz ugovora ne obvezuje stranku ako za tu obvezu ne dobiva nekakvu protučinidbu, drugim riječima obećanje besplatne koristi ne obvezuje.

<sup>24</sup> Doktrina *privity of the contract* onemogućava konstrukciju ugovora u korist trećega, tj. treći ne može steći na temelju izjave vjerovnika samostalan i neposredan zahtjev prema dužniku na ispunjenje činidbe.

<sup>25</sup> Ovakav se stav obrazlaže činjenicom da takav generalni princip otvara vrata pravnoj nesigurnosti i arbitrnosti. No, treba naglasiti da vrlo slične ili čak iste rezultate koji se u kontinentalnom pravu postižu primjenom načela dobre vjere *common law* ostvaruje na drugi način, detaljnim pravilima za posebne situacije. Ali, ostaje stav da načelo dobre vjere ne može "nadvladati" jasno i nesumnjivo preuzete ugovorne obveze makar to vodilo nepravdičnom rezultatu.

taj izričaj jasan i nedvosmislen. Značajne su i razlike u shvaćanju pojma i posljedica povrede ugovora,<sup>26</sup> itd.

Naravno, razlike ne postoje samo između velikih pravnih porodica, već i usporedba pojedinih kontinentalnih ugovornih prava pokazuje ponekad značajna područja neslaganja i drukčijih pristupa istim problemima.<sup>27</sup> <sup>28</sup> Sve to nesumnjivo stvara ozbiljne pravne barijere ostvarenju koncepta zajedničkog europskog tržišta. Razlike u nacionalnim ugovornim pravima često odvrću gospodarske subjekte (posebno tzv. SME – *small and medium enterprises*) od nastupanja na drugim nacionalnim tržištima jer su poteškoće s kojima se susreću zbog ovih razlika nerijetko veće od prednosti koje pruža proširenje aktivnosti izvan nacionalnih granica, a ako se odluče za takav korak, on u pravilu donosi određeno povećanje troškova poslovanja.<sup>29</sup>

Problem se ne može na adekvatan način riješiti instrumentima međunarodnog privatnog prava, tj. primjenom pravila o mjerodavnom pravu za ugovore, čak ni kada je ono unificirano kao što je slučaj s Rimskom konvencijom o mjerodavnom pravu za ugovore.<sup>30</sup> Primjena ovih pravila omogućava samo da se (bilo voljom stranaka, bilo pravilima Rimske konvencije primjenjivima ako stranke nisu ugovorile mjerodavno pravo) odredi jedno od nacionalnih prava kao mjerodavno pravo. Time se za jednu (ili čak za obje) stranke ne otklanja većina negativnih posljedica primjene stranog prava, a otvaraju se i neki novi specifični problemi koje sa sobom donosi primjena pravila međunarodnog privatnog prava.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> U kontinentalnom sustavu (s izuzetkom nordijskih zemalja) krivnja je u pravilu pretpostavka koja se zahtijeva da bi dužnik odgovarao za povredu ugovorne obveze, dok *common law* sustav mnogo češće nameće objektivnu odgovornost za povredu ugovora. U sustavu sankcija karakterističan je negativni odnos *common law* sustava prema pravu na tzv. *specific performance*, tj. u pravilu vjerovnik može zahtijevati samo naknadu štete, ali ne i izvršenje obveze.

<sup>27</sup> Primjerice, razlike u formalnim pretpostavkama za nastanak ugovora, razlike u pravilima o vezanosti ponudom, razlike u pravilima o trenutku nastanka ugovora, razlike u određivanju uzroka nevaljanosti ugovora, u opsegu *culpe in contrahendo*, razlike u određivanju mjesta ispunjenja ugovorne obveze, razlike u uvjetima za prestanak obveza prijebojem, razlike u zastarnim rokovima, itd.

<sup>28</sup> Više vidi: COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, Communication on the European Contract Law; Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, str. 6.-9.; dostupno na: <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons> (dalje: COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, Communication on the European Contract Law).

<sup>29</sup> Razlike u ugovornom pravu tako, primjerice, onemogućavaju prihvaćanje jedinstvene poslovne politike, uporabu istih općih uvjeta poslovanja (istih formularnih ugovora), adekvatnu procjenu rizika poslovanja (posebno u svezi s odgovornošću za štete od neispravnog proizvoda ili odgovornošću za nedostatke stvari ili usluge), povećavaju se premije osiguranja od odgovornosti, zbog različitih pravila o nastanku ugovora postoji opasnost od pogrešne procjene da li je ugovor uopće nastao ili ne, povećavaju se troškovi poslovanja zbog potrebe pribavljanja pravnih mišljenja o stranom pravu, itd.

<sup>30</sup> 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), *Official Journal C 027, 26/01/1998 P. 0034 – 0046*.

<sup>31</sup> Više vidi: COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, Communication on the European Contract Law, str. 28.-33.; LANDO,



Kako je već naglašeno, problem razlika u nacionalnim pravnim sustavima, a što na prvi pogled izgleda paradoksalno, značajno pojačava sve veći priliv normativnih akata Europske unije (Europske zajednice) koji reguliraju pojedine oblasti privatnog odnosno konkretno ugovornog prava.<sup>32</sup> Ova pravila, čija je primarna funkcija pravna integracija, nerijetko djeluju dezintegrativno na nacionalni privatnopravni sustav jer nameću nacionalnom zakonodavcu ponekad vrlo detaljne i specifične pravne koncepte više ili manje strane nacionalnom pravu.<sup>33</sup> Problem se konačno ne rješava ni time što se pojedini fragment nacionalnog prava na koji se konkretne europske norme odnose uspješno adaptira postavljenim zahtjevima, jer nakon toga te odredbe postaju nacionalno pravo.<sup>34</sup> A ako se radi o koncepcijama koje su strane nacionalnom pravu, u pravilu je narušena unutrašnja ravnoteža sustava koji uspješno funkcioniše samo kao koherentan sklop međuzavisnih i isprepletenih dijelova. Stoga se u teoriji opravdano govori o intervencijama europskog zakonodavca kao o tzv. "pravnim iritantima" koji na nacionalne pravne sustave proizvode disfunkcionalne učinke.<sup>35</sup>

Tome treba dodati i činjenicu da su akti europskog privatnog prava, čak i ako se promatraju izdvojeno od problema implementacije u nacionalna prava, u visokom stupnju međusobno nekoordinirani. Primjerice, u različitim potrošačkim direktivama koriste se međusobno različiti pojmovi potrošača i različiti pojmovi trgovca, različito su uređeni rokovi za jednostrani raskid ugovora, iako se ova prava temelje na istom *ratio legis* i koriste u praktički gotovo identičnim situacijama, itd. Osim toga, problem je fragmentaran pristup europskog zakonodavca koji uređuje određena više ili manje uska pitanja, uvijek motiviran

---

O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, str. 346.-355.; dostupno na: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/literature/lando01.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm) (dalje: LANDO, *Some Features*).

<sup>32</sup> To nisu samo pravila kojima se uređuje zaštita potrošača, nego i pitanja kao što su, primjerice, zakašnjenja u plaćanjima u međunarodnim i domaćim trgovačkim transakcijama, elektronička trgovina i financijske usluge, elektroničko plaćanje, ovlaštenja trgovačkih zastupnika, međugranični prijenos kredita, financijski sporazumi, intelektualno vlasništvo, itd.

<sup>33</sup> Najbolji je primjer uvođenje načela savjesnosti i poštenja (dobre vjere) kao temeljnog kriterija prilikom procjene valjanosti pojedinih odredaba općih uvjeta potrošačkih ugovora. *Common law* sustavu taj je koncept stran, ali ga je obveza usvajanja pravila Direktive o nepoštenim klauzulama općih uvjeta 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)) uvela u nacionalno pravo i tako otvorila niz pitanja.

<sup>34</sup> Štoviše, prema stavu Europskog suda pravde (ECJ), kada nacionalni sudovi primjenjuju nacionalno pravo, bez obzira je li nastalo prije ili nakon donošenja direktive, moraju to pravo što je moguće više tumačiti u svjetlu izričaja i cilja direktive, kako bi se postigla svrha direktive. Više o ustaljenoj sudskoj praksi ECJ-a u ovom smislu, vidi: HESSELINK, *The New European Legal Culture*, str. 42.

<sup>35</sup> Više vidi: HESSELINK, *The New European Legal Culture*, str. 41.; SNIJDERS, W., *Building a European Contract Law: Five Fallacies and Two Castles in Spain*, vol 7.4 *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, (November 2003), dostupno na: <http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-2.html>.

željom da riješi konkretan problem u funkcioniranju jedinstvenog tržišta. No, nacionalno pravo funkcionira po logici jedinstvenog pravnog sustava i sudovi se uvijek iznova susreću s problemom da li usvojena rješenja proširiti i na suštinski jednake situacije, iako nisu izričito obuhvaćene slovom europskog akta.

Svi ovi problemi u postizanju željenog i potrebnog stupnja integracije privatnog prava na razini Europske unije u velikoj su mjeri uzrokovani time što korpus postojećeg komunitarnog privatnog prava uopće ne dotiče opća pravila privatnog ili barem ugovornog prava (kao što su pravila o nastanku ugovora, o valjanosti ugovora, o posljedicama povrede ugovora i sl.), pa čak niti implicite ne polazi od nekakvog jedinstvenog pravnog okvira ili barem jedinstvenog privatnopravnog vokabulara koji bi omogućio konzistentnost pojedinačnih mjera od kojih je sastavljen.<sup>36</sup>

### **5. Načela kao zajednička jezgra i kao temelj unifikacije europskog ugovornog prava**

Landova komisija i mnogi drugi smatraju da je za uspješno otklanjanje prepreka nesmetanom funkcioniranju zajedničkog tržišta i za postizanje značajnog stupnja jedinstvenosti europskog privatnog prava nužna pretpostavka utvrđivanje zajedničke jezgre (*common core*), tj. jedinstvenog privatnopravnog okvira zajedničkog za sve pravne sustave zemalja članica EU. U temelju te ideje leži uvjerenje da usprkos značajnim razlikama postoje i brojne sličnosti i poveznice između nacionalnih prava pojedinih država članica koje omogućavaju da se pronađe ova tako potrebna zajednička jezgra.<sup>37</sup> Kako ističe prof. Lando,

<sup>36</sup> Ilustrativan je u tom kontekstu i problem tumačenja pojedinih izraza upotrebljivanih u komunitarnim aktima. Kako pojedini pravni termini imaju barem u nijansama (a ponekad i suštinski) različita značenja u nacionalnim pravima, u implementaciji europskog prava u nacionalne sustave dešava se da doslovno prihvaćanje teksta akta vodi u konačnici različitim pravnim rješenjima.

<sup>37</sup> Ideja, naravno, nije nova. Europsko privatno pravo je u srednjem vijeku, točnije do pojave prvih građanskih kodifikacija, imalo karakteristike *ius commune* i zajednički korijeni, barem što se tiče kontinentalnog pravnog kruga, su nesumnjivi. Potraga za zajedničkom jezgrom u novijem razdoblju može se pratiti od poznatog projekta kojega je šezdesetih godina XX. stoljeća vodio prof. Rudolf Schlesinger. Istraživanje je bilo ograničeno na ugovorno pravo, odnosno na nastanak ugovora, a članovi projektnog tima analizirali su sudske prakse različitih pravnih sustava. Ustanovljeno je da primjena različitih tehnika i različitih pravnih normi veoma često daje iste ili vrlo slične konačne rezultate. Vidi: SCHLESINGER, R. B., *Formation of Contracts, A study of the Common Core of the Legal Systems I-II* 1968.

Sa sličnim ciljevima i metodama u novije vrijeme odvija se rad na projektu "Common Core of European Private Law" pod vodstvom Maura Bussania i Uga Matteia na Trento univerzitetu (Italija). Analizom sudske prakse pokušava se stvoriti relevantan "geografski" prikaz privatnog prava u Europi. Jedan od ciljeva je svakako ustanoviti postojanje zajedničke jezgre, odnosno zajedničke europske pravne kulture kao temelja za raspravu o unifikaciji privatnog prava. Trento – projekt nije ograničen na ugovorno pravo, odvojene radne grupe rade na ugovorima, civilnim deliktima i stvarnim pravima. Na temelju jedinstvenih upitnika analiziraju se svi oblici pravnih izvora, od zakonodavstva do sudske prakse pravnih sustava europskih zemalja. Do sada su objavljeni i vrlo značajni rezultati rada na projektu. Više o Trento – projektu vidi: web stranica

najznačajnije su svakako sličnosti u glavnim ideološkim postavkama, što usprkos razlikama na kraju često dovodi do istih ili sličnih rezultata u sudskom rješavanju pravnih problema.<sup>38</sup> Drugim riječima, europski pravni prostor povezuje zajedničko shvaćanje većine temeljnih pravnih vrijednosti. To je u velikoj mjeri posljedica zajedničke privatnopravne povijesti, počevši od zajedničkih rimskih korijena privatnog prava,<sup>39</sup> preko kršćanske etike koja je značajno oblikovala privatnopravnu misao u srednjem vijeku, do filozofskih ideja Kanta i ostalih velikih europskih moralista. Naravno, sličnosti u pristupu privatnopravnim problemima posljedica su i sličnosti u gospodarskim, društvenim, pa i političkim prilikama u većini zemalja Europske unije. Slične prilike rađaju u praksi sličnim ili istim problemima, a s druge strane uvjetuju da su i odgovori pravnog sustava isti ili slični. Konačno, ne treba zanemariti ni utjecaj procesa europskih integracija na približavanje pravnih sustava, kao ni utjecaj svjetskog trenda globalizacije tržišta i kreiranja međunarodnih pravnih instrumenata koji olakšavaju funkcioniranje takvog tržišta.

Dakle, ambicija Komisije za europsko ugovorno pravo bila je utvrditi opća pravila ugovornog prava koja se mogu smatrati zajedničkom jezgrom svih nacionalnih pravnih sustava Europske zajednice (Unije).<sup>40</sup> Ona su nužna da bi se stvorila zajednička infrastruktura ugovornog prava na jedinstvenom europskom tržištu.

Ideja o Načelima ugovornog prava kao artikulaciji i nekakvom reformuliranju već postojećih zajedničkih temelja ugovornog prava, a koje dijele svi pravni sustavi europskih zemalja, očigledno izvor inspiracije nalazi u američkim *Restatements of Law*, pa čak na prvi pogled može izgledati da se radi o suštinski

---

Trento – projekta: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>; HARTKAMP, str. 12. O sličnostima i razlikama između rada CECL-a i Trento projekta više vidi: LANDO, O., *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*, *Hastings International and Comparative Law Review* (Summer 1998), str. 809.-823., (dalje: LANDO, *The Common Core*). Značajan je i znanstveni projekt “*Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*” na Lueven univerzitetu i Maastricht univerzitetu (Nizozemska), a pod vodstvom Waltera van Gervena. Cilj projekta je prikupljanje zbirke sudskih slučajeva i drugih materijala, uz napomene, komentare i komparativni pregled, a iz glavnih oblasti privatnog prava. Projekt se uglavnom ograničava na proučavanje engleskog, njemačkog i francuskog prava, kao i sudske prakse ECJ-a. Rješenja drugih pravnih sustava izučavaju se i prezentiraju samo ako predstavljaju originalan pristup ili prihvatljivije rješenje od onoga u glavnim pravnim sustavima. Svrha projekta je ustanoviti razlike između pravnih sustava, pravno rezoniranje koje stoji iza tih razlika, ali isto tako i postojanje konsenzusa oko nekih pitanja. Više o Leuven/Maastricht projektu vidi: web stranica projekta: <http://www.casebooks.eu/>; VAN GERVEN, W., *Casebooks for the common law of Europe*. Presentation of the project, *European Review of Private Law*, 1996., str. 67.

<sup>38</sup> LANDO, *Some Features*, str. 355.

<sup>39</sup> U tom smislu iznimka je donekle *common law*, koje se ne nastavlja tako neposredno na rimsku tradiciju kao prava kontinentalnih europskih zemalja, ali se rimsko pravo još od 12. stoljeća proučavalo u engleskim pravnim školama, osim toga utjecalo je u određenoj mjeri na praksu equity sudova, a i praksa trgovačkih i pomorskih sudova uvijek je bila otvorena prema utjecajima s kontinenta što znači i prema zasadama rimskog prava.

<sup>40</sup> U uvodu I i II dijela Načela autori izričito napominju da Načela imaju za cilj “... *to reflect the common core of solutions to problems of contract law.*” Vidi: LANDO-BEALE, str. XXII.

istim projektima. No, iako su *Restatements of Law* i metodološki i sadržajno značajno utjecale na nastanak Načela europskog ugovornog prava, između njih postoje bitne razlike.

*Restatements of Law*, kao vrlo specifičan *soft-law* izvor prava u SAD, izrađuje Američki pravni institut (American Law Institute – ALI).<sup>41</sup> Cilj izrade *Restatements*, u sustavu u kojem veliki dio prava nije kodificiran nego izvor nalazi u precedentima, jest učiniti to pravo jednostavnijim, jasnijim te, naročito, ublažiti pravnu nesigurnost. Pravna nesigurnost u takvim okolnostima proizlazi prvenstveno iz činjenice što sudska praksa stalno producira ogroman broj novih pravila ili precedentata, često kontradiktornih ili barem nedovoljno međusobno usklađenih. Iako postoje značajne razlike u pristupu između *Restatements First*, *Second* i *Third*, zajedničko im je da pokušavaju utvrditi koliko je to moguće koherentan sustav općih pravnih pravila razvijenih u sudskoj praksi u svim saveznom državama SAD-a. Drugim riječima, iako je cilj izrade *Restatements* permanentno unaprjeđenje prava, a time i sudske prakse, *Restatements* nemaju ambiciju formulirati nova (makar bila bolja, suvremenija ili pravednija) pravila. Ona samo iz ogromne i nepregledne mase sudskih presuda deduciraju opća pravila koja je ta sudska praksa zapravo već stvorila.<sup>42</sup> To, naravno, znači da nemaju ni ambiciju predlagati rješenja koja bi bila jedinstvena za sve jurisdikcije (tj. za sve savezne države), odnosno otklanjati razlike koje između njih postoje. Dakle, cilj *Restatements* nije unifikacija prava u SAD, jer se polazi od toga da je pravo već unificirano, nego se samo nastoji olakšati funkcioniranje prava reformuliranjem i sistematiziranjem općih i apstraktnih pravila koja, iako implicite prisutna, nisu uvijek jasno vidljiva zbog prirode precedentnog pravnog sustava.<sup>43</sup>

Landova komisija također polazi od toga da u pravnim sustavima europskih zemalja postoji zajednička jezgra općih pravila ugovornog prava koju treba utvrditi, i u tom dijelu se cilj CECL-a na određeni način podudara s ciljem

<sup>41</sup> ALI je privatno udruženje odvjetnika, sudaca, pravnika praktičara, pravnih znanstvenika i profesora prava osnovano 1923. godine. Prvi tekst *Restatements of Contracts (First)* izdan je 1932. godine. Nakon toga uslijedio je vrlo intenzivan rad na tekstovima *Restatements* koji se odnose na različita područja javnog i privatnog prava. Godine 1952. ALI je započeo rad na *Restatements Second* koji je završen 1980. godine. U tijeku je rad na *Restatements Third* koj obuhvaća 16 projekata iz različitih pravnih oblasti.

Osim rada na *Restatements* projektima, aktivnost ALI obuhvaća i izradu prijedloga zakonskih akata (*codes, statutes, i sl.*), te izradu načela u kojima radne grupe ALI definiraju svoje stavove o tome kakvo bi pravo u SAD u pojedinoj oblasti trebalo biti. Više o ALI i svim djelatnostima instituta vidi: <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.creationinstitute>.

<sup>42</sup> To najbolje ilustrira i naziv tekstova koje izrađuje ALI – *Restatements* (ponovno izlaganje, novo formuliranje).

<sup>43</sup> Iako se *Restatements of Law* (naročito *Restatement Second* i *Restatements Third*) vrlo široko upotrebljavaju u sudskoj praksi SAD, te gotovo da nema suda koji se na njih ne poziva u svojim presudama, oni nisu izvor prava u formalnom smislu riječi. Kao plod privatne inicijative i zapravo znanstvenim metodama izrađeni tekstovi oni nemaju obvezujuću snagu normativnog akta, dakle ne obvezuju sudove, već samo djeluju snagom svoje uvjerljivosti i neformalnim autoritetom koji uživa ALI i pojedini redaktori ovih projekata.

izrade *Restatements*. No, dok je temeljni cilj *Restatements* stvaranje sredenog i koherentnog sustava općih pravnih pravila koja su već razvijena u sudskoj praksi, situacija u privatnom pravu zemalja Europske unije sasvim je drukčija. Europski nacionalni pravni sustavi imaju sreden sustav općih pravnih pravila u svojim građanskim zakonima.<sup>44</sup> Ta se pravila dijelom podudaraju, ali postoje i značajne razlike u pristupu određenim pitanjima, a ponekad razlike proizlaze iz različitog tumačenja na formalnoj razini identičnih pravnih kategorija. To je svakako prepreka stvaranju jedinstvenog europskog gospodarskog i pravnog područja. Drugim riječima, na razini europskog prava ne postoji *common law* (zajedničko pravo) koje samo treba reformulirati i sistematizirati kao što je to slučaj u SAD. U Europi postoje središnji i sistematizirani sustavi općih pravila, ali je problem u tome što se međusobno razlikuju. Stoga je cilj izrade Načela europskog ugovornog prava unifikacija, tj. otklanjanje razlika u mjeri u kojoj je to potrebno i moguće.<sup>45</sup>

Na prvi pogled ove dvije premise koja autori Načela ističu (s jedne strane da su Načela utvrđivanje zajedničke jezgre europskog ugovornog prava, a s druge strane da su model za unifikaciju ugovornog prava) izgledaju kontradiktorne. Naime, ako postoji značajan korpus pravila koja se mogu smatrati zajedničkom jezgrom, to znači da nije potrebna unifikacija, a ako su razlike tako suštinske da europski prostor ne može gospodarski i pravno dobro funkcionirati, to znači da nema ni zajedničke jezgre koju bi bilo moguće utvrditi. No, ipak je moguće prihvatiti da Načela na određeni način ostvaruju oba cilja koja njihovi autori proklamiraju. Držimo da je to moguće ako se ima na umu da je pojam zajedničke jezgre od kojega polaze autori Načela uvelike različit od onoga od kojega polaze autori američkih *Restatements*. Naime, za razliku od američke situacije u kojoj postoji *common law*,<sup>46</sup> europska nacionalna privatna (odnosno ugovorna) prava povezuju mnogo uži korpus zajedničkih pravila. Riječ je uglavnom samo o temeljnim pravnim načelima i kategorijama od kojih kao zajedničkih polaze autori Načela. U tom se smislu Načela mogu smatrati utvrđivanjem zajedničke jezgre europskih nacionalnih ugovornih prava. No, ta zajednička jezgra nije ni približno dovoljna da bi autori Načela mogli obaviti ono što mogu autori *Restatements*, tj. samo reformulirati i sistematizirati već postojeća zajednička pravila.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Osim zemalja članica Europske unije koje pripadaju tradiciji *common law*.

<sup>45</sup> To je vrlo jasno izraženo u Uvodu Načelima europskog ugovornog prava u poglavlja koja definiraju potrebu za stvaranjem jedinstvenih pravila i svrhe kojima Načela mogu u praksi poslužiti. Vidi: LANDO-BEALE, str. XXI.-XXV.

<sup>46</sup> Pa je temeljni cilj *Restatements* iz sudske prakse znanstvenim metodama "destilirati" ta pravila, formulirati ih kao opće norme, te ih sistematizirati.

<sup>47</sup> U pravnoj teoriji se susreće i stav prema kojemu je ova dva suprotna zahtjeva moguće u određenoj mjeri pomiriti ako se pode od pretpostavke da su oni elementi koji su zajednički svim nacionalnim sustavima i elementi po kojima se razlikuju međusobno različiti po svojoj prirodi. Zajednička obilježja odnose se na supstancu (bit), dok se razlike odnose na formu. A kako je supstancija svakako važnija, moguće je govoriti o zajedničkoj jezgri iako je glavna svrha Načela unifikacija prava. Tako vidi: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 85.



Zato Načela europskog ugovornog prava nisu *restatements*, nego su to zapravo stavovi CECL-a o tome kakvo bi ugovorno pravo na razini Europske unije, s obzirom na postojeće ekonomske i socijalne uvjete, *trebalo biti*.<sup>48</sup> Prema tome, utvrđivanje zajedničke jezgre, bez obzira koliko autori Načela na njoj inzistirali,<sup>49</sup> samo je polazna točka za izradu općih pravila ugovornog prava koja autori Načela smatraju najprihvatljivijima. Zajednička je jezgra samo baza na kojoj se gradi sustav pravila koje njihovi autori očito smatraju najboljim mogućim općim pravilima budućeg europskog zajedničkog ugovornog prava. Rad CECL-a na Načelima bio je stoga mnogo kreativniji od golog utvrđivanja zajedničke jezgre. Tamo gdje nema općeprihvaćenih zajedničkih rješenja Načela sadrže pravila koja njihovi autori smatraju najboljima i najučinkovitijima.

Oba navedena načelna i metodološka pristupa CECL-a izradi Načela sasvim su razumljiva ako se uzme u obzir da je temeljni cilj kojega Landova komisija želi ostvariti izradom Načela unifikacija ugovornog prava, otklanjanje razlika između nacionalnih prava, odnosno stvaranje zajedničkog pravnog okvira u kojemu će se stvarati i interpretirati i nacionalno i komunitarno ugovorno pravo. Ako se želi izgraditi sustav pravila ugovornog prava koji će biti prihvatljiv i primjenjiv na čitavom prostoru Europske unije, logično je da se traže sličnosti, tj. da se polazi od onoga što je zajedničko za sve pravne sustave. Takav pristup sigurno ima više izgleda da potakne unifikaciju i pravnu integraciju nego inzistiranje na razlikama. No, s druge strane, razlike su brojne i unifikacija nije moguća ako se ne ponude nova jedinstvena rješenja.

Da je to glavna svrha Načela, jasno proizlazi iz Uvoda Načelima europskog ugovornog prava u kojem autori obrazlažu koristi koje redigiranje i primjena Načela mogu donijeti, te svrhe u koje se mogu upotrijebiti.<sup>50</sup> Prema stavu autora svrha je Načela da služe i kao infrastruktura za postojeće i buduće komunitarno ugovorno pravo koje karakterizira visok stupanj neusuglašenosti upravo zato što mu nedostaje zajednički okvir općih pravila ugovornog prava.<sup>51</sup> Drugim riječima, Načela omogućavaju da se izolirani otoci komunitarne regulative u oblasti ugovornog prava stave u odgovarajući zajednički kontekst, što će ojačati njihov integracijski učinak i otkloniti negativne učinke koje ponekad proizvode u nacionalnim pravnim sustavima. Zatim, Načela mogu poslužiti kao uzor i vodič nacionalnim zakonodavcima i sudovima u rješavanju pojedinih problema, i to kako u zemljama Europske unije, tako i u zemljama srednje i istočne Europe koje prilagođavaju svoje zakonodavstvo potrebama tržišne ekonomije. Autori Uvoda smatraju da je nesporna korist od formuliranja Načela u približavanju

<sup>48</sup> Na to izričito upozorava i prof. Lando, vidi: LANDO, *Contract law in the EU*, str. 4.

<sup>49</sup> Na taj se način Načela europskog ugovornog prava često percipiraju i u pravnoj teoriji. Tako primjerice Castronuovo smatra sintetičkom definicijom Načela da ona predstavljaju zajedničku jezgru europskog ugovornog prava. Vidi: CASTRONUOVO, C., *Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law*, Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997., str. 109.-124. (dalje: CASTRONUOVO), str. 109.

<sup>50</sup> LANDO-BEALE, str. XXI-XXVI.

<sup>51</sup> Tako vidi: CASTRONUOVO, str. 109.-111.



dviju velikih europskih pravnih porodica, one kontinentalnog prava i *common law* sustava. Konačno, kao dugoročni cilj kojemu Načela služe navodi se njihova uloga modela, odnosno baze za buduću harmonizaciju ugovornog prava u Europskoj uniji. Po mišljenju Landa glavni cilj Načela je da služe kao temelj za budući Europski zakon o ugovorima.<sup>52</sup>

No, treba napomenuti da ovakvo shvaćanje uloge Načela ne dijele svi. Relativno veliki dio pravne teorije svodi ulogu Načela na znanstveni projekt koji je svakako dobrodošao i koristan u raspravama o budućim pravcima razvoja privatnog prava u Europskoj uniji, ali smatra da je ambicija autora Načela da ona posluže kao temelj za budući Europski zakon o ugovorima pretjerana, neostvariva i u krajnjoj liniji da nije pravno-politički prihvatljiva. Radi se zapravo o autorima koji su negativno orijentirani ili barem veoma skeptični prema ideji stvaranja jedinstvenog civilnog (a time i ugovornog) prava na razini Europske unije. Za razliku od pristalica unifikacije odnosno europeizacije privatnog prava u koje svakako spadaju i članovi Landove komisije, oni smatraju da treba zadržati postojeće različitosti i poštovati specifičnosti pojedinih prava, a da se problemi koji iz toga proizlaze za funkcioniranje zajedničkog tržišta mogu riješiti na zadovoljavajući način primjenom pravila međunarodnog privatnog prava i intervencijama komunitarnog zakonodavca u oblastima u kojima je to nužno. Temeljni argumenti koje pri tom ističu jesu nepomirljivost različitosti ne samo u pravnim pravilima nego i u socijalnim, kulturnim i gospodarskim prilikama pojedinih država, ističe se zatim potreba poštivanja kulturnog identiteta svih država članica te činjenica da prema temeljnom ustavnom aktu Europske unije, Ugovoru o osnivanju, tijela Europske unije nisu nadležna da provode ovakav projekt unifikacije privatnog prava. Dio autora smatra da razlike između nacionalnih prava nisu stvarna i ozbiljna prepreka funkcioniranju zajedničkog tržišta, prvenstveno stoga što se uglavnom radi o razlikama u dispozitivnim pravilima koje stranke u transgraničnim ugovorima mogu otkloniti sporazumom. U tom kontekstu često se ističe i da nema dovoljno empirijskih ispitivanja koja bi sa sigurnošću dokazala da je ovakav stupanj unifikacije zaista potreban.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> LANDO, *The Common Core*, str. 810.

<sup>53</sup> Osim toga, ističe se da Načela europskog ugovornog prava zbog svoje općenitosti nisu u stanju uzeti u obzir sve specifičnosti nacionalnih prava. Isto tako, postavlja se pitanje postupka donošenja takvog jedinstvenog akta i ističe da bi on morao biti donesen u demokratskoj proceduri koja bi omogućila suglasnost svih država članica. Više o ovakvim stavovima vidi: SMITS, J., *A Principled Approach to European Contract Law?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7 (2000), str. 221-223.; GOODE, R., *Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation*, vol 7.4, *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, (November 2003), <http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-1.html> (dalje: GOODE); KALLWEIT, D., *Towards a European Contract Law: For a Prosperous Future of International Trade*, *Victoria University of Wellington Law Review*, <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLR/2004/9.html> (dalje: KALLWET).

## 6. Načela kao pravo koje se primjenjuje na ugovor

Naravno, svrha Načela europskog ugovornog prava nije isključivo u tome da služe kao temelj unifikacije i harmonizacije ugovornog prava. Ona su predviđena i kao pravo koje stranke mogu ugovoriti, tj. inkorporirati u ugovor, kao ugovoreno mjerodavno pravo za ugovor, te kao pravo kojemu se ugovor podvrgava i kada nema izričitog sporazuma stranaka.<sup>54</sup> Takva upotreba Načela naglašava se i u Uvodu Načelima europskog ugovornog prava I i II. Ističe se da primjena Načela olakšava transgranično poslovanje budući da omogućava ugovaranje prema pravilima koja su zajednička za čitav prostor europskog tržišta, a koja su ujedno i neutralna jer nisu utemeljena ni na jednom od nacionalnih pravnih sustava. Time se otklanjaju neke od prepreka koje za jednu stranu donosi primjena nacionalnog prava njenog suugovaratelja, odnosno primjena pravila međunarodnog privatnog prava, a ujedno se pridonosi nesmetanom i potpunom funkcioniranju jedinstvenog europskog tržišta.<sup>55</sup>

### 6.1. Načela kao pravo inkorporirano u ugovor

Ovakva primjena Načela svakako je nesporna budući da su stranke slobodne odrediti sadržaj ugovora u skladu s načelom slobode ugovaranja. To je za stranke posebno povoljno ako se radi o ugovoru s međunarodnim elementom, ali je isto tako moguće inkorporirati pravila Načela i u ugovore koji nemaju takav karakter. Naravno, inkorporacija Načela u ugovor ne znači da ugovor time postaje “anacionalan” ili “supranacionalan”, tj. na njega se i dalje primjenjuju kogentna pravila onog nacionalnog prava koje je mjerodavno za ugovor prema pravilima međunarodnog privatnog prava zemlje suda, odnosno pravila nacionalnog prava stranaka ako je riječ o ugovoru bez međunarodnog elementa. No, inkorporacija pravila Načela oslobađa stranke skupih i dugotrajnih pregovora, postupka utvrđivanja stranog prava, otklanja mogućnost nesporazuma zbog različitih shvaćanja pojedinih pravnih pojmova u različitim pravnim sustavima i sl.

### 6.2. Načela kao ugovoreno mjerodavno pravo

Čl. 1.101.(2) Načela, pored mogućnosti inkorporacije Načela u ugovor, predviđa i da stranke mogu ugovoriti da se ugovor podvrgava primjeni Načela,<sup>56</sup> tj. ugovoriti ih kao mjerodavno pravo za ugovor. Prema Komentaru čl. 1.101. (2) pravna valjanost ovakve klauzule procjenjuje se u skladu s relevantnim pravilima zemlje suda. Osim toga, kako su Načela generalna, na one aspekte

<sup>54</sup> Čl. 1.101. (Primjena Načela) Načela europskog ugovornog prava na ovaj način određuje polje primjene Načela.

<sup>55</sup> Vidi: LANDO – BEALE, str. XXI.-XXIII.

<sup>56</sup> Art. 1.101. (2): *These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.*

ugovora koji nisu uređeni Načelima primjenjuje se nacionalno pravo mjerodavno prema kolizijskom pravu zemlje suda. Isto vrijedi i za kogentne norme čija se primjena ne može isključiti ugovaranjem mjerodavnog prava.<sup>57</sup>

No, u pravnoj se teoriji ovakva primjena Načela često osporava, i to zbog jednostavnog razloga što Načela europskog ugovornog prava nisu pravo u formalnom smislu riječi, a prema stavovima ovih autora kolizijske norme većine nacionalnih prava zemalja članica Europske unije ne omogućavaju ugovaranje primjene pravila koja nemaju taj status.<sup>58</sup> U pravnoj teoriji prevladava stav da EC Konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze<sup>59</sup> ne dopušta ugovaranje Načela kao mjerodavnog prava, odnosno da se može ugovoriti samo neko od nacionalnih prava.<sup>60</sup>

### **6.3. Primjena Načela kada ih stranke nisu izričito ugovorile**

Stavak 3. čl. 1.101. Načela predviđa da se ona mogu primijeniti na ugovor i kada ih stranke nisu izričito ugovorile, te razlikuje dvije moguće situacije.<sup>61</sup> Prva je kada su stranke ugovorile da se na njihov ugovor primjenjuju “opća načela ugovornog prava” ili “*lex mercatoria*” ili upotrijebe neku klauzulu koja ima slično značenje. Iz ovoga je jasna namjera autora Načela da ona postanu dijelom onoga što se smatra modernom *lex mercatoria*.

Pitanja vezana uz postojanja, sadržaj i potrebu za uporabom *lex mercatoria* iniciraju jednu od značajnijih diskusija koje se vode u suvremenom međunarodnom trgovačkom pravu. *Lex mercatoria* kao veoma specifičan izvor prava nastaje u situacijama kada arbitražne klauzule u međunarodnim trgovačkim ugovorima ovlašćuju arbitražni sud da odlučuje u skladu s načelom pravičnosti ili da na ugovor primjenjuje običaje i praksu nastalu u međunarodnoj trgovini.<sup>62</sup> Negdje od sredine pedesetih godina XX. stoljeća u pravnoj se teoriji smatra da je ovaj koncept široko prihvaćen u međunarodnim poslovnim krugovima i od strane međunarodnih trgovačkih arbitraža.<sup>63</sup> Od sredine osamdesetih godina XX. stoljeća korpus pravila koja se mogu smatrati dijelom *lex mercatoria* značajno se proširuje. Kao najznačajnije doprinose treba u prvom redu

<sup>57</sup> Vidi: LANDO – BEALE, str. 96.

<sup>58</sup> Više o autorima koji zastupaju ovakav, ali i suprotan stav, tj. da je moguće ugovaranje Načela kao mjerodavnog prava za ugovor, vidi: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 87.

<sup>59</sup> 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), *Official Journal C 027, 26/01/1998 P. 0034 – 0046*.

<sup>60</sup> Na to upozoravaju i autori Načela u bilješkama uz čl. 1.1001. Vidi: LANDO – BEALE, str. 99.

<sup>61</sup> Art 1.101. (3) *These Principles may be applied when the parties:*

- (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “*lex mercatoria*” or the like; or
- (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.

<sup>62</sup> Više vidi: LANDO, *Some Features...*, str. 367.-369.

<sup>63</sup> Vidi: LANDO, *Some Features...*, str. 368.

spomenuti Konvenciju UN-a o ugovorima za međunarodnu prodaju robe (dalje: Bečka konvencija), koja je donesena 1980. godine, a stupila na snagu 1989. godine,<sup>64</sup> te UNIDROIT Načela za međunarodne trgovačke ugovore iz 1994. i 2004. godine.<sup>65</sup>

Protivnici primjene *lex mercatoria* ističu da se radi o pravilima koja nemaju snagu pravnih normi jer nisu utvrđena ili potvrđena od strane ni jednog državnog normotvorca, te da je riječ o fragmentarnom i nesređenom skupu pravila čija primjena vodi samo u pravnu nesigurnost i arbitrarno odlučivanje.<sup>66</sup> No, usprkos tome, mogućnost primjene *lex mercatoria* implicite ili izričito predviđaju brojni nacionalni zakoni o parničnom postupku, zakoni o arbitražnim sudovima, model zakoni UNCITRAL-a, a arbitražni sudovi ih široko primjenjuju u praksi.<sup>67</sup>

Načela europskog ugovornog prava, prema stavu njihovih tvorca kao i prema mišljenju pravne teorije,<sup>68</sup> čine dio *lex mercatoria*, odnosno modernog europskog *lex mercatoria*. Stoga je njihova primjena moguća kada su stranke ugovorile primjenu *lex mercatoria* ili primjenu "općih pravnih načela".<sup>69</sup> Kao opća pravila ugovornog prava ona odražavaju načela koja su prihvaćena ne

<sup>64</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG).

<sup>65</sup> U korpus pravila *lex mercatoria* spadaju primjerice i međunarodni trgovački običaji koji su utvrđeni od strane Međunarodne trgovačke komore (International Chamber of Commerce – ICC), kao što su Incoterms, Međunarodni običaji i praksa za dokumentarne akreditive i sl.

<sup>66</sup> Pristalice primjene *lex mercatoria* kao odgovor na ovakve stavove ističu da snaga pravne norme ne proizlazi samo iz autoriteta (državnog) normotvorca, nego da je prvenstveno ovisna o tome primjenjuje li se neka norma u praksi, a posebno od strane onih koji su ovlašteni normu primjenjivati, kao što su redovni sudovi i arbitraže. Kao najbolji primjer navode se presude redovnih sudova koje priznaju primjenu *lex mercatoria* od strane arbitražnih sudova. Što se tiče prigovora fragmentarnosti, neodređenosti i nekoherentnosti *lex mercatoria*, ističe se da ovaj specifičan "pravni sustav" svakim danom dobija na supstanciji i da se širi, ne samo aktivnošću organizacija kao što je UNCITRAL, UNIDROIT, ICC, nego i porastom broja bilateralnih i multilateralnih ugovora u oblasti međunarodnog trgovačkog prava. Više vidi: LANDO, O., The Rules of European contract law, u: 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. 127.-136. dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html> (dalje: LANDO, The Rules of European contract law).

<sup>67</sup> Više vidi: LANDO, Some Features..., str. 371.,373.; LANDO, The Rules of European contract law, str. 134.-135.

<sup>68</sup> Tako ih Hesselink smatra "*the restatement of the Lex Mercatoria*"; vidi: HESSELINK, Principles of European Contract Law, str. 87. Kao dio *lex mercatoria* vidi ih i Castronuovo, vidi CASTRONUOVO, C., I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1995, I, str. 21.-38., str. 25.-26.

<sup>69</sup> Pojam *lex mercatoria* kao izvora prava veoma je neodređen, nejasne su granice ovog korpusa pravnih normi. No, kada postoji izričito ili prešutno izražena volja stranaka da se na njihov ugovor ne primjenjuju pravila nekog od nacionalnih prava, već da se odlučuje u skladu s pravičnošću, običajima i praksi u međunarodnom prometu, arbitražni sudovi moraju ustanoviti takva pravila. Stoga su često u potrazi za pravilima koja odražavaju opća pravna načela generalno prihvaćena za međunarodne ugovore. Načela europskog ugovornog prava mogu se smatrati takvim pravilima i stoga je moguća njihova primjena u ovakvim situacijama. Tako vidi: LANDO, The Common Core, str. 813.

samo u zemljama Europske unije nego u većini pravnih sustava i to je dodatni razlog da ih se smatra dijelom *lex mercatoria*, odnosno da mogu udovoljiti očekivanjima stranaka koje ugovaranjem *lex mercatoria* žele izbjeći primjenu nacionalnog prava jednog od suugovaratelja.<sup>70</sup> U tom smislu ona su vrlo slična UNIDROIT Načelima za međunarodne trgovačke ugovore kao izvoru *lex mercatoria*. No, treba napomenuti da, za razliku od UNIDROIT Načela, Načela europskog ugovornog prava nisu namijenjena samo međunarodnim ugovorima nego i nacionalnim ugovorima, te da se mogu primjenjivati i na potrošačke ugovore.

Druga situacija u kojoj je primjena Načela moguća iako ih stranke nisu ugovorile definirana je u podstavku (b) stavka 3. članka 1.101. Načela. Prema ovom pravilu primjena Načela moguća je i kada stranke nisu ni izričito ni prešutno izabrale ni jedno pravo kao mjerodavno za ugovor.<sup>71</sup> U ovakvoj situaciji mjerodavno se pravo određuje u skladu s kolizijskim normama zemlje suda. No, u Komentaru čl. 1.101. Načela ističe se da postoje međunarodni sudovi<sup>72</sup> i arbitražni sudovi koji nemaju nikakva posebna kolizijska pravila koja bi omogućila izbor mjerodavnog prava. Upravo takvim sudovima i arbitražama namijenjena je ova odredba koja ih poziva da na ugovor primjene Načela europskog ugovornog prava. Kao opravdanje takvog izbora Komentar navodi da Načela daju mnogo pogodniji temelj za odlučivanje o međunarodnim ugovorima nego pojedina nacionalna prava, budući da su plod komparativne analize i konsenzusa pravnih stručnjaka iz različitih zemalja.<sup>73</sup>

#### **6.4. Načela kao sredstvo za popunjavanje pravnih praznina**

Stavak 4. članka 1.101. Načela predviđa moguću primjenu Načela u situaciji kada pravo mjerodavno za ugovor ne daje odgovore na neka pitanja vezana za ugovor. U Komentaru uz čl. 1.101. ovakvo se rješenje obrazlaže činjenicom da u praksi i redovni i arbitražni sudovi u takvim situacijama posežu, između ostaloga, i za stajalištima strane sudske prakse ili stavovima pravne teorije. Ističe se da je tim više opravdano upotrijebiti Načela kao dopunski izvor prava, budući da su nastala brižljivim komparativnim proučavanjem svih pravnih sustava zemalja članica Europske unije, te da imaju barem istu snagu uvjerljivosti kakvu može imati strana sudska praksa.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Izborom *lex mercatoria* stranke žele izbjeći da se na međunarodni ugovor primjenjuju pravila nacionalnog prava jedne od stranaka koje za drugu stranu mogu biti neugodno iznenađenje, žele izbjeći nesporazume koji proizlaze iz različitog tumačenja na prvi pogled identičnih pravila ili pravnih instituta. Isto tako, na ovaj se način izbjegava primjena nacionalnih pravila koja često nisu prilagođena međunarodnoj trgovini. Konačno, time se omogućava da ugovorne stranke budu u ravnopravnom položaju, tj. ni jedna ne uživa prednosti svog nacionalnog prava.

<sup>71</sup> Ovo pravilo može se primijeniti na ostatak ugovora kada su stranke izričito ili prešutno izabrale mjerodavno pravo samo za dio ugovora.

<sup>72</sup> Uključujući i Europski sud pravde.

<sup>73</sup> Vidi: LANDO – BEALE, str. 97.

<sup>74</sup> Ibidem.

### 6.5. Primjena Načela u ostalim slučajevima

Iako odredbe čl. 1.101. o tome ne govore, u Komentaru članka autori navode i neke druge mogućnosti uporabe Načela. Tako smatraju da se Načela mogu primjenjivati na zahtjeve koji proizlaze iz ugovora, iako se u nekim pravnim sustavima smatraju zahtjevima iz delikata.<sup>75</sup>

Osim toga, predlaže se primjena Načela na ugovore koje osobe javnog prava (Europska unija i njena tijela, države, jedinice lokalne samouprave i sl.) zaključuju s privatnim pravnim ili fizičkim osobama. Ukoliko su takvi ugovori prema pravu osobe javnog prava privatnopravni ugovori, nema prepreke da se na njih primjene Načela. Naravno, ako u nacionalnom ili europskom pravu postoje javnopravne odredbe koje kao *lex specialis* uređuju ovakve ugovore ili njihove pojedine aspekte, one imaju prednost pred privatnopravnim pravilima i pred Načelima.<sup>76</sup>

Naročito se inzistira na primjeni Načela na ugovore koje institucije ili druga tijela Europske unije zaključuju s privatnim pravnim ili fizičkim osobama, budući da se po postojećem sustavu na takve ugovore primjenjuje neko od europskih nacionalnih ugovornih prava. Smatra se da to znači ničim opravdanu diskriminaciju u korist jednog od nacionalnih prava, odnosno da bi takvi ugovori morali biti prosuđivani u skladu s europskim ugovornim pravom, a da su Načela njegov izraz.<sup>77</sup>

Osim toga, smatra se da Načela mogu pomoći Europskom sudu pravde u ostvarivanju njegove zadaće standardizacije i harmonizacije ugovornog, odnosno civilnog prava uopće.<sup>78</sup> Kako jedinstvenih normi nema, Europski sud je često u rješavanju pojedinih pitanja preuzimao rješenja pojedinih nacionalnih prava ovisno o okolnostima slučaja. Zadovoljavajući stupanj harmonizacije nije moguć ako Europski sud ne usvoji jedinstvena pravila, a u tome mu izvor mogu biti Načela.<sup>79</sup>

## 7. Izvori koji su utjecali na Načela europskog ugovornog prava

Kao što je već napomenuto,<sup>80</sup> inicijativa Landove komisije nema karakteristike ni projekta Europske unije ni nacionalnog odnosno međunarodnog projekta. Ni Komisija ni pojedini članovi nisu dobili ni mandat ni upute od institucija ili

<sup>75</sup> Primjerice, zahtjev za naknadu štete uzrokovanu nesavjesnim vođenjem ili odustajanjem od pregovora u nekim je pravnim sustavima zahtjev iz delikta, a prema odredbama čl. 2.301. Načela radi se o obliku ugovorne odgovornosti za štetu.

<sup>76</sup> Vidi: LANDO – BEALE, str. 97.

<sup>77</sup> Vidi: LANDO, *The Rules of European Contract, Law*, str. 132.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Europski sud pravde u okviru svoje nadležnosti učinio je prve korake u pravcu standardizacije obveznog prava, primjerice u oblasti odgovornosti države za štetu i odgovornosti tijela Europske unije za štetu. No, Načela mogu pomoći kao izvor prava u daljnjem razvijanju jedinstvenih pravila u praksi Europskog suda, odnosno u tumačenju već postojećih pravila.

<sup>80</sup> Vidi supra, podglavljje 2.1.



tijela Europske unije niti su ovisni o njima. Na isti su način potpuno neovisni o svim vladama, tj. nisu predstavnici pojedinih država.<sup>81</sup> Može ih se na određeni način smatrati “znanstvenim predstavnicima” pojedinih nacionalnih prava, a njihov rad stoga kao napor da se transgraničnom i politički neutralnom suradnjom znanstvenika iz svih zemalja članica Europske unije utvrde zajednička načela europskog ugovornog prava.<sup>82</sup>

U svom radu Komisija je vodila računa o pravnim sustavima svih država članica Europske unije jer je svaki sustav imao svog predstavnika, no to ne znači da su Načela nekakav “zajednički nazivnik” mehanički izveden iz tih sustava. Cilj nije bio ni utvrditi pravila koja su jedinstveno prihvaćena i na isti način tumačena u svim pravnim sustavima. Umjesto toga Komisija se u radu rukovodila načelom izbora onog rješenja kojega su njeni članovi smatrali najprihvatljivijim s obzirom na društvene i gospodarske prilike u Europskoj uniji. To znači da su iz nacionalnih prava uzimali ona rješenja koja su smatrali najboljima za ostvarenje svog cilja. U skladu s opredjeljenjem da Načela moraju definirati kakvo bi moderno europsko ugovorno pravo trebalo biti, kao uzor su im u nekim segmentima poslužili i pravni sustavi izvan Europske unije,<sup>83</sup> međunarodne konvencije, *soft-law* izvori ugovornog prava, a u nekim elementima Načela sadrže i rješenja koja do sada nisu prihvaćena ni u jednom od nacionalnih zakonodavstava.<sup>84</sup>

Kako je već objašnjeno,<sup>85</sup> veoma značajan izvor inspiracije bili su američki *Restatements of Law*, i to kako sadržajno tako i metodološki.<sup>86</sup> I u jednom i u drugom slučaju radi se o privatnim inicijativama, o uspostavljanju posebnog *régime* pravnih znanstvenika koji znanstvenim metodama i raspravama pokušavaju utvrditi zajednička opća pravna pravila utemeljenja na zajedničkom pravnom jeziku i zajedničkoj pravnoj metodologiji. I *Restatements* i Načela su tzv. *soft-law* izvori prava, tj. nemaju snagu formalnog izvora prava, već djeluju snagom svoje uvjerljivosti.

Značajan je i utjecaj američkog Uniform Commercial Code (UCC), kojega je u periodu između 1942. i 1954. godine redigirala National Conference of Commissioners on Uniform State Laws<sup>87</sup> i ALI. UCC je imao za cilj pojednostavniti i modernizirati trgovačko ugovorno pravo u SAD-u, podstaknuti širenje trgovačke prakse uporabom običaja, uzanci i poslovne prakse, te otkloniti razlike između rješenja prihvaćenih u jurisdikcijama pojedinih saveznih država. Za razliku od *Restatements*, UCC je izvor prava u formalnom smislu riječi.

<sup>81</sup> Stoga je posebna karakteristika Landove komisije da je ona potpuno neovisna o nacionalnim ili supra-nacionalnim političkim interesima, a isto tako i o drugim interesnim grupama.

<sup>82</sup> Tako vidi: RIEDL, str. 531.

<sup>83</sup> Primjerice, Švicarski Zakon o obligacijama.

<sup>84</sup> Tako vidi: LANDO, *Contract law in the EU*, str. 3.

<sup>85</sup> Vidi supra, podpoglavlje 2.2.2.

<sup>86</sup> Na Načela europskog ugovornog prava posebno su utjecala *Restatements (Second) of Contracts* koja su izdana 1981. godine.

<sup>87</sup> Konferenciju sačinjavaju predstavnici svake od saveznih država SAD-a.

Sastoji se od 11 članaka koji su podijeljeni na više odjeljaka i praćeni komentarima koji nemaju snagu formalne pravne norme, iako ih zbog iznimne općenitosti pravnih pravila UCC-a sudovi redovito konzultiraju. Na Načela europskog ugovornog prava posebno su utjecala rješenja iz čl. 2. UCC-a (*On Sales*).<sup>88</sup>

Na autore Načela utjecala su u velikoj mjeri i pravila Bečke konvencije o ugovorima za međunarodnu prodaju robe. Ova konvencija UN-a danas je na snazi u više od 60 država svijeta i predstavlja vrlo značajan izvor međunarodnog trgovačkog prava.<sup>89</sup> Mnoga pravila koja usvajaju Načela identična su ili slična pravilima Bečke konvencije, iako naravno postoje i značajne razlike.<sup>90</sup> Razlike proizlaze s jedne strane iz činjenice što se Bečka konvencija bavi samo trgovačkim ugovorima, i to samo ugovorom o prodaji robe, dok su Načela predviđena za sve ugovore. S druge strane, Bečka je konvencija namijenjena svim zemljama, dok su Načela ograničena na države članice Europske unije. Osim toga, mnoga pravila Bečke konvencije plod su kompromisa između različitih pravnih sustava kako bi se osiguralo što šire prihvaćanje Konvencije, dok autori Načela nisu bili rukovođeni takvim razlozima u redigiranju pojedinih pravila i mogli su prihvatiti rješenja koja smatraju najboljima.

Konačno, treba naglasiti da je na rad Landove komisije snažno utjecao i projekt izrade UNIDROIT Načela za međunarodne trgovačke ugovore koji se odvijao otprilike u isto vrijeme.<sup>91</sup> Iako se Landova i UNIDROIT Načela razlikuju po polju primjene (UNIDROIT Načela namijenjena su samo međunarodnim trgovačkim ugovorima, ali nisu ograničena prostorno, tj. mogu se primjenjivati svugdje u svijetu, dok su Landova načela predviđena samo za

<sup>88</sup> Više vidi: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 80.-81.; LANDO, O., *Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC*, *Pace International Law Review* (Fall 2001), str. 339.-369. (dalje: LANDO, O., *Salient Features*).

<sup>89</sup> Više o strukturi, glavnim karakteristikama i primjeni Bečke konvencije vidi: SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna, 1986. Pregled sudske prakse i pravne literature vezane za Bečku konvenciju dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/>.

<sup>90</sup> Više o sličnostima između Načela i Bečke konvencije vidi: LANDO, O., *The CISG, the Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law in a Global Commercial Code*, dostupno na: [http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Conferences/Lando\\_CISG.pdf](http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Conferences/Lando_CISG.pdf); (dalje: LANDO, *The CISG, the Unidroit Principles*); LANDO, O., *A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles*, *37 Uniform Commercial Code Law Journal*, issue 2 (Fall 2004) 3-46, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando3.html> (dalje: LANDO, *A Vision of a Future World Contract Law*); LANDO, O., *Salient features of European contract law, u: 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 I, str. 3.-16.

<sup>91</sup> Svakako je od značaja i činjenica da su neki članovi radne grupe za izradu UNIDROIT Načela sudjelovali i u radu Landove komisije.

zemlje Europske unije, ali su namijenjena svim ugovorima, dakle i međunarodnim i domaćim i potrošačkim) povezuje ih niz sličnosti.

U prvom redu i jedan i drugi tekst plod su privatne inicijative, dakle nemaju obvezujuću snagu normativnog pravnog akta i mogu djelovati samo snagom svoje uvjerljivosti. No, upravo ta činjenica daje im na neki način prednost pred instrumentom kakav je Bečka konvencija čiji su redaktori morali uzeti u obzir različitosti pravnih sustava, ako su željeli osigurati prihvaćanje Konvencije. Za autore Landovih i UNIDROIT Načela nije bilo nužno osigurati jednak utjecaj svih pravnih sustava na svako pitanje kojim su se bavili. Upravo stoga mnoga pitanja koja Bečka konvencija uopće ne regulira ili ih regulira vrlo općenito i nedovoljno jer nije bilo moguće postići kompromis između predstavnika različitih pravnih sustava, Landova i UNIDROIT Načela reguliraju.<sup>92</sup>

Zatim, struktura, stil i terminologija veoma su slični.<sup>93</sup> I jedan i drugi tekst sastoje se od poglavlja koja kronološki prate ugovor od njegovog nastanka do ispunjenja, odnosno prestanka po nekoj drugoj osnovi.<sup>94</sup> Najvažnije su svakako vrlo jake sličnosti u sadržaju. Najveći broj pravila redigirana su identično, ili se pak radi o u osnovi istim pravilima.<sup>95</sup> No, posebno je bitna činjenica da su temeljne karakteristike ova dva teksta iste. Tako i Landova i UNIDROIT Načela polaze od načela slobode ugovaranja kao temeljnog načela ugovornog prava, od načela savjesnosti i poštenja kao temeljnog kriterija po kojemu se prosuđuje ponašanje stranaka u ugovoru, kao i načela neformalnosti ugovora, zatim oba teksta prihvaćaju pravilo o opozivosti ponude i iste iznimke od tog pravila, ista su pravila o tumačenju ugovora, o zabludi, prijevari i prinudi, o ovlaštenjima zastupnika, o promijenjenim okolnostima, o višoj sili, u osnovi su ista pravila i o posljedicama povrede ugovora, o pravu na jednostrani raskid ugovora, itd.

Naravno, postoje i razlike između dva teksta. Neke su od njih posljedica različitog opsega primjene dva seta Načela, tj. činjenice da se UNIDROIT

<sup>92</sup> Primjerice, zaključenje ugovora na temelju općih uvjeta poslovanja, obvezujuća snaga ponude, problem konfliktnih općih uvjeta poslovanja suugovaratelja, pismena potvrda ponude i prihvata u profesionalnim ugovorima, vođenje pregovora protivno načelu savjesnosti i poštenja, povreda dužnosti čuvanja tajnosti podataka, ništetnost općih uvjeta ugovora, proširenje razloga za nevaljanost ugovora, *contra proferentem* pravilo tumačenja općih uvjeta ugovora, itd.

<sup>93</sup> Više o sličnostima i razlikama između UNIDROIT i Landovih načela vidi: LANDO, A Vision of a Future World Contract Law; LANDO, The CISG, the Unidroit Principles; LANDO, O., Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, *diretto da M.J. Bonell*, Saggi, conferenze e seminari 49, Roma 2002.

<sup>94</sup> Ova sličnost u strukturi naročito je naglašena ako se usporede UNIDROIT Načela 1994. i Načela europskog ugovornog prava I. i II. dio. No, i usporedba III. dijela Načela europskog ugovornog prava (pravila o pluralističkim obvezama, o asignaciji, o promjeni dužnika u obvezi, o prijenosu ugovora, o prijeboju, o zastari, o ništetnosti ugovora, o uvjetima i o kapitalizaciji kamate) i promjena koje donose UNIDROIT Načela 2004. (pravila o ovlaštenjima zastupnika, o pravima trećih osoba, o prijeboju, o asignaciji prava, o prijenosu obveza i prijenosu ugovora, o rokovima zastare, o nedosljednom ponašanju i o ugovoru o oslobođenju od obveza) pokazuje da se radi o sličnim projektima.

<sup>95</sup> Detaljan prikaz identičnih i u osnovi istih pravila vidi: BONELL, str. 89.-91.

Načela primjenjuju isključivo na trgovačke, a Landova na sve ugovore uključujući i potrošačke (npr. različito definiranje pojma običaja, razlike u pravilima o zaključenju adhezijskih ugovora ovisno o statusu stranaka, različito tretiranje općih uvjeta ugovora ako je riječ o potrošačkim ugovorima i sl.). I razlike u teritorijalnom opsegu primjene utjecale su na razlike između dva teksta Načela. Tako UNIDRIOT Načela, koja su namijenjena međunarodnoj trgovini bez ikakvih regionalnih ograničenja, kao jednu od mogućih primjena svojih pravila vide u sredstvu interpretacije i dopunjavanja postojećih međunarodnih pravnih instrumenata u oblasti međunarodne trgovine, te navode da mogu poslužiti kao model i za buduće međunarodno zakonodavstvo. Suprotno, Landova Načela koja su namijenjena prostoru Europske unije ne sadrže ovakve odredbe, ali ih njihovi autori smatraju pogodnim da posluže komunitarnim tijelima i institucijama u oblikovanju budućih i tumačenju postojećih europskih normativnih akata.<sup>96</sup> Zbog istog razloga UNIDROIT Načela, ali ne i Landova, sadrže odredbe o postupku i učincima izdavanja javnih odobrenja za sklapanje ili izvršenje ugovora.<sup>97</sup> Ostale razlike su pretežito tehničke prirode.<sup>98</sup>

Iz svega je jasno da su Landova i UNIDROIT Načela veoma slični tekstovi, i to ne samo po sadržaju većine pravila koja sadrže, nego i po pravnoj prirodi (naime, i jedna i druga mogu se smatrati dijelovima *lex mercatoria*), a djelomično i po opsegu primjene. Stoga se ponekad u pravnoj teoriji postavlja pitanje radi li se o nepotrebnom dupliciranju, odnosno mogu li uopće ova dva seta pravila koegzistirati ili će njihovo “preklapanje” dovesti do konfuzije i zabuna u praksi.

No, čini se da je ovakva zabrinutost neosnovana budući da razlike u polju primjene omogućavaju usporedno postojanje dva teksta. Institut UNIDROIT kao međunarodna organizacija svjetskog značaja svoj je unifikacijski projekt morao ograničiti samo na međunarodne trgovačke ugovore stoga što su razlike između nacionalnih prava u svijetu toliko velike da su praktički nepremostive.<sup>99</sup> Suprotno, Landova je komisija mogla odrediti mnogo šire polje primjene za svoja Načela (tj. obuhvatiti sve ugovore) jer su ona namijenjena prostoru jedinstvenog europskog tržišta koji je ekonomski i pravno daleko više integriran, a zaštita potrošača oblast je europskog privatnog prava koja je najuspješnije harmonizirana. Stoga je realno očekivati da u praksi neće, barem ne često, dolaziti do konkurencije između Načela.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> LANDO – BEALE, str. XXIII.

<sup>97</sup> Budući da je takva praksa česta u nekim zemljama, ali je gotovo nema na području europskog jedinstvenog tržišta.

<sup>98</sup> Detaljan popis razlika, vidi: BONELL, str. 91.-94.

<sup>99</sup> Zbog istog razloga morao je isključiti potrošačke ugovore, budući da stupanj zaštite prava potrošača u velikoj mjeri varira od zemlje do zemlje.

<sup>100</sup> Nema nikakvog razloga da stranke (ili arbitri u slučaju spora) u međunarodnom trgovačkom ugovoru od kojih ni jedna nije iz zemlje članice Europske unije izaberu Landova Načela kao izvor prava, budući da se ona deklariraju kao “europska”, pogotovo kada postoje UNIDROIT Načela koja su bolje prilagođena potrebama međunarodne trgovačke prakse. Isto vrijedi i za

## **8. Metode rada CECL-a, oblik i stil Načela europskog ugovornog prava**

Kao što je već napomenuto, metode rada CECL-a i struktura Načela u velikoj se mjeri podudaraju s metodama izrade i oblikom UNIDROIT Načela. Tehnika rada bila je sljedeća. Materijal je u pravilu distribuiran između tzv. glavnih izvjestitelja zaduženih za pojedine probleme. Izvjestitelja se u pravilu određuje stoga što dolazi iz zemlje koja je po mišljenju Komisije na najbolji način riješila određeni problem ili ima vrijedna iskustva u toj oblasti. Izvjestitelj najprije izrađuje prethodni izvještaj (tzv. *position paper*) u kojem iznosi temeljne ideje budućeg nacrtu pojedinog poglavlja ili članka, odnosno rezultate svog istraživanja. *Position paper* se zatim raspravlja u okviru članova grupe za izradu nacrtu poglavlja ili članka. Grupe za izradu nacrtu sastoje se od četiri do pet članova, predstavnika svih europskih pravnih porodica. Članovi grupe, ako to smatraju nužnim, predlažu određene izmjene i dopune koje će ući u tekst nacrtu. Nacrt se sastoji od teksta članaka (ili članka) i komentara koji ih prate. Nakon što je nacrt prihvaćen u grupi za izradu nacrtu, predstavlja se Komisiji u punom sastavu, koja ga razmatra, dopunjuje ili mijenja te vraća na daljnje razmatranje izvjestitelju i grupi za izradu nacrtu. Nakon dodatnih intervencija izvjestitelja i radne grupe nacrt se opet vraća pred Komisiju u punom sastavu koja ga usvaja.<sup>101</sup> Ovakva procedura omogućavala je da svaki član Komisije, stručnjak za svoje nacionalno pravo, pridonese radu Komisije unoseći u diskusiju one aspekte pojedinih nacionalnih rješenja koje smatra nužnim ili korisnim za izradu Načela. Na kraju svi članovi radne grupe i čitave Komisije daju informacije o tome kako njihovo nacionalno pravo tretira pojedini problem i izvjestitelj na temelju takvih informacija izrađuje Napomene koje pružaju manje ili više sustavan pregled svih pravnih sustava zemalja članica. U radu sudjeluje i grupa zadužena za uređivanje teksta koja radi na usklađivanju terminologije i prezentacije teksta.

Ovakva tehnika rada uvjetovana je metodološkim opredjeljenjem i temeljnim ciljevima Komisije. Ona želi ustanoviti postojanje zajedničke jezgre između nacionalnih prava, no kako je njen glavni cilj definiranje najprihvatljivijih pravila za europsko ugovorno pravo, mora jednaku pozornost posvetiti istraživanju razlika. Komisija prihvaća tzv. funkcionalni pristup (metodu), nužan u komparativnopravnom istraživanju, a koji zahtijeva da se analiziraju ne samo rezultati primjene pojedinih pravila u praksi nego i koncepcije i pravne metode koje su dovele do takvih rezultata. Funkcionalni pristup, osim toga, zahtijeva i da se svaki pravni koncept istraži u korelaciji s ostalim pravnim institucijama, pravilima i vrijednostima pojedinog sustava, a ne kao izolirano pravilo. Jedino je tako moguće odrediti njegovu ulogu i učinke koje proizvodi u pravnom sustavu. To je opet moguće jedino ako se istražuju rezultati primjene pojedinih

---

obrnutu situaciju, tj. za stranke koje djeluju u okviru prostora Europske unije. Iako mogu izabrati UNIDROIT Načela, vjerojatnije je da će njihove interese bolje zadovoljiti Landova Načela.

<sup>101</sup> U praksi rada Komisije u pravilu je svaki nacrt najmanje dva ili tri puta prolazio ovaj put.

pravila u sudskoj praksi. Konačno, funkcionalni pristup u komparativnom proučavanju zahtijeva da temelj uspoređivanja ne budu sama pravila nego problemi koji se tim pravilima nastoje riješiti. Primjena funkcionalnog pristupa u odabiru tema uključenih u Načela dovela je do toga da su uključena manje više sva pitanja relevantna za ugovorne odnose, makar se radilo o pitanjima koja su u nekim nacionalnim pravima dio drugih oblasti privatnog prava.<sup>102</sup>

Iz temeljnih ciljeva i metode rada proizlazi logično i oblik Načela.<sup>103</sup> Landova se komisija odlučila da pravila izrazi u obliku “načela” (tzv. “*black-letter rules*”). Iako u tekstovima članova Komisije nema naznake razloga koji su ih na to naveli, vjerojatno je da su izborom ovog oblika htjeli s jedne strane naglasiti da se radi o temeljnim, općim, generalnim i apstraktnim pravilima ugovornog prava, a s druge strane izbjeći prigovore da neosnovano preuzimaju ulogu zakonodavca.<sup>104</sup> No, bez obzira na formalni naziv pravila koja sadrže, ako ih promatramo samo kao “*black-letter rules*”, Načela imaju zapravo izvanjski oblik normativnog akta.

Svako načelo prate Komentari (*Comments*) i Napomene (*Notes*), što je uvjetovano apstraktnošću pravila izraženih u obliku načela, te opredjeljenjem za funkcionalni pristup u izradi Načela. Naime, kako usvojena načela često znače prihvaćanje rješenja koje nije poznato u svim sustavima (a ponekad je čak strano svim pravnim sustavima u Europskoj uniji) te kako su pravila izražena u obliku “*black-letter rules*” nužno veoma općenita, Komentari su neophodni da bi pravници iz različitih sustava mogli ispravno razumjeti smisao, doseg i svrhu tih pravila. Oni sadrže vrlo detaljna obrazloženja prihvaćenih rješenja, način na koji se mogu upotrebljavati u praksi, te u pravilu i ilustracije, tj. konkretne situacije u kojima bi se takva rješenja mogla primijeniti.<sup>105</sup>

Napomene sadrže detaljne informacije o rješenjima pojedinih nacionalnih prava ili drugih relevantnih izvora, a posebno o onim izvorima koji su utjecali na konkretno rješenje prihvaćeno u pojedinom načelu.<sup>106</sup> Pri tome se autori nisu suzdržavali od iznošenja negativnih ocjena za pojedina nacionalna rješenja, kao ni od iznošenja negativnih informacija o rješenju koje prihvaćaju u “*black-letter rules*”. U skladu s funkcionalnim pristupom navode se i eventualna odstupanja sudske prakse od statutarnih rješenja, kao i kreativna djelatnost sudske prakse na razvoju novih pravila. Osim toga, u Napomenama su u nekim slučajevima

<sup>102</sup> Primjerice, pravila o predugovornoj odgovornosti za štetu (*culpa in contrahendo*) u nekim su pravnim sustavima dio odštetnog prava, pravila o ispunjenju i neispunjenju obveze u mnogim su sustavima dio općeg dijela obveznog prava, itd.

<sup>103</sup> Pravna se pravila mogu izražavati u različitim oblicima, a oblik svakako utječe na percepciju pravila i shvaćanje njegove uloge u pravnom sustavu.

<sup>104</sup> Tako vidi: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 94.

<sup>105</sup> Primjeri su često preuzeti iz sudske prakse zemalja Europske unije.

<sup>106</sup> Treba naglasiti da Napomene ne sadrže u svakom slučaju sva rješenja (zakonska pravila, sudska praksa) svih nacionalnih pravnih sustava i to stoga što bi to učinilo tekst Načela suviše volumenoznim i nepreglednim. Navedena su samo ona rješenja koja su utjecala na redigiranje pojedinih pravila Načela ili su po mišljenju članova Komisije interesantna da bi se shvatilo njeno konačno opredjeljenje.



navedeni i stavovi pravne teorije koji se ne podudaraju sa zakonskim rješenjima ili stavovima sudske prakse.<sup>107</sup>

Stil izrade tzv. “*black-letter rules*” iznimno je uspješan. Pisana su vrlo razumljivim stilom, jasno i jednostavno izložena, bez pretjeranih apstrakcija ali i bez nepotrebnih detalja i tehničkih elemenata. To je rezultat opredjeljenja Komisije da izradi tekst koji će biti razumljiv ne samo pravnicima-praktičarima nego i njihovim strankama, posebno poslovnim ljudima.<sup>108</sup>

Osim toga, načela su vrlo općenita i gipka pravila i stoga ostavljaju sudovima veliki prostor diskrecijske slobode. U mnogim slučajevima daju samo konture, odnosno glavne crte rješenja, ostavljajući tako široku mogućnost da se pravila prilagođavaju okolnostima slučaja kao i budućem razvoju socioloških, gospodarskih, tehnoloških i drugih uvjeta u kojima će se primjenjivati.<sup>109</sup> Drugim riječima, izbjegavala su se “zatvorena”, detaljna i konačna rješenja i očito je da se ovim pravilima željelo otvoriti vrata diskusiji koja će dovesti do najboljih rezultata u praksi.<sup>110</sup> Takvo opredjeljenje autora Načela najbolje ilustrira široka upotreba pravnih standarda kao što su “savjesnost i poštenje”, “dobra vjera”, “razumnost” i sl. U istom svjetlu može se promatrati i činjenica da Načela sadrže tek nekoliko definicija pravnih pojmova, iako je ova nomotehnička metoda danas sve raširenija. Razlog je s jedne strane što brojne i detaljne definicije čine normativni tekst teže razumljivim i nečitljivijim, no

<sup>107</sup> Ovakva je metodologija prihvaćena očito pod utjecajem američkih *Restatements*, ali je dijelom prilagođena europskim prilikama. Isto tako, UNIDROIT Načela sadrže “*black-letter rules*” i komentare, ali bez napomena. No takvo je opredjeljenje radne grupe posljedica činjenica što UNIDROIT Načela prihvaćaju rješenja nekih pravnih sustava u mnogo većoj mjeri no rješenja drugih. Stoga se smatralo da bi navođenje izvora u napomenama službenog teksta Načela imalo negativne posljedice na njihovo prihvaćanje. Više vidi: BONELL, str. 88.

<sup>108</sup> Da bi se uvjerili da uspješno ostvaruju ovaj cilj, kao i da bi dobili *feed-back* o prihvaćanju pojedinih pravila, članovi Landove komisije proveli su nakon donošenja prvog dijela Načela istraživanje koje je obuhvaćalo pravnike praktičare iz šest zemalja Europske unije. Istraživanje je pokazalo da predstavnici pravne prakse s odobravanjem prihvaćaju ovaj projekt. Više vidi: LANDO, *Contract Law in EU*, str. 4.

<sup>109</sup> Ne teži se da pravila budu kompletna, i to ne samo zbog toga što životne situacije zahtijevaju njihovu elastičnost i prilagodljivost nego i zbog lakšeg razumijevanja teksta. Po ovoj karakteristici Načela se uspoređuju sa švicarskim Zakonom o obligacijama kojega obilježava kratkoća, jednostavnost i razumljivost pravila neopterećenih detaljima i tehničkim elementima. Tako vidi: LANDO, *Salient Features*, str. 342.-343.

<sup>110</sup> U tom segmentu očito je da su redaktori Načela učili na primjeru američkih *Restatements First* i *Restatements Second*. Naime, *Restatements First* snažno inzistiraju na zavorenosti i konačnosti *black-letter rules*, kao i na koherentnosti sustava. Takvo rješenje izazvalo je brojne kritike u znanosti i praksi jer se smatra da takva pravila, ako su uz to još i tako apstraktna kao što *Restatements* po prirodi stvari moraju biti, nužno ostaju sterilna jer onemogućavaju prilagodbu konkretnim praktičnim potrebama. *Restatements Second* zato mijenjaju pristup i ne zatvaraju svaku moguću raspravu, već samo utvrđuju okvire odnosno početne premise za sudove na kojima je onda da donesu odluku. Veoma često *black-letter rules* samo definiraju pretpostavke koje sudovi moraju uzimati u obzir prilikom rasprave, ali ne nude nikakvo konačno rješenje. Očito je da su Načela europskog ugovornog prava puno više pod utjecajem *Restatements Second* nego *Restatements First*.

svakako je mnogo značajnije što u velikoj mjeri oduzimaju pravilima fleksibilnost odnosno mogućnost prilagodbe različitim situacijama i promijenjenim prilikama.<sup>111</sup>

### **9. Predmet Načela europskog ugovornog prava**

Za određivanje mjesta koje Načela europskog ugovornog prava mogu imati u složenom procesu ujednačavanja europskog privatnog prava nužno je ukazati na opredjeljenje autora Načela kojim će se pitanjima baviti. Landova se komisija opredijelila za definiranje općih pravila ugovornog prava.

No, pravne norme koje se odnose na ugovore mogu imati u različitim nacionalnim pravima različita mjesta u okviru sustava privatnog prava i u skladu s tim mogu imati i različiti stupanj apstrakcije. Tako se u pravima koja slijede germansku tradiciju veliki dio općih normi primjenjivih na ugovore nalazi u dijelu građanske kodifikacije koji uređuje opći pojam pravnih poslova.<sup>112</sup> Takva koncepcija polazi jednim dijelom od rimske tradicije, ali je u velikoj mjeri uvjetovana idejom da je načelo autonomije volje centralni koncept građanskog prava, a koja je bila vladajuća paradigma građanskog prava u XIX. stoljeću. Za suvremeno građansko pravo ova se koncepcija može smatrati zastarjelom i nedovoljno prilagođenom potrebama prakse. Naime, ona je suviše apstraktna i zadržava vrijednost najviše u sferi pravne teorije građanskog prava, odnosno u sferi proučavanja temelja građanskog prava na univerzitetima. Osim toga, ovakav koncept potpuno je nepoznat (osim na razini pravne teorije) u pravima *common law* sustava. Kako je temeljni cilj Načela da pronađu zajedničku bazu svih pravnih sustava europskog prava ovakvo bi opredjeljenje suviše udaljilo Načela od ambicije da budu (između ostalog) “most između kontinentalnog i *common law* prava”.<sup>113</sup> Ovakav stupanj apstrakcije, osim toga, značio bi napuštanje ili barem “razvodnjavanje” temeljne ideje da Načela moraju biti infrastruktura za postojeće i buduće komunitarno privatno pravo u centru kojega je još uvijek pojam ugovora, a ne opći pojam pravnog posla. Stoga ne začuđuje da se Landova komisija nije odlučila izraditi opća pravila pravnih poslova, nego opća pravila ugovora.

Druga mogućnost bila je da se izrade opća načela obveza, dakle načela (pravila) koja vrijede za sve obvezne odnose, a ne samo za ugovore. Takav način razmišljanja karakterističan je za većinu kontinentalnih europskih prava koja ugovor u sustavu građanske kodifikacije postavljaju kao jedan od izvora obveza, odnosno sadrže i opća pravila koja se odnose na sve obveze.<sup>114</sup> Dakle,

<sup>111</sup> Tako vidi: LANDO, *Salient Features*, str. 343.

<sup>112</sup> Stoga se opća pravila definiraju na način da kao zajednička odgovaraju svim pravnim poslovima, a ne samo ugovorima, primjerice ponudi i prihvatu ponude, odricanju i prihvatu nasljedstva, oporuci, jednostranim izjavama volje koje stvaraju obveze, i sl.

<sup>113</sup> Vidi: LANDO – BEALE, str. XXII.

<sup>114</sup> Takav način razmišljanja kontinentalno pravo baštini iz rimske tradicije.

centralni pojam je obveza, a zatim se postavljaju posebna pravila za pojedine izvore obveza. Landova komisija nije išla ovim putem, a koji su razlozi, može se samo nagađati. Vrlo je vjerojatno da se smatralo da je i zadatak izrade općih pravila ugovornog prava koja moraju pomiriti različite pravne tradicije već dovoljno ambiciozan i zahtjevan. Osim toga, harmonizacija ugovornog prava pokazuje se u svjetlu poteškoća i lutanja u procesu europeizacije privatnog prava kao najurgentniji projekt te kao projekt koji je najviše u skladu s potrebama procesa održavanja i proširenja pravne baze jedinstvenog europskog tržišta. No, to ne znači da sadržaj i način redigiranja Načela ne daje naslutiti da ih njihovi autori ne vide kao prvi korak prema ujednačavju obveznog prava uopće.<sup>115</sup> Naime, način razmišljanja većine članova Landove komisije u skladu je s kontinentalnom pravnom tradicijom koja obvezu doživljava kao opći pojam, a ugovor kao centralni dio obveznog prava. Stoga se mnoga pravila uključena u Načela mogu vrlo lako preuzeti kao opća pravila o obvezama.<sup>116</sup> To se odnosi, primjerice, na pravila o djelovanju izjave volje, o odgovornosti za neispunjenje i za štetu i sl. Posebno je ovakav pristup Landove komisije vidljiv u odabiru tema koje su obuhvaćene Načelima III.<sup>117</sup> Najveći dio tih pravila zapravo su opća pravila obveznog, a ne samo ugovornog prava, što očito pokazuje ambiciju Landove komisije da postavi temelje budućeg jedinstvenog europskog obveznog prava.

Treća mogućnost bila je da se prihvati tendencija koja je vidljiva u nekim pravnim sustavima, tj. da se naglasak stavi na odgovornost za štetu kao centralni koncept obveznog prava. Osnova je ovakvog razmišljanja u tome što u velikom broju slučajeva nije bitno iz kojega izvora potječe obveza naknade štete, odnosno u ideji da pravila o odgovornosti i naknadi štete moraju biti jedinstvena i da predstavljaju srž obveznog prava. No, ovakvo je shvaćanje preusko i ne vodi računa o tome da su pravna pitanja i problemi vezani za ugovorne odnose daleko brojniji i složeniji od pitanja odgovornosti za neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovora. Stoga uopće ne začuđuje što Landova komisija nije bila impresionirana ovakvim stavovima.

Na nižem nivou apstrakcije također su se pred Landovom komisijom otvarale različite mogućnosti. Jedna od mogućih opcija bila je i izbor između redigiranja općih načela za ugovore i redigiranja posebnih pravila za pojedine tipove ugovora. Ovo drugo rješenje svakako bi u višem stupnju udovoljilo potrebama prakse i omogućilo da stranke češće koriste mogućnost inkorporacije Načela u ugovor, odnosno mogućnost podvrgavanja konkretnog ugovora pravilima Načela. Načela bi u tom slučaju bila mnogo manje apstraktna. No, s druge strane tada ne bi bila ostvarena temeljna svrha Načela, a to je da priskrbe jedinstveni pravni okvir za sve ugovore. Istina, ako bi ovakva posebna pravila bila

<sup>115</sup> Odnosno u budućnosti kao bazu za stvaranje jedinstvenog europskog građanskog zakonika.

<sup>116</sup> Tako vidi: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 100. sq.

<sup>117</sup> Pravila o pluralističkim obvezama, o asignaciji, o promjeni dužnika u obvezi, o prijenosu ugovora, o prijeloju, o zastari, o ništetnosti ugovora, o uvjetima i o kapitalizaciji kamate.

redigirana vodeći uvijek računa o jedinstvenoj općoj matrici koja je u pozadini svakog pojedinačnog rješenja, taj pravni okvir bi se mogao “pročitati” kao implicite prisutan u tekstu pravila i onda primjenjivati kao baza za rješavanje i onih pitanja koja ne bi bila eksplicitno uređena. No, taj proces ne bi bio tako lagan i jednostavan i pitanje je kakve bi praktične rezultate davao. Osim toga, pravila o pojedinačnim ugovorima su “živo tijelo” koje se stalno mijenja, razvija i prilagođava potrebama prakse, a konačno, stalno u praksi nastaju i novi tipovi ugovora. Naravno, to ne znači da ovakva pravila nisu potrebna u postupku ujednačavanja europskog ugovornog prava i rad na njima je danas čak velikim dijelom i završen.<sup>118</sup> No, Načela su poslužila kao temelj za izradu ovih pravila, kao opći pravni okvir potreban da se ona izrade.<sup>119</sup>

Na ovoj razini postavlja se i pitanje izbora između uređivanja međunarodnih i nacionalnih ugovora. Za razliku od UNIDROIT Načela koja se primjenjuju samo na međunarodne ugovore, Landova se Načela odnose na sve ugovore. Naravno, autori Načela su u prvom redu imali u vidu međunarodne ugovore što je jedino logično ako se podsjetimo temeljnih ciljeva koji se formuliranjem Načela žele ostvariti. No, kao opća načela ugovornog prava koja se temelje na zajedničkoj jezgri svih europskih pravnih sustava, i u mjeri u kojoj uspijevaju reflektirati tu zajedničku pravnu misao, ona bi morala biti prihvatljiva i za nacionalne ugovore.

Sljedeće pitanje bilo je trebaju li se Načela odnositi na sve ugovore ili treba razlikovati klasične ugovore privatnog prava, trgovačke ugovore i potrošačke ugovore. U XIX. i početkom XX. stoljeća u mnogim zemljama kontinentalnog prava donose se posebni trgovački zakoni jer se jasno razdvajaju pravila za ove grupe ugovora. No, sredinom XX. stoljeća uočljiv je trend izjednačavanja ugovornog prava, bolje rečeno “komercijalizacije” klasičnog ugovornog prava, tako da neki pravni sustavi (Italija i Nizozemska) čak i formalno ukidaju ovu dihotomiju vraćanjem na sustav jedinstvenog Građanskog zakonika. No, posljednjih desetljeća pojavljuje se novo razlikovanje u okviru jedinstvenog ugovornog prava i to uslijed razvoja nove pravne grane, prava zaštite potrošača. Posebna pravila kojima se štite interesi potrošača predstavljaju značajno odstupanje od klasičnih paradigmi ugovornog prava kao što je načelo autonomije volje i načelo jednakosti stranaka. Prava potrošača (i) u ugovornim odnosima štite se pravilima koja imaju kogentnu, a ponekad čak i javnopravnu prirodu. Prisilna priroda ovih pravila kao posljedica snažnog državnog protekcionizma zahtijeva da se pravo potrošača formira kao posebna grana prava i stoga mnoge zemlje, uključujući i zemlje Europske unije, donose posebne zakone o zaštiti

<sup>118</sup> Study Group on European Civil Code pod vodstvom profesora Von Baha završila je rad na nacrtu tzv. Common Frame of Reference (CFR) pod naslovom Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, koji sadrži i poglavlje o posebnim ugovorima. Nacrt je dostupan na stranici: [www.law-net.eu](http://www.law-net.eu)

<sup>119</sup> Više vidi: LANDO, O., – V BAHR, C., Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, dostupno na: <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons>.

potrošača ili u građanske zakonike unose posebna pravila za zaštitu potrošača. Isto tako, u nekim pravnim sustavima ponovno oživljava trend razlikovanja trgovačkog od klasičnog ugovornog prava,<sup>120</sup> a značajni međunarodni instrumenti kao što su Bečka konvencija i UNIDRIOT Načela namijenjeni su samo trgovačkim ugovorima.

Landova komisija odlučuje se za jedinstveno reguliranje ugovornog prava. To je potpuno razumljivo ako se uzmu u obzir ciljevi koje Komisija želi postići redigiranjem Načela. Ako se želi stvoriti jedinstveni pravni okvir, tj. infrastruktura jedinstvenog europskog ugovornog prava, onda Načela moraju vrijediti za sve ugovore. Osim toga, oni koji inzistiraju na nepremostivom jazu između ovih grupa ugovora zanemaruju činjenicu da je u praksi tržište jedinstveno i da moraju postojati zajednička opća pravila ugovornog prava, neovisno o statusu stranaka.<sup>121</sup> Naravno, redaktori Načela morali su voditi računa o postojanju sada već iznimno značajnog korpusa europskih pravnih normi usmjerenih na zaštitu interesa potrošača i prihvatiti neka rješenja originalno usmjerena na zaštitu interesa potrošača.<sup>122</sup> Isto tako, neke odredbe Načela prihvaćaju rješenja koja su nastala zbog potrebe da su poštuju posebni zahtjevi trgovačke prakse.<sup>123</sup> No, indikativno je da su ova pravila podignuta na razinu općih pravila ugovornog prava, bez obzira na status stranaka.<sup>124</sup> Time je Landova komisija pokazala sposobnost da stvori zajednički okvir za različite pravne režime. Klasična ideja građanske kodifikacije kao skupa pravila namijenjenih u svemu pred pravom izjednačenim subjektima danas više nije prihvatljiva ni moguća. No, to ne znači da je moguće imati samo odvojene zakone koji će na različiti način regulirati pravila za različite grupe subjekata ili građanski zakonik kao mehanički skup odvojenih pravila ovisno o statusu subjekata. To bi bilo protivno samoj ideji kodifikacije. Landova Načela pokazuju da je moguće formulirati opća pravila ugovornog prava koja su namijenjena svima, a da u isto vrijeme ne ignoriraju realnost postojanja različitih statusa. Drugim riječima, ona mogu imati ulogu referentnog, općeg mjesta za posebna sektorska pravila prilagođena specifičnim potrebama kao što su potrebe trgovaca ili potrošača.

<sup>120</sup> Primjerice u Francuskoj i u Velikoj Britaniji.

<sup>121</sup> Više o opravdanosti ovakvog izbora Landove komisije vidi: HESSELINK, *Principles of European Contract Law*, str. 103.-104.; CASTRONUOVO, str. 109.-122.

<sup>122</sup> Najbolji je primjer način na koji Načela uređuju institut inkorporacije (čl. 2.104. Načela) i nevaljanosti općih uvjeta adhezijskih ugovora (čl. 4.110 Načela), gdje doslovno preuzimaju rješenja Direktive o nepoštenim odredbama potrošačkih ugovora.

<sup>123</sup> Primjerice, odredbe čl. 2.209. Načela o međusobno kontradiktornim općim uvjetima poslovanja suugovaratelja, ili odredbe čl. 2.208. Načela o izmijenjenom prihvatu ponude.

<sup>124</sup> No, treba napomenuti da Načela sadrže i neka pravila ograničena samo na trgovce. Npr. odredbe čl. 2.210. Načela o pisanoj potvrdi usmene izjave.

## 10. Zaključne napomene

U ovom radu analizirana su samo neka od brojnih pitanja koja se otvaraju u svezi s Načelima europskog ugovornog prava. Pitanja u svezi sadržaja i dosega primjene pojedinih načela nisu naravno u ovakvom izlaganju, zbog ogromne količine problema koji zaslužuju pozornost, ni mogla biti razmatrana. No, držimo da je za razumijevanje Načela kao specifičnog projekta ujednačavanja europskog privatnog prava nužno shvatiti okolnosti u kojima se pojavila potreba za izradom tog teksta, ciljeve koje su njegovi tvorci htjeli ostvariti, te formalni i sadržajni okvir u kojem je rad obavljen.

Inicijativa da se pristupi izradi Načela odražava zapravo svijest o nesposobnosti i institucija Europske unije i institucija pojedinih država članica da uspješno provedu složen proces ujednačavanja privatnog (ugovornog) prava. Ideja Landove komisije upravo stoga što Komisija autoritet ne crpi ni iz jednog od ova dva izvora, pokazuje se kao mogući način posredovanja između, s jedne strane, značajnih razlika nacionalnih prava, a s druge strane između fragmentarnog, sektorskog i neujednačenog europskog privatnog prava i nacionalnih pravnih sustava. U isto vrijeme Načela mogu dati odgovore na potrebe prakse u uvjetima kada nacionalna zakonodavstva nisu u stanju sustavno, tj. na razini općih pravila, pratiti promjene u temeljnim paradigmatima ugovornog prava.

Načela danas čine integralni dio i bazu (ako ne uvijek u doslovnom tekstu, onda svakako u duhu i sadržaju pravila) najambicioznijeg projekta ujednačavanja privatnog prava u Europskoj uniji, tzv. *Common Frame of Reference*.<sup>125</sup> Bez obzira kakva će biti konačna sudbina ovog projekta, odnosno njegova uloga u ostvarenju ciljeva europeizacije privatnog prava, nesporno je da su Načela europskog ugovornog prava bila prvi ozbiljan korak na tom putu, odnosno da su dala vrlo značajan doprinos definiranju zajedničkog europskog privatnopravnog instrumentarija kao i zajedničkog privatnopravnog jezika.

### *Popis korištene literature*

1. BONELL, M. J. : "Restatement", 2nd ed. 1997., Chapter 5: The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, str. 85.-103.
2. CASTRONUOVO, C., Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law, Festschrift til Ole Lando, Copenhagen 1997., str. 109.-124.
3. CASTRONUOVO, C., I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice, *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1995, I, str. 21.-38.
4. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, Communication on the European Contract Law; Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study

<sup>125</sup> Vidi: napomene 116. i 117.



- Group on a European Civil Code, dostupno na: <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons>
5. DROBNIG, U., Unified Private Law for the European Internal Market, *Dickinson Law Review*, (Summer 2001) 101.-110.
  6. GOODE, R., Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation, vol 7.4, *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, (November 2003), <http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-1.html>
  7. HARTKAMP, A., Perspectives for the Development of a European Civil Law, dostupno na: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/literature/hartkamp/perspectives\\_trento.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.htm)
  8. HESSELINK, M. W., Principles of European Contract Law: Some Choices Made By Lando Commission, *u: The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002.
  9. HESSELINK, M. W., The New European Legal Culture; *u: The New European Private Law*, Kluwer Law International, 2002.
  10. KALLWEIT, D., Towards a European Contract Law: For a Prosperous Future of International Trade, Victoria University of Wellington Law Review, dostupno na: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLR/2004/9.html>
  11. KENNY, M., The 2003 action plan on European contract law: Is the Commission running wild?, *European Law Review* (August 2003)
  12. KÖTZ, *Rechtsvergleichung und Gemeineuropäisches Privatrecht, u: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*; Müller-Graff ed., II ed.
  13. LANDO, O., – V BAHR, C., Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, dostupno na: <http://europa.eu.int/comm/consumers/cons>
  14. LANDO & BEALE (eds) Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht, 1995.
  15. LANDO & BEALE (eds), Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2, The Hague, 1999.
  16. LANDO, CLIVE, PRÜM & ZIMMERMANN (eds.) Principles of European Contract Law, Part 3, The Hague, 2003.
  17. LANDO, O. – BEALE, H., Principles of European contract Law, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000.
  18. LANDO, O., A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles, 37 *Uniform Commercial Code Law Journal*, issue 2 (Fall 2004) 3-46, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando3.html>
  19. LANDO, O., Contract law in the EU; The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law, 2003., dostupno na: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/)
  20. LANDO, O., Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M.J. Bonell, Saggi, conferenze e seminari 49*, Roma 2002.
  21. LANDO, O., Salient features of European contract law, *u: 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 I, str. 3.-16.
22. LANDO, O., Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC, *Pace International Law Review* (Fall 2001), str. 339.-369.
  23. LANDO, O., Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, dostupno na: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/literature/lando01.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm)
  24. LANDO, O., The CISG, the Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law in a Global Commercial Code, dostupno na: [http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Conferences/Lando\\_CISG.pdf](http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Conferences/Lando_CISG.pdf)
  25. LANDO, O., The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law, *Hastings International and Comparative Law Review* (Summer 1998) 809-823, str. 813.
  26. LANDO, O., The Rules of European contract law, *u 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. 127.-136. dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html>
  27. RIEDL, K., The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint, *European Review of Private Law* (2000), 1.; dostupno na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclintro.html#tx>
  28. SCHLECHTRIEM, P., The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe, *German Law Archive*, (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 at [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org)
  29. SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna. 1986.
  30. SCHLESINGER, R. B., *Formation of Contracts, A study of the Common Core of the Legal Systems I-II* 1968.
  31. SCHÜLTE-NÖLKE, H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, *German Law Archive*, dostupno na: <http://www.iuscomp.org/gla/>
  32. SMITS, J., A Principled Approach to European Contract Law?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7 (2000), str. 221.-223.
  33. SNIJDERS, W., Building a European Contract Law: Five Fallacies and Two Castles in Spain, vol 7.4 *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, (November 2003), dostupno na: <http://www.ejcl.org/ejcl/74/art74-2.html>
  34. VAN GERVEN, W., *Casebooks for the common law of Europe. Presentation of the project*, *European Review of Private Law*, 1996.

## Summary

### **INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (Lando Principles)**

The article is dedicated to the analysis of some framework issues connected with the Principles of European Contract Law. First of all, a special attention is given to reasons according to which members of the Lando Commission have reached a decision to write the Principles, that is, to the most important issues on harmonization of European Private Law. The aims fulfilled by enacting the Principles (identifying a common core of the European Domestic Contract Law and establishing common infrastructure for harmonization of Private Law in European Union) have been analysed. In regards to this, a particular attention is paid to possible levels and modes of application of Principles. To reach accurate understanding of Principles' role and sense it was necessary to define sources which influenced endorsement of Principles, methodological choices of their authors, structure and stylistic characteristics of Principles, as well as to define reasons according to which a range of Principles' subject matter has been determined.

*Key words:* *Principles of European Contract Law, harmonization of European Private Law, field of application of Principles.*

## Zusammenfassung

### **EINFÜHRUNG IN DIE PRINZIPIEN DES EUROPÄISCHEN VERTRAGSRECHTS (Lando Prinzipien)**

Die Arbeit ist der Analyse einiger Rahmenfragen, die mit den Prinzipien des europäischen Vertragsrechts verbunden sind, gewidmet. An erster Stelle ist die Aufmerksamkeit auf die Gründe gerichtet, die die Mitglieder der Lando Kommission dazu gebracht haben, mit der Ausarbeitung der Prinzipien zu beginnen bzw. mit den wichtigsten Problemen der Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts. Es werden die Ziele analysiert, die durch die Verabschiedung der Prinzipien erreicht werden (Festlegung eines gemeinsamen Kerns von europäischen nationalen Vertragsrechten und Herstellung einer gemeinsamen Infrastruktur zur Harmonisierung des Privatrechts in der Europäischen Union). Damit verbunden wird auch möglichen Ebenen und Formen bei der Anwendung der Prinzipien Aufmerksamkeit geschenkt. Zum richtigen Verständnis von Rolle und Sinn der Prinzipien war es notwendig, die Quellen zu definieren, die auf die

Ausarbeitung der Prinzipien eingewirkt haben, die methodologische Richtung ihrer Autoren, Struktur und Stil der Prinzipien, sowie die Gründe festzustellen, die den Umfang des Gegenstandes bestimmen, mit dem sich die Prinzipien beschäftigen.

**Schlüsselwörter:** *Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts, Anwendungsbereich der Prinzipien.*

## Sommario

### **INTRODUZIONE AI PRINCIPI DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO (Principi della Commissione Lando)**

Il lavoro è dedicato all'analisi di alcune questioni basilari connesse con i Principi del diritto contrattuale europeo. In primis una speciale attenzione è rivolta alle ragioni per le quali i membri della Commissione Lando hanno maturato la decisione di elaborare i Principi, relativamente ai maggiori problemi di uniformazione del diritto privato europeo. Sono analizzati gli obiettivi che si pone l'applicazione dei Principi (identificazione un nucleo comune dei diritti contrattuali nazionali europei e uniformazione delle strutture comuni per l'armonizzazione del diritto privato nell'Unione Europea). Con riguardo a ciò l'attenzione è posta ai possibili livelli e modi di attuazione dei Principi. Per una comprensione corretta del ruolo e del significato dei Principi è necessario definire le fonti che influenzano l'elaborazione dei Principi, l'orientamento metodologico dei loro autori, le caratteristiche di struttura e di stile dei Principi, come anche precisare le ragioni secondo le quali è stato determinato l'ambito contenutistico dei Principi.

**Parole chiave:** *Principi del diritto contrattuale europeo, uniformazione del diritto privato europeo, campo di applicazione dei Principi.*

## ZAŠTITA OSOBNIH PODATAKA PACIJENATA U EUROPSKOM I HRVATSKOM PRAVU<sup>1</sup>

Mr. sc. Katerina Dulčić, asistentica  
Dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat,  
izvanredna profesorica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.721:614(497.5:4-67EU)  
Ur.: 30. siječnja 2008.  
Pr.: 3. ožujka 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu autorice analiziraju zaštitu osobnih medicinskih podataka kroz akte Vijeća Europe, akte EZ-a, judikaturu Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (Z. versus Finland i Editions Plon v. France) te judikaturu Europskog suda u Luksemburgu (case Lindqvist). Poseban dio rada čini analiza usporednopravnih rješenja postupanja sa senzitivnim podacima. Daje se raščlamba hrvatskih rješenja de lege lata. Također, autorice ukazuju na neusuglašenost seta "strukovnih medicinskih zakona" i ostalog zakonodavstva u ovoj oblasti, dajući prijedloge de lege ferenda.*

**Ključne riječi:** *osobni podatak, privatnost, zaštita osobnih podataka, automatska obrada osobnih podataka, senzitivni podatak, pravo pacijenata, temeljna ljudska prava, Zakon o zaštiti prava pacijenata.*

*"Što po svojem poslu budem saznao ili vidio, pa i inače, u saobraćaju s ljudima, koliko se ne bude javno smjelo znati, prešutjet ću i zadržati tajnu."*  
iz Hipokratove zakletve

*"Poštovat ću tajne onog tko mi se povjeri."*  
iz zakletve liječnika ustanovljene na kongresu  
Međunarodnog saveza liječničkih društava u Ženevi 1948.

### Uvod

Znanstvena otkrića moderne tehnizirane medicine nose koristi, ali i moguće pojave manipulacije, eksperimentiranja i zlorabe prava privatnosti, dostoj-

<sup>1</sup> Rad je izrađen u okviru projekta *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje – europski zahtjevi i hrvatska rješenja* (br. 115-1151212-2637), Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa RH.

janstva ljudskoga života, tijela i zdravlja.<sup>2</sup> Ovakav razvoj tehnologije postavlja pred pravnike pitanje na koje je prijeko potrebno naći odgovor, a to je zaštita osobnih podataka pacijenata.<sup>3</sup> U ovom radu autorice će pokušati istražiti pravo na pristup osobnim podacima o zdravstvenom stanju osobe, automatsku obradu osobnih podataka pacijenata, posebice onih podataka koji imaju najsenzitivniju narav. Ovo zbog toga što zloraba tih podataka može nanijeti specifične oblike štete pacijentu, ali i njegovim članovima obitelji.

Život i zdravlje ljudi važne su ustavnopravne kategorije te kategorije socijalnog, medicinskog, kaznenog i drugih dijelova prava. Propisi javnog prava stvaraju potreban temelj za privatnopravnu regulaciju prava privatnosti kao podvrste prava osobnosti.<sup>4</sup>

Kako bi se omogućilo čim kvalitetnije liječenje, liječniku moraju biti dostupni mnogi pacijentovi osobni podaci senzitivnog karaktera te je nužno potpuno povjerenje pacijenta u tajnost i zaštićenost tih podataka koje on slobodno iznosi svom izabranom liječniku.

Zaštita osobnih podataka, posebno podataka koji se odnose na zdravstveno stanje osoba, provodi se prvenstveno sa svrhom zaštite prava na privatnost osobnog i obiteljskog života, koja je jedno od osobnih prava koje se štiti našim pravnim poretkom.<sup>5</sup>

Načelo čuvanja pacijentove privatnosti sadrži u sebi pravo na povjerljivost i privatnost informacija o zdravstvenom stanju, medicinskom statusu, obiteljskim prilikama, tijeku liječenja i prognozi, te svim za to relevantnim podacima.

Postavlja se pitanje pod kojim uvjetima i kojim okolnostima mogu a pod kojim moraju biti dostupni podaci o zdravstvenom stanju neke osobe, te pitanja kako zaštititi osobne podatke pacijenta u mjeri u kojoj je to moguće.

U današnjem vremenu neobično je važno utvrditi granice koje će štititi privatnost osoba od ugrožavanja i povrede koje omogućava uporaba automatiziranih i visoko organiziranih sustava podataka. U demokratski razvijenim društvima pojedinac odlučuje o tome i komu, kako i koliko priopćiti svoje podatke. To je još 70-ih godina definirao A. Westin, tvrdeći da to

<sup>2</sup> U hrvatskoj literaturi vidi više: Klarić, P., (ur.) *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, rujan 2006., također i Petrić, S.: *Gradanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 26, br. 1(2005.), str. 81-145.; Bevanda, M.: *Odgovornost za štetu izazvanu lijekovima s nedostatkom*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 25, br. 1 (2004.), str. 265-294.; Bevanda, M.: *Ugovor između liječnika i pacijenta*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 26, br. 1(2005.), str. 307-338.

<sup>3</sup> Ovo pitanje zadire u dvije veoma važne sfere života, a to su pravo i moral. S jedne strane nezaustavljivi razvitak medicine i znanstvenih otkrića u svim oblastima prodiru u najskrovitije dijelove ljudske intime. Pitanje koje se postavlja pred pravnike, filozofe, bioetičare jest pitanje medicinskog tretmana, zaštite prava osobnosti i zaštite osobnih podataka pacijenata te pronalaženja odgovarajućih pravnih formi i modusa.

<sup>4</sup> Vidi šire: Radolović, A.: *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 27, br. 1. (2006.), str. 133.-134.

<sup>5</sup> Članak 19. st. 1. i 2. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05.



predstavlja zahtjev pojedinaca, grupa ili institucija-samostalno odlučivati kada, kako i koje informacije o sebi ustupiti drugima.<sup>6</sup>

Međutim, osim pravne zaštite osobnih podataka (štiteći njih i koristi za pojedinca i društvo), potrebe ostvarivanja javnog i općeg interesa predstavljaju jednu od zadaća suvremene države.<sup>7</sup> Upravo zbog javnih interesa ponekad je potrebno zadirati u privatnost osoba i ograničavati pravo zadržavanja određenih činjenica samo za sebe ili odabrani krug osoba.<sup>8</sup> U okviru zaštite osobnih podataka posebno mjesto zauzima zaštita medicinskih osobnih podataka.

Podaci o zdravstvenom stanju osoba vrlo su značajni, spadaju u specifične podatke i potrebne su stroge norme koje će regulirati pristup tim podacima u pogledu ovlaštenih osoba i pod kojim uvjetima. Zahtijeva se točnost tih podataka, ali je isto tako potreban i brz pristup. Ukoliko to nedostaje, posljedice mogu biti kobne.<sup>9</sup> Stoga računalna tehnologija donosi prednosti napose u brzom pristupu, ali isto tako i nove rizike koji su do sada bili nepoznati, a brzim razvojem tehnologije još su i povećani jer se u praksi tehnologija primjenjuje prije nego je moguće sagledati sve rizike.

Zbog toga ćemo u radu analizirati akte Vijeća Europe, akte EZ-a, usporednopravna rješenja te hrvatska nacionalna rješenja glede osobnih podataka uopće, a posebice osjetljivih osobnih podataka.

## ***2. Akti Vijeća Europe i osobni podaci***

Automatska obrada podataka i već sam početak razvoja računala ukazali su na potrebu zaštite osobnih podataka. Računala su omogućila brzu pretragu velike količine podataka, što je bilo korisno i za medicinske podatke, ali se već krajem sedamdesetih godina ukazala potreba sprječavanja zlorabe te velike količine lako dostupnih podataka. Stoga su i radna tijela Vijeća Europe uvidjela kako je potrebno donijeti propise koji bi regulirali tu djelatnost koja se pokazala kao potencijalno rizična za ugrožavanje ljudskih prava.

### ***2.1. Konvencija Vijeća Europe o zaštiti osoba u svezi s automatskom obradom osobnih podataka<sup>10</sup>***

U Konvenciji su definirani pojmovi koji se u njoj rabe. Tako se u članku 2. definiraju sljedeći pojmovi:

<sup>6</sup> Westin, A., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970., str. 7. i dalje.

<sup>7</sup> Vidi šire: Bodiroga – Vukobrat, N., Dulčić, K.: *Zaštita osobnih podataka u europskom i hrvatskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 42. (79.), 2005., str. 328. i sljedeće.

<sup>8</sup> Primjerice kada postoji zakonska obveza izvješćivanja određenih državnih tijela o pojavljivanju zaraznih bolesti ili nadzorne kamere koje se postavljaju na javnim mjestima.

<sup>9</sup> Hondius, F.W.: *Protecting Medical and Genetic Data*, *European Journal of Health Law*, br. 4. 1997., str. 364.

<sup>10</sup> *Convention for the Protection of Individuals with Regards to Automatic Processing of Personal Data*, Council of Europe, Strasbourg, 1981., preuzeta, *Narodne novine MU*, br. 4/2005. i br. 6/2005.

- osobni podatci (*personal data*) – označava svaku osobu koja se može identificirati. Ta osoba smatra se subjektom podataka (*data subjekt*);
- zbirka podataka koji se automatski obrađuju (*automated data file*), bez obzira kako su povezani ili na kojoj su udaljenosti;
- automatska obrada (*automatic processing*) – pod ovim se pojmom podrazumijeva pohrana podataka, obrada podataka, izmjena, brisanje, traženje ili uporaba;
- upravitelj zbirke (baze) podataka (*controller of the file*) – pod ovim pojmom podrazumijeva se fizička ili pravna osoba, javna vlast ili drugo tijelo, sukladno zakonu, koje ima ovlast odlučiti što je svrha uspostavljanja i vođenja baze podataka. Također, mora voditi skrb o vrsti osobnih podataka te na koji će način ti podaci biti obrađivani.<sup>11</sup>

Drugi dio Konvencije sadrži temeljna načela zaštite osobnih podataka.

U Konvenciji se navode sljedeća temeljna načela: načelo kvalitete podataka<sup>12</sup>, zabranu obrade specijalnih kategorija podataka<sup>13</sup>, načelo sigurnosti podataka<sup>14</sup>, dostupnost informacija o postojanju određene baze podataka.<sup>15</sup>

Konvencija izriječno utvrđuje ograničenja i iznimke. Valja naglasiti da su iznimke dopuštene ako su sukladne općim vrijednostima društva i moraju biti propisane nacionalnim zakonodavstvom.<sup>16</sup>

Sva načela koje sadrži Konvencija predstavljaju minimum zaštite, tako da države mogu osigurati viši stupanj zaštite nego što propisuje Konvencija.

## **2.2. Posebnosti primjene Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda**

Sukladno čl. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, iz 1950. godine, države ugovornice su dužne osigurati za sve osobe pod njihovom

<sup>11</sup> U hrvatskoj literaturi Brezak koristi termin “upravitelj zbirke podataka”, Brezak, M., op. cit. str. 120.

<sup>12</sup> Ovo načelo utvrđuje da osobni podaci moraju biti pribavljeni i obrađivani na zakonit i pošten način. razlog pohrane mora biti u poznate svrhe sukladno zakonu. Treba pohranjivati samo one podatke i u onoj kakvoći i količini koja odgovara unaprijed zadanoj svrsi. pohranjivanje podataka mora biti tako realizirano da omogućava identificiranje subjekta podataka, ali ne dulje vrijeme nego što je potrebno da bi se ispunila svrha prikupljanja podataka.

<sup>13</sup> Ova kategorija podataka označava se u literaturi pod pojmom “senzitivni podaci”, a to su podaci glede političkih i religijskih uvjerenja, podaci o rasnom podrijetlu, podaci o seksualnom životu te podaci o zdravlju. Ukoliko nacionalno zakonodavstvo ne pruža odgovarajuću zaštitu takvih podataka, takvi se podaci ne smiju automatski obrađivati.

<sup>14</sup> Ostvarivanje ovoga načela usko je vezano s tehnološkim stupnjem razvoja pojedine države, te sigurnosno-tehničkih sustava i sredstava koje stoje na dispoziciji. Ovo načelo zahtijeva od države potpisnice poduzimanje sigurnosnih mjera kako bi se osobni podaci pohranjeni u bazama podataka zaštitili od neovlaštene uporabe ili neovlaštenoga pristupa ili od uništenja ili gubitka.

<sup>15</sup> Svakoj osobi mora biti dostupna informacija o postojanju automatske baze podataka, svrhe zbog čega takva baza postoji te informacija o ovlaštenoj osobi. (*controller of the file*).

<sup>16</sup> Konvencija predviđa da se iznimke mogu postojati zbog razloga javne sigurnosti, državne sigurnosti, borbe protiv kriminala, te zaštite slobode i prava drugih.

jurisdikcijom prava i slobode zajamčene u dijelu I Konvencije. Ako je država ratificirala Protokole br. 1., 4., 6. ili 7, ta se obveza odnosi i na prava i obveze sadržane u pripadajućim protokolima. Iz ove je odredbe razvidno da se čak i žrtve koje nisu državljani te države ili pak druge države ugovornice mogu pozvati na ovo jamstvo.<sup>17</sup>

Tako u presudi *Austrija v. Italy* je utvrđeno:

*“stoga kad postane strana ugovornica Konvencije, država se obvezala u odnosu na druge visoke strane ugovornice, da će jamčiti prava i slobode definirane u Dijelu I, za svaku osobu unutar vlastite jurisdikcije, neovisno o njezinom državljanstvu ili statusu. Znači, obvezuje se osigurati ta prava i slobode ne samo svojim državljanima i državljanima drugih visokih strana ugovornica, već i državljanima država koje nisu potpisnice Konvencije, te osobama bez državljanstva.”*

Pored materijalnih odredbi Europska konvencija sadrži i odredbe kojima se osigurava da zemlje ugovornice poštuju obveze prema Konvenciji. Nadzor nad provođenjem Konvencije prvenstveno je na vlastima države ugovornice, posebice na nacionalnoj sudbenoj vlasti. Ovo implicira i čl. 13., koji predviđa “učinkovit pravni lijek pred nacionalnim vlastima”.

Razvojem znanosti, tehnologije i donedavno nezamislivih znanstvenih postignuća, namjera Konvencije bit će jamčenje minimalnoga stupnja sigurnosti pojedincima glede njihovih odnosa s drugim osobama.<sup>18</sup>

U izvornome tekstu europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ne postoji poseban članak koji je posvećen zaštiti osobnih podataka. Zapravo je u praksi Europskoga suda za ljudska prava artikulirana zaštita u okviru čl. 8. Konvencije, odnosno prava na privatni i obiteljski život.

Čl. 8. Konvencije predviđa:

*Svatko ima pravo na poštivanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.*

*Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje toga prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja i morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.*

Čl. 41. Konvencije utvrđuje:

*Ako sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutar nje pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci.*

Zapravo, Sud može odrediti i novčanu naknadu, kao pravednu naknadu osobi čije je pravo privatnosti povrijeđeno, cijeneći svaki slučaj ponaosob i specifične

<sup>17</sup> Vidi šire Predst. 788/60, *Austria v. Italy*, yearbook IV (1961), str. 116. (138 i 140).

<sup>18</sup> Clapham, A., *The “Drittwirkung” of the Convention*, u McDonald R. St. J. i dr. (ur.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Deventer, 1993., str. 200-206.

okolnosti. U slučaju *Z. protiv Finske*<sup>19</sup> to je objavljivanje medicinskih (senzitivnih) podataka osobe zaražene HIV-om tako da su dostupni javnosti, a identitet osobe i podaci objavljeni su u sudskoj presudi kojom je njezin suprug osuđen. (Presuda je bila dostupna medijima.) Oštećena je osoba zahtijevala 2.000.000 finskih maraka, a Europski je sud dosudio 100.000 finskih maraka.<sup>20</sup>

Europski sud za ljudska prava je utvrdio kako nije povreda prava to što je Sudu predana cjelokupna liječnička dokumentacija tužiteljice, isto tako nije povreda prava što je cjelokupna medicinska dokumentacija uključena u sudski spis, ali bila bi povreda prava na privatnost ukoliko se cjelokupan spis s prijepisom medicinske dokumentacije da 2002. godine u javnost, kao i činjenica da su novinarima dati podaci o identitetu i zdravstvenom stanju tužiteljice.

U stručnoj i u široj javnosti postavilo se pitanje je li neka država vlastitim zakonodavstvom ili nekom odlukom/presudom sudbene vlasti propustila na odgovarajući način zaštititi privatni život pojedinca zajamčen čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od neopravdanog miješanja medija (odnosno slobode izražavanja regulirane čl. 10. Konvencije).

Objavljivanje podataka o zdravstvenom stanju visokih državnih dužnosnika (koje bi ukazivalo na njihovo umanjenje sposobnosti glede obavljanja povjerenih im visokih dužnosti, a u svezi je s njihovim javnim životom), kako tvrdi Alaburić,<sup>21</sup> pristajući uz anglosaksonska stajališta u ovoj materiji, smatra se opravdanim interesom građana biti na vrijeme upoznati sa zdravstvenim stanjem

<sup>19</sup> Case *Z. versus Finland* (Application no. 22009/93), no. 9/1996/627/811, od 25. siječnja 1997.

<sup>20</sup> Naime, radilo se o kaznenom postupku koji je vođen protiv supruga gospođe *Z.* koji je bio optužen za silovanje, ali s obzirom na činjenicu da su žrtve silovanja bile zaražene HIV-om, bilo je potrebno dokazati kako je on znao prije nego je počinio ta kaznena djela da je zaražen virusom HIV-a i tada su se ta djela mogla okvalificirati kao pokušaj ubojstva. Budući da je *Z.* bila HIV pozitivna, a nakon što je uhapšen utvrđeno je kako je i njen suprug HIV pozitivan, postavilo se pitanje je li on mogao pretpostavljati da je kroz sve to vrijeme bio nositelj virusa. Kako bi utvrdili tu činjenicu, sud je zatražio liječnički karton gospođe *Z.* i time su postali dostupni podaci ne samo o njenoj bolesti zbog koje je istraživana njen karton, već i ostale analize i krvne pretrage koje je radila, ranije bolesti, njeno psihičko stanje i jedan pogled na kvalitetu njena života, koje sve činjenice nisu bile usko povezane s postupkom. Viši sud je svoju presudu donesenu po žalbi objavio novinarima, i to na način da su prikrivena imena oštećena, ali ne i *Z.*, kao okrivljenikove supruge *Finkinje*. Europski sud za ljudska prava nije smatrao neopravdanim uvid u liječnički karton tužiteljice, budući da su se u njemu nalazile činjenice koje su bile značajne za kazneni postupak koji se vodio pred sudom, ali nisu smjeli svi dobiveni podaci biti uključeni u sudski spis, već samo oni koji su se ticali slučaja, a trebalo je staviti napomenu kako su dobiveni i drugi podaci i onemogućiti pristup javnosti svim podacima koji nisu usko relevantni za slučaj. *Z.* je isto tako tražila da se produži rok od deset godina za koje je vrijeme spis koji je sadržavao njenu medicinsku dokumentaciju bio nedostupan javnosti, budući da je sud smatrao kako je rok od deset godina adekvatan u pogledu uspostavljanja ravnoteže između prava na privatnost i javnog interesa za otvorenim sudskim postupkom i održavanja povjerenja javnosti u sudove.

<sup>21</sup> Alaburić, V., Povreda prava osobnosti informacijama u medijima, u Klarić, P., (ur.) *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 31.

visokih dužnosnika koji donose političke odluke, pa i odluke koje se tiču njihovoga života.

Zbog toga i u ovome kontekstu valja navesti slučaj bivšega francuskoga predsjednika Mitteranda, zapravo slučaj *Edition Plon versus France*.<sup>22</sup>

Dana 8. studenoga 1995. kod nakladnika Plot, novinar Gonod i osobni liječnik bivšega francuskoga predsjednika Mitteranda dr. C. Gubler željeli su objaviti knjigu sjećanja pod naslovom "Velika tajna".

Knjiga opisuje kako je Mitterandu dijagnosticirana bolest 1981. godine, nekoliko mjeseci nakon što je izabran za predsjednika Francuske. Knjigu su namjeravali objaviti tijekom siječnja 1996. godine. Mitterand je umro 8. siječnja 1996. godine, te su autori i nakladnik odlučili tiskati knjigu. Bivši je francuski predsjednik godinama bolovao od maligne bolesti, što je bilo daleko od očiju javnosti.

Saznavši za namjeru tiskanja takve knjige, obitelj Mitterand zatražila je žurnu zabranu<sup>23</sup> distribucije knjige (zbog *a breach of medical confidentiality, an invasion of President Mitterrand's privacy and injury to his relatives' feelings*).

Također je protiv nakladnika i autora pokrenula postupak glede trajne zabrane izdavanja rukopisa i glede naknade štete.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Case of Edition Plon versus France (Application no. 58148/00), Strasbourg 2004.

<sup>23</sup> "All people, regardless of their rank, birth or function, have the right to respect for their private life.

This protection extends to their relatives where the relatives are justified in asserting their right to respect for their own private [and] family life.

What is in issue in the instant case are disclosures by President François Mitterrand's private physician, who treated and attended to him for more than thirteen years and in whom the patient and his family placed their trust.

<sup>24</sup> Jer se u sadržaju knjige nalazi:

- (a) opis predsjednikovoga "zdravstvenoga režima", te liječenja;
- (b) opis početnih simptoma bolesti, te opis medicinskoga tretmana 1981.;
- (c) rezultati liječničkih pretraga, te konzilijarna mišljenja i diskusije liječnika s F. Mitterrand;
- (d) opis medicinskih ispitivanja François Mitterranda koja je poduzeo profesor [S.] dana 16.11.1981., i zapisnik razgovora profesora [S.] i Claude Gublera kojim informiraju François Mitterranda o prirodi njegove bolesti i neophodnim medicinskim tretmanima;
- (e) opis tretmana preporučan od strane Profesora [S.];
- (f) indikacije i pseudonim koji je koristio F. Mitterrand za biološke testove koji su naručeni u privatnome laboratoriju i učestalost i narav tih testova;
- (g) opis pojedinih fizičkih poteškoća;
- (h) opis napadaja panike kod François Mitterranda;
- (i) opis popratnih pojava medicinskih tretmana kod François Mitterranda;
- (j) informacije o stanju zdravlja François Mitterranda i učinak takvoga zdravstvenog stanja na njegovo ponašanje;
- (k) opis okolnosti iz liječničkog kartona François Mitterranda;
- (l) opisi liječenja i stajališta drugih liječnika, te preporučene i korištene metode, te suprotstavljanja unutar liječničkog tima;
- (m) troškovi operativnog zahvata François Mitterranda, nadnevak 16. srpnja 1994.;
- (n) opis liječničke terapije François Mitterranda, te pretraga 1994.

Dosuđivanjem novčane naknade članovima obitelji Mitterand (100.000,00 franaka udovici, te po 80.000,00 franaka svakom od troje djece ponaosob), te trajnom zabranom distribuiranja sporne knjige okončan je sudski postupak.

Nakladnik se žalio Europskom sudu za ljudska prava tvrdeći kako mu je zabranom distribuiranja knjige, te visokom naknadom štete povrijeđeno pravo na slobodu izražavanja sukladno Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Europski je sud utvrdio kako je knjiga memoara "Velika tajna" tiskana u kontekstu prava javnoga interesa i kontekstu prava javnosti *znati*, odnosno biti informirana o zdravstvenom stanju šefa države, te njegovim sposobnostima obnašati tu visoku dužnost, ali je ustvrdio da su postojali dostatni i važni razlozi za dosuđivanjem novčane naknade obitelji (od a) do n) cit.).

Ako analiziramo praksu Europskoga suda, razvidno je da Sud ostavlja državama relativno visok stupanj slobode procjene (*margin of appreciation*<sup>25</sup>) o neophodnosti, načinima i razmjerima horizontalne regulacije.

Očito je da se u slučaju *Edition Plon versus France*<sup>26</sup> Europski sud, sukladno čl. 34. Konvencije<sup>27</sup> u kontekstu čl. 10. i čl. 8. Konvencije, odlučio dati prednost socijalnoj funkciji tajnosti medicinskih podataka i zaštititi "*protect the reputation or rights others*", te prevenirati "*the disclosure of information received in confidence*".

U ovome kontekstu valja istaknuti kako nositelj prava na privatnost može drugima dopustiti izrijekom ili prešutno pristup u neki aspekt vlastite privatnosti i osobnosti (nekome priopćiti osobne podatke).<sup>28</sup>

<sup>25</sup> The adjective "necessary", within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully or in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued" and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient".

<sup>26</sup> Case of *Edition Plon versus France* (Application no. 58148/00), Strasbourg 2004.

<sup>27</sup> Čl. 34. Konvencije glasi: Sud može primati zahtjeve bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinaca koji tvrde da su žrtve povreda prava priznatih u Konvenciji ili dodatnim protokolima što ih je počinila jedna visoka ugovorna strana. Visoke ugovorne stranke se obvezuju da ni na koji način neće sprječavati djelotvorno vršenje toga prava.

<sup>28</sup> Osobe koje bi se miješale u izvršavanje nečijega prava na privatnost, na temelju i u granicama dopuštenja ili subjektivnog prava koje su za to dobile od nositelja prava na privatnost, dopušteno bi se miješale. To njihovo miješanje ne bi bilo protupravno, te ne bi bilo povrijeđeno pravo na privatnost koju jamči Konvencija čl. 8. Vidi: Gavella, N., Povreda prava na privatnost, posebno na vlastiti lik, glas, osobne zapise i pisma, u Klarić, P., Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povreda prava osobnosti, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 100.



Zapravo, valja naglasiti kako je st. 2. čl. 8. Konvencije utvrđeno da se javna vlast neće miješati u ostvarivanje prava na poštovanje privatnoga i obiteljskoga života, doma i dopisivanja, osim u skladu s zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje...

Naime, okvir dopuštenoga miješanja kako je utvrđen za javnu vlast, djeluje i na privatne osobe i njihova miješanja u tuđu privatnost. Kako bi zajamčeno pravo na privatnost bilo učinkovito, neophodno je da države pružaju zaštitu od povreda prava privatnosti, koje su učinile privatne osobe, a ne samo koje su učinila tijela javne vlasti. I u tome kontekstu i pored naprijed navedenih razloga valja promatrati ovaj slučaj.

Zbog svega naprijed navedenoga ova će presuda u svim aspektima i u budućnosti izazivati pozornost kako stručne tako i šire javnosti.<sup>29</sup>

### ***2.3. Konvencija Vijeća Europe o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i biomedicine<sup>30</sup>***

Do usvajanja ove Konvencije zaštita ljudskih prava glede zdravlja regulirana je u međunarodnim ugovorima i dokumentima koji su se ticali općenito ljudskih prava,<sup>31</sup> a nisu bili fokusirani na zdravlje i socijalni probitak, socijalnu dobrobit i osobna prava bolesnog čovjeka.

Usvajanjem Konvencije definiraju se ljudska prava koja jamče prava osoba koje se nalaze u položaju da se na njih primjenjuju znanstvena dostignuća iz područja biologije i/ili medicinski zahvati. Konvencija utvrđuje da nijedna intervencija u domeni zdravlja ne može biti poduzeta prije nego osoba na koju se ista odnosi izrazi slobodan i jasan pristanak. Svaka osoba predstavlja objekt zaštite ove Konvencije. Zapravo, proklamirana sloboda ne jamči dovoljno jamstva, pa je dostojanstvo osigurano putem dva tipa zaštite: opća zaštita koja vrijedi za svakog pojedinca te više posebnih zaštita (pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na privatnosti i pravo na obavješćivanje, zaštita prava osobe kada se radi o istraživanjima na čovjeku).

<sup>29</sup> Presuda Europskoga suda za ljudska prava nije ovršni naslov. Država obveze proizašle iz presude Europskoga suda za ljudska prava izvršava dobrovoljno, sukladno čl. 46. Konvencije, za što odgovara Odboru ministara. Sukladno hrvatskome pravu, žrtva povrede prava u slučaju kada je povreda zajamčenoga prava bila učinjena sudskom odlukom donijetom u parničnom postupku, može zahtijevati ponavljanje postupka (čl. 428a ZPP). Vidi šire: Gavella, N., *Povreda prava na privatnost, posebno na vlastiti lik, glas, osobne zapise i pisma u Klarić, P. (ur.), Odgovornost... op. cit., str. 119.*

<sup>30</sup> Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, Council of Europe, stupila je na snagu 1. 12. 1999. g.

<sup>31</sup> Tako Konvencija u svojoj preambuli spominje takve akte: Univerzalna deklaracija o pravima čovjeka, 1948., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1950., Europska socijalna povelja, 1961., Konvencija Vijeća Europe o zaštiti osoba u svezi s automatskom obradom osobnih podataka, 1981.

Vijeće Europe donošenjem Konvencije<sup>32</sup> nastoji harmonizirati standarde zdravstvene skrbi i zaštite osobnih prava pacijenata glede brzog znanstvenog i tehnološkog razvitka u medicini i biologiji. Zapravo, Konvencijom se definiraju osobna prava, ali samo ona osnovna i neophodna, ali ne i konačan i sveukupan popis. Definiiraju se i obveze država potpisnica Konvencije glede uspostavljanja i primjene načela koja treba poštivati u implementaciji postignuća istraživanja medicinskih i bioloških znanosti. Valja naglasiti da Konvencija uvodi kombinirani pristup glede osobnih i socijalnih temeljnih ljudskih prava. Zapravo, otvara pitanje interakcije privatnog i javnog prava u svezi sa zdravljem.

Neobično je važno istaći da Konvencija u članku 2. promiče osobna prava, te temeljna socijalna ljudska prava dajući im prednost i promovirajući dobrobit osobe i njenih prava u odnosu na interese znanosti ili pak društvene interese.

U Preambuli Konvencije utvrđuju se načela biomedicinskih zahvata. Prvim člankom utvrđuje se cilj i predmet konvencije, tj. zaštita dostojanstva i integriteta svih osoba te jamčenje svakome čuvanja njegova integriteta i drugih prava i temeljnih sloboda glede primjene medicine i biologije. Posebno je naglašeno kako osoba treba biti zaštićena od svakog medicinskog tretmana koji bi bio poduzet u cilju neetičkog znanstvenog postignuća.

U članku 2. Konvencije utvrđuje se primarnost načela interesa i dobrobiti ljudskog bića nad interesima društva i znanosti. Na ovom mjestu valja zamijetiti da je ovo obvezno načelo, uz izuzetak u određenim okolnostima (postojanje interesa za zdravlje i sigurnost šire zajednice ili gdje bi kaznena prevencija bila dovedena u pitanje). Zabranjuje se diskriminacija osoba sukladno članku 3. Konvencije, koji je sukladan čl. 14. Europske konvencije o ljudskim pravima, iz 1950. godine.<sup>33</sup>

U članku 5. regulira se pitanje informiranog pristanka, dok se u članku 4. utvrđuje pacijentova autonomija glede zdravstvenih djelatnika i njegova prava na pristanak. Također se regulira pitanje dužnosti i etičkih načela i standarda vezanih za profesiju.

Valja naglasiti da se člankom 21. jamči ljudsko dostojanstvo jer se zabranjuje ostvarivanje materijalne dobiti prometom dijelova ljudskog tijela (organa i tkiva).<sup>34</sup>

Konvencijom se predviđa usklađivanje nacionalne legislative s njenim odredbama, što znači inkorporiranje odredbi Konvencije u nacionalni pravni poredak. Ustvari, država potpisnica ne može unijeti u vlastito zakonodavstvo

<sup>32</sup> Neki autori tvrde kako Konvencija predstavlja dokument o zdravstvenom pravu, vidi šire: H. D. C. Roscam – Abbing: *The Convention of human rights and biomedicine an Appraisal of the Council of Europe Convention*, *European Journal of Health Law*, 5/1998., str. 377.

<sup>33</sup> Čl. 14. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda jamči zabranu diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

<sup>34</sup> Isto načelo usvojeno je i člankom 5. Zakona o uzimanju i presađivanju dijelova ljudskog tijela u svrhu liječenja, *Narodne novine*, br. 177/04.

pravila suprotna konvenciji. Konvencija predstavlja temelj zaštite ljudskih prava i dostojanstva osobe glede primjene biologije i medicine. U literaturi se vrlo često Konvencija prema njenom dosegu označava kao “sektorska“, što znači da se njome uspostavljena načela mogu razvijati u komplementarnim konvencijama.<sup>35</sup> Jamčenje prava koja proistječu iz Konvencije spada u domenu nacionalne jurisdikcije. Valja, također, naglasiti da se nacionalna jamstva o pravičnom obeštećenju svakoga tko zbog medicinskog zahvata pretrpi štetu<sup>36</sup> jamče i na europskoj razini jamstvom koje pružaju Upravno vijeće za bioetiku Vijeća Europe (CDBI) te Sud za ljudska prava. Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava glede zahtjeva u svezi s ljudskim zdravljem bit će jedan od najvažnijih čimbenika glede realiziranja prava predviđenih u Konvenciji. Razvidno je da će Europski sud za ljudska prava kroz vlastitu judikaturu razviti svojevrstne “europske pravne standarde” koji će biti važeći i za države koje nisu potpisnice Konvencije.<sup>37</sup>

Člankom 3. Konvencije jamči se svakoj osobi imati pravo jednakog pristupa zdravstvenim uslugama, vodeći računa o postojećem odnosu između medicinskih zahtjeva i raspoloživih izvora. Vrijednost i važnost ovoga načela ogleda se u zabrani diskriminacije u odnosu na pristup službama zdravstvene zaštite.<sup>38</sup> Zapravo, zabranom diskriminacije štite se prava pacijenata u zdravstvenom sektoru u koje sve više ulazi tržište, odnosno pacijent se štiti od nejednakog tretmana i protiv predugog čekanja na medicinsku intervenciju, zahvat ili uslugu. Ovo načelo također potiče nacionalu vlast u državama članicama voditi politiku socijalne jednakosti i kako to Roscam Abbing navodi “distributivne pravde u domeni zdravlja” kada su sučeljene s dilemom raspodjele nedovoljnih financijskih i drugih sredstava.<sup>39</sup>

Medicinska istraživanja novih lijekova, novih tehnologija nose sobom promicanje znanosti i napretka, ali kriju u sebi opasnosti medicinskih istraživanja izvan terapijskoga okvira koji je nužan za zdravlje osobe koja je u pitanju, te otvara pitanja jesu li i kada takva istraživanja potencijalno invazivna glede ugrožavanja prava privatnosti, a posebice prava osobnosti.

Sve snažniji razvoj novih tehnologija u medicinskoj znanosti te sve veći broj senzitivnih podataka postaje dostupan pacijentima i (izravno ili pak neizravno) trećim osobama.

<sup>35</sup> Kvalificiranim člankom 31. Konvencije.

<sup>36</sup> *The Parties shall provide appropriate judicial protection to prevent or to put a stop to an unlawful infringement of the rights and principles set forth in this Convention at short notice.* (čl. 23. Konvencije)

*The person who has suffered undue damage resulting from an intervention is entitled to fair compensation according to the conditions and procedures prescribed by law.* (čl. 24. Konvencije)

<sup>37</sup> Roscam - Abbing, H.D.C., op. cit., str. 381.

<sup>38</sup> *Parties, taking into account health needs and available resources, shall take appropriate measures with a view to providing, within their jurisdiction, equitable access to health care of appropriate quality.* (čl. 3. Konvencije).

<sup>39</sup> Roscam - Abbing, H.D.C., op. cit., str. 381.

Konvencija je propustila u svojim rješenjima napraviti odgovarajuće instrumente zaštite temeljnih ljudskih prava u svjetlu razvoja znanosti i novih tehnologija, te u tome kontekstu ekonomskih interesa treće strane. Zapravo, nije predviđena zaštita protiv zlorabe medicinske informacije (uključujući genetsku odnosno prediktivnu informaciju), posebice u odnosu na osiguravateljne tvrtke, poslodavce, farmaceutsku industriju i druge osobe.

Valja istaknuti kako su u procesu usvajanja Konvencije postojale dvojbe glede definiranja pojmova i termina, pa se odlučilo za postizanje konsenzusa o samim načelima. Zapravo, zaštita se temelji na preporuci glede istraživanja na čovjeku, koju treba tumačiti sukladno čl. 11.<sup>40</sup> Konvencije koji sadrži opću klauzulu o zabrani diskriminacije pojedinaca na temelju genetskog nasljeđa.

Mogućnost doniranja i uporabe ljudskog materijala stvara također područje ulaska u privatnost osoba i njihovih obitelji. Ustvari, to uključuje pravo osobe slobodno odlučivati o tjelesnom materijalu (samoodređenje), te pravo znati i pravo "ne znati".

Čini se da rješenje koje pruža Konvencija da pravo pacijenta "ne znati" informaciju o vlastitom zdravlju, odnosno ne priopćiti informaciju koja bi vjerojatno prouzročila probleme, otvara etičke i moralne prijepore, a nama se također čini da bi povrijedilo povjerenje iz odnosa liječnik-pacijent.

Raščlanjujući čl. 2, čl. 4, te čl. 15 razvidno je da Konvencija nastoji predvidjeti zaštitu glede zabrane nekih specifičnih medicinskih intervencija, te pokušava naći normativni okvir koji bi bio dostatan za uspostavu balansa između dostojanstva osobe kao temeljnoga ljudskoga prava osobe i znanstvenih postignuća i prijedora koje mogu izazvati.

Valja također naglasiti da bi se restriktivnim pristupom znanstvenim razvojnim istraživanjima mogao dogoditi efekt koji ne želimo, a to je da bi potencijalno učinkovite i svrhovite tehnologije mogle biti uskraćene pacijentima.

Kako bi se izbjegla nediferencirana zabrana medicinskih postupaka, inzistiralo se na fleksibilnim rješenjima koja omogućuju državi potpisnici ratificiranje Konvencije uz rezerve (čl. 36. Konvencije).

Jasno je da je Konvencija instrument koji pokušava regulirati znanstvene i socijalne implikacije ove zahtjevne materije. Konvencija uspostavlja minimum zajedničkih standarda regulirajući etičke aspekte vezane s ljudskim životom i pravima pacijenata. Konvencija može poslužiti kao model standarda, države je mogu u nacionalnim pravnim porecima implementirati.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Čl. 11. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda jamči zabranu diskriminacije po bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

<sup>41</sup> Mujović – Zornić, H.: *Perspektive medicinskog prava u svjetlosti Europske konvencije o ljudskim pravima i medicini*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar 2004., str. 144.

### 3. Zaštita osobnih podataka u pravu Europske zajednice

#### 3.1. Povelja temeljnih ljudskih prava EU

Ugovorom iz Lisabona (Reformskim ugovorom)<sup>42</sup>, koji je potpisan 13. prosinca 2007. godine, Povelja temeljnih ljudskih prava EU postaje dijelom primarnoga europskoga prava,<sup>43</sup> te nakon stupanja na snagu ovoga Ugovora postaje pravnoobvezujuća.

U glavi I. Povelje temeljnih ljudskih prava EU, dostojanstvo čovjeka proglašava se najvećom vrijednošću, te temeljnim i moralnim ishodištem na kojemu se zasniva Europska unija.

U čl. 3. Povelje temeljnih ljudskih prava EU, koji štiti osobni integritet predviđa se:

*“1. Svatko ima pravo na poštivanje svoga fizičkog i psihičkog integriteta.*

*2. Na području medicine i biologije posebno se moraju poštivati sljedeća načela:*

- slobodan i informirani pristanak zainteresirane osobe, sukladno zakonom propisanom postupku;*
- zabrana eugeničkih postupaka, posebice onih kojima je cilj selekcija osoba;*
- zabrana korištenja ljudskih tijela ili dijelova tijela kao izvora financijske zarade;*
- zabrana reproduktivnog kloniranja ljudskih bića.”*

U čl. 3. se po prvi put u opći katalog temeljnih ljudskih prava uvode specifična ograničenja biomedicinskih istraživanja i tehnologije, te na taj način dodatno osnažuje i kvalificira pravo na osobni integritet.

Razvidno je također da su poimenično navedeni zahtjevi koji se postavljaju pred medicinu i biologiju. Unošenje ovih načela u Povelju je znak odlučnosti i senzibiliziranosti država članica nadzirati i ograničiti eventualne bio-medicinske manipulacije u ovome području, ali važnosti koje će ova pitanja dobivati sve snažnijim razvitkom ovih znanosti<sup>44</sup>.

Hrvatski Ustav u čl. 23. st. 1. predviđa da nitko ne smije biti podvrgnut liječničkim ili znanstvenim pokusima bez svoje privole.

Zanimljivo je da se čl. 8. Povelje temeljnih ljudskih prava, regulira “zaštita osobnih podataka”.

Tako se u čl. 8. utvrđuje:

1. Svatko ima pravo na zaštitu svojih osobnih podataka.

<sup>42</sup> [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/take/indeks\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/take/indeks_de.htm), 10.01.2008.

<sup>43</sup> Valja naglasiti da su Velika Britanija i Poljska Protokolom 7. iskoristile *opt-out klauzulu*, te iako je postala Povelja temeljnih ljudskih prava EU pravnoobvezujućom, neće stvarati nova prava i obveze za te države.

<sup>44</sup> Bodiroga-Vukobrat, N., Barić, S., Povelja temeljnih ljudskih prava Europske unije s komentarom, Zagreb, Organizator, 2002., str. 34.

2. Takvi se podaci moraju pravično upotrebljavati za određene svrhe, i to uz pristanak zainteresirane osobe, odnosno na temelju neke druge legitimne osnove propisane zakonom. Svatko ima pravo pristupa podacima koji se odnose na njega ili nju te pravo da se oni isprave.
3. Poštivanje ovih pravila nadzirat će neovisno tijelo.

### 3.2. *Smjernica 95/46/EZ*

Europski zakonodavac se u reguliranju zaštite osobnih podataka koristio Smjernicom, kao sredstvom harmoniziranja koje obvezuje svaku državu članicu u pogledu ciljeva koji se trebaju postići, prepuštajući nacionalnim tijelima formu i sredstva na koji će se način smjernica implementirati u nacionalni pravni poredak.

Smjernica 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti fizičkih<sup>45</sup> osoba s obzirom na postupanje s osobnim podacima, te o slobodnom prometu tih podataka<sup>46</sup> donesena je s dvojakim ciljem: prvo, da bi se zaštitile fizičke osobe od neovlaštenog izlaganja javnosti njihovih osobnih podataka<sup>47</sup>, ali i da bi se omogućio slobodan promet osobnih podataka. Isto se tako ograničavanje objavljivanja osobnih podataka protivi slobodi tiska, pa je i u tom pogledu potrebno naći valjanu ravnotežu koja bi zadovoljila pravo izdavača (odnosno drugih javnih medija) i pravo svake fizičke osobe sačuvati svoj privatni život od uplitanja javnosti.<sup>48</sup>

Ova Smjernica zbog specifičnosti materije koju regulira, daje odrednice kako određeni oblici osobnih podataka moraju biti zaštićeni.<sup>49</sup>

Države članice imaju manevarski prostor u okviru implementiranja Smjernice da mogu nacionalnim pravom utvrditi opće uvjete obrade podataka vodeći računa o zaštiti osobnih podataka, odnosno povećanju razine zaštite, ali ne i limitiranja, većeg od onog kojeg predviđa Smjernica, slobodnog prometa osobnim podacima.

U preambuli Smjernice točka 7. navodi se da različita razina zaštite prava i sloboda u državama članicama, posebice privatne sfere, te obrada takvih podataka, može u prometu takvih podataka stvarati teškoće. Ta različitost razine zaštite mogla bi biti zapreka obavljanju gospodarskih djelatnosti na zajedničkom tržištu EZ-a, tržišnome natjecanju, te prepreka implementiranju europskoga prava, posebice nadležnim tijelima u djelokrugu njihove djelatnosti.

Da bi se prevladale te zapreke u prometu osobnih podataka, ali i istovremeno zajamčila jednaka vrijednost zaštite prava i sloboda osoba, prilikom obrade

<sup>45</sup> Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05. upotrebljava termin "naravna osoba".

<sup>46</sup> Od 24. listopada 1995. godine, Službeni list EU, br. 281, od 23. studenog 1995., str. 0031-0050, nadalje: Smjernica 95/46/EZ.

<sup>47</sup> Vidi *supra*: III.

<sup>48</sup> Čl. 9. Smjernice 95/46/EZ.

<sup>49</sup> Case C-101/01, Lindquist, H12, [88-89].



podataka bilo je neophodno pristupiti prilagodbi nacionalnih prava država članica glede ostvarivanja tržišta bez unutarnjih granica.

Smjernica sadrži načela glede zaštite temeljnih prava i sloboda, posebno vodeći računa o privatnosti, te konkretizira i proširuje Konvenciju Vijeća Europe od 21. siječnja 1981.

Valja naglasiti da 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-a. (Iznimka je obavljanje obrade za osobne ili obiteljske ciljeve, npr. vođenje kućnog adresara za osobnu korespondenciju).

### 3.2.1. *Osobni podatak*

Smjernica 95/46/EZ definira osobne podatke kao bilo koju informaciju koja se odnosi na fizičku osobu koja je identificirana ili se može identificirati (što jest osoba na koju se podaci odnose, odnosno ispitanik<sup>50</sup>), a osobom koja se može identificirati smatra se ona osoba čiji se identitet može utvrditi neposredno ili posredno, a napose putem određenog identifikacijskog broja, ili putem jednog ili više specifičnih elemenata koji su karakteristični za njen fizički, fiziološki, psihički, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet.<sup>51</sup> U praksi se time smatraju, pored uobičajenih identifikacijskih oznaka osoba, kao što su ime, prezime, adresa, ime roditelja i slično, i sve ono što može predstavljati određenu osobu, kao što su audio ili video snimka.<sup>52</sup> To uključuje i snimke putem televizijskih kamera u zatvorenom krugu (nadzorne kamere), sustave videokonferencija ili web kamere.<sup>53</sup>

Ovom smjernicom štiti se samo pravo osobnosti živih fizičkih osoba. Iako nije specificirano, podaci pokojnika nisu zaštićeni ovim propisom, premda je postojao zahtjev Vijeća Europe državama članicama da prošire svoju zaštitu i na ove podatke.<sup>54</sup>

Osobni podaci da bi se mogli koristiti, moraju biti prikupljeni zakonito i ne na fraudolozan način, za točno određenu svrhu i obrađivani sukladno s istom.<sup>55</sup> Iznimka je korištenje tih podataka za statističke, povijesne i znanstvene svrhe i određeno je da takvo korištenje nije u suprotnosti s bilo kojom svrhom za koju se podaci prikupljaju i o čemu je osoba na koju se ti podaci odnose obaviještena, ali je i za takvu obradu potrebno predvidjeti adekvatne mjere osiguranja. Također nije dopušteno prikupljati više kategorija osobnih podataka od onih

<sup>50</sup> Hrvatski zakonodavac u Zakonu o zaštiti osobnih podataka, Narodne novine, br. 103/03., koristi termin "ispitanik".

<sup>51</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 2. st. 1. a).

<sup>52</sup> Vidi šire: Dammann, U.: Bundesdatenschutzgesetz, ur. S. Simitis, 6. izd., Nomos, Baden-Baden, 2006., komentar § 3. st. 1., str. 266.-270.

<sup>53</sup> Korf, D.: Data Protection Laws in the European Union, Federation of European Direct Marketing, Direct Marketing Association, New York, 2005., str. 11.

<sup>54</sup> Vidi šire: Buttarelli, G.: Banche dati e tutela della riservatezza, La privacy nella Società dell'informazione, Giuffrè Editore, Milano, 1999., str. 56.

<sup>55</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 6.

koje su nužne za ostvarenje svrhe za koju se prikupljaju i zbog koje se potom obrađuju.

Prikupljeni podaci trebaju biti točni i ažurni, te se o tome mora skrbiti voditelj baze podataka.<sup>56</sup> Smjernica predviđa određivanje racionalnih mjera kojima bi se uspostavilo redovito ažuriranje podataka,<sup>57</sup> a pored toga nameće i obvezu brisanja ili uništavanja podataka koji nisu točni.<sup>58</sup> Takav pristup ovom velikom problemu može nametnuti velike troškove voditelju baze podataka, budući da se u bazi vrlo često nalaze podaci koje se temeljem drugih propisa ne smije brisati, a realno je očekivati da će biti izmijenjeni,<sup>59</sup> pa ako se radi o bazi podataka koji se moraju čuvati izvjestan dugi vremenski period, nastaje problem s praćenjem svih izmjena. Racionalne mjere za ažuriranja podataka trebalo bi tumačiti kao mjere kojima se određuje da se kontrolira točnost onih podataka koji su relevantni za svrhu zbog koje se čuvaju ti isti podaci, a da se mogu zanemariti sporedni podaci.

Smjernica određuje da se podaci ne smiju čuvati trajno, već treba biti određen rok koliko će se čuvati određeni podaci. Određivanje vremenskog perioda koliko će se određeni podaci čuvati, također mora biti povezano sa svrhom zbog koje se određeni podaci prikupljaju i zbog koje se čuvaju. Nije potrebno postaviti rok čuvanja općih podataka, već se oni mogu čuvati trajno, ali podaci koji su element identifikacije osobe moraju biti brisani.<sup>60,61</sup>

Podaci se moraju prikupljati samo uz izričiti pristanak osobe na koju se odnose, osim u točno određenim slučajevima kada taj pristanak nije neophodan. Tako pristanak ispitanika nije potreban ukoliko su određeni podaci potrebni za izvršenje ugovora koji je sklopljen s tom osobom ili za izvršenje predugovornih radnji koje se poduzimaju na zahtjev te osobe,<sup>62</sup> ili je prikupljanje podataka potrebno radi ispunjenja određene zakonske obveze ispitanika,<sup>63</sup> ili je to potrebno radi zaštite interesa od životnog značenja ispitanika,<sup>64</sup> ili je to neophodno radi ostvarenja zadatka od javnog interesa ili povezanog s izvršavanjem javnih ovlasti koje ima voditelj zbirke podataka ili treća osoba

<sup>56</sup> Vidi i čl. 12. Smjernice 95/46/EZ.

<sup>57</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 6. d)

<sup>58</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 12.

<sup>59</sup> Primjerice, realno je očekivati da će fizička osoba promijeniti svoje prebivalište, ako se radi o osobama ženskog roda, da izmijene prezime, i sl.

<sup>60</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 6. e).

<sup>61</sup> Tako, primjerice, nema smisla čuvati kompletan liječnički karton neke osobe nakon njene smrti, iako je potrebno čuvati ga još neko vrijeme dok postoji mogućnost da će postojati potreba za tom liječničkom dokumentacijom. Nakon proteka tog roka mogu se zadržati podaci koje je bolesti imala ta osoba, kako bi se mogli koristiti u svrhe istraživanja i sl., ali se podaci koji se odnose na identitet te osobe moraju brisati.

<sup>62</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 7. st. 1. b). Ovo pravilo se, između ostalog, primjenjuje i na odvjetnike, koji temeljem ugovora o punomoći smiju prikupljati osobne podatke ispitanika, odnosno svog klijenta, bez traženja posebne suglasnosti za svaki pojedini podatak.

<sup>63</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 7. st. 1. c).

<sup>64</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 7. st. 1. d).

kojoj se daju ti podaci,<sup>65</sup> ili je prikupljanje osobnih podataka potrebno radi zaštite određenog legitimnog interesa voditelja baze podataka ili treće osobe (ili osoba) kojoj se daju osobni podaci, pod uvjetom ne prevladavaju osobni interesi ispitanika koji se štite čl. 1. st. 1. Smjernice 95/46/EZ.<sup>66</sup>

Ova Smjernica daje određena dodatna (stroža) pravila pored osnovnih općih pravila i određene kriterije koji su precizirani u člancima 6. i 7., a odnose se na obradu određenih posebnih kategorija osobnih podataka (koji se često nazivaju “*senzitivnim podacima*”). Isto su tako definirana načela strogih pravila “*senzitivne*” obrade, napose u članku 8. Smjernice koja su povezana i s odredbama o donošenju “*automatskih odluka spram pojedinaca*” (čl. 15. Smjernice), a i člankom 20. određeni su uvjeti za postupke obrade kod kojih može doći do specifičnih rizika za prava i slobode subjekta na kojeg se odnose podaci.<sup>67</sup>

U načelu postavlja se zabrana za obradom određenih kategorija osobnih podataka, i to: onih koji otkrivaju rasno ili etničko podrijetlo, političke stavove, vjerska i filozofska uvjerenja, pripadnost sindikatu i podataka koji se odnose na zdravstveno stanje ili spolni život osobe.<sup>68</sup> Ti se podaci mogu prikupljati za liječničke i zdravstvene svrhe pod uvjetom poštivanja nacionalnih pravila o profesionalnoj tajni (čl. 8. st. 3. Smjernice).

Države članice imaju obvezu propisima odrediti tehničke i organizacijske standarde za postupanje s osobnim podacima, a napose sa senzitivnim, kako bi se spriječilo njihovo gubljenje, oštećenje, izmjena ili neovlašten pristup.<sup>69</sup> Sama Smjernica ne sadrži konkretne odredbe, budući da one ovise i o tehnološkom razvoju koji je vrlo ubrzan.

### ***3.3. Pitanje implementacije “strogih pravila o medicinskim podacima”, europska rješenja i rješenja izabranih država članica***

#### ***3.3.1. Rješenja u pravu EZ-a***

Među elementima iz Smjernice 95/46/EZ nalazi se set kriterija za “pravovaljan postupak” s osobnim podacima (čl. 7.). Svaki postupak o osobnim podacima treba biti izvršen ili s nedvosmislenim pristankom ispitanika (pacijenta), ili, pak gdje je to nužno zbog izvršenja ugovora s ispitanikom (pacijentom) ili radi nekih drugih taksativno navedenih razloga u Smjernici.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 7. st. 1. e).

<sup>66</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 7. st. 1. f). Čl. 1. st. 1. Smjernice štiti se interes fizičke osobe na zaštitu svog privatnog života u pogledu obrade osobnih podataka.

<sup>67</sup> Korf, D.: *Data Protection Laws...*, op. cit. str. 44.

<sup>68</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 8. st. 1.

<sup>69</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 17.

<sup>70</sup> Hooghiemstra, T.: *Introduction to the Special Privacy Issue*, *European Journal of Health Law*, 9, 2002., str. 182.

Članak 7. Smjernice propisuje općenito postupanje s osobnim podacima, dok se za senzitivne osobne podatke (u koje ulaze i podaci o zdravstvenom stanju osobe, čl. 8. Smjernice) predviđaju strože mjere zaštite.

Sukladno članku 8. st. 1. Smjernice države članice moraju zabraniti postupanje s osobnim podacima vezanima za zdravlje, jednako kao i za druge osjetljive podatke. Ta se zabrana prema članku 8. st. 2. neće primijeniti tamo gdje:

a) ispitanik (pacijent) da svoj izričiti pristanak za postupanje sa tim podacima, osim kada nacionalni zakoni ne dopuštaju sukladno stavku 1. uklanjanje te zabrane od strane ispitanika, ili<sup>71</sup>

b) kada je riječ o postupanju koje je nužno za svrhe poštivanja obaveza i posebnih prava voditelja zbirke podataka u okviru radnog prava u onoj mjeri u kojoj je ovlašteno od strane nacionalnog prava, a kada je to potrebno radi adekvatne zaštite;<sup>72</sup>

c) nužna obrada osobnih podataka radi zaštite vitalnih interesa samog ispitanika (pacijenta) ili neke druge osobe, kada je ispitanik fizički ili pravno nesposoban dati svoj pristanak, ili;<sup>73</sup>

d) obrada podataka koja se vrši u toku opravdanih aktivnosti s prikladnim mjerama osiguranja od strane zaklade, udruge ili bilo kojeg drugog neprofitnog tijela s političkim, filozofskim, religioznim ili sindikalnim ciljem i pod uvjetima da se postupanje odnosi jedino na članove tijela ili osobe koje imaju redovan doticaj s istim u svezi sa svrhama istoga i da se podaci ne otkriju trećim osobama bez pristanka ispitanika (pacijenta), ili<sup>74</sup>

e) obrada osobnih podataka koje je javno objavio ispitanik ili je to nužno radi utvrđivanja, dokazivanja ili obrane u pravnim postupcima.<sup>75</sup>

Zabrana obrade senzitivnih osobnih podataka (članka 8. st. 1., Smjernice), sukladno članku 8. st. 3. Smjernice, također se ne primjenjuje u slučaju kada su podaci potrebni za svrhe preventivne medicine, medicinske dijagnoze, odredbe o njezi ili tretmanu ili pružanju usluga zdravstvene skrbi, te i tamo gdje s tim

<sup>71</sup> "(a) the data subject has given his explicit consent to the processing of those data, except where the laws of the Member State provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject's giving his consent; or" (čl. 8. st. 2. a) Smjernice 46/95/EZ).

<sup>72</sup> "(b) processing is necessary for the purposes of carrying out the obligations and specific rights of the controller in the field of employment law in so far as it is authorized by national law providing for adequate safeguards; or" (čl. 8. st. 2. b) Smjernice 46/95/EZ).

<sup>73</sup> "(c) processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another person where the data subject is physically or legally incapable of giving his consent; or (čl. 8. st. 2. c) Smjernice 46/95/EZ).

<sup>74</sup> "(d) processing is carried out in the course of its legitimate activities with appropriate guarantees by a foundation, association or any other non-profit-seeking body with a political, philosophical, religious or trade-union aim and on condition that the processing relates solely to the members of the body or to persons who have regular contact with it in connection with its purposes and that the data are not disclosed to a third party without the consent of the data subjects; or" (čl. 8. st. 2. d) Smjernice 46/95/EZ).

<sup>75</sup> "(e) the processing relates to data which are manifestly made public by the data subject or is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims." (čl. 8. st. 2. e) Smjernice 46/95/EZ).

podacima postupaju subjekti koji se bave profesionalno zaštitom zdravlja temeljem nacionalnog zakonodavstva ili putem pravila ustanovljenih od strane kompetentnih tijela na razini države za obveze profesionalne tajne ili od druge osobe koja je također u jednakoj mjeri obvezna čuvati profesionalnu (liječničku) tajnu.<sup>76</sup>

Podaci objavljeni na internetskoj stranici ne predstavljaju prijenos podataka u treće zemlje ukoliko su pohranjeni na računalu čiji prostor daje na raspolaganje (*web hosting*) fizička ili pravna osoba s prebivalištem, odnosno sjedištem u zemlji članici, iako na taj način tim podacima mogu pristupiti i osobe iz trećih zemalja.

Ustvrdeno je da odredbe Smjernice ne dolaze u konflikt s općim načelom slobode izražavanja i drugim slobodama. Nacionalni sudovi dužni su prilikom primjene propisa donesenih prilikom implementacije Smjernice uspostaviti ravnotežu među ovim osnovnim načelima koja štiti pravni poredak Zajednice.

Mjere koje poduzimaju države članice za osiguranje zaštite osobnih podataka moraju biti konzistentne i s odredbama Smjernice i s njenim ciljem održavanja ravnoteže između slobodnog prometa osobnim podacima i zaštite privatnosti osoba. Unatoč tome, ništa ne sprečava države članice da prošire opseg svoje zaštite i na one aspekte koji nisu obuhvaćeni Smjernicom ukoliko to nije nedopušteno drugim odredbama pravnog sustava Zajednice (presuda Lindqvist).<sup>77</sup>

Ovom odlukom Europski sud dao je tumačenje odredaba Smjernice u svjetlu novih tehnologija, te ova odluka čini pravo Zajednice, i naprijed navedena načela trebat će poštovati svi nacionalni sudovi država članica, posebno u svjetlu zaštite osobnih podataka.

Tom se odlukom postavlja standard što znači medicinski podatak i daje se vrlo široko tumačenje tog pojma, čime se zapravo proširuje povjerljivost medicinskih podataka. Medicinskim podacima ne smatraju se samo oni koji se mogu saznati isključivo uvidom u liječnički karton osobe, već i oni koji su vidljivi i prosječnim nestručnim okom. Naime, gospođa Lindqvist je objavila podatak kako njena kolegica ima gležanj u gipsu, što je proglašeno kao nedopušteno prikupljanje senzitivnih (u ovom slučaju medicinskih) podataka. Za utvrđivanje takva podatka nije potrebno medicinsko predznanje, već je dovoljno pogledati osobu. Svaka osoba koja ima takav ili sličan medicinski problem zapravo sama obznanjuje svoje medicinsko stanje prilikom izlaska iz svog doma, ali ga objavljuje daleko užem krugu osoba nego što je to objavom na internetu, i iako je taj podatak bio poznat cijelom krugu osoba kojima je mrežna stranica bila namijenjena, ne može se prisiliti osobu da takav podatak obznani svim korisnicima interneta kojima je taj podatak postao dostupan.

<sup>76</sup> Države članice mogu u skladu s člankom 8. (4), zbog razloga značajnog javnog interesa pridodati iznimke onima koje su već navedene bilo putem nacionalnog zakonodavstva ili uslijed odluke neke više instance (nadzornog tijela).

<sup>77</sup> Case C-101/01., Lindqvist, ruling, t. 1.-6.; vidi šire: Bodiroga – Vukobrat, N., Dulčić, K., *Zaštita osobnih podataka u europskom i hrvatskom pravu*, op. cit., str. 328.

### 3.4. Usporednopravna rješenja

Države članice mogu u skladu s člankom 8. (4), zbog razloga značajnog javnog interesa, pridodati iznimke onima koje su već navedene bilo putem nacionalnog zakonodavstva ili odlukom neke više instance (nadzornog tijela).

U zemljama članicama EZ-a postoje stroga pravila o medicinskim podacima koja su sukladna Smjernici, ali postoje specifične razlike, pogotovo u slučaju implementacije ovih strogih pravila.

Francuska, recimo, ima sustav prethodnog odobrenja od strane CNIL-a (francusko tijelo za zaštitu osobnih podataka) za računalnu obradu genetičkih podataka te za istraživanje i statistiku medicinskih podataka.<sup>78</sup> U Norveškoj u principu zahtijeva se licenca (dozvola) (prethodno odobrenje) Inspektorata za podatke, za postupanje s osjetljivim podacima. Također, u Norveškoj postoji "Data protection official" ili popularno zvan "Ombudsman za privatnost u istraživanju" (*ombudsman for privacy in research*). Njegova je zadaća promicanje zaštite privatnosti, a ujedno i olakšavanje istraživanja.<sup>79</sup> U Nizozemskoj postoji jedino sustav prethodnog istraživanja od strane Tijela za zaštitu podataka u rijetkim slučajevima za koje se misli da dovode do rizika za privatnost prema nacionalnom zakonodavstvu. Nizozemsko tijelo za zaštitu podataka daje dozvolu jedino za postupanje s medicinskim podacima u rijetkim slučajevima u kojima nema druge alternative, nema sukoba s liječničkom profesionalnom tajnom, kad je postupanje s medicinskim podacima nužno prema važnom javnom interesu i prikladna jamstva su ustanovljena za zaštitu individualne privatnosti.<sup>80</sup>

Treba naglasiti da neke države imaju jedinstveni zakon o zaštiti općih podataka (npr. Nizozemska), dok druge države imaju posebni propis (akt) o medicinskim podacima (Norveška). Sukladno tome, Norveška ima Zakon o sustavima evidentiranja osobnih medicinskih podataka.

Nizozemski je Parlament usvojio Akt o zaštiti osobnih podataka (*Personal Data Protection Act*) (*Wet bescherming persoonsgegevens*, ili WBP).<sup>81</sup> Ujedno je inkorporiran i Kraljevski dekret o osjetljivim podacima (*Royal Decree on sensitive data*), koji je bio na snazi pod starim Aktom o zaštiti podataka (*Data Protection Act*).

<sup>78</sup> Vidi šire: de Lamberterie, I.: Protection of the private life in relation to medical research in Franch law, Implementation of the Data Protection Directive in Relation to Medical Research in Europe, Beyleved, D.; Townend, D.; Rouillé-Mirza; S., Wright, J. (ed.s), Ashgate, Aldershot, 2004., str. 112-113.

<sup>79</sup> Kvalheim, V.: Implementation of the Data Protection Directive in Relation to Medical Research in Norway, Beyleved, D.; Townend, D.; Rouillé-Mirza; S., Wright, J. (ed.s), Ashgate, Aldershot, 2004., str. 289.

<sup>80</sup> Wright, J.; Terstege, J.: The Implementation of Directive 95/46/EC in Dutch Law and Medical Research, Beyleved, D.; Townend, D.; Rouillé-Mirza; S., Wright, J. (ed.s), Ashgate, Aldershot, 2004., str. 273.

<sup>81</sup> Akt o zaštiti osobnih podataka (Personal Data Protection Act) (*Wet bescherming persoonsgegevens*, ili WBP), 6. srpanj 2000. WBP je stupio na snagu 1. rujna 2001., kao implementacija Smjernice 95/46/EC.



Nadzor nad obradom i uporabom osobnih podataka u Nizozemskoj provodi (sukladno odredbama Smjernice 46/95/EZ) Agencija za zaštitu osobnih podataka (CBP),<sup>82</sup> čija je nadležnost definirana člankom 4. nizozemskog Zakona o zaštiti osobnih podataka (WBP).<sup>83</sup>

Zabrana obrade osobnih podataka koji se tiču zdravlja osoba, kao što stoji u čl. 21 WBP-a, ne primjenjuje se kad obradu podataka provode:

*“a) profesionalci u zdravstvu, institucijama i zgradama zdravstvene ili socijalne skrbi, ako je to potrebno za prikladno postupanje ili njegu subjekta na kojeg se odnose podaci ili za upravu b) institucije ili profesionalnu praksu koje se tiče;*

*b) osiguravajuća društva ako je to potrebno za sljedeće:*

*1) procjenu rizika od kojeg će se osigurati kod osiguravajućeg društva i subjekt nije uputio neslaganje, ili*

*2) izvršenje ugovora o osiguranju;*

*c) škole, ako je to potrebno u pogledu omogućavanja posebne potpore za učenike ili za izradu posebnih dogovora u vezi s njihovim zdravljem;*

---

<sup>82</sup> “The Dutch Data Protection Authority (CBP) supervises compliance with legislation regulating the use of personal data.

The CBP primarily supervises compliance with and application of the Personal Data Protection Act [Wet bescherming persoonsgegevens (WBP)], the Police Files Act [Wet politieregisters (Wpolr)] and the Municipal Database (Personal Files) Act [Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (Wet GBA)].

The CBP is convinced that self-regulation will contribute effectively to the achievement of the individual’s fundamental right to the protection of his privacy. As such, the Authority is promoting the appointment of a data protection officer and is encouraging companies to formulate a code of conduct for their branch of industry or sector.” <[http://www.dutchdpa.nl/indexen/en\\_ind\\_wetten\\_zelfr.shtml](http://www.dutchdpa.nl/indexen/en_ind_wetten_zelfr.shtml)>

<sup>83</sup> “When does the WBP apply to the data processing of companies that operate internationally? The point of departure in answering this question is the place where the data controller is established.

If the data controller is established in the Netherlands or in the European Union, the WBP applies to all processing of personal data conducted within the scope of the operations of the establishment in question, regardless of where the data are processed or where the data subjects are. If the data controller is established in another Member State, the legislation of this other Member State applies.

According to the European Privacy Directive, the term “establishment” relates to centres of economic activity that may be located in different Member States. In this respect, it is irrelevant whether this involves a branch office or subsidiary with legal personality. The establishment on the territory of a Member State presupposes the effective and actual conduct of operations for an indefinite period. In a specific case, it will have to be established on the basis of the facts whether an establishment within the meaning of the directive is involved and which national law applies.

If a data controller has several branches in the European Union, this party must ensure that each of the branches conforms to the rules of the country where the branch is located.

Establishment of the data controller outside the European Union

If the data controller is not established in the European Union and processes personal data using means in the Netherlands, the WBP also applies, unless these means are only used for the transfer of personal data. In these cases, the data controller must have a person or body that represents it in the Netherlands. <[http://www.dutchdpa.nl/indexen/en\\_ind\\_wetten\\_tr.shtml](http://www.dutchdpa.nl/indexen/en_ind_wetten_tr.shtml)>

d) institucije za uvjetno služenje kazne, zaštite djece ili skrbništva, ako je to potrebno za izvršenje njihovih pravnih dužnosti;

e) Ministar pravosuđa, ako je to potrebno u vezi s provođenjem zatvorskih kazni ili pritvora, ili

f) Upravna tijela, mirovinski fondovi, zaposlenici ili institucije koje rade za njih ako je to potrebno:

1) za pravilno provođenje zakonskih obveza, regulacija mirovina ili kolektivnih ugovora koji stvaraju prava ovisno o zdravstvenom stanju subjekta čiji su podaci, ili

2) za reintegraciju ili potporu za radnike ili ljude koji imaju pravo na naknadu u vezi s bolešću ili sposobnošću za rad.“

U navedenim slučajevima podatke mogu obrađivati samo one osobe koje imaju obvezu da postupaju s povjerljivošću zbog radnog mjesta, profesije ili pravne obveze ili zbog ugovorne obveze. Kada odgovorne strane osobno obrađuju podatke, a nisu već pod izričitom obvezom da povjerljivo postupaju s njima, dužni su postupati prema podacima kao povjerljivima, osim ako su zakonom obvezani da u vezi sa svojom dužnošću podatke prosljeđuju drugim stranama koje su ovlaštene obrađivati takve podatke u skladu s pravilima.

Zabrana obrade ostalih osjetljivih podataka (kao što su religija ili rasa) ne primjenjuje se kad je potrebno nadopuniti obrađivanje osobnih podataka koji se tiču zdravlja osoba ako je relevantno da bi se bolje odredilo postupanje ili njega potrebna subjektu na kojeg se odnose podaci.<sup>84</sup> Ovo je posebice važno u Nizozemskoj, koja predstavlja specifično multikulturalno, multikonfesionalno i multirasno društvo.

Kako s pravom komentira Hooghiemstra, iako čl. 21. WBP-a ne daje iznimke za obrađivanje podataka u zdravstvu, one su dane u čl. 23. Zakona o zaštiti osobnih podataka (Personal Data Protection Act).

“1. [...], zabrana obrađivanja osobnih podataka [...] se ne odnosi na slučajeve:

a) kad se to provodi uz izričiti pristanak subjekta na koji se odnose podaci;

b) kad je podatke očitim djelovanjima javno objavio subjekt na koji se odnose podaci;

c) kad je to potrebno da bi se utvrdilo, provelo ili obranilo neko zakonsko pravo;

d) kad je to potrebno da bi se postupilo u skladu s obvezom međunarodnog javnog prava, ili

e) kad je to potrebno s obzirom na važni javni interes, gdje su prikladna jamstva za zaštitu privatnosti postavljena po zakonu izuzev u slučajevima gdje agencija za zaštitu podataka dopusti iznimku. Kad dopušta iznimku, odbor može stvarati pravila i ograničenja.”<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Hooghiemstra, T.: The Implementation of Directive 95/46/EC in the Netherlands, with Special Regard to Medical Data, *European Journal of Health Law*, 9, 2002, str. 220 i 221.

<sup>85</sup> Hooghiemstra, T.: The Implementation..., op. cit., str. 221.

U Nizozemskoj je profesionalna tajnost liječnika, između ostalog, izložena u Zakonu o ugovorima o bolničkom liječenju (*Medical Treatment Contracts Act*).<sup>86</sup>

U Velikoj Britaniji postavilo se pitanje što se podrazumijeva pod pojmom “*in the substantial public interest*” (relevantan javni interes). Naime, Smjernica 95/46/EZ dopušta državama članicama uvođenje i dodatnih iznimaka od pravila ne prikupljanja senzitivnih podataka, a ovlasti mogu biti dane zakonom ili odlukom Tijela za zaštitu osobnih podataka ukoliko se radi o relevantnom javnom interesu.<sup>87</sup> Pitanje jest: može li se dopustiti obrada senzitivnih osobnih podataka privatnopravnim subjektima primjerice glede zdravstvenog stanja zaposlenika. “Nezadovoljavajuće je to da ne postoji jasna pravna osnova po kojoj poslodavac može obrađivati podatke o bolesti zaposlenika bez njihova izričita pristanka. Smjernica postavlja mogućnost iznimke obrade senzitivnih podataka samo u slučaju relevantnog javnog interesa, ali relevantni javni interes poslodavaca u čuvanju podataka o bolestima zaposlenika postoji, i bez da se postavlja iracionalni zahtjev poslodavcima za pribavljanje pristanka zaposlenika kako bi ta obrada podataka bila u skladu sa Zakonom o zaštiti osobnih podataka.”<sup>88</sup>

U talijanskoj praksi pokazalo se kako su opća ovlaštenja s ograničenim rokom valjanosti od dvanaest mjeseci dobro rješenje za davanje ovlasti privatnopravnim subjektima za raspolaganje posebnim, odnosno senzitivnim, osobnim podacima kojima pripadaju i podaci o zdravstvenom stanju.<sup>89</sup> Tako je i u lipnju 2007. godine doneseno Ovlaštenje br. 2/2007 za obradu podataka koji su podesni za utvrđivanje zdravstvenog stanja i spolnog života.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Hooghiemstra, T.: loc. cit.

<sup>87</sup> Smjernica 95/46/EZ, čl. 8. st. 4.

<sup>88</sup> Korff, D.: EC Study on Implementation of Data Protection Directive (Study Contract ETD/2001/B5-3001/A/49), str. 93.

<sup>89</sup> Članak 41. st. 5. Codice in materia di protezione dei dati personali, GU n. 174 del 29-7-2003 - Suppl. Ord. n. 123 - Testo in vigore dal 1-1-2004.

<sup>90</sup> Odobrenje doneseno 28. lipnja 2007., objavljeno G.U., br. 196, od 24. kolovoza 2007., supp. redovitom broju 186.

Ovim ovlaštenjem se dopušta medicinskom osoblju obrada podataka koji su pogodni za utvrđivanje zdravstvenog stanja, kada su ti podaci ili radnje neophodni za zaštitu fizičkog integriteta ili zdravlja treće osobe ili zajednice, a suglasnost nije dana i nemoguće je dobiti istu usljed faktične nemogućnosti. Dopušta se i tijelima i privatnim centrima za pružanje njege, kao i drugim privatnim subjektima uz pristanak subjekta podataka, obrađivati podatke koji su podesni za utvrđivanje zdravstvenog stanja ili spolnog života. Također se dopušta i javnim zdravstvenim ustanovama, kao i institutima, bilo onim pri sveučilištima uključujući i sveučilišta i druga javna tijela, u slučajevima kada primjenjuju svoje javne ovlasti u pogledu zdravstvene zaštite obrađivati podatke iz kojih je vidljivo zdravstveno stanje ukoliko istovremeno ispunjavaju i sljedeće uvjete: 1) obrada se vrši s ciljem skrbi za fizički integritet i zdravlje treće osobe ili zajednice; 2) nema suglasnosti osobe čiji se podaci obrađuju i objektivno je nemoguće dobiti ju; 3) ako se ne radi o administrativnim aktivnostima povezanim s prevencijom, dijagnozom, njegom i rehabilitacijom sukladno čl. 85. st. 1. i 2. Zakona o zaštiti osobnih podataka. Isto je tako dopuštena obrada osobnih podataka koji su podesni za utvrđivanje zdravstvenog stanja ili spolnog života i drugim osobama, ukoliko to čine radi zaštite tjelesnog integriteta i zdravlja treće osobe. U slučaju kada se ti podaci prikupljaju radi zaštite interesa upravo te osobe čiji se podaci obrađuju potrebna je njena suglasnost, a kada nije

Genetski podaci specifični su jer otkrivaju osobne podatke ne samo osobe na koju se odnose već i svih njenih krvnih srodnika. Isto tako se pored trenutnog zdravstvenog stanja mogu otkriti i sklonosti za obolijevanje od nekih bolesti.

u mogućnosti dati ju, tada je potrebna suglasnost zakonskog zastupnika ili najbližeg srodnika, a ako ni te nema, potrebna je suglasnost odgovorne osobe ustanove u kojoj osoba na koju se odnose podaci ima prebivalište. Ovo ovlaštenje određuje i krug odgovornih fizičkih osoba u okviru institucija koje dobivaju ovlasti koje imaju pravo obrađivati te osobne podatke. Tako su na to ovlašteni liječnici, farmaceuti, stomatolozi, psiholozi, kao i druga zdravstvena zanimanja koja se upisuju u komoru ili imenik, isto tako medicinske sestre, tehničari i fizioterapeuti koji svoje zanimanje obavljaju samostalno, ali i privatnim ustanovama koje ne djeluju u okviru državnih zdravstvenih institucija.

Potom se taksativno navode i određena istraživanja za koja je dopušteno prikupljati podatke koji se odnose na zdravlje ili spolni život (npr. u pogledu izloženosti određenim rizicima ili u pogledu zaštite na radu), a isto tako se daje i ovlast za prikupljanje senzitivnih osobnih podataka volonterskim organizacijama samo u okviru ostvarivanja njihova cilja i u najužoj mogućoj mjeri. Isto se tako ograničeno ovlaštenje daje zajednicama za oporavak (komunama), staračkim domovima, institucijama koje se bave njegom bolesnika i sličnim organizacijama, upravo kako bi mogle ostvariti svoj cilj – oporavka ili njege svojih štíćenika. Vjerskim organizacijama daje se pravo prikupljati senzitivne podatke svojih članova, ali opet samo u najužoj mogućoj mjeri, čime nemaju ovlasti čuvati niti prikupljati podatke koji se ne odnose usko na njihovu djelatnost. I isto tako i drugim tijelima koji određenoj osobi pružaju neke usluge. Na temelju ugovora mogu obrađivati podatke koji su im neophodni radi ispunjenja ugovora, iako se temeljem njih mogu saznati podaci koji se odnose na zdravlje ili spolni život njihova klijenta. Navedene su taksativno djelatnosti koje obuhvaća ovo ovlaštenje, a to su osobe koje daju kredite, osiguravajuća društva, ali i isporuku medicinskih pomagala za vid, sluh ili kretanje. Isto tako su ovlaštene osobe koje organiziraju sportske aktivnosti prikupljati samo one podatke koji potvrđuju sposobnost zainteresirane osobe baviti se tim aktivnostima. Isto tako su ovlaštene obrađivati osobne podatke koji jesu senzitivni, ali im je bez njih nemoguć rad, ustanove koje sudjeluju u transplantaciji organa i tkiva i dobrovoljnom davanju krvi.

Kao iznimka, dopušteno je prikupljanje senzitivnih podataka za potrebe sudskih postupaka (građanskih i kaznenih), kao i u okviru ostvarivanja prava iz radnog odnosa.

Određuje se i način na koji se mora vršiti računalna obrada ovih podataka, a to je da se u najmanjoj mogućoj mjeri unose identifikacijske oznake osobe čiji su to podaci, već je potrebno računalne programe prilagoditi na način da se podatak koji zahtijeva dalju obradu ili obavijest može na jedinstven način povezati s osobom, ali da se ne pohranjuju zajedno ime i podaci o zdravstvenom stanju ili drugi senzitivni podaci te osobe. Podaci se smiju obrađivati samo u gore navedene svrhe. U istu kategoriju ubrajaju se i podaci koji se odnose na nerođenu djecu te se štite i njihova prava. Senzitivni podaci smiju se čuvati samo onoliko koliko je nužno za ispunjenje obveze. Isto tako najstrože je zabranjeno njihovo širenje i omogućavanje pristupa tim podacima širem krugu osoba od onog koji je nužan, a pogotovo se ne smiju davati trećima, osim u slučaju kada je to posebno predviđeno zakonom u cilju zaštite zajednice.

Dijelove ove odluke talijanske Agencije za zaštitu osobnih podataka navodimo u skraćenom prijevodu za potrebe ovoga rada, kako bi ukazali hrvatskoj stručnoj, ali i široj javnosti na potrebu takvog reguliranja i u našoj zemlji. Jer unatoč detaljnim propisima koji postavljaju uvjete raspolaganja senzitivnim osobnim podacima, a napose podacima o zdravstvenom stanju, mogući su problemi u praksi, a ukoliko uopće takvih propisa nema, može se dogoditi da osoba koja bi imala opravdani interes ne dobije ovlaštenje obrade senzitivnih podataka od strane Agencije za zaštitu osobnih podataka, a i s obzirom na brojnost osoba koje tim podacima moraju raspolagati, ovakvim općim rješenjima i ovlaštenjima smanjuje se pritisak na Agenciju, koja stoga svoje vrijeme može posvetiti zaista dubioznim i problematičnim slučajevima.

Takvi podaci zanimljivi su, ne samo za znanstvena istraživanja, već i u komercijalne svrhe, primjerice za osiguravajuća društva ili poslodavce.

Razvoj tehnologije i znanosti proučavanja genoma omogućio je relativno nisku cijenu za analizu vlastitog genoma.

Dana, 16. studenoga 2007. tvrtka *Decode genetics* ponudila je paket pod imenom "Decode me".<sup>91</sup> Upisom na mrežnu stranicu tvrtke moguće je brzo i jednostavno putem pošte naručiti "osobni kit" za dekodiranje DNK. Nakon toga u kratkom vremenskom razdoblju tvrtka šalje paket u kojemu je tampon za slinu s kratkim i jasnim naputkom.

Nakon dva, a najdulje četiri tjedna elektronskom poštom stiže lozinka pomoću koje možete očitati vlastiti genetski kod.<sup>92</sup> Tako se može doznati kolika je vjerojatnost da čovjek oboli od neke bolesti. "Decode me" ne analizira čitav DNK, već se fokusira na polimorfizme pojedinih nukleotida (Snp). Cijena ovdje opisane usluge iznosi 985 USD.<sup>93</sup>

Ako malo razmislimo, to je neznatan iznos ako se zna da se do nedavno radilo o veoma visokim novčanim iznosima.

Čelnik *Decode genetics*, Kari Stefansson replicirajući kritičarima ističe da *Decode genetics* ne nudi dijagnozu već samo genetske i genske informacije.

Samo tri dana nakon najave ove komercijalne usluge što je pruža *Decode genetics*, vijest o ponudi gotovo identične mogućnosti genskoga testa u svrhu utvrđivanja vjerojatnosti oboljenja od pojedine bolesti ponudila je do nedavno nepoznata tvrtka 23andMe.<sup>94</sup> Na internetu je izazvalo pozornost da je u ovu u široj javnosti nepoznatu tvrtku 3,9 milijuna dolara uložio Google, a daljnji ulagatelji su Genentech, Mohr Davidow Ventures i New Enterprise Associates.

To samo svjedoči o ulasku *global playera* u ovu oblast. Elektronski i tiskani mediji govore o "low cost genetskoj areni."

Razvidno je da senzitivni podaci za koje se do jučer činilo da su nedostupni široj javnosti, postaju dostupni, što otvara čitav niz medicinskih, filozofskih, etičkih i drugih pitanja.

Talijanska Agencija za zaštitu osobnih podataka donijela je opće odobrenje za obradu genetskih podataka.<sup>95</sup> Odlukom se definiraju pojmovi koji su potrebni za njeno razumijevanje i njenu primjenu, kao što je genetski podatak, biološki uzorak ili genetski test. Strogo su određene ovlaštene osobe za pohranu i obradu

<sup>91</sup> <<http://www.decodeme.com/>>

<sup>92</sup> Johnatan Rothberg i Francis Collings koji su sekvencirali ljudski genom tvrde "identifikacija gena koji se povezuje s nekom bolešću ne znači ništa sama po sebi. Mi još uvijek ne razumijemo ljudski genom u potpunosti jer poznajemo načela interakcije svih gena. Imati neki gen ne znači u konačnici pojavu bolesti koju vezujemo za taj gen, i taj nam podatak ništa definitivno ne govori sve dok ne spoznamo kako drugi geni djeluju na aktivaciju, odnosno inhibiciju navedenog gena". Čelnik *Decode genetics*, Kari Stefansson replicirajući kritičarima ističe da *Decode genetics* ne nudi dijagnozu već samo genetske i genske informacije.

<sup>93</sup> Novi list, Pogled, 5. siječanj 2008., str. 17.

<sup>94</sup> <<https://www.23andme.com/>>

<sup>95</sup> Autorizzazione al trattamento dei dati genetici - 22 febbraio 2007 [1389918], G.U. n. 65 del 19 marzo 2007.

genetskih podataka i u koju svrhu je dopušteno provoditi genetske analize. Isto tako određuju se i načini na koje se može vršiti obrada, te se postavlja stroga zabrana obrade genetskih podataka više od onog za koju su svrhu prikupljeni (npr. ako se u sudskom postupku temeljem DNA identifikacije želi utvrditi da li je određena osoba bila na nekom mjestu, nije dopušteno isti uzorak koristiti da bi se utvrdilo genetska oboljenja te osobe, iako je dopušteno genetske podatke prikupljene radi medicinskih pretraga koristiti u sudskom postupku radi utvrđivanja činjenica). Odlukom se propisuju i sigurnosne mjere koje se moraju zadovoljiti prilikom obrade i pohrane genetskih osobnih podataka, i koje su vrlo stroge i zahtjevne. Isto tako je detaljno razrađen način davanja pristanka osobe čiji se podaci prikupljaju, kao i informacije koje toj osobi moraju biti dane. Ovo odobrenje privremenog je karaktera i podložno je reviziji u roku od godine dana.

### ***3.5. Odnos između propisa o zaštiti medicinskih podataka i prava na pristup medicinskim podacima (od strane koga i pod kojim uvjetima)***

U samoj Smjernici 95/46/EZ medicinski podaci nazivaju se osobnim zdravstvenim podacima. Naročito bitan element u samoj definiciji osobnih podataka jest da se podatak odnosi na osobu kojoj je ustanovljen identitet ili osobu kojoj se može ustanoviti identitet. Osobni podaci uključuju, po Smjernici, bilo koji podatak koji bilo izravno bilo neizravno, ustanovljuje identitet pojedinca s osvrtom na njegovo/njezino ime, identifikacijski broj ili jedan ili više faktora specifičnih za njegov/njezin fizički, psihološki, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet. Osobni zdravstveni podaci (medicinski podaci) uključuju sve podatke koji se mogu ustanoviti s obzirom na mentalno ili fizičko zdravlje osobe.

Medicinski podaci koji su subjekt profesionalne tajne, u načelu, ne smiju se objelodaniti drugim osobama osim samome pacijentu i osobama koje ga njeguju i kojima su informacije potrebne radi što kvalitetnije njege pacijenta, osim ako nije drugačije određeno nekim drugim propisom, zakonom ili statutom. Sukladno čl. 12. Smjernice 95/46/EZ države članice moraju svakom pacijentu jamčiti pravo da od svake osobe koja mu pruža njegu ili druge osobe koja nadzire medicinske podatke (poput osiguravajućeg zdravstvenog društva) uspije dobiti :

- a) bez pritiska u razumnim intervalima i bez prevelike odgode ili troška:
  - 1) potvrdu o tome da li se ili nije, s podacima koji se na njega odnose postupalo, te informacije barem o svrhama postupanja, kategorijama podataka o kojima je riječ, te primateljima ili kategorijama primatelja kojima su podaci pokazani;
  - 2) objašnjenje na njemu razumljiv način o postupanju s podacima te o bilo kojoj informaciji od samoga začetka;
  - 3) znanje o logici koja je uporabljena u automatskom postupanju s podacima koji se njega tiču, a barem u slučaju automatskih odluka;



- b) ako je potrebno ispravljanje, brisanje ili blokiranje podataka jer postupanje s njima nije u skladu s odredbama Smjernice, osobito zbog nepotpunosti i nepreciznosti samih podataka;
- c) obavješćavanje trećih osoba kojima su podaci pokazani o bilo kakvom ispravku, brisanju ili blokiranju do kojih je došlo uslijed (b), osim ako se to pokaže nemogućim ili zahtijeva prevelike napore.

Ovo pravo pripada svakom subjektu i svatko ima pravo znati tko i u koju svrhu obrađuje njegove osobne podatke, neovisno od toga ima li pravo tražiti ili ne brisanje svojih podataka, ovisno o tome kojim je propisima regulirano pravo ili dužnost osobe koja vodi zbirku podataka. Isto tako pravo na pristup vlastitim osobnim podacima nije vezano pravom na pristup informacijama (kada svatko ima pravo tražiti određene akte javnih tijela čime se vrši nadzor rada javnih tijela).<sup>96</sup>

Iako je zaštita privatnosti u liječničkoj profesiji značajna još od 4. stoljeća prije Krista (kada je i postavljena Hipokratova zakletva), to danas postaje sve značajnije i sve teže. Kako je u postupak liječenja uključen sve veći broj stručnjaka potrebnih za ustanovljavanje pravilne dijagnoze, vrlo često podaci o zdravstvenom stanju osoba moraju biti dostupni i osobama izvan liječničkih ustanova, kao što su primjerice osiguravajuća društva. Informatizacija u zdravstvu olakšava uvelike liječenje, ali donosi nove rizike i daleko veću odgovornost.<sup>97</sup>

Nesporno je kako su videosnimke osobni podaci i zbog zaštite značajnog društvenog interesa postoji mogućnost prikupljati ih (čl. 3. st. 2. Smjernice). Stoga je potrebno jasno odrediti što će se snimati kako se ne bi ulazilo više nego što je neophodno u privatnost pacijenta (pa je moguće snimati hodnike, ali nikako ne bi bilo prihvatljivo snimati unutar ordinacije).<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Vidi šire: Buttarelli, G.: op. cit., str. 301.-304.

<sup>97</sup> Vidi primjere navedene u: Engaging Privacy and Information Technology in a Digital Age, Waldo, J.; Lin, H.S.; Millett, L.I. (ed.s), The National Academic Press, Washington, D.C., 2007., str. 211.-212., u kojima se opisuju moguće povrede prava pacijenta na privatnost u liječničkoj ordinaciji, počevši od liječnika koji nije zatvorio vrata svoje ordinacije pa su njegov razgovor s pacijentom mogli čuti prolaznici na hodniku, zatim liječnika koji je greškom ostavio podatke o zdravstvenom stanju pacijenta među časopisima u čekaonici, do baza podataka pacijenata koje se vode na računalu i u koje je netko provalio ilegalno ili su greškom bile dostupne svima putem interneta, pa ih je tada tvrtka za proizvodnju računalnih programa izdvojila i na CD-u prodavala farmaceutskim tvrtkama, ili podaci o bolesti koji su dani istraživačima koji su potom učestalo slali pozive pacijentu za sudjelovanje u testiranju novih lijekova. Neki su primjeri opisani i u radu: Pierre, M.C.: New Technology, Old Issues: The All-Digital Hospital and Medical Information Privacy, Rutgers Law Review, vol. 56 (2003.-2004.), br. 2., str. 542. bilješka 13. u kojoj se citiraju novinski članci u svezi s različitim propustima zdravstvenih ustanova koje nisu svoje elektroničke podatke o pacijentima adekvatno čuvale te su dospjeli u javnost bez suglasnosti osoba na koje su se odnosili.

<sup>98</sup> Vidi šire: Korf, D.: EC Study on Implementation of Data Protection Directive, op. cit., str. 146.-156.

#### 4. *Zaštita osobnih podataka pacijenata u hrvatskom pravu*

Zdravstvena skrb mora obrađivati velike količine podataka za izravnu njegu pacijenata i financiranje, kao i za istraživanja i planiranja. U praksi u zdravstvu premalo se pažnje posvećuje zaštiti osobnih podataka i profesionalnoj liječničkoj tajnosti podataka.

*Ustav Republike Hrvatske* jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka.<sup>99</sup> Takvi se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz privolu ispitanika ili uz uvjete predviđene zakonom, dok je zabranjena uporaba suprotna svrsi njihova prikupljanja. Zaštita podataka i nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava u Republici Hrvatskoj uređuje se zakonom.

Zaštita ljudskih prava, pa tako i zaštita osobnih podataka moguća je jedino u građanskom društvu. *Zakon o obveznim odnosima* ne uređuje cjelovito osobna prava nego samo uređuje popravljjanje neimovinske štete koja je definirana kao "povreda prava osobnosti".

Usvajanjem objektivne koncepcije neimovinske štete kao povrede prava osobnosti (čl. 1046. ZOO/05) učinjen je veliki pomak u zaštiti prava osobnosti. Sukladno ovoj koncepciji neimovinska šteta nastaje već samom povredom prava osobnosti, a ne tek povredom izazvanom posljedicama (bol i strah) kao što je bilo u ranijem ZOO-u.

*Zakon o obveznim odnosima*<sup>100</sup> u čl. 19. određuje:

*"(1) Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih prava osobnosti pod pretpostavkama utvrđenim zakonom.*

*(2) Pod pravima osobnosti u smislu ovoga Zakona razumijevaju se prava na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr.*

Zbog svega naprijed navedenoga u čl. 1047. st. 1. ZOO-a, hrvatski je zakonodavac predvidio i da svatko može zahtijevati od drugoga ukloniti izvor opasnosti od kojega prijeti šteta njemu ili drugoj osobi, te se suzdržati od djelatnosti iz koje proistječe uznemiravanje ili pak opasnost od štete, ako se ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama. Sud će na zahtjev zainteresirane osobe narediti poduzimanje odgovarajućih mjera glede sprječavanja nastanka štete ili uznemiravanja ili uklanjanja izvora opasnosti na trošak posjednika izvora opasnosti, ukoliko ovaj sam to ne učini.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Čl. 37. Ustava Republike Hrvatske glasi: Svakom se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka. Bez privole ispitanika, osobni se podaci mogu prikupljati, obrađivati i koristiti samo uz uvjete određene zakonom.

Zakonom se uređuje zaštita podataka te nadzor nad djelovanjem informatičkih sustava u državi. Zabranjena je uporaba osobnih podataka suprotna utvrđenoj svrsi njihovoga prikupljanja. Narodne novine, br. 41/01 i 55/01.

<sup>100</sup> Narodne novine, br. 35/05., nadalje: ZOO.

<sup>101</sup> Dika, M., *Zaštita prava osobnosti u parničnom i ovršnom postupku*, u Klarić, P., (ur.) *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 267.

Do donošenja *Zakona o zaštiti prava pacijenata*,<sup>102</sup> prava pacijenata bila su regulirana setom zakona koji se tiču medicinske struke. Kroz te tzv. “strukovne” zakone hrvatski je zakonodavac nastojao osigurati zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda te ljudskog dostojanstva i integriteta glede primjene biologije i medicine. Međutim, kako se napredak znanosti i znanstvena postignuća razvijaju brže nego nacionalna legislativa, važno je ukazati na deficite u nacionalnom zakonodavstvu i dati prijedloge *de lege ferenda*.

Također treba naglasiti da niti u jednom tekstu nije evidentiran kao problem zaštita osobnih podataka pacijenata.

Uvođenjem privatnog zdravstvenog i životnog osiguranja i jačom prisutnošću velikih osiguravateljskih tvrtki (domaćih i inozemnih) očekivati je da će se pojaviti i velik broj tužbi koje se tiču zaštite osobnih podataka pacijenata.<sup>103</sup>

Dva su zakona koja reguliraju ovu specifičnu problematiku, i to *Zakon o zaštiti osobnih podataka*<sup>104</sup> i *Zakon o pravu na pristup informacijama*<sup>105</sup>, te *podzakonski akti: Uredba o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka*<sup>106</sup> te *Uredba o načinu vođenja i obrascu evidencije o zbirkama osobnih podataka*.<sup>107</sup>

U temeljnim odredbama *Zakona o zaštiti osobnih podataka* utvrđuje se da se Zakonom uređuje zaštita osobnih podataka o fizičkim osobama te nadzor nad prikupljanjem, obradom i korištenjem osobnih podataka u Republici Hrvatskoj. Sukladno međunarodnim izvorima prava, hrvatski je zakonodavac naveo da je svrha zaštite osobnih podataka zapravo zaštita privatnog života i ostalih ljudskih prava i temeljnih sloboda u prikupljanju, obradi i korištenju osobnih podataka.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Narodne novine, br. 169/04., od 3. prosinca 2004.

<sup>103</sup> Opravdani je strah autorica teksta u pogledu zaštite osobnih podataka pri osiguravajućim tvrtkama, budući da u pogledu osiguranja od automobilske odgovornosti imaju iskustva dobivanja obavijesti od strane tvrtki s kojima nemaju sklopljen ugovor (niti su ikada imale, niti su zatražile njihove ponude), a koje su poznate s njihovim osobnim imenom, adresom stanovanja, vrstom motornog vozila, a ponekad i brojem telefona upravo u vrijeme isticanja osiguranja njihova motornog vozila. To je očit dokaz da, unatoč ekonomskom interesu osiguravatelja da čuva osobne podatke svojih klijenata, isti “cure” konkurentskim tvrtkama. U takvom okruženju autoricama se čini vrlo rizičnim pohraniti svoje senzitivne osobne podatke koji se tiču njihova zdravstvenog stanja, njihovih obiteljskih prilika i drugih podataka koji zalaze u njihovu osobnost i privatnost u takvim i sličnim tvrtkama. Naime, očito jest da ne postoji učinkovita kontrola načina manipuliranja, obrade i čuvanja osobnih podataka u istima, budući da ne štite niti vlastiti ekonomski interes, pa je onda teško očekivati da će poduzeti adekvatne mjere zaštite osobnih prava svojih klijenata, odnosno osiguranika.

<sup>104</sup> Narodne novine, br. 103/2003, od 26. lipnja 2003.

<sup>105</sup> Narodne novine, br. 172/03.

<sup>106</sup> Narodne novine, br. 139/2004, od 6. listopada 2004.

<sup>107</sup> Narodne novine, br. 105/2004, od 28. srpnja 2004.

<sup>108</sup> 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. (čl. 3. *Zakona o zaštiti osobnih podataka*)

Zakonodavac je u čl. 2.<sup>109</sup> dao definicije pojmova što je osobni podatak, pojam obrade podataka, zbirke osobnih podataka, voditelj zbirke osobnih podataka, korisnika, privole ispitanika.

U Zakonu se izrijekom utvrđuje da se odredbe odnose na sve zbirke osobnih podataka bez obzira jesu li predmet automatske ili ručne obrade. Polje primjene ovoga Zakona odnosi se na obradu osobnih podataka od strane državnih tijela, tijela lokalne i regionalne samouprave te pravnih i fizičkih osoba<sup>110</sup> koje obrađuju osobne podatke.

Zakonodavac je postavio uvjete pod kojima se mogu prikupljati podaci, te propisao da se osobni podaci mogu prikupljati u svrhu s kojom je ispitanik<sup>111</sup> upoznat, koja je izrijekom navedena, te sukladna Zakonu.<sup>112</sup>

Važno je istaknuti da osobni podaci moraju biti bitni za postizanje utvrđene svrhe i ne smiju se prikupljati u većem opsegu nego što je to nužno da bi se postigla određena svrha. Također, osobni podaci moraju biti točni, potpuni i ažurni glede njihovoga čuvanja, moraju se čuvati u obliku koji dopušta identifikaciju ispitanika, ali ne dulje nego što je to potrebno za svrhu za koju se podaci prikupljaju ili dalje obrađuju. Za zakonitost postupanja odgovoran je voditelj zbirke osobnih podataka.

U čl. 7. Zakon predviđa da se osobni podaci smiju prikupljati i dalje obrađivati pod sljedećim uvjetima:

<sup>109</sup> Čl. 2. Zakona o zaštiti osobnih podataka definira:

1. Da je osobni podatak svaka informacija koja se odnosi na identificiranu fizičku osobu ili fizičku osobu koja se može identificirati (ispitanik); osoba koja se može identificirati je osoba čiji se identitet može utvrditi izravno ili neizravno, posebno na osnovi jednog ili više obilježja specifičnih za njezin fizički, psihološki, mentalni, gospodarski, kulturni ili socijalni identitet.

2. Pod pojmom obrada osobnih podataka podrazumijeva se 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.

3. Zbirka osobnih podataka je svaki skup osobnih podataka koji je dostupan prema posebnim kriterijima, bilo centraliziranim, decentraliziranim ili raspršenim na funkcionalnom ili zemljopisnom temelju i bez obzira na to da li je sadržan u računalnim bazama osobnih podataka ili se vodi primjenom drugih tehničkih pomagala ili ručno.

3. Voditelj zbirke osobnih podataka je fizička ili pravna osoba, državno ili drugo tijelo koje utvrđuje svrhu i način obrade osobnih podataka. Kada je svrha i način obrade propisan zakonom, istim se zakonom određuje i voditelj zbirke osobnih podataka.

<sup>110</sup> Odredbe Zakona ne primjenjuju se na obradu osobnih podataka koju provode fizičke osobe isključivo za osobnu primjenu ili za potrebe kućanstva (čl. 4. Zakona o zaštiti osobnih podataka).

<sup>111</sup> U daljnjem tekstu koristi se termin *ispitanik* kako ga koristi Zakon, a misli se na informacije koje se odnose na identificiranu fizičku osobu ili fizičku osobu koja se može identificirati. (čl. 2. st. 2. Zakona)

<sup>112</sup> Daljnja obrada osobnih podataka u povijesne, statističke ili znanstvene svrhe neće se smatrati nepodudarnom, pod uvjetom da se poduzmu odgovarajuće zaštitne mjere. (čl. 6. Zakona)

- uz privolu ispitanika<sup>113</sup> ili
- u slučajevima određenim zakonom.

Ako se prikupljanje i obrada osobnih podataka vrši uz privolu ispitanika, osobni se podaci smiju prikupljati i dalje obrađivati samo za svrhu za koju je ispitanik dao privolu.

Štiteći društvene i pravne vrijednosti kao dio općega dobra, zakonodavac je utvrdio slučajeve u kojima se bez privole ispitanika osobni podaci smiju prikupljati i obrađivati:

- u svrhu izvršavanja zakonskih obveza voditelja zbirke osobnih podataka;
- u svrhu zaštite života ili tjelesnog integriteta ispitanika ili druge osobe u slučaju kada ispitanik fizički ili pravno nije u mogućnosti dati svoj pristanak ili
- ako je ispitanik sam objavio te podatke.

Zakon za senzitivne (osjetljive) podatke koristi termin posebna kategorija osobnih podataka. Zakonodavac je propisao da je zabranjeno prikupljanje i daljnja obrada osobnih podataka koji se odnose na rasno ili etničko podrijetlo, politička stajališta, vjerska ili druga uvjerenja, sindikalno članstvo, zdravlje ili spolni život i osobnih podataka o kaznenom i prekršajnom postupku.<sup>114</sup> Čl. 8. Zakona predviđa da će se Uredbom Vlade, a uz prethodno pribavljeno mišljenje Agencije za zaštitu osobnih podataka, propisati način pohranjivanja i posebne mjere tehničke zaštite. To je i učinjeno Uredbom o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka. (Narodne novine, 139/2004.)<sup>115</sup> i Uredbom o načinu vođenja i obrascu evidencije o zbirka-ma osobnih podataka.

Valja također naglasiti da Zakon o zaštiti osobnih podataka u čl. 9. predviđa da je prije prikupljanja bilo kakvih osobnih podataka, voditelj zbirke osobnih podataka ili izvršitelj obrade dužan informirati ispitanika, znači i pacijenta čiji se podaci prikupljaju, o identitetu voditelja zbirke osobnih podataka, o svrsi obrade kojoj su podaci namijenjeni, o korisnicima ili kategorijama korisnika osobnih podataka, te radi li se o dobrovoljnom ili obveznom davanju podataka i o mogućim posljedicama uskrate davanja podataka.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> Privola ispitanika je slobodno dano i izričito očitovanje volje ispitanika kojom on izražava svoju suglasnost s obradom njegovih osobnih podataka u određene svrhe.

<sup>114</sup> Iznimke su predviđene čl. 7. radi zaštite općih vrijednosti, uz privolu ispitanika te slučajeve predviđene zakonom.

Ako se obrada provodi u okviru djelatnosti ustanove, udruženja ili bilo kojeg drugog neprofitnog tijela s političkom, vjerskom ili drugom svrhom, te pod uvjetom da se obrada isključivo odnosi na njihove članove, te da podaci ne budu otkriveni trećoj strani bez pristanka ispitanika. Ovakva obrada mora biti posebno označena i zaštićena.

<sup>115</sup> Zbirke posebnih osobnih podataka obvezno se pohranjuju na prenosive informatičke medije dnevno, tjedno, mjesečno i godišnje, po završetku svih poslova vođenja zbirke osobnih podataka za potrebe obnove zbirke u slučaju požara, poplave, potresa ili neke druge više sile. (čl. 23. Uredbe o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka.

<sup>116</sup> Ukoliko se radi o obveznom davanju osobnih podataka navodi se i zakonska osnova za obradu osobnih podataka.

Prije davanja osobnih podataka na korištenje drugim korisnicima, voditelj zbirke osobnih podataka dužan je o tome informirati pacijenta. Informacije se daju ispitaniku (pacijentu) neovisno o tome prikupljaju li se osobni podaci neposredno od ispitanika ili iz drugih izvora.

Voditelj zbirke osobnih podataka za svaku zbirku osobnih podataka koju vodi uspostavlja i vodi evidenciju, koja sadrži temeljne informacije o zbirci.<sup>117</sup>

Ovakve evidencije dostavljaju se Agenciji za zaštitu osobnih podataka i sjedinjavaju u Središnjem registru<sup>118</sup> kojeg vodi Agencija za zaštitu osobnih podataka. Evidencije iz Središnjeg registra, u pravilu, dostupne su javnosti.

#### **4.1. Prava ispitanika (pacijenta) i zaštita prava**

Sukladno čl. 19. Zakona o zaštiti osobnih podataka, svakome ispitaniku, u našem slučaju pacijentu (u daljnjem tekstu ispitanik jer taj termin koristi zakonodavac) koji podnese zahtjev, voditelj zbirke osobnih podataka dužan je najkasnije u roku od 30 dana od podnošenja zahtjeva: dostaviti potvrdu o tome da li se osobni podaci koji se odnose na njega obrađuju ili ne, dati obavijest u razumljivom obliku o podacima koji se odnose na njega čija je obrada u tijeku, te o izvoru tih podataka, omogućiti uvid u evidenciju zbirke osobnih podataka te uvid u osobne podatke sadržane u zbirci osobnih podataka koji se odnose na njega, te njihovo prepisivanje, dostaviti izvatke, potvrde ili ispise osobnih podataka sadržanih u zbirci osobnih podataka koji se na njega odnose, a koji moraju sadržavati i naznaku svrhe i pravnog temelja prikupljanja, obrade i korištenja tih podataka. Također treba dostaviti ispis podataka o tome tko je i za koje svrhe i po kojem pravnom temelju dobio osobne podatke koji se odnose na njega, te također, dati obavijest o logici bilo koje automatske obrade podataka koja se na njega odnosi.

Valja također istaći da je voditelj zbirke osobnih podataka dužan na zahtjev ispitanika dopuniti, izmijeniti ili brisati osobne podatke ako su podaci nepotpuni, netočni ili neažurni, te ako njihova obrada nije u skladu sa Zakonom o zaštiti osobnih podataka. O tim poduzetim radnjama voditelj zbirke osobnih podataka dužan je najkasnije u roku od 30 dana izvijestiti osobu na koju se osobni podaci odnose i korisnike osobnih podataka.

<sup>117</sup> Ti podaci su: naziv zbirke, naziv odnosno ime voditelja zbirke i njegovo središte, odnosno adresu, svrhu obrade, pravni temelj uspostave baze podataka, kategorije osoba na koju se odnose podaci, vrste podataka sadržanih u zbirci podataka, način prikupljanja i čuvanja podataka, vremensko razdoblje čuvanja i uporabe podataka, osobno ime, odnosno naziv korisnika zbirke, njegovu adresu, odnosno sjedište, naznaku unošenja, odnosno iznošenja podataka iz Republike Hrvatske, te naznaku poduzetih mjera zaštite osobnih podataka (čl. 14. Zakona o zaštiti osobnih podataka).

<sup>118</sup> Čl. 16. Zakona o zaštiti osobnih podataka predviđa da u Središnjem registru ne moraju se objedinjavati evidencije o zbirkama osobnih podataka koje vode nadležna državna tijela u okviru aktivnosti obrade osobnih podataka glede državne sigurnosti, obrane i suzbijanja pojava koje su Strategijom nacionalne sigurnosti Republike Hrvatske određene kao sigurnosni rizik (korupcija, organizirani kriminal, terorizam).



U vremenima globalizacije, te sve veće komercijalizacije, zakonodavac je želio zaštititi ispitanika i predvidio da se ispitanik ima pravo usprotiviti obradi osobnih podataka u marketinške svrhe i u tom se slučaju osobni podaci koji se na njega odnose ne smiju obrađivati u tu svrhu.<sup>119</sup>

Još jednom je zakonodavac naglasio u čl. 23, kao što je to učinio u čl. 9. i 19. Zakona o zaštiti osobnih podataka, sustav vrijednosti koje se štite i u čijoj se zaštiti mogu ograničiti obveze i prava utvrđeni Zakonom o zaštiti osobnih podataka. Zakonodavac izrijeком navodi da su to slučajevi ako se radi zaštititi sigurnosti države, obrane, javne sigurnosti, radi prevencije, istrage, otkrivanja i gonjenja počinitelja kaznenih djela ili povreda etičkih pravila određene struke, radi zaštite važnog gospodarskog ili financijskog interesa države, kulturnih dobara, te radi zaštite ispitanika ili prava i sloboda drugih, u opsegu koji je nužan za ostvarivanje svrhe radi koje je ograničenje određeno.

Zahtjev za utvrđivanje povrede prava zaštićenih Zakonom o zaštiti osobnih podataka podnosi se Agenciji za zaštitu osobnih podataka. O povredi prava Agencija odlučuje rješenjem, koji je upravni akt. Protiv rješenja Agencije žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor.

Za štetu koja nastane zbog obrade osobnih podataka, protivno odredbama Zakona o zaštiti podataka, odgovara voditelj zbirke osobnih podataka, sukladno općim propisima o naknadi štete.<sup>120</sup>

Agencija za zaštitu osobnih podataka ima status pravne osobe. Osnovana je za obavljanje nadzora nad obradom osobnih podataka.<sup>121</sup> Agencija je dužna razmotriti sve zahtjeve koji se odnose na utvrđivanje povrede prava u obradi osobnih podataka i izvijestiti podnositelja zahtjeva o poduzetim mjerama. Valja ukazati da Agencija ima pravo pristupa osobnim podacima sadržanim u zbirkama osobnih podataka, neovisno jesu li evidencije u tim zbirkama sjedinjene u središnji registar ili nisu, ima pravo pristupa spisima i drugoj dokumentaciji koja se odnosi na obradu osobnih podataka, kao i sredstvima elektronske obrade, te ima pravo prikupljati sve informacije potrebne za izvršavanje njezinih nadzornih dužnosti, bez obzira na stupanj njihove tajnosti.

<sup>119</sup> Voditelj zbirke osobnih podataka dužan je ispitanika unaprijed obavijestiti o namjeravanoj obradi osobnih podataka u svrhu marketinga i o pravu da se takvoj obradi usprotivi.

<sup>120</sup> Čl. 26. Zakona o zaštiti osobnih podataka.

<sup>121</sup> Čl. 32. utvrđeno je da Agencija obavlja sljedeće poslove kao javne ovlasti:

- nadzire provođenje zaštite osobnih podataka;
- ukazuje na uočene zloporabe prikupljanja osobnih podataka;
- sastavlja listu država i međunarodnih organizacija koje imaju odgovarajuće uređenu zaštitu osobnih podataka;
- rješava povodom zahtjeva za utvrđivanje prava zajamčenih zakonom;
- vodi središnji registar.

## 4.2. Tehnička zaštita osobnih podataka

Uredbom o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka<sup>122</sup> utvrđene su mjere, sredstva i uvjeti pohranjivanja, osiguranja i zaštite, prijenosa posebnih kategorija osobnih podataka i zbirke takvih podataka, mjere održavanja i provjere ispravnosti rada računalne, telekomunikacijske i programske opreme sustava za vođenje zbirke posebnih kategorija osobnih podataka, osiguranje radnih prostorija u kojima je smještena ta oprema, osobe ovlaštene za provedbu predviđenih mjera te osobe odgovorne za nadzor nad provedbom tih mjera.

Razvidno je da se Uredba koristi tehničkim terminima (koji su za veliku većinu pravnika i liječnika nerazumljivi), i koji će iako je Uredba dala definicije za naprijed navedene pojmove stvarati teškoće za pravnike koji nemaju dovoljno informatičkih predznanja. Uredba predviđa mjere tehničke zaštite i raščlanjuje ih.<sup>123</sup>

Kako bi osobne podatke, pogotovo senzitivne, što više zaštitio, zakonodavac je u čl. 34. Uredbe propisao da voditelj zbirke posebne kategorije osobnih podataka ustrojava sustav kriptološkog<sup>124</sup> osiguranja posebnih kategorija osobnih podataka u prijenosu takvih podataka drugim ovlaštenim korisnicima informatičkim i telekomunikacijskim sustavom. Također, izvaci iz zbirke posebnih kategorija osobnih podataka koji se telekomunikacijskim putem šalju ovlaštenim osobama moraju biti kriptološki osigurani i ovjereni uporabom elektroničkog potpisa<sup>125</sup> koji primatelju omogućuje provjeru izvornosti primljenog izvotka.

<sup>122</sup> Narodne novine br. 139/2004., od 6. listopada 2004.

<sup>123</sup> Priključenje računala i druge opreme sustava, obvezu uporabe uređaja za neprekidno napajanje, moderni priključci za pristup sustavu, mehanizmi za osiguranje posebnih kategorija osobnih podataka, pristup prostorijama s računalnom i telekomunikacijskom opremom, pristup podacima sustava, pristup u telekomunikacijski, računalni i aplikacijski sustav, uporaba jedinstvenih korisničkih imena i propusnica za pristup sustavu (čl. 3-13).

<sup>124</sup> Izraz potječe iz grčkog: *crypto* što znači skrivati i *graphein* što znači pisati, a to je tajni sustav pisanja u šiframa ili pod određenim kodom, odnosno tajno pismo koje može pročitati samo onaj koji poznaje ključ kojim je poruka šifrirana. Šifriranje, kao vrsta primijenjene informatike, način je spremanja podataka koji omogućava uporabu tih podataka samo osobi koja poznaje ključ za njihovo dešifriranje. Sigurnost šifrirane poruke povezana je prije svega s dužinom ključa za šifriranje – što je ključ duži, duže traje postupak njegova, neovlaštenog otkrivanja. O vrstama kriptografije vidi šire Dulčić, K.: *Elektronička forma pravnog posla (magistarski rad)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004., str. 78. i sljedeće.

<sup>125</sup> Hrvatski zakonodavac koristi se izrazom elektronički potpis, koji znači skup podataka u elektroničkom obliku koji su pridruženi ili su logički povezani s drugim podacima u elektroničkom obliku i koji služe za identifikaciju potpisnika i potvrde vjerodostojnosti potpisanoga elektroničkog dokumenta. Napredan elektronički potpis odgovara digitalnom potpisu, budući da mora biti povezan isključivo s potpisnikom i nedvojbeno identificira potpisnika, i nastaje korištenjem sredstava kojima potpisnik može samostalno upravljati i koja su isključivo pod nadzorom potpisnika. On sadržava izravnu povezanost s podacima na koje se odnosi, i to na način koji nedvojbeno omogućava uvid u bilo koju izmjenu izvornih podataka. Ti zahtjevi mogu se ostvariti (za sada) samo putem kriptografije asimetričnim ključevima, međutim Zakon se svojom definicijom ne veže isključivo na taj oblik digitalnog potpisa, kako bi se izbjegla potreba za izmjenama zakona sa

Također valja naglasiti da su primatelji izvotka iz zbirke posebnih kategorija osobnih podataka dužni prilikom primitka izvotka telekomunikacijskim sustavom prethodno provjeriti izvornost primljenog izvotka uporabom javnog ključa pošiljatelja. Ukoliko se primi izvadak bez potvrde izvornosti, primatelj je dužan bez odgode obavijestiti voditelja zbirke osobnih podataka.

Uredba uređuje i način na koji mora biti reguliran pristup podacima te navodi kako pristup podacima smije biti dopušten samo uporabom jedinstvenog korisničkog imena i propusnice, koji se ne smiju dodjeljivati drugim osobama nakon što se više ne upotrebljavaju, te ne smiju biti dani drugim osobama na korištenje.<sup>126</sup> Ne navodi se uopće mogućnost korištenja biometričkih značajki (primjerice otiska prsta) koje su relativno pouzdan način jedinstvenog pristupa podacima. Također se propisuju i dosta generične mjere zaštite od električnog i magnetskog polja (čl. 15.), od ionizirajućeg zračenja (čl. 16.), od elektrostatičkog elektriciteta (čl. 17.), hladnoće i topline (čl. 18.), od nagrizaćućih i lakohlapljivih tekućina, eksplozivnih sredstava i sličnih stvari (čl. 19.), od prašine (čl. 20.) i elementarnih nepogoda, rata i neposredne ratne opasnosti (čl. 21.). Samom Uredbom ne definira se što su pojedine vrste opasnosti za zbirke osobnih podataka, već se samo navodi kako se ne smiju nalaziti u blizini računalne opreme. Tako nisu definirane lako hlapljive tekućine i da li pod time podrazumijeva i alkohol, kojeg ima u svakoj liječničkoj ordinaciji i druga sredstva za dezinfekciju same opreme.

Osobni podaci moraju se pohranjivati dnevno, tjedno i mjesečno i određuje se da tjedna sigurnosna kopija podataka mora biti pohranjena na udaljenosti od 20 kilometara od zgrade, a mjesečna kopija na udaljenosti od 50 kilometara od zgrade.<sup>127</sup>

Nije sporno kako je jako bitno imati kopije podataka i moći ih iskoristiti u slučaju da se izvorna baza podataka uništi, ali treba se uzeti u obzir i troškove koje nameće ovakav sustav, a koji nisu predviđeni u proračunima zdravstvenih ustanova, a još manje neprofitnih udruga kojima je cilj pomoći oboljelima. Samim time ove mjere postaju neprovodljive, pa se dovodimo u stanje u kojem nisu zadovoljene niti minimalne mjere osiguranja, kao što je zaštita računala od virusa i drugih štetnih programa ili uopće postojanje sigurnosnih kopija.

Agencija je do sada donijela više rješenja iz svoje nadležnosti,<sup>128</sup> ali je teško upoznati se s njihovim sadržajem, budući da je samo mali njihov broj objavljen na internetskim stranicama Agencije.<sup>129</sup>

---

svakim napretkom tehnologije. (Zakon o elektroničkom potpisu, Narodne novine, br. 10/02., čl. 2., st. 1. toč. 1. i čl. 4.)

<sup>126</sup> Članak 11. Uredbe.

<sup>127</sup> Uredba članci 23. do 25.

<sup>128</sup> Prema izjavi ravnatelja Agencije Franje Lacka u intervjuu danom časopisu Mreža, br. 5, god. X., svibanj 2005., str. 24.

<sup>129</sup> <<http://www.azop.hr/default.asp?ru=162&sid=&akcija=&jezik=1>> Na stranicama Agencije objavljeno je svega nekoliko rješenja, a za razliku od hrvatske agencije, talijanska Agencija za zaštitu osobnih podataka na svojim službenim internetskim stranicama [<http://www.garanteprivacy>].

Činjenica je da se u Republici Hrvatskoj vode registri oboljelih od raznih bolesti, npr. astme, karcinoma, multiple skleroze i sl., ali je ekstremno mali broj tih baza podataka registriran kod Agencije, za što postoji zakonska obveza. Isti se podaci prikupljaju na više mjesta po različitim osnovama, tako ih prikupljaju i vode zdravstveni djelatnici, ali i razne udruge oboljelih od tih bolesti. I jedni i drugi su ovlašteni prikupljati i obrađivati te podatke, ali imaju obvezu te svoje radnje prijaviti Agenciji. Svrha prijave je i da se utvrdi jesu li primijenjene adekvatne mjere zaštite tih podataka.

Međutim, i neki koji su prijavili svoju zbirku podataka, kao primjerice Hrvatski zavod za javno zdravstvo koji je prijavio svoju bazu podataka pod nazivom "Registar za rak Hrvatske", nisu u cijelosti ispunili svoju obvezu.<sup>130</sup> Naime, Zakon o zaštiti osobnih podataka (čl. 8.) zabranjuje prikupljanje i obradu podataka koji se odnose na zdravlje subjekta, ali ukoliko je to predviđeno zakonom, određeni subjekti mogu prikupljati takve podatke. Tako i Zavod za javno zdravstvo ima pravo i dužnost voditi zbirku podataka o osobama oboljelim od malignih bolesti. Isto tako dužni su tu svoju zbirku prijaviti Agenciji za zaštitu osobnih podataka navodeći koje podatke prikupljaju, u koju svrhu, način na koji osoba na koju se podaci odnose može ostvariti pristup tim podacima i koje su mjere zaštite tih podataka poduzete kako bi se spriječilo njihovo širenje neovlaštenim osobama. Oni su to i učinili, ali su, čini nam se, potpuno neopravdano podatke za kategoriju osoba koja se naziva: "osobe oboljele od malignih bolesti" proglasili da nisu posebna kategorija podataka, što automatski isključuje visoke standarde zaštite tih podataka. Ime i prezime osobe samo po sebi i nije poseban podatak, ali ukoliko se ono povezuje sa zbirkom podataka čiji je naziv "osobe oboljele od...", tada ti podaci postaju svakako posebni podaci.

Ali ono što još više zabrinjava pogledom u evidencije Agencije za zaštitu osobnih podataka jest to da nema registriranih udruga oboljelih od pojedinih bolesti, koje također vode zbirke osobnih podataka svojih članova, a isto tako bi tu obvezu imali i svi liječnici u privatnim ordinacijama i klinikama koji isto nisu tu svoju obvezu ispunili.

Kako bi se adekvatno mogao primjenjivati Zakon o zaštiti osobnih podataka, potrebno je provesti izobrazbu liječnika i medicinskih sestara za adekvatan rad na računalu. Korisnici računala trebaju biti upoznati s mogućim rizicima uporabe te opreme i znati načine kako spriječiti njihovo nastupanje. Stoga je neophodno upoznati voditelje zbirki osobnih podataka s tehničkim aspektima vođenja zbirke i sa strojem kojeg koriste. Računalna oprema zahtijeva ulaganje ne samo u opremu već i u ljude koji se njome koriste.

---

it/garante/navig/jsp/index.jsp] ima podstranicu na kojoj su sistematično razvrstane odluke koje donosi.

<sup>130</sup> Vidi: Evidencija broj 1674 pri Agenciji za zaštitu osobnih podataka, dostupno putem: [registar.azop.hr](http://registar.azop.hr).

### **4.3. Odnos Zakona o zaštiti osobnih podataka i Zakona o zaštiti prava pacijenata**

Do donošenja Zakona o zaštiti prava pacijenata,<sup>131</sup> prava pacijenata bila su regulirana setom zakona koji se tiču medicinske struke. Kroz te tzv. “strukovne” zakone (Zakon o zdravstvenoj zaštiti,<sup>132</sup> Zakon o liječništvu,<sup>133</sup> Zakon o zdravstvenoj zaštiti,<sup>134</sup> Zakon o stomatološkoj djelatnosti,<sup>135</sup> Zakon o sestринstvu,<sup>136</sup> Zakon o ljekarništvu,<sup>137</sup> Zakon o lijekovima i medicinskim proizvodima<sup>138</sup>) hrvatski je zakonodavac nastojao osigurati zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda, te ljudskog dostojanstva i integriteta glede primjene biologije i medicine. Međutim, kako se napredak znanosti i znanstvena postignuća razvijaju brže nego nacionalna legislativa, važno je ukazati na deficite u nacionalnom zakonodavstvu i dati prijedloge *de lege ferenda*.

Također treba naglasiti da niti u jednom tekstu ovih setova medicinskih zakona nije evidentirana kao problem zaštita osobnih podataka pacijenata.

Uvođenjem privatnog zdravstvenog i životnog osiguranja i jačom prisutnošću velikih osigurateljskih tvrtki (domaćih i inozemnih) očekivati je da će se pojaviti i veliki broj tužbi koje se tiču zaštite osobnih podataka pacijenata.

Ukazuje se potreba usklađivanja i drugih nacionalnih propisa s načelima koja uspostavlja ovaj Zakon o zaštiti osobnih podataka i osiguranja zaštite osobnih podataka (primjerice: Zakon o radu, Zakon o zaštiti prava pacijenata i sl.).

Ako pokušamo analizirati Zakon o zaštiti prava pacijenata, razvidno je da je napravljena recepcija iz različitih europskih pravnih sustava te anglosaksonskog modela glede zaštite prava pacijenata. Zakonodavac se pozvao u čl. 4. na načelo humanosti zaštite prava pacijenata koje jamči osiguravanjem poštivanja pacijenta kao ljudskog bića, osiguravanjem prava na fizički i mentalni integritet pacijenta, zaštitom osobnosti pacijenta uključujući poštivanje njegove privatnosti, svjetonazora te moralnih i vjerskih uvjerenja.

Također, sukladno čl. 23. Zakona o zaštiti prava pacijenata, pacijent ima pravo na pristup cjelokupnoj medicinskoj dokumentaciji koja se odnosi na dijagnostiku i liječenje njegove bolesti. Pacijent, također, ima pravo o svome trošku zahtijevati presliku medicinske dokumentacije iz stavka 1. čl. 23.

Medicinska dokumentacija koja se uručuje pacijentu po završenom liječničkom pregledu odnosno po završenom liječenju propisuje se posebnim zakonom kojim se uređuju vrste i sadržaj te način vođenja, čuvanja, prikupljanja

<sup>131</sup> Narodne novine, br. 169/04., od 3. prosinca 2004.

<sup>132</sup> Narodne novine, br. 29/03.; 48/05.

<sup>133</sup> Narodne novine, br. 121/03.

<sup>134</sup> Narodne novine, br. 29/03.; 48/05.

<sup>135</sup> Narodne novine, br. 121/03.

<sup>136</sup> Narodne novine, br. 121/03.

<sup>137</sup> Narodne novine, br. 121/03.

<sup>138</sup> Narodne novine, br. 121/03.; 177/04.

i raspolaganja medicinskom dokumentacijom. (čl. 23. st. 2. Zakona o zaštiti prava pacijenata).

Uočljiv je bio partikularizam pri reguliranju ove materije.

Prilikom donošenja Zakona o zaštiti prava pacijenata nije se vodilo računa o strogim pravilima i visokim standardima koje propisuje Zakon o zaštiti osobnih podataka. Čini se kako se dogodila recepcija, stvorena jedna nova pravna situacija, od koje pacijenti očekuju zaštitu vlastitih prava i veću razinu medicinske usluge, dok je Zakon zatekao nespremne zaposlene u zdravstvu. Niti su liječnici, niti medicinsko osoblje dovoljno upoznati sa setom zakona koji se tiču prava osobnosti pacijenata, niti su upoznati voditelji zbirki podataka.

U tome svjetlu valja promatrati čl. 24. Zakona o zaštiti prava pacijenata. U slučaju smrti pacijenta, ako to pacijent nije za života izrijekom zabranio, pravo na uvid u medicinsku dokumentaciju iz članka 23. st. 1. Zakona ima bračni drug pacijenta, izvanbračni drug, punoljetno dijete, roditelj, punoljetni brat ili sestra te zakonski zastupnik, odnosno skrbnik pacijenta. Protivljenje uvidu u medicinsku dokumentaciju prema stavku 1. ovoga članka pacijent daje pisanom izjavom solemniziranom od javnog bilježnika.

Zakonodavac je također ovim Zakonom zajamčio pravo na povjerljivost u čl. 25., gdje jamči da pacijent ima pravo na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje njegova zdravlja, sukladno propisima o čuvanju profesionalne tajne i zaštiti osobnih podataka.

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. Pacijent može imenovati i osobe kojima zabranjuje davanje tih podataka. Također je Zakonom o zaštiti prava pacijenata zajamčeno pravo na privatnost prilikom pružanja usluga, što je neophodno da bi se pacijent osjećao najugodnije što je moguće prilikom medicinskih zahvata, ali i kako bi se omogućilo postojanje liječničke tajne, koja ne obvezuje druge pacijente koji čekaju.<sup>139</sup>

Unatoč tome čl. 8. Uredbe o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka reguliran je pristup prostorijama s računalom i telekomunikacijskom opremom kojim se nalaze postojanje videonadzora računala koja sadrže posebne kategorije osobnih podataka, što znači da bi računala koja se koriste za provođenje medicinskih pretraga i zahvata trebala biti u prostorijama u kojima pacijenti nemaju pristup, a ako to nije tehnički moguće, tada bi i pacijenti trebali biti promatrani video nadzorom.<sup>140</sup> U uvjetima koji danas vladaju u hrvatskome zdravstvu nemoguće je zadovoljiti obje ove norme, pa bi bilo potrebno prilagoditi ovu Uredbu novim

<sup>139</sup> Članak 28. Zakona glasi: Pri pregledu, odnosno liječenju, a naročito prilikom pružanja osobne njege pacijent ima pravo na uvjete koji osiguravaju privatnost.

<sup>140</sup> Čl. 8. Uredbe o načinu pohranjivanja i posebnim mjerama tehničke zaštite posebnih kategorija osobnih podataka, Narodne novine, br. 139/2004. regulira: Računalna i telekomunikacijska oprema postavlja se i ugrađuje u posebno zaštićene prostorije određene projektom.



medicinskim pomagalicama i postaviti primjerene oblike zaštite koji s jedne strane štite podatke pohranjene na računalu, ali se poštuje i privatnost pacijenta, budući da se uredba koja je u suprotnosti sa Zakonom ne može i ne smije primijeniti, dovodi se do toga da zapravo nisu postavljene norme koje bi regulirale taj osjetljivi dio ljudskog života i privatnosti.

## 5. Zaključak

U godinama koje su pred nama informacijske tehnologije će se sve više razvijati, iskoristit će se prednosti višestrukih procesora, povećanje pohrane podataka i jačeg *broadband* pristupa. Imat ćemo sposobnost priključivanja na računalo posredstvom velikog raspona uređaja, često koristeći obližnji zaslon i projekcijsku površinu. U međuvremenu će rasprostranjenost datotečnih centara i sve raširenija prisutnost *broadband* mreža stvoriti proizvodnju podataka i računalnih kapaciteta koji će neprimjetno premrežiti naše živote, kako na poslu, tako i u vlastitom domu. U bliskoj budućnosti goleme količine pohranjenih podataka bit će trenutačno dostupne. Zapravo, moći će se pribaviti bilo koji dokument ili medijski uradak i to će biti moguće korištenjem bilo kojega uređaja koji nam je u tome trenutku pri ruci (osobno računalo, mobilni telefon, televizor, i sl.).

S jedne strane sve pristupačnija tehnologija proširivat će socijalne i ekonomske pogodnosti, ali stvarati velike baze podataka posebice senzitivnih podataka.

Jedna od glavnih pretpostavki akceptiranja IT tehnologija u području zaštite zdravlja pitanje je povjerenja koje postavljaju pacijenti o sigurnosti osobnih podataka. Zapravo, koliko su senzitivni podaci glede zdravlja zaštićeni kao osobni podatak.

Ovih dana britanska javnost upoznata je s nestankom baze podataka o 600.000 potencijalnih vojnih novaka, a prenijele su 19. siječnja 2008. sve svjetske agencije.<sup>141</sup>

Ali ako pogledamo kronologiju od 20. studenoga 2007. do 20. siječnja 2008., razvidno je da to u Velikoj Britaniji nije prvi put za ovako kratko vrijeme.

---

U prostorije u kojima se nalaze središnja računala zbirke osobnih podataka ili računala za vođenje zbirki osobnih podataka smiju ulaziti samo ovlaštene osobe s posebnom dozvolom za ulaz. Voditelj zbirke osobnih podataka ili izvršitelj obrade uz suglasnost voditelja zbirke osobnih podataka određuje ovlaštene osobe koje smiju ulaziti u prostorije iz stavka 2. ovoga članka. Prostorije iz stavka 2. ovog članka moraju biti opremljene sustavom video nadzora i elektroničkim dvostranim sustavom za kontrolu prolaza na ulaznim vratima kako bi se pristup takvim prostorijama i boravak u njima mogao ograničiti i nadzirati.

<sup>141</sup> Računalo je, kako stoji u priopćenju britanskoga Ministarstva obrane, ukradeno iz automobila jednog od časnika Kraljevske mornarice u Birminghamu, a podaci pohranjeni na njemu varirali su od imena i prezimena osoba koje su ili izrazile interes služiti ili pridružiti se vojsci, do detalja poput brojeva osiguranja, putovnica i bankovnih računa te informacija o obiteljima. Ministarstvo je bankama uputilo upozorenje da pripaze na sve sumnjive transakcije na računima. Postoji bojazan da bi prijavljeni novaci mogli biti potencijalnim metama terorista. Vidi šire: Nedjeljni Jutarnji, 20. siječanj 2008., str. 9.

Naime, 20. studenoga 2007. izgubljena je baza osobnih podataka o 25 milijuna korisnika dječjeg doplatka. Dana 11. prosinca nestali su podaci o više od 6.000 vozača u Sjevernoj Irskoj. Samo šest dana kasnije, točnije 17. prosinca, objavljeno je kako su nestali podaci o tri milijuna kandidata za vozačke ispite, a 23. prosinca, u predblagdansko vrijeme nestale su baze podataka iz devet medicinskih ustanova u Velikoj Britaniji.

Navedeni slučajevi pokazuju kako u Velikoj Britaniji nisu provedene mjere sukladno Smjernici 95/46/EZ ili pak nisu adekvatno implementirane u nacionalno zakonodavstvo.

Autorice su začuđene kako je za ovako kratki vremenski period došlo do gubljenja senzitivnih podataka milijuna britanskih građana.

Očita je kompleksnost ovoga pitanja te neophodnost kako pravne tako i tehničke prilagodbe europskoj pravnoj stečevini nacionalnih zakonodavstava zemalja članica te budućih zemalja članica EZ-a.

Uvođenjem privatnog zdravstvenog i životnog osiguranja i jačom prisutnošću velikih osiguravateljskih tvrtki (domaćih i inozemnih) očekivati je da će se pojaviti i veliki broj tužbi koje se tiču zaštite osobnih podataka.

U Republici Hrvatskoj razvidan je primjer ubrzanog donošenja različitih zakonskih akata koji nisu harmonizirani na nacionalnoj razini.

Smatramo da “set medicinskih zakona” valja usuglasiti sa Zakonom o zaštiti osobnih podataka i Zakonom o pravu na pristup informacijama. Da bi se to postiglo, kao što smo u radu naglasili, osim zakonodavne prilagodbe na nacionalnoj hrvatskoj razini, valja izvršiti edukaciju djelatnika u zdravstvu, informatičara, ali i pravnika jer će samo sinergijski efekt dati željene rezultate.

## Summary

### PROTECTION OF PATIENTS’ PERSONAL DATA IN EUROPEAN AND CROATIAN LAW

Authors in the article analyze a protection of personal medical data scrutinizing the documents of the Council of Europe and European Community as well as cases of the European Court of Human Rights (*Z. v. Finland* and *Editions Plon v. France*) and European Court of Justice in Luxembourg (*Lindqvist* case). A special chapter of the article is dedicated to comparative legal solutions dealing with the sensitive data. Croatian solutions *de lege lata* have been considered also. Moreover, the authors point at inconsistency between “professional medical laws” and other laws from this field giving proposals *de lege ferenda*.

**Key words:** *personal data, privacy, personal data protection, automatic processing of personal data, sensitive data, patient’s right, basic human rights, Patients’ Rights Protection Act.*

## Zusammenfassung

### SCHUTZ VON PERSONENBEZOGENEN DATEN VON PATIENTEN IM EUROPÄISCHEN UND KROATISCHEN RECHT

In der Arbeit analysieren die Autorinnen den Schutz von personenbezogenen medizinischen Daten in den Akten des Europarats, der EU, der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg (*Z. v. Finland und Editions Plon v. France*) sowie der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg. (*Fall Lindqvist*). Einen besonderen Teil der Arbeit bildet die Analyse komparativrechtlicher Lösungen, die mit sensitiven Daten zu tun haben. Es werden kroatische Urteile *de lege lata* analysiert. Außerdem weisen die Autorinnen auf die fehlende Übereinstimmung einer Reihe “fachlicher medizinischer Gesetze” hin sowie anderer Gesetzgebung dieses Bereichs und geben Vorschläge *de lege ferenda*.

**Schlüsselwörter:** *personenbezogene Daten, Privatsphäre, Datenschutz, automatische Bearbeitung personenbezogener Daten, sensitive Daten, Patientenrecht, Grundrechte des Menschen, Gesetz zum Schutz der Rechte des Patienten.*

## Sommario

### PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI DEI PAZIENTI NEL DIRITTO EUROPEO E CROATO

Nel lavoro le autrici analizzano la protezione dei dati personali medici attraverso gli atti del Consiglio d'Europa, le fonti della Comunità europea, la giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani di Strasburgo (casi *Z. v. Finlandia* ed *Edizioni Plon v. Francia*) e la prassi della Corte europea di Lussemburgo (caso *Lindqvist*). Una parte speciale del lavoro effettua l'analisi comparata delle soluzioni dei procedimenti con dati sensibili. Si considerano altresì le soluzioni croate *de lege lata*. Inoltre le autrici mostrano la discordanza tra le “leggi professionali mediche” e la restante legislazione in questo settore fornendo proposte *de lege ferenda*.

**Parole chiave:** *dato personale, riservatezza, protezione dei dati personali, elaborazione automatica dei dati personali, dato sensibile, diritto del paziente, diritti umani fondamentali, Legge sulla protezione dei diritti dei pazienti.*



## RAZVRGNUĆE SUVLASNIČKE ZAJEDNICE

Mr. sc. Aleksandra Maganić, asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.238  
Ur.: 9. siječnja 2008.  
Pr.: 24. siječnja 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*Suvlasništvo, kao vlasništvo više osoba u izvršavanju suvlasničkih ovlasti na fizički nepodijeljenoj stvari, mogući je izvor potencijalnih sukoba suvlasnika. S obzirom da poremećaj ravnoteže interesa pojedinog suvlasnika i suvlasničke zajednice može rezultirati podnošenjem zahtjeva za razvrgnuće, treba ispitati koje su osnovne dvojbe koje se u realizaciji ovog instituta mogu pojaviti. U pokušaju da se pronađu najbolja rješenja, izvršit ćemo komparativnu usporedbu nekih problema suvlasništva i razvrgnuća suvlasničke zajednice u Austriji, Njemačkoj i Hrvatskoj. Osim normativne usporedbe, komparativni pregled trebao bi nam pružiti odgovore o sadržaju i pravnoj prirodi zahtjeva za razvrgnuće te mogućim zakonskim i ugovornim ograničenjima u podnošenju zahtjeva i njegovoj realizaciji. Središnji dio rada obuhvaća sporazumno i sudsko razvrgnuće, u kojem potonje otvara dvojbu treba li postupak razvrgnuća provoditi primjenom pravila parničnog ili izvanparničnog postupka, te koji kriteriji mogu biti osnova za povlačenje crte jurisdikcijskog razgraničenja. Donošenje odluke o razvrgnuću traži i odgovor na pitanje kakva je pravna priroda odluke koja se postupku razvrgnuća donosi, a s obzirom na sadržaj pravne zaštite koji se tom odlukom pruža. Posebnu pozornost zaslužuju vrste diobe, odnosno pitanje imaju li pojedini načini razvrgnuća prioritet i može li sudska praksa biti kreator novih načina razvrgnuća. U vezi s tim osobito raduje činjenica da ZV omogućava znatno elastičniji pristup u odabiru mogućih načina razvrgnuća suda i stranaka u odnosu na rješenja ABGB-a i BGB-a. Konačno, svrha analize nije samo puki presjek normativnih rješenja nego poticaj za pronalaženje najefikasnijeg pravnog puta za realizaciju zahtjeva za razvrgnuće i pružanje posebne, dodatne zaštite suvlasnicima kojima je zbog njihovih posebnih svojstava ta zaštita potrebna.*

**Ključne riječi:** *suvlasništvo, zajedničko vlasništvo, bračna stečevina, etažno vlasništvo, razvrgnuće suvlasništva, zahtjev za razvrgnuće, sporazumno razvrgnuće, sudsko razvrgnuće, vrste dioba.*

## 1. Uvod

Suvlasništvo kao poseban oblik sudjelovanja više osoba u pravu vlasništva na istoj stvari kod kojeg svakom pojedinom suvlasniku pripada po neki dio prava vlasništva te stvari, računski određen razmjerom prema cijelom pravu vlasništva,<sup>1</sup> ovlašćuje svakog suvlasnika da u odnosu na idealni dio stvari koji odgovara njegovom suvlasničkom dijelu izvršava sve ovlasti koje pripadaju vlasniku, osim ako zakonom nisu propisana posebna ograničenja. Tako su primjerice granice izvršavanja suvlasničkih ovlasti određene prirodom idealnog dijela (čl. 37. st. 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,<sup>2</sup> u nastavku: ZV), a u slučaju samostalnog pravnog raspolaganja idealnim, odnosno suvlasničkim dijelom, zabranom da se tim raspolaganjem dira u tuđa prava (čl. 37. st. 5., ZV). Osim posebnih pravnih pravila kojima su modificirane ovlasti suvlasnika glede idealnog, odnosno suvlasničkog dijela, ZV-om su definirane i granice izvršavanja prava vlasništva suvlasnika glede cijele stvari, osobito pravo na upravljanje (čl. 39.- 45., ZV), zaštitu (čl. 46., ZV) i razvrgnuće (čl. 47.-56., ZV). Usporedbom prava vlasništva samovlasnika koje ovlašćuje svojeg nositelja da s tom stvari i koristima od nje čini što ga volja te da svakog drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima (čl. 30. ZV), i prava vlasništva suvlasnika, očito je da je potonje značajno ograničeno modifikacijama nužnim za postojanje i opstanak suvlasničke zajednice, što rezultira relativizacijom stvarnopravnih ovlasti i zahtjeva (*Relativierung dinglicher Befugnisse und Ansprüche*).<sup>3</sup>

Iako suvlasništvo može nastati voljom (npr. pravni posao) i protiv volje (npr. spajanje ili prerada) budućih suvlasnika, moguće je predvidjeti brojne situacije u kojima pojedini suvlasnici neće više biti voljni koegzistirati u suvlasničkoj zajednici. Suizvršavanje prava vlasništva na fizički nepodijeljenoj stvari opterećeno je mogućim i potencijalnim sukobima koji mogu dovesti do prestanka zajednice. Stoga je pravo na razvrgnuće pravo svakog suvlasnika *sui generis*, preobražajno pravo temeljem kojega je svaki suvlasnik ovlašten zatražiti i ishoditi promjenu postojećeg stanja, s voljom ili čak i protiv volje drugih suvlasnika sve do prestanka suvlasničke zajednice kakva je do tada postojala.<sup>4</sup>

Komparativnom usporedbom pravnih pravila o suvlasništvu i razvrgnuću suvlasničke zajednice Austrije, Njemačke i Hrvatske otvaraju se i neke nove dimenzije problema suvlasništva. Osim nadasve zanimljivog problema pravne prirode zahtjeva za razvrgnuće suvlasništva,<sup>5</sup> koji nema samo pravnoteoretske

<sup>1</sup> Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 494.

<sup>2</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 91/96., 68/98., 73/00., 114/01., 79/06.).

<sup>3</sup> Schnorr, *Randolf*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741-758 BGB), Mohr Siebeck, Tübingen, 2004., str. 1.

<sup>4</sup> Kačer, *Hrvoje*, Dioba suvlasništva, *Pravo u gospodarstvu*, 6/1999., str. 45.

<sup>5</sup> U pravnoj teoriji postoji spor o tome je li zahtjev za razvrgnuće suvlasništva obveznopravni ili stvarnopravni zahtjev.



nego i praktične implikacije i mogućih, zakonom propisanih ograničenja u ostvarivanju zahtjeva za razvrgnuće, komparacija navedenih suvlasničkopravnih sustava ukazuje da ne postoji jedinstveni pristup u pogledu mogućih načina razvrgnuća i prednosti koje pojedine vrste razvrgnuća u nekom sustavu mogu imati.

Isto tako, jedinstven pristup ne postoji ni u tome hoće li se zahtjev za razvrgnuće ostvarivati u parničnom ili izvanparničnom postupku. U Hrvatskoj se zahtjev za razvrgnuće ostvaruje u izvanparničnom postupku, osim ako između stranaka postoji spor o predmetu diobe i opsegu zajedničke stvari ili imovine u pogledu aktive i pasive i spor o pravu suvlasništva pojedinih suvlasnika ili veličini njihovih dijelova, prema čl. 267. Zakona o vanparničnom postupku,<sup>6</sup> u nastavku: ZVP, u kojem slučaju će se o zahtjevu za razvrgnuće odlučivati u parničnom postupku. Osim toga, kriterij za razgraničenje parnične i izvanparnične jurisdikcije može biti i predmet razvrgnuća, odnosno određeni oblik suvlasništva, pa se odluka o diobi imovine u upotrebi bračnih drugova<sup>7</sup> i bračne uštedevine<sup>8</sup> (*eheliche Gebrauchsvermögen und eheliche Ersparnisse*) u austrijskom pravu donosi u izvanparničnom postupku, na zahtjev jednog od bračnih drugova, a u roku od godine dana od pravomoćnosti odluke o razvodu, ukidanju ili poništaju braka (§ 85., 95., Zakona o braku,<sup>9</sup> u nastavku: EheG u svezi s §§ 93.-96. Zakona o izvanparničnom postupku,<sup>10</sup> u nastavku: AußStrG 2003), što je izuzetak od pravila da se odluka o razvrgnuću suvlasničke zajednice donosi na temelju tužbe radi diobe (*Teilungsklage* prema § 830. Općeg građanskog zakonika,<sup>11</sup> u nastavku: ABGB) koja se podnosi u parničnom postupku.

<sup>6</sup> Zakon o sudskom vanparničnom postupku od 24. 7. 1934. (Službene novine br. 175). Na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. koji je stupio na snagu 31. prosinca 1991. (Narodne novine br. 73/91.), u nastavku: ZNPP, pravni propisi koji su bili na snazi 6. travnja 1941. primjenjivat će se u Republici Hrvatskoj kao pravna pravila ako su, sukladno posebnim propisima, do stupanja na snagu ovoga zakona, primjenjivana u Republici Hrvatskoj (čl. 1., ZNPP) te ako će se primjenjivati na odnose koji nisu uređeni važećim propisima i ako su u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske (čl. 2., ZNPP). Tako se na temelju ZNPP-a u Republici Hrvatskoj primjenjuju pravna pravila Zakona o sudskom vanparničnom postupku od 24. 7. 1934. i Uvodnog zakona za zakon o sudskom vanparničnom postupku od 26. 7. 1934.

<sup>7</sup> Imovina u upotrebi bračnih drugova jesu sve tjelesne stvari koje su za vrijeme trajanja bračne zajednice upotrebljavala oba bračna druga, tome pripadaju i stvari kućanstva i stan bračnih drugova (§ 81. st. 2., EheG). Ona obuhvaća ne samo predmete neophodne za život bračnih drugova, nego i sve ono čime su bračni drugovi koristili za vrijeme bračne zajednice, čak i ako je prouzrokovalo visoke troškove korištenja ili održavanja kao što su jahaći konj, vikendica ili dvorac. *Koziol, Helmut; Welser, Rudolf*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Manz, Wien, 2006., str. 505.

<sup>8</sup> Bračna ušteda obuhvaća novčane vrijednosti, neovisno o tome koje su one vrste, a koje su bračni drugovi prikupili za vrijeme trajanja bračne zajednice i koje se na uobičajeni način mogu vrednovati (§ 81. st. 3., EheG). Tako bračnoj uštedi pripada gotovina, uštedevina, vrijednosni papiri, plemeniti metali, umjetnički predmeti, zemljišta i sl., Cf. *ibid.* 506.

<sup>9</sup> Ehegesetz (RGBl I 1938/807).

<sup>10</sup> Außerstreitgesetz (BGBl I 2003/111).

<sup>11</sup> Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (JGS 1811 /946).

U njemačkoj pravnoj teoriji postoji pak spor o tome treba li postupak razvrgnuća prosuđivati kao višestupanjski (*mehrstufige Aufhebungsverfahren*) ili jednostupanjski postupak (*einstufige Aufhebungsverfahren*), a ocjena o tome ovisit će o prosudbi pravne prirode zahtjeva za razvrgnuće.

Iznese teze tek su okvir za dublje promišljanje o razvrgnuću suvlasničke zajednice u okviru kojeg ćemo se dotaknuti i pitanja terminologije, pravnih izvora i posebnih zakonskih režima za neke suvlasničke oblike kao što su bračna stečevina i etažno vlasništvo.

## 2. Razvrgnuće suvlasničke zajednice u Austriji

Suvlasništvo (*Miteigentum*) se u austrijskom pravu određuje kao svaki oblik zajednice vlasnika u kojoj vlasnička prava prema nepodijeljenom pravnom objektu nisu podijeljena prema ovlastima već su računski podijeljena na idealne dijelove (kvote).<sup>12</sup> Specifični oblik suvlasništva, odnosno podslučaj suvlasništva<sup>13</sup> vlasništvo je određeno količinom, odnosno kvantitativno vlasništvo (*Quantitätseigentum*). Taj suvlasnički oblik uspostavlja više osoba nad određenom količinom stvari, pri čemu dijelovi nisu podijeljeni na kvote, već su određeni kvantomom (primjerice 100 kg pšenice koja je uskladištena u određenom silosu). Međutim, kako se kvantumi svakog trenutka mogu preračunati u kvote, razlikovanje vlasništva podijeljenog na idealne dijelove (kvote) i kvantitativnog vlasništva nije tako strogo. Unatoč tome, između navedenih suvlasničkih oblika razlike i nadalje ostaju u pogledu postupka razvrgnuća, jer se ono kod kvantitativnog vlasništva provodi prema posebnim pravilima,<sup>14</sup> o čemu će biti riječi u okviru dionice zahtjeva za razvrgnuće i postupka razvrgnuća.<sup>15</sup>

Posebnost austrijskog pravnog uređenja je da ne postoji suglasnost o tome gdje povući crtu razgraničenja između suvlasništva i zajedničkog vlasništva. Kako bi se terminološki odredio onaj dio suvlasničkih odnosa koji zasigurno pripada suvlasništvu, upotrebljava se naziv *schlichte Miteigentum*, odnosno jednostavno suvlasništvo, a zajedničko vlasništvo naziva se *Gesamthandeigentum*. Kao osnovna karakteristika zajedničkog vlasništva ističe se nemogućnost zajedničara da samostalno raspolažu sa stvari koja se nalazi u zajedničkom vlasništvu. Ipak, prema starijim, ali ne i dovoljno obrazloženim stavovima, smatra se da zajedničko vlasništvo nije imanentno austrijskom pravnom sustavu.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Das Miteigentum ist jene Form der Eigentumsgemeinschaft, bei der das Eigentumsrecht bei ungeteiltem Rechtsobjekt nicht nach Befugnissen, sondern nach Bruchteilen (Quoten) rechnerisch geteilt ist, *Spielbühler u. Feil, Erich*, Miteigentum: eine systematische Darstellung für die Praxis, Wien, Linde, 1997. str. 11.

<sup>13</sup> Unterfall des Miteigentums, *Bydlinski u. Feil*, Ibid.

<sup>14</sup> *Koziol / Welser*, op. cit. (bilj. 7), str. 294.

<sup>15</sup> Vidi Ad. 2.2. i 2.3.

<sup>16</sup> *Klang u. Koziol / Welser*, op. cit. (bilj. 7), str. 294.

Možda je upravo iznesen stav razlog za nesuglasnost o tome što čini predmet zajedničkog vlasništva, pa se tako primjerice zajednica imovine bračnih drugova (*Gütergemeinschaft*) prema nekim autorima smatra zajedničkim vlasništvom,<sup>17</sup> ali se vlasništvo bračnih drugova obuhvaćeno zajednicom imovine u zemljišnu knjigu može upisati samo određenjem idealnih dijelova (kvota), što je zapravo karakteristika jednostavnog suvlasništva. Istovremeno, postavlja se pitanje treba li u zemljišnu knjigu upisati i zabranu otuđenja vlasništva bračnih drugova, jer raspolaganje samo jednog bračnog druga njegovim dijelom za vrijeme trajanja zajednice imovine ne bi proizvodilo stvarnopravne učinke. Smatra se da bi obostrani upis zabrane otuđenja ili opterećenja bio najbolje rješenje.<sup>18</sup>

Vlasništvo stana bračnih drugova također se smatra zajedničkim vlasništvom,<sup>19</sup> ali se na njega od 1. srpnja 2002. primjenjuju pravila o partnerstvu vlasnika, odnosno *Eigentümerpartnerschaft* prema § 56. st. 8. austrijskog Zakona o stambenom vlasništvu,<sup>20</sup> u nastavku: *öWEG 2002*. Međutim, iako se partnerstvo vlasnika definira kao pravna zajednica dvaju fizičkih osoba koje su zajedno vlasnici jednog objekta stambenog (etažnog) vlasništva,<sup>21</sup> zakon propisuje da svaki od partnera može biti vlasnik samo polovine odgovarajućeg suvlasničkog dijela koji ne smiju biti različito opterećeni (§ 13. st. 2. *öWEG 2002*), odnosno time su dijelovi suvlasnika unaprijed određeni što je karakteristika upravo (jednostavnog) suvlasništva.

Nema dvojbe da vlasništvo članova komanditnog i javnog trgovačkog društva, koje je namijenjeno ostvarenju zajedničkog cilja jest zajedničko vlasništvo.<sup>22</sup>

## **2.1. Pravni izvori suvlasništva i razvrgnuća suvlasničke zajednice u Austriji**

Suvlasništvo je u Austriji uređeno drugim dijelom Općeg građanskog zakonika kojim se uređuju stvarna prava, a u okviru 2. odsječka kojim se uređuju vlasnička prava (§ 361., ABGB) i 16. odsječka kojim se uređuje zajednica vlasništva i ostala stvarna prava (§§ 825.-858., ABGB). § 361. ABGB-a koji nosi naslov suvlasništvo, načelna je odredba kojom se ističe da je suvlasništvo vlasništvo više osoba na stvari, te da se suvlasnici u odnosu na cijelu stvar smatraju jednom osobom, odnosno da u odnosu na posebne, suvlasničke dijelove koji im mogu biti dodijeljeni, svaki suvlasnik ima potpuno vlasništvo. Detaljniju regulaciju suvlasništva sadrže §§ 825.-858. ABGB-a koji obuhvaćaju i uređenje prava na razvrgnuće suvlasničke zajednice (§ 830., ABGB).

<sup>17</sup> *Fenyves* u: *Koziol / Welsler*, Cf. *ibid.*, str. 295.

<sup>18</sup> *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 13.-14.

<sup>19</sup> Cf. *ibid.*, str. 12.

<sup>20</sup> *Wohnungseigentumsgesetz* (BGBl I 2002/70 idF BGBl I 2006/124).

<sup>21</sup> *Dirnbacher, Wolfgang*, *Das Wohnungseigentumsgesetz idF der WRN 2006*, ÖVI Immobilienakademie, Wien, 2006.

<sup>22</sup> *Kastner* u: *Koziol / Welsler*, op. cit. (bilj. 7), str. 294.

Iako u austrijskoj pravnoj teoriji i praksi ne postoji jedinstven stav o tome pripada li imovina bračnih drugova i vlasništvo nad stanom bračnih drugova u zajedničko vlasništvo ili jednostavno suvlasništvo, zbog specifičnosti odredaba kojima se uređuju ovi suvlasnički oblici i pravila o razvrgnuću suvlasničke zajednice, kao pravne izvore treba spomenuti i pravila o diobi imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede (§§ 81.-98., EheG).

S obzirom da se na stan bračnih drugova primjenjuju pravila o partnerstvu vlasnika (§ 56. st. 8., öWEG 2002), te da za partnerstvo vlasnika vrijede pravila 16. odsječka, drugog dijela ABGB-a o zajednici vlasnika (§ 13. st. 1., öWEG 2002), na razvrgnuće partnerstva vlasnika će se, osim posebne zakonske odredbe öWEG 2002 (§ 13. st. 6.) supsidijarno primjenjivati i pravila ABGB-a o razvrgnuću (§ 830.).

Kako se odluka o diobi imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede donosi u izvanparničnom postupku, na odgovarajući način primijenit će se i pravila AußStrG 2003. Osim pravila 2. dijela, 4. odsječka AußStrG 2003 kojima su uređeni bračni postupci (§§ 93.-96.), u postupku diobe primjenjivat će se i pravila 1. dijela u kojima su sadržana opća pravila izvanparničnog postupanja prema AußStrG 2003 (§§1.-80.).

U svim drugim slučajevima u kojima se odluka o razvrgnuću suvlasničke zajednice donosi nakon podnošenja tužbe na diobu, postupak razvrgnuća će se provesti prema pravilima parničnog postupka, što nalaže odgovarajuću primjenu pravila austrijskog Zakonika o građanskom procesu,<sup>23</sup> u nastavku: öZPO.

Razvrgnuće suvlasničke zajednice nije provedeno donošenjem odluke o razvrgnuću u parničnom ili izvanparničnom postupku, pa će se u slučaju da se tuženik protivi pokoriti sudskoj odluci, ovrha donesene odluke provesti prema pravilima Ovršnog zakonika,<sup>24</sup> u nastavku: EO. Osim toga, kada je predmet diobe zemljište, moguća je i dobrovoljna sudska prodaja koja se u izvanparničnom postupku provodi primjenom pravila o dobrovoljnoj prodaji zemljišta (*freiwillige Feilbietung*) prema §§191.-198. AußStrG 2003. Osnovne pretpostavke ovakve vrste prodaje zemljišta su da je između svih suvlasnika postignut sporazum o prodaji i uvjetima prodaje.<sup>25</sup>

Konačno, upis suvlasništva u zemljišne knjige vrši se primjenom pravila Općeg zakona o zemljišnim knjigama,<sup>26</sup> u nastavku: GBG.

<sup>23</sup> Zivilprozessordnung (RGGI 1895/113).

<sup>24</sup> Exekutionsordnung (RGGI 1896/79).

<sup>25</sup> *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 98.-99.

<sup>26</sup> Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955 BGBl 39.

## 2.2. Zahtjev za razvrgnuće

### 2.2.1. O pravnoj prirodi zahtjeva za razvrgnuće

Svaki suvlasnik, koji je neograničeni vlasnik svog idealnog, odnosno suvlasničkog dijela, a čije pravo nije ograničeno vremenom ni nekim drugim uvjetom, ima bezuvjetan zahtjev za razvrgnuće suvlasničke zajednice.<sup>27</sup>

U austrijskoj pravnoj teoriji ne postoji suglasnost o tome kakva je pravna priroda zahtjeva za razvrgnuće. Dok pojedini autori smatraju da se radi o stvarno-pravnom zahtjevu,<sup>28</sup> a drugi o obveznopravnom zahtjevu<sup>29</sup>, odnosno zahtjevu *sui generis*,<sup>30</sup> u novijoj judikaturi zauzet je stav da se radi o obveznopravnom zahtjevu.<sup>31</sup> Ipak, analizirajući zahtjev za razvrgnuće moramo konstatirati da on sadrži i obveznopravne i stvarnopravne elemente, pa je određenje njegove pravne prirode teško moguće. Stoga bi se mogao okarakterizirati kao fenomen stvarnog prava sa snažnim elementima obveznog prava.<sup>32</sup>

Polazište za određenje pravne prirode zahtjeva za razvrgnuće čini zakonski tekst, odnosno mjesto koje zahtjev za razvrgnuće zauzima u okviru odredbi kojima se uređuje suvlasništvo, odnosno još šire, u okviru odredbi ABGB-a. U opisu pravnih izvora suvlasništva u Austriji<sup>33</sup> već je naglašeno da se odredbe o suvlasništvu nalaze u dijelu ABGB-a kojim se uređuju stvarnopravni odnosi, a zahtjev za razvrgnuće definiran je u okviru 16. odsječka kojim se uređuju zajednica vlasnika i ostala stvarna prava, te iz toga proizlazi da je razvrgnuće suvlasništva u nomotehničkom smislu stvarnopravni fenomen. Osim toga, u prilog tome da je zahtjev za razvrgnuće stvarnopravne naravi jest bezuvjetnost zahtjeva te ograničeni disponibilitet u odricanju od zahtjeva i zaključivanju sporazuma o diobi.<sup>34</sup>

Nasuprot tome, obveznopravni elementi zahtjeva za razvrgnuće kriju se u obvezi suvlasnika da u postupanju vode računa o interesima zajednice, odnosno drugih suvlasnika, ograničenjem u podnošenju zahtjeva. Tako se zahtjev za razvrgnuće ne može podnijeti u nevrjeme (*Unzeit*) ili na štetu drugih suvlasnika (*Nachteil der übrigen*).<sup>35</sup>

Time zapravo dolazimo do paradoksalne situacije u kojoj se načelna bezuvjetnost zahtjeva za razvrgnuće tumači u prilog njegove stvarnopravne

<sup>27</sup> Feil, op. cit. (bilj. 12), str. 75.

<sup>28</sup> Randa u: Ziehensack, Helmut, Die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft, Manz, Wien, 1998., str. 42.

<sup>29</sup> Frotz, Gamerith u: Feil, op. cit. (bilj. 12), str. 76.

<sup>30</sup> Binder u: Ziehensack, op. cit. (bilj. 28), str. 42.

<sup>31</sup> MietSlg 45.030(=WoBl 1994/10); 37.050/8 (=SZ 57/45 = Jbl 1985, 165); 33.055 (JBl 1982, 209).

<sup>32</sup> Phänomen des Schuldrechts mit starken Elementen des Schuldrechts., Ziehensack, op. cit. (bilj. 28), str. 43.

<sup>33</sup> Vidi Ad. 2.1.

<sup>34</sup> Ziehensack, op. cit. (bilj. 28), str. 41.

<sup>35</sup> Cf. ibid., str. 43.

naravi, a zakonom propisana ograničenja u podnošenju zahtjeva, koja sprečavaju njegovo podnošenje u nevrjeme ili na štetu drugih, dakle u tom smislu uvjetovanost podnošenja zahtjeva za razvrgnuće tumači u prilog obveznopravnoj naravi zahtjeva.

Konačno, u austrijskoj pravnoj teoriji istaknuto je da je teorijski spor o pravnoj prirodi zahtjeva za razvrgnuće irelevantan sa stajališta praktičnog postupanja sve dok postoji jedinstvo o opsegu i pravnim posljedicama zahtjeva. U tom smislu je pitanje sprečavaju li zakonom propisana ograničenja zahtjeva za razvrgnuće provedbu zahtjeva za razvrgnuće u sudskom postupku (dilatorni prigovor) ili ga ona isključuju (pravno sprečavajući prigovor) samo akademski relevantno.<sup>36</sup> Za razliku od toga, u njemačkoj pravnoj teoriji istaknut je potpuno oprečan stav koji upozorava da različit pristup pravnoj prirodi zahtjeva za razvrgnuće može rezultirati različitim pravnim posljedicama,<sup>37</sup> a koji će biti obrazložen i opisan u posebnom dijelu ovog rada.<sup>38</sup>

### 2.2.2. Ograničenja zahtjeva za razvrgnuće (Teilungshindernisse)

Zahtjev za razvrgnuće je bezuvjetan zahtjev. On ne mora biti obrazložen i ne zastarijeva. Jednostrani zahtjev za razvrgnuće suvlasničke zajednice isključen je samo ako postoji izričita zakonska odredba kojom se zahtjev isključuje ili ako se zbog posebnih pravnih razloga za postojanjem zajednice, isključenje zahtjeva za razvrgnuće provodi prema zakonu.<sup>39</sup> Isključenje zahtjeva za razvrgnuće u pravilu je privremenog karaktera i traje sve do prestanka okolnosti uslijed kojih bi podnošenje zahtjeva bilo nedopušteno.

Zakonski okvir ograničenja zahtjeva za razvrgnuće određen je § 830. reč. 2. ABGB-a koji propisuje da suvlasnik može u pravilu zahtijevati i razvrgnuće zajednice; ali ne u nevrjeme ili na štetu drugih.<sup>40</sup> Time su propisana dva samostalna razloga za isključenje zahtjeva za razvrgnuće suvlasničke zajednice, što proizlazi iz upotrijebljenog veznika *ili*.

Nevrijeme je objektivna okolnost koja postoji mimo sudionika i proizlazi iz svojstava same stvari, ona djeluje prema svim sudionicima na jednak način i u danom vremenu diobu čini nesvršishodnom i za oba dijela štetnom.<sup>41</sup> Prema sudskoj praksi nevrjeme postoji samo u slučaju neuobičajenih gospodarskih okolnosti, zatim u slučaju pravnih nejasnoća u svezi sa sudskim ili upravnim postupkom koji je u tijeku, konkretnih budućih bitnih pravnih promjena (stvarnog, obiteljskog ili obveznog prava) poteškoća u svezi s teretima ili stanjem zajedničke stvari. Nasuprot tome, smanjenje vrijednosti novčane valute

<sup>36</sup> Cf. *ibid.*, str. 42.

<sup>37</sup> *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3.).

<sup>38</sup> Vidi Ad. 3.2. 1.

<sup>39</sup> *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 76.

<sup>40</sup> Er kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachteile der übrigen. (§ 830. reč. 2. ABGB).

<sup>41</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 98.



u svezi s inflatornim razvojem ne predstavlja nevrijeme.<sup>42</sup> Osim toga, nevrijeme postoji i u slučaju lošeg građevinskog stanja kuće, ako se sredstva potrebna za radove na kući mogu lako pribaviti i ako se popravkom može očekivati povećanje prodajne cijene objekta.<sup>43</sup> Nevrijeme je prihvaćeno i u slučaju krajnje nejednakog interesnog položaja suvlasnika i eklatantnog imovinskopravnog prikraćenja tuženog suvlasnika.<sup>44</sup>

Pitanje hoće li singularni sukcesor biti vezan uz odricanje od zahtjeva za razvrgnuće svog prednika, ovisit će o tome smatra li se ugovoranje takve zabrane razvrgnuća stvarnopravnim ili obveznopravnim ugovorom. Najviši sud u Austriji (*Oberster Gerichtshof* – OGH) zauzeo je stav da se radi o obveznopravnom ugovoru uz koji novi vlasnik nije vezan, čak i u slučaju da je bio upoznat sa sadržajem ugovora.<sup>45</sup>

Podnošenje zahtjeva za razvrgnuće suvlasničke zajednice na štetu drugih mora ispunjavati određene pretpostavke koje mogu biti objektivne ili subjektivne naravi. Tako se šteta za druge može izvesti iz objektivnih, zajedničkih interesa svih protivnika diobe, bez odmjeravanja interesa predlagatelja i protivnika diobe. Ali, ako šteta za druge rezultira iz subjektivne usporedbe interesa jednog ili pojedinih protivnika diobe, ta okolnost dolazi u obzir kao razlog za isključenje zahtjeva za razvrgnuće, ali je neophodno usporediti interese predlagatelja i protivnika diobe.<sup>46</sup> Odogoda razvrgnuća suvlasničke zajednice moguće je samo ako se radi o prolaznim okolnostima.<sup>47</sup>

Judikatura je kao štetu prema drugima, a u svezi sa zahtjevom za razvrgnuće vrednovala starost (maloljetnost ili visoku starosnu dob povezanu s bolešću) i prijeteće financijske poteškoće na temelju poreznog prava.<sup>48</sup> Međutim, visoka starost ili bolest jednog suvlasnika ne predstavljaju trajno stanje koje sprječava diobu.<sup>49</sup> Osim toga, okolnost koja sprječava razvrgnuće može biti i postupak razvoda braka.<sup>50</sup> Subjektivne okolnosti koje sprječavaju razvrgnuće mogu biti i na strani podnositelja zahtjeva za razvrgnuće kao što su ostvarivanje zahtjeva protivno pravilima povjerenja u promet i šikana.<sup>51</sup> Opasnost da će suvlasnik ostati bez “krova nad glavom” (*dröhende Obdachlosigkeit*), zatim opasnost od gubitka egzistencije gubitkom poslovnog prostora sudska praksa u osnovi priznaje kao subjektivne poteškoće, ali s obzirom da protivnik diobe ne može

<sup>42</sup> Cf. *ibid.* 102.

<sup>43</sup> EvBl 1958/330 = SZ 31/79; EvBl 1965/253 = JBl 1965, 207; SZ 41/185 = EvBl 1969/234 = MietSlg 20 044, JBl 1982, 209 = MietSlg 33.055.

<sup>44</sup> SZ 41/185 = EvBl 1969/234 = MietSlg 20.044.

<sup>45</sup> SZ 40/61; EvBl 1972/199; JBl 1973, 465; EvBl 1979/30 = MietSlg 19.074.

<sup>46</sup> *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 93.

<sup>47</sup> SZ 45/140 Miet 42.033; wobl 1994/10; SZ 69/169, JBl 1997, 721.

<sup>48</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 104.

<sup>49</sup> *Dittrich Robert; Tades, Halmuth*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Manz, Wien, 2007., str. 358.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 104.

dokazati da su one privremenog karaktera, ne mogu se smatrati okolnostima koje sprječavaju razvrgnuće.<sup>52</sup>

Zahtjev za razvrgnuće može se isključiti odricanjem od podnošenja zahtjeva u određenom vremenskom periodu (§ 831., ABGB). Isključenje se provodi na temelju sporazuma svih ili pojedinih suvlasnika ili odredbom o posljednjoj volji. Nema zahtjeva u pogledu forme ugovora, pa je moguć usmeni sporazum ili konkludentno odricanje.<sup>53</sup> Odricanje može biti pozitivno formulirano kao obveza suvlasnika na trajanje zajednice, pri čemu je prodaja dijela uvijek moguća, jer se zabrana odnosi samo na § 830. ABGB-a, odnosno na podnošenje tužbe na diobu.<sup>54</sup> U odnosu između ugovornih partnera odricanje od zahtjeva za razvrgnuće suvlasničke zajednice djeluje kao okolnost koja sprječava diobu, pa će se podnesena tužba na diobu odbaciti. Ipak, iako sporazum o odricanju od zahtjeva za razvrgnuće znači nemogućnost podnošenja zahtjeva za razvrgnuće u određenom vremenskom periodu, koji može biti i do smrti suvlasnika koji se zahtjeva odrekao, razvrgnuće suvlasničke zajednice dopustit će se ako za to postoje važni razlozi. Smatra se da važni razlozi postoje ako trajanje zajednice više ne bi bilo prihvatljivo, pa tako u obzir mogu doći i neskrivljeni razlozi drugih suvlasnika.<sup>55</sup>

Osim već opisanih okolnosti koje sprječavaju zahtjev za razvrgnuće prema ABGB-u, posebna zakonska ograničenja u podnošenju zahtjeva za razvrgnuće propisana su EheG-om i öWEG 2002. Tako u slučaju da su bračni drugovi zajedničku kuću namijenili kao stan bračnih drugova, razvrgnuće suvlasničke zajednice ne može se u pravilu tražiti prije premještanja stana bračnih drugova u drugo mjesto ili prestanka bračne zajednice.<sup>56</sup> Ova okolnost koja sprječava razvrgnuće ne prestaje time što je jedan od bračnih drugova jednostrano raskinuo bračnu zajednicu ili time što je iselio iz stana.<sup>57</sup> U slučaju da samo dio zemljišta služi kao stan bračnih drugova, postupak će se provesti prema pravilima izvanparničnog postupka, jer dioba imovine u upotrebi bračnih drugova prema §§ 81. ff EheG-a koja se provodi u izvanparničnom postupku ima prednost u odnosu na razvrgnuće suvlasničke zajednice prema § 830. ABGB-a. Tek kada se zahtjev za podjelom imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede ugasi,<sup>58</sup> dolazi do realizacije općeg zahtjeva za razvrgnuće suvlasničke zajednice nad stvarima u suvlasništvu bračnih drugova.<sup>59</sup>

Ako je zahtjev za diobu imovine u upotrebi bračnih drugova podnesen u pogledu stvari koje njome nisu obuhvaćene, odnosno koje su prema § 82.

<sup>52</sup> Feil, op. cit. (bilj. 12), str. 94.

<sup>53</sup> Ziehensack, op. cit. (bilj. 28), str. 65.

<sup>54</sup> Cf. Ibid., str. 66.

<sup>55</sup> Cf. Ibid., str. 71.-72.

<sup>56</sup> RZ 1960, 29 = JBl 1960, 299 = SZ 32/147 = EFSlg 1558; JBL 1961, 634; 26. 4. 1966. RZ 1966, 147 = MietSlg 18.001 = EFSlg 6723.

<sup>57</sup> EFSlg 48.572.

<sup>58</sup> Zahtjev za diobu bračne imovine u upotrebi i bračne uštede gasi se protekom jedne godine od pravomoćnosti odluke o razvodu, ukidanju ili poništaju braka (§ 95., EheG).

<sup>59</sup> Ziehensack, op. cit. (bilj. 28), str. 264.

EheG-a isključene<sup>60</sup> on će se odbaciti kao nedopušten. Ako je sporno pripadaju li stvari čija se dioba treba provesti u imovinu u upotrebi bračnih drugova ili ne, odluku o tome donijet će sud koji postupak provodi, odnosno on će taj predmet uputiti nadležnom sudu. Međutim, u slučaju da pojedine stvari ne pripadaju imovini o čijoj se diobi odlučuje u izvanparničnom postupku, izvanparnični sud nije ovlašten predmet uputiti nadležnom sudu da postupak provede u parničnom postupku, nego će u tom slučaju zahtjev za diobu odbaciti kao nedopušten.<sup>61</sup>

Partnerstvo vlasnika, odnosno *Eigentünerpartnerschaft* može prestati razvrgnućem, te će se u tom slučaju na odgovarajući način primijeniti odredbe o zahtjevu za razvrgnuće prema § 830. ABGB-a. Osim već poznatih ograničenja zahtjeva za razvrgnuće koja se tiču isključenja zahtjeva u nevrijeme ili zbog nanošenja štete drugima, § 13. st. 6. öWEG 2002 sadrži posebnu odredbu kojom uređuje modalitete ograničenja zahtjeva za razvrgnuće partnerstva vlasnika. Tako je propisano da se zahtjev za razvrgnuće ugovorom može isključiti ako je sastavljen u pisanoj formi i ako je isključenje tužbe na diobu ograničeno vremenskim rokom od tri godine od zaključenja ugovora (§ 13. st. 6. reč. 1. öWEG 2002). Ugovor o isključenju zahtjeva za razvrgnuće može se produžiti i nakon proteka trogodišnjeg roka, za što je potrebno ponovno zaključiti sporazum u pisanoj formi (§ 13. st. 6. reč. 3., öWEG 2002). Automatsko produženje roka isključenja zahtjeva za razvrgnuće nije moguće.<sup>62</sup>

Iznimno, isključenje zahtjeva za razvrgnuće partnerstva vlasnika moguće je i na duži period ili na neograničeno vrijeme ako bi trogodišnje isključenje za jednog od bračnih drugova zbog važnih razloga, primjerice radi visoke starosne dobi bilo nepravedno (§ 13. st. 6. reč. 2., öWEG 2002). Time nisu obuhvaćeni svi važni razlozi zbog kojih bi neograničeno isključenje zahtjeva za razvrgnuće bilo moguće. Naime, öWEG 2002 samo je egzemplifikativno naveo visoku starosnu dob kao jedan od mogućih važnih razloga za produljeno ili neograničeno isključenje zahtjeva za razvrgnuće.

Ipak, ako su partneri bračni drugovi i ako objekt etažnog (stambenog) vlasništva služi najmanje jednom od njih za zadovoljenje njegovih neodgodivih stambenih potreba, zahtjev za diobu drugog bračnog druga je za vrijeme trajanja braka nedopušten (§ 13. st. 6. reč. 4., öWEG 2002). Međutim, nedopuštenost zahtjeva za razvrgnuće za vrijeme trajanja braka odnosi se samo na stan koji je kvalificiran kao stan za zadovoljenje njegovih stambenih potreba. Izvan dometa ove odredbe ostaju drugi objekti u stambenom vlasništvu bračnih drugova kao partnerstva vlasnika.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Tako diobom nisu obuhvaćene stvari koje je jedan bračni drugi unio u brak, naslijedio li stekao darovanjem, zatim stvari koje služe osobnoj upotrebi jednog bračnog druga ili obavljanju njegovog posla, pripadaju tvrtki ili su dio u tvrtki, osim ako se ne radi o novčanom ulogu (§ 82. st. 1. t. 1.-4., EheG).

<sup>61</sup> *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 92.-93.

<sup>62</sup> *Dirnbacher*, op. cit. (bilj. 21), str. 110.

<sup>63</sup> Cf. *ibid.*, str. 111.

Osim toga, ako zajednički objekt stambenog vlasništva služi za zadovoljenje neodgodivih stambenih potreba maloljetnog partnera, tužba na diobu drugog partnera isključena je za vrijeme njegove maloljetnosti (§ 13. st. 6. reč. 5.).

Zajedničko etažno (stambeno) vlasništvo bračnih drugova neće prestati pravomoćnošću odluke o razvodu, ukidanju ili poništaju braka. U slučaju da niti jedan od bračnih drugova ne zatraži diobu njihovog zajedničkog etažnog stambenog vlasništva, ono će nastaviti egzistirati u obliku partnerstva vlasnika. Prema § 15. st. 1. öWEG 2002 protekom jednogodišnjeg roka od pravomoćnosti odluke o razvodu, ukidanju ili poništaju braka zahtjevu za diobu ne može se uputiti prigovor nevremena ili štete za druge. Otpadanje prigovora nevremena ili štete za druge (§ 830., ABGB) znači da se istekom roka od godine dana nakon prestanka braka partnerstvo vlasnika prijašnjih bračnih drugova može lakše razvrgnuti od svih drugih partnerstva vlasnika (ili nebračnih partnera).<sup>64</sup>

### 2.3. Postupak razvrgnuća suvlasničke zajednice

Prema austrijskom stvarnopravnom sustavu razvrgnuće suvlasničke zajednice moguće je na temelju sporazuma suvlasnika o razvrgnuću ili u sudskom, u pravilu parničnom, postupku tužbom na diobu prema § 830. ABGB-a. Iznimno, postupak diobe imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede prema §§ 81. ff EheG-a provodi se u izvanparničnom postupku. Iako zakonodavac može postupak razvrgnuća urediti kao jedinstveni ili višestupanjski model, smatra se da ABGB propisuje jedinstveni model postupka razvrgnuća suvlasničke zajednice u kojem odluku treba donijeti ne samo o tome je li razvrgnuće moguće i dopušteno, nego i o tome na koji način će se razvrgnuće provesti.<sup>65</sup> Ipak, neki autori smatraju da se sudsko ostvarenje zahtjeva za razvrgnuće provodi u tri stupnja – prvi stupanj je tužba na diobu, drugi – konstitutivna odluka suda o razvrgnuću i treći – provedba odluke o razvrgnuću.<sup>66</sup>

Okosnicu postupka razvrgnuća čini § 841. reč. 1. i 2. ABGB-a koji propisuje da se u postupku razvrgnuća neće primjenjivati pravila o većinskom glasovanju,<sup>67</sup> odnosno da diobu treba provesti na temelju suglasnosti svih suvlasnika,<sup>68</sup> čime se u postupku razvrgnuća primarno preferira izvansudska nagodba. Tek u § 841. reč. 3. ABGB-a zakon propisuje kako postupiti u slučaju da suvlasnici nisu suglasni. Iako iz zakonskog teksta ne proizlazi o kakvoj nesuglasnosti je riječ, smatra se da se ona odnosi na nesuglasnost suvlasnika u pogledu načina diobe

<sup>64</sup> Cf. *ibid.*, str. 127.

<sup>65</sup> Postupak razvrgnuća treba pružiti odgovore na pitanja *Ob*, odnosno je li razvrgnuće dopušteno i *Wie*, odnosno na koji način će se razvrgnuće provesti. Odluka o tome na koji način će se dioba provesti smatra se tužbom na diobu u užem smislu (*Teilungsklage ieS*), *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 201.

<sup>66</sup> *Schwimann / Hofmeister / Eggelmeier* u: *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 77.

<sup>67</sup> Bei der nach aufgehobener Gemeinschaft vorzunehmende Teilung der gemeinschaftlichen Sache gilt keine Mehrheit der Stimmen (§ 841. reč. 1. ABGB).

<sup>68</sup> Die Teilung muß zur Zufriedenheit eines jeden Sachgenossen vorgenommen werden (§ 841. reč. 2., ABGB).

ili još uže, na provedbu fizičke diobe. Smatra se da to proizlazi iz zakonskog teksta koji spominje dijeljenje u smislu podjele dijelova, a osim toga civilna dioba je uređena tek u § 843. ABGB-a.<sup>69</sup> Tako će se nesuglasnost suvlasnika o tome kojem suvlasniku će pripasti koji dio fizički podijeljene stvari rješavati slučajnim odabirom ili izabranim sucem, a u slučaju da suvlasnici nisu suglasni ni u pogledu navedenih metoda – odlučit će sudac.<sup>70</sup>

### 2.3.1. *Razvrgnuće suvlasničke zajednice na temelju sporazuma stranaka*

Sporazum stranaka o diobi (*Teilungsvereinbarung*) sporazum je svih suvlasnika o bitnim elementima razvrgnuća suvlasničke zajednice, odnosno o tome je li razvrgnuće dopušteno i na koji način će se ono provesti. Privatnopravni sporazum suvlasnicima omogućava izbor načina razvrgnuća koji se u sudskom postupku ne bi mogao ostvariti. S obzirom da su kao jedini zakonom propisani modaliteti razvrgnuća fizička (§ 841., ABGB) i civilna dioba (§ 843., ABGB), suvlasnici bi mogli ugovoriti i neki pogodniji način razvrgnuća koji bi odgovarao okolnostima konkretnog slučaja kao što je primjerice razvrgnuće isplatom ili isključenje jednog suvlasnika i nastavak manje suvlasničke zajednice.<sup>71</sup>

Sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice neformalan je ugovor. Međutim, ako je sporazum dio bračnog ugovora, on mora biti sastavljen u formi javnobilježničkog akta (§ 1. st. 1. b Zakona o obveznom sudjelovanju javnih bilježnika,<sup>72</sup> u nastavku: NZwG). Ako se radi o razvrgnuću pokretnih stvari, povreda forme sporazuma o razvrgnuću može se sanirati provedbom ugovora. Nasuprot tome, ako sporazum o razvrgnuću nekretnina ne udovoljava zahtjevima forme, on neće proizvoditi pravne učinke. U tom slučaju nedostatak forme može se otkloniti samo novim sporazumom zaključenim u potrebnom obliku.<sup>73</sup>

Singularni sukcesori nisu vezani sporazumom o razvrgnuću koji je zaključio njihov prednik budući da sporazum vrijedi samo između osoba koje su ga zaključile. Iznimno, pravni sljednik bit će vezan uz sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice ako vezanost uz sporazum proizlazi iz sporazuma svih sudionika u okviru preuzimanja ugovora.<sup>74</sup>

Ispunjenje sporazuma o razvrgnuću može se ostvarivati samo zahtjevom za ispunjenje sporazuma, a ne podnošenjem tužbe prema § 830. ABGB-a. U postupku je pozivanje na sporazum o razvrgnuću materijalnopravni prigovor koji isključuje ne samo sudsko ostvarivanje zahtjeva za razvrgnuće nego i prigovore nevremena i štete za druge.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 203.

<sup>70</sup> Können sie nicht einig werden; so entscheidet das Los, oder ein Schiedsman, oder, wenn sie sich über die Bestimmung der einen oder andern dieser Entscheidungsarten nicht einhellig vereinigen, der Richter (§ 841. reč. 3., ABGB).

<sup>71</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 206.

<sup>72</sup> Notariatszwanggesetz (RGBl 1871/76).

<sup>73</sup> Cf. *Ibid.*, str. 207.-208.

<sup>74</sup> MietSlg 25.132, 26.045, 29.074.

<sup>75</sup> EvBl 1965/47, 1966/351.

### 2.3.2. Razvrgnuće suvlasničke zajednice u sudskom postupku

Ako između stranaka ne postoji sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice, razvrgnuće će se provesti u parničnom postupku, podnošenjem tužbe na diobu (§ 830., ABGB). Iznimno, dioba imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede provodi se u izvanparničnom postupku (§§ 81., EheG, § 93.-96., AußStrG 2003). Posebna pravila kojima se pojednostavljuje postupak razvrgnuća vrijede za kvantitativno vlasništvo. Kako se ono odnosi na vlasništvo nad određenom količinom istovrsnih stvari i kako je količina stvari koja pripada svakom suvlasniku utvrđena, tužba je usmjerena na izdvajanje odgovarajuće količine stvari (*Quantitätsvindikation; Mengevindikation*).<sup>76</sup>

Aktivna i pasivna legitimacija za podnošenje tužbe na diobu pripada suvlasnicima. Tužba se podnosi protiv svih suvlasnika koji se ne nalaze na aktivnoj strani. Smatra se da tužbom treba obuhvatiti i one suvlasnike koji su suglasni s diobom jer su svi suvlasnici jedinstveni i nužni suparničari (§ 14., öZPO). U austrijskoj pravnoj literaturi zastupljeno je mišljenje da povlačenje tužbe na diobu jednog od suvlasnika ne sprječava nastavak postupka, ako dotadašnji tužitelji prije zaključenja glavne rasprave tužbom obuhvate i suvlasnika koji je tužbu povukao.<sup>77</sup> Smatramo da bi u tom slučaju ostali tužitelji ipak tužbom odmah morali obuhvatiti tužitelja kao tuženika, jer bi se u protivnome radilo o nedostatku procesne pretpostavke zbog koje sud ne bi smio poduzeti daljnju radnju – zaključivanje glavne rasprave, nego bi zbog nedostatka pasivne legitimacije tužbu trebao odbaciti.

Tužba na diobu osim općih zahtjeva prema §§ 75. i 226., öZPO mora sadržavati i tvrdnju o suvlasništvu zajedničke stvari stranaka u sporu, zahtjev za fizičku ili civilnu diobu i činjenične navode o (ne)svrsishodnosti fizičke diobe. Smatra se da je tužba konstitutivne naravi.<sup>78</sup> Naime, radi se o nepotpunoj konstitutivnoj tužbi materijalnog prava (*unvollkommene Rechtsgestaltungsklage des materiellen Rechts*), čijim usvajanjem dolazi do preobražaja postojećih pravnih odnosa, ali je za njen potpuni učinak potreban dodatan akt. U tom smislu će tužba na diobu proizvesti promjenu pravnog odnosa suvlasnika, ali će za njezin potpuni pravni učinak biti potrebna fizička ili civilna dioba koja će u slučaju da se tuženik ne pokori odluci suda, uslijediti prema §§ 351., 352.-352.c EO.<sup>79</sup> Tužitelj mora dokazati svoje suvlasništvo. Za razliku od već upisanog vlasništva, izvanknjižni suvlasnik mora dokazati izvanknjižno stjecanje.<sup>80</sup> U slučaju pokretnih stvari vrijedi presumpcija vlasništva prema § 372. ABGB-a.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> *Koziol / Welsner*, op. cit. (bilj. 7), str. 301.

<sup>77</sup> *Schwimann / Hofmeister / Eglmeier*, u: *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 80.

<sup>78</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 240.

<sup>79</sup> *Rechberger, Walter H.; Simotta, Daphne-Ariane*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Manz, Wien, 2003., str. 240.

<sup>80</sup> *Feil*, op. cit. (bilj. 12), str. 80.

<sup>81</sup> Ako tužitelj u tužbi kojom traži posjed stvari ne može u potpunosti dokazati stečeno vlasništvo stvari koja mu je oduzeta, ali može dokazati valjani pravni temelj i pravilan način stjecanja, on će



S obzirom da je jedan od obvezatnih elementa tužbe na diobu zahtjev za fizičku ili civilnu diobu, tužitelj bi prilikom formuliranja zahtjeva trebao voditi računa o ostvarivosti određenog oblika razvrgnuća, kako se ne bi izložio riziku odbacivanja tužbe zbog toga što predloženi način razvrgnuća nije moguć ili dopušten. Praktično rješenje kojim bi se rizik odbacivanja tužbe zbog izbora neadekvatnog načina razvrgnuća mogao smanjiti jest postavljanje eventualnog zahtjeva. Ipak, judikatura i pravna teorija u odnosu na izneseno pitanje nemaju tako strogo formalistički stav. Prije svega, sud diobu provodi na temelju vlastite procjene i kada tužba ne sadrži zahtjev za određeni način diobe. Osim toga, sud ne bi trebao tužbu odbaciti i kada bi se zahtjev za određenu vrstu diobe smatrao nedopuštenim, već bi razvrgnuće suvlasničke zajednice trebao provesti prema vlastitom nahodaњу.<sup>82</sup>

Za razliku od pravila o tužbi na diobu koja su opća pravila o sudskom razvrgnuću suvlasničke zajednice, posebnim pravilima propisana je dioba imovine u upotrebi bračnih drugova i bračnoj uštedi. Naime, odluka o podjeli imovine bračnih drugova u upotrebi koja se donosi u izvanparničnom postupku supsidijarna je (§ 85., EheG) i može uslijediti samo na zahtjev bračnih drugova.<sup>83</sup> Zahtjev za diobu mora se podnijeti u roku od jedne godine od pravomoćnosti odluke o razvodu, ukidanju ili poništaju braka (§ 95., EheG). Prosuđivanje pravovremenosti zahtjeva spada u nadležnost suda u izvanparničnom postupku.<sup>84</sup> Osoba koja se protekom prekluzivnog roka nađe u povoljnijoj situaciji mora i nakon isteka roka dopustiti podnošenje zahtjeva za diobu imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede ako se pozivanje na protek roka protivi pravilima o povjerenju u prometu (*gegen Treue und Glauben*). Postupanje koje je protivno pravilima o povjerenju u promet postoji ako je nepravovremeno podnošenje zahtjeva jednog bračnog druga uzrokovano ponašanjem drugog bračnog druga, kao primjerice ako je jedan bračni drug kod drugog bračnog druga ostavio utisak da će se dioba bračne imovine u upotrebi i bračne uštede provesti izvan sudskog postupka ili ako je jedan bračni drug zatajio postojanje imovine.<sup>85</sup>

U izboru odgovarajućeg pravnog puta mjerodavne su tvrdnje iznesene u zahtjevu (§ 40.a Jurisdikcijske norme,<sup>86</sup> u nastavku: JN). Ako je sporno odnosi li se zahtjev na predmet diobe bračne imovine u upotrebi i bračne uštede, o tom pitanju će se odlučivati u izvanparničnom postupku.<sup>87</sup> Nasuprot tome, smatra se da će se sud u parničnom postupku odlučivati o pitanju spada li zahtjev sadržan

---

se u odnosu na svakog posjednika koji nema nikakvog ili ima slabiji pravni temelj posjeda smatrati vlasnikom te stvari (§ 372., ABGB).

<sup>82</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 242.

<sup>83</sup> *Rechberger*; *Walter H.*, *Kommentar zum Außerstreitgesetz*, Springer, Wien, New York, 2006., str. 288.

<sup>84</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 269.

<sup>85</sup> *Dittrich / Tades*, op. cit. (bilj. 49), str. 806.

<sup>86</sup> Jurisdiktionsnorm (RGI 1895/111).

<sup>87</sup> 7 Ob 25/99y.

u tužbi za diobu u nadležnost suda u izvanparničnom postupku.<sup>88</sup> Ako se zahtjev samo dijelom odnosi na postupak diobe imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede, o tome će se odlučiti u izvanparničnom postupku.

Odluka kojom sud usvaja tužbu za diobu nepotpuna je konstitutivna odluka. Međutim, dvojbeno je kada nastupaju pravni učinci takve odluke, odnosno djeluje li ona konstitutivno iako stvarna provedba slijedi tek naknadno ili konstitutivni učinak odluke nastupa tek s faktičnom realizacijom. Smatra se da se usvajanjem tužbe na diobu suvlasnička zajednica proglašava razvrgnutom, ali da konstitutivni učinak nastupa tek stvarnom provedbom diobe.<sup>89</sup>

U austrijskoj literaturi smatra se da je odluka kojom se tužbeni zahtjev za diobu odbija kao neosnovan, deklaratorna odluka, jer su sve odluke kojima se tužbeni zahtjev odbija deklaratorne odluke. Njima se utvrđuje da ne postoji pravo na pružanje pravne zaštite deklaratornog, konstitutivnog ili kondemnatarnog sadržaja.<sup>90</sup>

Izreka odluke kojom se zahtjev usvaja treba sadržavati i način diobe, jer bi općenita odluka kojom se suvlasnička zajednica razvrgava, a da pri tom nije određena vrsta diobe bila nedopuštena. Tako izreka odluke primjerice može glasiti „Suvlasnička zajednica suvlasnika... je ukinuta. Razvrgnuće suvlasničke zajednice slijedi fizičkom (civilnom) diobom.“<sup>91</sup>

Konačno, odluka kojom se usvaja zahtjev za diobu je *iudicium duplex*, odnosno ovrhu donesene odluke može zahtijevati i tužitelj i tuženik.<sup>92</sup>

#### 2.4. Načini razvrgnuća suvlasničke zajednice

Zakonom propisani oblici razvrgnuća suvlasničke zajednice u Austriji su fizička (*Realteilung, Naturalteilung*) i civilna dioba (*Zivilteilung*). Fizička dioba (§ 841., ABGB) ima prednost u odnosu na civilnu diobu (§ 843., ABGB) jer se civilna dioba provodi samo ako fizička dioba nije moguća ili svrsishodna. Tko zahtijeva da se razvrgnuće suvlasničke zajednice provede civilnom diobom, mora dokazati nesvrshodnost fizičke diobe.<sup>93</sup>

Fizička dioba je moguća (*möglich*) ako je stvar fizički djeljiva, odnosno ako se može podijeliti bez znatnog umanjenja njezine vrijednosti i ako njena dioba nije isključena zakonom.<sup>94</sup> Ona je svrsishodna (*tunlich*) ako se stvar može podijeliti na dijelove između suvlasnika, tako da vrijednost cjeline bude sadržana u dijelovima zajedničke stvari.<sup>95</sup> Djeljivost stvari na istovrsne dijelove treba

<sup>88</sup> 4 Ob 564/94 = ÖA 1995, 129.

<sup>89</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 281.

<sup>90</sup> *Rechberger / Simotta*, op. cit. (bilj. 79), str. 394.

<sup>91</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 285.

<sup>92</sup> Cf. *Ibid.*, str. 284.

<sup>93</sup> SZ 25/162, 36/49, Miet 36.056, XXXIX 33; immoex 200/74, 113 = Miet 51.057.

<sup>94</sup> JBI 1967, 87; SZ 48/41; MietSlg 39.047.

<sup>95</sup> EvBl 1965/85 = JBI 1965, 209; MietSlg 34.083, 36.056; EvBl 1983/89 = SZ 56/10 = MietSlg 35.065.

prihvatiti ako se stvar može podijeliti na dijelove približno istih svojstava. Tako će se prilikom dijeljenja zemljišta kao kriteriji određivanja njihove vrijednosti uzeti položaj, bonitet, namjena i izgrađenost ili neizgrađenost.<sup>96</sup> S druge strane vrijednost cijele stvari treba biti približno jednaka zbroju vrijednosti dijelova stvari koji su nastali nakon njezine diobe. Djelomično razvrgnuće suvlasničke zajednice moguće je samo ako time nije narušena gospodarska cjelovitost zajedničke stvari.<sup>97,98</sup>

Civilna dioba provodi se sudskom prodajom (*gerichtliche Feilbietung*) i podjelom iznosa dobivenog prodajom između suvlasnika (§ 843., ABGB). Zbog prijeteće opasnosti da će se u slučaju sudske prodaje postići znatno niža cijena, zakonodavac je suvlasnicima omogućio da diobu ostvare i odlukom suda o uspostavi etažnog vlasništva (§ 3. st. 1. toč. 3., öWEG 2002) koja je gospodarski vrlo bliska realnoj podjeli.<sup>99</sup>

### 3. Razvrgnuće suvlasničke zajednice u Njemačkoj

U Njemačkoj se suvlasništvo (*Miteigentum*) kao vlasništvo više osoba nad fizički nepodijeljenoj stvari može pojaviti u obliku zajednice na dijelove (*Bruchteilseigentum, Bruchteilsgemeinschaft*) ili u obliku zajedničkog vlasništva (*Gesamthandseigentum*).<sup>100</sup> Suvlasništvo na dijelove (*Miteigentum nach Bruchteilen*) nastaje pravnim poslom ili na temelju zakona (npr. spajanje pokretne stvari sa zemljištem prema § 946. BGB, i nalaz blaga prema § 984., BGB)<sup>101</sup> i predstavlja najčešći oblik suvlasništva. Za suvlasništvo na dijelove karakteristično je da svaki suvlasnik ima određeni dio stvari koji je izražen brojkama,<sup>102</sup> odnosno da jedno pravo zajednički pripada više osoba (§ 741., BGB).<sup>103</sup> Nasuprot tome, zajedničko vlasništvo nastaje samo u zakonom propisanim slučajevima društva građanskog prava (§§ 705.ff Građanskog zakonika,<sup>104</sup> u nastavku: BGB), zajednice imovine bračnih drugova (§§ 1415.ff,

<sup>96</sup> EvBl 1983/89 = MietSlg 35.065 = SZ 56710.

<sup>97</sup> RZ 1970, 186; EvBl 1983/89 = MietSlg 35.062.

<sup>98</sup> Djelomično razvrgnuće suvlasništva moguće je u pogledu stvari koje se nalaze u suvlasništvu i u pogledu osoba koje suvlasničku zajednicu razvrstavaju. Tako je moguće da se razvrgnuće suvlasničke zajednice zahtijeva samo u odnosu na neke stvari koje se nalaze u suvlasništvu, čime će zajedničke stvari za koje se nije tražilo razvrgnuće i dalje ostati u vlasništvu suvlasnika. Isto tako, moguće je da se razvrgnuće suvlasništva provodi samo između nekih suvlasnika i da će suvlasnička zajednica nastaviti egzistirati s preostalim suvlasnicima koji nisu tražili razvrgnuće.

<sup>99</sup> *Koziol / Welser*, op. cit. (bilj. 7), str. 300.

<sup>100</sup> *Alpmann Brockhaus*, *Fachlexikon Recht*, Alpmann & Schmidt und F. A. Brockhaus, Leipzig, Mannheim, 2003., str. 893.

<sup>101</sup> *Creifelds, Carl*, *Rechtswörterbuch*, C. H. Beck, München, 2000., str. 897.

<sup>102</sup> *Schwab, Karl Heinz; Prütting, Hanns*, *Sachenrecht*, C. H. Beck, München, 2006., str. 239.

<sup>103</sup> Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742.-758. Anwendung - Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741. BGB).

<sup>104</sup> Bürgerliches Gesetzbuch v 18. 8. 1896. (RGI S 195).

BGB) i nasljednička zajednica (§§ 2032.ff, BGB), zatim javnog trgovačkog društva (§§ 105.ff Trgovačkog zakonika,<sup>105</sup> u nastavku: HGB) i komanditnog društva (§§ 161.ff, HGB).

Suvlasništvo na dijelove i zajedničko vlasništvo forme su zajedničkog interesnog povezivanja više osoba, ali unatoč tome oni predstavljaju nespojivi par suprotnosti. Ako postoji jedan od navedenih instituta, drugi institut je isključen.<sup>106</sup> S obzirom da nastanak suvlasničke zajednice na dijelove ovisi o ispunjenju pretpostavki propisanih § 741. BGB-a, ne postoji prepreka da suvlasništvo na dijelove nastane u svim slučajevima koji ispunjavaju zakonom propisane pretpostavke. Naprotiv, zajedničko vlasništvo je u nastanku ograničeno i njegov nastanak izvan slučajeva propisanih zakonom (*numerus clausus*) nije moguć.<sup>107</sup> Osim toga, svaki suvlasnik suvlasničke zajednice na dijelove ovlašten je samostalno raspolagati dijelom stvari, za razliku od zajedničkog vlasnika koji to nije. Zajedničko vlasništvo uspostavlja pravne ovlasti kolektiva, a suvlasništvo na dijelove pravne ovlasti pojedinca. Suvlasnici zajednice na dijelove nisu dužni voditi računa o dugotrajnosti suvlasničke zajednice, tako da svaki suvlasnik može bilo kada tražiti razvrgnuće suvlasničke zajednice. Nasuprot tome, karakteristika je zajedničkog vlasništva primarna dugotrajnost te se ono može razvrnuti samo uslijed otežanih okolnosti. Konačno, moglo bi se konstatirati da je suvlasnička zajednica na dijelove pravna zajednica (*Rechtsgemeinschaft*), a da je zajedničko vlasništvo primarno zajednica osoba (*Personengemeinschaft*).<sup>108</sup>

Poseban oblik suvlasništva predstavlja etažno vlasništvo (*Wohnungseigentum*).

### 3.1. Pravni izvori suvlasništva i zahtjeva za razvrgnuće suvlasničke zajednice u Njemačkoj

BGB je osnovni pravni izvor kojim se uređuje suvlasništvo i ovlasti suvlasnika. Međutim, BGB, poput ABGB-a ne uređuje odredbe o suvlasništvu u okviru jednog zakonskog dijela. Naprotiv, BGB je u regulaciji suvlasništva i zahtjeva za razvrgnuće u sistematskom smislu još disperzivniji od ABGB-a, jer ne samo da se odredbe o suvlasništvu i suvlasničkoj zajednici na dijelove nalaze u okviru više zakonskih cjelina koje ne pripadaju istim područjima građanskog prava, nego se mnoštvo odredbi o suvlasništvu nalazi izvan navedenih cjelina. Osnovnu zakonsku osnovu predstavlja 2. knjiga BGB-a o obveznopравnim odnosima, u čijem se 8. odsječku o pojedinim obveznopравnim odnosima, odnosno u 17. naslovu uređuje zajednica, odnosno suvlasnička zajednica na dijelove (§§ 741.-758.). Pravo na razvrgnuće suvlasničke zajednice uređeno je u § 749. BGB-a.

<sup>105</sup> Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. (RGI S 219).

<sup>106</sup> Schmidt u: Dietz, Gudrun, Offene Fragen und Perspektiven der Bruchteilsgemeinschaft, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002., str. 84.

<sup>107</sup> Cf. Ibid., str. 85.

<sup>108</sup> Cf. Ibid., str. 103.

Osim toga, posebnu cjelinu predstavljaju pravila BGB-a o suvlasništvu na dijelove na zajedničkoj pokretnoj ili nepokretnoj stvari uključujući i životinje (§§ 90.ff) sadržana u 3. knjizi o stvarnopravnim odnosima, 3. odsječku o vlasništvu, odnosno 5. naslovu o suvlasništvu (§§ 1008.-1011.). Osim što su sadržana u okviru zakonskog dijela kojim se uređuju stvarnopravni odnosi, ona predstavljaju *lex specialis* te će se pravila o zajednici na dijelove (§§ 741.ff) primjenjivati tek supsidijarno.<sup>109</sup> U slučaju da postoji etažno vlasništvo, prednost ima § 10. st. 1. njemačkog Zakona o stambenom vlasništvu,<sup>110</sup> u nastavku: dWEG, koji upućuje na supsidijarnu primjenu § 741.ff BGB-a, ali ne i na §§ 1008.ff BGB. Zbog toga praktično značenje §§ 1008.-1011. BGB nije veliko.<sup>111</sup>

Posebnom odredbom BGB-a uređen je suposjed (§ 866.), spajanje i miješanje (§§ 946.-948), nalaz blaga (§ 948), pravo plodouživanja i založno pravo na suvlasničkom dijelu (§§ 1172., 1066., 1257.).

Razvrgnuće suvlasničke zajednice provodi se primjenom pravila o tužbi na diobu (§ 749. BGB) odnosno primjenom pravila o kondemnatornoj tužbi. Zahtjev je usmjeren za zaključivanje ugovora o razvrgnuću, a izostanak izjave volje jednog od suvlasnika može zamijeniti i pravomoćna odluka kojom se smatra da je dana izjava volje prema § 894. Zakonika o građanskom procesu,<sup>112</sup> u nastavku: dZPO. Ako suvlasnička zajednica postoji na zemljištu, kondemnatorna tužba neće biti potrebna jer je prodaja na dražbi moguća i bez ovršnog naslova (§ 181. Zakona o prisilnoj dražbi i prisilnoj upravi,<sup>113</sup> u nastavku: ZVG). Civilna dioba pokretnih stvari provodi se primjenom pravila o prodaji zaloga prema §§ 1233.ff BGB-a, u pravilu, sudskom prodajom (dražbom) sudskog izvršitelja prema § 1235., BGB. U slučaju da stranke nisu suglasne o načinu prodaje pokretne stvari primijenit će se § 1246. st. 2. BGB, odnosno odluku o prodaji treba donijeti Rechtspfleger te je moguća primjena pravila Zakona o izvanparničnom postupku,<sup>114</sup> u nastavku: FGG.

### **3.2. Zahtjev za razvrgnuće suvlasničke zajednice<sup>115</sup>**

#### **3.2.1. O pravnoj prirodi zahtjeva za razvrgnuće**

U njemačkoj pravnoj teoriji vladajući je stav da je zahtjev za razvrgnuće obveznopravni zahtjev. Ipak u okviru iznesenog stava treba razlikovati autore

<sup>109</sup> Cf. *Ibid.*, str. 27.

<sup>110</sup> Wohnungseigentumsgesetz v 26. 3. 2007. (BGBl I S 370).

<sup>111</sup> *Prütting, Hanns; Wegen, Gerhard; Weinreich, Gerd*, BGB, Kommentar, Luchterhand, München, 2007., str. 1820.

<sup>112</sup> Zivilprozessordnung v 30. 1. 1887. (RGBl S 83).

<sup>113</sup> Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v 24. 3. 1897. (RGBl 97).

<sup>114</sup> Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit v 17. 5. 1989. (RGBl 189).

<sup>115</sup> Zahtjev za razvrgnuće suvlasničke zajednice koji je predmet ovog dijela rada obuhvaća samo suvlasničku zajednicu na dijelove (*die Gemeinschaft nach Bruchteilen*) prema §§ 741.-758. BGB. Posebnim pravilima uređeno je razvrgnuće zajedničkog vlasništva. Tako je razvrgnuće bračne zajednice (*Gesamthandsgemeinschaft*) prema § 1419. BGB-a uređeno pravilima o tužbi

koji obveznopravnu prirodu pripisuju i suvlasničkoj zajednici i ovlastima na korištenje, upravljanje i razvrgnuće<sup>116</sup> od onih autora koji smatraju da je samo suvlasnička zajednica obveznopravne prirode te da su ovlasti koje iz nje proizlaze stvarnopravne prirode jer se vezuju uz idealni dio (*Anteil*), koji se smatra institutom stvarnog prava.<sup>117</sup> Uporište za iznesene stavove pronalaze u zakonskom tekstu kojim se suvlasništvo uređuje, odnosno u njegovom obveznopravnom dijelu o zajednici (§§ 741.-758., BGB) i u stvarnopravnom zakonskom dijelu o suvlasništvu (§§ 1008.-1011., BGB). Nasuprot iznesenim polazištima teorije razdvajanja (*Trennungstheorie*), neki autori mišljenja su da se suvlasnička zajednica i ovlasti koje iz nje proizlaze trebaju promatrati jedinstveno, odnosno kao stvarnopravni instituti koji rezultiraju stvarnopravnim ovlastima.<sup>118</sup>

Tako *Schnorr* problematizira postojeće teorijske stavove pokušavajući analizom nekih odluka Saveznog suda,<sup>119</sup> u nastavku: BGH, ustanoviti kako njima nije zauzet jedinstven stav o tome jesu li suvlasnička zajednica i ovlasti koje iz nje proizlaze obveznopravne ili stvarnopravne prirode. Primjerice, u jednoj od svojih odluka Savezni sud je u obrazloženju iznio stav da u suvlasničkoj zajednici ne postoji obveza suzdržati se od nanošenja štete,<sup>120</sup> što je protivno stavu da je suvlasnička zajednica izvor obveznopravnih odnosa. U drugoj odluci o viteškom dobru (*Rittergut*)<sup>121</sup> Savezni sud je u obrazloženju istakao obveznopravnu prirodu zajednice kako bi ograničio opseg načela određenosti (*Spezialitätsprinzip*).<sup>122</sup>

Osim toga, teorijska rasprava o pravnoj prirodi suvlasničke zajednice ima konkretne praktične posljedice. Naime, ako se suvlasnička zajednica smatra obveznopravnim institutom, za provedbu razvrgnuća zajednice potrebno je najprije tražiti njeno ukidanje, pri čemu je još uvijek sporno treba li taj zahtjev uslijediti u obliku zahtjeva za zaključenje ugovora o prestanku zajednice ili u obliku preobražajnog prava koje obuhvaća otkaz. Tako se u prvom stupnju mora zaključiti ugovor o njenom prestanku. U drugom stupnju zahtjev je usmjeren na zaključenje ugovora o načinu diobe prema §§ 752.ff BGB-a. Tek treći stupanj obvezuje na poduzimanje radnji kojima se treba provesti dioba.<sup>123</sup> Dakle, obveznopravna priroda zajednice rezultira trostupanjskim zahtjevom za razvrgnuće. Ipak, prevladava mišljenje da ne treba razlikovati zahtjev kojim se

---

za razvrgnuće (*Aufhebungsklage*) prema §§ 1447.-1449. BGB-a. Nasuprot tome, razvrgnuće nasljedničke zajednice (*Erbengemeinschaft*) prema § 2032. BGB-a uređeno je pravilima o razvrgnuću (*Auseinandersetzung*) prema § 2042.-a BGB-a, s tim da ona upućuju na primjenu općih pravila u razvrgnuću prema § 749. st. 2. i 3. te §§ 750.-758. BGB-a (§ 2042. st. 2., BGB).

<sup>116</sup> *Schmidt* u: *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3), str. 1.

<sup>117</sup> *Staudinger-Langeheim* u: *Schnorr*, Cf. *Ibid.*, str. 2.

<sup>118</sup> *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3).

<sup>119</sup> Bundesgerichtshof.

<sup>120</sup> BGHZ 62, 243 ff.

<sup>121</sup> BGHZ 140, 63 ff.

<sup>122</sup> Prema načelu određenosti svako stvarno pravo može se odnositi samo na točno određenu stvar.

<sup>123</sup> *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3), str. 19.



traži suglasnost za ukidanje i zahtjev kojim se traži suglasnost za određeni diobeni plan te sudjelovanje u ostvarivanju diobenog plana, već se zahtjev neposredno odnosi na dugovanu ostvarenje razvrgnuća provođenjem diobe.<sup>124</sup> Još jedan od razloga koji dovode u sumnju obveznopravnu prirodu zahtjeva za razvrgnuće jest da se zahtjev za razvrgnuće ne može prenijeti bez odgovarajućeg suvlasničkog dijela.<sup>125</sup>

Konačno, između različitih koncepcija o obveznopravnoj naravi zahtjeva za razvrgnuće, odnosno višestupanjskih ili jednostupanjskih modela *Schnorr* iznosi zaključak da jednostupanjski model više odgovara stajalištu da odnos zajednice (suvlasnika) nije obveznopravni odnos, već se u njemu odražavaju stvarnopravne ovlasti suvlasnika.<sup>126</sup> Stoga on zahtjev za razvrgnuće (§ 749. st. 1., BGB) definira kao posljedicu stvarnopravne ovlasti da suvlasnik sa zajedničkom stvari čini što ga volja, koja je omeđena u svrhu ostvarivanja stvarnopravnih zahtjeva.<sup>127</sup>

### 3.2.2. Ograničenje zahtjeva za razvrgnuće

Iz zakonske formulacije prema kojoj svaki suvlasnik može **uvijek** zahtijevati razvrgnuće zajednice (§ 749. st. 1., BGB) proizlazi da zahtjev za razvrgnuće u načelu ne podliježe nikakvim zakonskim ograničenjima te se time znatno razlikuje od austrijskog modela koji izričito određuje u kojim slučajevima je podnošenje zahtjeva za razvrgnuće ograničeno, odnosno isključeno (§ 830. reč. 2., ABGB). Osim toga, zahtjev za razvrgnuće je bezuvjetan i nezastariv zahtjev (§ 758., BGB).

Međutim, suvlasnici sporazumom mogu zauvijek ili na određeno vrijeme isključiti zahtjev za razvrgnuće suvlasničke zajednice ili odrediti otkazni rok, ali će se u slučaju postojanja važnog razloga zahtjev moći ostvariti i unatoč zaključenom sporazumu ili i prije nego što istekne otkazni rok (§ 749. st. 2., BGB). Postojanje važnog razloga treba tumačiti vrlo usko i strogo, pa bi primjerice neprijateljstvo između suvlasnika moglo biti važan razlog za razvrgnuće samo ako bi imalo neposredan utjecaj na suvlasničku zajednicu.<sup>128</sup> Ništav je sporazum koji bi ograničio ili isključio pravo na razvrgnuće suvlasničke zajednice protivno propisima BGB-a o razvrgnuću (§ 749. st. 3., BGB). Sporazum kojim su suvlasnici isključili ili ograničili zahtjev za razvrgnuće djeluje prema pravnim slijednicima (§ 751., BGB). Međutim, posebno uređenje vrijedi za sporazum kojim su suvlasnici zemljišta isključili zahtjev za razvrgnuće na određeno vrijeme ili zauvijek ili ga ograničili otkaznim rokom, pa će on pravne slijednike vezivati samo ako je upisan u zemljišne knjige kao teret (§ 1010. st. 1., BGB).

<sup>124</sup> *Prütting / Wegen / Weinreich*, op. cit. (bilj. 111), str. 1384.

<sup>125</sup> *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3), str. 21.

<sup>126</sup> Cf. *Ibid.*, str. 354.

<sup>127</sup> Cf. *Ibid.*, str. 362.

<sup>128</sup> *Jauering, Othmar*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2004., str. 979.

Iako je zahtjev za razvrgnuće u načelu neograničen, odnosno moguć u svako vrijeme, BGB posebnim zakonskim odredbama isključuje ili ograničava, odnosno odgađa podnošenje zahtjeva za razvrgnuće. Tako je u okviru zakonskog dijela kojim se uređuju međe propisano da se međašni znakovi ne smiju ukloniti ili promijeniti bez pristanka jednog od susjeda, sve dok on ima interes da uređenje međa ostane onakvo kakvo je bilo (§ 922. st. 3., BGB), a u svezi odredbe da se u pravnim odnosima između susjeda primjenjuju pravila o zajednici (§ 922. st. 4., BGB).

Isto tako, pravila koja uređuju položaj plodouživatelja na suvlasničkom dijelu određuju da suvlasnik može tražiti razvrgnuće suvlasničke zajednice samo zajedno s plodouživateljem (§ 1066. st. 2., BGB). Slična su pravila o založnom pravu na suvlasničkom dijelu koja propisuju da suvlasnik može tražiti razvrgnuće suvlasničke zajednice prije nego što zalogoprimalac stekne ovlast da stvar proda samo zajedno sa zalogoprimalcem. Nakon što je zalogoprimalac stekao pravo prodati založenu stvar, on može zahtijevati razvrgnuće suvlasničke zajednice i bez suglasnosti suvlasnika te nije vezan sporazumom kojim se pravo na razvrgnuće isključilo na određeno vrijeme ili zauvijek ili kojim je ono ograničeno otkaznim rokom (§ 1258. st. 2., BGB).

Posebna ograničenja sadrže pravila kojima se uređuje odnos etažnih vlasnika. Tako niti jedan etažni vlasnik ne može tražiti razvrgnuće zajednice etažnih vlasnika, a navedeno pravilo odnosi se i na razvrgnuće iz važnog razloga. Sporazum koji bi odstupio od navedenih pravila bio bi moguć samo u slučaju da je cijela zgrada ili dio zgrade uništen i da ne postoji obveza da se ona ponovno izgradi (§ 11. st. 1., 2., 3., dWEG). Za sporazum je potrebna suglasnost svih etažnih vlasnika, ali izostanak suglasnosti pojedinih suvlasnika može zamijeniti i sudska odluka prema § 43. st. 4. dWEG.<sup>129</sup> Do stupanja na snagu dWEG iz 2007. ova odluka donosila se u izvanparničnom postupku. Nakon izvršene velike promjene nadležnosti kojom su sve etažnopravne stvari iz § 43. dWEG-a prenesene u nadležnost parničnih sudova, odluka kojom se zamjenjuje suglasnost suvlasnika donosi se u parničnom postupku.<sup>130</sup>

Kako pravila o razvrgnuću suvlasničke zajednice u Njemačkoj omogućavaju svakodobnu realizaciju razvrgnuća (§ 749. st. 1., BGB), kao dodatni zakonski korektiv u ograničavanju ili isključivanju zahtjeva za razvrgnuće poslužila su pravila o savjesnosti i poštenju (*Treu und Glauben*) prema § 242. BGB-a.<sup>131</sup> Ona su u nizu sudskih odluka poslužila kao argumentacija za odbijanje neprihvatljivih (*unzumutbar*) zahtjeva za razvrgnuće. Primjerice, u jednoj odluci Saveznog suda suvlasnik zemljišta uspješno se obranio od zahtjeva za razvrgnuće drugih suvlasnika s argumentacijom da korištenje zemljišta predstavlja njegovu

<sup>129</sup> *Bärmann, Johannes; Pick, Eckhart*, Wohnungseigentumsgesetz, C. H. Beck, München, 2006., str. 178.

<sup>130</sup> Vidi opširnije: *Maganić, Aleksandra*, Procesnopravno uređenje odnosa etažnih vlasnika, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 28, br. 1/ 2007., str. 229-265.

<sup>131</sup> Dužnik je dužan obvezu izvršiti onako kako to prema običajima u prometu zahtijevaju pravila o savjesnosti i poštenju (§ 242. BGB).

gospodarsku egzistenciju. BGH je odbio zahtjev za diobu zemljišta pozivajući se na § 242. BGB-a.<sup>132</sup> U jednoj drugoj odluci BGH je uputio predmet na prethodnu instancu kako bi se razmotrio zahtjev supruge da se isključi zahtjev za ukidanje suvlasničke zajednice za vrijeme trajanja braka, jer se ona protivila javnoj dražbi kuće u kojoj je stanovala devet godina sa suprugom. Stoga je isključenje zahtjeva za razvrgnuće zbog obiteljskopравnih razloga stavljeno u ponovno razmatranje.<sup>133</sup>

### 3.3. Postupak razvrgnuća suvlasničke zajednice

#### 3.3.1. Razvrgnuće suvlasničke zajednice na temelju sporazuma stranaka

Suvlasnici se sporazumom o razvrgnuću suvlasničke zajednice mogu dogovoriti o svim modalitetima razvrgnuća, odnosno o tome je li razvrgnuće moguće ili ne, odnosno hoće li ostvarivanje prava na razvrgnuće isključiti ili ograničiti na određeno vrijeme te na koji će se način razvrgnuće provesti. Ipak, iako sporazum suvlasnicima omogućava ostvarivanje mnogo širih ovlasti od onih koje su propisane zakonom, u određenim slučajevima zakonske odredbe derogirat će ugovorne odredbe suvlasnika. Tako će razvrgnuće suvlasničke zajednice biti moguće ako za to postoji važan razlog, iako su stranke zahtjev za razvrgnuće isključile na ograničeno vrijeme ili zauvijek ili ograničile otkaznim rokom (§ 749. st. 2., BGB).

Sporazum o razvrgnuću može vezivati samo neke suvlasnike<sup>134</sup> ili obuhvaćati samo neke predmete suvlasništva, pa je u tom smislu djelomično razvrgnuće moguće samo ako je ugovoreno, ako suvlasnička zajednica obuhvaća više predmeta i ako postoje posebni razlozi za djelomično razvrgnuće, odnosno ako se time ne šteti interesima drugih suvlasnika.<sup>135</sup> Dopušten je sporazum o razvrgnuću prema kojem bi suvlasnik mogao tražiti razvrgnuće javnom dražbom samo ako bi se prodajom ostvario određeni iznos.<sup>136</sup> Sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice na zemljištu ne mora biti sastavljen u određenoj formi.<sup>137</sup> Ipak, smatra se da treba razlikovati sporazum o razvrgnuću (*Aufhebungsvereinbarungen*) i sporazum o načinu razvrgnuća (*Teilungsvereinbarungen*) te da potonji ipak podliježe zahtjevu određene forme. Tako se § 749. st. 2. BGB-a ne odnosi na sporazum o načinu razvrgnuća, odnosno razvrgnuće suvlasničke zajednice će se provesti na ugovoreni način, iako se zbog važnih razloga neće primjenjivati ugovor stranaka o isključenju ili ograničenju zahtjeva za razvrgnuće.<sup>138</sup> Ponekad je vrlo teško razlikovati ugovor o isključenju razvrgnuća

<sup>132</sup> BGHZ 58, 146 ff.

<sup>133</sup> BGHZ 37, 38ff.

<sup>134</sup> Staudinger-Langhein u: Schnorr, op. cit. (bilj. 3), str. 366.

<sup>135</sup> Prütting / Wegen / Weinreich, op. cit. (bilj. 111), str. 1384.

<sup>136</sup> KGJ 33, A 224 u: Schnorr, op. cit. (bilj. 3), str. 366.

<sup>137</sup> Schmidt u: Dietz, op. cit. (bilj. 106), str. 200.

<sup>138</sup> Schmidt u: Schnorr, op. cit. (bilj. 3), str. 367.

i ugovor o načinu razvrgnuća, pa je primjerice nejasno podliježe li ugovor o isključenju prodaje zajedničke stvari pod § 749. st. 2. BGB-a<sup>139</sup> ili § 753. BGB-a.<sup>140,141</sup>

### 3.3.2. Razvrgnuće suvlasničke zajednice u sudskom postupku

Prema vladajućem mišljenju njemačke pravne teorije pravo na razvrgnuće suvlasničke zajednice nije preobražajno pravo, već se ono ostvaruje podnošenjem kondemnatorne tužbe<sup>142</sup> kojom se zahtijeva trpljenje ili poduzimanje određenih radnji radi provedbe diobe zajedničke stvari. Konceptija o trostupanjnskom zahtjevu za razvrgnuće<sup>143</sup> moguća je i dopuštena primjenom pravila o objektivnoj kumulaciji. Teret dokazivanja postojanja razloga koji isključuje zahtjev za razvrgnuće snosi onaj tko se na njega poziva.<sup>144</sup> Zahtjev se ostvaruje u parničnom postupku. Pravomoćna odluka o diobi kondemnatorna odluka je koja predstavlja ovršni naslov. Tako izreka odluke kojom se određuje fizička dioba može glasiti: “Tuženik (tuženi) se osuđuje biti suglasan da se dio (novčane svote) preda tužitelju” ili “Tuženi se osuđuje sudjelovati u ždrijebu u kojem će suvlasniku pripasti određeni suvlasnički dio” ili “Tuženi se osuđuje na trpljenje premjera zemljišta katastarski broj...”.<sup>145</sup> Izbor odgovarajućeg načina diobe ovisit će o karakteristikama same stvari. Pored toga, civilna dioba pokretnina provodi se primjenom pravila o prodaji zaloga prema §§ 1233.ff BGB-a, a nekretnina prema §§ 180. ff ZVG-a.

### 3.4. Načini razvrgnuća suvlasničke zajednice

Zakonom propisani načini razvrgnuća suvlasničke zajednice su fizička (§ 752., BGB) i civilna dioba (§ 753., BGB). Mogući su i drugi načini razvrgnuća kao što je razvrgnuće isplatom ili prodaja stvari između suvlasnika, ugovaranje prava prvokupa i sl.,<sup>146</sup> međutim, oni se moraju ugovoriti sporazumom o načinu razvrgnuća. Načelna prednost fizičke diobe praktično je gotovo neprovediva s obzirom da su kriteriji za provedbu fizičke diobe vrlo strogi. Osim istovrnosti (*Gleichartigkeit*) suvlasničkih dijelova, zahtijeva se da prilikom fizičke diobe ne

<sup>139</sup> Ako je pravo zahtijevati razvrgnuće ograničeno ugovorom na određeno vrijeme ili zauvijek isključeno ili ako je ograničeno otkaznim rokom, razvrgnuće se može tražiti ako postoji važan razlog (§ 249. st. 2., BGB).

<sup>140</sup> Ako je pravo zahtijevati fizičku diobu isključeno, razvrgnuće suvlasničke zajednice provest će se prodajom zajedničke pokretne stvari prema propisima o prodaji zaloga i prodajom nekretnina prema propisima o prisilnoj prodaji te će se dobiveni iznos podijeliti (§ 753. st. 1., BGB).

<sup>141</sup> Schnorr, op. cit. (bilj. 3), str. 368.

<sup>142</sup> Prütting / Wegen / Weinreich, op. cit. (bilj. 111), str. 1384.

<sup>143</sup> Zahtjev za razvrgnuće suvlasničke zajednice obuhvaća zahtjev kojim se traži suglasnost za razvrgnuće, zatim zahtjev kojim se traži suglasnost za određeni način diobe i zahtjev za poduzimanje ili trpljenje određenih radnji u svrhu provedbe razvrgnuća.

<sup>144</sup> BGH NJW-RR 91, 947.

<sup>145</sup> Dietz, op. cit. (bilj. 106), str. 211.

<sup>146</sup> Cf. Ibid., str. 217.-227.

smije doći do umanjenja vrijednosti. Jedan od osnovnih otežavajućih kriterija u provedbi fizičke diobe upravo je istovrsnost suvlasničkih dijelova čija primjena dovodi do toga da je fizička dioba gotovo nemoguća, te se u pravilu provodi civilna dioba. Tako je vrlo teško postići istovrsnost dijelova zemljišta u suvlasništvu s obzirom na različite okolnosti koje mogu povećati ili smanjiti vrijednost njegovih pojedinih dijelova zbog izgrađenosti ili neizgrađenosti, položaja, opterećenosti i sl. Propisi o fizičkoj diobi rigorozni su i rezultiraju faktičnom prednošću civilne diobe, a primat koji fizička dioba ima ostaje samo programska proklamacija.<sup>147</sup> Nasuprot tome, neki autori mišljenja su da odnos fizičke i civilne diobe nije određen primatom fizičke diobe u odnosu na civilnu diobu, već da se radi o alternaciji, odnosno mogućnosti da svaki suvlasnik bira fizičku ili civilnu diobu.<sup>148</sup>

Djeljivi su novac i vrijednosni papiri<sup>149</sup> tekućine i metali,<sup>150</sup> a nije djeljiva kuća jer § 752. BGB-a ne obuhvaća etažno vlasništvo. U pravilu nije djeljivo ni zemljište, jer je vrlo teško postići istovrsnost njegovih dijelova ili pak fizičkom diobom dolazi do umanjenja njegove ukupne vrijednosti.<sup>151</sup>

Ako je fizička dioba moguća, ona će se provesti podjelom zajedničke stvari na potreban broj samostalnih dijelova, a nakon toga će se dijelovi stvari predati suvlasnicima (budućim samovlasnicima). Ako postoji više jednakih dijelova, ždrijebom će se odlučiti koji će dio pripasti kojem od suvlasnika (§ 752. st. 2., BGB). Nakon toga, dijelove će se prenijeti u samostalno vlasništvo. Osim *titulusa*, za prijenos vlasništva potreban je i odgovarajući *modus* stjecanja, pa će se u tom smislu pokretnine stjecati predajom, a nekretnine uknjižbom.<sup>152</sup>

Ako je fizička dioba isključena, razvrgnuće suvlasničke zajednice provest će se prodajom zajedničke stvari prema propisima o prodaji zaloga ili prodajom zemljišta prema propisima o prodaji na javnoj dražbi, a nakon toga podjelom dobivenog iznosa. Ako je prodaja trećoj osobi nedopuštena, dražba će se provesti između suvlasnika (§ 753. st. 1., BGB). U slučaju da prodaja zajedničke stvari nije uspjela, svaki od suvlasnika može tražiti ponovnu prodaju, ali će snositi troškove ako ponovna prodaja ne uspije (§ 753. st. 2., BGB).

Međutim, unatoč strogim i ograničenim zakonskim pravilima o modalitetima razvrgnuća koji pod zakonom utvrđenim pretpostavkama omogućavaju samo fizičku ili civilnu diobu, sudska praksa je u nizu slučajeva odstupila od zakonom dopuštenih načina razvrgnuća. Tako je, primjerice, donesena odluka kojom je Savezni sud tuženika osudio na suglasnost s fizičkom diobom zemljišta unatoč tome što time podjelom nisu ostvareni istovrsni dijelovi.<sup>153</sup> U obrazloženju svoje odluke sud se pozvao na odredbu o savjesnosti i poštenju (§ 242., BGB) kojoj je

<sup>147</sup> *Ziehensack*, op. cit. (bilj. 28), str. 33.

<sup>148</sup> *Schmidt* u: *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3), str. 395.

<sup>149</sup> *Jauerling*, op. cit. (bilj. 128), str. 979.

<sup>150</sup> *Staudinger – Langhein* u: *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3), str. 396.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> *Schnorr*, op. cit. (bilj. 3), str. 399.

<sup>153</sup> BGHZ 58, 146 ff.

u konkretnom slučaju dana prednost u odnosu na civilnu diobu (§ 753. st. 1., BGB) jer bi prodaja nekretnine na javnoj dražbi predstavljala nedopušteno raspolaganje s pravima te znatno teže pogodila stranke u postupku razvrgnuća nego fizička podjela, neovisno o tome što njome nisu ostvareni istovrsni dijelovi.

U jednom drugom slučaju Savezni sud je zemljište koje su bračni drugovi stekli zajednički za vrijeme trajanja zajednice za stjecanje zajedničke imovine (*Zugewinnngemeinschaft*) u potpunosti prenio u vlasništvo jednog bračnog druga i naložio mu isplatu drugog bračnog druga, s obrazloženjem da je civilna dioba nedopuštena i da je jedan od bračnih drugova ovlašten zahtijevati da mu se vlasništvo zajedničke stvari prenese u cijelosti.<sup>154</sup>

Smatra se da problematika razvrgnuća ne leži u samom razvrgnuću, već u modalitetima razvrgnuća koji zbog svoje nevarijabilnosti često onemogućavaju pravednu raspodjelu, odnosno kada bi bilo moguće načine razvrgnuća urediti raznovrsnije i elastičnije, ne bi bilo nužno mijenjati odredbe o razvrgnuću.<sup>155</sup> Tako se kao alternative za razvrgnuće predlažu fizička dioba s prijenosom nedjeljivog dijela jednom suvlasniku, a u slučaju nepostojanja istovrsnosti dijelova isplata ili prodaja viška. Fizička dioba ne bi trebala imati prednost u odnosu na civilnu diobu, već bi strankama trebalo dopustiti da same odluče o tome koji način diobe žele. U slučaju nesuglasnosti stranaka trebalo bi primijeniti gospodarski svrsishodniji način razvrgnuća. Dražbu treba provoditi između suvlasnika te suvlasnicima omogućiti i pravo prvokupa u slučaju prodaje zajedničke stvari. Konačno, zakon bi *de lege ferenda* trebao dopustiti i prijenos vlasništva zajedničke stvari jednom od suvlasnika isplatom drugih suvlasnika.<sup>156</sup>

#### 4. Razvrgnuće suvlasničke zajednice u Hrvatskoj

U hrvatskom pravnom sustavu redoviti oblik sudjelovanja više osoba u pravu vlasništva je suvlasništvo (čl. 36.-56., ZV), ali je pod određenim zakonom propisanim pretpostavkama moguće i zajedničko vlasništvo (čl. 57.-65., ZV). Posebna pravna pravila vrijede za vlasništvo posebnih dijelova nekretnine, odnosno etažno vlasništvo (čl. 66.-99., ZV) i bračnu stečevinu (čl. 248.- 250. Obiteljskog zakona iz 2003.<sup>157</sup>, u nastavku: ObZ 2003.)

Smatra se da je suvlasništvo pravilo, a zajedničko vlasništvo iznimka,<sup>158</sup> što proizlazi iz zakonskog teksta „U sumnji sudjeluju li osobe u suvlasništvu ili zajedničkom vlasništvu neke stvari, smatra se da je to suvlasništvo (čl. 57. st. 4. ZV).“ Razlikovanje suvlasništva i zajedničkog vlasništva počiva na relativno

<sup>154</sup> BGHZ 68, 299 ff.

<sup>155</sup> Cf. Ibid., str. 208.

<sup>156</sup> Cf. Ibid., str. 217.-227.

<sup>157</sup> Obiteljski zakon (Narodne novine br. 116/03., 17/04., 136/04., 107/07).

<sup>158</sup> *Gavella, N. et al.*, op. cit. (bilj. 1) str. 525.



čvrstim, zakonom određenim kriterijima. Tako se zajedničko vlasništvo uspostavlja isključivo na temelju zakona (čl. 57. st. 2., ZV), a mogući oblici zajedničkog vlasništva su nasljednička zajednica (čl. 147.-149. Zakona o nasljeđivanju,<sup>159</sup> u nastavku: ZN), imovina ortakluka (čl. 647.-647.e; 647u-647ž Zakona o obveznim odnosima,<sup>160</sup> u nastavku: ZOO) i zajednička pričuva etažnih vlasnika (čl. 90., ZV). Svaki od zajedničkih vlasnika ima u zajedničkom vlasništvu svoj udio, čija veličina nije određena, bez obzira na to što je određiva (čl. 57. st. 1., ZV) te pravo vlasništva zajedničke stvari pripada samo svim zajedničarima zajedno, osim ako što drugo nije određeno zakonom ili sporazumom zajedničara (čl. 59. st. 1., ZV).

Pravila o razvrgnuću suvlasničke zajednice primjenjuju se i na zajedničko vlasništvo, jer glede onoga što o zajedničkom vlasništvu nije određeno zakonom, niti proizlazi iz naravi takva vlasništva prosuđivat će se prava i dužnosti zajedničara odgovarajućom primjenom pravila postavljenih za suvlasnike (čl. 65., ZV). Razvrgnuću zajedničkog vlasništva mora prethoditi zahtjev jednog ili više zajedničara da se zajedničko vlasništvo podijeli tako da se odrede njihovi suvlasnički dijelovi (čl. 63. st. 2., ZV), odnosno nakon što se odrede suvlasnički dijelovi zajedničara, provodi se razvrgnuće suvlasništva, a ne zajedničkog vlasništva, jer se određenjem suvlasničkih dijelova zajedničara zajedničko vlasništvo transformiralo u suvlasništvo. Zanimljivo je da, osim zajedničara, pravo zahtijevati utvrđenje suvlasničkog dijela imaju i neke treće osobe, pa će pravo na diobu imati i vjerovnici glede udjela njihova dužnika, nasljednici glede ostaviteljeva udjela i svatko glede udjela bilo kojega zajedničara, ako za to ima pravni interes (čl. 64., ZV).

U Hrvatskoj je najzanimljiviju transformaciju odnosa zajedničkog vlasništva i suvlasništva doživjela zajednička imovina bračnih drugova<sup>161</sup> koja je stupanjem na snagu Obiteljskog zakona iz 1998.,<sup>162</sup> najprije jezično preoblikovana u bračnu stečevinu, a zatim je izvršen njezin prijenos iz režima zajedničkog vlasništva u režim suvlasništva. Jedan od razloga za ovu zakonodavnu intervenciju bili su dugotrajni i vrlo složeni postupci utvrđivanja suvlasničkih dijelova bračnih drugova koji su se provodili utvrđivanjem doprinosa koji je svaki bračni drug u zajedničkoj imovini imao. Naime, kako je zajednička imovina bračnih drugova, odnosno kasnije bračna stečevina imovina bračnih drugova koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine (čl. 248. ObZ 2003), promjenom (su)vlasničkog režima iz zajedničkog vlasništva u suvlasništvo otpala je potreba za utvrđivanjem suvlasničkih dijelova bračnih drugova, jer vrijedi pravilo da su bračni drugovi u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini, osim ako nisu drukčije ugovorili. (čl. 249. st. 1.

<sup>159</sup> Zakon o nasljeđivanju (Narodne novine br. 48/03., 163/03.).

<sup>160</sup> Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine br. 35/2005.).

<sup>161</sup> Naziv zajednička imovina bračnih drugova upotrebljavao je Zakon o braku i porodičnim odnosima (Narodne novine br. 11/78., 45/89., 59/00.).

<sup>162</sup> Obiteljski zakon (Narodne novine br. 162/98.).

ObZ 2003). Osim toga, nevjesta i ženik, odnosno bračni drugovi mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose glede bračne stečevine (čl. 249. st. 2. ObZ 2003).

#### **4.1. Pravni izvori suvlasništva i razvrgnuća suvlasničke zajednice u Hrvatskoj**

ZV je osnovni pravni izvor kojim se uređuje suvlasništvo i razvrgnuće suvlasničke zajednice u Hrvatskoj. Osim odredbi o suvlasništvu (čl. 36.-46.) i razvrgnuću suvlasničke zajednice (čl. 47.-56.) uređuje i zajedničko vlasništvo (čl. 57.-65.) te vlasništvo posebnih dijelova nekretnine, odnosno etažno vlasništvo (čl. 66.-99.).

Pravila o bračnoj stečevini (čl. 248.-250.) i bračnom ugovoru (čl. 255.-257.) sadržana su u ObZ-u 2003. Ali s obzirom da se na bračnu stečevinu primjenjuju odredbe stvarnog i obveznog prava (čl. 250., ObZ), primjenjivat će se i odredbe ZV-a o suvlasništvu (čl. 36.-46., ZV) i razvrgnuću suvlasničke zajednice (čl. 47.-56., ZV).

Postupak razvrgnuća suvlasničke zajednice provodi se u pravilu u izvanparničnom postupku, pa će se na odgovarajući način primjenjivati pravila ZVP-a o razvrgnuću zajednice (§§ 267.-274.). Međutim, ako između stranaka postoji spor o predmetu diobe i opsegu zajedničke stvari ili o pravu suvlasništva ili veličini suvlasničkih dijelova, o spornim pitanjima i o zahtjevu za razvrgnuće odlučivat će se u parničnom postupku (čl. § 267. st. 2., § 268. ZVP). U tom slučaju će se na postupak razvrgnuća primjenjivati odredbe Zakona o parničnom postupku,<sup>163</sup> u nastavku: ZPP.

Konačno, sam postupak diobe provodi se prema pravilima ovršnog postupka o ovrši diobom stvari (čl. 246.-250 Ovršnog zakona,<sup>164</sup> u nastavku: OZ).

#### **4.2. Zahtjev za razvrgnuće**

##### **4.2.1. O pravnoj prirodi zahtjeva za razvrgnuće**

U hrvatskoj pravnoj literaturi nema nikakvih stavova o tome kakva je pravna priroda zahtjeva za razvrgnuće. Stvarnopravna literatura sadrži samo kratku konstataciju da je sporno je li zahtjev za razvrgnuće prema OGZ-u stvarnopravne ili obveznopravne prirode.<sup>165</sup>

U pokušaju da donekle odredimo pravnu prirodu zahtjeva za razvrgnuće u Hrvatskoj, poslužiti ćemo se argumentacijom koju je u određivanju pravne prirode zahtjeva za razvrgnuće upotrijebila austrijska i njemačka pravna teorija. Polazišnu točku u tom smislu predstavlja pitanje u kojem dijelu Građanskog zakonika su smještene odredbe o razvrgnuću, odnosno u kojem su hrvatskom zakonu sadržane odredbe o suvlasništvu i razvrgnuću. Kako je institut

<sup>163</sup> Zakon o parničnom postupku (Narodne novine br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03.).

<sup>164</sup> Ovršni zakon (Narodne novine br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04., 88/05.).

<sup>165</sup> *Gavella, N. et al.*, op. cit. (bilj. 1), str. 512.

suvlasništva i zahtjev za razvrgnuće uređen posebnim zakonom kojim se uređuju stvarnopravni odnosi, odnosno ZV-om, bio bi to argument u prilog stvarnopravne prirode zahtjeva za razvrgnuće. Pored toga, u prilog stvarnopravnosti zahtjeva za razvrgnuće bila bi i definicija zahtjeva za razvrgnuće kao “preobražajnog prava koje proizlazi iz suvlasnikova prava vlasništva”, dok bi drugi dio definicije “i međusobnog odnosa suvlasnika stvari”<sup>166</sup> mogao ukazivati na neke obveznopravne elemente koji bi proizlazili iz potrebe za relativiziranjem stvarnopravnih ovlasti suvlasnika radi pravnog uređenja i opstanka suvlasničke zajednice.

U prilog stvarnopravnosti zahtjeva za razvrgnuće treba istaći mogućnost njegove svakodobne realizacije (čl. 47. st. 2., ZV) i nezastarivost (čl. 47. st. 1., ZV). Ipak, određena ograničenja koja propisuje zakon (kao što je primjerice nemogućnost realizacije zahtjeva za razvrgnuće u nevrijeme, odnosno na štetu drugih) svjedoče o modifikaciji stvarnopravnih ovlasti pojedinih suvlasnika u prilog opstanka suvlasničke zajednice zabranom nanošenja štete ostalim suvlasnicima.

Na kraju možemo zaključiti da su nedvojbeno stvarnopravna sistematizacija zahtjeva za razvrgnuće i snažni stvarnopravni elementi kojima ZV uređuje zahtjev za razvrgnuće u prilog stvarnopravne prirode zahtjeva za razvrgnuće. Neki obveznopravni elementi kojima se suvlasničke ovlasti modificiraju radi opstanka zajednice nisu dovoljna argumentacija da bi se zahtjev za razvrgnućem smatrao obveznopravnim zahtjevom, jer je on neraskidivo vezan uz institut suvlasništva koji je primarno stvarnopravni institut.

#### 4.2.2. *Ograničenja zahtjeva za razvrgnuće*

Ostvarivanje zahtjeva za razvrgnuće moguće je u svako doba, osim ako bi to bilo na štetu ostalih suvlasnika (čl. 47. st. 1., ZV). Smatra se da je nevrijeme objektivna okolnost privremenog karaktera<sup>167</sup> jer će se razvrgnuće moći zahtijevati i kada bi ono bilo na štetu drugih, ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike tako izmijeniti da razvrgnuće ne bi bilo na štetu drugih suvlasnika. Navedeno ograničenje zapravo samo ograničava vrijeme kada suvlasnik može tražiti razvrgnuće, ali ni u kom slučaju ne oduzima pravo suvlasniku da traži razvrgnuće.<sup>168</sup>

Osim navedenog zakonskog ograničenja, suvlasnici mogu sporazumom ugovoriti i druga ograničenja u ostvarivanju zahtjeva za razvrgnuće, ali se suvlasnik ne može unaprijed odreći prava na razvrgnuće (čl. 437. st. 3., ZV). Ugovor kojim su suvlasnici ugovorili ograničenja zahtjeva za razvrgnuće ne vezuje pravne slijednike, ali ograničenja koja su upisana u zemljišnu knjigu obvezuju svakoga (čl. 47. st. 4., ZV).

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> *Bulka, Zrinka, Razvrgnuće suvlasničke zajednice nekretnina, Pravo i porezi 1/2007.*, str. 61.

U bračnom ugovoru mogu biti sadržana ograničenja zahtjeva za razvrgnuće bračne stečevine. Tako se ona mogu ticati odricanja od prava da se traži razvrgnuće bračne stečevine, načina razvrgnuća, ugovaranja prava prvokupa ako do razvrgnuća dođe, troškova razvrgnuća i slično.<sup>169</sup>

Konačno, zakon ograničava razvrgnuća suvlasništva zajedničke ograde ili međašne znakove jer oni nisu djeljivi, sve dok te stvari ne izgube namjenu (čl. 101., ZV).

### 4.3. Postupak razvrgnuća suvlasničke zajednice

#### 4.3.1. Razvrgnuće suvlasničke zajednice na temelju sporazuma stranaka

Suvlasnik može svoje pravo na razvrgnuće ostvarivati zahtijevajući ga potpuno ili djelomično, i to što se tiče suvlasnika s kojima se dijeli ili pak što se tiče stvari i prava glede kojih se suvlasništvo razvrgava (čl. 48. st. 1., ZV). Tako sporazum o diobi suvlasništva nekretnine u zaključenju kojeg nisu sudjelovali svi suvlasnici nije apsolutno ništav ugovor, ali on ne može biti od utjecaja na suvlasnička prava suvlasnika koji u njemu nije sudjelovao.<sup>170</sup>

Osim toga, suvlasnik ima pravo u svako doba zahtijevati diobu, ne samo glede svih stvari koje su u suvlasništvu već i glede pojedinih stvari. Nije stoga neuredna tužba kojom se zahtijeva dioba (razvrgnuće zajednice) glede samo neke ili nekih nepodijeljenih stvari.<sup>171</sup> Može se tražiti razvrgnuće suvlasničke zajednice nekretnina samo u pogledu nekih nekretnina, a neke da i nadalje ostanu u zajednici. Tuženik može protutužbom zatražiti diobu nekretnina koju tužitelj nije tražio.<sup>172</sup>

S obzirom da sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice može biti samostalan ugovor ili sastavni dio ugovora o prodaji, ugovora o darovanju ili bračnog ugovora, pojavljuje se pitanje mora li sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice biti sastavljen u određenoj formi. Smatra se da sporazum o razvrgnuću suvlasničke zajednice nekretnina mora biti u pisanoj formi,<sup>173</sup> ali u slučaju da je formalno nevaljani ugovor izvršen, proizvodit će pravne posljedice. Tako je suđeno da usmeni ugovor o diobi nekretnina koji je izvršen proizvodi pravne posljedice.<sup>174</sup> Posebni zahtjevi forme traže se za valjanost bračnog ugovora; on mora biti sklopljen u pisanoj obliku, a potpisi bračnih drugova moraju biti ovjereni (čl. 255. st. 3., ObZ 2003).

<sup>169</sup> *Belaj, Vlado*, Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci v. 23, br. 1/2002, str. 194.

<sup>170</sup> VSRH, Gr-12/00 od 4. 5. 2000. u: *Žuvela, Mladen*, Vlasničkopravni odnosi; Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; Zakon o zemljišnim knjigama; prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, prilozi, kazala, Organizator, Zagreb, 2004, str. 115.

<sup>171</sup> VSH, Rev-398/84 od 15. 5. 1984. u: Cf. *ibid.*, str. 116.

<sup>172</sup> Okružni sud u Splitu, Gž-587/76 od 10. 6. 1977. u: Cf. *ibid.*, str. 745.

<sup>173</sup> *Šeparović, Veseljko*, Suvlasništvo, Zakonitost br. 9-10/1990, str. 990.

<sup>174</sup> VSBiH, Rev-86/88 od 8. 12. 1988. u: *Žuvela*, op. cit. (bilj. 170), str. 118.

Ugovor o razvrgnuću može biti valjani pravni temelj razvrgnuća suvlasništva samo između onih suvlasnika koji su sudjelovali u njegovom zaključenju i samo glede onih stvari ili prava koje su sporazumom određene kao predmet diobe i konačno, samo na način koji je određen sporazumom (čl. 56. st. 1., ZV). Međutim, postizanjem sporazuma između suvlasnika, razvrgnuće suvlasničke zajednice još nije provedeno. Ono će to biti tek kada ga se na tom temelju razvrgne na način koji su suvlasnici sporazumno odredili.<sup>175</sup>

Dobrovoljno razvrgnuće postoji ako suvlasnik svoje pravo na razvrgnuće ostvaruje u sporazumu sa svim suvlasnicima s kojima razvrjava suvlasništvo (čl. 48. st. 2.). Pretpostavke su za dobrovoljno razvrgnuće da je ugovor zaključen između svih suvlasnika u pismenom obliku te da su potpisi suvlasnika ovjereni.<sup>176</sup> Jednoglasnost suvlasnika mora postojati i u pogledu odluke da se dioba provede, i u pogledu predmeta i načina diobe.<sup>177</sup> Prilikom zaključivanja sporazuma o razvrgnuću suvlasnici mogu slobodno odrediti način razvrgnuća, ali u granicama mogućega i dopuštenoga (čl. 49. st. 1., ZV). Kad zakonska odredba zabranjuje diobu neke stvari ta se zabrana ne odnosi na razvrgnuće isplatom niti na civilno razvrgnuće, osim ako je izričito i na njih protegnuta (čl. 49. st. 2., ZV). Osim toga, suvlasnici mogu sporazumom odrediti neku osobu koja će umjesto njih odlučiti o načinu razvrgnuća (čl. 49. st. 3., ZV), pa će odluka koju ta osoba donese u granicama ovlasti što su joj ih suvlasnici sporazumno dali, biti isto što i njihova odluka o načinu razvrgnuća.<sup>178</sup>

#### 4.3.2. *Razvrgnuće suvlasničke zajednice u sudskom postupku*

Ako se suvlasnici ne mogu složiti o bilo kojem pitanju razvrgnuća, svaki može zahtijevati da o tome odluči sud (čl. 49. st. 4., ZV). Iako se time implicira da će do sudskog razvrgnuća suvlasničke zajednice doći samo ako između stranaka postoji nesuglasnost o nekom od pitanja diobe, postoje i mišljenja prema kojem bi se stranke sudu mogle obratiti sa zahtjevom da on provede postupak razvrgnuća iako između stranaka ne postoji nesuglasnost o nekom pitanju razvrgnuća. Smatra se da bi u slučaju da stranke imaju volju pristupiti diobi i dogovoriti se o načinu diobe i drugim pitanjima te da žele svojoj volji dati formu, sigurnost i autoritet sudske odluke i uopće sudskog postupka, strankama trebalo omogućiti donošenje odluke o razvrgnuću u suvlasništva u sudskom postupku.<sup>179</sup> Dodatna argumentacija za ovaj stav izvodi se iz pravne prirode izvanparničnog postupka, kao tipično nespornog postupka u kojem bi se donošenjem odluke o razvrgnuću suvlasništva trebalo samo potvrditi postojanje

<sup>175</sup> *Gavella, N. et al.*, op. cit. (bilj. 1), str. 514.

<sup>176</sup> *Sessa, Đuro*, Razvrgnuće suvlasničke zajednice u: *Crnić, J.; Jelčić, O.; Končić, A. M.; Kontrec, D.; Mihelčić, G.; Nakić, J.; Pahić, D.*, Vlasničkopravni odnosi i zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2007., str. 104.

<sup>177</sup> *Šeparović*, op. cit. (bilj. 173), str. 990.

<sup>178</sup> *Gavella, N. et al.*, op. cit. (bilj. 1), str. 514.

<sup>179</sup> *Kačer*, op. cit. (bilj. 4), str. 48.

nespornog odnosa između stranaka. Međutim, ne ulazeći u spor o tome je li u slučaju suglasnosti između stranaka koje mogu zaključiti sporazum o razvrgnuću oportuno obraćanje sudu sa zahtjevom za pružanje pravne zaštite, izvanparnični postupci jesu u pravilu nesporni postupci, ali postoje i sporni izvanparnični postupci<sup>180</sup> u kojima između stranaka postoji spor i o kojima se odlučuje u izvanparničnom postupku. Jedan od spornih izvanparničnih postupaka upravo je razvrgnuće suvlasništva, što implicira zaključak da se u tim sporovima radi o pravosuđenju u materijalnom smislu<sup>181</sup>, a ne o pravnoj skrbi.<sup>182</sup>

Kad se provodi sudsko razvrgnuće, sud odlučuje u izvanparničnom postupku, ako zakon ne određuje drukčije (čl. 48. st. 3., ZV). U tom smislu pravna pravila ZVP-a o razvrgnuću suvlasničke zajednice (§§ 266.-274.) služe kao temelj za izvanparnično postupanje i dopuna su pravilima ZV-a. Razlozi koji su tadašnjeg zakonodavca potaknuli da razvrgnuće suvlasništva povjeri u nadležnost sudova u izvanparničnom postupku bili su sasvim praktične prirode.<sup>183</sup>

Međutim, ako između suvlasnika postoji spor o predmetu diobe i opsegu zajedničke stvari ili imovine, ili spor o pravu suvlasništva pojedinih suvlasnika ili veličini njihovih dijelova (§ 267. st. 2. t. 1. i 2., ZVP) sud će stranku sa zahtjevom za razvrgnuće uputiti na parnicu (§ 268., ZVP), što znači da se u parnici neće odlučivati samo o sporu koji je između stranaka nastao, već i o zahtjevu za razvrgnuće. U tom smislu i sudska praksa ističe da “Nema mjesta prekidu izvanparničnog postupka radi razvrgnuća zajednice nekretnina ako je među strankama nastao spor o nekom od pitanja iz § 267. st. 2. t. 1. i 2. ZVP, nego u tom slučaju, prema § 268. ZVP, treba stranku s njezinim zahtjevom radi razvrgnuća zajednice uputiti na parnicu.”<sup>184</sup>, odnosno “Nema zapreke da se u

<sup>180</sup> S obzirom da sud odlučuje o pravima i pravnim odnosima sudionika kao neutralna instanca privatnopravne sporne stvari ispunjavaju sva svojstva pravosuđenja u materijalnom smislu., *Brehm, Wolfgang*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Boorberg, Stuttgart, 2002.

<sup>181</sup> Pravosuđenje u materijalnom smislu definira se kao svaka izreka nadležnog državnog tijela kao nepristranog trećeg, utemeljena na primjeni opće pravne norme na konkretno činjenično stanje što je pravo u sporu između dviju stranaka. *Friesenhahn* u: *Dallmayer, Peter; Eickmann, Dieter*, *Rechtspflegengesetz*, Kommentar, C. H. Beck, München, 1996., str. 66.

<sup>182</sup> Negativno se pravna skrb definira kao sve djelatnosti povjerene sudovima koje se ne ubrajaju u donošenje odluke o pravnom zahtjevu u materijalnom smislu, sudsku i pravosudnu upravu, Cf. *Ibid.*, str. 62.

<sup>183</sup> Prema tadašnjem Vladinom obrazloženju isticalo se da “Iskustvo dokazuje, da potreba parnice onog, koji traži diobu, izlaže šikanama od strane onoga, koji se nalazi u posjedu zajedničke stvari, i da se taj u većini slučajeva posluži parnicom kao dobrim sredstvom da se odugovlačenjem okončanja parnice, što duže drži u bespravnom posjedu zajednička stvar. Pored toga dolazi još u obzir da potreba parnice diobe jako poskupljuje...Pitanja, da li je dioba tražena na vrijeme i da li je traženje na štetu drugih suvlasnika, zatim pitanje, da li je uopće moguće izvršiti fizičku diobu, odnosno da li je to moguće bez znatnog umanjenja vrijednosti predmeta diobe, mogu se lakše i sa jednakom pouzdanošću riješiti u vanparničnom postupku.” u: *Žilić, Franjo; Šantek, Miroslav*, *Zakon o sudskom vanparničnom postupku i Uvodni zakon za zakon o sudskom vanparničnom postupku s tumačem i sudskim rješidbama te stvarnim kazalom*, Tipografija, Zagreb, 1934., str. 663.

<sup>184</sup> Okružni sud u Zagrebu, Gž-5140/77 od 25. 10. 1977. u: *Žuvela*, op. cit. (bilj. 170), str. 747.



parničnom postupku u kojemu se utvrđuje suvlasnički dio nekretnina istovremeno ne odluči i o diobi suvlasničke zajednice.<sup>185</sup> Time se postupak razvrgnuća razlikuje od svih ostalih izvanparničnih postupaka, u kojima se, u slučaju da se tijekom izvanparničnog postupka pojavi sporno pitanje, postupak prekida i upućuje na rješavanje u parnici, te se nakon pravomoćnosti odluke o prethodnom pitanju donesene u parničnom postupku nastavlja u izvanparničnom postupku. Stoga postupak razvrgnuća u jurisdikcijskom smislu možemo odrediti kao primarno izvanparnični postupak, a tek iznimno parnični postupak koji isključuje mogućnost povratka u izvanparnični postupak. No, neovisno o tome u kojem je postupku sud odlučivao o razvrgnuću suvlasničke zajednice, izvršenje odluke moći će tražiti svaki suvlasnik koji je bio sudionik u postupku razvrgnuća, bez obzira na to na čiji je zahtjev sud odlučivao (čl. 55. st. 3., ZV).

Postoje i mišljenja da izvanparnični postupak ne bi trebao imati prioritet u odnosu na parnicu jer stranke nisu obvezane priložiti dokaz da među njima nema spora koji uzrokuje upućivanje u parnicu. Smatra se da bi suvlasnicima trebalo odmah dopustiti razvrgnuće u parničnom postupku temeljem tvrdnji da među njima postoji takvo nesuglasje koje onemogućava diobu u izvanparničnom postupku. Uporište se pronalazi u čl. 19. st. 2. ZPP-a prema kojem radnje koje je proveo parnični sud i odluke koji je taj sud donio nisu bez važnosti samo zato što su poduzete u parničnom postupku.<sup>186</sup> Ipak, taj isti članak propisuje da će do donošenja odluke o glavnoj stvari sud rješenjem obustaviti parnični postupak ako ustvrdi da bi postupak trebalo provesti po pravilima izvanparničnog postupka, te da će se postupak po pravomoćnosti rješenja nastaviti po pravilima izvanparničnog postupka pred nadležnim sudom (čl. 19. st. 1., ZPP). Treba izraziti bojazan, da bi ovakav pristup mogao potaknuti prijenos izvanparničnih predmeta u parnicu u svim situacijama u kojima bi se stranke pozivale na tvrdnju o postojanju nesuglasja, koju bi ipak trebalo dokazati. Osim toga, u slučaju kad bi se ustanovilo da između stranaka nema nesuglasja, valjalo bi postupiti prema čl. 19. st. 1., ZPP, odnosno stranke uputiti na izvanparnični postupak. Ne dvojeći o namjeri autora da preskakanjem izvanparničnog postupka ubrza sudski postupak razvrgnuća, mišljenja smo da se povlačenje crta razgraničenja parnične i izvanparnične jurisdikcije ipak ne bi moglo prepustiti dispoziciji stranaka.

U hrvatskoj pravnoj literaturi nisu izražena stajališta o tome kakva je priroda odluke koja se donosi u postupku razvrgnuća suvlasništva. Iz izreke odluke koja može primjerice glasiti: "Razvrgava se suvlasnička zajednica nekretnina upisanih u zk. ul. br. ...k.o. ...isplatom tako da tužitelju pripadne u vlasništvo cijela nekretnina te se nalaže tužitelju da isplati vrijednost tuženikova dijela u iznosu od...kuna u roku od 30 dana." proizlazi da izreka odluke o razvrgnuću mora sadržavati ne samo odluku o razvrgnuću, nego i određenje o načinu diobe te sve što je potrebno da se takva dioba provede. S tim u vezi mogli bismo

<sup>185</sup> VSH, Rev-1776/84 od 9. 12. 1984., u: Cf. Ibid., str. 748.

<sup>186</sup> Kačer, op. cit. (bilj. 4), str. 61.

konstatirati da se radi o složenoj konstitutivno-kondemnatornoj odluci u kojoj se u prvom dijelu izreke postojeći odnos suvlasnika preobražava, ali kako se pravomoćnošću odluke o razvrgnuću ne provodi dioba, odnosno kako je za njenu provedbu potrebno poduzeti i određene radnje u kojima stranke trebaju sudjelovati, odnosno kojima se nalaže neko činjenje, trpljenje ili propuštanje radi se o kondemnaciji. Iako se odlukom nalaže kondemnacija, ona bez konstitucije, odnosno preobražaja koji proizvodi ne bi imala osnovu za kondemnaciju, pa je ona stoga konstitutivno-kondemnatornog karaktera. No moglo bi se zauzeti i stajalište da prebražaj nastupa tek kondemnacijom, pa bi se u tom slučaju radilo o kondemnatorno-konstitutivnoj odluci. Neovisno o izabranoj koncepciji treba istaći da odluka o razvrgnuću sadrži i preobražajne i kondemnatorne elemente.

Ako se tuženik ne pokori pravomoćnoj odluci suda o razvrgnuću, razvrgnuće će se provesti na način koji je njome određen, a prema pravilima ovršnog postupka (čl. 246.-250., OZ). Ako način razvrgnuća nije određen ovršnom ispravom, ovršni sud će odrediti hoće li se dioba obaviti fizički ili prodajom (čl. 249. st. 1., OZ). Moguće je da ovršni sud neće prihvatiti način diobe određen ovršnom ispravom, pa će se dioba obaviti prodajom, ako se u ovršnom postupku utvrdi da fizička dioba, određena ovršnom ispravom, nije moguća ili je moguća samo uz znatno smanjenje vrijednosti stvari (čl. 249. st. 2., OZ).

#### **4.4. Načini razvrgnuća**

Sud koji određuje način razvrgnuća suvlasništva vezan je u prvom redu strogim zakonskim odredbama, zatim sporazumom stranaka o načinu razvrgnuća, pod uvjetom da takav postoji i da je moguć i dopušten te pravom na razvrgnuće isplatom, koje bi imao pojedini suvlasnik na temelju pravnog posla ili zakona (čl. 50. st. 1., ZV). Ako sud nije vezan zakonskim odredbama, sporazumom stranaka ili pravom suvlasnika na isplatu, sud će djeljive pokretne stvari dijeliti fizički, a nekretnine geometrijski (čl. 50. st. 2., ZV). Ipak, ako takva dioba nije moguća, a da se znatno ne umanjí vrijednost stvari, sud će stvar prodati na javnoj dražbi ili na drugi prikladan način i tako dobiveni iznos podijeliti između suvlasnika u ovisnosti o veličini njihovih suvlasničkih dijelova, odnosno sud će provesti civilno razvrgnuće (čl. 50. st. 4., ZV). U slučaju da se tužbom zahtijeva razvrgnuće suvlasničke zajednice nekretnina, sud će odrediti sadržaj i način diobe.<sup>187</sup>

Fizička dioba stvari je takav način razvrgnuća suvlasništva kod kojeg se suvlasničku stvar dijeli na potreban broj samostalnih tjelesnih stvari, od kojih će svaka pripasti po nekom od suvlasnika koji razvrjavaju suvlasničku zajednicu.<sup>188</sup> U odluci o fizičkoj diobi suvlasničke zajednice mora biti određeno navedeno koji će fizički do pripasti pojedinom suvlasniku, odnosno sve ono što svaki od

<sup>187</sup> VSRH, Rev-3530/95, od 14. 9. 1999. u: *Žuvela*, op. cit. (bilj. 170), str. 120.

<sup>188</sup> *Gavella, N. et al.*, op. cit. (bilj. 1), str. 515.

njih treba učiniti radi ostvarenja diobe.<sup>189</sup> Za ocjenu osnovanosti prijedloga za fizičku diobu cisterne nije dovoljno da se cisterna, široka 1,90, duga 2,50 i duboka 2,40 m, može fizički podijeliti, nego treba ustanoviti je li takva dioba opravdana sa stajališta razumnog gospodarenja i može li se izvršiti bez većih preinaka i troškova.<sup>190</sup> U diobi nekretnina suvlasnici imaju svojstvo nužnih suparničara i zato svi moraju sudjelovati u postupku, jer u protivnom predleži nedostatak procesnopravne legitimacije za vođenje parnice, pa se tužba odbacuje.<sup>191</sup>

Suvlasnik ima pravo na razvrgnuće isplatom ako je to posebno određeno zakonom ili pravnim poslom ili ako učini vjerojatnim da za to postoji osobito ozbiljan razlog. U tom slučaju će sud odrediti da stvar pripadne suvlasniku u cijelosti, a da on isplati vrijednost njihovih dijelova u roku koji će sud odrediti prema okolnostima (čl. 51. st. 1., ZV). Glede pitanja ozbiljnog razloga sudska je praksa zauzela stajalište da postojanje takvog razloga treba tumačiti vrlo restriktivno i u osobito posebnim okolnostima.<sup>192</sup> Vežanost jednog od suvlasnika za kuću s okućnicom koja je predmet razvrgnuća suvlasničke zajednice, budući da je, za razliku od ostalih suvlasnika, duže vrijeme živio u njoj kao svojoj obiteljskoj kući, ne predstavlja ozbiljan razlog za razvrgnuće isplatom u smislu čl. 51. st. 1. ZV-a.<sup>193</sup> Međutim, suvlasnici čiji su suvlasnički dijelovi zajedno barem 9/10 ne moraju učiniti vjerojatnim osobito ozbiljan razlog za razvrgnuće isplatom (čl. 51. st. 3., ZV), odnosno oni mogu tražiti razvrgnuće isplatom i bez dokazivanja ozbiljnog razloga. U slučaju da tražitelj razvrgnuća isplatom nije u roku isplatio ostale suvlasnike, oni mogu zahtijevati ispunjenje ili naplatu iz vrijednosti zaloga ili tražiti da se poništi odluka o razvrgnuću isplatom (čl. 51. st. 2., ZV). Suvlasnici bi svoje zahtjeve mogli realizirati samo u parničnom postupku jer time što je stvar pripala u samovlasništvo jednog suvlasnika stvarnopravni odnos se gasi i među dosadašnjim suvlasnicima nastaje obveznopravni odnos. Ipak, parnica bi se mogla izbjeći ako bi se u pravnom poslu svi suvlasnici sporazumjeli o tome koje pravo pripada suvlasnicima koji trebaju primiti isplatu i pod uvjetom da pravni posao bude zaključen u obliku javnobilježničkog akta s klauzulom *exequendi* i potvrdom javnog bilježnika o ovršnosti akta. Time bi se potraživanja suvlasnika mogla ostvariti neposredno u ovršnom postupku.<sup>194</sup>

Ako se istodobno razvrjava suvlasništvo na nekoliko stvari, sud može na zahtjev svakoga od njih odlučiti da, umjesto da dijeli svaku pojedinu stvar, svakome od njih pripadne određena stvar ili skupina stvari, razmjerno njihovim suvlasničkim dijelovima, uzimajući u obzir njihove potrebe (čl. 52. st. 1., ZV). Primjerice, ako dva nasljednika, između ostaloga, naslijede strojeve za

<sup>189</sup> VSH, Rev-302/88, od 12. 10. 1988., PSP-43/36. u: *Žuvela*, op. cit. (bilj. 170), str. 744.

<sup>190</sup> Okružni sud u Rijeci, Gž-671/73 od 7. 6. 1973. u: Cf. *Ibid.*, str. 745.

<sup>191</sup> VSH, Gž-825/81, od 31. ožujka 1982. u: *Šeparović*, op. cit. (bilj. 173), str. 992.

<sup>192</sup> *Sessa*, op. cit. (bilj. 176), str. 111.

<sup>193</sup> Županijski sud u Virovitici, Gž-190/05 od 27. svibnja 2005. u: Cf. *Ibid.*, str. 125.

<sup>194</sup> Cf. *Ibid.*, str. 112.

postolarsku radionicu, a samo jedan od njih je postolar koji radi u toj radionici, sud će pri diobi nastojati da taj dio suvlasničke imovine pripadne tom suvlasniku,<sup>195</sup> odnosno onome suvlasniku čiji je zahtjev opravdan (čl. 52. st. 2., ZV). Ako sudskom razdiobom prema ekvivalentu suvlasniku pripadnu stvari čija je vrijednost veća od njegovog suvlasničkog dijela, on će isplatiti razliku vrijednosti ostalim suvlasnicima (čl. 52. st. 3., ZV).

Moguće je da suvlasnici suglasno odluče da će umjesto diobe nekretnine svoja suvlasnička prava ograničiti tako što će s određenim idealnim dijelom povezati vlasništvo posebnoga dijela suvlasničke nekretnine (uspostaviti etažno vlasništvo). U tom slučaju uzima se da je to njihova odluka o načinu razvrgnuća i na odgovarajući način primjenjuju se pravila o razvrgnuću (čl. 53., ZV). Sporno je bi li sudovi u gramatičkom tumačenju čl. 53. ZV-a trebali otići korak dalje i odluke o razvrgnuću donositi i u slučajevima kada između suvlasnika nema sporazuma o razvrgnuću uspostavom etažnog vlasništva. Smatra se da nema nikakve zapreke za takvu diobu, osobito ako se takvom diobom najbolje štite objektivni interesi suvlasnika i sprječava zloupotreba prava.<sup>196</sup>

## 5. Zaključak

Komparativnom usporedbom instituta suvlasništva i postupka razvrgnuća suvlasničke zajednice možemo izvesti sljedeće zaključke:

1. U Austriji i Njemačkoj u terminološkom smislu ne postoji precizna ujednačenost pojmova suvlasništva i zajedničkog vlasništva. Stavovi starije pravne teorije prema kojima austrijskom sustavu nije imanentno postojanje zajedničkog vlasništva odražavaju se na neujednačeno određivanje sadržaja i predmeta zajedničkog vlasništva i izazivaju vrlo stidljivo razlikovanje suvlasništva i zajedničkog vlasništva upotrebom pojmova *schlichte Miteigentum* i *Gesamthandigentum*. S druge strane, njemački pravni sustav oštro razlikuje suvlasništvo i zajedničko vlasništvo pojmovno kao *Bruchteilsgemeinschaft* i *Gesamthandigentum*. U tom smislu postoje čvrsti kriteriji razgraničenja suvlasništva i zajedničkog vlasništva, ponajviše i stoga što se zajedničko vlasništvo može uspostaviti samo na temelju zakona, pa su time oblici zajedničkog vlasništva trajno određeni. U Hrvatskoj je sudjelovanje više osoba u pravu vlasništva nad fizički nepodijeljenoj stvari moguće u obliku suvlasništva, koje je pravilo i zajedničkog vlasništva, koje je iznimka i koje može nastati samo u zakonom propisanim slučajevima. Iako su u Austriji i Njemačkoj etažno vlasništvo (*Wohnungseigentum*) i različiti oblici bračne imovine (*eheliches Gebrauchsvermögen und eheliche Esparnisse, Zugewinnngemeinschaft*) u pravilu uređeni posebnim zakonskim pravilima (EheG, öWEG, dWEG), moguća je i supsidijarna primjena općih pravila o suvlasništvu i razvrgnuću suvlasništva.

<sup>195</sup> *Bulka*, op. cit. (bilj. 168), str. 63.

<sup>196</sup> *Sessa*, op. cit. (bilj. 176), str. 109.

2. Usporedbom pravnih izvora o suvlasništvu i razvrgnuću suvlasničke zajednice u zemljama germanskog pravnog kruga i Hrvatskoj očigledno je da su pravila o suvlasništvu u Austriji i Njemačkoj sadržana u velikim građansko-pravnim kodifikacijama kojima se ne uređuju samo stvarnopravni odnosi, već svi građanskopravni odnosi. Osim toga, zanimljiva je usporedba u kojem su zakonskom dijelu uređuje suvlasništvo i razvrgnuće te u kojoj mjeri su pravila o razvrgnuću sadržana u drugim zakonima. Tako su pravila o suvlasništvu u austrijskom sustavu sastavni dio ABGB-a kojima se uređuju stvarnopravni odnosi (§§ 361; 825.-850.), za razliku od njemačkog sustava u kojem su pravila o suvlasništvu sadržana u dijelu BGB-a kojim se uređuju stvarnopravni odnosi (§§ 1008.-1011.) i pravila o zajednici koje su sastavni dio zakonskog dijela o obveznopravnim odnosima (§§ 741.-758.). Najznačajniji posebni zakoni koji sadržavaju pravila o razvrgnuću tiču se bračne stečevine i etažnog vlasništva (öWEG, EheG, dWEG). U Hrvatskoj je potpuno drugačiji normativni koncept građanskopravnog uređenja razlog da su pravila o suvlasništvu i razvrgnuću sadržana u posebnom zakonu kojim se uređuju stvarnopravni odnosi (čl. 36.-65., ZV) kojima se uređuju i pitanja etažnog vlasništva (čl. 66.-99., ZV). Bračna stečevina u Hrvatskoj smatra se suvlasništvom i samo načelno je uređena ObZ-om (čl. 248.-250.; 255.-257.) koji upućuje na supsidijarnu primjenu pravila ZV-a.

3. Pravna priroda zahtjeva za razvrgnuće određena je prirodom pravnih pravila koja ga uređuju i zakonskim pravilima koja su u prilog njegove stvarnopravne ili obveznopravne prirode. Nesporno je da u formiranju stavova o tome kakva je pravna priroda zahtjeva za razvrgnuće odlučujuću ulogu mogu imati pravna teorije ili praksa. Tako je u austrijskom pravnom sustavu zahtjev za razvrgnuće uređen stvarnopravnim pravilima i sadrži snažne stvarnopravne elemente (nezastarivost, neodvojivost od suvlasničkog dijela), ali se prema stavovima novije teorije i pravne prakse ipak smatra obveznopravnim zahtjevom. S druge strane, u Njemačkoj, gdje se zahtjev za razvrgnuće smatra obveznopravnim zahtjevom, sve su glasnjiji autori koji smatraju da se zbog snažnih stvarnopravnih elemenata koje zahtjev za razvrgnuće nedvojbeno ima, on ne može smatrati obveznopravnim zahtjevom, već samo zahtjevom stvarnopravne naravi. Tome se u prilog osobito navodi činjenica da je zahtjev za razvrgnuće neodvojivo povezan sa suvlasničkim dijelom.<sup>197</sup> U Hrvatskoj nema stavova o tome kakva je pravna priroda zahtjeva. Čini se da je zbog stvarnopravne prirode pravnih pravila koja ga uređuju i zbog snažnih stvarnopravnih elemenata propisanih ZV-om zahtjev ipak stvarnopravne prirode.

Suvlasnici su u realizaciji zahtjeva vezani određenim zakonskim ograničenjima. ABGB isključuje mogućnost podnošenja zahtjeva za razvrgnuće u nevrijeme ili na štetu drugih (§ 830. reč. 2.) pri čemu obje okolnosti smatra samostalnim okolnostima koje sprječavaju njegovo podnošenje. BGB u samoj odredbi kojom uređuje zahtjev za razvrgnuće (§ 749.) nema nikakvih ograničenja

<sup>197</sup> Schnorr, op. cit. (bilj. 3).

zahtjeva, ali ga sudovi u svojim odlukama često ograničavaju pozivajući se na § 242. BGB, odnosno odredbu o savjesnosti i poštenju u prometu. Pored toga, BGB sadrži neke posebne odredbe kojima ograničava zahtjev za razvrgnuće (§§ 922. st. 3., 1066. st. 2., 1258. st. 2. i 2043.), a njegovo isključenje moguće je i prema § 11. dWEG-a. U Hrvatskoj se zahtjev za razvrgnuće ne može podnijeti u nevrijeme (čl. 47. st. 2., ZV), što znači na štetu drugih (time su dvije samostalne okolnosti prema § 830. reč. 2. ABGB-a spojene u jednu). Međutim, zabrana je samo privremenog karaktera, a pri tom postoje i druge, posebne zakonske odredbe koje onemogućavaju diobu (čl. 101. st. 2., ZV). Manje ili više restriktivna mogućnost ostvarivanja zahtjeva za razvrgnuće ne sprječava suvlasnike da sporazumom ograniče podnošenje zahtjeva za razvrgnuće na dulji ili kraći vremenski period. U austrijskom pravnom sustavu postoji niz posebnih zaštitnih pravila kojima se ograničenjem zahtjeva za razvrgnuće pruža pravna zaštita osobama visoke dobi (§ 13. st. 6. reč. 2., öWEG), maloljetnim osobama (§ 13. st. 6. reč. 5., öWEG) ili bračnim drugovima za vrijeme trajanja braka (§ 13. st. 6. reč. 4., öWEG).

4. Sva tri sustava predviđaju mogućnost da se stranke sporazumom dogovore o prestanku suvlasničke zajednice razvrgnućem, načinu diobe i radnjama koje je u tu svrhu potrebno poduzeti. Ne postupe li suvlasnici u skladu sa sporazumom o razvrgnuću, stranke neće moći zahtijevati razvrgnuće diobom nego samo ispunjenje sporazuma. U hrvatskoj teoriji izražen je stav da sporazum suvlasnika o razvrgnuću nije zapreka da suvlasnici zahtijevaju donošenje odluke o razvrgnuću u sudskom postupku.

Sudsko razvrgnuće se u Austriji i Njemačkoj ostvaruje tužbom na diobu (§ 830., ABGB; § 749., BGB) u parničnom postupku. Iznimno, austrijski sustav predviđa da će se o podjeli imovine u upotrebi bračnih drugova i bračne uštede odlučivati u izvanparničnom postupku ako zahtjev za diobu bude podnesen u roku od godinu dana od pravomoćnosti rješenja o prestanku braka razvodom, ukidanjem ili poništajem (§ 82., 95., EheG u svezi s §§ 93.-96., AußStrG 2003). Nasuprot tome, u Hrvatskoj se zahtjev za razvrgnuće realizira u izvanparničnom postupku (čl. 48. st. 3., ZV), s tim da ako između stranaka nastane spor o predmetu diobe, pravu suvlasništva ili veličini suvlasničkih dijelova (§ 267. st. 2. t. 1. i 2., ZVP), one se sa zahtjevom za razvrgnuće upućuju na parnicu (§ 268., ZVP).

Ne postoji suglasnost o pravnoj prirodi tužbe na diobu i odluke koju sud donosi usvajanjem zahtjeva za razvrgnuće. U austrijskoj pravnoj teoriji smatra se da se radi o konstitutivnoj tužbi koja usvajanjem zahtjeva rezultira nepotpunom konstitutivnom odlukom, koja izaziva pravnu promjenu, ali koja za punopravni učinak zahtjeva dodatne akte fizičke ili civilne diobe koji se provode u ovršnom postupku primjenom §§ 351., 352-352.c EO-a. U njemačkoj pravnoj teoriji smatra se da se radi o kondemnatornoj tužbi kojom se tuženiku nalaže poduzimanje ili trpljenje određenih radnji u svrhu provedbe diobe. U svezi s tim je i odluka o razvrgnuću kondemnatorna odluka. U hrvatskoj pravnoj teoriji nema stavova o tome kakva je pravna priroda odluke koja se donosi u postupku



razvrgnuća. S obzirom da je izreka odluke o razvrgnuću složena, odnosno da ona u sebi ujedinjava i elemente konstitucije i kondemnacije možemo je smatrati kondemnatorno-konstitutivnom odlukom.

Pokušamo li dovesti u vezu pravnu prirodu zahtjeva i odluke o razvrgnuću koja se u postupku donosi, možemo konstatirati da bi obveznopravnom zahtjevu za razvrgnuće odgovarala kondemnatorna odluka koja svoje postojanje izvodi iz povrede obveznopravnog odnosa, odnosno prava određene osobe da se sudu obrati sa zahtjevom za pružanje pravne zaštite kondemnatornog sadržaja, te da se tuženiku naloži određeno činjenje, trpljenje ili propuštanje. S druge strane, smatra li se zahtjev za razvrgnuće stvarnopravnim zahtjevom, odnosno zahtjevom koji proizlazi iz stvarnopravnog odnosa suvlasništva, za preobražaj suvlasništva u samovlasništvo neophodna je konstitucija, odnosno sudska odluka kojom se postojeći pravni odnos preobražava. Međutim, problem nastaje kad se konstitucija ne može provesti bez kondemnacije. U tom slučaju odluku koja se u postupku razvrgnuća donosi moramo promatrati kao odluku koja sjedinjava kondemnaciju i konstituciju u svrhu konstitucije.

5. Usporedbom austrijskog, njemačkog i hrvatskog sustava u odnosu na moguće načine diobe možemo zaključiti da je hrvatski sustav daleko elastičniji od ostalih sustava jer ZV osim fizičke i civilne diobe uređuje diobu isplatom, diobu prema ekvivalentu i diobu uspostavom etažnog vlasništva. Polazišnu točku za sva tri sustava čine fizička i civilna dioba, s tim da u Austriji i Hrvatskoj fizička dioba ima prioritet u odnosu na civilnu diobu (§ 843., ABGB; čl. 50. st. 4., ZV). U Njemačkoj je dvojbeno je li odnos fizičke i civilne diobe odnos u kojem fizička dioba ima prednost ili se radi o odnosu alternacije u kojem je moguć ili jedan ili drugi način razvrgnuća, u kojem nijedan od načina diobe nema prioritet. Takva situacija uzrokovana je visokim zahtjevima koji su postavljeni u odnosu na fizičku diobu prema kojima je fizička dioba moguća samo u slučaju da se fizičkom podjelom stvari mogu ostvariti istovrsni dijelovi (§ 752. reč. 1., BGB), što je u praksi gotovo nemoguće, pa se stoga razvrgnuće u najvećem broju slučajeva provodi civilnom diobom. Ipak, stranke su ovlaštene sporazumom o razvrgnuću ugovoriti različite modalitete razvrgnuća koji će najbolje odgovarati okolnostima pojedinog slučaja. Neki autori smatraju da je osnovi izvor nepravednosti postupka razvrgnuća upravo njegova nedovoljna fleksibilnost u odnosu na moguće načine razvrgnuća, te u tom smislu predlažu *de lege ferenda* izmjene BGB-a.<sup>198</sup>

Razvrgnuće suvlasništva složen je proces koji otvara mnoge dvojbe ne samo materijalnopravne nego i procesualističke prirode. Prije svega, trebalo bi naglasiti da pitanja pravne prirode zahtjeva za razvrgnuće i odluke koja će se u postupku razvrgnuća donijeti nisu samo pravnoteoretske naravi. Osim toga, i nadalje ostaju otvorene mnoge dvojbe poput one o odabiru pravog pravnog puta koji će jamčiti brže rješavanje postupaka razvrgnuća (parnični ili izvanparnični put) te mogućih ograničenja zahtjeva za razvrgnuće radi zaštite maloljetnika,

<sup>198</sup> Dietz, op. cit. (bilj. 106).

bračnih drugova za vrijeme braka ili osoba visoke dobi. Konačna svrha bila bi pronaći upravo onaj model razvrgnuća koji može osigurati ravnotežu pojedinačnih interesa suvlasnika i interesa suvlasničke zajednice.

### Summary

## DISSOLUTION OF THE JOINT OWNERSHIP ASSOCIATION

The joint ownership, as a type of ownership of several persons being entitled to exercise joint ownership rights over a physically undivided thing, may be a cause of potential joint owners' disputes. Considering that the equality of interest disturbance of the individual owner and joint ownership association may result with a petition for dissolution of joint ownership association, basic issues regarding the realization of this institute should be scrutinized. With the aim to identify the best solutions the author will make a comparison of certain issues concerning the joint ownership and dissolution of joint ownership association in Austria, Germany and Croatia. Besides normative assessment, the comparative overview should present answers to substance and legal nature of the petition for dissolution and possible statutory and contractual limitations on its submitting and realization. The central part of the article deals with a dissolution by mutual consent and dissolution on the basis of court's ruling and it opens discussion whether the courts should apply rules on civil legal procedure or extrajudicial procedure in such cases. Special attention has been given to the criteria which should differentiate where the jurisdiction line lies. To deliver a court's ruling on dissolution it is necessary to be familiar with the legal nature of a decision being delivered in dissolution procedure in view of contents of legal protection given by such decision. Special consideration has been paid to types of dissolution, that is, to the issue whether certain types of dissolution have priority and whether the court practice could be a creator of new types of dissolution. In relation to this, the author welcomes the Ownership Act provisions which enable a considerably more elastic approach giving to the court and parties more options when deciding upon application of legal instrument to dissolve the joint ownership association in relation to ABGB and BGB. As a final point, the purpose of this analysis is not only to present a mere overview of normative solutions, rather, to be an encouragement to find the most effective legal mean to realize the petition for dissolution and to give support to and additional protection to joint owners who need such protection due to their particular characteristics.

**Key words:** *joint ownership, common ownership, marital acquisition, flat ownership, dissolution of the joint ownership, petition for dissolution, dissolution by mutual consent, dissolution on the basis of court's ruling, types of dissolution.*

## Zusammenfassung

### AUFLÖSUNG DER MITEIGENTÜMERGEMEINSCHAFT

Miteigentum als Eigentum mehrerer Personen, die ihre Befugnisse als Miteigentümer einer physisch untrennbaren Sache ausüben, ist eine mögliche Quelle potentieller Konflikte der Miteigentümer. Da die Störung des Interessengleichgewichts einzelner Miteigentümer und der Miteigentümergeinschaft zum Antrag auf Auflösung führen kann, muss geprüft werden, welche grundlegenden Zweifel bei der Realisierung dieses Instituts auftauchen können. Mit dem Versuch die beste Lösung herauszufinden, werden einige Probleme des Miteigentums und der Auflösung der Miteigentümergeinschaft in Österreich, Deutschland und Kroatien mit einander verglichen. Außer eines normativen Vergleichs sollte eine komparative Übersicht Antworten über Inhalt und Rechtsnatur des Antrags auf Auflösung geben sowie über mögliche gesetzliche und vertragliche Einschränkungen bei der Antragstellung und deren Realisierung. Der Mittelteil der Arbeit umfasst die einvernehmliche und gerichtliche Auflösung, wobei später der Zweifel auftritt ob das Auflösungsverfahren durch die Anwendung der Regeln für das gerichtliche oder außergerichtliche Verfahren durchgeführt werden, sowie über die Hauptkriterien für die rechtliche Abgrenzung. Die Entscheidung über die Auflösung verlangt auch eine Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur der Entscheidung, die bei dem Auflösungsverfahren gefällt wird, und bezüglich des Inhalts des Rechtsschutzes, der durch diese Entscheidung geboten wird. Besondere Aufmerksamkeit verdienen die Arten der Trennung bzw. die Frage ob einzelne Arten der Auflösung Priorität haben und ob die Gerichtspraxis neue Arten der Auflösung schaffen kann. In Bezug darauf ist besonders die Tatsache erfreulich, dass das ZV einen wesentlich elastischeren Ansatz bei der Auswahl möglicher Auflösungsarten des Gerichts und der Parteien hinsichtlich der Urteile des ABGB und BGB erlaubt. Letztendlich ist der Sinn der Analyse nicht nur ein einfacher Querschnitt der normativen Lösungen sondern Anstoß dazu, den wirkungsvollsten Rechtsweg zur Realisierung des Auflösungsantrags zu finden und den Miteigentümern, die es nötig haben, einen besonderen zusätzlichen Schutz zu bieten.

**Schlüsselwörter:** *Miteigentum, Gesamthand Eigentum, Eheerwerb, Eigentumswohnung, Auflösung des Miteigentums, Auflösungsantrag, einvernehmliche Auflösung, gerichtliche Auflösung, Trennungsarten.*

## Sommaro

**SCIoglimento DELLA COMUNITÀ COMPROPRIETARIA**

La comproprietà, come tipo di proprietà di diverse persone titolate ad esercitare i diritti di comproprietà su un bene fisicamente indiviso, può essere causa di potenziali dispute tra comproprietari. Con riguardo al fatto che l'eguaglianza del turbamento degli interessi dei singoli proprietari e della comunità comproprietaria può portare a un'istanza per lo scioglimento, occorre esaminare le questioni fondamentali relative all'applicazione di questo istituto. Allo scopo di identificare le migliori soluzioni è condotta una comparazione di determinate questioni concernenti la comproprietà e lo scioglimento della comunità comproprietaria in Austria, Germania e Croazia. Oltre la disciplina normativa, la rassegna comparativa dovrebbe offrire le risposte sulla natura sostanziale e giuridica per lo scioglimento e sui possibili limiti normativi e contrattuali per la richiesta e la realizzazione. La parte centrale del lavoro tratta dello scioglimento consensuale e dello scioglimento giudiziale, su cui apre la questione se i tribunali debbano applicare le norme della procedura civile giudiziale o stragiudiziale, e di quali criteri debbano essere fondamentali per la determinazione della linea della giurisdizione. Per esprimere una decisione giudiziale sullo scioglimento è necessaria la familiarità con la natura giuridica di un provvedimento all'interno di una procedura di scioglimento, con riguardo ai contenuti della tutela giuridica data da una tale misura. Particolare attenzione è dedicata alle specie di divisione, con la questione fondamentale se determinati tipi di ripartizione abbiano la priorità e se la prassi giudiziale possa creare nuovi generi di frazionamento. In relazione con ciò, sono accolte positivamente le previsioni della Legge sulla proprietà che consentono un approccio considerevolmente più elastico, attribuendo al tribunale e alle parti più opzioni nel decidere sull'applicazione degli strumenti giuridici per sciogliere la comunità comproprietaria, rispetto al Codice civile austriaco e al Codice civile tedesco. Conclusivamente, lo scopo dell'analisi non è tanto di presentare una mera rassegna delle soluzioni normative, quanto di costituire un incoraggiamento alla ricerca dei mezzi giuridici più efficaci per attuare l'istanza per lo scioglimento e di offrire un sostegno a una tutela aggiuntiva dei comproprietari che abbisognano di tale protezione per le loro caratteristiche particolari.

**Parole chiave:** *comproprietà, proprietà comune, acquisto coniugale, proprietà di appartamento, scioglimento di comproprietà, istanza per lo scioglimento, scioglimento consensuale, scioglimento giudiziale, specie di divisione.*

## PРАВНА ЗАШТИТА U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE U HRVATSKOJ

Mr. sc. Stanka Pejaković, savjetnica  
Financijska agencija, Zagreb

UDK: 35.073.53(497.5)(094)  
Ur.: 5. studenog 2007.  
Pr.: 17. siječnja 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se analiziraju pitanja vezana za pravnu zaštitu u postupcima javne nabave u uvjetima početka primjene novog Zakona o javnoj nabavi, a samim tim i uvjetima nepostojanja prakse primjene njegovih prilično brojnih i složenih odredbi koje su posljedica recepcije standarda europskog prava. U radu se ocjenjuje i tumači sadržaj odredbi jednog dijela (V) ovog Zakona pod zajedničkim nazivom Pravna zaštita, i to posebne glave ovog dijela – Postupak pravne zaštite (glava I.). Pravna zaštita u postupcima javne nabave osigurana je putem žalbe, koja je jedini redoviti pravni lijek, a čije su karakteristike i postupak povodom iste predmet ovog rada. Analiza nužno uključuje i zapažanje prednosti, ali i nekih nedostataka normiranja predmetnog segmenta javne nabave.*

**Ključne riječi:** *javna nabava, pravna zaštita, upravni postupak.*

### 1. Uvod

Cilj je rada prikaz zakonske regulacije osnovnog pravnog lijeka koji stoji na dispoziciji sudionicima javne nabave protiv odluke naručitelja te radnje, popuštanja radnje ili postupka naručitelja, kao parcijalni doprinos za praktičnu primjenu u uvjetima svježije primjene novog Zakona o javnoj nabavi (dalje u tekstu: ZOJN). U tom smislu se *de lege lata* ocjenjuje smisao i značenje žalbe u postupcima javne nabave, a i njezino stavljanje u kontekst žalbe kao instituta općeg upravnog postupka. Ukazat će se na neke, po našem mišljenju, slabosti proceduralnih odredbi ZOJN-a samih po sebi, a i s obzirom na supsidijarnu primjenu pravila općeg upravnog postupka.

Sadržaj pravne zaštite u postupcima javne nabave na nacionalnoj razini određuje svaka država samostalno, pri čemu je ta samostalnost ograničena europskim pravom.<sup>1</sup> Novi ZOJN je proeuropski koncipiran i rezultat je

<sup>1</sup> Pod pojmom pravo Europske zajednice (EZ) ili europsko pravo u tekstu se podrazumijeva pravo tzv. prvog stupnja EU, tj. pravo Europskih zajednica (Europska (ekonomska) zajednica,

harmonizacije sustava javne nabave s *acquis communautaire*,<sup>2</sup> a u predmetnom segmentu implementacije pravnozaštitnih direktiva 89/665/EZ<sup>3</sup> i 92/12/EZ<sup>4</sup> (dalje u tekstu: pravnozaštitne direktive). Pravnozaštitne direktive nisu namijenjene neposrednoj uporabi već samo usmjeravaju države članice kako urediti pojedina pitanja na nacionalnoj razini, te određuju ciljeve koji moraju biti respektirani.<sup>5</sup> Okolnost koja nije išla na ruku pri izradi ovog Zakona u tome je što navedene direktive ne koriste pravnu terminologiju, pa je bilo potreban prijevod u pravni jezik. Osim toga, trebalo je voditi računa i o tome kako sustav pravne zaštite funkcionira u praksi, te da ne odstupa od povijesnih tradicija nacionalnog prava i međusobne usklađenosti odgovarajućih zakona u okviru cjelokupnog pravnog sustava. Ništa manje značajno nije ni pitanje logičkog slijeda normi, što također pridonosi osiguranju dostupnosti pravnozaštitnih sredstava, a tako i djelotvornosti pravne zaštite. Navedeni složeni zahtjevi utjecali su na kvalitetu izrade ZOJN-a, a u kojoj mjeri pitanje je na koje ćemo pokušati dati odgovor analizom postupka pravne zaštite.

Predmet je ovog rada analiza karakteristika žalbe u postupku javne nabave i postupak i ovlaštenja nadležnih tijela povodom iste, i to kako naručitelja (remonstrativni učinak žalbe), tako i Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (dalje u tekstu: Državna komisija).<sup>6</sup> U postupku javne nabave nije isključena ni primjena izvanrednih pravnih lijekova, obzirom na supsidijarnu primjenu ZUP-a, ali njihova primjena teško da bi bila korisna, pa samim time je

---

Euroatom i Europska zajednica za ugljen i čelik). Pravo EU obuhvaća uz pravo EZ-a i pravne akte proizašle iz djelovanja u okviru drugog (zajednička vanjska i sigurnosna politika) i trećeg stupa (suradnja u pravosuđu i unutarnjim poslovima) na kojima se temelji EU.

Po uspostavi EU Europska ekonomska zajednica je preimenovana u Europsku zajednicu. Ugovor o EEZ-u je postao Ugovor o EZ-a. Ova promjena nije utjecala na tri postojeće zajednice (ECSC, Euroatom i EZ) jer nema za posljedicu ujedinjenje tih organizacija, već je posljedica želje da se naglasi isključivo prelazak s gospodarske na političku zajednicu.

<sup>2</sup> Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (objavljen u Narodnim novinama (NN), Međunarodni ugovori (MU) 14/01.), koji u čl. 72. uređuje materiju javnih nabava, Republika Hrvatska je preuzela obvezu da postupno, u zadanim rokovima, uskladi svoje zakonodavstvo s pravnom stečevinom EZ-a.

O pravnim posljedicama uvođenja SSP-a u hrvatski pravni poredak v. Siniša, R.: Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4/2003., str. 591-615.

<sup>3</sup> Riječ je o Direktivi o koordinaciji zakona, uredbi i upravnih propisa koji se odnose na primjenu postupaka kontrole dodjele ugovora o javnim nabavama i javnim radovima, dalje u tekstu: Direktiva 89/665/EZ.

<sup>4</sup> Riječ je o Direktivi o koordinaciji zakona, uredbi i upravnih propisa koji se odnose na primjenu pravila EZ-a o postupcima nabave entiteta koji djeluju na područjima vodoopskrbe, energetike, prijevoza i telekomunikacija, dalje u tekstu: Direktiva 92/13/EZ.

<sup>5</sup> Pod pojmom direktive se u smislu čl. 249. Ugovora o EZ-u (prije čl. 189.) podrazumijevaju akti koji obvezuju države članice u pogledu cilja normiranja koji se njima želi ostvariti, ali im istovremeno ostavljaju slobodu u izboru forme i metode kojima će se taj cilj postići.

<sup>6</sup> Državna komisija je utemeljena Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN, br. 117/03. O tome v. Blažević, Z.: Institucije u sustavu javne nabave u Republici Hrvatskoj, u: Javna nabava: Oglеди, pravni izvori, primjeri, RRIF, Zagreb, 2005., str. 11.-16.



i nepotrebna, a nije ni tema obrade ovog rada. Sudska zaštita osigurana je pokretanjem upravnog spora, koja također ostaje izvan opsega ovog rada.

## 2. Normativni okvir

Važeći Zakon koji uređuje područje javnih nabava donesen je u listopadu 2007.,<sup>7</sup> a stupio je na snagu 1. siječnja 2008.. Do stupanja na snagu tog novog Zakona o javnoj nabavi postupak javne nabave bio je uređen zakonom s istim nazivom, donesenim u prosincu 2001.<sup>8</sup> Ranije važeći ZOJN bio je većim dijelom zasnovan na UNCITRAL-ovom Modelu zakona<sup>9,10</sup> čije norme nisu identične normama pravnozaštitnih direktiva.<sup>11</sup> Međutim, Republika Hrvatska je kao kandidat za ulazak u EU u procesu pristupanja dužna prenijeti pravnozaštitne direktive u domaće zakonodavstvo, što je donošenjem novog ZOJN-a i učinjeno.

Osim toga, koncipiranje novog zakonskog teksta uvjetovano je i potrebom cjelovitog i temeljitog reguliranja ovog postupka tako da čini konzistentan i predvidljiv sustav koji osigurava potpunu i učinkovitu zaštitu prava svih sudionika javne nabave, u prvom redu ponuditelja i natjecatelja i svih zainteresiranih osoba, a da se s druge strane ostvare temeljna načela postupka pravne zaštite, načelo zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti (čl. 135. ZOJN-a).

Nova regulacija trebala bi osigurati jednak pravni položaj svih poduzetnika u postupcima javne nabave, efikasnost i ekonomičnost u provođenju postupaka javne nabave određivanjem rokova i sankcija za njihovo prekoračenje, kao i unaprijediti pravnu sigurnost u području javnih nabava. U cilju osiguranja jednakog pravnog položaja ZOJN uvodi i kontradiktornost postupka, što je osigurano kroz provođenje usmene rasprave u postupku pred Državnom komisijom.

Zakonito donošenje svakog akta u postupku javne nabave, bilo odluke o odabiru ili rješenja Državne komisije, pretpostavlja da je radnja poduzeta i akt donesen temeljem pravilno provedenog postupka i da ima propisan oblik i sadržaj. To trebaju osigurati pravila postupka. Pravila postupka javne nabave određuje uz ZOJN i Zakon o općem upravnom postupku (dalje u tekstu:ZUP),<sup>12</sup> koji se u ovom postupku primjenjuje supsidijarno.

<sup>7</sup> NN 110/07.

<sup>8</sup> NN 117/01., 193/07. i 92/05. Prije toga materija javnih nabava je bila uređena Zakonom o nabavi roba, usluga i ustupanju radova (NN 42/97. i 32/01.), koji je prethodio uredbama Vlade RH koje su uređivale područje javne nabave, a to su: Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova (NN 13/95); Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova (NN 25/96.); Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova (NN 33/97.).

<sup>9</sup> UNCITRAL Model law on Procurement of goods, construction and services, 1994.

<sup>10</sup> Više o Modelu zakona na stranici <http://www.uncitral.org>

<sup>11</sup> O tome: A comparison od the EC procurement directives and UNCITRAL model law, Sigma Papers No. 28. listopad 2000.

<sup>12</sup> NN 53/91. i 103/96.

### 3. Supsidijarna primjena ZUP-a

U postupku javne nabave ima niz situacija za čije su rješavanje uz ZOJN potrebne posebne procesne odredbe supsidijarno primjenjivog zakona. U praksi primjene ranije važećeg ZOJN-a javljala se dilema supsidijarne primjene postupovnog propisa, čijim su razrješenjem stvorene početne potrebne pretpostavke za kontrolu postupka naručitelja, a time i do višeg stupnja pravne sigurnosti gospodarskih subjekata. Najprije je razrješenju dileme poslužila Odluka Ustavnog suda RH prema kojoj je ZUP supsidijarni postupovni zakon u izvansudskim postupcima.<sup>13</sup>

Novi ZOJN ozakonio je takvo stajalište i u čl. 163. određuje da se u odnosu na postupak pred Državnom komisijom koji nije uređen odredbama ZOJN-a supsidijarno primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuje opći upravni postupak. Ocjenjujući značaj ovakvog normiranja nužno je istaknuti da je taj zakonodavni potez bio očekivan i opravdan i posljedica je već prihvaćenog svrstavanja javne nabave u upravno pravo.<sup>14</sup> Iako je javna nabava po svojoj pravnoj prirodi mješoviti institut (za koji dijelom, uz nužnu modifikaciju, važe norme i javnog i privatnog prava) naš zakonodavac nije se odlučio za mogućnost da građanskopravna priroda ugovora javne nabave<sup>15</sup> povratno utječe na prirodu i postupak javne nabave prije sklapanja ugovora o javnoj nabavi.<sup>16</sup>

Supsidijarna primjena ZUP-a, međutim, ne rješava pitanja postupanja naručitelja na nedvojbena način, te brojna pitanja ostaju otvorena. Primjena odredaba ZUP-a na postupak Državne komisije općenito nije adekvatna zbog stupnja različitosti odnosno specifičnosti postupaka javne nabave. Zbog toga su ZOJN-om predviđene situacije u kojima primjena ZUP-a ne bi bila primjerena, te su tako sistematizirane odredbe unijete u zakonski tekst.

S druge strane, osim kod pojedinih pitanja,<sup>17</sup> ZOJN ne predviđa supsidijarnu primjenu ZUP-a u postupku pred naručiteljem. Ovo zbog toga što su obveznici

<sup>13</sup> Odluka br.: U-III-268/1998., od 2. studenog 2000., koja je objavljena u Narodnim novinama, br. 115/00.

<sup>14</sup> Iako postoje argumenti koji idu u prilog građanskopravnoj prirodi javne nabave.

<sup>15</sup> O ugovornim aspektima javne nabave v. Nikšić, S.: Ugovorna narav javnih nabava, u *Pravna zaštita u postupcima javnih nabava*, Državna revizijska komisija, Ljubljana, 2006. str. 160.-218., Nikšić, S.: Neki obveznopravni aspekti ugovora o javnoj nabavi, XX. Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 12., 2005., str. 403.-414., Matešić, G.: Ugovorni aspekti javnih nabava, u *Javna nabava: Oglеди, pravni izvori, primjeri*, RRIF, Zagreb, 2005., str. 29.-37.

<sup>16</sup> Kao što je postupio npr. slovenski zakonodavac koji u Zakonu o reviziji postupaka javne nabave uvažava građanskopravnu prirodu javne nabave i određuje supsidijarnu primjenu postupovnih odredaba Zakona o parničnom postupku. Danom stupanja navedenog zakona prestale su važiti odredbe Zakona o javnoj nabavi kojim je bilo predviđeno da u postupku provjere zakonitosti javne nabave naručitelji i revizijska komisija primjenjuju odredbe zakona koji uređuje opći upravni postupak. O pravnoj prirodi javne nabave u Republici Sloveniji v. Mužina, A.: Uvrštenje javne nabave u pravni sistem, pravna priroda javne nabave, pravna priroda pravne zaštite, u. *Pravna zaštita u postupcima javnih nabava*, str. 18.-71.

<sup>17</sup> Npr. kod računanja rokova – čl. 38. ZOJN-a.

primjene ZOJN-a ne samo pravne osobe s javnim ovlastima u užem smislu te riječi, već i neke osobe privatnog prava. Zbog toga ne bi bilo sistematski te odnose podvesti pod supsidijarnu primjenu ZUP-a. Naime, supsidijarna primjena ZUP-a u postupku pred naručiteljem dolazila bi u obzir u situaciji da su naručitelji isključivo tijela državne uprave, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave i uprave i pravne osobe koje imaju javne ovlasti u užem smislu te riječi, dakle javnopravne osobe za koje važe principi javnog prava. Slijedom toga postavlja se i pitanje da li odluka naručitelja pripada skupini tzv. upravnih akta. Međutim, pravna priroda odluke naručitelja, iako dvojbena, ne ostavlja mjesta dvojbi u pogledu pravnozaštitnog puta koji uključuje korištenje žalbe u upravnom postupku<sup>18</sup> i tužbe u upravnom sporu.

#### 4. *Žalba u postupcima javne nabave*

Isključivanjem prigovora kao specifičnog pravnog lijeka u postupku javne nabave ostala je žalba kao jedini redoviti pravni lijek.<sup>19,20</sup> Opće je pravilo da se protiv odluke naručitelja uvijek može podnijeti žalba<sup>21</sup> kojom se može osporavati zakonitost donesene odluke. Pravo na žalbu postoji neovisno o vrijednosti ugovora, što je posljedica recepcije prihvaćenog shvaćanja da se žalba ne odnosi samo na ugovore čija vrijednost prelazi pragove propisane materijalnim direktivama o javnoj nabavi.<sup>22</sup> I Europska komisija savjetuje pružanje prava na reviziju bez obzira na vrijednost ugovora.<sup>23</sup>

Žalba se može podnijeti i protiv radnje, propuštanja radnje i postupka na koji se ZOJN mora primijeniti.<sup>24</sup> Prema tome, ZOJN predviđa mogućnost podnošenja

<sup>18</sup> Upravnopravna priroda žalbenog postupka time povratno utječe na prirodu naručiteljevih akata (odluka).

<sup>19</sup> Zbog podnormiranosti prigovora bilo je neophodno zakonski regulirati postupak po prigovoru ponuditelja, ili jednostavno, iz zakonskog teksta isključiti prigovor kao pravni lijek, što je novi ZOJN i učinio. Ova druga mogućnost prihvaćena je iz razloga što je institut prigovora bio dodatni procesni zahtjev koji nije utjecao na ubrzanje postupka.

<sup>20</sup> O nedostacima normiranost prigovora v. Medvedović, D., Šprajc, I.: Postupak javnih nabavki i pravna zaštita sudionika, Pravo u gospodarstvu, 14/2003., str. 192-198.

<sup>21</sup> Pravnozaštitne direktive ne predviđaju mogućnost isključenja žalbe u postupku javne nabave, kao što je to predviđao UNCITRAL-ov Model zakona (v. čl. 52.2. Modela zakona). Prema čl. 2.1.b. pravnozaštitnih direktiva države članice su dužne osigurati da mjere poduzete radi postupaka revizije uključuju odredbe o ovlastima *otklonjanja ili osiguranja otklonjanja odluka donijetih na nezakonit način, uključujući uklanjanje diskriminirajućih tehničkih, ekonomskih ili financijskih specifikacija u obavijesti o ugovoru, periodičnih obavijesti o nakani, obavijesti o postojanju sustava kvalifikacija, raspisivanja javnog natječaja, ugovorne dokumentacije ili bilo kojih drugih dokumenata koji se odnose na postupak dodjele ugovora.*

<sup>22</sup> Riječ je o Direktivi 2004/18/EZ o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (čl. 7. Direktive) i Direktivi 2004/17/EZ-a kojom se usklađuju postupci nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga (čl. 16. Direktive).

<sup>23</sup> Public Procurement Review Procedures, Sigma Paper No. 30, prosinac, 2000, str. 17.

<sup>24</sup> Tako iz sadržaja odredbe čl. 137.1. ZOJN-a proizlazi da se zaštita prava može tražiti u postupku pred Državnom komisijom, i to kako protiv odluke, radnje, propuštanja radnje naručitelja

žalbe u pojedinim fazama postupka, što je uvjetovano prihvaćanjem standarda europskog prava. Naime, jedna od mjera određenih pravnozaštitnim direktivama jest osiguranje privremenih mjera u pojedinim fazama postupka, a u cilju otklanjanja navodnog kršenja ili sprječavanja nanošenja dalje štete, uključujući mjere zadržavanja ili osiguranja zadržavanja postupka javne nabave, odnosno provedbe postupka do donošenja odluke naručitelja.<sup>25</sup>

Općenita formulacija navedenog čl. 137.1. ZOJN-a ne određuje pobliže faze postupka u kojima se žalba može uložiti. Iz sadržaja odredbe čl. 147.2. ZOJN-a, u kojem rok za izjavljivanje žalbe vezuje za određeni dan, može se zaključiti koje bi to faze mogle biti. Tako bi se žalba može uložiti protiv objave o javnoj nabavi u odnosu na podatke, radnje, postupke i nečinjenja iz objave; zatim u odnosu na radnje, postupke, nečinjenja vezana uz dokumentaciju nabave kod otvaranja ponuda te sam postupak otvaranja ponuda; zbog nedonošenja odluke; provođenja nabave na način suprotan ZOJN-u. O roku za žalbu v. tekst u poglavlju 4.3. ovog rada.

#### **4.1. Značenje žalbe**

Žalba predstavlja najvažniji pravni instrumentarij zaštite prava i interesa gospodarskih subjekata u postupcima javne nabave, i u vezi s tim prepreka je samovolji i zloupotrebi javne vlasti u domeni javne nabave. Rješavajući o žalbi Državna komisija cijeni pravilnost provedenog postupka koji je prethodio donošenju odluke naručitelja, radnje, propuštanja radnje ili postupka, pri čemu Državna komisija ispituje zakonitost pobijane odluke, radnje, propuštanja radnje i postupka u cijelosti, a posebno u dijelovima na koje se žalba odnosi. U tom postupku osporava se zakonitost postupanja naručitelja, te Državna komisija ima pravo i dužnost prosuditi je li naručitelj pravilno postupio u formalnopravnom i materijalnopravnom smislu, tj. je li u svemu postupio u skladu sa zakonom i drugim propisima temeljem kojih postupio naručitelj.

Žalбом se zapravo postiže da:

- u postupku javne nabave neovisno državno tijelo odlučuje o zakonitosti odluke, radnje, propuštanja ili postupka naručitelja, što je veće jamstvo za osiguranje zakonitosti rada naručitelja;
- ispituje se formalna i materijalna zakonitost donesene odluke, što znači da se zakonitost ocjenjuje s gledišta pravilnosti postupanja prema pravilima postupka i s gledišta pravilnosti primjene materijalnih propisa;
- osigurava se jača zaštita prava i pravnih interesa ponuditelja, kao i jača zaštita javnog interesa;
- donošenjem rješenja Državne komisije okončava se, u pravilu, rješavanje upravne stvari u upravnom postupku.<sup>26</sup>

koju je temeljem ZOJN-a trebalo obaviti, te postupaka na koje se ZOJN mora primijeniti.

<sup>25</sup> Čl. 2.1.a pravnozaštitnih direktiva.

<sup>26</sup> Odluka Državne komisije je konačna i izvršna (čl. 151.3. ZOJN-a).

Pravilno korištenje žalbe osim u drugostupanjskom postupku osobito je važno i pri korištenju sudske zaštite u upravnom sporu. U žalbenom se postupku, naime, kao vremenski primarnom, uklanja veći broj grešaka, te tako nerijetko otpada potreba sudske intervencije. Protiv drugostupanjskih rješenja može se podnijeti tužba nadležnom sudu, a to je, u smislu Zakona o upravnim sporovima<sup>27</sup> (dalje u tekstu: ZUS) Upravni sud Republike Hrvatske. Na pokretanje postupka pred Upravnim sudom Republike Hrvatske upućuje odredba čl. 162./1. ZOJN-a, te u nastavku propisuje da je postupak po tužbi u upravnom sporu žurne naravi (čl. 162./2. ZOJN-a).<sup>28</sup>

#### **4.2. Legitimacija za podnošenje žalbe**

Legitimaciju za podnošenje žalbe imaju u prvom redu stranke, jer su samo one u neposrednoj vezi s postupkom javne nabave. Stranke u postupku javne nabave jesu ponuditelj i natjecatelj.<sup>29</sup> Osim tih subjekata svojstvo stranke ima *i svaki gospodarski subjekt koji ima pravni interes za dobivanje ugovora o javnoj nabavi u predmetnoj javnoj nabavi, odnosno koji je pretrpio ili je mogao pretrpjeti štetu od navodnog kršenja subjektivnih prava* (čl. 137.2. ZOJN-a). ZOJN ne navodi određenije što bi se trebalo smatrati pravnim interesom,<sup>30</sup> ali sadržaj i smisao javne nabave pokazuje da je pravni interes dobivanje ugovora o javnoj nabavi. Pravo na podnošenje žalbe ima i onaj gospodarski subjekt kojem je već nanesena šteta ili bi šteta mogla nastati zbog navodnog kršenja subjektivnih prava. Prema tome, očito je aktivna legitimacija u postupcima javne nabave široko koncipirana, što je uvjetovano zahtjevom relevantnih odredaba pravnozaštitnih direktiva,<sup>31</sup> te kao takva zadovoljava standarde europskog prava. Tako je zakonodavac doprinio realizaciji jednog od temeljnih načela postupka pravne zaštite – načelu dostupnosti,<sup>32</sup> te načelu nediskriminacije kod ulaganja pravnih sredstava.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

<sup>28</sup> Međutim, obzirom na prosječno trajanje postupka pred Upravnim sudom, ovakva konstatacija ne daje garanciju ekspeditivnosti pravne zaštite kao zahtjeva europskog prava sadržanog u preambulama, te u čl. 1.1. pravnozaštitnih direktiva.

<sup>29</sup> Ponuditelj je gospodarski subjekt ili udruženje gospodarskih subjekata, koji je dostavio ponudu (čl. 2.10. ZOJN-a), a natjecatelj je gospodarski subjekt ili udruženje gospodarskih subjekata, koji je voljan sudjelovati u postupku javne nabave i svoju je volju iskazao zahtjevom za sudjelovanje (čl. 2.11. ZOJN-a).

<sup>30</sup> U literaturi se osobu koja ima pravni interes označava kao osobu kojoj zakon daje mogućnost da sudjeluje u postupku radi zaštite njezinih prava ili pravnih interesa i kad predmet postupka u kome zainteresirana stranka može sudjelovati nije neposredno odlučivanje o njezinom pravu ili obvezi. Rješenjem konkretne situacije indirektno se odlučuje i o pravnom interesu zainteresirane stranke, i ona je zainteresirana za ishod postupka koji može utjecati i na njezinu pravnu situaciju.

<sup>31</sup> Čl. 1.3. pravnozaštitnih direktiva nameće obvezu državama članicama da pravnozaštitna sredstva učine dostupnima barem *svakoj osobi koja jest ili je bila zainteresirana za dobivanje konkretnog ugovora i koja je pretrpjela ili je mogla pretrpjeti štetu od navodnog kršenja*.

<sup>32</sup> Naprijed cit. čl. 1.3. pravnozaštitnih direktiva.

<sup>33</sup> Čl. 1.2. pravnozaštitnih direktiva nameće obvezu državama članicama da osiguraju da *ne postoji diskriminacija među poduzećima koja mogu podnijeti tužbu zbog kršenja u kontekstu*

Iz definicije pojma aktivne legitimacije razvidno je da je postupak pravne zaštite po ZOJN-u ovisan isključivo o inicijativi ponuditelja, odnosno postupak se pokreće i vodi u interesu ponuditelja.<sup>34</sup> Međutim, javni interes zahtijeva da u postupku pravne zaštite aktivnu legitimaciju imaju i državna tijela. Navedeno zbog toga što država snosi odgovornost pred Europskim sudom za sve naručitelje, a ne samo za tijela uprave i druga državna tijela i pravne osobe s javnim ovlastima. Kada već država mora snositi odgovornost za sve naručitelje, logično je i da joj se omogući da na pravno sistematski način (ne političkim sredstvima), utječe na naručitelje.<sup>35</sup> Zbog toga je aktivna legitimacija u instancijskom stadiju javne nabave proširena ne samo na sve zainteresirane gospodarske subjekte, već i na specifična državna tijela, što je uvjetovano potrebom jače zaštite interesa u pitanju (i privatnih i javnih), pa pravo žalbe protiv odluke naručitelja imaju i Ured za javnu nabavu i/ili državno odvjetništvo (čl. 137.3. ZOJN-a). ZOJN tu legitimaciju izražava odredbom da navedeni subjekti kao nezadovoljne strane mogu tražiti zaštitu prava pred Državnom komisijom izjavljivanjem žalbe i drugih zahtjeva protiv odluke, radnje, propuštanja radnje naručitelja koju je temeljem ZOJN-a trebalo obaviti te postupaka na koje se ZOJN mora primijeniti (čl. 137.1. ZOJN-a).

Ured za javnu nabavu je ovlašten pokrenuti postupke pravne zaštite pred Državnom komisijom ako je to potrebno radi zaštite javnog interesa (čl. 170./2. ZOJN-a). Mišljenja smo da davanje aktivne legitimacije Uredu za javnu nabavu pridonosi jačanju zakonitosti i pravnoj sigurnosti u postupcima javne nabave, a moglo bi biti od značenja i u slučaju budućeg članstva u EU, u situacijama kada bi Europska komisija, temeljem čl. 3. Direktive 89/665/EZ, odnosno čl. 8. Direktive 92/13/EZ i čl. 226. (prije čl. 169.) Ugovora o EZ-u,<sup>36</sup> reagirala protiv nepravilnih postupaka naručitelja. U takvoj situaciji država bi imala ulogu tužene strane i sama ne bi imala nikakvih pravnih sredstava kojima bi postigla uklanjanje nedostataka.

ZOJN daje ovlaštenje i državnom odvjetniku pravo ulaganja žalbe protiv odluke naručitelja (čl. 137.3. ZOJN-a). Ovo ovlaštenje za izjavljivanje žalbe proizlazi i iz Zakona o državnom odvjetništvu, koje je *samostalno i neovisno pravosudno tijelo ovlašteno i dužno postupati protiv počinitelja kaznenih djela i drugih kažnjivih tijela, poduzimati pravne radnje radi zaštite imovine Republike Hrvatske, te podnositi pravna sredstva radi za zaštitu Ustava i zakona* (čl. 2.1.

---

*postupka dodjele ugovora kao rezultat razlike koju proizvode pravnozaštitne direktive između nacionalnih propisa koji primjenjuju pravo EZ i drugih nacionalnih propisa.*

<sup>34</sup> I postupak po pravnozaštitnim direktivama se započinje i vodi u interesu ponuditelja.

<sup>35</sup> Posredna, (pravno) politička sredstva prisile kao što su proračunsko sankcioniranje, revizijska kontrola, u tom slučaju ne bi bila od velike koristi.

<sup>36</sup> Tekst ove odredbe glasi: *Ako Komisija smatra da država članica nije ispunila obvezu predviđenu ovim Ugovorom, donijet će obrazloženo mišljenje o stvari, nakon što državi u pitanju omogući da podnese svoje primjedbe.*

*Ako država u pitanju ne postupi u skladu s mišljenjem u roku koji odredi Komisija, Komisija može stvar podnijeti Europskom sudu.*



Zakona o državnom odvjetništvu).<sup>37</sup> U žalbenom postupku državno odvjetništvo ima u granicama ovlaštenja prava i dužnosti stranke (čl. 52.1. ZUP-a), a u postupku ne može imati šira ovlaštenja nego stranke, osim ako su im takva ovlaštenja dana zakonom (čl. 52.2. ZUP-a).

ZOJN nije recipirao rješenja pojedinih država da pravo žalbe omogući i predstavnicima (udrugama) ponuditelja. Međutim, navedeno nije zahtjev pravnozaštitnih direktiva, dok argumente za to nalazimo u komparativnom pravu.<sup>38</sup>

### 4.3. Rok za žalbu

Protiv odluke, radnje, propuštanja ili postupka može se podnijeti žalba u roku od osam dana odnosno u roku od tri dana u postupcima male vrijednosti,<sup>39</sup> i to od dana:

1. objave o javnoj nabavi u odnosu na podatke, radnje, postupke i nečinjenja iz objave,
2. otvaranja ponuda u odnosu na radnje, postupke, nečinjenja vezana uz dokumentaciju nabave te postupak otvaranja ponuda,
3. primitka odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti, te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude,
4. isteka roka za donošenje odluke o pojedinačnim pravima iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti, te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude,
5. saznanja za postupak nabave proveden na način suprotan ZOJN-u, a najkasnije u roku godine dana kada je taj postupak proveden.<sup>40</sup>

Za početak i tijek roka te za računanje rokova u postupku javne nabave, u nedostatku posebnih odredaba, primjenjuju se odredbe ZUP-a. Rok za žalbu je prekluzivni rok, pa propuštanje tog roka za stranku može prouzročiti štetne pravne posljedice. S obzirom na mogućnost ulaganja žalbe, ne samo protiv odluke naručitelja već i u pojedinim fazama postupka, ZOJN je u svoje procesne odredbe o pravnoj zaštiti uključio i odredbu da žalitelj koji je propustio izjaviti žalbu gubi pravo tražiti ispitivanje zakonitosti u kasnijoj fazi postupka (čl. 147.3. ZOJN-a).

<sup>37</sup> Narodne novine, br. 51/01., 16/07. i 20/07.-ispr.

<sup>38</sup> Primjer Danske pokazuje da se aktivna legitimacija osim Uredu za konkurentnost, može dati različitim udrugama (gospodarskim, obrtničkim, inženjerskim) koje imaju aktivnu legitimaciju u postupku javne nabave. Public Procurement Review Procedures, str. 20.

<sup>39</sup> Propisivanjem roka za žalbu od osam dana (tri dana u postupcima male vrijednosti) skraćeno je opći rok za žalbu od petnaest dana propisan ZUP-om, ali što je opet u skladu s ZUP-om, budući da sam ZUP dopušta da za određene upravne stvari posebnim zakonom može biti određen i kraći i duži rok za žalbu.

<sup>40</sup> Čl. 147.2. ZOJN-a. Određivanje roka za žalbu na način da se rok za žalbu računa od određenog događaja, uvjetovano je mogućnošću podnošenja žalbe kako protiv odluke tako i u pojedinim fazama postupka javne nabave.

Normativnu strogost ovakvog normiranja može ublažiti dostupnost instituta povraćaja u prijašnje stanje koji bi bio stranci na raspolaganju ako je bez svoje krivnje iz opravdanih razloga propustila u roku predati žalbu sukladno propisanim pravilima, a zbog čega je izgubila pravo na žalbu. U tom slučaju stranka bi trebala imati mogućnost da pod određenim uvjetima koristi institut povrata u prijašnje stanje (čl. 103.-108. ZUP-a), te da tako otkloni štetne posljedice koje su za nju nastale zbog propuštanja roka za žalbu. Ovlast za postupanje povodom zahtjeva imala bi jedino Državna komisija, ali u tom slučaju, a zbog specifičnosti postupaka javne nabave, nisu u potpunosti jasne ovlasti koje bi imala u postupku po ovom zahtjevu. Potreba za ovim institutom i njegova djelomična provedivost s obzirom na supsidijarnu primjenu ZUP-a ukazuje na potrebu što skorijeg pristupanja preciznom normiranju ovog instituta i u odredbama ZOJN-a.

#### **4.4. *Suspenzivni učinak žalbe***

Suspenzivni (odgodni) učinak izjavljene žalbe sastoji se u zabrani izvršenja odluke naručitelja u žalbenom roku, bez obzira na to da li je žalba uložena ili nije, a kad je uložena, postupak se ne može se izvršiti odnosno nastaviti sve dok Državna komisija ne donese rješenje o žalbi i ne dostavi ga stranci.<sup>41</sup>

U pogledu suspenzivnog učinka žalbe ZOJN slijedi opće pravilo ZUP-a iz čl. 231.1., i u odredbi čl. 138.2. ZOJN-a određuje da žalba izjavljena protiv odluke o odabiru sprječava potpisivanje ugovora o javnoj nabavi. Suspenzivni učinak ima i žalba uložena protiv odluke o početku postupka javne nabave u slučaju pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave, isključenja javne nabave od primjene ZOJN-a te nabave javnih usluga iz dodatka II B.<sup>42</sup>

Prema tome, suspenzivni učinak žalba ima samo kad je uložena protiv odluke naručitelja, ali i protiv objave o početku pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave, objave o izuzeću od primjene ZOJN-a i objave o sklapanju ugovora o javnim uslugama iz dodatka II. B. U svakom navedenom slučaju primjenjuju se odredbe o pravnoj zaštiti. Uz mogućnost kontrole i u slučajevima kad je primjena ZOJN-a izuzeta, a i na slučajeve na koje se primjenjuju samo pojedine odredbe ZOJN-a, omogućen je i suspenzivni učinak žalbe kojom se postupak kontrole pokreće. Međutim, u odnosu na žalbu koja se uloži u pojedinoj fazi postupka, ZOJN nije ostao dosljedan, budući da žalba u tim slučajevima nema suspenzivni učinak. Opravdanje za takvo normiranje

<sup>41</sup> ZOJN u čl. 89.1. određuje da dostavom odluke Državne komisije kojom se žalba odbacuje ili odbija, odluka o odabiru postaje izvršna te nastaje ugovorni odnos između javnog naručitelja i odabranog ponuditelja.

<sup>42</sup> Ovdje se radi o tzv. neprioritetnim uslugama (osim u stranoj literaturi pojam nalazimo i u radnom materijalu sa savjetovanja od 10. listopada i 5. studenog 2007. pod nazivom Javna nabava, aktualnosti u pravnoj regulativi i praksi, Narodne novine, Zagreb, 2007.). Na ove (neprioritetne) usluge se primjenjuju samo one odredbe ZOJN-a kojima se uređuje tehnički opis predmeta nabave (tehničke specifikacije), a postupak se provodi s pojednostavljenim javnim objavama (obavijest o početku postupka javne nabave). Navedeno je u skladu s čl. 21. Direktive 2004/18/EZ.

nalazimo u činjenici što bi suspenzivni učinak žalbe u pojedinim fazama postupka činio inače složeni postupak pravne zaštite dodatno složenim. Osim toga, podnošenjem žalbe u pojedinoj fazi postupka stranka ne gubi pravo ulaganja žalbe protiv odluke naručitelja.

Pravna posljedica *ex lege* suspenzivnosti žalbe u poštivanju je odredaba čl. 2.1.a. pravnozaštitnih direktiva, kojima je određena obveza da se *što prije moguće i na temelju interlokutornih postupaka, poduzmu mjere s ciljem otklanjanja navodnog kršenja ili sprječavanje daljnje povrede interesa o kojima se radi, uključujući mjere ukidanja ili jamstva za ukidanje postupka dodjele ugovora ili primjene bilo kakve odluke koju donosi tijelo sa ugovornim ovlastima*. Međutim, revizijski postupci ne moraju imati suspenzivni učinak *per se*. Naime, prema odredbi čl. 2.3. pravnozaštitnih direktiva, *postupci revizije ne moraju sami po sebi imati automatski suspenzivan učinak na postupke dodjele ugovora na koje se odnose*.<sup>43</sup> Formulacija ukazuje na to da je odluka o suspenzivnom učinku prepuštena zakonodavcu svake države članice, tako da bi odluka o suspenzivnosti bila u skladu s nacionalnim zakonodavstvom.

Nacionalna zakonodavstva moraju voditi računa da suspenzivnost sama po sebi može dovesti do zloupotrebe, te da ne ide u prilog smanjivanju potencijalnih zloupotreba prava na žalbu. Naime, sama mogućnost žalbe u tijeku postupka odugovlačila bi postupak budući da je pokriven odgovornim učinkom žalbe. Međutim, poštivanje instruktivnih rokova, uz obvezu plaćanja adekvatnog iznosa pristojbe, pomoglo bi u sprječavanju potencijalnih zloupotreba *ex lege* suspenzivnosti.

Kada se žalbom pobijaju samo neki dijelovi odluke odnosno objave,<sup>44</sup> suspenzivno djelovanje žalbe odnosi se samo na te dijelove, dok se oni dijelovi koji žalbom nisu pobijani mogu izvršiti odnosno nastaviti. Navedeno proizlazi iz odredbe čl. 138.2. druga rečenica ZOJN-a prema kojoj žalba *sprječava potpisivanje ugovora o javnoj nabavi za sve grupe ili dijelove grupa predmetne nabave*. Kako u postupku javne nabave obično sudjeluje više ponuditelja, žalba koju izjavi bilo koja od njih sprječava izvršnost odluke.

ZOJN poznaje i suspenzivni učinak odluke neovisno o uloženoj žalbi, a koji naziva mirovanjem (engl. stand still). Sadržaj instituta mirovanja prema važećim odredbama ZOJN-a sastoji se u tome da naručitelj ne smije potpisati ugovor o javnoj nabavi ili pristupiti njegovom izvršenju u roku od 12 dana odnosno 5 dana u postupcima nabave male vrijednosti od dana dostave odluke o odabiru, objave obavijesti o početku postupka javne nabave u slučajevima pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave, sklapanja ugovora o javnim uslugama iz dodatka II. B, te izuzeća od primjene ZOJN-a. Ovaj institut ZOJN normira u jednom članku pod naslovom mirovanje (čl. 88.1.), a u drugom pod

<sup>43</sup> Neobveznost *per se* suspenzivnosti na engleskom izvorniku: *Review procedures need not in themselves have an automatic suspensive effect...*

<sup>44</sup> Pod *dijelom odluke odnosno objave* misli se na dio odluke ili objave, odnosno dio grupa predmetne nabave sadržanih u izreci odluke odnosno objave.

naslovom zabrana sklapanja ugovora (čl. 138.1. ZOJN-a).<sup>45</sup> Na dva različita mjesta se govori o istoj stvari kojoj je zajedničko to da se postupak ne može nastaviti prije isteka roka mirovanja. Ovakvo normiranje instituta mirovanja pokazuje nedovoljnu sistematičnost odredaba ZOJN-a. Međutim, postojanje ovog instituta (uz nužno sistematičnije reguliranje) smatramo opravdanim zbog onemogućavanja nastavljanja postupka ako žalba stigne naručitelju naknadno,<sup>46</sup> a s obzirom na posljedice koje bi nastale nastavkom postupka i sklapanjem ugovora ako se žalba pokaže opravdanom.

#### **4.5. Sadržaj žalbe**

Žalba u postupku javne nabave mora biti u sačinjena u pisanom obliku i na način da treba sadržavati sve što je potrebno da bi se po njoj moglo postupati, a osobito: podatke o podnositelju (ime i prezime, tvrtku ili naziv, adresa prebivališta, sjedište); podatke o zastupniku ili punomoćniku; naziv, tvrtku i sjedište naručitelja; broj i datum postupka javne nabave i podatke o objavi javne nabave; broj i datum odluke o odabiru ponude, poništenju nadmetanja ili druge odluke naručitelja; druge podatke o radnji, propuštanju radnje ili postupcima naručitelja koji su predmet postupka, predmetu nabave, evidencijski broj nabave; opis činjeničnog stanja; popis nepravilnosti i obrazloženje; prijedlog dokaza; tužbeni zahtjev i/ili zahtjev za naknadu troškova postupka; potpis ovlaštene osobe i pečat.<sup>47</sup>

Opća pravila o sadržaju žalbe ublažena su odredbom čl. 144.1. ZOJN-a, koji određuje da žalba mora najmanje sadržavati podatke o podnositelju, naziv, tvrtku i sjedište naručitelja; broj i datum postupka javne nabave i podatke o objavi javne nabave; broj i datum odluke o odabiru, poništenju nadmetanja ili druge odluke naručitelja i prijedlog dokaza. Ukoliko žalba ne sadržava najmanje navedene podatke, Državna komisija će pozvati podnositelja žalbe da, u određenom roku koji ne može biti duži od pet dana, upotpuni žalbu. Navedena su pravila dalje ublažena u čl. 144.2. ZOJN-a, koji se odnosi na slučaj ako žalitelj ne postupi po pozivu, zbog čega će se žalba odbaciti kao neuredna, izuzev ako bi se po sadržaja moglo postupati i ako žalba ima postavljen žalbeni zahtjev. Prema tome, minimalni elementi koje žalba mora sadržavati jesu sadržaj po kojem se može postupati, te da žalba ima postavljen žalbeni zahtjev. Osim toga, žalba treba sadržavati i potpis žalitelja. ZOJN u čl. 143.1.11. određuje da žalitelj mora žalbu potpisati. Iako obveznost vlastoručnog potpisa proizlazi iz navedenog članka, prema ZOJN-u potpis podnositelja ne ulazi u krug minimalnih podataka koje žalba mora sadržavati (čl. 144.1. ZOJN-a). ZOJN to nadoknađuje u čl. 151.1.2., određujući da se žalba izjavljena od neovlaštene osobe odbacuje rješenjem Državne komisije.

<sup>45</sup> Dok drugi stavak istog članka govorio suspenzivnosti žalbe.

<sup>46</sup> Ako je npr. zadnji dan roka predana poštom preporučeno, pa naručitelju pristigne po proteku roka od osam dana, odnosno tri dana u postupcima male vrijednosti.

<sup>47</sup> O sadržaju žalbe govori čl. 143.1. ZOJN-a.

Propisivanje sadržaja žalbe odredbama ZOJN-a smatramo opravdanim zbog nužnog prilagođavanja sadržaja pravilima postupka javne nabave, a što ne isključuje u cijelosti primjenu odredaba ZUP-a o sadržaju žalbe. Odredbe ZUP-a o sadržaju žalbe i dalje su primjenjive u dijelu koji nije određen ZOJN-om. Tako se npr. žalba u postupku javne nabave, sukladno čl. 232.1. ZUP-a, ne mora posebno obrazlagati.

Prema čl. 143.3. ZOJN-a žalitelj je uz žalbu dužan dostaviti i dokaz o plaćenju upravnoj pristojbi i naknadi za vođenje postupka. Uz to, u čl. 158.1. određuje da u postupku pred Državnom komisijom svaka strana prethodno snosi troškove uzrokovane svojim radnjama. Međutim, ZOJN ne predviđa nikakve sankcije za slučaj da žalitelj ne dostavi dokaze o uplaćenju upravnoj pristojbi i naknadi za vođenje postupka. Slijedom toga, plaćanje pristojbe nije procesna pretpostavka za provedbu žalbenog postupka.<sup>48</sup> Zbog toga će se za plaćanje pristojbe i dalje postupati kao i općenito u upravnim postupcima, pa ako žalitelj i pored opomene ne plati upravnu pristojbu, naplata pristojbe će se obaviti prije uručjenja zatraženog rješenja, odnosno prije prve obavijesti pristojbenom obvezniku o izvršenju tražene radnje (čl. 17.4. Zakona o upravnim pristojbama).<sup>49</sup> U nedostatku drugih odredaba, na isti način bi trebalo postupati i ako žalitelj ne plati naknadu za vođenje postupka.

#### **4.6. Predavanje žalbe**

ZOJN strogo razlikuje tijelo kome se žalba predaje od tijela kojem se žalba izjavljuje. Žalba se po pravilu izjavljuje Državnoj komisiji, ali se uvijek izravno predaje ili šalje poštom naručitelju, a može se predati i elektroničkim putem (čl. 145.1. ZOJN-a).

– Ukoliko se žalba predaje izravno naručitelju, predaje se u pisarnici naručitelja uz potvrdu prijama. Žalba se može predati svakog radnog dana tijekom radnog vremena službenoj osobi pisarnice. Službena osoba koja primi žalbu dužna je izdati podnositelju potvrdu o vremenu prijema. Službena osoba koja primi žalbu dužna je na traženje podnositelja žalbe dati potvrdu o prijemu žalbe, koja sadrži datum prijama i broj evidencije tijela u kojem je žalba evidentirana. Za tu potvrdu ne plaća se upravna pristojba (čl. 66.2. ZUP-a). Kada stranka žalbu neposredno predaje, potvrda prijama žalbe može se tehnički dati i tako da se na kopiji žalbe koja ostaje stranci, stavi prijamni štambilj tijela i upišu navedeni podaci. Ako službena osoba naručitelja odbije izdati potvrdu o

<sup>48</sup> Kao što je to slučaj s plaćanjem pristojbi u slovenskom Zakonu o reviziji postupaka javne nabave, koji sadržava odredbu da se sa žalbom za koju nije dostavljen dokaz o plaćenju pristojbi postupa kao s nepotpunim podneskom, pa će naručitelj (ne Državna komisija) pozvati žalitelja da najkasnije u roku od pet dana od dana primitka poziva platiti pristojbu. Ako žalitelj tako ne postupi žalba će biti odbačena (čl. 12. Zakona o reviziji postupaka javne nabave).

<sup>49</sup> NN br. 8/96., 77/96., 131/97., 68/98., 69/99., 145/99., 116/00., 163/03., 17/04., 110/04., 141/04., 153/05., 129/06. i 117/00.

vremenu prijema, smatrat će se da je žalba podnesena pravodobno osim ako naručitelj dokaže da žalba nije pravodobna (čl. 145.6. ZOJN-a).

– Ukoliko se žalba predaje poštom, dan predaje preporučene pošiljke pošti smatra se danom predaje naručitelju (čl. 145.4. ZOJN-a). ZOJN ne predviđa mogućnost podnošenja žalbe putem pošte običnom pošiljkom, pa se ne mora uzeti u obzir i žalbu koja je predana pošti kao obična pošiljka.

– Žalba se u postupku javne nabave može predati i elektroničkim putem, ali samo ako su za tu predaju ostvareni obostrani uvjeti distribucije elektroničkih isprava u skladu s odredbama o elektroničkom potpisu (čl. 145.1. ZOJN-a).<sup>50</sup>

Dostavljanjem žalbe naručitelju ispunjen je zahtjev pravnozaštitnih direktiva da osobe koje traže reviziju moraju prije toga obavijestiti tijelo s ugovornim ovlastima o navodnom kršenju i o namjeri da traže reviziju.<sup>51</sup> Implementacija odredbe po kojoj se u slučaju namjere pokretanja postupka najprije obavijesti naručitelja poticala bi nagodbe (engl. to encourage settlements) prije formalnog pokretanja postupka.<sup>52</sup> Međutim, podnošenjem žalbe u postupku javne nabave u Hrvatskoj započinje formalni postupak po žalbi, što opet ne treba tumačiti kao neusklađenost.<sup>53</sup> Uz to, predaja žalbe naručitelju u skladu je s odgovarajućim odredbama općeg upravnog postupka.<sup>54</sup>

Uz te normativne, i praktički razlozi traže da se žalba predaje naručitelju.<sup>55</sup> Praktični razlozi predaje naručitelju u tome su što se predmet sa svim spisima nalazi kod naručitelja i on u pravilu podnosi izvješće Državnoj komisiji povodom izjavljene žalbe. Povodom žalbe naručitelj ispituje i određene okolnosti, a može donijeti i određene odluke. Konačno, naručitelj vodi brigu o izvršenju odluke, pa mora znati da li je protiv odluke uložena žalba ili je odluka

<sup>50</sup> Zakonski okvir za uređenje elektroničkog potpisa je postavljen u Zakonu o elektroničkom potpisu (NN 10/02.). Temeljem zakonske ovlasti ministar gospodarstva je donio Pravilnik o evidenciji davatelja usluga certificiranja elektroničkih potpisa (NN 54/02.), Pravilnik o registru davatelja usluga certificiranja elektroničkih potpisa koji izdaje kvalificirane certifikate (NN 54/02.) i Pravilnik o mjerama i postupcima uporabe i zaštite elektroničkog potpisa i naprednog elektroničkog potpisa, sredstava za izradu elektroničkog potpisa, naprednog elektroničkog potpisa i obveznog osiguranja davatelja usluga izdavanja kvalificiranih certifikata (NN 54/02.). Ministar znanosti i tehnologije je na temelju ovlasti iz Zakona o elektroničkom potpisu donio Pravilnik o tehničkim pravilima i uvjetima povezivanja sustava certificiranja elektroničkih potpisa (NN 89/02.). Pravo fizičkih i pravnih osoba na uporabu elektroničke isprave u svim poslovnim radnjama i djelatnostima te u postupcima koji se vode pred tijelima javne vlasti normira Zakon o elektroničkoj ispravi (NN 150/05.).

<sup>51</sup> Čl. 1.3. pravnozaštitnih direktiva.

<sup>52</sup> Arrowsmith, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell, 2005., str. 1399.

<sup>53</sup> Načini postupanja u državama članicama su različiti, i kreću se od podnošenja preliminarne obavijesti do započinjanja upravnog postupka. *Public Procurement Review Procedure*, str. 13.

<sup>54</sup> Prema odredbi čl. 233.1. ZUP-a *Žalba se neposredno predaje ili šalje poštom organu koji je donio prvostepeno rješenje.*

<sup>55</sup> Iako se čini kako bi predaja žalbe neposredno Državnoj komisiji isključila suvišna posrednika i ubrzala postupak.



postala izvršna pa postoji mogućnost da naručitelj *pristupi neposrednom izvršenju ako mu nije poznato da je žalba izjavljena*.<sup>56</sup>

Zajedno s predajom žalbe naručitelju žalitelj je dužan istovremeno jedan primjerak žalbe predati Državnoj komisiji, na isti način kao i naručitelju, dakle poštom preporučeno, izravno kao i elektroničkim putem. Iako je dostavljanje primjerka žalbe Državnoj komisiji označeno kao dužnost, ne postoje nikakve sankcije ako žalitelj tako ne postupi. Uostalom, dostavljanje jednog primjerka Državnoj komisiji ide u prilog naručitelju, budući tako Državna komisija ima saznanja da je u konkretnom slučaju predana žalba naručitelju.

Žalba se predaje u dovoljnom broju primjeraka kako bi osim Državnoj komisiji bila uručena drugim strankama postupka (čl. 145.3. ZOJN-a). Iz navedene odredbe proizlazi propust zakonodavca da precizno normira odredbe tko i u kojem roku dostavlja primjerak žalbe drugima strankama postupka. Ovaj propust zakonodavac nadoknađuje u čl. 155.2. ZOJN-a, prema kojem o postojanju žalbenog postupka Državna komisija izvješćuje odabranog ponuditelja po službenoj dužnosti, dok se ostale stranke mogu prijaviti za sudjelovanje. Prema tome, može se zaključiti da će Državna komisija primjerak žalbe dostaviti odabranom ponuditelju po službenoj dužnosti, a može obavijestiti i druge stranke u cilju podnošenja prijave za sudjelovanje. Fakultativno *može* u ovom slučaju nameće pitanje kako će druge stranke moći koristiti svoje pravo na sudjelovanje u postupku ako nisu upoznate s činjenicom postojanja žalbenog postupka?

Isto tako, smatramo da bi o postojanju žalbe trebalo obavijestiti Ured za javnu nabavu, odnosno presliku žalbe uputiti i Uredu za javnu nabavu, a zbog razloga što on, između ostalog *prikuplja, evidentira, obrađuje i analizira podatke o javnoj nabavi* (čl. 2. Uredbe o osnivanju Ureda za javnu nabavu Vlade Republike Hrvatske).<sup>57</sup> Slično ovlaštenje za Ured za javnu nabavu proizlazi i iz ZOJN-a, koji u čl. 168. u nadležnost Ureda za javnu nabavu svrstava i *prikupljanje, evidenciju, obradu i analizu podataka o javnoj nabavi te podnošenje statističkih izvještaja*.

## 5. Rješavanje po žalbi

Ovlasti nadležnih tijela povodom izjavljene žalbe u postupcima javne nabave, koja su upravljena bilo na samu žalbu bilo na pobijanu odluku, činjenje, nečinjenje ili postupanje, mogu se svrstati u dvije grupe: ovlasti naručitelja i ovlasti Državne komisije. ZOJN jasno povlači razliku između postupka naručitelja u vezi sa žalbom (čl. 146. ZOJN-a) i ovlasti naručitelja u vezi s uloženom žalbom (čl. 153. ZOJN-a), od ovlasti Državne komisije (čl. 141. ZOJN-a) i odluka po žalbi (čl. 151. ZOJN-a). U čl. 156. ZOJN-a pod naslovom odlučivanje Državne komisije propisan je postupak Državne komisije povodom

<sup>56</sup> Borković, I., *Upravno pravo*, 7. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 461.

<sup>57</sup> NN 179/03. i 98/05.

uložene žalbe.<sup>58</sup> Ovlaсти i moguće intervencije Državne komisije pokazuju prirodu i svrhu drugostupanjskog postupka, ali i ovlašti i moguće intervencije naručitelja zaslužuju posebnu pažnju kao značajna komponenta žalbenog postupka.

### **5.1. Postupak i ovlašti naručitelja povodom izjavljene žalbe**

Ovlašti i moguća intervencija naručitelja povodom žalbe ima značaj korigirajućeg rada u istoj stvari. Naručitelj može o žalbi meritorno odlučiti pa se kaže da žalba može privremeno imati remonstrativni karakter (iznimka od devolucije). Takvi slučajevi propisani su u članku 153.1. ZOJN-a, a zajedničko im je to što naručitelj može odlučiti o zahtjevu stranke, te se tako protiv njegove odluke, radnje, propuštanja i postupka može ponovo uložiti žalba (čl. 153.3. ZOJN-a), ali sada s bezuvjetnim devolutivnim učinkom.

Razlozi takvog ovlaštenja naručitelja u tome su da naručitelj može popraviti vlastitu grešku a da stranka ne izgubi pravnu zaštitu, te u ostvarenju načela ekonomičnosti, ekspeditivnosti i racionalnosti postupka. Naime, naručitelj je najpotpunije upoznat s predmetnom stvari o kojoj je donio odluku, te stoga on najbrže i najefikasnije može otkloniti učinjene propuste, i to kako one na koje je u žalbi ukazano, tako i one koje je sam naknadno primijetio. Radnje koje provodi naručitelj u protivnom mora provesti Državna komisija, pa se postupak odugovlači i stvaraju nepotrebni troškovi, a naručitelj može postupak provesti brže i jeftinije. S druge strane, međutim, naručitelju nedostaje objektivnost i nepristranost, a i zbog roka koji mu je ostavljen za poduzimanje određenih radnji po žalbi (pet dana od primitka žalbe), rijetko kad će zauzeti drukčiji stav u istoj stvari.

Ovlaštenja naručitelja nešto su drukčija u odnosu na ovlaštenja prvostupanjskog tijela prema pravilima općeg upravnog postupka. Naime, ZOJN izričito propisuje da naručitelj nema ovlaštenja *odbaciti žalbu zbog nenadležnosti, nedopuštenosti, neurednosti, nepravovremenosti, zbog toga što je izjavljena od strane neovlaštene osobe* (čl. 153./2. ZOJN-a). Ovaj zakonodavni potez smatramo opravdanim. Naime, zbog razloga specifičnosti javnonabavnog postupka postojanje ovog ovlaštenja bi zahtijevalo drukčije normiranje u odnosu na odredbe ZUP-a.<sup>59</sup> Osim toga ovo ovlaštenje ima Državna komisija (čl. 153.1.2.

<sup>58</sup> Zapažamo da ZOJN donosi novine u pogledu načina reguliranja u odlučivanju Državne komisije. Novine u smislu što se radi o području koje ZOJN ranije nije regulirao, a koje ga opet dovode u koliziju s odgovarajućim odredbama Zakona o državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave. Zadnje navedeni Zakon u čl. 7. pod naslovom *Odlučivanje* propisuje način odlučivanja i izuzeće predsjednika i članova Državne komisije. Novi ZOJN sadržava također odredbe o odlučivanju i izuzeću predsjednika i članova Državne komisije, kojima dijelom identično a dijelom različito uređuje isto pitanje kao i Zakon o državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, pri čemu ne stavlja te odredbe izvan snage (kao što je to učinio s odredbom čl. 8. Zakona o državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, koja se odnosi na troškove žalbenog postupka, a koju je stavio van snage čl. 176. ZOJN-a). Ovakva normativna neusklađenost može se riješiti samo izmjenama jednog ili drugog zakona.

<sup>59</sup> Uostalom, u ovoj fazi postupka, osim kod pojedinih pitanja (v. bilješku pod br. 17.), ZUP i nije supsidijarno primjenjiv.

ZOJN-a), koja će u svakom slučaju (bez obzira da li takvo ovlaštenje naručitelj ima ili nema), u prethodnom postupku, cijeniti zakonske pretpostavke za žalbu.

Meritorna ovlaštenja naručitelja ovise o stadiju postupka, a obzirom da se žalba može podnijeti i prije donošenja odluke. Tako su ovlaštenja naručitelja, u smislu čl. 153.1. ZOJN-a, ispravljanje radnje, poduzimanje činjenja ili provođenje drugog postupka,<sup>60</sup> a naručitelj može postojeću odluku staviti izvan snage i zamijeniti je drugom odlukom, ili poništiti postupak javne nabave, o čemu će obavijestiti sudionike postupka u roku od pet dana od primitka žalbe.

S obzirom da ovlaštenja i moguća intervencija naručitelja povodom žalbe ima značaj korigirajućeg rada u istoj stvari, logično je ostavljanje mogućnosti naručitelju da sam ispravi radnju, poduzme činjenje ili provede postupak. Međutim, kad je riječ o stavljanju izvan snage postojeće odluke i zamjeni odluke koja se žalbom pobija, odnosno o poništavanju postupka nabave, postoje određene okolnosti koje upućuju na nedovoljnu normiranost ovih ovlaštenja naručitelja te okolnosti koje uvjetuju neprovjerljivost nove odluke naručitelja. O tome više u nastavku rada.

#### *5.1.1. Zamjena odluke koja se pobija žalbom*

Mogućnost zamjene odluke naručitelja u povodu žalbe od strane samog naručitelja učinkovit je, brz i ekonomičan način da se izmijeni nepravilna odluka, što je u interesu i naručitelja i ponuditelja. Stoga je, slijedeći logiku ZUP-a, naručitelju prepušteno prema slobodnoj ocjeni odlučiti hoće li u određenim slučajevima zamijeniti svoju odluku ili će žalbu sa spisom predmeta uputiti na rješavanje Državnoj komisiji. Naime, zakonska formulacija *može postojeću odluku staviti izvan snage i zamijeniti je drugom odlukom* (čl. 153.1. ZOJN-a) govori o tome da je zamjena ranije odluke stvar odabira naručitelja. Dakle, može, ali ne mora. Ovo stoga što naručitelj treba zamijeniti svoju odluku samo u slučaju kad je ona nesumnjivo pogrešna. Uvjet za zamjenu odluke trebao bi biti da je žalba opravdana, što znači da se ranija odluka može mijenjati samo povodom i u granicama žalbe, i to žalbe u cijelosti, jer bi samo djelomično uvažavanje žalbe izazvalo novu žalbu, što je protivno načelu racionalnosti postupka.

Ostaje otvorenim pitanje, zbog čega ovaj institut smatramo podnormiranim, može li se postupak javne nabave po žalbi iznova provesti i s kojim rezultatom, tj. može li se ovo ovlaštenje naručitelja tumačiti na način da će naručitelj npr. zamijeniti svoju odluku novom odlukom o odabiru drugog ponuditelja. Osim toga, treba istaknuti činjenicu da je zamjena odluke prema pravilima općeg upravnog postupka moguća samo u jednostranačkim stvarima, ali ne i u višestranačkim kako je to slučaj u postupku javne nabave,<sup>61</sup> jer kad je riječ o javnoj

<sup>60</sup> ZOJN govori o drugom provođenju postupka, što držimo da je lapsus calami budući se radi o istom postupku, ali o njegovom ponovnom provođenju na način kako je žalitelj na to u žalbi ukazao.

<sup>61</sup> O pojmu jednostranačkih i višestramačkih stvari v. Borković, I., str. 420.

nabavi, takvom novom odlukom diralo bi se u prava koja su ranijom odlukom priznata nekom drugom ponuditelju. Nadalje, nije jasno koje radnje naručitelj treba poduzeti da bi mogao zamijeniti raniju odluku (npr. zbog potrebe upotpunjavanja postupka) i koji su to uvjeti temeljem kojih se ranija odluka može staviti izvan snage. Navedeni razlozi upućuju na zaključak da se radi o previdima, a koje je svakako trebalo imati u vidu kod izrade ZOJN-a.

### *5.1.2. Poništavanje postupka javne nabave*

Jedna je od ovlasti naručitelja povodom izjavljene žalbe i poništavanje postupka javne nabave. Međutim, treba voditi računa o tome da se naručitelj ovom ovlasti ne bi trebao koristiti na način koji bi bio protivan ciljevima pravne zaštite u postupcima javne nabave. Smatramo da naručitelj ovo ovlaštenje može koristiti npr. u slučaju ako propusti poništiti postupak javne nabave prema čl. 94. ZOJN-a.<sup>62</sup> Postavlja se pitanje da li razlozi za poništenje mogu biti bitne povrede odredaba ZOJN-a (pobrojane u čl. 140. ZOJN-a). Pobrojavajući bitne povrede zakonodavac upućuje da se radi o greškama za koje je predviđena obvezna reakcija naručitelja da poništi postupak javne nabave.

Korištenje ovlaštenjem za poništenje postupka javne nabave od strane naručitelja može dovesti do široke uporabe ovog ovlaštenja (poništenja javne nabave), a zatim i neprovjerljivosti takve odluke o poništenju. Naime, iako se protiv nove odluke o poništenju javne nabave može uložiti žalba (čl. 153.3. ZOJN-a), Državna komisija nije ovlaštena kontrolirati činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom prethodne žalbe u istom postupku javne nabave (čl. 141.2. ZOJN-a). Krajnji rezultat ovakve regulacije jest neprovjerljivost odluke odnosno postupanja naručitelja izraženog u odluci o poništavanju nadmetanja. A upravo ta neprovjerljivost odluke naručitelja može biti nedostatak postupka pravne zaštite sudionika javne nabave. Takva praksa protivna je načelu efikasnosti i načelu ekonomičnosti postupka (čl. 135. ZOJN-a). Štetnost takvog postupanja očita je kako za stranku tako i po javni interes, a ima i negativnog odraza i na stanje zakonitosti i pravne sigurnosti uopće. Takva normativna situacija podsjeća na normu ranije važećeg ZOJN-a prije izmjena i dopuna Zakona o javnoj nabavi iz 1995. godine (čl. 29. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi),<sup>63</sup> prema kojoj nije bila osigurana pravna zaštita u slučaju poništenja nadmetanja.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Govori se o razlozima za poništenje postupka nabave nakon isteka roka za dostavu ponuda, a u sljedećim slučajevima: ako postanu poznate okolnosti koje bi, da su bile poznate prije pokretanja postupka javne nabave, bile dovele do neobjavlivanja poziva za nadmetanje, ili ako postanu poznate okolnosti koje bi, da su bile poznate prije pokretanja postupka javne nabave bile dovele do sadržajno bitno drugačijeg poziva za nadmetanje, ili ako je cijena najpovoljnije ponude veća od planiranih sredstava za nabavu, ili ako nije pristigla nijedna ponuda, ili ako nakon isključenja ponuda u postupku ne preostane nijedna prihvatljiva ponuda.

<sup>63</sup> Narodne novine, br. 92/95.

<sup>64</sup> Što je svoj izraz našlo i u pravnom shvaćanju izraženom u presudama Upravnog suda: *Kako u konkretnom slučaju nije došlo do prihvaćanja niti jedne ponude za sklapanje ugovora, naručitelj nije odabrao niti jednog ponuditelja, nego je predmetno javno nadmetanje poništio,*

### *5.1.3. Slanje žalbe i spisa Državnoj komisiji*

Ako naručitelj ne izmijeni ili ne poništi odluku, dužan je u roku od pet dana od dana prijema žalbe poslati žalbu sa svim spisima predmeta Državnoj komisiji (čl. 146. ZOJN-a). Definiirajući tako rok ZOJN nalaže ekspeditivnost postupanja. Spisi predmeta koji se dostavljaju Državnoj komisiji trebaju biti složeni kronološkim redom. Kronološki red proizlazi iz slijeda događaja, s tim da započinje zadnjim u nizu - žalbom.<sup>65</sup> Ne postoji obveza naručitelja da dostavlja Državnoj komisiji dokumentaciju u slučaju ako je naručitelj povodom žalbe odluku stavio izvan snage i donio novu odluku ili je poništio postupak javne nabave (čl. 146.2. ZOJN-a). U tom slučaju naručitelj je dužan izvijestiti Državnu komisiju o korištenju ovlasti iz čl. 153.1. ZOJN-a, te joj dostaviti izvornik nove odluke i dokaze o dostavi odluke svim sudionicima u postupku odabira (čl. 153./4. ZOJN-a).

Neispunjenje zakonske dužnosti u svezi sa slanjem spisa predmeta Državnoj komisiji sankcionirano je poništenjem postupka javne nabave (čl. 154.1. ZOJN-a). To što naručitelj nije dostavio spise predmeta Državnoj komisiji ne predstavlja razlog da se rješenje po uloženoj žalbi ne donese, već se donosi rješenje kojim se postupak javne nabave poništava. Poništenje postupka javne nabave u tom slučaju uvjetovano je jačom i učinkovitijom zaštitom ponuditelja i povjerenjem u transparentnost postupka. Odluku o poništenju javne nabave naručitelj će donijeti po zahtjevu žalitelja. Zahtjev za poništenje, koji mora sadržavati dokaze na okolnosti uručenja žalbe naručitelju, podatke o naručitelju, predmetu nabave te evidencijskom broju nabave i objavi ako su dostupni, žalitelj može podnijeti u roku od 30 dana od dana podnošenja žalbe naručitelju. U slučaju udovoljavanja navedenim pretpostavkama Državna komisija će usvojiti prijedlog žalitelja i donijeti rješenje o poništenju nadmetanja (čl. 154.3. ZOJN-a).

### *5.2. Postupak pred Državnom komisijom*

S obzirom na nedostatnu sistematizaciju procesnih normi u žalbenom stadiju javn nabavnog postupka u dijelu koji se odnosi na rad i odlučivanje Državne

---

*te je pravilno zaključilo tuženo tijelo da se na strani tužitelja nisu stekle zakonom propisane pretpostavke za podnošenje prigovora radi čega je njegov prigovor pravilno odbačen.*

Presuda Upravnog suda broj: Us-134/2002.

<sup>65</sup> Što sve naručitelj dostavlja Državnoj komisiji određuje čl. 146.1. ZOJN-a. Tako se zajedno sa žalbom šalju svi prilozi u izvorniku s podatkom i dokazom o vremenu uručenja žalbe; obrazloženi odgovor na žalbu s očitovanjem o činjeničnim i pravnim navodima te o žalbenom zahtjevu, kronologija postupka javne nabave s navodima o bitnim elementima postupka javne nabave (procijenjena vrijednost nabave, podaci o objavi o javnoj nabavi, postupak otvaranja ponuda, postupak pregleda i ocjene ponuda, odluka o odabiru i dr.); cjelovitu dokumentaciju postupka s popisom priloga; neizmijenjene cjelovite izvornike ponuda ponuditelja, a najmanje žalitelja, odabranog te onih sposobnih ponuditelja koji omogućavaju postupak odabira; druge dokaze na okolnosti postojanja pretpostavki za donošenje zakonite odluke, radnji, propuštanja ili pak postupaka.

komisije povodom žalbe, za potrebe analize koristit ćemo se normativno-logičnim slijedom istovrsnog stadija postupka supsidijarno primjenjivog ZUP-a. Polazimo od razlikovanja dviju faza u postupanju drugostupanjskog tijela (Državne komisije): prethodni postupak i redoviti postupak u kojem se meritorno raspravlja.

No prije toga navodimo neke bitne novine u postupku odlučivanja Državne komisije. Iako novi ZOJN unosi značajne novine u pogledu pravne zaštite u postupcima javne nabave, ima područja koja se prepuštaju supsidijarnoj primjeni ZUP-a, ali i onih koja nisu regulirana ZUP-om u predmetnom stadiju postupka, a predstavljaju novinu i u postupku javne nabave. Riječ je o usmenoj raspravi kao procesnoj radnji (čl. 161. ZOJN-a). Naime, iako se čini da održavanje usmene rasprave nije u skladu s prirodom javne nabave, ova radnja je ipak omogućena u postupku pred Državnom komisijom zbog razloga usklađivanja pravila postupka javne nabave sa procesnim standardima iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda o ljudskim pravima.<sup>66</sup> Jedan od tih procesnih standarda je i pravo na pravičan postupak, čiji sadržaj uključuje pravo na saslušanje stranke. ZOJN ne predviđa obvezatnu primjenu ove radnje, već njezino održavanje ovisi o volji stranke koje mogu predložiti njezino održavanje. Državna komisija će tom zahtjevu udovoljiti ako su stranke taj prijedlog obrazložile. Državna komisija može i sama odlučiti o održavanju usmene rasprave ako je to potrebno radi razjašnjenja složenog činjeničnog ili pravnog pitanja. Za usmenu raspravu vrijedi načelo javnosti a javnost se može isključiti zbog čuvanja poslovne vojne ili službene tajne. Isključenje javnosti ne odnosi se na stranke i punomoćnike koji stranke zastupaju u postupku. Na zastupanje se primjenjuju odredbe ZUP-a (čl. 155.5. ZOJN-a). Posljedica je održavanja rasprave u postupku pred Državnom komisijom i propisivanje pravila dokazivanja. Pravila dokazivanja sadržana su u čl. 139. ZOJN-a. Dokazivanje je procesna radnja kojom se utvrđuju činjenice koje su stranke dužne iznijeti u postupku. Činjenice i okolnosti koje je naručitelj dužan dokazati jesu one temeljem kojih je donio odluku, poduzeo radnju, propustio poduzeti radnju te obavio postupak, a žalitelj je dužan učiniti vjerojatnim postojanje činjenica i razloga koje se tiču ovlasti na podnošenje žalbe, povreda postupka ili povreda primjene materijalnog prava koje su istaknute u žalbi, a koje zna ili je trebao znati.

Jedno je od važnih pitanja postupka i pitanje da li se u žalbi na odluku naručitelja mogu iznositi i nove činjenice i novi dokazi koji nisu bili iznijeti i korišteni u postupku pred naručiteljem. S jedne strane, pozitivan odgovor na to pitanje ide u prilog načelu materijalne istine, a tim u krajnjoj liniji načelu

<sup>66</sup> RH je ratificirala Konvenciju Zakonom 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 MU 18/97.



zakonitosti u upravnom postupku.<sup>67</sup> Ovom se pravilu, međutim, može uputiti i ozbiljan prigovor, odnosno postoje argumenti za suprotno stajalište, što posebno vrijedi za postupak javne nabave. Naručitelj, naime, odlučuje na podlozi činjenica i dokaza kojima je raspolagao tijekom postupka, te se njegova odluka ne može smatrati nezakonitom i nepravilnom. S obzirom da je žalba pravni lijek koji služi ispravljanju grešaka naručitelja, to se u ovom slučaju ne može govoriti o grešci naručitelja, jer se radi o činjenicama koje naručitelj nije mogao uzeti u obzir budući nije niti znao da one postoje.

### *5.2.1. Prethodni postupak*

U prethodnom postupku Državna komisija je ovlaštena ispitati nadležnost, dopuštenost, urednost i pravodobnost žalbe, kao i to da li je žalba izjavljena od ovlaštene osobe (čl. 151.1.2. ZOJN-a). Nakon toga, zbog određenih razloga, Državna komisija može proglasiti odluku ili postupak ništavim ako ima razloga za to, bez obzira na to je li stranka u žalbi to tražila. Sva ta pitanja Državna komisija mora provjeriti prije nego što se upusti u meritorno odlučivanje o žalbi.

Posebno je pitanje da li Državna komisija može u prethodnom postupku poništiti odluku naručitelja. Odgovor na to pitanje možemo potražiti u odredbama ZUP-a, prema kojem se rješenje može poništiti u dijelu u kojem je zahvaćena nezakonitošću ako utvrdi da je bilo nekih formalnih nedostataka. Prema čl. 241.2. ZUP-a drugostupanjsko tijelo će poništiti prvostupanjsko po službenoj dužnosti ako je doneseno od strane nenadležnog tijela.<sup>68</sup> Međutim, odredbe o nadležnosti sadržane u ZUP-u nisu primjenjive. Naime, pitanje nadležnosti u postupku javne nabave može se pojaviti samo u slučaju eventualnih nesuglasica oko dužnosti postupanja po ZOJN-u.<sup>69</sup> To pitanje može biti aktualno samo u slučaju ocjene valjanosti sklopljenog ugovora, u kojem slučaju ZOJN kvalificira takav ugovor ništetnim. Tako je ugovor o javnoj nabavi ništetan ako je *sklopljen bez prethodno provedenog postupka javne nabave, a naručitelj ga je po odredbama ovog zakona (ZOJN-a) morao provesti* (čl. 164.8. ZOJN-a). Zbog navedenog se čini da u prethodnom postupku pred Državnom komisijom nema mjesta poništavanju odluke naručitelja.

#### *5.2.1.1. Odbacivanje žalbe*

Odbacivanje žalbe vrši se iz procesnopravnih razloga. U tom slučaju nedostaju neke bitne zakonske pretpostavke da bi se stvar uopće mogla meritorno razmatrati i rješavati. Ako se žalba odbacuje, Državna komisija se

<sup>67</sup> Pravila općeg upravnog postupka načelno dopuštaju mogućnost da se u žalbi iznose i nove činjenice i novi dokazi. U žalbi se mogu iznositi nove činjenice i predlagati novi dokazi (beneficium novorum), ali u takvoj žalbi žalilac dužan obrazložiti zbog čega ih nije iznio u prvostepenom postupku (čl. 232.2. ZUP-a).

<sup>68</sup> Propisi o nadležnosti sadržani su u Glavi II. ZUP-a, u odredbama čl. 17. do 34.

<sup>69</sup> Pitanje nadležnosti može se pojaviti samo u odnosu na nadležnost Državne komisije i razlog je za odbacivanje žalbe u prethodnom postupku (čl. 151.1.2. ZOJN-a).

uopće ne upušta u razmatranje same stvari o kojoj se rješavalo u postupku javne nabave pred naručiteljem.

Ako Državna komisija utvrdi da nije nadležna za rješavanje, da je žalba nedopuštena, neuredna,<sup>70</sup> nepravodobna ili izjavljena od neovlaštene osobe (čl. 151.1.2. ZOJN-a), žalbu će odbaciti svojim rješenjem. Ovakvu vrstu odluke (rješenje) u slučaju odbacivanja žalbe Državna komisija donosi obzirom na supsidijarnu primjenu ZUP-a, odnosno čl. 234.2. ZUP-a.

#### *5.2.1.2. Proglašavanje odluke, radnje ili postupka ništavim*

Ništava odluka ili postupak predstavlja posebno težak oblik kršenja načela zakonitosti i na grešku ništavosti nadovezuje se pravna posljedica proglašavanja ništavim. Proglašavanje ništavom odluke, radnje ili postupka provodi se na prijedlog stranke ili po službenoj dužnosti, ali uvijek s djelovanjem *ex tunc*. Ništavost se samo konstatira, oglašava, i zato takvo oglašavanje ima strogo deklaratorno značenje, što dovodi do toga da se smatra kao da odluka nije ni donesena, radnja poduzeta ili postupak proveden.

Državna komisija može proglasiti odluku o pojedinačnim pravima, radnju ili postupak ništavim kad je u postupku javne nabave učinjena kakva nepravilnost koja je razlog ništavosti po odredbama ZOJN-a ili ZUP-a (čl. 151.1.5. ZOJN-a). Zbog posljedica koje se nadovezuju na grešku ništavosti ZOJN nije posebno propisao koji su slučajevi u kojima se odluka ili postupak proglašava ništavim, ali odredbe o tome nalazimo na pojedinim mjestima. Npr. prema čl. 88.2. ZOJN-a odluka o odabiru je ništava ako je javni naručitelj nije prethodno bez odgode dostavio svakom ponuditelju.

S druge strane ZUP je posebno propisao sve slučajeve (taksativno) u kojima se rješenje (odluka) oglašava ništavim (čl. 267. ZUP-a): kad je u upravnom postupku doneseno u stvari iz sudske nadležnosti, koje bi svojim izvršenjem moglo uzrokovati neko djelo kažnjivo po kaznenom zakonu, čije izvršenje uopće nije moguće, koje je donijelo tijelo bez posebnog zahtjeva stranke, a na koje rješenje stranka nije naknadno izričito ili prešutno pristala, koje sadrži nepravilnost koja je po nekoj izričitoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavosti i čije bi izvršenje bilo protivno osnovnim načelima pravnog poretka.

Ako Državna komisija u povodu žalbe utvrdi da je u postupku naručitelja učinjena kakva nepravilnost koja čini odluku, radnju ili postupak ništavim, dužna je proglasiti ništavom takvu odluku, radnju ili postupak, kao i onaj dio postupka obavljen poslije te nepravilnosti (čl. 241.1. ZUP-a). Moguće je i djelomično oglašavanje ništavim odluke, radnje ili postupka, tako da se poništava samo određeni dio odluke, radnje ili postupka, a ne dira se u ostale dijelove.

<sup>70</sup> Postupak s neurednom žalbom je propisan u čl. 144. ZOJN-a prema kojem se žalba koja nije uredna u smislu ovog članka, ne odbacuje automatski, već se poziva žalitelj da žalbu upotpuni u roku koji ne može biti kraći od pet dana. Nakon toga žalba se može odbaciti kao neuredna, i to samo ako se po sadržaju žalbe ne bi moglo postupiti i ako žalba nema postavljen žalbeni zahtjev.

### 5.2.2. Meritorno rješavanje

U redovitom postupku drugostupanjsko tijelo meritorno raspravlja o žalbenom zahtjevu, to jest rješava predmet žalbe. Provođenje redovitog postupka nastupa ako Državna komisija ne odbaci žalbu zbog nenadležnosti, nedopuštenosti, neurednosti, nepravodobnosti ili kao izjavljenu od strane neovlaštene osobe, ili ne proglasi odluku, radnju ili postupak ništavim.

U redovitom postupku Državna komisija treba meritorno riješiti predmetnu stvar nakon ispitivanja zakonitosti odluke s formalno-pravne i materijalno-pravne strane, pri čemu je ovlaštena odbiti žalbu zbog neosnovanosti ili poništiti odluku, postupak ili radnju u dijelu u kojem je zahvaćena ništavošću. Primjećujemo da se u postupku javne nabave ovlasti Državne komisije, kad se radi o uvažavanju žalbe, bitno razlikuju u odnosu na ovlasti drugostupanjskog tijela prema pravilima općeg upravnog postupka.<sup>71</sup> Naime, iako ZOJN to izričito ne ozakonjuje, dosadašnja praksa postupanja Državne komisije i logika postupka javne nabave pokazuje da su ovlaštenja Državne komisije kasatorna, tako da Državna komisija ne može izmijeniti odluku naručitelja. Državna komisija ne može sama odlučiti ni o odabiru ponuditelja.

#### 5.2.2.1. Odbijanje žalbe kao neosnovane

S obzirom da ZOJN ne sadržava odredbe o odbijanju žalbe, primjenjuju se odredbe supsidijarno primjenjivog ZUP-a. Tako će Državna komisija odbiti žalbu kao neosnovanu ako u žalbenom postupku utvrdi da u postupku javne nabave nije bilo formalnih ni materijalnih nedostataka koji bi činili doneseno rješenje nezakonitim (čl. 240.1. ZUP-a). Državna komisija će, dakle, odbiti žalbu kad nađe da je postupak pred naručiteljem pravilno proveden i nije bilo nedostataka, ali i onda ako je u postupku bilo nedostataka koji nisu takvi da bi mogli utjecati na rješenje stvari (čl. 240.2. ZUP-a). U ovom slučaju Državna komisija nalazi da je u postupku naručitelja bilo nekih nedostataka, odstupanja od pravila postupka kojih se trebalo držati, ali ti nedostaci nisu bili takvi da bi imali utjecaja na rješenje same stvari. Slijedom toga nedostatke u postupku možemo podijeliti na dvije grupe: na one koji nisu mogli imati utjecaja na valjanost rješenja (nisu bitni) i one koji su mogli imati utjecaja na rješenje (bitni).

Novi ZOJN propisuje bitne povrede Zakona u postupcima javne nabave s konzekvencama poništenja odluke, postupka ili radnje u dijelu u kojem je zahvaćena nezakonitošću, dok bi se nebitne greške mogle tako kvalificirati od slučaja do slučaja. Kao primjer za nebitne greške možemo navesti da, npr., neki akt nije datiran. Preko te se greške može preći, a po potrebi provesti obični

<sup>71</sup> Ako npr. žalbu uvaži drugostupanjsko tijelo po pravilima općeg upravnog postupka može:

- upotpuniti postupak, otkloniti nedostatke prvostupanjskog postupka, poništiti prvostupanjsko rješenje i samo riješiti upravnu stvar,
- poništiti prvostupanjsko rješenje i riješiti upravnu stvar bez upotpunjavanja postupka, ili
- poništiti prvostupanjsko rješenje i vratiti predmet prvostupanjskom tijelu na ponovni postupak.

ispravak temeljem čl. 219. ZUP-a. Nije od utjecaja na rješenje stvari pogrešno pozivanje na materijalne ili procesne propise.

Na rješenje stvari nije od utjecaja ni ako nema sumnje o kojim se propisima radi a odluka je sa svojim sadržajem potpuno ispravna, zatim ako naručitelj pravilno iznese činjenično stanje a ne navede sve dokaze na temelju kojih je te činjenice utvrdilo, propusti da se izvede neki dokaz ili utvrdi neka činjenica koja nije od odlučujuće važnosti za rješenje stvari i sl. Državna komisija mora i takve nedostatke u svom rješenju konstatirati, uz navođenje da ti nedostaci nisu takve prirode da bi bili od utjecaja na rješenje predmetne stvari.

#### *5.2.2.2. Poništavanje odluke, postupka ili radnje u dijelu u kojem je zahvaćena nezakonitošću*

Razlozi zbog kojih Državna komisija može poništiti odluku, postupak ili radnju temeljem žalbe jesu bitne povrede Zakona. Kad su u pitanju te bitne povrede Zakona, Državna komisija postupa po službenoj dužnosti, a u ostalim slučajevima postupa u granicama zahtjeva iz žalbe (čl. 141.1. ZOJN-a). Bitne povrede ZOJN-a su:

- provođenje postupka javne nabave bez donošenja odluke o početku postupka javne nabave, sa zakonom propisanim sadržajem (iz čl. 13.5. ZOJN-a),
- ako dokumentacija za nadmetanje nije u skladu s zakonom, a dovela je ili je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog nadmetanja,
- propusti vezani za postupak otvaranja ponuda,
- propusti vezani za postupak pregleda i ocjene ponuda,
- odabir ponuda čija je ukupna cijena veća od procijenjene vrijednosti nabave,
- odabir ponude koja nije najpovoljnija,
- odabir neprihvatljive ponude.<sup>72</sup>

Navedene greške, zbog njihove ozbiljnosti i specifičnosti sadržaja, dovode do poništavanja odluke, radnje ili postupka u dijelu u kojem je zahvaćena ništavošću. To istovremeno ne znači da u drugim slučajevima Državna komisija neće moći poništiti odluku, radnju ili postupak, ali će to učiniti na opravdan zahtjev žalitelja, dok kad su u pitanju bitne povrede postupa po službenoj dužnosti.

#### *5.2.2.3. Druge odluke*

##### *5.2.2.3.1. Obustava postupka u slučaju odustanka od žalbe*

ZOJN predviđa mogućnost obustave postupka zbog odustanka od žalbe (čl. 151.1.1.). Ova mogućnost logična je posljedica shvaćanja da je podnošenje žalbe i odustanak od žalbe pravo stranke kojim ona raspolaze. Odustankom stranke od žalbe, povodom kojeg je postupak i pokrenut, otpada potreba odnosno

<sup>72</sup> Čl. 140. ZOJN-a.

interes za daljim vođenjem postupka, odnosno nestaju pravne pretpostavke za rješavanje od strane Državne komisije.

Obustavljanje postupka neredovit je način njegovog okončanja, jer u takvim slučajevima predmet postupka nije riješen glavnom odlukom, tj. rješenjem, a kraj postupka označen je donošenjem zaključka o obustavi postupka (obzirom na supsidijarnu primjenu ZUP-a (čl. 247.2. ZUP-a propisuje da ako stranka odustane od žalbe, postupak po žalbi obustavlja se zaključkom)). Kad žalitelj odustane od žalbe temeljem koje je pokrenut postupak, Državna komisija je dužna svojim zaključkom obustaviti postupak, pri čemu samo utvrđuje da li je u pitanju jasan i nesumnjiv odustanak, dok ne iznalazi razloge zbog kojih je žalitelj odustao od izjavljene žalbe ni je li te razloge iznio u zaključku o obustavi postupka.

Kako davanje izjave o odustanku od žalbe ovisi isključivo o dispoziciji žalitelja, žalitelj može i povući danu izjavu sve dok izjava o odustanku nije proizvela efekt, tj. sve dok se ne donese zaključak kojim se izjava uvažava i postupak obustavlja. Kad je zaključak donesen i postupak obustavljen, žalitelj ne može opozvati izjavu o odustanku.

#### 5.2.2.3.2. Odluka o nagodbi pred Državnom komisijom

Pravila općeg upravnog postupka dopuštaju nagodbu u postupku pred prvostupanjskim tijelom. Nagodba je dispozitivna radnja koja je u upravnom postupku moguća samo ako u postupku sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima. Sklapanje nagodbe u postupku po žalbi predstavlja novinu. Naime, prema čl. 151.1.6. ZOJN-a, nagodba se može sklopiti tijekom cijelog postupka pred Državnom komisijom, a vijeće Državne komisije će odobriti nagodbu ako ista ne vrijeđa prisilne odredbe zakona i pravila javnog morala ili pravne interese trećih osoba (čl. 152. ZOJN-a).

ZOJN određuje da se sporazum o nagodbi unosi u zapisnik. Što sve sadržava i kako se sačinjava zapisnik propisuje čl. 160. ZOJN-a. Međutim, ZOJN ne govori o tome kakvu će odluku Državna komisija donijeti, rješenje ili zaključak, dok temeljne odrednice o tome nalazimo u čl. 151.2. ZOJN-a, prema kojem se rješenjem odlučuje o glavnoj stvari, a u ostalim slučajevima zaključkom. S obzirom na nedostatno normiranje i ovdje nam ostaje da se poslužimo pravilima općeg upravnog postupka.

Temeljem iznesenog, u postupku pred Državnom komisijom stranke mogu sklopiti nagodbu, o čemu će, s obzirom na supsidijarnu primjenu ZUP-a,<sup>73</sup> Državna komisija donijeti poseban zaključak. Ako Državna komisija utvrdi da bi nagodba bila na štetu javnog interesa, javnog morala ili pravnog interesa trećih osoba, neće prihvatiti nagodbu, a ako nagodbu prihvati, obustavit će postupak u cijelosti ili djelomično. U oba slučaja, tj. i ako nagodbu ne prihvati ili prihvati, Državna komisija će donijeti odluku u obliku zaključka, protiv kojeg se, s obzirom na stadij postupka, ne može podnijeti žalba. Slijedom toga, s obzirom na činjenicu da je nagodba u postupku pred Državnom komisijom

<sup>73</sup> O donošenju zaključka u postupku sklapanja nagodbe govori čl. 134.5. ZUP-a.

provediva, može se samo pretpostaviti da se protiv zaključka o nagodbi može pokrenuti upravni spor. Stoga valja zaključiti, da kad već ZOJN normira nove institute koje ZUP nije normirao, trebalo je te institute detaljnije regulirati. U protivnom, u konkretnom slučaju, sama mogućnost sklapanja nagodbe bez određivanja načina sklapanja i drugih uvjeta ostat će mrtvo slovo na papiru ili će, u najmanju ruku, izazvati probleme u primjeni takvog instituta u praksi.

#### 5.2.2.3.3. Odluka o troškovima postupka

Pravila o naknadi troškova postupka pred Državnom komisijom sadržani su u čl. 158. koji u šest stavaka određuje tko snosi te troškove. Govori se o posebnim troškovima koji u postupku javne nabave nastanu vođenjem postupka, a kojih ne bi bilo da nije došlo do vođenja postupka. U troškove postupka pred Državnom komisijom ulazi upravna pristojba i naknada za vođenje postupka. Upravna pristojba za žalbu se, sukladno Zakonu o pristojbama i Tbr. 3. Tarife upravnih pristojbi, plaća u iznosu od 50 kn. Naknada za vođenje postupka ovisi o visini vrijednosti nabave,<sup>74</sup> pa za procijenjenu vrijednost nabave male vrijednosti iznosi 2.000,00 kn, za procijenjenu vrijednost veću od iznosa nabave male vrijednosti do 2.000.000,00 kn plaća se u iznosu od 5.000,00 kn, a za procijenjenu vrijednost nabave veću od 2.000.000,00 kn naknada za vođenje postupka se plaća iznos od 7.500,00 kn.<sup>75</sup>

Zahtjev za naknadu troškova mora biti stavljen na vrijeme, tako da Državna komisija može o njemu odlučiti rješenjem. Zahtjev za naknadom troškova, u potpunosti određen i specificiran, mora se dostaviti Državnoj komisiji prije donošenja rješenja. U protivnom, podnositelj žalbe gubi pravo na naknadu troškova. Državna komisija rješava o troškovima žalbenog postupka na način što određuje tko snosi troškove, njihov iznos, kome se i u kojem roku moraju platiti.

Prema izričitoj odredbi ZOJN-a (čl. 158.) svaka strana prethodno snosi troškove uzrokovane svojim radnjama. Kako u postupku po žalbi sudjeluju dvije (ili više) stranke sa suprotnim interesima, naknada troškova postupka pred Državnom komisijom vezana su za uspjeh u žalbenom postupku. Ako je postupak okončan na štetu stranke koja je postupak izazvala, ona je dužna protivnoj stranci naknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u postupku. Sve troškove naručitelja nastale podnošenjem žalbe u slučaju odustajanja od žalbe ili odbijanja žalbe dužan je nadoknaditi podnositelj žalbe. U slučaju djelomičnog usvajanja žalbe Državna komisija može odlučiti da svaka strana podmiri svoje troškove, troškove žalbenog postupka podijeliti na jednake dijelove ili razmjerno usvajanju žalbe. Iz navedenog jasno proizlazi da se u postupku pred Državnom komisijom ne mogu zahtijevati svi troškovi, već samo

<sup>74</sup> Pravila o procijenjenoj vrijednosti nabave sadržana su u čl. 9. ZOJN-a.

<sup>75</sup> Pitanje visine naknade za vođenje postupka je posebno značajno kao brana neutemeljenim i šikanoznim žalbama. S druge pak strane, od visine pristojbe ovisi i pokretanje žalbenog postupka. Zbog toga bi visina pristojbe trebala biti primjerena u smislu da potiče podnošenje žalbe, ali da istovremeno bude dovoljno visoka da se izbjegnu neutemeljene žalbe.



troškovi postupka pred Državom komisijom. To isto se *mutatis mutandis* odnosi i na troškove u postupku javne nabave pred naručiteljem.<sup>76</sup>

U odnosu na odluku koju Državna komisija donosi kad su u pitanju troškovi postupka, primjenjuju se pravila općeg upravnog postupka, prema kojem se o troškovima postupka odlučuje rješenjem kojim se postupak završava ili posebnim zaključkom u kojem se navodi tko snosi troškove postupka, njihov iznos i kome se i u kojem roku moraju isplatiti. Ostaje nejasno, međutim, kakav pravni lijek stoji na raspolaganju stranama koje su nezadovoljne odlukom Državne komisije o troškovima postupka, tj. da li se protiv odluke o troškovima postupka može pokrenuti upravni spor. Moglo bi se tumačiti da o troškovima postupka može odlučivati Upravni sud kao o prijedlogu za naknadu štete koji se podnese u tužbi protiv odluke Državne komisije. Riječ je o odlučivanju Suda u parničnim stvarima, jer Upravni sud rješava i građanskopravna pitanja koja su u vezi sa sporom o zakonitosti upravnog akta. Ali da bi Sud odlučivao o naknadi štete, treba biti ispunjen uvjet iz čl. 42. st. 3. ZUS-a, a to je da podaci postupka daju dovoljno osnova za takvo raspravljanje. U protivnom, odnosno ako podaci postupka ne daju pouzdanu osnovu za takvo raspravljanje, Sud će tužitelja uputiti u parnicu. Međutim, unatoč tomu što se pitanje pravne zaštite protiv odluke Državne komisije o troškovima postupka može tumačiti na naprijed navedeni način, smatramo da se radi o pitanju koje zahtjeva precizno normiranje. Jer tumačiti se može samo smisao i sadržaj postojeće norme, ali ne i pretpostavljeni sadržaj nepostojeće norme.

#### 5.2.2.3.4. Odluka o određivanju privremene mjere

Radi usklađivanja s pravnozaštitnim direktivama ZOJN predviđa i određivanje privremene mjere.<sup>77</sup> Tako u postupku javne nabave žalitelj može zajedno sa žalbom podnijeti prijedlog za određivanje privremene mjere osiguranja (čl. 149.1. ZOJN-a). Isto je sadržano i u odredbi čl. 143.4. i 5., prema kojoj žalitelj može prijedlog za određivanje privremene mjere postaviti samo zajedno sa žalbom, a ako tako ne postupi prijedlog će Državna komisija odbaciti. Osim žalitelja i Državna komisija može po službenoj dužnosti odrediti privremenu mjeru, pri čemu će voditi računa o ravnoteži suprotstavljenih interesa stranaka u postupku javne nabave (onih koji su podnijeli žalbu, te odabranog(ih) ponuditelja) i javnog interesa. Predmet prijedloga za određivanje privremene mjere koji podnese žalitelj, u kojem žalitelj mora učiniti vjerojatnim postojanje okolnosti na kojima se zahtjev temelji (čl. 149.2. ZOJN-a), može biti zabrana potpisivanja

<sup>76</sup> Troškove za pripremu ponude i troškove sudjelovanja u postupku javne nabave gospodarski subjekt ima pravo tražiti od naručitelja pod uvjetom ispunjenja zakonskih pretpostavki (sadržanih u čl. 166.2. ZOJN-a). Navedene troškove gospodarski subjekt može zahtijevati i u postupku pred općinskim sudom prema mjestu sjedišta naručitelja (čl. 166.1. ZOJN-a).

<sup>77</sup> Privremene mjere prema pravnozaštitnim direktivama imaju za cilj otklanjanje navodnog kršenja ili sprječavanje daljnje povrede interesa uključujući mjere zadržavanja ili osiguranja zadržavanja postupka dodjele ugovora ili primjene bilo koje odluke koju donosi tijelo s ugovornim ovlastima (čl. 2.1.a. pravnozaštitnih direktiva).

ugovora o javnoj nabavi i izvršavanja ugovornih obveza koje su predmet javne nabave, ali i druga mjera kojoj je cilj sprječavanje nastanka štete do koje može doći ako se predložena mjera usvoji. S druge strane, Državna komisija može po službenoj dužnosti odrediti privremenu mjeru zabrane potpisivanja ugovora o javnoj nabavi. Državna komisija će privremenu mjeru odrediti po službenoj dužnosti *kad nađe da su ispunjene pretpostavke za njezino određivanje* (čl. 150.2. ZOJN-a).<sup>78</sup>

Određivanju privremene mjere mora biti cilj sprječavanje nastanka štete. Kao kriteriji koji bi se koristili pri ocjeni djelomične ili provedbe postupka u cijelosti bez zadržavanja, bili bi kriteriji zaštite interesa.<sup>79</sup> Pri tom odlučivanju Državna komisija bi uzimala u obzir odnos između štetnih posljedica i koristi od takvog zadržavanja za sve one koji bi mogli biti oštećeni, te za javni interes. Budući ZOJN ne navodi kriterije temeljem kojih bi Državna komisija odobrila nastavak postupka javne nabave, treba primijeniti odgovarajuću odredbu ZUP-a kao supsidijarno primjenjivog zakona, konkretnije odredbu čl. 5/1 ZUP-a, a koja sadržava načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa.<sup>80</sup>

Međutim, unatoč razrađenosti ovog instituta čini se, s obzirom na suspenzivni učinak žalbe, da za njime nije bilo potrebe. Naime, donošenje privremene mjere u europskom pravu predviđeno je u cilju omogućavanja intervencije prije sklapanja ugovora koji je izvan dosega postupaka revizije.<sup>81</sup> Značenje privremenih mjera u državama članicama ovisi o mogućnosti odgode za vrijeme trajanja pravnozaštitnog postupka, i poželjne su u onim državama gdje postoji mogućnost sklapanja ugovora za vrijeme trajanja pravnozaštitnog postupka, a nije predviđena mogućnost stavljanja izvan snage sklopljenog ugovora, pa oštećenoj strani preostaje samo mogućnost naknade štete kao jedina mjera.<sup>82</sup> Mogućnost izdavanja privremenih mjera u opreci je s odredbama čl. 2.3. pravnozaštitnih direktiva, prema kojima postupci revizije ne moraju imati suspenzivni učinak per se, a države članice su istovremeno slobodne i u izboru normiranja i privremenih mjera.<sup>83</sup> Prema tome, postoji mogućnost izbora: suspenzivni učinak žalbe ili privremene mjere. Zbog toga nije bilo potrebe za kumulacijom tih mjera.

<sup>78</sup> Pravnozaštitne direktive u čl. 2.4. propisuju obvezu države članice da osiguraju da prilikom razmatranja da li treba izdati privremene mjere uzme u obzir izgledne posljedice mjera za sve interese koji bi mogli biti povrijeđeni, kao i za javni interes, te mogu donijeti odluku o izdavanju takvih mjera kada bi negativne posljedice mogle premašiti prednosti.

<sup>79</sup> Kriterij zaštite interesa ima uporište u odredbi čl. 2.4. pravnozaštitnih direktiva, prema kojima bi se uzimale u obzir moguće posljedice odluke za sve interese koji bi mogli biti povrijeđeni, kao i za javni interes, te bi se odluka donosila nakon ocjene odnosa između negativnih posljedica i prednosti koje bi imala takva odluka.

<sup>80</sup> Sukladno navedenoj odredbi Državna komisija bi u postupku po prijedlogu za nastavak postupka vodila računa o tome da ostvarivanje prava strana u postupku *ne bude na štetu prava drugih osoba ni u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesima*.

<sup>81</sup> Public Procurement Review Procedures, str. 11.

<sup>82</sup> Arrowsmith, str. 1416.

<sup>83</sup> Tako Tyreell, A., Bedford, B.: Public procurement in Europe, Enforcement and Remedies, Butterworths, str. 4.

#### 5.2.2.3.5. Odluka o zahtjevu za nastavak postupka

Za slučaj podnošenja prijedloga za određivanje privremene mjere naručitelj može, istovremeno s odgovorom na žalbu i dokumentacijom postupka nabave, podnijeti zahtjev za odobrenje nastavka postupka javne nabave (čl. 148.1. ZOJN-a). Zahtjev za nastavak postupka podrazumijeva potpisivanje ugovora o javnoj nabavi koji je predmet spora (čl. 148.3. ZOJN-a). Razlog za podnošenje zahtjeva mogući je nastanak štete zbog neprovođenja nabave. ZOJN ne sadržava nikakve parametre o visini štete, već govori o šteti koja je neproporcionalna vrijednosti nabave (čl. 148.4. ZOJN-a). Zbog toga preostaje zaključak da će ocjena neproporcionalnosti štete biti prepuštena praksi Državne komisije, koja će granice štete cijeniti od slučaja do slučaja, vodeći računa o ravnoteži interesa, a s obzirom na supsidijarnu primjenu ZUP-a, odnosno primjenu odredbe čl. 5. ZUP-a, koja sadržava načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa. Teret dokazivanja opravdanosti zahtjeva za nastavak postupka javne nabave na strani je naručitelja, koji u svom zahtjevu (koji mora sadržavati podatke o žalitelju, naziv tvrtku i sjedište naručitelja i broj i datum odluke o odabiru i podatke o objavi o javnoj nabavi) mora navesti i zahtjev, obrazloženje, te podnijeti dokaz o činjenicama na koje se poziva (čl. 148.4. ZOJN-a).<sup>84</sup>

S obzirom na međusobnu uvjetovanost prijedloga za određivanje privremene mjere i prijedloga za nastavak postupka (zahtjev za nastavak postupka naručitelj može postaviti u slučaju ako žalitelj postavi prijedlog za određivanje privremene mjere), i međusobnu oprečnost prijedloga, za očekivati je da bi Državna komisija o zahtjevu i prijedlogu trebala donijeti jedinstvenu odluku. Činjenica koja ne ide u prilog takvom tumačenju, a koja postupak čini dodatno složenim, jest zakonsko određivanje roka za donošenje odluke o određivanju privremene mjere (tri dana od dana kad je privremena mjera osiguranja izjavljena).<sup>85</sup> Navedeno pokazuje da donošenje privremene mjere osiguranja nije vezano za odlučivanje o prijedlogu za nastavak postupka, koji se može podnijeti istodobno s odgovorom na žalbu, koji će naručitelj dostaviti Državnoj komisiji u roku od pet dana od dana zaprimanja žalbe (čl. 146.1.1. ZOJN-a).

<sup>84</sup> Sadržaj ove odredbe jasno pokazuje odstupanje u odnosu na određenje istovrsnog instituta ranije važećeg ZOJN-a (čl. 71.11.), prema kojem ovlaštenje naručitelja da zatraži nastavak postupka javne nabave nije vezano za podnošenje prijedloga za određivanje privremene mjere, što je i logično obzirom na suspenzivni učinak žalbe. Korištenje ovog ovlaštenja naručitelja je bilo vezano samo vremenskim rokom - od podnošenja žalbe do donošenja rješenja o žalbi.

<sup>85</sup> Ovdje nalazimo jednu nelogičnost. Naime, rok za donošenje odluke o prijedlogu za određivanje privremene mjere iznosi tri dana od dana kad je privremena mjera osiguranja podnesena. Kako se prijedlog za određivanje privremene mjere podnosi uz žalbu nije jasno kako će Državna komisija odlučiti u roku od tri dana od podnošenja privremene mjere kad se žalba (pa i privremena mjera?) podnosi naručitelju, a koji će žalbu s dokumentacijom spisa predmeta dostaviti Državnoj komisiji u roku od pet dana od zaprimanja žalbe. Ili će pak žalitelj prijedlog za određivanje privremene mjere dostaviti izravno Državnoj komisiji koja će o određivanju privremene mjere odlučiti bez podataka spisa predmeta, pa je upravo iz tog razloga predviđeno da se primjerak žalbe dostavlja Državnoj komisiji (čl. 145.2. ZOJN-a). Kako god tumačili očito je postojanje podnorniranosti ovog instituta.

Postavlja se pitanje kakvu odluku Državna komisija može donijeti po prijedlogu za nastavak postupka javne nabave, rješenje ili zaključak. U odnosu na prijedlog za određivanje privremene mjere Državna komisija donosi rješenje (čl. 150.3. ZOJN-a). Međutim, mišljenja smo da bi Državna komisija u odnosu na zahtjev trebala donijeti zaključak. Naime, ZOJN govori o odluci o nastavku postupka, pa kako se radi o pitanjima u vezi s provođenjem postupka, ima mjesta donošenju zaključka o nastavku postupka ili odbacivanju zahtjeva u skladu s čl. 148.2. ZOJN-a.<sup>86</sup> Državna komisija može i odgoditi donošenje odluke o privremenoj mjeri do donošenja odluke (rješenja) o glavnoj stvari.

#### 5.2.2.3.6. Mirenje

Mirenje nije novi institut, budući da je i ranije važeći ZOJN predviđao mogućnost mirenja u postupku povodom prigovora.<sup>87</sup> Ovaj institut posljedica je prihvaćanja standarda europskog prava.<sup>88</sup> Intencija uvođenja postupka mirenja je u omogućavanju mirnog rješavanja sporova,<sup>89</sup> s ciljem izbjegavanja troškova, vremena trajanja i drugih poteškoća koje se javljaju vođenjem postupka.<sup>90</sup> Međutim, već na prvi pogled da se zaključiti normativna zapostavljenost ovog instituta, budući da ovaj institut ZOJN samo spominje u jednoj svojoj, dosta šturoj odredbi.<sup>91</sup> Ovaj institut, koji bi trebao poslužiti povjerenju kako potencijalnih ponuditelja tako i javnosti u korektnost postupka javne nabave, potpuno je neuređen.<sup>92</sup> Izvan normi ZUP-a ostaje i institut procjene pouzdanosti (engl. attestation), koji ima istu svrhu kao i institut mirenja, ali se za razliku od instituta mirenja ovisi isključivo o inicijativi naručitelja.<sup>93</sup>

Problem koji se pojavljuje pri analizi i stavljanju u kontekst javne nabave instituta mirenja u prvom je redu terminologija. Sam postupak nazvan je mirenjem (engl. conciliation), ali ga nije moguće shvaćati u duhu građanskog prava. Smatramo da je taj postupak trebalo detaljnije urediti, slijedeći poglavlje

<sup>86</sup> Prema čl. 148.2. ZOJN-a zahtjev će Državna komisija odbaciti ako je postavljen prijedlog za određivanje privremene mjere osiguranja, te ako zahtjev nije podnesen istovremeno s odgovorom na žalbu.

<sup>87</sup> U čl. 70.5. ranije važeći ZOJN propisivao je da *Sudionici nabave u postupku rješavanja prigovora mogu pokušati mirno riješiti spor.*

<sup>88</sup> Europski sud je zauzeo stav da pravila o mirenju moraju biti prenijeta u nacionalno pravo tako da oštećena strana zna za tu proceduru, te da može istu koristiti: Slučaj C-225/97, *Commission v. France* (1999), preuzeto od Arrowsmith, S., str. 1441.

<sup>89</sup> Alinea 31. direktive 92/13/EEC glasi: ... *treba osigurati mogućnost mirenja na razini Zajednice kako bi se sporovi rješavali mirnim putem.*

<sup>90</sup> Arrowsmith, S., str. 1441.

<sup>91</sup> V. čl. 142. ZOJN-a koji glasi: *Stranke postupka i Državna komisija u tijeku cijelog postupka nastojati će spor riješiti mirnim putem.*

<sup>92</sup> S obzirom na to da je i ranije važeći ZOJN sadržavao sličnu odredbu u dijelu postupka po prigovoru, u čl. 70.5., vrijedi kritički osvrt u pogledu normiranosti ovog instituta kao i Medvedović, D., Šprajc, I., str. 193.

<sup>93</sup> Cilj ovog postupka je, u smislu čl. 4. Direktive 92/13/EZ, dobivanje potvrde da su postupci dodjele ugovora i postupanja naručitelja u danom trenutku u skladu s pravom EZ i nacionalnim pravom koji to pravo primjenjuju.

IV. Direktive 92/13/EEC (čl. 9. – 11.),<sup>94</sup> a vodeći računa o tome da ZUP ne sadržava sličan institut na koji bi se mogli osloniti supsidijarnom primjenom odgovarajućih odredbi općeg upravnog postupka. Formulacija ovog instituta prema odredbi čl. 142. ZOJN-a posredno, ali nedovoljno jasno upućuje na to tko u postupku mirenja sudjeluje.

Stranke postupka mirenja su, u smislu čl. 142. vezano za čl. 155.1. ZOJN-a, žalitelj, naručitelj i odabrani ponuditelj, ali i druge zainteresirane stranke, te Državna komisija.<sup>95</sup> To je istovremeno cjelokupni ZOJN-om normirani sadržaj ovog instituta. Ako navedenu odredbu usporedimo s odgovarajućom odredbom Direktive 93/13/EZ, s obzirom na sličnost, može se zaključiti da je namjera zakonodavca, iako nije jasno zbog čega to još nije učinjeno, ovaj institut uskladiti s navedenom Direktivom. Naime, prema čl. 9.1. Direktive 92/13/EZ primjenu postupka mirenja može zahtijevati svaka osoba koja ima ili je imala interes dobiti ugovor, a koja smatra da je izložena ili je bila izložena riziku gubitka ili štete nastale povredom prava EZ na području javne nabave ili nacionalnih propisa koji primjenjuju to pravo. Zahtjev za postupkom mirenja podnosi se u pisanom obliku Komisiji ili nacionalnom tijelu čiji je popis u Dodatku Direktive (to bi kod nas bila Državna komisija). Postupak povodom zahtjeva nadalje se provodi sukladno odredbama čl. 10. i 11. Direktive 92/13/EZ.

### *5.2.3. Rok za donošenje odluke Državne komisije*

Rokovima je potrebno posvetiti posebnu pozornost budući da je to jedan od zahtjeva europskog prava koji služe realizaciji zahtjeva ekspeditivnosti u pružanju pravne zaštite, a što je potrebno respektirati i pri odlučivanju Državne komisije.<sup>96</sup> Na prvi pogled se čini da rok u kojem će Državna komisija donijeti odluku udovoljava tom zahtjevu. Naime, Državna komisija će donijeti odluku o žalbi u roku 15 dana od dana kompletiranja dokumentacije spisa (čl. 156.7. ZOJN-a).

Prije nego što prijedemo na pitanje adekvatnosti roka za rješavanje Državne komisije, potrebno je razjasniti pitanje što to točno znači kompletiranje doku-

<sup>94</sup> Primjena postupka mirenja ograničena je samo na utility sektor (javna nabava na području vodoopskrbe, energetike, prijevoza i telekomunikacija), dakle na Direktivu 92/13/EZ.

<sup>95</sup> Pri čemu bi uloga Državne komisije trebala biti aktivna, i to tako da se prijedlog za mirenje podnosi Državnoj komisiji Aktivnu ulogu miritelja prema predmetnoj Direktivi ima Europska komisija, o čemu treba voditi računa pri normiranju ovog instituta kod nas. Ili pak odredbe predmetne Direktive, i to odredbe čl. 9.-11. Direktive 92/13/EZ, prepustiti neposrednoj primijeni (direct effect doktrina). O načelu izravnih učinaka v. Josipović, T.: Načela europskog prava u presudama suda Europske zajednice, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 67-74.

<sup>96</sup> Ekspeditivnost u pružanju pravne zaštite je jedan od temeljnih zahtjeva europskog prava kojemu države članice moraju udovoljiti. Načelo ekspeditivnosti je temeljno načelo pravne zaštite i kao takvo je nadređeno drugim načelima za slučaj njihove kolizije. U protivnom bi mogli lako doći u situaciju da prije odluke o pravnoj zaštiti ugovor bude u postupku provođenja, a često i izvršen u cijelosti. Drugi razlog za ekspeditivnost postupka pravne zaštite je povećanje troškova, cijena, inflacija, kašnjenje u izvršenju radova ...

mentacije.<sup>97</sup> Smatramo da kompletiranje dokumentacije podrazumijeva dostavljanje žalbe i cjelokupne dokumentacije Državnoj komisiji od strane naručitelja. Naručitelj je naime, prema čl. 146.1., u roku od pet dana od zaprimanja žalbe, dužan dostaviti Državnoj komisiji žalbu sa cjelokupnom dokumentacijom.<sup>98</sup> Međutim, kompletiranje dokumentacije može uključivati i urednost žalbe, tj. potrebu da žalba ima propisani sadržaj.<sup>99</sup> Ne može se, naime, smatrati da je dokumentacija kompletirana ako je žalba neuredna. Tako bi započinjanje roka za donošenje odluke Državne komisije bio učinjen ovisnim o trenutku primitka dopunjene žalbe.

Uzimajući u obzir navedeno nužno dolazimo do zaključka da je upitno koliko ovakvo definiranje roka za donošenje rješenja Državne komisije udovoljava zahtjevu ekspeditivnosti u rješavanju.<sup>100</sup> Čini se pak uobičajenijim i logičnijim, a zahtjev ekspeditivnosti ostvario bi svoju svrhu u rješavanju Državne komisije, kada bi se početak roka za donošenje odluke Državne komisije vezivao za moment ulaganja žalbe, a što je u skladu s odgovarajućom odredbom supsidijarno primjenjivog ZUP-a.<sup>101</sup>

U vezi s rokom za donošenje odluke postavlja se i pitanje kakve su posljedice ukoliko Državna komisija ne donese odluku u roku, budući da naručitelj u tom slučaju može sklopiti ugovor s odabranim ponuditeljem. U praksi se može pojaviti tumačenje da u slučaju protoka roka za donošenje odluke naručitelj može sklopiti ugovor s odabranim ponuditeljem. Navedeno tim prije što ZOJN ne propisuje nikakve sankcije za slučaj sklapanja ugovora prije donošenja odluke Državne komisije a nakon isteka roka za donošenje te odluke.<sup>102</sup> Smatramo da takvo postupanje ne bi bilo pravilno. Argumenti za to su da je rok za donošenje odluke instrukcijski, pa njegov protek nema za posljedicu prekluziju, te da nije svrha suspenzivnosti da se aktivnosti naručitelja produže do određenog roka, već u tome da se aktivnosti zadrže do odluke Državne komisije.

<sup>97</sup> Slično rješenje sadržava i slovenski Zakon o reviziji postupaka javne nabave, koji u čl. 20.2. određuje da Državna komisija o zahtjevu za reviziju mora odlučiti u roku od 15 dana od dana primitka zahtjeva za reviziju i kompletne dokumentacije.

<sup>98</sup> Obzirom je obveza i rok za dostavu žalbe i dokumentacije Zakonom određen, ostaje otvorenim pitanje koju to dokumentaciju po pozivu Državne komisije treba dostaviti naručitelju smislu čl. 155.7. ZOJN-a (napominjemo da je čl. 146. ZOJN-a predviđena obveza naručitelja za dostavljanje cjelovite dokumentacije u roku od 5 dana od zaprimanja žalbe). Tekst ove odredbe glasi: *Naručitelj je u žalbenom postupku, na poziv Državne komisije, dužan dostaviti dokumentaciju u roku koji odredi Državna komisija.*

<sup>99</sup> O sadržaju žalbe bilo je riječi u poglavlju 4.5. ovog rada.

<sup>100</sup> I ranije važeći ZOJN je početak roka za donošenje rješenja vezivao za dan primitka žalbe i dostave dokumentacije. O nedostacima takve normiranosti v. Šprajc, I.: *Kritička analiza važnijih novina u Zakonu o javnoj nabavi, Hrvatska javna uprava 1/06*, str. 115.

<sup>101</sup> Prema čl. 247.1. ZUP-a *Rješenje o žalbi se mora donijeti i dostaviti stranci čim je to moguće, a najkasnije u roku od dva mjeseca računajući od dana predaje žalbe, ako posebnim zakonom nije određen kraći rok.*

<sup>102</sup> Ako je međutim ugovor sklopljen prije isteka roka mirovanja zakonom je zapriječena građansko-pravna sankcija - ništetnost ugovora (čl. 164.4. ZOJN-a).



## 6. Zaključak

U radu su sagledani važniji momenti sustava pravne zaštite u postupcima javne nabave, te su komentirane prednosti i nedostaci koje donosi novi ZOJN. Nema sumnje da novi ZOJN predstavlja značajan doprinos procesu prilagodbe europskom zakonodavstvu u području javne nabave. Odredbe ZOJN-a u velikoj mjeri pridonose usavršavanju sustava pravne zaštite u odnosu na njegovu prethodnu verziju. Pravnoj zaštiti je posvećen poseban dio (peti od ukupno osam), a broj tih odredbi (čl. 134.-167.) i njihova opsežnost sama za sebe govori o namjeri zakonodavca da postupak javne nabave učini što transparentnijim.

Unatoč tome, brojna pitanja i dalje ostaju otvorena, a njih ne može riješiti smislena primjena odredaba ZUP-a. Pitanje analogne primjene ZUP-a u postupku javne nabave, a osobito u instancijskom dijelu predmetnog postupka, može stvarati određene poteškoće i probleme u primjeni, što i te kako utječe na kvalitetu zaštite potencijalno ugroženih prava i pravnih interesa. Zakonodavno proširenje žalbenog stadija javnonabavnog postupka ne postavlja posve jasne granice prema odredbama XVI. Glave ZUP-a, a koje mogu naći svoju primjenu u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. ZOJN spominje nove institute, ali ih nedovoljno normira, pa analogna primjena odredaba ZUP-a nije moguća jer isti institut ZUP ne poznaje. Nadalje, ZOJN i ne spominje institute čija je implementacija obvezna, dok uvodi institute za kojima, zbog suspenzivnog učinka žalbe, nije bilo potrebe. Osim toga, ZOJN u ovom djelu postupka po žalbi karakterizira nedovoljna sistematičnost, a dijelom sadržava i nepotrebna ponavljanja.

Zbog toga nam se činilo potrebnim da se pravna zaštita u postupcima javne nabave razradi na način da čini konzistentnu cjelinu, prilagođenu praktičnoj primjeni, ukazujući istovremeno na eventualne prednosti i nedostatke normiranosti u pripadajućem dijelu. Da bismo što zornije prikazali postupak po žalbi, koristili smo se logičnim slijedom normi ZUP-a, i to zbog nedovoljne sistematičnosti odredba ZOJN-a i zbog lakšeg prikaza postupka od općeg ka posebnom. Nepostojanje prakse primjene ZOJN-a okolnost je koja ne ide na ruku potencijalnim tumačenjima ZOJN-a, što krije u sebi opasnost pogrešne interpretacije, pa se pravnoj normi može dati smisao ili sadržaj koji iz pravne norme ne proizlazi, i tako izražava subjektivni stav o pretpostavljenoj volji zakonodavca. S obzirom na uočene nedostatke ipak smatramo da će o pojedinim rješenjima ZOJN-a biti još dosta govora, a konačnu ocjenu kvalitete njegove izrade dati će način primjene njegovih prilično brojnih i složenih odredbi u praksi.

## Summary

**LEGAL PROTECTION IN THE PUBLIC PROCUREMENT PROCESSES IN CROATIA**

The author in this article analyses issues related to the legal protection in public procurement processes under the conditions created by applying the new Law on Public Procurement. Due to the fact the Law has been enacted only recently, there is no legal practice on how to apply numerous and rather complicated provisions, which are the outcome of European legal standards reception. A special consideration has been given to one part of the Law, the Fifth Part on Legal Protection. The author particularly analyses and interprets Chapter 1 of that Part of the Law - the Legal Protection Procedure. Legal protection in the public procurement processes has been secured by an appeal. Having in mind this is the only regular legal remedy, the author in this article analyzes characteristics of the appeal and procedure of presenting it in front of a court. The analysis inevitably includes observations regarding positive and negative aspects of legal provisions governing this particular segment of the public procurement.

*Key words:* public procurement, legal protection, administrative procedure.

## Zusammenfassung

**RECHTSSCHUTZ IN DEN VERFAHREN ÖFFENTLICHER BESCHAFFUNG IN KROATIEN**

In der Arbeit werden Fragen, die mit dem Rechtsschutz bei Verfahren öffentlicher Beschaffung verbunden sind unter den Bedingungen anfänglicher Anwendung des neuen Gesetzes zu öffentlicher Beschaffung analysiert und damit auch der Bedingungen einer nicht bestehenden Praxis der Anwendung seiner ziemlich zahlreichen und komplizierten Vorschriften, die Folge der Rezeption des europäischen Rechtssystems sind. In der Arbeit wird der Inhalt einer Vorschrift eines Teiles (V Teil) dieses Gesetzes mit dem gemeinsamen Titel Rechtsschutz analysiert und bewertet, und besonders das Hauptstück dieses Teils - Verfahren des Rechtsschutzes (Hauptstück I). Der Rechtsschutz bei den Verfahren der öffentlichen Beschaffung wird durch Klage gesichert, die das einzige ordentliche Rechtsmittel ist und deren Charakteristiken und Verfahren Gegenstand dieser Arbeit sind. Die Analyse schließt auch notwendigerweise Bemerkungen zu Vorteilen und auch einigen Mängeln bei der Normierung des genannten Segments öffentlicher Beschaffung ein.

*Schlüsselwörter:* öffentliche Beschaffung, Rechtsschutz, Verwaltungsverfahren.

Sommario

**TUTELA GIURIDICA NEI PROCEDIMENTI  
DI ACQUISTO PUBBLICO IN CROAZIA**

Nel lavoro si analizzano le questioni relative alla tutela giuridica nei procedimenti di acquisto pubblico secondo le condizioni stabilite dall'applicazione della nuova Legge sull'acquisto pubblico, e con tali condizioni l'inesistenza di una prassi di applicazione di numerose e complesse norme, che sono il risultato del recepimento degli standard del diritto europeo. Nel lavoro si considera e si commenta il contenuto delle norme di una parte (V) di questa Legge sotto il titolo comune di Tutela giuridica, e in particolare di un capo di questa parte, Procedimento di tutela giuridica (capo I). La tutela giuridica nei procedimenti di acquisto pubblico è garantita da un ricorso, che è l'unico rimedio legale ordinario, le cui caratteristiche e la cui procedura di presentazione sono oggetto di questo lavoro. L'analisi include inevitabilmente anche le osservazioni sui pregi ma altresì sui difetti della regolamentazione del profilo concreto dell'acquisto pubblico.

***Parole chiave:*** *acquisto pubblico, tutela giuridica, procedimento amministrativo.*



## PITANJA UREĐENJA I PRIMJENE PRAVNE ZAŠTITE OD ŠUTNJE UPRAVE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Mr. sc. Marko Šikić, asistent  
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 342.924:35.07(497.5)  
Ur.: 19. studenog 2007.  
Pr.: 28. siječnja 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se obrađuju osnovna pitanja koje nameće pravna zaštita od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj. U prvom se redu analiziraju odredbe Zakona o općem upravnom postupku i Zakona o upravnim sporovima kojima se pruža pravna zaštita od šutnje uprave. U navedenoj se analizi ukazuje na propuste i nelogičnosti, kao i na dobre strane navedenim zakonima uspostavljenog sustava zaštite. U zaključku rada naglašavaju se mogući osnovni smjerovi razvoja instituta, te ističe potreba za dosljednim razvijanjem postojećeg sistema negativne fikcije. Navedenim bi se sistemom morali zaštititi i osobni i javni interesi te osigurati ekonomični i efikasni postupci.*

**Ključne riječi:** *šutnja uprave, negativna fikcija, upravni postupak, upravni spor.*

### I. Uvod

Pretjerano duga trajanja sudskih i upravnih postupaka jedan su od najvećih problema hrvatskog pravnog sustava. Kašnjenje u provedbi zakonskih i podzakonskih propisa može dovesti do osjećaja nemoći građana pred pravnim sustavom i gubitka vjere u samu pravnu državu. Nije, stoga, pretjerano, ustvrditi kako sporost u postupcima i odgađanje u primjeni materijalne norme predstavlja negaciju pravednosti i, u stvari, posebnu vrstu nezakonitosti.<sup>1</sup>

Neosporna je činjenica da su navedena kašnjenja uzrokovana mnogobrojnim čimbenicima: nedovoljnom informatiziranošću sustava, slabom kadrovskom popunjenošću, naslijeđenim (nagomilanim) spisima ili, nažalost, u nekim slučajevima jednostavnom nesposobnošću, lijenosti pa i korumpiranošću primjenjivača norme, te da do uspješnih ubrzanja postupaka može doći samo

<sup>1</sup> Ovakvo se shvaćanje iskazuje i u poznatoj sentenci iz engleskog prava – justice delayed is justice denied, kao i u francuskoj inačici – justice rétive, justice fautive.

ukoliko se svi navedeni problemi uklone. Jasno je i da takvo što pretpostavlja složen i dugotrajan proces u kojem moraju sudjelovati brojni društveni subjekti – od stručnjaka raznih struka pa do državnih institucija, no, zadaća je pravne znanosti i prakse, nesporno, stvoriti jasan i precizan normativni mehanizam kojim bi se postupci što više ubrzali, a građanima omogućila pravna zaštita u slučajevima da postupci ipak traju i suviše dugo.

Neaktivnost organa javne uprave, dakako, predstavlja poseban problem u širem okviru neefikasnosti javne vlasti u Republici Hrvatskoj. S obzirom na vidljivo, svakodnevno, značenje koje uprava ima za hrvatske građane neefikasnost u njenom radu može imati vrlo teške i vrlo vidljive posljedice. Zadaća je, stoga, ovoga rada ukazati na normativna rješenja kojima se građanima omogućava reagiranje i zaštita u situacijama odugovlačenja u vođenju upravnih postupaka. Iako, ponovimo, ovakav način ubrzavanja postupaka predstavlja samo kap u moru borbe protiv sporosti hrvatskog pravnog sustava, njegovo je značenje veliko jer pruža mogućnosti građanima koji neposredno trpe zbog propuštanja djelovanja potražiti pravnu zaštitu te na taj način neposredno pridonijeti ubrzavanju postupaka.

## **II. Pravna zaštita od šutnje uprave<sup>2</sup> u upravnom postupku**

Već se u načelnim odredbama Zakona o općem upravnom postupku<sup>3</sup> mogu jasno razaznati dva načela koje šutnja uprave izravno povređuje<sup>4</sup> – načelo ekonomičnosti i načelo efikasnosti.<sup>5</sup> Također, od izuzetne je važnosti što ZUP,

<sup>2</sup> Navedenu se pojavu često naziva i šutnjom administracije. Također, pojedini autori zalažu se za upotrebu nekih drugih izraza kojima bi se trebalo služiti za imenovanje navedene pojave. Tako se npr. Želimir Dupelj služi pojmom šutnja organa – v. Dupelj, Želimir, *Šutnja uprave*, Pravo i porezi, Zagreb, 6(2002.), str. 28. U inozemnim pravnim sustavima koriste se izrazi: le silence de l'administration, Säumnis der Behörde, Schweigen, il silenzio della pubblica amministrazione, el silecio administrativo, administrative silence, molk uprave. U ovom će se radu upotrebljavati izraz šutnja uprave, uzimajući naročito u obzir okolnost da se izraz administracija u novije vrijeme u hrvatskom pravnom sustavu gotovo uvijek zamjenjuje pojmom uprava. O pojmovima administracija i uprava v. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 4.

<sup>3</sup> Zakon o općem upravnom postupku (NN br. 53/91. i 103/96., u nastavku rada: ZUP)

<sup>4</sup> Šutnja uprave protivna je osnovnim načelima postupovnoga prava – jednakopravnosti, pravnoj sigurnosti i pravednosti. S obzirom na činjenicu da se i sva osnovna načela samoga ZUP-a zasnivaju na spomenutim osnovnim načelima moguće je zaključiti kako je šutnja uprave protivna upravo i svim načelima ZUP-a. Također, u osnovi je šutnja uprave protivna načelima ZUP-a i zbog činjenice da ona predstavlja negaciju bilo kakve aktivnosti organa javne uprave, dok sva načela ZUP-a takvu aktivnost pretpostavljaju i potiču. V. više o odnosu šutnje uprave i temeljnih vrijednosti i svrha postupovnog prava u: Šikić, Marko, *Temelji zaštite građana od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska javna uprava, 2(2006.), str. 126-129.

<sup>5</sup> "Postupak se ima voditi brzo i sa što manje troškova i gubitka vremena za stranke i druge osobe koje sudjeluju u postupku, ali tako da se pribavi sve što je potrebno za pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja i za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja." (Čl. 13. ZUP-a)

"Kad organi, ustanove i druge pravne osobe rješavaju u upravnim stvarima, dužni su osigurati efikasno ostvarivanje prava i interesa građana, poduzeća, ustanova i drugih pravnih osoba." (Čl. 6. ZUP-a)



utvrđujući i načelo prava na žalbu protiv prvostupanjskih rješenja, navedeno pravo jamči i u slučajevima kada prvostupanjski organ nije u određenom roku donio rješenje. Na taj je način zaštita od šutnje organa prvog stupnja postavljena kao jedno od osnovnih načela upravnog postupka.<sup>6</sup>

#### **A) Utvrđivanje dužnosti rješavanja i rokovi u kojima je prvostupanjski organ dužan rješavati**

Organi javne uprave obvezni su donijeti rješenje te ga dostaviti stranci što prije, a najkasnije u roku od mjesec dana (ukoliko se provodi skraćeni postupak) odnosno u roku od dva mjeseca (ukoliko je potrebno provesti poseban ispitni postupak ili je potrebno raspraviti prethodno pitanje). Dužnost donošenja i dostavljanja rješenja u određenim rokovima postoji i u postupcima koji se pokreću u povodu zahtjeva stranke i u postupcima koji se pokreću po službenoj dužnosti ako je to u interesu stranke.<sup>7</sup> Rokovi za rješavanje počinju se računati od dana predaje urednog zahtjeva stranke ili od dana pokretanja postupka po službenoj dužnosti. ZUP je također predvidio i mogućnost da se posebnim propisom odrede rokovi kraći od jednomjesečnoga, odnosno dvomjesečnoga roka.<sup>8</sup>

Pravnu zaštitu stranke kad nije doneseno i dostavljeno rješenje prvostupanjskog organa protiv kojega postoji pravo žalbe,<sup>9</sup> ZUP osigurava na podlozi negativne fikcije.

Naime, ukoliko prvostupanjski organ protiv kojega je moguće izjaviti žalbu ne donese i ne dostavi rješenje u propisanim rokovima, stranka može izjaviti žalbu drugostupanjskom organu kao da je njezin zahtjev odbijen.<sup>10</sup> Stranka može izjaviti žalbu čim proteknu zakonom predviđeni rokovi, što znači da ne mora čekati protek roka za žalbu nakon isteka rokova. Zakon nije postavio maksimalni rok za izjavljivanje žalbe (*dies ad quem*), tako da stranka nije vremenski ograničena u izjavljivanju žalbe nakon proteka rokova utvrđenih za donošenje prvostupanjskog rješenja.<sup>11</sup>

O navedenim načelima v. Borković, op. cit. (bilj. 2), str. 233. i 234. te 404. i 407. kao i Popović, Slavoljub, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1978., str. 98.

<sup>6</sup> "Uz uvjete iz ovog zakona stranka ima pravo žalbe i kad prvostepeni organ nije u određenom roku donio rješenje o njezinu zahtjevu." (Čl. 11. st. 3. ZUP-a)

<sup>7</sup> Postupci pokrenuti po službenoj dužnosti u javnom interesu ovakvim su uređenjem, nažalost, ostali izvan zakonom utvrđenih vremenskih okvira za rješavanje.

<sup>8</sup> Opisano dužnost rješavanja i rokove u kojima se rješenje mora donijeti i dostaviti ZUP uređuje čl. 218. st. 1. Istaknimo na ovom mjestu i činjenicu da pojedini posebni zakoni propisuju rokove za rješavanje duže od onih utvrđenih ZUP-om (v. primjerice Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja – NN 122/03.). Smatramo kako je ovakva praksa suprotna načelima ZUP-a i duhu instituta zaštite građana od šutnje uprave. Navedeno stanovište v. i u Dupelj, op. cit. (bilj 2), str. 28-29.

<sup>9</sup> Načini zaštite stranke od šutnje prvostupanjskih organa protiv čijih rješenja žalba nije dopuštena regulirani su odredbama ZUS-a te će biti opisani u nastavku rada.

<sup>10</sup> Opisana je zaštita uređena čl. 218. st. 2. ZUP-a.

<sup>11</sup> V. Popović, Slavoljub, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987., str. 500. i Androjna, Vilko, *Upravni postopek in upravni spor*,

## B) Postupanje drugostupanjskog organa po žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa

ZUP uređuje i postupanje drugostupanjskog organa po žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa.<sup>12</sup> Postupajući po takvoj žalbi<sup>13</sup> drugostupanjski će organ najprije tražiti da mu prvostupanjski organ priopći razloge zbog kojih rješenje nije donio u roku. Ako drugostupanjski organ ustvrdi da rješenje u roku nije doneseno zbog opravdanih razloga<sup>14</sup> ili zbog krivnje stranke, odredit će prvostupanjskom organu novi rok za donošenje rješenja koji ne može biti dulji od mjesec dana. Ukoliko, pak, razloge za nedonošenje rješenja ocijeni neopravdanima ili ih ne pripíše krivnji stranke, drugostupanjski će organ od prvostupanjskog tražiti spise predmeta.<sup>15</sup> Drugostupanjski će organ, ako je to moguće, prema spisima predmeta svojim rješenjem riješiti stvar. Ukoliko se na osnovi spisa ne može donijeti rješenje, drugostupanjski će organ sam provesti postupak i riješiti stvar. ZUP predviđa i iznimnu mogućnost da drugostupanjski organ provođenje postupka naloži samom prvostupanjskom organu – to će se učiniti samo ako će se na taj način postupak provesti brže i ekonomičnije. I u toj situaciji će drugostupanjski organ na temelju podataka koje je prikupio prvostupanjski organ sam riješiti stvar. Rješenje koje drugostupanjski organ donese jest konačno.<sup>16</sup>

Postupanje drugostupanjskog organa po žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa opterećeno je brojnim procesno-tehničkim prazninama i nedorečenostima. Ističemo tako, najprije, kako je iz teksta čl. 246. ZUP-a nejasno da li stranka predaje žalbu prvostupanjskom ili neposredno drugostupanjskom organu (*judex a quo*).<sup>17</sup> Nadalje, navedeni članak ne određuje rok u kojem je drugostupanjski organ dužan tražiti od prvostupanjskog priopćavanje razloga za nerješavanje, a

---

Časopisni zavod za uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1992., 208-209. Potrebno je istaknuti kako iz teksta čl. 218. st. 2. proizlazi da su za izjavljivanje žalbe legitimirane aktivne stranke u postupku, dok su od takve mogućnosti, nažalost, isključene sve pasivne stranke te intervenijenti.

<sup>12</sup> V. čl. 246. ZUP-a.

<sup>13</sup> Dakako, i u odlučivanju o žalbi zbog šutnje uprave drugostupanjski organ ima mogućnost žalbu odbaciti zbog nedopuštenosti, nedostatka žalbene legitimacije ili nepravovremenosti (tj. preuranjenosti).

<sup>14</sup> Opravdanim će se razlozima smatrati oni koji su u vezi sa samim predmetom, npr. poteškoće vezane za pribavljanje dokaza, obveza saslušavanja svjedoka koji su odsutni, čekanje na iskaze vještaka, neodgovaranje na zahtjev za pružanje pravne pomoći, obavljanje očevida, velik broj radnji koje se moraju obaviti i sl. V. Dupelj, op.cit. (bilj. 2), str. 30.; Jurić Knežević, Dunja, *Nedonošenje upravnog akta (šutnja uprave) i put pravne zaštite*, Pravo i porezi, 9(2003.), str. 52.; Majstorović, Bogdan, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni list, Beograd, 1965., str. 323.; Arapović, Muzafer, *Upravni spor protiv "čutanja uprave"*, Pravna misao, 7-8(1980.), str. 99.

<sup>15</sup> Priopćavanje razloga za nerješavanje kao i ocjena istih od strane drugostupanjskog organa uređeni su čl. 246. st. 1. ZUP-a.

<sup>16</sup> Mogućnost provođenja postupka i donošenja rješenja drugostupanjskog organa uređeni su čl. 246. st. 2. ZUP-a.

<sup>17</sup> Smatramo kako je, s obzirom na smisao samog instituta zaštite stranaka od šutnje uprave, primjerenije zauzeti stav o potrebi predaje žalbe neposredno drugostupanjskom organu.

ne sadrži niti rok u kojem je prvostupanjski organ dužan takve razloge priopćiti.<sup>18</sup> Čl. 246. ne odgovara ni na pitanje vrste akta kojim će drugostupanjski organ odrediti prvostupanjskom novi rok za donošenje rješenja ukoliko ocijeni da su za šutnju postojali opravdani razlozi ili krivnja same stranke.<sup>19</sup> Također, neuređeno je ostalo i pitanje ponašanja drugostupanjskog organa ukoliko prvostupanjski organ u dodatno ostavljenom roku donese rješenje,<sup>20</sup> kao i u situacijama kada prvostupanjski organ rješenje ne donese.<sup>21</sup>

No, iako su svi navedeni problemi značajni, najveću “opasnost” za institut zaštite građana od šutnje uprave predstavlja činjenica da čl. 246. st. 2. nije uredio postupanje drugostupanjskog po žalbi kada treba donijeti vlastito rješenje. On, naime, može smatrati da je zahtjev stranke osnovan i da je potrebno donijeti po stranku pozitivno rješenje, ali i da je zahtjev stranke neosnovan te da je potrebno donijeti negativno rješenje. Pitanje koje se u takvim oprečnim situacijama nameće jest – kako će drugostupanjski organ postupati sa žalbom?

<sup>18</sup> Korisno je ovom prigodom upozoriti na čl. 243. st. 1. Zakona o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 2/98.) koji je ove rokove uredio.

<sup>19</sup> U svezi ovoga problema pravna je teorija u Republici Hrvatskoj, kao i u bivšoj SFRJ, zauzela različite stavove. Tako pojedini autori smatraju da će se novi rok za donošenje rješenja odrediti običnim dopisom – v. tako Rađenović, Mirjana, “*Čutanje uprave*” u *jugoslovenskom pravu*, magistarski rad, Banja Luka, 1988., str. 60-61.; Androjna, op. cit. (bilj. 11), str. 234. Drugi, pak, autori, smatraju da će drugostupanjski organ trebati donijeti zaključak – v. npr. Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2005., str. 362-363.; Tomić, Zoran, Bačić, Vera, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Službeni list, Beograd, 1986., str. 315. Konačno, određeni autori zastupaju stanovište o potrebi donošenja rješenja – v., tako, Dupelj, op.cit. (bilj. 2), str. 30. Smatramo kako je, ipak, u ovoj situaciji najprimjerenije zauzeti stav o potrebi donošenja zaključka.

<sup>20</sup> Pojedini autori smatraju da će drugostupanjski organ u takvom slučaju obustaviti postupak po žalbi – v. Tomić, Bačić, op. cit. (bilj. 19), str. 315.; Kozarčanin, Hakija, Kosovac, Mladen, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Pravno ekonomski centar, Beograd, 1989., str. 271. Ovakvo shvaćanje polazi od logike da će stranka u takvoj situaciji eventualnu pravnu zaštitu tražiti temeljem postojećeg upravnog akta, a ne više temeljem fiktivnog negativnog akta. Međutim, drugi autori ističu kako drugostupanjski organ u čl. 246. ZUP-a nema uporište za obustavu žalbenog postupka u situacijama kada je prvostupanjski organ zahtjev odbio te ističu kako bi obustavi postupka povodom žalbi tužitelja zbog šutnje uprave bilo mjesta samo u situacijama kada bi prvostupanjski organ udovoljio zahtjevu tužitelja. V. Jurić Knežević, op.cit. (bilj. 14), str. 53. – autorica u navedenom radu na str. 57. navodi i zbnjujuću presudu Upravnog suda RH Us-3857/1990 od 22. listopada 1990. Ističemo kako stavove koji se zalaže za obustavu postupka povodom žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa u slučajevima naknadno donesenih rješenja, a bez obzira na njihov sadržaj, smatramo primjerenijima institutu zaštite građana od šutnje uprave.

<sup>21</sup> I o ovome su problemu pravna teorija i praksa zauzele različita gledišta. Prema jednome stranka će u ovoj situaciji ponovno izjaviti žalbu zbog šutnje uprave, no sada drugostupanjski organ neće ocjenjivati razloge zbog kojih prvostupanjski organ nije donio rješenje, već će odmah preuzeti predmet i meritorno riješiti stvar – v. Arapović, op.cit. (bilj. 14), str. 100-101. Drugo gledište, pak, smatra kako će drugostupanjski organ biti dužan donijeti svoje rješenje po isteku naknadno ostavljenog roka za rješavanje prvostupanjskom organu, a bez potrebe da takvo rješavanje bude potaknuto žalbom stranke – v. Dupelj, op.cit. (bilj. 2), str. 30. Smatramo kako drugo opisano gledište više uzima u obzir efikasnost i jednostavnost u postupanju te kako bi se upravo njemu trebalo i prikloniti.

Postupanje u situacijama uvažavanja strankinog zahtjeva, prema našem mišljenju, ne bi trebalo biti sporno – drugostupanjski bi organ najprije trebao žalbu uvažiti te zatim donijeti po stranku pozitivan akt.<sup>22</sup>

Izuzetno je, međutim, upitno ponašanje drugostupanjskog organa ukoliko ocijeni, na temelju rezultata postupka, da je potrebno donijeti po stranku negativno rješenje. Naime, postoji mišljenje da u takvim situacijama drugostupanjski organ treba žalbu stranke odbiti.<sup>23</sup> Ovakvo mišljenje polazi od fikcije negativnog akta – ukoliko drugostupanjski organ smatra da je potrebno donijeti po stranku negativno rješenje, “izjednačit” će fiktivni negativni akt s negativnim aktom kojega bi i tako trebalo donijeti te žalbu odbiti.

Ovakvo postupanje drugostupanjskog organa daje izuzetno kvalitetnu osnovu za napade na sustav negativne fikcije. Takvim se postupanjem, kako to opravdano ističu kritičari negativne fikcije, legalizira nerad i protupravno ponašanje prvostupanjskog organa, a k tome vjerojatno i opterećuje rad drugostupanjskih organa.<sup>24</sup>

U nastavku rada, obrađujući pravnu zaštitu od šutnje uprave u upravnom sporu, odnosno naročito spornu mogućnost Upravnog suda Republike Hrvatske (u nastavku rada: Upravni sud) da odbije tužbu podnesenu zbog šutnje uprave, pokušat ćemo ukazati na osnovnu svrhu uspostavljanja fikcije negativnog akta u Republici Hrvatskoj. Tom ćemo se prigodom osvrnuti i na mogućnost odbijanja žalbe u navedenoj situaciji. Stoga, na ovom mjestu u radu napominjemo samo najvažnije – obje navedene mogućnosti odbijanja predstavljaju osnovne propuste u, inače čvrstom i logičnom, sustavu pravne zaštite od šutnje uprave u hrvatskom pravu.

Potrebno je, nadalje, istaknuti i kako čl. 246. ZUP-a, ne uređuje ni postupanje drugostupanjskog organa ukoliko prvostupanjski organ donese rješenje, ali nakon što je drugostupanjski organ razloge za nedonošenje rješenja prvostupanjskog organa ocijenio neopravdanima ili ih nije pripisao krivnji stranke, te preuzeo rješavanje stvari. Ova se situacija razlikuje od situacije u kojoj prvostupanjski organ donosi rješenje, ali u okviru naknadno ostavljenog roka za rješavanje, a kada drugostupanjski organ treba obustaviti postupak po žalbi. Razlika između ove dvije situacije u tome je što je u prvoj drugostupanjski organ šutnju kvalificirao kao nezakonitu, dok u potonjoj to nije učinio. Ovakva je kvalifikacija za posljedicu imala i prenošenje nadležnosti za rješavanje devolucijom na drugostupanjski organ.<sup>25</sup> Smatramo kako bi, s obzirom na

<sup>22</sup> Ovakvo je postupanje, zapravo, blisko postupanju po žalbama zbog postojećih akata kada drugostupanjski organ poništava prvostupanjsko rješenje i sam rješava stvar.

<sup>23</sup> V. Kostić, Miladin, *Čutanje uprave i ostvarivanje prava i interesa stranaka*, Pravni život, 10(1988.), str. 144.; Radenović, op.cit. (bilj. 19), str. 63.

<sup>24</sup> Naročito oštre kritike sistema negativne fikcije v. u Dimitrijević, Predrag M., *Odgovornost uprave za nečinjenje – sa posebnim osvrtom na “čutanje” uprave*, doktorska dizertacija, Beograd, 1996., str. 54-57. i Matović, Ivan, *Neki aspekti zaštite protiv šutnje administracije*, Zbornik Više upravne škole u Zagrebu, 11(1982.), str. 165-169.

<sup>25</sup> ”Devolucijom se redovito obilježava micanje nadležnosti s nižeg organa na neposredno viši koji u svojoj funkcionalnoj nadležnosti nadzire zakonitost i pravilnost akta i to s bitnom

smisao instituta zaštite stranaka od šutnje uprave, ovu prazninu trebalo popuniti analognom primjenom čl. 32. ZUS-a kojim se uređuju situacije kada organ javne uprave za vrijeme sudskog postupka donese drugi akt kojim se mijenja ili stavlja izvan snage upravni akt protiv kojeg je upravni spor pokrenut.<sup>26</sup>

Stranku bi, prema tome, drugostupanjski organ trebao pozvati da se izjasni da li je zadovoljna ili nije (i zbog kojih razloga) s rješenjem prvostupanjskog organa. Ukoliko bi stranka izjavila da je zadovoljna, ili se u određenom roku ne bi izjasnila, smatralo bi se da je stranka povukla žalbu i zaključkom bi se obustavio žalbeni postupak. Ukoliko bi, pak, stranka izjavila da rješenjem nije zadovoljna, žalba protiv šutnje “preinačila” bi se u žalbu protiv rješenja te bi se postupak nastavio po takvoj žalbi.

Smatramo kako bi drugostupanjski organ trebao postupiti na opisani način i u situaciji kada prvostupanjski organ donese rješenje nakon proteka naknadno ostavljenog roka za rješavanje. I ovdje bi se, zbog “upornog” kašnjenja prvostupanjskog organa, trebao zauzeti stav o njegovoj nezakonitoj šutnji te smatrati da je nadležnosti za rješavanje prenesena na drugostupanjski organ.

### **C) Rok za donošenje rješenja o žalbi**

I drugostupanjski je organ generalno obvezan na rješavanje u određenom roku pa čl. 247. st. 1. određuje drugostupanjskom organu maksimalan dvomjesečni rok za rješavanje i dostavljanje stranci rješenja o žalbi.<sup>27</sup> Dužnost brzog rješavanja pojačana je i zahtjevom da se rješenje o žalbi dostavi stranci čim je to moguće. Također, predviđena je i mogućnost da se posebnim propisom odredi rok kraći od dvomjesečnog za rješavanje i dostavljanje rješenja.<sup>28</sup>

Poseban problem u okviru utvrđivanja rokova za rješavanje drugostupanjskog organa o žalbama stranaka predstavlja način izračunavanja roka za rješavanje

---

karakteristikom da do nje može doći isključivo na zahtjev legitimiranog subjekta, a nikada po službenoj dužnosti. Redovito se pri tome ima pred očima klasičan slučaj žalbe protiv prvostepenog rješenja, što uz pravilo o suspenzivnom učinku predstavlja najvažnije procesne posljedice žalbe.” Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 369. O prelasku nadležnosti za rješavanje na drugostupanjski organ u ovome trenutku u postupku v. Jurić Knežević, op.cit. (bilj. 14), str. 52.

<sup>26</sup> Čl. 32. ZUS-a citiran je u III. dijelu, poglavlje C ovoga rada koji se odnosi na pravnu zaštitu od šutnje uprave u upravnosudskom postupku.

<sup>27</sup> Ističe se kako rok za donošenje i dostavu drugostupanjskog rješenja započinje teći od dana predaje žalbe, a ne od dana kada je drugostupanjski organ primio žalbu sa spisima predmeta. Time se, u stvari, ukazuje i na potrebu da prvostupanjski organ kojemu je žalba predana istu ne zadržava već da je, zajedno sa svim spisima, bez odlaganja dostavi drugostupanjskom organu. V. Kozarčanin, Kosovac, op.cit. (bilj. 20), str. 273.

<sup>28</sup> Potrebno je napomenuti kako se i u ovoj situaciji postavilo pitanje mogućnosti propisivanja posebnim zakonima rokova dužih od dva mjeseca za donošenje i dostavu rješenja. Smatramo kako je i ovdje potrebno zauzeti stav o načelnoj nemogućnosti propisivanja rokova dužih od dva mjeseca.

Istaknimo i kako je zaštita stranaka od nerješavanja drugostupanjskog organa u postupcima povodom žalbi stranaka uređena odredbom čl. 26. ZUS-a, te će biti opisana u nastavku rada.

drugostupanjskog organa po žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa. Odgovarajući na taj problem razvila su se dva shvaćanja. Naime, kako je to ranije opisano, drugostupanjski organ po zaprimanju žalbe zatražit će od prvostupanjskog organa da mu priopći razloge zbog kojih nije u roku donio rješenje. Ukoliko te razloge ocijeni opravdanim, ili prekoračivanje roka za rješavanje pripiše krivnji stranke, ostavit će prvostupanjskom organu novi rok za rješavanje koji može iznositi maksimalno mjesec dana.

Jedno shvaćanje početak dvomjesečnoga roka za rješavanje drugostupanjskog organa nalazi u ovoj situaciji, u trenutku isteka tog naknadno ostavljenog roka za rješavanje prvostupanjskom organu.<sup>29</sup>

Ukoliko je, pak, drugostupanjski organ razloge za nedonošenje prvostupanjskog rješenja ocijenio neopravdanima, pa nije prvostupanjskom organu ostavio dopunski rok, rok iz čl. 247. st. 1. računa se od dana predaje žalbe.<sup>30</sup>

Drugo se shvaćanje zalaže za računanje roka za rješavanje drugostupanjskog organa po žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa od dana predaje žalbe, odnosno smatra da drugostupanjski organ veže istovjetni rok od dva mjeseca za rješavanje u svim postupcima po žalbama stranaka.<sup>31</sup>

Smatramo da bi se, s obzirom na smisao instituta zaštite stranaka od šutnje uprave, trebalo prikloniti drugom iznesenom shvaćanju jer je početak roka za rješavanje ovdje potpuno jasan i ne zavisi od nekakvog daljnjeg ostavljanja rokova od strane drugostupanjskog organa javne uprave. Rok koji se računa na taj način je i kraći, što svakako pogoduje stranci.<sup>32</sup>

#### ***D) Obavješćivanje stranke o razlozima nerješavanja upravne stvari***

ZUP obvezuje službenu osobu koja provodi postupak ili službenu osobu koja donosi rješenje odnosno zaključak pismeno obavijestiti stranku o razlozima nerješavanja te o tome koje će se radnje poduzeti da bi se rješenje ili zaključak donijeli. Službena je osoba ovakvu obavijest dužna uputiti u roku od 8 dana od isteka rokova za donošenje prvostupanjskog odnosno drugostupanjskog akta.<sup>33</sup>

Ovakvim se zakonskim uređivanjem dodatno obvezuje organ na aktivnost jer je slanje pismene obavijesti nevezano za bilo kakvu akciju stranke i predstavlja zakonsku dužnost službene osobe.

Istaknimo kako upućivanje navedene obavijesti, iako predstavlja njegovu obvezu, organu javne uprave u isti mah omogućuje i stanovitu "ispriku" stranci.

<sup>29</sup> "V. o tome u Dupelj, Željko, Šutnja organa, Informator, 3823(1990), str. 16. i Bušić, Anđelko, *Mogućnost pokretanja upravnog spora u slučaju šutnje upravne vlasti*, Carinski vjesnik, 8(1995.), str. 35.

<sup>30</sup> V. Tomić, Bačić, op.cit. (bilj.19), str. 316.

<sup>31</sup> Ovo se naročito može zaključiti iz činjenice da se čl. 247. nalazi iza čl. 246. te se, prema tome, odnosi i na slučajeve iz čl. 246. V. Popović, op. cit. (bilj. 11), str. 578-579.

<sup>32</sup> V. ibid., str. 581.; Dupelj, op.cit. (bilj 2), str. 30. i Popović, Slavoljub, *Opšti upravni postupak*, Informator, Zagreb, 1964., str. 410.

<sup>33</sup> V. čl. 296. ZUP-a.



Nju će, iako je možda i željela pokrenuti put pravne zaštite zbog šutnje organa, navedena obavijest možda i “primiriti” te će na taj način organ dobiti na vremenu za rješavanje stvari.

Upućivanje pismene obavijesti, prema tome, predstavlja snažno procesno sredstvo za sprečavanje daljnjih nepotrebnih pravnih akcija – njome će organ stranci dati do znanja da na nju nije “zaboravio” te će je upoznati s problemima zbog kojih rješenje nije donijeto u roku i radnjama koje će poduzeti da navedene probleme otkloni.<sup>34</sup>

### ***III. Pravna zaštita od šutnje uprave u upravnosudskom postupku***

Osnovni je smisao vođenja upravnog spora u Republici Hrvatskoj ocjena zakonitosti upravnog akta. Čl. 6. st. 1. ZUS-a određuje tako da se upravni spor može voditi samo protiv upravnog akta te isti u st. 2. i definira. Čl. 7. ZUS-a, pak, dalje navodi kako se upravni spor pokreće protiv upravnog akta koji je donesen u drugom stupnju ili protiv prvostupanjskog upravnog akta protiv kojega nema mjesta žalbi u upravnom postupku.

No, kod šutnje upravnih organa, upravnog akta u stvarnosti uopće nema. Kada bi se ostalo samo kod navedenih zakonskih odredbi, građani bi bili onemogućeni u traženju sudske zaštite od šutnje organa posljednjeg stupnja. Stoga ZUS, kao iznimku od čl. 6. i 7., sadrži i čl. 8. kojim se pokretanje upravnog spora osigurava i u slučajevima kada nadležni organ uprave o zahtjevu, odnosno žalbi stranke nije donio odgovarajući upravni akt, uz uvjete predviđene ovim zakonom. Ovakvo je zakonsko reguliranje izvedeno, kako će biti u nastavku rada objašnjeno, iz osnovne postavke kod zaštite od neaktivnosti organa javne uprave u Republici Hrvatskoj – fikcije negativnog upravnog akta.

Pravna zaštita stranke od šutnje drugostupanjskog organa te prvostupanjskog organa protiv čijeg akta nije moguće izjaviti žalbu ostvaruje se, dakle, pred Upravnim sudom.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> ”U praksi je – čini se – ostala “nezapažena” odredba čl. 296. ZUP-a prema kojoj službena osoba koja vodi postupak, tj. koja donosi rješenje ili zaključak, obvezana je u roku osam dana nakon protoka roka za rješavanje te upravne stvari iz čl. 218. i 247. ZUP-a, pisano obavijestiti stranku o razlozima zbog kojih rješenje ili zaključak nisu doneseni i o tome koje će radnje poduzeti u svrhu njihova donošenja.” Jurić Knežević, op.cit. (bilj. 14), str. 57. Istaknimo kako smo mišljenja da je mogući razlog za zanemarivanje opisane odredbe i njeno nepotrebno stavljanje u peti, posljednji, dio ZUP-a u kojem se nalaze odredbe za provođenje zakona te prijelazne i završne odredbe. Smatramo kako je bilo ispravnije navedenu odredbu “približiti” ostalim odredbama kojima se regulira zaštita građana od šutnje uprave te je, primjerice, “uklopiti” u zakonski članak kojim se uređuju rokovi za izdavanje prvostupanjskog rješenja te pravna zaštita ukoliko se ti rokovi prekorače.

<sup>35</sup> Pravna je zaštita u upravnosudskom postupku moguća, tako, zbog šutnje prvostupanjskog organa protiv čijeg akta žalba nije dopuštena, zbog šutnje drugostupanjskog organa povodom žalbi na prvostupanjska rješenja te zbog tzv. “dvostruke” šutnje uprave odnosno situacija kada šute i prvostupanjski i drugostupanjski organ.

### **A) Pravna zaštita stranke od šutnje drugostupanjskog organa te prvostupanjskog organa protiv čijeg akta nije moguće izjaviti žalbu**

I u odredbama ZUS-a propisuje se dužnost drugostupanjskog organa da donese rješenje o žalbi stranke u određenom roku.<sup>36</sup> Navedena je dužnost, tako, uređena danas u Republici Hrvatskoj u dva zakona.<sup>37</sup> Nažalost, ovakvo udvostručavanje nosi sa sobom i određene razlike u uređivanju pravne zaštite od šutnje drugostupanjskog organa što u pravni život unosi određenu nesigurnost.<sup>38</sup>

Najvažnija se razlika, tako, odnosi na činjenicu da ZUS propisuje dužnost donošenja rješenja u maksimalnom roku od 60 dana, dok ZUP određuje rok od dva mjeseca.<sup>39</sup>

Smatramo kako su rokovi koji se uređuju na mjesece prilično neprecizni jer pojedini mjeseci u godini imaju različit broj dana čime se, što je naročito važno, narušava i procesna jednakost stranaka. Stoga smo mišljenja kako bi se trebalo zauzeti stav o potrebi računanja svih rokova za donošenje i dostavu rješenja u Republici Hrvatskoj na dane.

Razrađujući pravnu zaštitu od šutnje drugostupanjskog organa ZUS predviđa obvezu stranke da ponovno zatraži donošenje rješenja – tzv. “požurnica”, a ukoliko drugostupanjski organ ne donese rješenje u roku od 60 dana. Tek po isteku daljnjih sedam dana od ponovljenog traženja stranka može pokrenuti upravni spor.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> ”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.” (čl. 26. st. 1. i 2. ZUS-a).

<sup>37</sup> V. ranije u radu o čl. 247. st. 1. ZUP-a.

<sup>38</sup> Ovakve su razlike posljedica vremenskog tijeka razvoja instituta zaštite stranaka od šutnje uprave i činjenice da je navedena zaštita najprije uređena odredbama Zakona o upravnim sporovima iz 1952. (Službeni list FNRJ br. 23/52 – u nastavku rada: ZUS-1952), a tek onda odredbama Zakona o općem upravnom postupku iz 1956. (Službeni list FNRJ br. 52/56 – u nastavku rada: ZUP-1956). Određene razlike i nepodudaranja iz navedenih zakona ostale su prisutne u svim noveliranjima i novim zakonima u bivšoj SFRJ. Hrvatski zakonodavac je 1991. preuzeo tekstove Zakona o upravnim sporovima iz 1977. (Službeni list SFRJ br. 4/77. – u nastavku rada: ZUS-1977) i Zakona o općem upravnom postupku iz 1986. (Službeni list SFRJ br. 47/86. – u nastavku rada: ZUP-1986) te navedeni problemi i dalje opterećuju hrvatski pravni sustav.

<sup>39</sup> ZUS ne propisuje dužnost donošenja rješenja čim prije je to moguće, niti propisuje dužnost dostavljanja rješenja, a što i jedno i drugo propisuje ZUP. ZUP također određuje da se rok za donošenje rješenja računa od dana predaje žalbe, a što ne čini ZUS. Mišljenja smo kako je potrebno zauzeti shvaćanje kako se rok za donošenje rješenja drugostupanjskog organa o žalbi stranke treba početi računati od dana predaje žalbe neposredno drugostupanjskom organu, da je drugostupanjski organ dužan o žalbi riješiti čim prije je to moguće, te da bi drugostupanjski organ u roku od 60 dana bio dužan i donijeti i dostaviti rješenje. Stav o potrebi donošenja, ali i dostavljanja upravnih akata u određenim rokovima v. u Odluci Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-III B-4366/2005 od 5. travnja 2006. Sukobljena stanovišta o navedenoj Odluci v. u Turčić, Zlatan, *Rok za donošenje i dostavu rješenja o poništavanju i ukidanju rješenja po pravu nadzora*, Informator, 5447(2006.), str. 5-7. i Šprajc, Ivan, *Još o Odluci Ustavnog suda RH*, Informator, 5453(2006.), str. 7. i 8.

<sup>40</sup> Istaknimo i kako rok od 60 dana za donošenje rješenja prema zahtjevu stranke prema čl. 26. st. 2. ZUS-a veže i prvostupanjske organe protiv čijih akata nema mjesta žalbi. U toj situaciji stranka

Pitanje legitimiranosti na pokretanje upravnog spora zbog šutnje drugostupanskog organa o žalbama stranaka čl. 26. st. 1. i 2. nesporno je utvrđeno. Legitimaciju za podnošenje tužbe zbog šutnje uprave ima samo stranka o čijoj žalbi drugostupanski organ nije, u za to predviđenim rokovima, donio rješenje.<sup>41</sup> U tom slučaju stranka može pokrenuti upravni spor kao da joj je žalba odbijena.<sup>42</sup>

Omogućavanjem podnošenja upravnosudske tužbe stranki "kao da joj je žalba odbijena", zakonodavac je logično i utemeljeno nastavio izgradnju pravne zaštite građana od šutnje uprave na podlozi negativne fikcije.

No, mišljenja smo kako se omogućavanjem upravnosudske zaštite od šutnje drugostupanskog organa samo stranci koja se žalila na prvostupajsko rješenje isključuje od takve zaštite određen krug osoba. Naime, iako se upravni postupci rijetko vode kao višestranački odnosno kao kontradiktorni u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima (kontrarne stranke),<sup>43</sup> pojava ovakvih postupaka ipak nije toliko neznatna da o njima zakonodavac ne bi trebao razmišljati u slučajevima šutnje organa javne uprave. Naime, u ovim će situacijama upravni postupci rezultirati donošenjem rješenja u kojima će se određena prava u potpunosti ili djelomično dodijeliti jednoj od stranaka. Žalbu će, dakako, uložiti upravo ona stranka koja će smatrati da se takva prava, zbog određenih razloga, nisu trebala dodijeliti. Dakle, s obzirom na smisao čl. 26. ZUS-a samo će takve stranke, koje su se nezadovoljne rješenjima žalile, moći reagirati u slučajevima da drugostupajski organ šuti i podnijeti tužbu Upravnom sudu, dok takvu mogućnost reagiranja neće imati stranka čijim je zahtjevima udovoljeno. S obzirom da je u upravnom postupku suspenzivno djelovanje žalbe pravilo, stranka čijem je zahtjevu udovoljeno uvelike je zainteresirana da se o žalbi što prije riješi kako bi u stvarnosti mogla ostvariti neko svoje pravo. Čl. 26. st. 1. ZUS-a ona je isključena iz mogućnosti da slanjem požurnice te podnošenjem tužbe Upravnom sudu pokuša prekinuti neizvjesnost prouzročenu odugovlačenjem drugostupajskog organa da riješi po žalbi nezadovoljne stranke.<sup>44</sup> Ovaj se problem dodatno potencira kada je u kontradiktornom

---

je također dužna reagirati slanjem požurnice prije nego pokrene upravno-sudsku zaštitu.

<sup>41</sup> Tužbu zbog nedonošenja rješenja o žalbi može podnijeti samo stranka koja je izjavila žalbu. Tužbu druge stranke treba odbaciti po čl. 30. st. 1. toč. 3. i st. 2. Zakona o upravnim sporovima (Presuda Upravnog suda Hrvatske, Us-1430/88. od 20. IV. 1988.) u Jurić Knežević, op.cit. (bilj. 14), str. 56.

<sup>42</sup> Na opisani način može postupiti stranka i kad na njezin zahtjev nije donio rješenje prvostupajski organ protiv čijeg akta nema mjesta žalbi.

<sup>43</sup> V. Borković, op. cit. (bilj. 2), str. 420.

<sup>44</sup> O ovom je problemu, u kontekstu čl. 22. Zakona o državnom savjetu i upravnim sudovima iz 1922. (koji je noveliran 1929. i 1930.), pisao još Krbeč u svom radu iz 1937.: "Zanimljiv, i po našem mišljenju ispravan stav je zauzela naša upravnosudska praksa u pitanju, što se zapravo razumijeva pod "zahtjevom tužioca". Kad bi se pod ovim uzelo samo ono, što je u žalbi tužioca izneseno, ne bi se pogodio pravi duh instituta. Kad je primjerice prvostepena vlast udovoljila zahtjevu tužioca, ali je protivna stranka uložila žalbu na višu upravnu vlast u želji, da zavuče konačno rješenje, onda je samo u interesu lica, koje je zadovoljno sa prvostepenom odlukom, da

upravnom postupku s jedne strane zastupnik javne vlasti – državno odvjetništvo.<sup>45</sup> Ukoliko se u tim situacijama donese rješenje kojim se udovoljava zahtjevu stranke državno odvjetništvo će, vrlo vjerojatno, uložiti žalbu. Drugostupanjsko tijelo postupat će po žalbi državnog odvjetništva, ali će za stvarno donošenje rješenja o žalbi i prekid neizvjesnosti neposredno biti zainteresirana u prvom redu stranka koja se nije žalila.

### **B) Pravna zaštita od šutnje prvostupanjskog organa prema ZUS-u**

Ranije istaknuta nesuglasja i ponavljanja, koja su posljedica opisanog vremenskog tijeka razvoja instituta zaštite stranaka od šutnje uprave, prisutna su i u uređenju pravne zaštite od šutnje prvostupanjskog organa prema čl. 26. st. 3. ZUS-a.<sup>46</sup> Naime, ZUS-1952 uređivao je zaštitu od šutnje prvostupanjskog organa prije nego što je ona razrađena kroz odredbe ZUP-a-1956. Tako, u stvari, prva rečenica tadašnjeg čl. 26. st. 3. uopće nije pripadala u materiju upravnog spora, već je u cijelosti spadala u materiju upravnog postupka. Ovakva je situacija, nažalost, ostala nepromijenjena kroz sve kasnije izmjene i dopune, pa se nalazi i u današnjem čl. 26. st. 3. ZUS-a.

Najvažnija je, tako, razlika između uređivanja zaštite od šutnje prvostupanjskog organa prema odredbama čl. 26. st. 3. ZUS-a i čl. 218. ZUP-a u različitim shvaćanjima smisla same šutnje. Naime, odredba ZUS-a šutnji ne pridaje ikakvo značenje, već je isključivo smatra razlogom za devoluciju organu višega stupnja (“...stranka ima pravo obratiti se svojim zahtjevom drugostepenom organu.”),<sup>47</sup> dok je ZUP čl. 218. st. 2. zaštitu od šutnje prvostupanjskog organa

---

se što prije riješi žalba protivne stranke. Samo potonje lice će sve poduzimati, da se žalba što prije riješi. Poreći ovomu licu legitimaciju na upravnosudsku tužbu, jer da nije “žalitelj”, značilo bi, da mu se posve neopravdano oduzima pravna zaštita koja mu po zakonu pripada. To se ne bi moglo izvesti ni iz slova našeg zakona, koji govori o “zahtjevu tuženoga”, a ne o zahtjevu žalbe. Treba uzeti sam zahtjev tužitelja u cijelosti, a ne samo ono što je u žalbi iznešeno. Stvar se još zamršava u slučaju, kad su obje stranke uložile žalbu na višu vlast, a samo jedna od njih zbog nerješavanja žalbe pokreće upravnosudsku tužbu.” Krbek, Ivo, *Upravnosudska zaštita protiv šutnje upravne vlasti*, Mjesečnik, 2-3(1937.), str. 89.

<sup>45</sup> V. npr. Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (NN 92/96. i 80/02.) prema kojem u postupku položaj stranke (i mogućnost žalbe) ima državni odvjetnik.

<sup>46</sup> “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. st. 3. ZUS-a)

<sup>47</sup> Sistem pravne zaštite od šutnje uprave prema kojem se šutnji ne pridodaje ikakvo, pozitivno ili negativno, značenje utemeljen je u austrijskom Zakonu o općem upravnom postupku iz 1925. V. o navedenom detaljnije u Ivančević, Velimir, *Pravna zaštita građana kod šutnje administracije*, Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 192-194. i Šikić, op. cit. (bilj. 4), str. 131. i 143. Detaljno o austrijskom uređenju pravne zaštite od šutnje uprave v. u Winkelhofer, Richard, *Säumnis von Verwaltungsbehörden: Behördliche Untätigkeit und ihre Bekämpfung*, Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1991.

utemeljio na negativnoj fikciji (“...stranka ima pravo žalbe, kao da je njezin zahtjev odbijen.”).<sup>48</sup>

Nadalje, razlike su između odredbi ZUS-a i ZUP-a i u rokovima u kojima je prvostupanjski organ dužan donijeti rješenje. Dok čl. 218. st. 1. razlikuje rok od mjesec dana i rok od dva mjeseca, čl. 26. st. 3. određuje jedinstveni rok od 60 dana. ZUS također ne uređuje ni trenutak od kojega se počinje računati rok za donošenje rješenja, niti utvrđuje obvezu prvostupanjskog organa i na dostavu rješenja, dok ZUP čini i jedno i drugo. Također, ZUS legitimira na izjavljivanje žalbe isključivo aktivne stranke, dok ZUP zaštitu od šutnje proširuje i na stranke u postupku pokrenute po službenoj dužnosti, a u njihovom interesu.

Druga rečenica čl. 26. st. 3. ZUS-a pripada u materiju upravnog spora i ima u vidu slučajeve kada nakon šutnje prvostupanjskog štiti i drugostupanjski organ, odnosno ranije opisanu tzv. “dvostruku” šutnju. Pokretanje upravnog spora zavisi tada od svih uvjeta koje navodi čl. 26. st. 1., a koji su ranije razloženi.<sup>49</sup>

S obzirom na činjenicu da je materija uređivanja pravne zaštite od šutnje prvostupanjskog organa kvalitetnije razrađena odredbom čl. 218. ZUP-a (ako izuzmemo propisivanje rokova u mjesecima, a ne u danima), opisana prva rečenica čl. 26. st. 3. u potpunosti je izgubila svoje značenje. Ona, što je naročito zabrinjavajuće, narušava i čvrsto uspostavljen princip negativne fikcije u Republici Hrvatskoj. Nadati se je da će se u nekakvoj budućoj izmjeni i dopuni (ili novom tekstu) ZUS-a ova odredba brisati kao bi prestala unositi zbrku i zabunu u pravni život.

### ***C) Postupanje upravnog suda kada se za vrijeme upravnog spora zbog šutnje uprave donese rješenje o zahtjevu ili žalbi stranke***

ZUS je čl. 32.<sup>50</sup> uredio i postupanje Upravnog suda kada se za vrijeme upravnog spora zbog šutnje uprave donese rješenje o zahtjevu ili žalbi stranke.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> O opisanoj razlici v. i u: Matović, op.cit. (bilj. 24), str. 160.

<sup>49</sup> V. o navedenom i u: Ivančević, Velimir i dr., *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb, 1958., str. 150.

<sup>50</sup> “Ako organ za vrijeme sudskog postupka donese drugi akt kojim se mijenja ili stavlja izvan snage upravni akt protiv kojeg je upravni spor pokrenut, i ako u slučaju iz članka 26. ovog zakona naknadno donese upravni akt, taj će organ, osim tužitelja, istovremeno izvijestiti i sud pred kojim je spor pokrenut. Sud će u tom slučaju pozvati tužitelja da u roku od 15 dana izjavi je li naknadno donesenim aktom zadovoljan ili ostaje pri tužbi i u kojem opsegu, odnosno proširuje li tužbu i na novi akt.

Ako tužitelj izjavi da je naknadno donesenim aktom zadovoljan ili ako ne da izjavu u roku iz stavka 1. ovog članka, sud će donijeti rješenje o obustavi postupka.

Ako tužitelj izjavi da novim aktom nije zadovoljan, sud će nastaviti postupak.” (Čl. 32. ZUS-a)

<sup>51</sup> Osim naknadnog donošenja rješenja u situacijama vođenja upravnosudskih postupaka zbog šutnje uprave, naknadna rješenja moguća su i u situacijama koje su nastale inerveniranjem u postojeće uprave akte javne uprave protiv kojih je pravovremeno pokrenut upravni spor. Navedeno je moguće zbog primjene izvanrednih pravnih lijekova u upravnom postupku: mijenjanja i poništavanja rješenja u vezi s upravnim sporom (v. čl. 261. ZUP-a), obnove postupka (v. čl. 249-260. ZUP-a), poništavanja i ukidanja konačnog rješenja po pravu nadzora (v. čl. 263. i 264

Postupanja po čl. 32. ZUS-a moguće je, tako, u situacijama kada, nakon proteka zakonskih rokova za rješavanje i podnošenja tužbe Upravnom sudu, naknadno rješenje donese prvostupanjski organ protiv čijih rješenja nije moguće izjaviti žalbu kao i u slučajevima donošenja naknadnog rješenja drugoga stupnja povodom žalbi. Također, primjena navedene odredbe moguća je i u situacijama “dvostruke” šutnje – kada drugostupanjski organ najprije propusti u zakonom predviđenom roku riješiti o žalbi stranke izjavljenoj zbog šutnje prvostupanjskog organa, te naknadno donese rješenje nakon što je već podnesena tužba zbog njegove šutnje.

Gore opisane situacije imaju, dakle, u vidu donošenja rješenja od strane organa koji rješavaju u posljednjem stupnju. No, također je moguće da, za vođenja upravnog spora zbog tzv. “dvostruke” šutnje, rješenje donese organ koji je trebao rješavati u prvom stupnju. Pravna teorija i praksa zauzeli su o ovom pitanju čvrst stav kako donošenje (bilo pozitivnog, bilo negativnog) naknadnog rješenja od strane prvostupanjskog organa ne može biti razlog za postupanje po čl. 32. ZUS-a.<sup>52</sup>

#### **D) Postupanje upravnog suda povodom tužbi zbog šutnje uprave**

##### *1) Odbacivanje tužbe*

Upravni sud može tužbu podnesenu zbog šutnje uprave odbaciti zbog svih u čl. 30. ZUS-a navedenih razloga, odnosno svih razloga zbog kojih se odbacuju tužbe podnesene zbog ocjene zakonitosti “postojećih” upravnih akata. No, s obzirom na specifičnosti tužbi podnesenih zbog šutnje uprave potrebno je malo podrobnije promotriti sve zakonom ponuđene mogućnosti odbacivanja.

Tužba se, tako, u prvom redu, može odbaciti zbog njene nepotpunosti i nerazumljivosti<sup>53</sup> kao i zbog činjenice da je tužba podnesena prije isteka zakonom utvrđenih rokova za rješavanje i dostavljanje rješenja – odnosno da je podnesena prijevremeno.<sup>54</sup> Upravni sud može odbaciti tužbu i ukoliko se radi o

---

ZUP-a), izvanrednog ukidanja izvršnog rješenja radi zaštite javnog interesa (v. čl. 266. ZUP-a) te proglašenja rješenja ništavim (v. čl. 267. i 268. ZUP-a). I ove situacije mogu dovesti do primjene čl. 32. ZUS-a jer, ukoliko organ javne uprave poništi, izmijeni ili ukine svoje konačno rješenje to je dužan učiniti novim rješenjem koje mora dostaviti stranci. V. o navedenom u: Majstorović, Bogdan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, 1965., str. 112.

<sup>52</sup> O ovoj problematici opsežnije v. Janić, Tihomir, *Postupak i odluka suda u upravnom sporu zbog ćutanja administracije u slučaju kada u toku spora prvostepeni organ donese rešenje bilo pozitivno bilo negativno po stranku koja je pokrenula upravni spor*, Pravni život 12(1973.), str. 41-47. i Perović, *Teorijski i praktični komentar Zakona o upravnim sporovima*, Savremena administracija, Beograd, 1966., str. 283. Jurić Knežević, pak, ističe sljedeće mišljenje iz Pravnog shvaćanja sjednice Upravnog suda Hrvatske od 30. rujna 1982.: “U slučaju šutnje po odredbi čl. 26. st. 3. ZUS-a donošenje rješenja od prvostepenog organa ne daje pravo sudu da postupi po odredbi članka 32. ZUS-a, jer ostaje obaveza suda da ocijeni postojanje uvjeta za primjenu odredbe čl. 26. st. 1. ZUS-a zbog šutnje drugostepenog organa.” V. Jurić Knežević, op. cit. (bilj. 14), str. 56.

<sup>53</sup> V. čl. 29. ZUS-a.

<sup>54</sup> “Između preuranjene i zakašnjele tužbe postoji velika praktična razlika u tom pogledu, što se nakon odbacivanja preuranjene tužbe može ponovo podnijeti nova tužba, kad za to dođe vrijeme,



nedonošenju akta u stvari u kojoj se i ne donosi odgovarajući upravni akt, odnosno koja nije upravna stvar.

Upravni sud, također, ima i mogućnost odbaciti tužbu prema čl. 30. st. 3. koji takvo odbacivanje omogućava ukoliko je očito da se upravnim aktom, koji se tužbom osporava, ne dira u pravo tužitelja ili u njegov neposredni osobni interes utemeljen na zakonu.

Ovaj je stavak čl. 30. u stvari u prvom redu vezan na odredbu čl. 2. st. 1. ZUS-a,<sup>55</sup> a zatim i na stavke 2., 3., 4. i 5. istoga člana koji određuju aktivnu legitimaciju za vođenje upravnog spora, te omogućava odbacivanje tužbe s obzirom na očitost neudovoljavanja ovom uvjetu. Primjenjujući ovu odredbu potrebno je, zapravo, razlučiti što ide pod aktivnu legitimaciju, a što pod razloge tužbe (*causa petendi*) jer su to dvije sasvim različite stvari. Dok se, naime, s legitimacijom povezuje pitanje da li neka osoba može kao tužilac pokrenuti upravni spor, s razlozima tužbe povezuje se pitanje je li upravnim aktom uistinu nanesena nezakonita povreda tužiočevih prava odnosno interesa. Samo očigledan nedostatak legitimacije kao posljedicu može imati odbacivanje tužbe po odredbi st. 3. čl. 30., dok makar i očigledna neosnovanost tužbe (ukoliko ne postoje drugi razlozi za odbacivanje), može prouzročiti jedino presudu kojom se tužba odbija. Upravni sud počinio bi grešku kada bi u nedostatku tužbene kauze odbacio tužbu prema ovoj odredbi.<sup>56</sup>

Na ovu se okolnost, dakako, mora izuzetno paziti i prilikom prosuđivanja legitimacije za podnošenje tužbe zbog šutnje uprave, no nema nikakvih razloga da sud tužbu ne odbaci ukoliko utvrdi da neka osoba očito za ovakvu tužbu nije legitimirana.<sup>57</sup> Pogrešno je, međutim, kako i iz ranije istaknute razlike između aktivne legitimacije i razloga tužbe, tako i zbog pogrešnog shvaćanja fiktivnog negativnog akta, u ovoj situaciji odbacivati tužbu zbog toga što i sam akt, da je donesen, ne bi dirao u tužiteljevo pravo ili neposredni, osobni na zakonu zasnovani interes.<sup>58</sup> Organ uprave bi trebao isključivo polaziti od činjenice da

---

dok se u drugom slučaju to ne može učiniti. To se objašnjava okolnošću, što kod preuranjene tužbe pravo na pokretanje spora još nije dospjelo, dok je kod zakašnjele tužbe već utrnulo uslijed isteka tužbenog roka." Ivančević i dr., op.cit. (bilj. 49), str. 168.

<sup>55</sup> "Pravo pokretanja upravnog spora ima pojedinac ili pravna osoba ako smatra da joj je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo ili neposredni osobni interes utemeljen na zakonu." (čl. 2. st. 1. ZUS-a).

<sup>56</sup> V. Ivančević i dr., op.cit. (bilj. 49), str. 82-83. i 169-170.

<sup>57</sup> V. ibid., str. 169-170.

<sup>58</sup> Ivančević i dr., međutim, ističu kako tužitelj legitimaciju ima ako smatra da je baš samim nerješavanjem njegovih zahtjeva povrijeđen u svojim pravima odnosno neposrednim, osobnim i na zakonu zasnovanim interesima. Organ uprave ne rješavajući u određenim rokovima svakako je povrijedio i pravo i interese stranke te stranka to ne mora posebno dokazivati. Na stranci je samo da dokaže da organ u određenom roku nije donio i dostavio rješenje. U slučajevima odbacivanje tužbe prema čl. 30. točka 3. organ odbacuje tužbu zbog toga što akt, da je donesen, ne bi dirao u pravo tužitelja ili njegov neposredni osobni interes utemeljen na zakonu. Organ, dakle, u ovoj situaciji ima pred očima fiktivni upravni akt, a ne samu činjenicu što akt nije donesen u određenom roku. V. ibid., str. 147.

upravni akt nije donesen u određenom roku, a ne prosuđivati njegov fiktivni sadržaj, jer bi se na taj način značenje negativne fikcije protezalo izvan svrhe zbog koje je ustanovljena, što bi dovelo do narušavanja, a ne do jačanja, pravne pozicije stranke.

Upravni sud, istaknimo nadalje, može odbaciti tužbu podnesenu zbog šutnje uprave i ukoliko stranka nije iskoristila žalbu u upravnom postupku. To će praktično značiti da će do upravnosudske zaštite moći doći samo zbog šutnje drugostupanjskog organa po žalbi stranke (bilo po žalbi na prvostupanjsko rješenje ili po žalbi zbog šutnje prvostupanjskog organa kod tzv. "dvostruke" šutnje) ili zbog šutnje prvostupanjskog organa protiv čijih se rješenja ne može izjaviti žalba.

Upravni sud moći će odbaciti tužbu i ukoliko žalba nije bila pravovremeno podnesena. U slučajevima šutnje uprave to će značiti da stranka neće moći ostvariti upravnosudsku zaštitu ukoliko je zakasnila s predajom žalbe na postojeća prvostupanjska rješenja (a drugostupanjski organ nije u dvomjesečnom roku donio rješenje kojim žalbu odbacuje, pa je stranka podnijela tužbu Upravnom sudu zbog njegove šutnje) ili ukoliko je zbog šutnje prvostupanjskog organa žalbu izjavila prije isteka jednomjesečnog ili dvomjesečnog roka (te nakon toga drugostupanjski organ ne rješava u zakonskom roku, pa stranka podnosi tužbu).

Također, Upravni će sud, prema st. 5. čl. 30. ZUS-a, moći odbaciti tužbu podnesenu zbog šutnje uprave i ukoliko je sudska zaštita od takve šutnje osigurana izvan upravnog spora.<sup>59</sup> Ovakva je mogućnost logična razrada negativne enumeracije sadržane u čl. 9. ZUS-a kojom se isključuje mogućnost upravnog spora u stvarima u kojima je osigurana sudska zaštita izvan upravnog spora.

Konačno, Upravni sud može odbaciti tužbu ukoliko već postoji pravomoćna odluka donesena u upravnom sporu o istoj stvari. Ovakva je odredba posljedica i načela formalne pravomoćnosti sudskih odluka, koja ne dozvoljava tužiocu pokretanje novog upravnog spora u istoj stvari, i načela materijalne pravomoćnosti koja ne dozvoljava niti samom sudu ponovno pretresati istu stvar (dok ne postoje uvjeti za ponavljanje postupka).<sup>60</sup>

Ova se odredba može primijeniti i u slučajevima tužbi zbog šutnje uprave na sve presude koje se donose u takvim upravnim sporovima, kao i na sva rješenja o odbacivanju tužbi, osim situacija kada tužitelj naknadno ispravi nepotpunu ili

<sup>59</sup> Tako npr. čl. 42a st. 1., 2. i 3. Zakona o izvlaštenju (NN, br. 9/94, 35/94., 112/00., 114/01. i 79/06.) određuje:

"Protiv drugostupanjskog rješenja o izvlaštenju može se podnijeti tužba mjesno nadležnom županijskom sudu.

Tužba se može podnijeti u roku od 30 dana od dana dostave drugostupanjskog rješenja stranci koja je podnosi.

Tužba iz stavka 1. ovog članka se može podnijeti i iz razloga što drugostupanjsko tijelo nije u zakonom propisanom roku odlučilo o žalbi."

V. u ovom smislu i presudu Upravnog suda RH Us-9757/2002 od 26. lipnja 2003. na <http://www.upravnisudrh.hr>

<sup>60</sup> V. Ivančević i dr., op.cit. (bilj. 49), str. 171.

nerazumljivu tužbu i situacija kada tužitelj podnese tužbu nakon isteka zakonskih rokova za donošenje i dostavljanje rješenja, a nakon što mu je prethodno tužba bila odbačena kao preuranjena.<sup>61</sup>

## 2) *Sudske presude u upravnom sporu zbog nedonošenja upravnog akta*

Upravni se spor u hrvatskom pravu može voditi ili kao spor o zakonitosti ili kao spor pune jurisdikcije. U prvom će se slučaju, ukoliko Upravni sud utvrdi nezakonitost upravnog akta i uvaži tužbu, donijeti presuda kojom će se upravni akt poništiti.<sup>62</sup> U sporu pune jurisdikcije Upravni sud sam presudom rješava upravnu stvar.<sup>63</sup> Postupci u kojima Upravni sud utvrdi da je tužba neosnovana okončat će se odbijajućom presudom.

Upravno-sudski postupci pokrenuti zbog šutnje uprave specifični su pa su prethodno navedena pravila zahtijevala znatne modifikacije. S obzirom na važnost koju sudska presuda ima u sistemu upravnog prava potrebno je vrlo pažljivo razmotriti na koji je način ZUS uređio postupanje u slučajevima šutnje uprave i kakve se sve presude mogu donositi u takvim sporovima.

Zakonodavac je, tako, u postupcima povodom tužbi zbog šutnje uprave dao sudu mogućnost donošenja sljedećih presuda:<sup>64</sup>

a) presude kojom se tužba uvažava i kojom se tuženom organu određuje u kojem će smislu donijeti rješenje. Poništavanje, koje je redovna posljedica uvažavanja tužbi u postupcima za ocjenu zakonitosti postojećih upravnih akata, u slučajevima šutnje uprave nema smisla jer akta uopće niti nema pa se, logično, niti ne može poništiti. Upute organu kojima se određuje smisao donošenja rješenja vrlo će varirati u svojoj opsežnosti i preciznosti od slučaja do slučaja i ovisit će od podataka u spisima kojima sud ima pred sobom.<sup>65</sup> Ovakvo je zakonsko rješenje logično i prihvatljivo te u potpunosti odgovara duhu instituta zaštite stranaka od šutnje uprave. Tuženi će organ, presudom biti obvezan na činjenje, pa čak i u slučajevima oskudnih ili nikakvih uputa o smislu upravnog akta kojega treba donijeti.

b) presude kojom se tužba uvažava i kojom sud sam rješava upravnu stvar. U ovom je slučaju riječ, dakako, o pretvaranju spora o zakonitosti upravnog akta u spor pune jurisdikcije. Njegova je specifičnost, kao i u prethodno opisanoj situaciji uvažavanja tužbe, u tome što nema prethodnog poništavanja upravnog akta, već sud, uvaživši tužbu, odmah provodi spor pune jurisdikcije. Sud će ovaj spor moći provesti ukoliko postoje opće zakonom predviđene pretpostavke za vođenje sporova pune jurisdikcije i donošenje presuda koje u svemu zamjenjuju

<sup>61</sup> V. *ibid.*

<sup>62</sup> V. čl. 42. st. 2. ZUP-a.

<sup>63</sup> V. čl. 42. st. 3. ZUP-a.

<sup>64</sup> "Kada je tužba podnesena na temelju članka 26. ovog Zakona, presudom se tužba uvažava ili odbija kao neosnovana. Ako se tužba uvažava, odredit će se u kojem će smislu tužena strana donijeti rješenje ili će se presudom riješiti upravna stvar." (Čl. 45. st. 5. ZUS-a)

<sup>65</sup> V. Ivančević i dr., *op. cit.* (bilj. 49), str. 215.; Jurić Knežević, *op. cit.* (bilj. 14), str. 54.

osporavani upravni akt – dovoljno podataka u spisima i “sposobnosti” samog pravnog pitanja za rješavanje pred Upravnim sudom odnosno priroda same stvari. Ovakva mogućnost Upravnog suda već za sobom vuče određene dvojbe te pojedini autori, argumentirano, ističu kako suština samog upravnog spora zbog šutnje uprave nije raspravljanje samog odnosa koji je predmet upravnog postupka, već je suština spora utvrđivanje da li se tuženi organ javne uprave oglasio o zakonom utvrđenu obvezu rješavanja stvari u određenom roku. Ukoliko Upravni sud utvrdi ovakvu povredu zakona, on će zakonitost uspostaviti tako što će tuženom organu naložiti donošenje odgovarajućeg rješenja, a ne tako što će sam učiniti ono što je tuženi organ propustio učiniti.<sup>66</sup>

Smatramo kako je ovakvo izraženo mišljenje u osnovi točno. No, isto tako mislimo kako interesi ekonomičnosti i efikasnosti postupka, izraženi i u institutu zaštite stranaka od šutnje uprave, zahtijevaju što brže donošenje rješenja. Autoritet Upravnog suda mora biti jamac stranci da se o njenim pravima i dužnostima odlučilo na najkvalitetniji mogući način. Stoga ističemo kako je ulaženje u spor pune jurisdikcije u ovoj situaciji u skladu s institutom zaštite građana od šutnje uprave, te kako je hrvatski zakonodavac dobro postupio kada je takvu mogućnost 1991. izrekom uveo u hrvatski pravni prostor.

c) presude kojom se tužba podnesena zbog šutnje uprave odbija kao neosnovana. Ova je zakonom predviđena mogućnost prilično dvojbena, pa se čak može ustvrditi kako određena shvaćanja mogućnosti odbijanja tužbe ugrožavaju sam *ratio* postojanja instituta kojim se ovaj rad bavi. Stoga joj je potrebno posvetiti vrlo veliku pozornost i odmah na početku napomenuti kako je izričito davanje mogućnosti Upravnom sudu da presudom odbije tužbu kao neosnovanu uvedeno tek 1991. u hrvatski pravni sustav. Dotadašnji zakonski tekstovi takvu mogućnost nisu predviđali.<sup>67</sup>

S obzirom na naznačene razlike u normativnom uređenju istoga problema, kao i različite teorijske poglede, te osobito značenje koje mogućnost odbijanja

<sup>66</sup> V. Bogdanović, Jakša, *Suština upravnog spora u slučaju “čutanja administracije”*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3(1957), str. 346.

<sup>67</sup> Navedeni tekstovi nisu predviđali niti mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije. V. tako čl. 40. st. 5. ZUS-a-1952 i čl. 42. st. 5. ZUS-a-1977. Ipak, bez obzira na činjenicu da se navedenim odredbama propisivala samo mogućnost uvažavanja tužbe i određivanja nadležnom organu u kojem će smislu donijeti rješenje, pojedini su autori tvrdili da je upravni spor po tužbama zbog šutnje uprave “osebujan oblik spora pune jurisdikcije” – v. tako Ivančević, op.cit. (bilj. 47), str. 209. Također, već nekoliko godina nakon donošenja ZUS-a-1952, naglašava se i stav da u upravnom sporu pokrenutom zbog šutnje uprave nema mjesta odbijanju tužbe – v. primjerice Bogdanović, op.cit. (bilj. 66), str. 344-349. No, većina je autora u bivšoj SFRJ zastupala tezu, kao što je to činila i tadašnja sudska praksa, da sud u slučajevima postupaka zbog šutnje uprave ima mogućnost i odbiti tužbu. V. tako Perović, op.cit. (bilj. 52), str. 319. i 323.; Bačić, Vera, Tomić, Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudsom praksom*, Službeni list, Beograd, 1989., str. 204-205.; Krbanjević, Đoko, *Opravdana i neopravdana tužba u upravnom sporu u okviru instituta “čutanja administracije” i neka od razmišljanja o potrebi izmena u tom institutu*, Pravna misao, 1-2(1982), str. 87-89. S obzirom na izričitost samoga ZUS-a teorija i praksa u Republici Hrvatskoj jasno se opredjeljuju za mogućnost odbijanja tužbe. V. tako Dupelj, op.cit. (bilj. 2), str. 32.; Jurić Knežević, op.cit. (bilj. 14), str. 54.

tužbe ima za cjelokupni institut zaštite od šutnje uprave, potrebno je ovom prilikom zauzeti čvrst stav o situacijama u kojima Upravni sud može odbiti tužbu.

Institut zaštite stranaka od šutnje uprave, kako je to ranije u radu već naglašeno, služi se pravnom fikcijom postojanja upravnog akta i njegova, po stranku, negativnog sadržaja.<sup>68</sup> U teoriji se ističe kako pravni poreci fikcijama pribjegavaju, s punom sviješću da određenih činjenica u stvarnosti nema, kako bi se ostvarili pojedini, društveno korisni, ciljevi.<sup>69</sup> U situacijama postupovne neaktivnosti organa javne vlasti fikcija negativnog akta stvorena je s dvojakom svrhom – u prvom se redu nastojalo zaštititi stranke (kojima je omogućena pravna zaštita izjavljivanjem žalbe ili podnošenjem tužbe), a nakon toga i javni interes jer se negativnošću fiktivnog akta zaštićuje nepromjenjivost pravnih situacija.

U situacijama kada se Upravnom sudu, kao jednom, možda i najvažnijem, nosiocu kontrole nad radom uprave ostavlja mogućnost da ulazi u meritum odbijajući tužbu, prethodno je opisana logika postojanja negativne pravne fikcije u značajnoj mjeri poljuljana. Stoga i ne treba iznenaditi što i mogućnost odbijanja tužbe, upravo kao i mogućnost odbijanja žalbe u postupku pred drugostupanjskim organom javne uprave, oštrim protivnicima negativne fikcije služi kao vrlo jak argument za tvrdnju kako njezina primjena, zapravo, dovodi do legaliziranja neaktivnosti uprave.<sup>70</sup> Naime, slično kao i pri zauzimanju stava o mogućnosti odbijanja žalbe u upravnom postupku, postoje shvaćanja koja ističu kako u slučajevima šutnje uprave upravnog akta uopće i nema, pa sud može donijeti odbijajuću presudu samo prosuđujući zakonitost fiktivnog negativnog akta. Drugim riječima, ukoliko sud smatra da je tuženi organ, s obzirom na činjeničnu i normativnu osnovu, trebao donijeti negativno “stvarno” rješenje, fiktivno negativno rješenje nije nezakonito.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Sistem negativne fikcije uveden je prvi put u francuskom pravu još čl. 7. Dekreta od 2. studenog 1864. O razvoju pravne zaštite od šutnje uprave u francuskom pravu v. Berthelemy, Henry, *Trait elementaire de droit administratif*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923., str. 986-988.; Benezra, Geneviève, *Le silence de l'Administration*. Vicissitudes de la réglementation française, *Revue administrative*, 1967, str. 540-546.; Laveissiere, Jean, *Le silence de l'administration*, doktorska disertacija, Université de Bordeaux I, 1979. i Broyelle, Camille, *Le silence de l'administration en droit administratif français*, u: *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, urednica: Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 2006., str. 3-13.

<sup>69</sup> V. *Fikcije*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom 1., Službeni list SFRJ, Beograd, 1978., str. 353-355. O fikcijama u uređenju pravne zaštite od šutnje uprave u francuskom pravu v. u Costa, Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2000., str. 246-249.

<sup>70</sup> V. tako Dimitrijević, op. cit. (bilj. 24), str. 54-57. i Matović, op. cit. (bilj. 24), str. 165-169.

<sup>71</sup> Sud, zapravo, ocjenjuje da li je tuženi organ pravilno postupio kada je šutnjom odbio zahtjev odnosno žalbu, odnosno ocjenjuje zakonitost u materijalno-pravnom smislu odbijanja. V. o tome Dragojlović, Luka, Mihailović, Milovan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Savremena administracija, Beograd, 1979., str. 143. Također isto mišljenje iznosi i Kostić, op.cit. (bilj. 23), str. 148. Kostić u istom radu na str. 149. također ističe i kako u takvoj situaciji tuženi organ nije

Potrebno je, u prvom redu radi zaštite samog sistema zaštite od šutnje uprave primjenom negativne fikcije, istaknuti najvažnije slabosti i pogreške razmišljanja koje negativnu fikciju povezuju i izjednačavaju s izričitim negativnim rješenjima.

Tako, u prvom redu, ovakva shvaćanja negiraju dužnost organa da u svakome pokrenutom upravnom postupku donese rješenje. Institut zaštite od šutnje uprave uspostavljen je kako bi zaštitio građane od neaktivnosti javne uprave, a ne stvorio temelj za njen nerad, lijenost, neznanje ili malicioznost. Organi javne uprave, primijenimo li ovakvo shvaćanje, mogu u svakoj situaciji kada ne žele rješavati jer smatraju da treba donijeti negativno rješenje, jednostavno šutjeti i prepustiti Upravnom sudu da za njih obave "posao". Takva situacija šteti samoj stranci, no šteti i Upravnom sudu čiji se rad dodatno zagušuje upravnim tužbama u stvarima gdje je pravnu situaciju trebao riješiti neaktivni upravni organ.

Drugi je razlog za ozbiljnu kritiku odbijanja tužbe sam "sadržaj" fiktivnoga akta. Takav je "sadržaj" svakako po stranku negativan. No, postavlja se pitanje da li se takav fiktivni negativni akt može smatrati zakonitim ili nezakonitim? On je u svijetu pravnih fikcija i nastao zato što je organ propustio svoju zakonsku dužnost na donošenje i dostavljanje rješenja, odnosno zato što se ponašao (odnosno nije se ponašao, odnosno postupao, a morao je) nezakonito. Smatramo da ta okolnost mora utjecati na sadržaj fiktivnog akta. Stoga smo mišljenja da Upravni sud nikako ne može negativni fiktivni akt smatrati i zakonitim, što zapravo čini kada odbija tužbu smatrajući da je tuženi organ morao donijeti negativno rješenje. On ga, zbog razloga koje ćemo iznijeti u nastavku rada, ne smije smatrati niti apriorno u cijelosti nezakonitim, no ipak je u ovoj situaciji jezičac na vagi na strani nezakonitog akta, pa tom okolnošću mora biti rukovođeno i postupanje Upravnog suda u ovoj situaciji.<sup>72</sup>

Smatramo, stoga, kako Upravni sud nikako, polazeći od negativne fikcije, ne bi smio odbiti tužbu u situaciji kada smatra da su zahtjev ili žalba stranke neosnovani. Na taj se način šutnja uprave legalizira, a organu uprave poručuje da je slobodan ne raditi svaki put kada smatra da su zahtjev ili žalba stranke neosnovani. Ovakvo bi postupanje Upravnog suda zaista bilo protivno samoj svrsi postojanja instituta zaštite stranaka od šutnje uprave.

No, posebnu pozornost zaslužuje situacija kada Upravni sud ustvrdi da je organ javne uprave šutio zbog opravdanih razloga ili kada ustvrdi da je do šutnje došlo zbog krivnje same stranke. Naime, iako Upravni sud nema dužnost (poput drugostupanjskog organa nakon primitka žalbe, a prema čl. 246. st. 1. ZUP-a)

---

dužan donijeti traženi upravni akt i kako se to treba navesti u presudi kojom se tužba odbija kao neosnovana.

<sup>72</sup> "Međutim, kolikogod se u ovoj ili onoj zemlji na manje ili više jasan način izražava pravna obveza na strani upravnog organa da odgovori na postavljen zahtjev, ipak se ne može izbjeći pojava da u pojedinim slučajevima upravni organ šuti i da stranka, prema tome, ne dobiva nikakva odgovora. U tom času postaje njezina subjektivna pretpostavka da ima pravo na akt u širem, objektivnom smislu pravno-politički problem koji ima približno jednako praktično značenje kao i situacija kad je upravni organ doduše donio akt po zahtjevu stranke, ali je taj akt nezakonit." Ivančević, op.cit. (bilj. 47), str. 187.



nakon primitka tužbe tražiti od organa uprave priopćavanje razloga zbog kojih rješenje nije doneseno u roku, on će u svakom slučaju biti dužan tuženom organu poslati tužbu na odgovor. Ukoliko iz odgovora na tužbu i dostavljenih spisa bude razvidno da je do šutnje došlo zbog opravdanih razloga ili krivnje stranke, postavlja se pitanje kako će Upravni sud postupiti s tužbom? Naime, ovdje se ne može zauzeti stanovište da je šutnjom nastao nezakoniti fiktivni akt jer organi javne uprave ne mogu snositi odgovornost za objektivne okolnosti za produživanje postupka ili namjerna odugovlačenja koje je prouzročila sama stranka.<sup>73</sup> Ukoliko bi se i na ovu situaciju primijenila logika polaznja od fiktivnog negativnog akta, te se taj fiktivni akt shvaćalo kao zakonit, moglo bi se zaključiti da bi Upravni sud mogao odbiti tužbu svaki put kada bi smatrao da je potrebno donijeti negativni akt. Ovdje se ne bi radilo o legalizaciji neaktivnosti organa jer nezakonite neaktivnosti zapravo nije niti bilo, ili je, pak, neaktivnost prouzrokovala sama stranka.

Iako ima mjesta i za ovakvo shvaćanje, smatramo kako je i u ovoj situaciji potrebno tužbu stranke odbaciti. Riječ je ovdje zapravo o posebnom razlogu za odbacivanje koji je najbliži odbacivanju tužbe zbog njene prijevremenosti. Smatramo kako bi u ovoj situaciji u rješenju kojim se tužba odbacuje trebalo organ javne uprave upozoriti u kojem je roku dužan donijeti rješenje, a prema potrebi ga i uputiti u kojem će smislu donijeti rješenje.

### ***E) Obveznost presude i rok u kojem je nadležni organ dužan donijeti akt***

ZUS sadrži i odredbe kojima osigurava obveznost sudskih presuda u situacijama kada se postupke, nakon sudskih presuda, ponovno treba voditi pred prvostupanjskim ili drugostupanjskim organima i trebaju okončati novim upravnim aktima. Tako se čl. 62. najprije nadležnom organu propisuje obveza donošenja novog upravnog akta bez odgode, a najkasnije u roku od 30 dana, te ga se vezuje za pravno shvaćanje suda, dok se čl. 63. propisuje postupanje ukoliko nadležni organ donese novi upravni akt protivno takvom pravnom shvaćanju suda.

S obzirom da se u ovom radu bavimo problematikom šutnje uprave, pobliže ćemo razmotriti samo pravnu zaštitu protiv situacija kada nadležni organi uprave ne donesu novi upravni akt ili akt u izvršenju presude donesene povodom tužbi zbog šutnje uprave, a koja je predviđena čl. 64. ZUS-a.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Ovakvo je oslobađanje od odgovornosti, podsjetimo, predviđeno i čl. 246. ZUP-a koji predviđa obvezu drugostupanjskom organu propisati dodatni rok za rješavanje prvostupanjskom organu (ne duži od jednog mjeseca), ukoliko utvrdi da prvostupanjski organ rješenje nije donio zbog opravdanih razloga ili krivnje stranke.

<sup>74</sup> "Ako nadležni organ nakon poništenja upravnog akta ne donese odmah, a najkasnije u roku od 30 dana novi upravni akt ili akt u izvršenju presude donese (radi se na ovom mjestu o pogrešci koji bi bilo potrebno ispraviti – trebalo bi pisati: donesene op. M.Š.) na temelju članka 42. stavka 5. ovog zakona, stranka može posebnim podneskom tražiti donošenje takvog akta. Ako nadležni organ ne donese akt ni za sedam dana od tog traženja, stranka može tražiti donošenje takva akta od suda koji je donio presudu u prvom stepenu."

Tako, je, najprije, potrebno preispitati da li je za osiguravanje efikasnog i pravednog sistema pravne zaštite od šutnje uprave potrebno stranku još jednom obvezivati da posebnim podneskom (požurnicom) traži donošenje akta od nadležnog organa uprave.<sup>75</sup>

ZUS je već čl. 26., kako je ranije u radu i opisano, slanje požurnice organu postavio kao jednu od procesnih pretpostavki za vođenje upravnog spora zbog šutnje organa posljednjeg stupnja. Slanje požurnice u toj je situaciji opravdano jer na taj način stranka može "podsjetiti" nadležni organ na njegovu obvezu rješavanja, prije nego li se odluči za, moguće, dugotrajniji put upravnosudske zaštite.

Smatramo, međutim, kako u situaciji koju predviđa čl. 64., slanje požurnice nije potrebno i kako je, zapravo, na štetu same stranke. Organ javne uprave našao se u poziciji da mora postupiti prema presudi suda i donijeti upravni akt nakon što je već ranije propustio donijeti svoj akt prije pokretanja upravnog spora. I tom je prilikom, ponovimo, stranka morala poslati požurnicu kako bi mogla takvu sudsku zaštitu tražiti. Nakon toga je organu javne uprave morala biti poslana tužba na odgovor. Tek nakon toga se organ, u slučajevima uvažavanja tužbe, našao u prilici da izvršava sudsku presudu. Sve navedene aktivnosti nesporno ukazuju kako je organ javne uprave o vlastitoj neaktivnosti "obaviješten" već tri puta. Stoga je vrlo upitna nužnost još jednog "podsjećanja" na dužnost rješavanja (i postupanja po sudskoj presudi). Ovakvim se prenošenjem aktivnosti ponovno na stranku nju nepotrebno opterećuje, a organ uprave može opet otežati s donošenjem rješenja i čekati slanje požurnice jer bez nje nisu moguće daljnje akcije stranke. Organ javne uprave mora na djelovanje biti natjeran samim autoritetom sudske presude, te je nepotrebno i neoportuno da ga na taj autoritet treba "podsjećati" stranka.<sup>76</sup>

Čl. 64. dalje određuje kako će, ukoliko nadležni organ akt ne donese ni u daljnjem roku od sedam dana od ponovnog traženja – požurnice, stranka moći zahtjevom zatražiti donošenje upravnog akta od Upravnog suda. Maksimalni rok za predaju ovakvog zahtjeva nije utvrđen.<sup>77</sup>

Zakonodavac je, dakle, već u ovom trenutku – ističući kako stranka donošenje upravnog akta od Upravnog suda traži zahtjevom, a ne novom tužbom,

---

U vezi s takvim zahtjevom sud će zatražiti od nadležnog organa obavijest o razlozima zbog kojih upravni akt nije donio. Nadležni organ dužan je dati tu obavijest odmah, a najkasnije u roku od sedam dana. Ako on to ne učini, ili ako dana obavijest, prema mišljenju suda, ne opravdava neizvršenje sudske presude, sud će donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa. Sud će to rješenje dostaviti organu nadležnom za izvršenje i o tome istovremeno obavijestiti organ koji obavlja nadzor. Organ nadležan za izvršenje dužan je bez odgode izvršiti takvo rješenje (čl. 64. ZUS-a).

Potrebno je istaknuti kako se čl. 64. ZUS-a, nažalost, organe javne uprave obvezuje samo na donošenje, a ne i na dostavu akta.

<sup>75</sup> "U formalnom pogledu urgiranje treba obaviti "posebnim pismenim podneskom" (odnosno na zapisnik), koji se upućuje neposredno tuženoj strani. Prema tome nisu dovoljna samo neformalna usmena traženja." Ivančević i dr., op.cit. (bilj. 49), str. 289.

<sup>76</sup> V. i Dragojlović i dr., op. cit. (bilj. 70), str. 183-184.

<sup>77</sup> V. Ivančević i dr., op. cit. (bilj. 49), str. 289.

naglasio potrebu “pretvaranja” upravnosudskog postupka u upravni, odnosno Upravni sud u organ javne uprave. U takvom zahtjevu stranka mora precizirati što zahtjevom traži te mora iznijeti podatke iz kojih je vidljivo da organ u predviđenom roku nije donio upravni akt, da je ona nakon toga predala požurnicu te da ni nakon toga nadležni organ javne uprave nije donio akt.<sup>78</sup>

Provodeći postupak po zahtjevu stranke Upravni sud će, ukoliko zahtjev ne odbaci, najprije od nadležnog organa zatražiti obavijest o razlozima zbog kojih nije donio upravni akt.<sup>79</sup> Buduće postupanje Upravnog suda bit će rukovođeno daljnjom neaktivnošću organa uprave ili stavom Upravnog suda o razlozima za takvu neaktivnost. Čl. 64., naime, predviđa da će ukoliko organ javne uprave ne obavijesti sud u roku od sedam dana o razlozima nedonošenja akta, ili ako, prema mišljenju suda, razlozi koje je organ iznio u obavijesti ne opravdavaju neizvršenje sudske presude, Upravni sud donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog organa.<sup>80</sup>

Na ovom mjestu potrebno je istaknuti kako zakon sadrži prazninu u uređivanju postupanja Upravnog suda kada ustvrdi da su razlozi za nedonošenje rješenja po presudi opravdani.<sup>81</sup> No, s obzirom da je u ovoj situaciji Upravni sud zapravo u poziciji koja najviše sličí poziciji drugostupanjskog organa koji odlučuje o žalbi proti šutnje prvostupanjskog organa javne uprave, potrebno je odgovor na ovo pitanje pronaći u čl. 246. st. 1. ZUP-a. Stoga smatramo kako će Upravni sud u takvoj situaciji odrediti prvostupanjskom organu novi rok za donošenje rješenja u izvršenju presude, koji bi trebao iznositi najviše mjesec dana.<sup>82</sup> Ukoliko nadležni organ donese rješenje u naknadno ostavljenom roku, sud bi postupak po zahtjevu trebao obustaviti. Tek ukoliko nadležni organ uprave ne donese rješenje ni u tom naknadnom roku Upravni će sud sam riješiti stvar sukladno čl. 64. ZUS-a.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> Ibid.; Perović, op.cit. (bilj. 52), str. 402.

<sup>79</sup> Ovdje je zakonodavac u potpunosti “pretvorio” Upravni sud u organ javne uprave te mu dodijelio iste ovlasti i dužnosti kakve, u upravnom postupku prema čl. 246. ZUP-a, ima drugostupanjski organ kada odlučuje po žalbama zbog nedonošenja prvostupanjskog rješenja.

<sup>80</sup> “Potrebno je, međutim, napomenuti da, u praksi, sud vrlo rijetko, gotovo nikada ne donosi takva rješenja.” Dupelj, op.cit. (bilj. 2), str. 32.

<sup>81</sup> Razlozi koji mogu opravdati nedonošenje akta nisu zakonski precizirani no smatra se kako to mogu biti razne objektivne i druge okolnosti koje su dovele do toga da akt ne bude donesen te je ostavljeno sudu da on sam, po vlastitom shvaćanju, ocijeni da li su navedeni razlozi opravdavajući ili ne. V. Perović, op. cit. (bilj. 52), str. 403.

<sup>82</sup> Isto shvaćanje v. i u Ivančević i dr., op.cit. (bilj. 49), str. 291. i Bačić, Tomić, op. cit. (bilj. 67), str. 246. Ovakvo je shvaćanje prihvaćeno i u sudskoj praksi – v. presudu Upravnog suda RH Us-1186/87 od 13. srpnja 1988. na <http://www.upravnisudrh.hr>.

<sup>83</sup> Postoji i mišljenje da Upravni sud, ako ne može odmah donijeti rješenje jer je potrebno utvrditi određene činjenice, može također ostaviti nadležnom organu javne uprave rok u kojem će ovaj biti dužan donijeti akt. V. tako Majstorović, op. cit. (bilj. 51), str. 155. Smatramo kako ovakvo shvaćanje nije opravdano. Razlika između situacija u kojima se neaktivnost organa javne uprave opravdava i onih u kojima takva opravdanja nema mora dovesti i do različitog postupanja Upravnog suda. Naime, činjenica da je nadležni organ javne uprave s tolikom upornošću propuštao svoju zakonsku obvezu na rješavanje ne smije ostavljati Upravnom sudu slobodu da mu pruža još

Postavlja se i pitanje kako mora postupiti Upravni sud ako nakon što je već započeo s postupkom po zahtjevu stranke, nadležni organ ipak donese svoje rješenje u izvršenju presude. Smatramo kako se u ovoj situaciji treba prikloniti mišljenju onih koji se zalažu za adekvatnu primjenu čl. 32. ZUS-a.<sup>84</sup> To bi značilo da bi Upravni sud u slučaju naknadnog donošenja akta trebao pozvati stranku da se u roku od 15 dana izjasni da li je takvim naknadno donesenim aktom zadovoljna ili ne. Ukoliko bi stranka izjavila da je aktom zadovoljna, ili u ostavljenom roku ne bi dala nikakvo mišljenje, Upravni bi sud donio rješenje o obustavi postupka. Ukoliko bi, pak, stranka izjavila da naknadno donesenim aktom nije zadovoljna, Upravni sud trebao bi tužiočevu izjavu da novim rješenjem nije zadovoljan smatrati kao tužbu podnijetu protiv novoga rješenja.

Značajka je, ponovimo, sudske odluke kojom se rješava sama stvar da se ona donosi kao rješenje – radi se o osobitosti čl. 64. koji je u opreci prema ostalim sporovima pune jurisdikcije koji se okončavaju presudom.<sup>85</sup> Ovakvim se imenovanjem sudske odluke kao rješenja željelo istaknuti okolnost da je Upravni sud stupio na mjesto nadležnog organa javne uprave koji je propustio donijeti upravni akt.<sup>86</sup>

Nakon donošenja, Upravni sud rješenje dostavlja organu nadležnom za izvršenje, koji ga je dužan bez odgode izvršiti. Na ovaj se način želi pojačati disciplina u izvršavanju i osigurati efikasnost upravnog spora.<sup>87</sup>

S obzirom da ponovno nepostupanje i nedonošenje upravnog akta od nadležnog organa, osim što je nezakonito, predstavlja i otpor provođenju volje suda izraženoj u sudskoj presudi, ZUS je obvezao Upravni sud na obavještanje organa koji provodi nadzor nad radom upravnog organa o njegovom ponašanju. Svrha je ovakvog obavještanja da organ nadležan za nadzor sa svoje strane poduzme disciplinske mjere kojima će spriječiti da se u buduće događaju ovakvi grubi slučajevi neposluha nadležnog organa.<sup>88</sup>

---

jednu priliku za rješavanje (i mogućnost izbjegavanja eventualnih sankcija u postupku nadzora). Stoga, smatramo da Upravni sud u situaciji kada je potrebno utvrditi još neke činjenice važne za donošenje rješenja to mora učiniti sam.

<sup>84</sup> V. *ibid.*, str. 154-155.; Bačić, Tomić, *op. cit.* (bilj. 67), str. 245-246. Mišljenje oprečno navedenom zalaže se za obustavu postupka pred Upravnim sudom rješenjem jer sud u tom slučaju ne može pozvati stranku izjasniti se da li je takvim aktom zadovoljna ili ne. Stranka bi protiv takvog akta mogla samo pokrenuti novu tužbu prema čl. 63. ZUS-a. V. Ivančević i dr., *op.cit.* (bilj. 49), str. 290-291.

<sup>85</sup> "I u ovom slučaju rješenje Upravnog suda je s formalne strane sudski akt, jer je donesen u sudskom postupku, a u materijalnom smislu je upravni akt, jer rješava upravnu stvar i u svemu zamjenjuje upravni akt nadležnog tijela." Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Informator, Zagreb, 2001., str. 234.

<sup>86</sup> V. Ivančević i dr., *op. cit.* (bilj. 49), str. 292.

<sup>87</sup> Ovakvo će rješenje Upravni sud dostaviti i strankama, dakle i nadležnom organu koji nije donio odgovarajući akt u izvršenju presude. V. Perović, *op.cit.* (bilj. 52), str. 404.

<sup>88</sup> "S obzirom na to da je takav odnos nedopustiv i višestruko štetan, trebalo bi da Upravni sud, prema potrebi, poduzme i druge mjere kod viših instancija u upravnom sustavu, pogotovo ako takvih slučajeva bude više od istog tijela ili od tijela iz istog upravnog područja." Krijan, *op. cit.* (bilj. 19), str. 235.

#### IV. Zaključak

Iz prethodnih je poglavlja razvidno kako sistem zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj, zasnovan na primjeni fikcije negativnog akta, a sadržan u odredbama ZUP-a i ZUS-a, sadrži određene propuste i nedovršenosti normativno-tehničke prirode, no i važne supstancijalne previde. No, potrebno je to još jednom naglasiti, radi se o suatavu koji je u svojim osnovama vrlo logičan i utemeljen. Njime se vrlo uspješno mire često sukobljene težnje osiguravanja zaštite javnoga interesa i težnje usmjerene k zaštiti pojedinaca. Također, njime se uspješno pridonosi i učvršćivanju, prema nekima, i osnovnog načela prava – pravne sigurnosti.<sup>89</sup>

Smatramo kako je prethodne stavove potrebno naročito istaknuti jer u posljednje vrijeme jačaju ideje koje se zalažu za primjenu sistema pozitivne fikcije kao općeg pravila za rješavanje problema šutnje uprave.<sup>90</sup> Navedenim se sistemom uz protek zakonskih rokova za rješavanje veže nastanak akta kojim se u cijelosti usvajaju zahtjevi stranaka (pozitivni akt).

Pristaše sistema pozitivne fikcije ističu kako se radi o modernijem načinu zaštite koji onemogućuje “nadređeni” položaj organa uprave u odnosu na građane. Pozitivna fikcija također, ističe se, pridonosi discipliniranju organa javne uprave te dovodi do rasterećenja drugostupanjskih organa i Upravnog suda. Iako se slažemo s navedenim stavovima, ističemo kako primjena pozitivne fikcije sa sobom nosi i niz nedostataka i opasnosti. Spomenimo samo neke od njih – neobaziranje na načelnu postupovnu jednakost stranaka (moguće su različite sudbine koje će zamišljeni istovjetni zahtjevi stranaka imati u situacijama kada organi javne uprave šute ili kada donose rješenja u rokovima), nemogućnost da hijerarhijski viši organi i Upravni sud saznaju za prave razloge koji su doveli do šutnje (preopterećenost spisima, nedovoljna informatička opremljenost ...), zanemarivanja potrebe za postojanjem pisanog akta i sa stanovišta stranke (daljnje pravne akcije, legitimacija prema trećima). No, nesumnjivo je da se primjenom pozitivne fikcije zanemaruje potreba zaštite javnoga interesa i pravne sigurnosti jer su moguće situacije da nezakoniti zahtjevi stranaka dovedu do realnih posljedica u stvarnosti. Intervencije i zaštita javne vlasti bit će i u tim

---

Istaknimo, primjera radi, kako Zakon o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH, br. 2/98. i 8/00.) propisuje kako odgovorna osoba u nadležnom organu koja ne donese rješenje u izvršenju sudske presude, čini tešku povredu radne dužnosti te kako prijedlog za pokretanje disciplinskog postupka podnosi u pravilu sud po službenoj dužnosti. Isti zakon propisuje prekršaj i novčanu kaznu ako nadležni organ ne donese upravni akt u roku, odnosno niti nakon sedam dana po zahtjevu stranke ili ne dostavi spise i traženo obavještenje sudu ili ne izvrši rješenje suda. V. više o navedenom u: Krijan, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine sa sudskom praksom*, Privredna štampa, Sarajevo, 2001., str. 339-340.

<sup>89</sup> V. o navedenome u: Radbruch, Gustav, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980., str. 94-100. i 108. i 109.

<sup>90</sup> Zalaganje za navedni sistem pravne zaštite već je dugo vremena prisutno u hrvatskoj upravno-pravnoj teoriji: V. tako Matović, op. cit. (bilj. 24), str. 165-169.

slučajevima neophodne. Vrlo je vjerojatno, stoga, da bi primjena pozitivne fikcije kao općeg pravila prouzrokovala, umjesto racionalizacije i ubrzanja kojima teži, samo daljnje komplikacije i odugovlačenja.<sup>91</sup>

Željeli bismo, prije samog kraja rada, istaknuti i jednu invenciju uvedenu u slovensko pravo Zakonom o upravnom sporu iz 2006.<sup>92</sup> Njime je, naime, mogućnost tužbe zbog šutnje uprave omogućena i u situacijama kada upravni organ u roku od tri godine od početka upravnog postupka ne bi donio konačan upravni akt, i to bez obzira da li su u postupku bila iskorištena redovna ili izvanredna pravna sredstva. Tužba se u ovom slučaju ne bi mogla podnijeti samo ako je postupak bio prekinut.<sup>93</sup> Smatramo kako je upravo ovakvo zakonsko rješenje najznačajnija novost i inovacija u slovenskom sistemu zaštite stranaka od šutnje uprave. Mišljenja smo kako bi se u budućnosti hrvatski zakonodavac trebao "ugledati" na navedeno rješenje te uvesti ovakvu zaštitu i u naš upravni spor.<sup>94</sup> Time bi se omogućila i zaštita stranaka u mučnim i iscrpljujućim, i nažalost čestim, situacijama kada nakon izjavljenih žalbi dolazi do "dodavanja" između prvostupanjskih i drugostupanjskih organa.

Slijedom svega navedenoga, zaključno, ističemo kako bi se sistem negativne fikcije trebalo i dalje proučavati, poboljšavati i jačati kroz sudsku praksu i nova normativna rješenja. Smatramo kako i za razvoj sistema pozitivne fikcije treba ostaviti prostora, no samo kroz pojedine posebne zakone<sup>95</sup>, a ne ga nepromišljeno i rizično pretvarati u generalni sustav pravne zaštite. Također, mišljenja smo kako bi hrvatski zakonodavac trebao razmišljati i o pojedinim novim postupovnim mehanizmima kojima bi se građane još kvalitetnije zaštitilo od šutnje uprave.

### Literatura

1. ANDROJNA, Vilko, *Upravni postopek in upravni spor*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1992.
2. ARAPOVIĆ, Muzafer, *Upravni spor protiv "čutanja uprave"*, Pravna misao, 7-8(1980), str. 96-107.
3. BAČIĆ, Vera, TOMIĆ, Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Službeni list, Beograd, 1989.
4. BENEZRA, Geneviève, *Le silence de l'Administration*. Vicissitudes de la réglementation française, *Revue administrative*, 1967, str. 540-546.
5. BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

<sup>91</sup> V. o problematici pozitivne fikcije više i u: Šikić, op. cit. (bilj. 4), str. 134-137.

<sup>92</sup> Zakon o upravnom sporu Republike Slovenije (Uradni list RS 105/2006).

<sup>93</sup> V. čl. 28. st. 3. Zakona o upravnom sporu Republike Slovenije.

<sup>94</sup> Dakako, za raspravu ostaje pitanje da li bi se moglo trogodišnji rok nedonošenja konačnog rješenja kao pretpostavke za pokretanje upravnog spora smanjiti – npr. na dvogodišnji rok.

<sup>95</sup> Primjere pozitivne fikcije u posebnim zakonima v. npr. u čl. 13. st. 5. Zakona o državnim potporama (NN 140/05.), čl. 38. st. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (NN 121/03., 85/06.), čl. 17. st. 1. Zakona o udrugama (NN 88/01.).



6. BOGDANOVIĆ, Jakaša, *Suština upravnog spora u slučaju "ćutanja administracije"*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3(1957.), str. 344-349.
7. BORKOVIĆ, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
8. BOŽIĆ, Jovan, *Primena odredbe člana 26. Zakona o upravnim sporovima u slučaju kada je za vreme upravnog spora doneto novo prvostepeno rešenje*, Neka pitanja i problemi primene zakona o upravnim sporovima, Beograd, 1982.
9. BROUELLE, Camille, *Le silence de l'administration en droit administratif français*, u: Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze, urednica: Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milano, 2006., str. 3-13.
10. BUŠIĆ, Anđelko, *Mogućnost pokretanja upravnog spora u slučaju šutnje upravne vlasti*, Carinski vjesnik, 4(1995.), str. 30-39.
11. COSTA, Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2000.
12. CRNKOVIĆ, Vladimir; DUPELJ, Źeljko, *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Informator, Zagreb, 1996.
13. DIMITRIJEVIĆ, Predrag M., *Odgovornost uprave za nećinjenje sa posebnim osvrtom na ćutanje uprave*, doktorska dizertacija, Beograd, 1996.
14. DUPELJ, Źeljko; TURČIĆ Zlatan, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku sa sudskom praksom, primjerima, napomenama, abecednim kazalom pojmova i priložima, Zakon o upravnim sporovima sa sudskom praksom, napomenama i abecednim kazalom pojmova Zakon o upravnim pristojbama i tarifa upravnih pristojbi*, Organizator, Zagreb, 2000.
15. DUPELJ, Źelimir, *Šutnja uprave*, Pravo i porezi, 6(2002.), str. 27-32.
16. FATIĆ, Branislav, *Da li je našem upravnom pravu potrebna ustanova "ćutanja administracije"*, Samoupravljanje, 10(1975.)
17. FESTIĆ, Ibrahim, *Pravna zaštita građana u slučaju šutnje uprave*, Godišnjak pravnog fakulteta u Sarajevu, 32(1984.), str. 177-186.
18. FIKCIJA PRAVNA, *Pravni leksikon*, drugo izdanje, Beograd: Savremena administracija, 1970.
19. FIKCIJE, *Pravna enciklopedija*, Beograd: Savremena administracija, Sv. 1, 1989.
20. IVANĆEVIĆ, Velimir; IVĆIĆ, Milivoj; LALIĆ Antun, *Zakon o upravnim sporovima s komentarom i sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb, 1958.
21. IVANĆEVIĆ, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
22. IVANĆEVIĆ, Velimir, *Pravna zaštita građana kod šutnje administracije*, Hrestomatija upravnog prava, priredio: Dragan Medvedović, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2003., str. 187-215.
23. JANIĆ, Tihomir, *Postupak i odluka suda u upravnom sporu zbog "ćutanja administracije" u slučaju kada u toku spora prvostepeni organ donosi rešenje bilo pozitivno bilo negativno po stranku, koja je pokrenula upravni spor*, Pravni život, 12(1973), str. 41-47.
24. JEROVŠEK, Tone, *Molk uprave*, VeštNIK instituta za javnu upravu, 1-2(1980.), str. 53-68.

25. 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, 2006., str. 64-80.
26. JEVTIĆ, Ljubomir, *Pravna zaštita protiv "ćutanja administracije" kao kršenja zakonitosti*, Narodni odbor, 2(1952.), str. 62-68.
27. JEVTIĆ Ljubomir, *Da nestane "ćutanja administracije"* Narodni službenik, 138(1956.), str.1-2.
28. JURIĆ-KNEŽEVIĆ Dunja, *Nedonošenje upravnog akta (šutnja uprave) i put pravne zaštite*, Pravo i porezi, 9(2003.), str. 51-57.
29. KOSOVAC, Mladen, *Pravna zaštita građana i organizacija u slučajevima "ćutanja administracije"*, Opština, 3(1973.), str. 25-29.
30. KOSTIĆ, Miladin, *Ćutanje uprave i ostvarivanje prava i interesa stranaka*, Pravni život, 10(1998.), str. 143-150.
31. KRBANJEVIĆ, Đoko, *Zaštita prava i interesa stranaka u upravnom postupku i upravnom sporu kad postoji "ćutanje administracije"*, Advokatura, Sarajevo, 1-2(1979.), str. 34-42.
32. KRBANJEVIĆ, Đoko, *Opravdana i neopravdana tužba u upravnom sporu u okviru instituta "ćutanja administracije" i neka od razmišljanja o potrebi izmena u tom institutu*, Pravna misao, 1-2 (1982.), str. 87-94.
33. KRBEK, Ivo, *Upravnosudska zaštita protiv šutnje upravne vlasti*, Mjesečnik pravničkog društva, 2-3(1937.), str. 81-92.
34. KRIJAN, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, 2001.
35. KRIJAN, Pero, *Komentar Zakona o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine sa sudskom praksom*, Privredna štampa, Sarajevo, 2001.
36. KRIJAN, Pero, *Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, OSCE – Ured za demokratizaciju, Sarajevo, 1999.
37. LAVEISSIERE, Jean, *Le silence de l'administration*, doktorska dizertacija, Bordeaux, 1979.
38. MAGERL, Milivoj, *Upravi spor zbog šutnje administracije*, Privredno pravni priručnik, 2(1974.), str. 21-29.
39. MAJSTOROVIĆ, Bogdan, *Zakon o upravnim sporovima sa stručnim komentarom*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1952.
40. MAJSTOROVIĆ, Bogdan, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Izdanje službenog lista SFRJ, Beograd, 1965.
41. MATOVIĆ, Ivan, *Neki aspekti zaštite protiv šutnje administracije*, Zbornik Više upravne škole u Zagrebu, 11(1982.), str. 153-179.
42. MRŠIĆ, Gordana, *Šutnja administracije*, Hrvatska gospodarska revija, 1(1999.), str. 76-77.
43. PEHAR, Snježana, *Sudska zaštita protiv šutnje administracije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, 19 (2006.), str. 93-105.
44. PEROVIĆ, Mirko, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Savremena administracija, Beograd, 1972.
45. POPOVIĆ, Slavoljub, *Opći upravni postupak*, Informator, Zagreb, 1957.

46. POPOVIĆ, Slavoljub, *Opšti upravni postupak s obrascima i primerima*, Informator, Zagreb, 1964.
47. POPOVIĆ, Slavoljub, *Upravni spor u teoriji i praksi*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1968.
48. POPOVIĆ, Slavoljub, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987.
49. PRETPOSTAVKE, *Pravna enciklopedija*, Beograd: Savremena administracija, Sv. 2, 1989.
50. RADDBRUCH, Gustav, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980.
51. RAĐENović, Mirjana, *Ćutanje uprave u jugoslovenskom pravu*, magistarski rad, Beograd, Pravni fakultet, 1988.
52. SLADOLJEV, Kruno, *Specifičnosti i praktična primjena instituta ustavnosudske zaštite Ustavom utvrđenih prava i sloboda zbog šutnje administracije*, *Pravo i porezi*, 1(2001.), str. 44-45.
53. ŠIKIĆ, Marko, *Temelji zaštite građana od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj*, *Hrvatska javna uprava*, 2 (2006.), str. 121-148.
54. ŠPRAJC, Ivan, *O odluci Ustavnog suda RH*, *Informator*, 5453 (2006.), str. 7. i 8.
55. TRATAR, Boštjan, *Varstvo pravic v upravnom postopku v primeru molka uprave*, *Dignitas*, 5-6(2000.), str. 213-227.
56. TRATAR, Boštjan, *Novi Zakon o upravnom sporu: s pojasnili i stvarnim kazalom*, Založba Legat, Ljubljana, 2006.
57. TURČIĆ, Zlatan, *Rok za donošenje i dostavu rješenja o poništavanju i ukidanju rješenja po pravu nadzora*, *Informator*, 5447 (2006.), str. 5-7.
58. WINKELHOFER, Richard, *Säumnis von Verwaltungsbehörden*, Österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1991.

### ***Izvori***

- Zakon o općem upravnom postupku, NN 53/91. i 103/96.  
Zakon o općem upravnom postupku, Službeni list FNRJ br. 52/56.  
Zakon o općem upravnom postupku, Službeni list SFRJ br. 47/86.  
Zakon o upravnim sporovima, NN 53/91., 9/92. i 77/92.  
Zakon o upravnim sporovima, Službeni list FNRJ br. 23/52.  
Zakon o upravnim sporovima, Službeni list SFRJ br. 4/77.  
Zakon o upravnim sporovima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 2/98. i 8/00.  
Zakon o upravnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 2/98.  
Zakon o državnim potporama, NN 140/05.  
Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN 121/03., 85/06.  
Zakon o udrugama, NN 88/01.  
Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN 92/96. i 80/02.  
Zakon o izvlaštenju, NN 9/94., 35/94., 112/00., 114/01. i 79/06.  
Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/03.

## Summary

### **ISSUES ON GOVERNING AND APPLICATION OF LEGAL PROTECTION TO PREVENT ADMINISTRATIVE SILENCE IN THE REPUBLIC OF CROATIA**

The article analyses basic issues, which have emerged from legal protection from administrative silence in the Republic of Croatia. The analysis begins with scrutinizing the provisions of the General Administrative Procedure Act and Administrative Disputes Act, which have been giving the legal protection from administrative silence. Given analysis points to omissions and illogical solutions as well as good aspects of a protection system established by the above mentioned acts. Possible basic development directions of the institute have been emphasized in the conclusion. The need for consistent development of the present system of negative fiction has also been stressed. The mentioned system has to be in a function of protecting personal and public interests and securing economic and effective procedures.

**Key words:** *administrative silence, negative fiction, administrative procedure, administrative dispute.*

## Zusammenfassung

### **FRAGEN DER REGELUNG UND ANWENDUNG VON RECHTSSCHUTZ BEI SCHWEIGEN DER VERWALTUNG IN DER REPUBLIK KROATIEN**

In der Arbeit werden Grundfragen bearbeitet, die der Rechtsschutz bei Schweigen der Verwaltung in der Republik Kroatien auferlegt. In erster Linie werden Bestimmungen des Gesetzes über allgemeine Verwaltungsverfahren und des Gesetzes über Verwaltungsstreitigkeiten, durch die Rechtsschutz bei der Verwaltung geboten wird, analysiert. In der angeführten Analyse wird auf Versäumnisse und Ungereimtheiten sowie auf die guten Seiten des durch die erwähnten Gesetze eingerichteten Schutzsystems hingewiesen. Am Schluss der Arbeit werden mögliche grundlegende Richtungen bei der Entwicklung des Instituts sowie die Notwendigkeit einer konsequenten Entwicklung des bestehenden Systems negativer Fiktion betont. Durch das erwähnte System müssten auch die persönlichen und öffentlichen Interessen geschützt sowie ökonomischere und wirkungsvollere Verfahren gesichert werden.

**Schlüsselwörter:** *Schweigen der Verwaltung, negative Fiktion, Verwaltungsverfahren, Verwaltungsstreitigkeit.*

Sommario

**QUESTIONI SULLA DISCIPLINA E SULL'APPLICAZIONE  
DELLA TUTELA GIURIDICA  
DAL SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE  
NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA**

Nel lavoro si trattano le questioni fondamentali che sono emerse sulla tutela giuridica dal silenzio dell'amministrazione nella Repubblica di Croazia. In esordio si analizzano le norme della Legge sul procedimento amministrativo generale e della Legge sul contenzioso amministrativo che hanno stabilito la tutela giuridica dal silenzio dell'amministrazione. In seguito si analizzano le omissioni e le illogicità, così come gli aspetti positivi del sistema di tutela stabilito dalle citate leggi. In chiusura si sottolineano le possibili direzioni fondamentali di evoluzione dell'istituto, e si evidenzia la necessità di un significativo sviluppo del presente sistema della finzione negativa. Il menzionato sistema deve funzionare a tutela dell'interesse individuale e pubblico e a garanzia dell'economia e dell'efficacia del procedimento.

***Parole chiave:*** *silenzio dell'amministrazione, finzione negativa, procedimento amministrativo, contenzioso amministrativo.*





## OSNIVANJE (OBNOVA) ZEMLJIŠNIH KNJIGA – RAD KATASTARSKOG I ZEMLJIŠNOKNJIŽNOG POVJERENSTVA (*de lege lata, de lege ferenda*)

Damir Kontrec, sudac  
Županijski sud u Varaždinu

UDK: 349.418  
Ur.: 28. siječnja 2008.  
Pr.: 17. veljače 2008.  
Pregledni znanstveni članak

*U radu se govori o postupku osnivanja (obnove) zemljišnih knjiga, ali i o postupcima katastarske izmjere i tehničke reambulacije kao preduvjetu za provođenje postupka osnivanja zemljišnih knjiga. Ukazuje se na međusobnu ovisnost i uvjetovanost katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva u postupku izlaganja novog katastarskog operata na javni uvid i postupku sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka. Prikazana su važeća zakonska rješenja iz Zakona o zemljišnim knjigama i Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, ali se upozorava i na različitu praksu zemljišnoknjižnih sudova kod postupaka osnivanja odnosno obnove zemljišnih knjiga (de lege lata). Na kraju dani su prijedlozi (de lege ferenda) kojima bi postupak osnivanja i obnove zemljišnih knjiga bio proveden u što kraćem roku, s ciljem kako bi isti rezultirao stvaranjem ažurne evidencije o pravnom stanju nekretnina mjerodavnom za pravni promet.*

**Ključne riječi:** *osnivanje i obnova zemljišnih knjiga, katastarska izmjera i tehnička reambulacija, izlaganje katastarskog operata na javni uvid, sastavljanje nove zemljišne knjige, ispravni postupak.*

### 1. Uvod

Donošenjem novog Zakona o zemljišnim knjigama<sup>1</sup> propisana su pravila na koji se način provodi postupak osnivanja (obnove) zemljišnih knjiga. U zadnjih desetak godina pokrenut je cijeli niz novih katastarskih izmjera, a iza kojih bi po

<sup>1</sup> Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04. i 107/07., 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.

službenoj dužnosti trebala slijediti obnova zemljišnih knjiga (čl. 198. st. 2., ZZK). Postupku osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga neminovno prethodi postupak nove katastarske izmjere ili tehničke reambulacije katastarskih podataka, pa se neizostavno postavlja i pitanje međusobnog odnosa, ali i koordinacije djelovanja katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva.

Svakodnevna praksa katastarskih ureda i zemljišnoknjižnih sudova još uvijek svjedoči o nejednakom postupanju, usprkos činjenici da je navedena materija regulirana pozitivnim propisima. Zemljišna knjiga tako nije pratila, zbog različitih uzroka i razloga, u zadnjih 20-30 godina, cijeli niz novih katastarskih izmjera ili tehničkih reambulacija određenih katastarskih općina, zbog čega je postojeće stanje u katastru i zemljišnoj knjizi potpuno različito. No, isto tako obnove zemljišnih knjiga za neke katastarske općine na sudovima traju izuzetno dugo, više desetaka godina, pa se postavlja pitanja efikasnosti takvog postupanja, a posebice sigurnosti pravnog prometa u tim katastarskim općinama.

Prema odredbi čl. 9. st. 1. ZZK određuje da se zemljišne knjige temelje na podacima katastarske izmjere, dok prema odredbi čl. 4. st. 1. Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina<sup>2</sup> podaci katastra nekretnina temelj su za zemljišne knjige koje vode zemljišnoknjižni sudovi. Usprkos takvom zakonskom određenju još uvijek smo daleko od cilja da podaci zemljišne knjige i katastra budu identični, tj. da podaci o nekretnini<sup>3</sup> u listu A (posjedovnici) budu izvorni podaci katastra, dok podaci o nositeljima prava na nekretnini i teretima u listu B i C (vlastovnici i teretovnici) budu izvorni podaci zemljišne knjige.

Stoga će se u ovom radu prije svega pokušati prikazati postojeći zakonski okvir za postupanje zemljišnoknjižnog, odnosno katastarskog povjerenstva prilikom postupka izrade novog katastarskog operata i njegova izlaganja, odnosno prilikom postupka sastavljanja nove zemljišne knjige. Ujedno će se ukazati na određene dileme u praksi, kao i različita postupanja, te dati određeni prijedlozi kako bi ovaj postupak mogao biti efikasniji i u konačnici točniji, s ciljem da se nakon postupka osnivanja ili obnove zemljišne knjige dobije zaista stvarna, ažurna evidencija o pravnom stanju nekretnina mjerodavnom za pravni promet.

<sup>2</sup> Narodne novine br. 16/07., dalje ZDIKN.

<sup>3</sup> U čl. 9. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., Odluka USRH, 22/00., Odluka USRH, 73/00., 114/01., 79/06. i 141/06.; dalje: ZV (Vidjeti čl. 12. ZIDZPSPSP, Narodne novine br. 68/98.) dana je definicija pojedinačne nekretnine na način da istu čini zemljišna čestica, uključujući i sve što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje; ali kad je više zemljišnih čestica upisano u zemljišnoj knjizi u isti zemljišnoknjižni uložak, one su pravno sjedinjene u jedno tijelo (zemljišnoknjižno tijelo), koje je kao takvo jedna nekretnina. Isto tako u čl. 2. st. 1. ZZK je propisano da je zemljište u smislu tog Zakona dio zemljine površine koji je u katastru zemljišta označen posebnim brojem i nazivom katastarske općine u kojoj leži (katastarska čestica). Prema st. 2. sve što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje u pravnom je smislu sastavni dio zemljišta i ako zakonom nije drukčije određeno, dijeli njegovu pravnu sudbinu, pa se sve odredbe ovoga Zakona utvrđene glede zemljišta odnose i na to.

## **2. Katastarska izmjera i tehnička reambulacija i izlaganje novog katastarskog operata**

### **2.1. Katastarska izmjera i tehnička reambulacija**

Postupanje katastra kod izrade novog katastarskog operata prilikom nove katastarske izmjere, odnosno tehničke reambulacije može se podijeliti u dvije faze. Prvu fazu čini sam postupak izmjere odnosno reambulacije, koju vrši izvoditelj radova koji je taj posao dobio na javnom natječaju, u kojoj fazi se ne angažira katastarsko povjerenstvo, dok drugu fazu čini postupak izlaganja na javni uvid novog katastarskog operata, koju provodi nadležno katastarsko povjerenstvo.

ZDIKN u čl. 27. i 28. definira pojmove katastarske izmjere i tehničke reambulacije<sup>4</sup>, pa je tako katastarska izmjera prikupljanje i obrada svih potrebnih podataka kojemu je svrha osnivanje katastarskih čestica, evidentiranje zgrada i drugih građevina, evidentiranje posebnih pravnih režima na zemljištu i načina uporabe zemljišta te izrada katastarskog operata katastra nekretnina, dok je tehnička reambulacija<sup>5</sup> ograničeno prikupljanje i obrada potrebnih podataka koje se provodi u svrhu u koju se provodi i katastarska izmjera.

Katastarska izmjera ili tehnička reambulacija mogu se provoditi za cijelu ili za dio katastarske općine, pri čemu ako se provodi za dio katastarske općine, tada je potrebno da taj dio bude točno opisan, pored ostalog i navođenjem katastarskih čestica na kojima se katastarska izmjera ili tehnička reambulacija provodi (čl. 29. st. 1. i 2., ZDIKN).

U ranijem Zakonu o državnoj izmjeri i katastru nekretnina<sup>6</sup> bilo je određeno u čl. 21. da se katastarskom izmjerom prikupljaju i obrađuju podaci o:

1. položaju, obliku, površini, načinu uporabe, te nositeljima prava na česticama zemljišta,
2. položaju, obliku, načinu uporabe, te nositeljima prava na zgradama i drugim građevinama,

<sup>4</sup> Opširnije o novom ZDIKN vidi: Pahić D., Parcelacijski i drugi geodetski elaborati i njihova provedba u katastru i zemljišnoj knjizi, u: Brežanski, J., Crnić, J., Jelčić, O., Končić, A. M., Kontrec, D., Pahić, D., Sarvan, D., Žuvela, M., Zemljišne knjige i odgoda povjerenja, Novi informator, Zagreb, 2007., str. 177-195; Pahić, D., Postupno stvaranje katastra nekretnina, u: Crnić, J., Jelčić, O., Končić, A. M., Kontrec, D., Mihelčić, G., Nakić, J., Pahić, D., Sessa, Đ., Vlasničkopravni odnosi i zemljišne knjige, Novi informator, Zagreb, 2007., str. 127-155; Pahić, D., Novi Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina – što je u Zakonu novo i kako su riješena sporna pitanja iz prakse, u: Bienenfeld, J., Frković, S., Jelčić, O., Josipović, T., Koharić, Z., Kontrec, D., Pahić, D., Simonetti, P., Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 159-186, dalje: Bienenfeld et. al., Nekretnine ...; Kontrec, D., Refleksije novog Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina na upise u zemljišne knjige, u: Bienenfeld et al., Nekretnine ..., str. 187-210.

<sup>5</sup> *Reambulacia* (lat.) znači dopunjavanje i ispravljanje katastarskih (i geografskih) karata i planova na terenu dopunskom izmjerom: Klaić, B., Rječnik stranih riječi, Nakladni zavod MH, Zagreb, 1988.

<sup>6</sup> Narodne novine br. 128/99. i 153/05., dalje: raniji ZDIKN.

3. položaju u zgradi, površini, te nositeljima prava na dijelovima zgrada (stanova, te poslovnih i drugih prostora) i drugih građevina, te
4. područjima posebnih pravnih odnosa na zemljištu.

Iz navedenog je vidljivo da novi ZDIKN u postupku katastarske izmjere više ne zahtijeva da se prikupljaju podaci o položaju u zgradi, površini i nositeljima prava na dijelovima zgrada (stanova, te poslovnih i drugih prostora) i drugih građevina, a što bi zapravo značilo odstupanje od ranije želje katastra da evidentira i posebne dijelove (stanove, poslovne prostorije, te druge samostalne prostorije) i u katastarskoj evidenciji.

Druga bitna novina je da u slučaju kada se katastarska izmjera ili tehnička reambulacija provode za dio katastarske općine, da je tada potrebno da se taj dio točno označi, i to navođenjem katastarskih čestica za koje se katastarska izmjera ili tehnička reambulacija provodi.

Takav način navođenja katastarskih čestica za koje će se provoditi katastarska izmjera ili tehnička reambulacija, u značajnoj mjeri će olakšati i postupanje ministra pravosuđa i zemljišnoknjižnih sudova kod donošenja odluka o osnivanju ili obnovi novih zemljišnih knjiga (čl. 179. st. 2., čl. 198., čl. 199., ZZK), pri čemu će prilikom oglašavanja postupka obnove zemljišne knjige za dio katastarske općine biti potrebno točno navesti i brojeve zemljišnoknjižnih čestica za koje se obnova u takvom slučaju provodi (čl. 186., ZZK). Osim toga u slučaju obnove samo dijela zemljišne knjige, tada će se moći jasno navesti za koje se katastarske čestice zatvara ranija zemljišna knjiga.<sup>7</sup>

ZDIKN propisuje da se u smislu čl. 30. u okviru katastarske izmjere i tehničke reambulacije za katastarsku česticu prikupljaju i obrađuju sljedeći podaci:

1. podaci o međama i drugim granicama,
2. podatak o adresi katastarske čestice,
3. podaci o načinu uporabe katastarske čestice i njezinih dijelova,
4. podaci o površini katastarske čestice te o površinama dijelova katastarske čestice koji se upotrebljavaju na različiti način,
5. te podaci o posebnim pravnim režimima koji su uspostavljeni na katastarskoj čestici.

Bitno je naglasiti da se podaci o međama i drugim granicama prema odredbi čl. 31. st. 2. prikupljaju uz sudjelovanje nositelja prava na nekretninama, dok se podaci o adresi katastarske čestice preuzimaju iz Registra prostornih jedinica te iz odluka tijela nadležnih za donošenje odluka o ulicama i trgovima.

---

<sup>7</sup> Iz gore navedenih odredbi ZZK-a vidljivo je da ministar pravosuđa mora formalno donositi odluku o osnivanju, obnovi, dopuni, preoblikovanju u EOP-zemljišnu knjigu za svaku katastarsku općinu. Isto tako ministar mora donositi i odluku nakon što se sastave svi zemljišnoknjižni ulošci. Pitanje koje se ovdje mora postaviti da li takva uloga ministra pravosuđa mora biti, a ujedno zbog čega u tim postupcima određenu ulogu nemaju županijski sudovi, koji su nadležni za odlučivanje o žalbama s navedenih prvostupanijskih zemljišnoknjižnih sudova.

U pogledu vrste uporabe katastarske čestice ZDIKN razlikuje nekoliko vrsta uporabe, pri čemu valja naglasiti da pojedina katastarska čestica može imati i više vrsta uporabe (čl. 32.):

- za poljoprivredna zemljišta – nerazvrstano poljoprivredno zemljište, oranica, oranica – staklenik, oranica – plastenik, vrt, vrt – staklenik, vrt – plastenik, voćnjak, voćnjak – rasadnik, maslinik, maslinik – rasadnik, vinograd, vinograd – rasadnik, livada, pašnjak, trstik i ribnjak

- za šumska zemljišta – šume i ostalo šumsko zemljište

- za unutrašnje vode – rijeka, potok, kanal, jezero, akumulacija, retencija, rukavac, bara i močvara

- za površine mora – more, ribogojilište, marikultura

- za prirodno neplodno zemljište – neplodno zemljište, stjenjak, kamenjar, golet, gromača, pijesak, klizište, vododerina, sprud, stjenovita obala, šljunčana obala, pješčana obala

- za zemljište privedeno svrsi – izgrađeno zemljište, zemljište pod zgradama, dvorište, park, zemljište za sport i rekreaciju, dječje igralište, tržnica, sajmište, groblje, uređena plaža, luka, marina, zračna luka, kamenolom, šljunčara, pješčanjak, otvoreni kop, nasip, usjek, ustava, deponija, ulica, trg, cesta, put, autocesta, željeznička pruga.

U čl. 32. st. 3. predviđena je mogućnost evidentiranja i neke druge vrste uporabe, ako bi to bilo propisano nekim posebnim propisom ili pak propisima donesenim na temelju ZDIKN-a.

Isto tako u postupku katastarske izmjere katastarskoj čestici pridružiti će se podatak i o posebnom pravnom režimu koji je uspostavljen na katastarskoj čestici. O tome se također mora posebno izvijestiti nadležni zemljišnoknjižni sud u smislu odredbe čl. 36. st. 2.

Kada se govori o posebnom pravnom režimu na određenoj katastarskoj čestici, tada se misli na sljedeće pravne režime: pomorsko dobro (PD), vodno dobro (VD), kulturno dobro (KD), strogi rezervat (SR), nacionalni park (NP), posebni rezervat (PR), park prirode (PP), regionalni park (RP), spomenik prirode (SP), značajni krajobraz (ZK), park šuma (PŠ), spomenik parkovne arhitekture (SA), štitično područje (ŠP), zemljište posebne namjene koje se koristi za djelatne potrebe obrane (PO), te područje graničnog prijelaza (GP). Moguće je da se katastarskoj čestici pridruži podatak o kojem drugom posebnom pravnom režimu ako je posebnim zakonom određenom da se podaci o tom režimu vode u katastru nekretnina (čl. 36. st. 6.).

U okviru katastarske izmjere ili tehničke reambulacije katastarskoj čestici se određuje i broj katastarske čestice (čl. 37.).

Tijekom katastarske izmjere u katastru nekretnine evidentiraju se zgrade i druge građevine, koji su objekti nastali gradnjom (čl. 38.), pri čemu se zgrade i druge građevine evidentiraju u okviru katastarske čestice, odnosno u okviru prava građenja.

Zgrade se mogu evidentirati i prikazivati ako su trajnog karaktera i ako je njihova tlocrtna površina veća od 10 metara kvadratnih, s time da se zgrade koje

su posebno značajne mogu evidentirati i ako imaju manju površinu. Kao primjer se u čl. 38. st. 6. navodi trafostanica, odnosno zgrade koje služe za stanovanje. Čl. 39. st. 1. uvodi i obvezu da se tijekom katastarske izmjere ili tehničke reambulacije prikupljaju podaci o položaju i obliku zgrada, kućnim brojevima, načinu njihove uporabe, te posebice podaci o tome da li se zgrada ili druga građevina može rabiti u skladu s propisima o gradnji.

I prema novom ZDIKN-u tijekom katastarske izmjere i tehničke reambulacije prikupljaju se podaci o nositeljima prava na nekretninama na temelju raspoloživih dokumenata (zemljišne knjige, katastar zemljišta i dr.), kao i izjava zainteresiranih stranaka (čl. 40. st. 1.), no ti su podaci pomoćni podaci koji služe za potrebe izlaganja na javni uvid elaborata katastarske izmjere ili tehničke reambulacije (čl. 40. st. 2.).

Nakon što se prikupe svi gore navedeni podaci, izrađuje se elaborat katastarske izmjere, odnosno tehničke reambulacije, koji obvezatno sadrži katastarski plan, preglednu katastarsku kartu i popisne listove, a o potvrđenom elaboratu katastarske izmjere ili tehničke reambulacije obavještava se ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa i nadležni općinski sud (čl. 41. ZDIKN).

Izuzetno je bitno da se odluka o katastarskoj izmjeri, odnosno tehničkoj reambulaciji donosi od strane Državne geodetske uprave u sporazumu s ministarstvom nadležnim za poslove pravosuđa, a u skladu s programima koje navodi ZDIKN u čl. 5.<sup>8</sup> Ta odluka se objavljuje u “Narodnim novinama” i drugim javnim glasilima na način da se omogućí da se s njom upoznaju nositelji prava na nekretninama na području na kojem se provodi katastarska izmjera ili tehnička reambulacija.

Nositelji prava na nekretninama dužni su vidljivim trajnim oznakama označiti svoje nekretnine, sve to na svoj trošak, pri čemu je sada izričito propisano da se nositelji prava na zemljištu pismenim putem pozivaju da obilježe granice svojih zemljišta (nekretnina).

U tom dijelu se postavlja pitanje tko će u ime Republike Hrvatske označiti vidljivim trajnim oznakama nekretnine u postupku nove izmjere ili reambulacije.

---

<sup>8</sup> Čl. 5. ZDIKN glasi: “Poslovi državne izmjere i katastra nekretnine obavljaju se na temelju petogodišnjih i godišnjih programa (st.1.). Programima iz st. 1. ovoga čl. (dalje: Program) utvrđuju se u prvome redu područja na kojima će se obaviti geodetski radovi, topografske izmjere i izradba državnih karata, izmjera i označavanje državne granice, izradba katastra nekretnina, te izvori financiranja za provedbu Programa (st. 2.). Petogodišnje programe donosi Hrvatski sabor, a godišnje programe Vlada Republike Hrvatske (st. 3.). Petogodišnji programi objavljuju se u “Narodnim novinama” (st. 4.). Sredstva potrebna za izvršenje Programa te za izradbu i održavanje katastra nekretnina osiguravaju se u državnome proračunu te iz drugih izvora (st. 5.). U osiguravanju sredstava potrebnih za obavljanje poslova državne izmjere i katastra nekretnina mogu sudjelovati županije, gradovi, općine i druge zainteresirane pravne i fizičke osobe (st. 6.). Jedinice lokalne samouprave mogu u financiranju poslova katastra nekretnina uključiti pravne i fizičke osobe koje su nositelji prava na nekretninama na području obavljanja tih poslova, odlukom predstavničkog tijela (st. 7.). Odlukom iz st. 7. ovoga čl. odredit će se visina sredstava koje trebaju osigurati nositelji prava za pojedinu nekretninu (st. 8.).



Naime, Republiku Hrvatsku kao zastupnik na temelju zakona zastupa Državno odvjetništvo Republike Hrvatske. Čini mi se da bi označavanje nekretnina na samom terenu u postupku nove izmjere ili tehničke reambulacije u ime Republike Hrvatske trebale obaviti osobe kojima je državna imovina dana na upravljanje (primjerice “Hrvatske šume” za šumsko zemljište, “Hrvatske vode” za vodno dobro, osobe kojima je poljoprivredno zemljište dodijeljeno u zakup ili koncesiju i slično)<sup>9</sup>, ali bi nadležno državno odvjetništvo moralo voditi računa da navedene osobe tu svoju obvezu stvarno i izvrše tijekom postupka katastarske izmjere ili tehničke reambulacije.

Katastarske izmjere su samo jedan o načina ili putova rješavanja stanja u katastru i zemljišnim knjigama. Drugi načini su izrada geodetskih elaborata, tehničke reambulacije katastarskih podataka, revizija katastarskih podataka, vektorizacija detaljnih listova katastarskih planova uz uspoređivanje dobivenih podataka s knjižnim dijelom katastarskog operata, te svakodnevno održavanje katastra temeljem prijava stranaka.<sup>10</sup>

## ***2.2. Izlaganje katastarskog operata na javni uvid i postupanje katastarskog povjerenstva***

Na temelju podataka prikupljenih i obrađenih tijekom katastarske izmjere ili tehničke reambulacije, podataka prikupljenih tijekom izlaganja na javni uvid elaborata katastarske izmjere i tehničke reambulacije i podataka preuzetih iz osnovane ili obnovljene zemljišne knjige izrađuje se katastarski operat katastra nekretnina (čl. 46. st. 1., ZDIKN). Iz ovakvo stilizirane odredbe proizlazi da je katastarski operat katastra nekretnina rezultat same katastarske izmjere, ali i podataka prikupljenih tijekom postupka izlaganja, kao i podataka preuzetih iz osnovane ili obnovljene zemljišne knjige.

Samo izlaganje na javni uvid provodi povjerenstvo Državne geodetske uprave, koje imenuje ravnatelj, a samo izlaganje je istodobno i povezano s osnivanjem ili obnovom zemljišne knjige (čl. 46. st. 2.).

Upravo navedena činjenica da se izlaganje katastarskog operata na javni uvid provodi istodobno i povezano s osnivanjem ili obnovom zemljišne knjige predstavlja značajan iskorak u odnosu na dosadašnju regulativu.<sup>11</sup> Čini mi se da

---

<sup>9</sup> U praksi su česte situacije da su vlasnici nekretnina s vremenom uzurpirali dijelove nekretnina koje su bile u ranije društvenom, odnosno državnom vlasništvu i na taj način povećavali površine svojih nekretnina. Kod novih katastarskih izmjera te novoformirane nekretnine su često puta ograđene, pa je na terenu isto vidljivo kao jedna nekretnina.

<sup>10</sup> Ivković, M., Vilus, J., Kukuruzović, A., Problemi pri izlaganju podataka katastarske izmjere na javni uvid, Zbornik radova Trećeg hrvatskog kongresa o katastru s međunarodnim sudjelovanjem, Zagreb, 2005. g., str. 407-412. Autorice u članku upozoravaju da je kod nove izmjere potrebno dobro pripremiti nadležna upravna tijela i vlasnike katastarskih čestica koji ulaze u izmjeru. Idealno bi bilo, po mišljenju autorica, da je sve to regulirano zakonom, odnosno pravilnicima, ali je situacija trenutno takva da svi segmenti katastarske izmjere nisu definirani novim standardima.

<sup>11</sup> Drugačije: Ernst, H., Rasprava na Okruglom stolu Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, dalje: HAZU, održanom dana 25. travnja 2007. g., u: Modernizacija hrvatskog stvarnog prava,

je u tom dijelu prevladao stav pretežitog dijela prakse<sup>12</sup> da je prilikom osnivanja ili obnove zemljišne knjige izuzetno dobro da istodobno djeluju povjerenstva katastra i zemljišnoknjižnog suda, pri čemu u takvim slučajevima zemljišnoknjižno povjerenstvo ima stručnu pomoć katastarskog povjerenstva u identifikacije starih i novih katastarskih i zemljišnoknjižnih čestica. Osim toga smatramo da takvo postupanje nije u suprotnosti s odredbama što ih propisuje ZZK koje govore o postupku osnivanja, odnosno obnove ili dopune zemljišnih knjiga<sup>13</sup>, budući da ZZK uopće nema odredbi koje bi govorele o odnosu zemljišnoknjižnog i katastarskog povjerenstva kod postupaka osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga.

ZDIKN u daljnjim stavcima čl. 46. st. 3.-8. propisuje i način postupanja katastarskog povjerenstva prilikom izlaganja katastarskog operata na javni uvid. Tako je propisano da osobe koje su u elaboratu katastarske izmjere ili tehničke reambulacije iskazane kao nositelji prava na nekretninama u postupku izlaganja na javni uvid pisano potvrđuju da su im podaci katastarske izmjere, odnosno tehničke reambulacije predočeni, te da su suglasni sa stanjem prikupljenih podataka.

Ukoliko nositelj prava na nekretnini ne bi bio zadovoljan, tada takav nositelj prava na nekretnini ima pravo izjaviti prigovor, pri čemu se pri izlaganju na javni uvid vodi knjiga prigovora. Na temelju prigovora nositelja prava na nekretnini obvezatno se obavlja terenski uvidaj, te ako se na temelju obavljenog terenskog uvidaja utvrdi da je potrebno promijeniti podatke u elaboratu, tada je za tu nekretninu potrebno ponovno izvršiti izlaganje na javni uvid.

Neosnovane prigovore rješenjem odbija povjerenstvo zaduženo za postupak izlaganja, i to u upravnom postupku, time da je protiv tog rješenja dopuštena žalba.<sup>14</sup>

Detaljan način izlaganja na javni uvid propisat će ravnatelj podzakonskim aktom (pravilnikom), pri čemu valja naglasiti da zasada takav akt nije donesen.<sup>15,16</sup>

---

HAZU, Zagreb, 2007. g., str. 123-131.

<sup>12</sup> U tom dijelu se misli na praksu katastarskih ureda, ali i pretežitog dijela zemljišnoknjižnih sudova u RH.

<sup>13</sup> Vidjeti opširnije Crnić, J., Končić, A. M., Kontrec, D., Osnivanje, obnavljanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišnih knjiga, Novi informator, Zagreb, 2005. g., str. 36-42.

<sup>14</sup> Čl. 202. st. 1. Zakona o općem upravnom postupku, Narodne novine br. 53/91. i 103/96., Odluka USRH, dalje: ZOUP., glasi: "Na podlozi činjenica utvrđenih u postupku, organ nadležan za rješavanje donosi rješenje o stvari koja je predmet postupka."; Čl. 223. st. 1. ZOUP-a glasi: "Protiv rješenja donesenog u prvom stupnju stranka ima pravo žalbe.", dok st. 2. glasi: "Državni odvjetnik, javni pravobranitelj i drugi državni organi, kad su zakonom ovlašteni, mogu izjaviti žalbu protiv rješenja kojim je povrijeđen zakon u korist pojedinaca ili pravne osobe a na štetu društvene zajednice."

<sup>15</sup> Još uvijek je na snazi Pravilnik o izlaganju na javni uvid podataka utvrđenih katastarskom izmjerom i katastarskim klasiranjem zemljišta (Narodne novine br. 41/1978.).

<sup>16</sup> U vrijeme važenja ranijeg ZDIKN u ovom dijelu došlo je do izdavanja okružnice od strane Ministarstva pravosuđa, odnosno upute ravnatelja Državne geodetske uprave. Ministarstvo

Za odnos sa zemljišnom knjigom bitna je i odredba čl. 47. st. 1. prema kojoj se katastarski operat katastra nekretnina stavlja u primjenu danom otvaranja zemljišne knjige<sup>17</sup> i to na temelju odluke ravnatelja. Ravnatelj tu odluku na temelju st. 2. istog članka donosi na temelju obavijesti ministra nadležnog za poslove pravosuđa o danu otvaranja zemljišne knjige za katastarsku općinu o kojoj je riječ, odnosno na temelju obavijesti o tome da su za dio katastarske općine sastavljeni svi zemljišnoknjižni ulošci. Ukoliko se provodi katastarska izmjera ili tehnička reambulacija za dio katastarske općine, tada će biti nužno u svim odlukama koje se donose u postupku izmjere, odnosno osnivanja ili

---

pravosuđa, Uprava za građansko pravo izdalo je okružnicu od 27. siječnja 2005. g. u kojoj se izričito navodi da je Sektor za zemljišnoknjižno pravo zaprimio obavijest da u postupku osnivanja i obnove zemljišnih knjiga stranke izjavljuju prigovore sudskom povjerenstvu na oblik i površinu katastarskih čestica. Dana je uputa da ukoliko stranke prigovaraju na oblik i površinu novoformiranih čestica da je potrebno stranke vratiti komisiji nadležnog ureda za katastar budući o žalbama na odluke donijete u upravnom postupku u drugom stupnju odlučuje središnji ured Državne geodetske uprave. Uputa ravnatelja Državne geodetske uprave, Klasa: 932-04/04-01/03, Urbroj: 541-01-04/1-04-01 od 16. prosinca 2004. g. govori o izlaganju na javni uvid podataka prikupljenih katastarskom izmjerom. U uputi stoji: "Temeljem Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina (NN 128/99.) katastarski operat izrađuje se na temelju podataka prikupljenih i obrađenih u katastarskoj izmjeri, a nakon što ti podaci budu izloženi na javni uvid istodobno i povezano s osnivanjem odnosno obnovom zemljišnih knjiga. Poslovi izlaganja na javni uvid podataka obavljaju se sukladno Pravilniku o izlaganju na javni uvid podataka utvrđenih katastarskom izmjerom i katastarskim klasiranjem zemljišta (NN 41/1978.). Izlaganje na javni uvid obavlja nadležni područni ured za katastar uz istovremeno sastavljanje zemljišnoknjižnih uložaka koje provodi nadležni općinski sud. Za potrebe izlaganja na javni uvid koriste se skice izmjere, pregledna katastarska karta, katastarski planovi, popis katastarskih čestica i drugi podaci. Nositelji prava na zemljištu pismeno se pozivaju da pristupe izlaganju na javni uvid, a katastarski ured koji obavlja izlaganje dužan je voditi knjigu prigovora i žalbi, što je i podržano programskim paketom koji služi za izlaganje na javni uvid. Pravne osobe ovlaštene za obavljanje poslova državne izmjere i katastra nekretnina koje obavljaju geodetsko katastarske usluge na katastarskoj izmjeri temeljem ugovora (dalje: geodetske tvrtke) dužne su izvršiti terenski uvidaj po svakom stavljenom prigovoru koji se odnosi na položaj, oblik i površinu katastarskih čestica, što je ujedno i jedna o njihovih ugovornih obveza.

U slučaju da se izlaganje na javni uvid obavlja, a da rečena ugovorna obveza ne postoji, terenske uvidaje provodi nadležni katastarski ured. Za prigovore koji će biti usvojeni geodetska tvrtka izrađuje dopunsku skicu izmjere i izvješće o obavljenom terenskom uvidaju te provodi potrebno ažuriranje dijelova elaborata katastarske izmjere. Novo uspostavljeno stanje katastarskih podataka se ponovno izlaže strankama. Kada je terenskim uviđajem utvrđeno da je stanje navedenih katastarskih podataka pravilno utvrđeno katastarskom izmjerom geodetske tvrtke, nakon obavljenog uvidaja, izrađuju izvješće koje služi katastarskom uredu kao osnova za pokretanje upravnog postupka i donošenje rješenja o odbijanju prigovora. Kada je terenskim uviđajem utvrđeno da je sporan tijek međa, među je potrebno prikazati kao spornu, a katastarski uredi u takvom slučaju donose zaključak o prekidu postupka do rješenja prethodnog pitanja (uređenja međe putem suda). Po žalbama o odlukama donesenim u upravnom postupku u drugom stupnju odlučuje Središnji ured Državne geodetske uprave. Ova uputa se daje na traženje Ministarstva pravosuđa a obzirom da je od nekih stranaka i općinskih sudova protumačeno da geodetske tvrtke donose odluke po prigovorima. Napominjemo da sukladno čl. 54. st. 3. Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina geodetskim tvrtkama ne može se prenijeti ovlast za donošenje odluka u upravnom postupku."

<sup>17</sup> Čl. 180. st. 1. i 2., ZZK.

obnove zemljišnih knjiga točno navesti brojeve katastarskih čestica za koje se takav postupak provodi, odnosno za koje je zemljišna knjiga osnovana, obnovljena ili dopunjena.

U čl. 47. st. 3. je propisano da se prije stavljanja u primjenu katastarskog operata katastra nekretnina u njega preuzimaju podaci zemljišne knjige, pri čemu prema odredbi čl. 49. st. 2. podaci o nositeljima prava na nekretninama nisu izvorni katastarski podaci nego podaci zemljišne knjige koji se u katastarski operat katastra nekretnina preuzimaju.

Katastarski operat katastra nekretnina prema odredbi čl. 49. st. 1. sadrži podatke o katastarskim česticama, zgradama i drugim građevinama, područjima pojedinih vrsta uporabe zemljišta, područjima posebnih pravnih režima na zemljinoj površini te podatke o nositeljima prava na nekretninama.

Katastarski plan katastra nekretnina vodi se u elektroničkom obliku prema odredbi čl. 50. st. 3., dok su pisani katastarski podaci (čl. 50. st. 4. i 5.) koji su temelj za osnivanje, obnovu, vođenje i održavanje zemljišne knjige, atributi katastarskog plana vođenog u elektroničkom obliku.

Pisani katastarski podaci koji su temelj za osnivanje, obnovu, vođenje i održavanje zemljišne knjige jesu:

- broj katastarske čestice
- adresa katastarske čestice
- način uporabe katastarske čestice i njezinih dijelova
- podaci o zgradama i drugim građevinama
- površina katastarske čestice i površine dijelova katastarske čestice, koji se upotrebljavaju na različiti način.

Iz navedenoga se jasno može vidjeti da novi ZDIKN preuzima u određenom smislu intenciju odredbi koje je donio ZZK i to u dijelu gdje se govori o EOP-zemljišnoj knjizi. Naime, ZZK je propisao u čl. 163. st. 1. da je EOP-zemljišna knjiga 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 (BZP)<sup>18</sup>. Kako se i EOP-zemljišna knjiga sastoji i od katastarskih podataka o samoj čestici (oblik, površina i izgrađenost), to i katastar nekretnina s druge strane preuzima podatke o nositeljima prava na nekretninama iz zemljišne knjige. Mišljenja sam da je time dano i precizno razgraničenje nadležnosti u budućoj zajedničkoj bazi zemljišnih podataka (BZP), ali i odgovornosti za točnost i ažurnost tih podataka.

<sup>18</sup> Opširnije o stvaranju jedinstvene baze zemljišnih podataka, vidjeti: Kontrec, D., Stvaranje baze zemljišnih podataka u Republici Hrvatskoj (sustavni i pojedinačni pristup, odnos prema Zajedničkom informacijskom sustavu zemljišne knjige i katastra), u: Josipović, T., Brežanski, J., Jelčić, O., Bienenfeld, J., Crnić, J., Končić, A. M., Kontrec, D., Radišić, N., Jug, J., Sessa, Đ., Culli, E., Morović-Pavić, Lj., Nekretnine u pravnom prometu – aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse – 2007., Inženjerski biro, Zagreb, 2007. g., str. 166-203.

### **3. Osnivanje (obnova) zemljišnih knjiga – postupanje zemljišnoknjižnog povjerenstva**

#### **3.1. Sastavljanje zemljišnoknjižnih uložaka**

##### *3.1.1. Sastav zemljišnoknjižnog povjerenstva*

Rad zemljišnoknjižnog povjerenstva također se može podijeliti u dvije faze. U prvoj fazi dolazi do sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka, dok se u drugoj fazi provodi ispravni postupak, odnosno postupak ispravljanja podataka u novoformiranoj zemljišnoj knjizi.

Da bi zemljišnoknjižno povjerenstvo moglo postupati, potrebno je da se preuzmu podaci iz novog katastarskog operata, pri čemu je za zemljišnoknjižni sud najbitnije da se preuzmu podaci o katastarskoj čestici, a isto tako mora postojati i formalni preduvjet, a to je odluka o osnivanju ili obnovi zemljišnih knjiga.

O tome tko je u sastavu zemljišnoknjižnog povjerenstva, odlučuje predsjednik nadležnog zemljišnoknjižnog suda. ZZK u čl. 179. st. 4.<sup>19</sup> propisuje da osnivanje zemljišne knjige provodi sudac pojedinac ili sudski savjetnik, ali pojedine radnje u postupku mogu se povjeriti i ovlaštenom zemljišnoknjižnom referentu prema odluci predsjednika suda. Ujedno je dodan i novi st. 5. gdje je propisano da pojedine radnje u postupku osnivanja zemljišne knjige mogu se povjeriti i zemljišnoknjižnom referentu, koji će te poslove obavljati pod nadzorom suca ili sudskog savjetnika. U praksi zemljišnoknjižnih sudova u pravilu se koriste sudski savjetnici kao osobe koje provode postupak osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga, uz sudjelovanje zemljišnoknjižnog referenta, a ne voditelja zemljišnih knjiga.<sup>20</sup>

##### *3.1.2. Sastavljanje posjedovnice*

Kod sastavljanja posjedovnice zemljišnoknjižnog uložka valja prije svega voditi računa o odredbi čl. 9. ZZK-a prema kojoj se zemljišne knjige temelje na podacima katastarske izmjere. Da bi se moglo pristupiti postupku osnivanja, potrebno je da nadležni katastarski ured dostavi zemljišnoknjižnom sudu katastarski operat za katastarsku općinu (ili dio) za koju se postupak osnivanja ili obnove provodi.

<sup>19</sup> Članak je izmijenjen Zakonom o izmjenama i dopunama ZZK, Narodne novine br. 107/07., dalje: ZIDZZK/07. Naime, napušteno je rješenje da osnivanje zemljišnih knjiga provodi sudac općinskog suda kao sudac pojedinac, uz sudjelovanje voditelja zemljišnih knjiga, time da se pojedine radnje u postupku mogu povjeriti i drugim osobama, a to je prema čl. 191. st. 3. mogao biti diplomirani pravnik s položenim pravosudnim ispitom koji nije sudac tog suda, ako ga na to iz opravdanih razloga posebno ovlasti predsjednik suda.

<sup>20</sup> Vidjeti opširnije o ulozu sudskih savjetnika u Crnić, I., Sudski savjetnici kao pomoćnici sudaca, Informator, br. 5179., od 25. listopada 2003. g., str. 1-2.

Svaka pojedina katastarska čestica trebala bi činiti pojedino zasebno zemljišnoknjižno tijelo, osim ako zakonom nije što drugo određeno (čl. 181. st. 1., ZZK i čl. 102. Pravilnika o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova<sup>21</sup>).

Dakle, kod sastavljanja posjedovnice treba preuzeti podatke iz katastra, što je uostalom propisao ZZK odredbom čl. 183., gdje je određeno da se u posjedovnicu uložka koji se sastavlja unose podaci iz katastra o površini, obliku i izgrađenosti katastarske čestice, odnosno svih čestica koje tvore zemljišnoknjižno tijelo. Ti podaci se upisuju u zemljišnu knjigu prema čl. 102. st. 5. Poslovnika prema podacima katastarske izmjere zemljišta koji je sudu dostavilo tijelo nadležno za katastar.

Već je rečeno da bi pravilo trebalo biti da svaka pojedina katastarska čestica čini zasebno zemljišnoknjižno tijelo tj. svaka čestica se upisuje u poseban zemljišnoknjižni uložak (čl. 181. st. 1., ZZK). Jedino u slučaju kada je na više katastarskih čestica izgrađena jedna zgrada, ili zgrade čine pravnu cjelinu, sve će se zgrade zajedno s česticama upisati kao jedno zemljišnoknjižno tijelo u isti zemljišnoknjižni uložak (čl. 181. st. 2., ZZK). Prema st. 3. istog članka u jedan zemljišnoknjižni uložak upisat će se više katastarskih čestica koje nisu različito opterećene, a pripadaju istom vlasniku, ako on to zahtijeva prijavom u ispravnom postupku.<sup>22</sup>

Tu treba dodati da bi u novom katastarskom operatu trebale biti navedene sve čestice, neovisno o tome da li se radi o nekretninama koje su opće dobro (pomorsko dobro, ceste i slično), a što dovodi na određeni način u pitanje primjenu odredbe čl. 17. st. 3., gdje je ZZK propisao da se u glavnu knjigu upisuje opće dobro ako to zatraži osoba koja na tome ima pravni interes. Naime, u tom dijelu praksa ide u pravcu da se sve katastarske čestice koje su utvrđene novom izmjerom ili tehničkom reambulacijom upisuju u novi katastarski operat, pa se nakon toga pred zemljišnoknjižnim povjerenstvom utvrđuje vlasnički status nekretnine, odnosno tko upravlja primjerice općim dobrom.

### 3.1.3. Sastavljanje vlastovnice

Sastavljanje vlastovnice je u isključivoj nadležnosti zemljišnoknjižnog povjerenstva (čl. 184., ZZK), a na što upućuje i ZDIKN odredbom čl. 49. st. 2. koja govori da podaci o nositeljima prava na nekretninama nisu izvorni katastarski podaci nego podaci zemljišne knjige koji se u katastarski operat katastra nekretnina preuzimaju.

Kod sastavljanja vlastovnice uložka kao vlasnika će se prije svega upisati vlasnika iz ručno vođene zemljišne knjige, knjige položenih ugovora ili pak

<sup>21</sup> Narodne novine br. 81/97., 109/02., 123/02., 153/02. i 14/05., dalje: Poslovník.

<sup>22</sup> Postavlja se pitanje čemu opterećivati ispravni postupak prijavama u smislu ZZK čl. 181. st. 3., kada je to moguće izbjeći ukoliko stranke dođu pred zemljišnoknjižno povjerenstvo i takav zahtjev podnesu istom. Čini nam se da problem nije samo ZZK, već u tumačenju odredbi koje donosi ZZK odnosno koja je svrha postupka osnivanja odnosno obnove zemljišnih knjiga.



položenih isprava. Ako se iz tih evidencija ne može utvrditi kome pripada pravo vlasništva nekog zemljišnoknjižnog tijela ili pak se to može utvrditi samo za neke dijelove prava vlasništva, kao vlasnik se upisuje korisnik zemljišta iz katastra (za cijelu ili preostale dijelove nekretnine). Kada se niti prema katastru ne može utvrditi podatak o vlasniku, odnosno suvlasniku nekog zemljišnoknjižnog tijela, kao vlasnik se upisuje Republika Hrvatska.<sup>23,24,25</sup>

Isto tako Republika Hrvatska upisat će se kao vlasnik na napuštenoj nekretnini. Čl. 133. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje ZV) propisano je da je nekretnina ničija tek kad na temelju očitovanja o odreknuću od vlasništva danog u obliku ispravne prikkladne za zemljišnoknjižni upis bude to pravo izbrisano u zemljišnoj knjizi, a prema st. 2. napuštena nekretnina prelazi na temelju zakona u vlasništvo Republike Hrvatske.

<sup>23</sup> Kod postupka osnivanja posebno treba voditi računa i o posebnim zakonima koji su regulirali stjecanje vlasništva od strane Republike Hrvatske na primjerice poljoprivrednom zemljištu ili šumskom zemljištu, prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu, Narodne novine br. 54/94. – pročišćeni tekst, 48/95., 19/98., 105/99., odnosno Zakonu o šumama, Narodne novine br. 54/83., 32/87., 47/89., 41/90., 52/90., 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93., 29/94., 76/99., 8/00., 13/02., 100/04., 160/04. U ručno vodenoj zemljišnoj knjizi upisani su kao korisnici bivši nositelji prava korištenja, koji takvo zemljište nisu mogli unijeti u pretvorbu, pa je Republika Hrvatska *ex lege* postala vlasnik tog zemljišta.

<sup>24</sup> Ministarstvo pravosuđa, Uprava za građansko pravo izdalo je okružnicu za zemljišnoknjižne odjele općinskih sudova dana 2. veljače 2005. godine, a u svezi s uknjižbom prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu. Navedena okružnica izdana je u svrhu ujednačavanja postupanja zk. odjela sudova kod uknjižbe RH na poljoprivrednom zemljištu u “društvenom vlasništvu”. Ističe se “da je temelj za uknjižbu prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u društvenom vlasništvu čl. 388. st. 2. ZV i čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN br. 54/94. – pročišćeni tekst), te je ovlaštenik za podnošenje zahtjeva u ime RH mjesno nadležno općinsko državno odvjetništvo, a protustranka je upisani zk. korisnik zemljišta u društvenom vlasništvu. Da bi se moglo udovoljiti zahtjevu za upis RH potrebno je da su kumulativno ispunjena dva uvjeta i to: 1. da je poljoprivredno zemljište s danom stupanja na snagu Zakona o poljoprivrednom zemljištu odnosno na dan 24. srpnja 1991. godine bilo upisano u zemljišnim knjigama kao društveno vlasništvo i 2. da je na dan stupanja na snagu Zakona o poljoprivrednom zemljištu poljoprivredno zemljište bilo izvan granica građevinskog zemljišta. Nadležno državno odvjetništvo dužno je priložiti uz zahtjev za upis uvjerenje nadležnog tijela državne uprave za prostorno uređenje da je predmetno zemljište izvan granica građevinskog zemljišta, a koje uvjerenje je u smislu čl. 171. Zakona o općem upravnom postupku i da ima svojstvo javne isprave. Ako su udovoljeni traženi uvjeti kao vlasnik se upisuje RH. Ako su na dan stupanja na snagu Zakona o poljoprivrednom zemljištu bile dijelom izvan granica građevinskog područja, tada se bez prethodne parcelacije to zemljište ne može upisati na RH na gore opisani način. Isto tako ako je nakon stupanja na snagu Zakona o poljoprivrednom zemljištu donesen odgovarajući prostorni plan kojim je to zemljište obuhvaćeno kao zemljište unutar granica građevinskog zemljišta, neovisno o novom statusu zemljišta isto se upisuje kao vlasništvo RH na isti način, kao i zemljište izvan granica građevinskog zemljišta.”

<sup>25</sup> I kod šumskog zemljišta vrijedi isti princip i to temeljem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, koji je stupio na snagu 16. listopada 1990. godine, te je izvršena pretvorba šuma i šumskog zemljišta koje su na dan stupanja na snagu toga Zakona bile u društvenom vlasništvu na način da je kao titular prava vlasništva određena Republika Hrvatska. Vidjeti opširnije Perkušić, A., Šume i šumska zemljišta – pretvorba prava vlasništva i upis u zemljišne knjige, Hrvatska pravna revija, 2004., br. 11, str. 51-56.

ZV u čl. 362. st. 3. donosi i predmnjevu da se smatra da su vlasništvo Republike Hrvatske sve stvari iz društvenog vlasništva na području Republike Hrvatske glede kojih nije utvrđeno u čijem su vlasništvu, a niti pak djeluju predmnjeve iz st. 1. i 2. U tim predmnjevama navodi se da se smatra da je vlasnik nekretnine u društvenom vlasništvu osoba koja je u zemljišnim knjigama upisana kao nositelj prava upravljanja, korištenja ili raspolaganja tom nekretninom, a tko tvrdi suprotno, treba to dokazati. Isto tako smatra se da je osoba koja je u zemljišnoj knjizi upisana kao nositelj prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, odnosno nositelj prvenstvenog prava korištenja takvog zemljišta, vlasnik tog zemljišta, a tko tvrdi suprotno, treba to dokazati.

Kod postupka osnivanja valja voditi računa o odredbi čl. 390. i 390.a ZV-a prema kojima se odredbe čl. 360. do 365. ne odnose na stvari na kojima su pravo upravljanja, korištenja i raspolaganja imale bivše društvene i društveno-političke organizacije, na stvari koje nisu unesene u društveni kapital pravnih osoba u postupku pretvorbe na temelju Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća<sup>26</sup>, te na stvari pravnih osoba u društvenom vlasništvu sa sjedištem na prije okupiranom, a sada oslobođenom području Republike Hrvatske.

Ista pravila propisana su i u odredbi čl. 102. st. 6. Poslovnika, s time da je u toj odredbi još određeno da upisi prava upravljanja odnosno prava korištenja na nekretninama u društvenom vlasništvu, te prava korištenja odnosno prvenstvenog prava korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu provedeni u zemljišnoj knjizi koja će se zatvoriti, upisuju se prilikom osnivanja zemljišne knjige kao vlasništvo po odredbama ZZK u čl. 220.

ZZK u čl. 220. st. 1. određuje da će se prilikom osnivanja zemljišne knjige upisi prava upravljanja, raspolaganja i korištenja na nekretninama u društvenom vlasništvu provedeni u zemljišnoj knjizi koja će se zatvoriti, odnosno u knjizi položenih ugovora, po službenoj dužnosti provesti kao upisi prava vlasništva u korist osoba koje su bile upisane kao nositelji prava upravljanja, raspolaganja i korištenja. Ako nitko nije upisan kao nositelj prava upravljanja, raspolaganja i korištenja na nekretnini u društvenom vlasništvu, kao nositelja prava vlasništva upisat će se Republika Hrvatska, a ne jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave. St. 2. istog članka je dalje propisano da će se u postupku osnivanja zemljišne knjige po službenoj dužnosti brisati društveno vlasništvo i pravo korištenja odnosno prvenstveno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu te će se kao nositelj prava vlasništva upisati osoba u čiju je korist u zemljišnoj knjizi koja se zatvara ili u knjizi položenih ugovora, bilo upisano pravo korištenja, odnosno prvenstveno pravo korištenja.

<sup>26</sup> Narodne novine br. 19/91., 83/92., 84/92., vidi Zakon o Hrvatskom fondu za privatizaciju, 94/93., 2/94., 9/95., 21/96. – osobito čl. 49. Zakona o privatizaciji, 118/99.; Zakon o Hrvatskom fondu za privatizaciju, Narodne novine br. 48/92., 70/93., 76/93., 19/94., 52/94., 87/96.; Zakon o privatizaciji, Narodne novine br. 21/96., 71/97., 16/98., 73/00.

Ako pak nitko nije upisan kao nositelj prava upravljanja, raspolaganja i korištenja na nekretnini u društvenom vlasništvu, kao nositelj prava vlasništva upisat će se Republika Hrvatska.

Ostala stvarna prava koja su postojala na nekretnini u društvenom vlasništvu kao i provedene zabilježbe upisat će se s onim prvenstvenim redom kako su bili upisani u zemljišnoj knjizi koja se zatvara, odnosno redom kojim su bili osnovani popisom sukladno odredbama Ovršnog zakona<sup>27</sup>.

No, kod sastavljanja vlastovnice, u slučaju obnove zemljišnih knjiga, javlja se problem identifikacije ranije zemljišnoknjižne čestice i nove koja je nastala tijekom postupka katastarske izmjere ili tehničke reambulacije. Tu identifikaciju može učiniti jedino katastarski ured (geodetski stručnjaci), budući da u zemljišnoknjižnim odjelima u pravilu nema zaposlenih stručnjaka geodetske struke, a katastar posjeduje relevantne katastarske planove (stare i nove). U većini zemljišnoknjižnih sudova u pravilu zbirka katastarskih planova nije ažurirana i ne odgovara stvarnom stanju. To bi zapravo značilo da je potrebno identifikaciju provesti prije nego što zemljišnoknjižno povjerenstvo započne s radom, što često nije dovoljno, već je potrebno identifikaciju provoditi i uz suradnju nositelja prava na nekretninama. Pitanje identifikacije starih i novih katastarskih čestica treba razmotriti sa stajališta istodobnosti rada zemljišnoknjižnog i katastarskog povjerenstva, ali i sa stajališta efikasnosti cijelog postupka.

Drugi problem koji se javlja u ovom dijelu je problem kada se nova katastarska čestica sastoji od dijelova više starih katastarskih čestica, a na kojima je upisan veći broj suvlasnika, time da u katastru godinama postoji ta nova čestica. Često se radi o neusklađenosti katastarskog i zemljišnoknjižnog stanja. U tom dijelu postavlja se pitanje u kojim omjerima bi sve te “suvlasnike” trebalo upisati u vlastovnicu uložka koji se sastavlja, odnosno da li u takvom slučaju primijeniti stav da se kao vlasnika upisuje katastarskog posjednika, koji je ujedno često dijelom upisan u zemljišnoj knjizi kao vlasnik na jednoj od ranijih katastarskih čestica. Pitanje je koje se postavlja samo po sebi, da li su svi ti raniji upisani vlasnici na dijelovima starih katastarskih čestica uopće suvlasnici novo nastale nekretnine, pri čemu se često radi da je na toj novoj katastarskoj čestici sagrađena kuća ili drugi objekti, za koje katastarski posjednici posjeduju odgovarajuće dozvole.

Isto tako sporno je pitanje da li zemljišnoknjižni sud u postupku sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka nove zemljišne knjige treba pozivati nositelje prava na nekretninama ili ne. Upravo na tom pitanju razvila se dvostruka praksa u Republici Hrvatskoj. S jedne strane neki zemljišnoknjižni sudovi doslovno primjenjuju odredbu koju utvrđuje ZZK u čl. 184. i u svakom slučaju upisuju kao suvlasnike sve osobe koje su utvrđene da su bili upisani u ranijoj zemljišnoj knjizi, makar i na dijelovima starih katastarskih čestica, pa se tada daje

<sup>27</sup> Narodne novine br. 57/96., 29/99., 42/00., Odluka USRH, 173/03., 194/03., 151/04. i 88/05., dalje: OZ.

mogućnost da onaj koji ima neka prava na toj nekretnini pojavljuje u ispravnom postupku s prijavom ili prigovorom. Ti sudovi ne pozivaju nositelje prava na nekretninama, pa bi takav postupak trebao biti brži nego u slučaju kada se pozivaju stranke u postupku osnivanja. U ovakvim slučajevima o tome da li će nova, osnovana ili obnovljena zemljišna knjiga biti ažurna, ovisi prije svega o izvanknjižnim nositeljima prava na nekretninama i o tome da li će isti u drugoj fazi – ispravnom postupku podnijeti prijavu ili prigovor na sastavljeni zemljišnoknjižni uložak. Treba dodati da se, osim javnim oglasom, nositelji prava na nekretninama ne pozivaju pisanim putem, niti ZZK određuje da im se dostavljaju podaci o tome kakvo je stanje u posjedovnici, vlastovnici i teretovnici novo sastavljenih uložaka.

Drugi zemljišnoknjižni sudovi, koji su u praksi u većini, pak postupaju na način da pozivaju stranke, nositelje knjižnih prava, i to nakon što isti prođu postupak pred katastarskim povjerenstvom, te nemaju prigovora na novoformiranu katastarsku česticu u postupku izlaganja. Nakon toga zemljišnoknjižno povjerenstvo zajedno s nositeljima prava na nekretninama utvrđuju sve relevantne podatke za sastav vlastovnice i utvrđuju vlasnicima stvarne osobe, a ne osobe koje su upisane u zemljišnu knjigu prije 100 i više godina.

#### 3.1.4. Sastavljanje teretovnice

ZZK u čl. 25. st. 1. ZZK određuje da se u teretovnicu upisuju stvarna prava kojima je opterećeno zemljišnoknjižno tijelo ili idealni dio nekog suvlasnika, kao i prava stečena na ovim pravima, pravo nazadkupa, prvokupa, najma i zakupa te ona ograničenja raspolaganja zemljišnoknjižnim tijelom ili suvlasničkim dijelom kojima je podvrgnut svagdašnji vlasnik opterećenog dobra. St. 2. je dalje određeno da se u teretovnicu zemljišnoknjižnog tijela koje je opće dobro ili je javno dobro u vlasništvu Republike Hrvatske ili jedinice lokalne uprave ili samouprave upisuje koncesija prema odredbama za upis koncesije, dok st. 3. određuje da se zabrane opterećenja ili otuđenja također upisuju u teretovnicu.

U postupku osnivanja kod sastavljanja teretovnice prema čl. 185. st. 1. u teretovnicu uložka koji se sastavlja unijet će se podaci o teretima i njihovim ovlaštenicima iz zemljišne knjige koja će se zatvoriti osnivanjem nove zemljišne knjige, knjige položenih ugovora i položenih isprava u sudu.<sup>28</sup> Isto tako prema st. 2. istog članka unijet će se i podaci o teretima iz katastra zemljišta ako nisu suprotni podacima upisanim u posjedovnicu, vlastovnicu i teretovnicu, pri čemu bi se uglavnom moglo raditi o stvarnim služnostima koje su evidentirane u katastru, na katastarskim mapama.

Čl. 102. st. 8. Poslovnika određuje da se podaci o teretima unose u teretovnicu zemljišnoknjižnog uložka prema podacima o teretima i njihovim ovlaštenicima

<sup>28</sup> ZIDZZK/07 izmijenjen je čl. 185. st. 1., ZZK, te se kod sastavljanja teretovnice više ne treba voditi računa o teretima osnovanim popisom sukladno odredbama o ovršnom postupku.

iz zemljišne knjige koja će se zatvoriti, knjige položenih ugovora, isprava položenih u sud radi osnivanja stvarnih prava na nekretninama koje nisu bile upisane u zemljišnu knjigu, iz katastra, te iz isprava o osnivanju tereta popisom sukladno odredbama o ovršnom postupku koje je sudski odjel u čiji djelokrug spada vođenje ovršnog postupka po službenoj dužnosti dostavio zemljišno-knjižnom sudu<sup>29</sup>, a nakon što mu je dostavljena odluka ministra pravosuđa o započinjanju postupka osnivanja nove zemljišne knjige, s time da se prvenstveni red upisa u teretovnici određuje u skladu s pravilima iz čl. 220. st. 3. kako propisuje ZZK.

O prvenstvenom redu govori i ZZK u odredbi čl. 185. st. 3. prema kojoj će se tereti upisivati s onim prvenstvenim redom koji dobivaju po vremenskom redosljedu kojim su bili uneseni u zemljišnu knjigu koja će se zatvoriti, u knjigu položenih ugovora i u katastar te po redu kojim su bili osnivani popisom sukladno odredbama o ovršnom postupku, ako narav tereta ne zahtijeva što drugo.

Dakle, vremenski redosljed nastanka pojedinih tereta mjerodavan je i za upis u zemljišnu knjigu koja se osniva ili obnavlja, a što kasnije može imati značajne reperkusije u slučaju primjerice realizacije založnog prava prinudnim putem.

Ovdje se ujedno postavlja pitanje da li postoje tereti koje nije potrebno upisati u novu zemljišnu knjigu ili pak se svi tereti moraju prepisati, neovisno o vremenu njihova nastanka. Isto tako postavlja se pitanje što ako je ranije primjerice upisano pravo služnosti doživotnog uživanja, kako sada upisati takav teret u novu zemljišnu knjigu, obzirom da prema odredbama ZV-a postoje osobne služnosti stanovanja, uporabe i plodouživanja.

Mišljenja smo da bi se i kod postupka osnivanja mogao primijeniti ZZK, čl. 203. st. 2. Naime kod postupka preoblikovanja ručno vođene zemljišne knjige u EOP-zemljišnu knjigu izričito je propisano da se neće prenijeti neki upisi i to:

- upisi čiji sadržaj ne može biti predmetom zemljišnoknjižnoga upisa (nedopušteni upisi),
- upisi koji se s velikom vjerojatnošću mogu smatrati bespredmetnim, jer pravo koje im je predmetom ili na koje se oni odnose, ne postoji ili se trajno ne može faktično izvršavati ili je zastarjelo ili je to hipoteka od čijega je upisa proteklo najmanje trideset godina, a vrijednost njome osigurane tražbine je očito neznatna.

Prava koja se upisuju u zemljišne knjige moraju za svoj objekt imati nekretnine, odnosno moraju se odnositi na nekretnine, a ako to nije slučaj upis je nedopušten.

U zemljišnu knjigu se ne upisuju:

- prava koja nemaju za svoj objekt nekretninu
- posjed nekretnine jer posjed nije pravo

<sup>29</sup> Trenutno se u Ministarstvu pravosuđa radi na izmjeni i dopuni Poslovnika, sukladno ZIDZZK/07.

- te osobni odnosi nositelja prava na nekretninama koji nisu od važnosti za pravni položaj nositelja prava i sudjelovanja u pravnom prometu nekretninama, odnosno koji nisu mjerodavni za pravni promet nekretnina.

Dakle, kriteriji nedopuštenosti su odredbe koje govore o predmetu zemljišnoknjižnog upisa kao što su npr. odredbe o predmetu uknjižbe i predbilježbe (čl. 31., ZZK) ili zabilježbe (čl. 39., ZZK).

Kada pak govorimo o bespredmetnim upisima, radi se u pravilu o upisima prava koja više ne postoje ili su zastarjela. Najčešće će to biti prava služnosti doživotnog uživanja, kakvih u postojećim zemljišnim knjigama ima vrlo starih upisa s početka 20. st., odnosno starih hipoteka upisanih prije 30 i više godina, ili pak primjerice upisa prava prvokupa iz 1945. godine.

Kod sastavljanja teretovnice valja voditi računa i o odredbama čl. 185. st. 4. i 5. U njima je određeno da kad je na više katastarskih čestica izgrađena jedna zgrada, ili one inače čine pravnu cjelinu, tada se upisuju sve kao jedno zemljišnoknjižno tijelo u isti zemljišnoknjižni uložak, da se tada u teretovnicu tog uloška prenose podaci o stvarnim služnostima, osobnim služnostima (uporaba, pravo stanovanja), stvarnim teretima tako da se te služnosti i stvarni tereti upisuju kao tereti cijelog zemljišnoknjižnog dijela, ali koji se smiju izvršavati samo na onim dijelovima tog konkretnog zemljišnoknjižnog tijela kao i do tada.

U pogledu pak prava plodouživanja i hipoteka u gornjem slučaju će se ti tereti upisati kao teret onog suvlasničkog dijela koji u smislu odredbe čl. 181. st. 2. i 3. odgovara čestici koja je njime bila opterećena.

### **3.2. *Ispravni postupak***

Prema čl. 180. st. 2. i 3. s danom otvaranja osnovane zemljišne knjige zatvara se zemljišna knjiga, ako je do tada bila u uporabi, i knjiga položenih ugovora, a s otvaranjem zemljišne knjige ujedno se otvara i postupak ispravljanja upisa u njoj (ispravni postupak).

Prva dužnost zemljišnoknjižnog suda u ispravnom postupku jest objava oglasa. Naime, čl. 186. st. 1. određeno je da kad se otvori ispravni postupak, da će zemljišnoknjižni sud po službenoj dužnosti, bez odgađanja objaviti javnim oglasom sljedeće:

- da je otvorena zemljišna knjiga za određenu katastarsku općinu, te mjesto i način uvid u nju, u katastarske planove, popise i drugo;
- da se određene do tada postojeće javne knjige i druge evidencije o nekretninama zaključuju s danom otvaranja zemljišne knjige i stavljaju izvan uporabe (zatvaraju), jer je zemljišna knjiga stupila na njihovo mjesto;
- da će od dana otvaranja zemljišne knjige samo upisi u nju proizvoditi glede nekretnina na koje se ta knjiga odnosi one pravne učinke glede stjecanja, promjene, prijenosa i ukidanja prava vlasništva i ostalih knjižnih prava koji su zakonom određeni za pravne učinke upisa u zemljišne knjige;



– da je otvoren ispravni postupak glede otvorene zemljišne knjige, pa sve osobe koje smatraju da bi trebalo u tu knjigu upisati nešto što nije upisano ili da bi trebalo izmijeniti, nadopuniti ili izbrisati neki upis ili njegov prvenstveni red, pozivaju se da stave zemljišnoknjižnom sudu svoje prijave prijedloga za upis odnosno svoje prigovore postojećim upisima ili njihovu prvenstvenom redu u određenom roku (rok za ispravak);

– da se, dok ne istekne oglasom određeni rok za prijave i prigovore, ne smatra da su upisi u zemljišnu knjigu istiniti i potpuni.

ZIDZZK iz 2007. godine izmijenjen je čl. 186. st. 2. ZZK-a na način da rok za ispravak ne može biti određen kraće od mjesec dana niti duže od godinu dana, računajući od dana objave oglasa u “Narodnim novinama”. Ovom intervencijom došlo je do skraćivanja roka za ispravak, ranije je minimalni rok bio 6 mjeseci, a isto tako početak i kraj roka vezan je uz objavu oglasa u “Narodnim novinama”, budući da je ranija odredba da je zemljišnoknjižni sud trebao u oglasu odrediti zadnji kalendarski dana isteka roka u praksi bila neprimjenjiva. Zemljišnoknjižni sudovi nisu znali kada će “Narodne novine” objaviti oglas, pa se zbog toga nije moglo poštivati takvo određivanje dana kraja roka.

Javni oglas objavit će se u “Narodnim novinama” i na oglasnoj ploči suda, a na postojanje toga oglasa upozorit će se i drugim načinima djelotvornog obavještanja. O načinu na koji će se upozoriti na javni oglas o otvaranju ispravnog postupka odlučuje predsjednik općinskog suda koji vodi postupak osnivanja zemljišne knjige (čl. 105. st. 2. Poslovnika).

Kod objave oglasa potrebno je koristiti lokalne medije i to kako novinske, tako i lokalne televizije, odnosno radio postaje, a u praksi nekih zemljišnoknjižnih sudova korištena je i crkva.

Za pravnu sigurnost bitna je odredba koju propisuje ZZK u čl. 187., koja u st. 1. određuje da dok rok za ispravak određen oglasom ne istekne, upisi u zemljišnu knjigu ne smatraju se istinitim i potpunim, pa se nitko ne može pozivati na to da je postupao s povjerenjem u njihovu istinitost. St. 2. pak propisuje da dok rok za ispravak ne istekne, na svim izvacima i drugim ispravama koje zemljišnoknjižni sud izdaje na osnovi podataka iz zemljišne knjige glede koje taj rok teče učinit će se to vidljivim, uz točnu oznaku zadnjega kalendarskog dana tog roka.

ZZK u čl. 188. st. 1. određuje prijavu i prigovor tijekom postupka ispravka osnovane zemljišne knjige. Prijavom se predlaže zemljišnoknjižnom sudu da u novoosnovanu zemljišnu knjigu treba upisati nešto što u nju nije upisano, dok se prigovorom prigovara nekom upisu ili njegovom prvenstvenom redu, odnosno da bi trebalo neki upis izmijeniti, nadopuniti ili izbrisati. Treba reći da prijava i prigovor u ispravnom postupku nisu pravni lijekovi, jednako kao što to nisu niti brisovna tužba ili pak zahtjev za ispravak pogrešnog upisa.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> O pravnim lijekovima u zemljišnoknjižnom postupku, vidjeti opširnije: Jelčić, O., Pravni lijekovi u zemljišnoknjižnom postupku, seminarski materijal u sklopu Programa pravne edukacije zemljišnoknjižnih referenata i sudaca, Narodne novine, 2004. g.

Prijave je potrebno zabilježiti na onom listu u zemljišnoknjižnom ulošku na kojem bi trebao biti proveden taj upis, dok se pak prigovor zabilježuje kod upisa na koji se odnosi. Cilj zabilježbe prigovora i prijava je u tome da se nitko ne može pozivati na to da nije za njih znao, niti morao znati. Čl. 30. st. 4. određeno je da je zabilježba upis kojim se čine vidljivim mjerodavne okolnosti za koje je zakonom određeno da ih se može zabilježiti u zemljišnim knjigama, odnosno da se zabilježbom osnivaju određeni pravni učinici kad je to predviđeno zakonom.

Treba dodati da su i podzaložni vjerovnici ovlašteni u svoje ime, a u korist i u granicama ovlaštenja hipotekarnog vjerovnika koji je njihov dužnik, stavljati prijave i prigovore, kao i poduzimati ostale radnje u ispravnom postupku koje su nužne radi ostvarenja prava hipotekarnog vjerovnika.

Čl. 190. st. 1. određeno je da se istekom roka za ispravak smatra da je zemljišna knjiga istinita i potpuna, pa osobe koje u dobroj vjeri postupaju s povjerenjem u to uživaju zaštitu. St. 2. je određeno da se ni nakon isteka roka za ispravak neće smatrati da je istinita i potpuna zemljišna knjiga glede onih uložaka, odnosno upisa u njih kod kojih je zabilježeno da je stavljena prijava ili prigovor, sve dok oni ne budu izbrisani.

O pristiglim prijavama i prigovorima tijekom roka za ispravak zemljišnoknjižni sud odlučuje na raspravi za ispravak. Čl. 191. određeno je da će se o prijavama i prigovorima raspraviti na raspravi pred zemljišnoknjižnim sudom (rasprava za ispravak), koju će po proteku roka za ispravak, po službenoj dužnosti zakazati i provesti zemljišnoknjižni sud glede svakog pojedinog zemljišnoknjižnog uložka na koji je stavljena prijava ili prigovor, odnosno ako je na pojedini uložak ili upis stavljen veći broj prigovora ili prijava, tada će se o svima odlučivati istodobno.

Raspravu za ispravak vodi sudac pojedinac ili sudski savjetnik (čl. 191. st. 3.), čime je ova odredba usuglašena s odredbom čl. 179. st. 4.

Prema čl. 191. st. 4. zemljišnoknjižni sud provodi raspravu i donosi odluku po pravilima izvanparničnog postupka, ako ZZK nije što drugo određeno. Čl. 91. st. 1. pak određuje da zemljišnoknjižni sud postupa po pravilima izvanparničnog postupka, a podredno parničnog postupka, ako zakonom nije što drugo određeno.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Republika Hrvatska nema još uvijek cjeloviti Zakon o izvanparničnom postupku, a za što sasvim sigurno postoji potreba. U praksi se još uvijek primjenjuju djelomično pravna pravila bivšeg Zakona o sudskom vanparničnom postupku od 24. lipnja 1934. godine, Sl. novine, br. 175. – XLV od 1. kolovoza 1934. g., i njegova uvodnog zakona. Te odredbe se primjenjuju na temelju Zakona o načinu primjene pravnih pravila donesenih prije 6. travnja 1941., a koji zakon je preuzet i u Republici Hrvatskoj, Narodne novine br. 73/91. Pravna pravila se primjenjuju na odnose koji nisu uređeni propisima Republike Hrvatske koji su na snazi ako su u skladu s Ustavom i zakonima RH. I Zakon o parničnom postupku je preuzet zakon (Narodne novine br. 53/91., s time da je kasnije noveliran u nekoliko navrata: br. 91/92., 58/93., 112/99., 88/01. – vidi čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03., 88/05. – vidi Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona – dalje ZIDOZ, dalje: ZPP; Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01.; ZIDOZ Narodne novine br. 88/05.

Tko će sve biti pozvan na raspravu određuje čl. 192. st. 1. i 2. Tu je propisano da će se na raspravu pozvati osobno i oglasom na oglasnoj ploči suda sljedeće osobe:

- sve osobe koje su podnijele prijave i prigovore,
- osobe protiv čijih su upisa te prijave i prigovori podneseni,
- kao i osobe za koje prema sadržaju zemljišnih knjiga proizlazi da bi mogle imati pravni interes,
- a po potrebi može se pozvati i predstavnik nadležnog ureda za katastar u svojstvu stručnog pomagača.

ZZK u st. 3. čl. 192. određuje da nenazočnost pozvanih osoba ne odgađa održavanje rasprave za ispravak, niti znači da je nenazočna osoba povukla svoju prijavu ili prigovor, a niti da priznaje tuđe prijave ili prigovore. St. 4. istog članka određuje da radi zaštite nenazočnih osoba sud će im, ne odgađajući raspravu postaviti privremenog zastupnika koji će u njihovo ime i o njihovu trošku sudjelovati u raspravi za ispravak i kojem će biti dostavljena odluka.<sup>32</sup> Nitko nije ovlašten zahtijevati odgodu rasprave niti povrat u prijašnje stanje, a u pozivu na raspravu za ispravak pozvane će se upozoriti na pravila iz st. 3. do 5. čl. 192.

Čl. 193. omogućuje zemljišnoknjižnom sudu dosta fleksibilno vođenje cijelog postupka. Naime, prije svega je određeno da će sud dati priliku nazočnima da obrazlože svoje pravodobno podnesene prijave i prigovore, da se očituju na tuđe, te da u prilog svojih tvrdnji ponude dokaze koje bi na toj raspravi bilo moguće odmah izvesti. Stoga bi u pozivu za raspravu na ispravak bilo korisno navesti da stranka koja je podnijela prigovor ili prijavu ili pak stranka protiv čijeg je upisa podnesena prijava ili prigovor dostavi sudu koji provodi raspravu za ispravak sve dokumente kojima raspolažu (ugovore, rješenja o nasljeđivanju, prijavne listove itd.).

<sup>32</sup> Čl. 84., ZPP glasi: “Ako se u tijeku postupka pred prvostupanjskim sudom pokaže da bi redovan postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika trajao dugo, tako da bi zbog toga za jednu ili obje stranke mogle nastati štetne posljedice, sud će tuženiku postaviti privremenog zastupnika (st. 1.). Uz uvjet iz st. 1. ovog čl. sud će postaviti tuženiku privremenog zastupnika osobito u ovim slučajevima: 1) ako tuženik nije parnično sposoban, a nema zakonskog zastupnika, 2) ako postoje suprotni interesi tuženika i njegova zakonskog zastupnika, 3) ako obje stranke imaju istog zakonskog zastupnika, 4) ako je boravište tuženika nepoznato, a tuženik nema punomoćnika, 5) ako se tuženik ili njegov zakonski zastupnik, koji nemaju punomoćnika u Republici Hrvatskoj nalaze u inozemstvu, a dostava se nije mogla obaviti (st. 2.). O postavljanju privremenog zastupnika sud će bez odgode obavijestiti tijelo starateljstva, a i stranke kad je to moguće (st. 3.). Sud može privremenog zastupnika postaviti i pravnoj osobi, primjenjujući na odgovarajući način odredbe prethodnih stavaka ovoga članka (st. 4.). Ako se tijekom postupka nakon donošenja tužbe i u odnosu na tužitelja ostvare razlozi zbog kojih je prema prethodnim odredbama ovoga članka moguće tuženiku postaviti privremenog zastupnika, sud će privremenog zastupnika postaviti i tužitelju (st. 5.).”; Čl. 85., ZPP glasi: “Privremeni zastupnik ima u postupku za koji je postavljen sva prava i dužnosti zakonskog zastupnika (st. 1.). Ta prava i dužnosti privremeni zastupnik vrši sve dok se stranka ili njezin punomoćnik ne pojavi pred sudom odnosno dok tijelo starateljstva ne obavijesti sud da je postavilo staratelja (st. 2.).”

Naime, zbog nebrige za zemljišne knjige, straha od naplate poreza i uvjeta da je plaćen porez na promet preduvjet za upis (takvo je stanje bilo sve do 1996. godine), cijeli niz pravnih poslova se odvijao van sustava zemljišnih knjiga, a ti dokumenti se nalaze kod stranaka, ovjereni ili neovjereni, često je prijenos izvršen samo u katastru i slično.

Bitno je da zemljišnoknjižni sud pomogne nazočnima na raspravi za ispravak da se sporazumiju o svim prijavama i prigovorima, pa će se taj sporazum zabilježiti u zapisnik. Taj sporazum bi imao zapravo snagu sudske nagodbe.<sup>33</sup>

Zemljišnoknjižni sud je na raspravi za ispravak ovlašten izvesti sve dokaze koje smatra potrebnim, a da bi se mogla donijeti odluka o podnijetim prijavama i prigovorima.

U pravilu prijava ili prigovor koji bi bio podnesen van roka za podnošenje prijava i prigovora ne bi trebalo uzeti u razmatranje. No, postoji mogućnost (čl. 193. st. 4., ZZK) da se nazočni na raspravi za ispravak sporazumiju da će se s prijavom ili prigovorom koji su naknadno stigli, ali su do rasprave zabilježeni, postupati kao da su podneseni u roku za ispravak.

Zemljišnoknjižni sud će raspravu za ispravak zaključiti kad ocijeni da su sva pitanja dovoljno raspravljena, te će odmah donijeti i proglasiti svoju odluku, kojom će postupajući prema pravilima iz čl. 195. u potpunosti ili djelomično usvojiti, odbiti ili odbaciti prijavu upisa odnosno prigovor na upise ili njihov prvenstveni red (čl. 194. st. 1., ZZK).

Ako zemljišnoknjižni sud usvaja prijavu upisa ili prigovor na upis, istodobno će s odlukom o prijavi i prigovoru dopustiti i odgovarajući upis i narediti provedbu (st. 2. čl. 194., ZZK).

Pravila odlučivanja propisana su u čl. 195. Prije svega ako bi zemljišnoknjižni sud utvrdio da bi za postupanje po prijavi ili prigovoru bilo nužno izmijeniti upis u posjedovnici o površinu, obliku ili izgrađenosti katastarske čestice, o takvoj prijavi ili prigovoru neće odlučivati zemljišnoknjižni sud, nego će se podnositelja uputiti da svoj zahtjev ostvaruje u parnici odnosno u postupku pred nadležnim tijelom.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Čl. 321., ZPP glasi: "Stranke mogu u tijeku cijelog postupka pred parničnim sudom prvog stupnja zaključiti nagodbu o predmetu spora (sudska nagodba) (st. 1.). Nagodba se može odnositi na cijeli tužbeni zahtjev ili na jedan njegov dio (st. 2.). Sud će u tijeku postupka upozoriti stranke na mogućnost nagodbe i pomoći im da zaključe nagodbu (st. 3.). Pred sudom se ne može zaključiti nagodba u pogledu zahtjeva kojima stranke ne mogu raspolagati (čl. 3. st. 3.) (st. 4.). Kad sud donese rješenje kojim ne dopušta nagodbu stranaka, zastat će s postupkom dok to rješenje ne postane pravomoćno (st. 5.)." Čl. 322., ZPP glasi: "Sporazum stranaka o nagodbi unosi se u zapisnik (st. 1.). Nagodba je zaključena kad stranka nakon pročitane zapisnika o nagodbi potpiše zapisnik (st. 2.). Strankama će se na njihov zahtjev izdati ovjeren prijepis zapisnika u koji je unesena nagodba (st. 3.)."

<sup>34</sup> I u toj odredbi jasno se izražava stajalište da zemljišnoknjižni sud nije ovlašten mijenjati podatke u posjedovnici tijekom postupka osnivanja, jer se radi o preuzetim katastarskim podacima.

U pogledu prijava i prigovora koje se odnose na upise u vlastovnici i teretovnici, a o kojima je postignut sporazum, sud će odlučiti u skladu s tim sporazumom, ako je on dopušten i moguće ga je provesti.

O prijavama i prigovorima o kojima nije postignut sporazum od strane nazočnih, zemljišnoknjižni sud će odlučiti po pravičnoj ocjeni.

Prigovori i prijave koji su podneseni nakon proteka roka za ispravak, a o kojima nije postignuta suglasnost da se s njima postupa kao da su pravodobni, zemljišnoknjižni sud će odbaciti.

Sve osobe čije prijave ili prigovore sud nije usvojio u cijelosti ili djelomično, kao i one čiji je upis ili prvenstveni red upisa svojom odlukom odredio izmijeniti, nadopuniti ili izbrisati, sud će uputiti da svoje pravo ostvaruje u parnici tužbom za ispravak (čl. 197., ZZZK).<sup>35</sup>

ZZK, čl. 195. st. 6. odredio je da ako tužba za ispravak bude podnesena u roku od 30 dana od zaključenja rasprave za ispravak, zemljišnoknjižni sud će, nakon što mu to bude predočeno i dokazano, raniju zabilježbu prijave ili prigovora zamijeniti zabilježbom spora, po službenoj dužnosti.<sup>36</sup>

S obzirom na gore navedeno zemljišnoknjižni sud bi trebao na raspravi za ispravak donijeti rješenje kojim će se prijava ili prigovor usvojiti i naložiti odgovarajući upis, odnosno donijeti rješenje kojim će odbiti prijavu ili prigovor (čl. 197. st. 2., ZZZK), koje rješenje je sud dužan obrazložiti i to bez obzira na činjenicu što prema odredbi čl. 194. st. 3. protiv odluka zemljišnoknjižnog suda donesenih na raspravi za ispravak ne može se uložiti žalba, ali ona ne sprječava ostvarivanje prava pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom.

Temelj za upis u ispravnom postupku je odluka donijeta od strane zemljišnoknjižnog suda na raspravi za ispravak kojom je sud prihvatio prijavu za upis ili usvojio prigovor o upisu ili njegovu prvenstvenom redu (čl. 196. st. 1., ZZZK).

Po proteku roka od 30 dana (čl. 196. st. 2., ZZZK) od održane rasprave za ispravak, a kada je zemljišnoknjižni sud donio odluke o prijavama i prigovorima, po službenoj dužnosti izbrisat će se zabilježbe prijave i prigovora, s time da se to može učiniti i ranije u slučaju kada se iste zamijene zabilježbom spora (čl. 195. st. 6., ZZZK).

Upisi provedeni prilikom otvaranja nove zemljišne knjige, ako nisu promijenjeni na osnovi odluke koju je sud donio na raspravi za ispravak, imaju sve učinke zemljišnoknjižnih upisa.

O učinku zemljišnoknjižnih upisa ZZZK govori u odredbama čl. 4., 30. i 190. Tako se u čl. 4. govori da je posebnim zakonom određeno kad je upis u zemljišne

<sup>35</sup> Vidjeti opširnije o tužbama zemljišnoknjižnog prava: Kontrec, D., Tužbe zemljišnoknjižnog prava, Godišnjak 14, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2007. g., str. 165-195; Nakić, J., Tužbe po Zakonu o zemljišnim knjigama, u: Bienenfeld, J., Brežanski, J., Crnić, J., Čohilj, B., Čurković, M., Damjanović, D., Frković, S., Josipović, T., Jug, J., Končić, A.M., Nakić, J., Radišić, N., Nekretnine u pravnom prometu – 2005. g., Inženjerski biro, Zagreb, 2005. g., str. 199-224.

<sup>36</sup> Čl. 81.- 84. ZZZK.

knjige pretpostavka stjecanja, promjene, ograničenja i prestanka prava na zemljištima (načelo upisa – taj poseban zakon je Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). Čl. 30. govori o vrstama knjižnih upisa. Knjižni su upisi uknjižba, predbilježba i zabilježba. Uknjižba je upis kojim se knjižna prava stječu, prenose, ograničuju ili prestaju bez posebnog naknadnog opravdanja. Predbilježba je upis kojim se knjižna prava stječu, prenose, ograničuju ili prestaju samo pod uvjetom naknadnog opravdanja i u opsegu u kojem naknadno budu opravdana. Zabilježba je upis kojim se čine vidljivim mjerodavne okolnosti za koje je zakonom određeno da ih se može zabilježiti u zemljišnim knjigama, a zabilježbom se mogu osnivati i određeni pravni učinci kad je to predviđeno zakonom. Čl. 190. st. 1. određuje da se istekom roka za ispravak smatra da je zemljišna knjiga istinita i potpuna, pa osobe koje u dobroj vjeri postupaju s povjerenjem u to uživaju zaštitu.

#### **4. Problemi u praksi osnivanja (obnove) zemljišnih knjiga i moguća rješenja**

##### **4.1. Istodobno ili odvojeno djelovanje katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva**

Prvo pitanje koje se pojavljuje kao sporno u praksi, posebice obzirom na odredbu čl. 46. st. 2. koju donosi ZDIKN, da se izlaganje katastarskog operata na javni uvid provodi istodobno i povezano s osnivanjem ili obnovom zemljišnih knjiga, jest moraju li katastarsko i zemljišnoknjižno povjerenstvo djelovati istodobno ili ne. Kod toga posebno treba napomenuti da ZZK ne sadrži odredbe koje bi upućivale na rad katastarskog povjerenstva, već se jedino u odredbi čl. 183. govori o tome da se u posjedovnicu uložka koji se sastavlja unose podaci iz katastra o površini, obliku i izgrađenosti katastarske čestice, odnosno svih čestica koje tvore zemljišnoknjižno tijelo.

Sasvim je sigurno da se faza izlaganja katastarskog operata na javni uvid i faza sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka međusobno preklapaju. Naime, nakon što su tijekom katastarske izmjere ili tehničke reambulacije prikupljeni podaci o katastarskoj čestici (oblik, površina, broj, pravni režimi, način uporabe, izgrađenost, te podaci o nositeljima prava na nekretninama iz čl. 40., ZDIKN koji služe samo za postupak izlaganja na javni uvid katastarskog operata), pristupa se fazi izlaganja katastarskog operata na javni uvid. Kako se utvrđuju nositelji prava na nekretninama tijekom katastarske izmjere? Prije svega na temelju podataka iz zemljišne knjige koja se obnavlja, katastra zemljišta, ali i na temelju izjava zainteresiranih osoba. Nakon što izvođač radova sačini katastarski operat i nakon što taj operat bude potvrđen od strane Državne geodetske uprave, pristupa se drugoj fazi, fazi izlaganja katastarskog operata.

U literaturi se mogu naći tvrdnje nekih autora<sup>37</sup> da povezanost zemljišnoknjižnog i katastarskog povjerenstva nije u njihovom istodobnom radu, već u

<sup>37</sup> Vidi bilješku 11.



njihovoj međusobnoj uvjetovanosti, a što bi zapravo trebalo značiti da se ti postupci ne moraju provoditi istodobno. S takvim stajalištem ne bismo se mogli do kraja složiti, pogotovo vodeći pri tom računa o praktičnoj razini problema, odnosno zbog čega je istodobno djelovanje katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva kod postupka obnove zemljišnih knjiga izuzetno bitno, a moglo bi se čak reći i nužno.

Naime, tijekom postupka katastarske izmjere formiraju se katastarske čestice, sa svim svojim obilježjima koje propisuje ZDIKN. Novoformirane katastarske čestice imaju svoj oblik, površinu, izgrađenost onako kako je to prikazano u katastarskom operatu i upravo ti podaci mjerodavni su za posjedovnicu nove zemljišne knjige u smislu koji podrazumijeva ZZK odredbom čl. 183. Ukoliko bi nositelj prava na nekretninama tijekom postupka izlaganja tome prigovorio, tada bi se proveo postupak ponovnog terenskog uviđaja, po potrebi izradio novi katastarski operat za određenu katastarsku česticu, te bi se ponovio postupak izlaganja (čl. 47., ZDIKN). O eventualnom prigovoru tijekom postupka izlaganja katastar raspravlja u upravnom postupku, pa s obzirom da nositelj prava na nekretninama može tijekom postupka pred katastrom prigovarati upravo na oblik, površinu, izgrađenost, pravni režim, način uporabe i slično, to zapravo znači da će tek nakon odlučivanja o prigovoru u upravnom postupku, biti definirana pojedinačna katastarska čestica, koja može nakon toga biti predmetom rada zemljišnoknjižnog povjerenstva.

Ukoliko bi se prihvatilo stajalište da zemljišnoknjižno i katastarsko povjerenstvo ne moraju raditi istodobno, prvi problem za zemljišnoknjižno povjerenstvo mogao bi nastati kod identifikacije starih i novih zemljišnoknjižnih čestica, odnosno koje stare zemljišne čestice odgovaraju sada novoformiranoj katastarskoj čestici tijekom postupka nove katastarske izmjere ili tehničke reambulacije. U takvim slučajevima, pogotovo kod obnove zemljišnih knjiga, zemljišnoknjižno povjerenstvo bi trebalo tražiti od katastra točnu identifikaciju, a što bi sasvim sigurno utjecalo na duljinu trajanja cijelog postupka sastavljanja uložaka. Ukoliko povjerenstva rade istodobno i zajednički, tada takvih problema nema.

Naime, ukoliko nema prigovora na oblik, površinu, izgrađenost određene katastarske čestice, što nositelji prava na nekretninama potvrđuju pred katastarskim povjerenstvom svojim potpisom, ta ista katastarska čestica može biti predmet zemljišnoknjižnog povjerenstva, koje će sastaviti vlastovnicu i teretovnicu, ali će katastarsko povjerenstvo biti zemljišnoknjižnom uvijek dostupno radi eventualne identifikacije starih i novih oznaka katastarskih čestica.

Čini nam se da bi i zakonski trebalo izričito propisati da katastarsko i zemljišnoknjižno povjerenstvo radi zajednički i istodobno, svako povjerenstvo sa svojim nadležnostima, pri čemu bi načela tog djelovanja mogla biti sljedeća:

- oba povjerenstva moraju raditi istodobno;
- stranka prvo mora pristupiti katastarskom povjerenstvu, koje će utvrditi katastarsku česticu, tj. podatke o obliku, površini i izgrađenosti, te ukoliko

stranka nema na to prigovora, tada će ista pristupiti zemljišnoknjižnom povjerenstvu, a radi sastava vlastovnice i teretovnice;

– ako stranka ima prigovora na katastarske podatke o obliku, površini ili izgrađenosti, tada je potrebno provesti postupak u okviru nadležnosti katastra, te takve stranke ne bi trebalo upućivati zemljišnoknjižnom povjerenstvu prije nego što se o prigovoru stranke odluči u okviru katastra;

– u slučaju postojanja prigovora na katastarske podatke, katastarsko povjerenstvo bi trebalo prioritarno postupati po prigovoru, a isto tako i Državna geodetska uprava po žalbi, a kako se zbog nekoliko prigovora na, primjerice, površinu ili oblik nekretnine ne bi zaustavilo osnivanje zemljišne knjige;

– zemljišnoknjižno povjerenstvo o listu A ne bi više trebalo raspravljati, osim u dijelu A II posjedovnice;

– zemljišnoknjižno povjerenstvo bi samostalno u okviru svoje isključive nadležnosti sastavilo vlastovnicu i teretovnicu (listove B i C) zemljišnoknjižnog uložka, a podaci su obvezatni za katastar, te bi zemljišnoknjižno povjerenstvo trebalo sastavljati vlastovnicu i teretovnicu na temelju obavljenog izvidaaja, zajedno sa zainteresiranim osobama koje su bile pozvane od strane katastarskog povjerenstva na izlaganje.

#### **4.2. Pozivanje nositelja knjižnih prava pred zemljišnoknjižno povjerenstvo**

Sljedeće pitanje koje je usko povezano s prethodnim pitanjem je da li zemljišnoknjižno povjerenstvo treba kod sastavljanja zemljišnoknjižnih izvadaka pozivati nositelje knjižnih prava ili ne.

Naime, neki zemljišnoknjižni sudovi ne pozivaju stranke – nositelje knjižnih prava, tvrdeći da ZZK prema odredbi čl. 184. st. 1. ZZK ne propisuje takvu obvezu. Jezičnim tumačenjem navedene odredbe sasvim sigurno se ne može reći da ti sudovi nisu u pravu. Međutim, čini nam se da bi navedenu odredbu trebalo tumačiti s obzirom na svrhu osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga, a to je da se dobije ažurna, točna evidencija o pravnom stanju nekretnina. U ranijem tekstu je ukazano na ovaj problem, pri čemu se sada iznose i prikupljeni podaci sa sudova koji provode postupke osnivanja i obnove zemljišnih knjiga.

U k.o. Jagnjedovac zemljišnoknjižni sud je postupao doslovno po odredbi čl. 184., dakle bez pozivanja nositelja prava na nekretninama pred zemljišnoknjižno povjerenstvo, te je na ukupno 3034 katastarske čestice zemljišnoknjižni sud zaprimio oko 900 prigovora, od čega se 2/3 tih prijavi i prigovora odnosilo na list B – vlastovnicu, a oko 1/3 prigovora i prijavi na list A – posjedovnicu.

U k.o. Sesevski Kraljevec je pak zemljišnoknjižni sud postupao tumačeći te odredbe i svrhu postupka osnivanja odnosno obnove zemljišne knjige, po potrebi pozivao nositelje prava na nekretninama i na ukupno 10239 katastarske čestice u roku za ispravak primljeno je svega 13 prijavi i prigovora.

Na isti način kao i u k.o. Sesevski Kraljevec zemljišnoknjižni sud je postupao i u k.o. Premuda i k.o. Nin. U k.o. Premuda na ukupno oko 5200 katastarskih čestica zaprimljeno je 157 prijavi i prigovora (oko 3 %), dok je u

k.o. Nin na ukupno 6512 katastarskih čestica primljeno ukupno 198 prijava i prigovora (oko 5 %).<sup>38</sup>

Navedeni podaci samo su primjerice dani, time da se po našem mišljenju obzirom na broj prijava i prigovora u ispravnom postupku, može govoriti o kvaliteti obavljenog posla, od strane katastarskog i od strane zemljišnoknjižnog povjerenstva.

No, ne manje značajno pitanje je koliko dugo mora biti angažiran sudac ili sudski savjetnik na rješavanju prigovora i prijava. Iz gore navedenih podataka vidljivo je da rasprave za ispravak u slučaju kada zemljišnoknjižno povjerenstvo ne provodi izvidaje i ne poziva nositelje prava na nekretninama, moraju trajati neusporedivo duže, a kroz cijelo to vrijeme za uloške za koje je izjavljen prigovor ili prijava nije nastupila zaštita povjerenja u istinitost i potpunost.

Ovdje bi bilo potrebno napomenuti da je prema Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine<sup>39</sup> bilo predviđeno provođenje izvidaja, pozivanje posjednika zemljišta da sudjeluju u izvidajima, te da sa sobom donesu isprave koje se tiču njihovih posjedovnih odnosa, kao i one koje služe utvrđivanju sadašnjih oznaka parcela (paragrafi 18. – 20. citiranog Zakona). Na temelju rezultata izvidaja sastavljani su zemljišnoknjižni ulošci, te je nakon toga bio provoden ispravni postupak (paragrafi 36 – 60. Zakona). Stoga nam se čini da bi bilo potrebno u gore navedenom smislu dopuniti ZZK i propisati da se novi zemljišnoknjižni ulošci sastavljaju na temelju podataka prikupljenih od strane nadležnog zemljišnoknjižnog povjerenstva, uključujući i onih podataka koje je zemljišnoknjižni sud dobio od nositelja prava na nekretninama u fazi sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka.

### **4.3. Rokovi za provođenje postupka osnivanja (obnove) zemljišnih knjiga**

Jedan je od većih problema u praksi, pogotovo za stranke, nositelje knjižnih prava i onih kojih bi to tek mogli postati, nepostojanje rokova u kojima bi se postupak sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka trebalo dovršiti. Svjesni smo činjenice da je takav postupak teško vremenski normirati, no činjenica je da postoji cijeli niz katastarskih općina u kojima osnivanje traje po nekoliko desetaka godina, a isto tako da i nakon donošenja ZZK postoji dio katastarskih općina u kojima osnivanje traje više od 7-8 godina.

Tu treba posebno naglasiti da u smislu odredbe čl. 10. st. 3. koju propisuje ZZK ako se razlikuju podaci u zemljišnoj knjizi i katastru zemljišta, mjerodavni su za knjižna prava podaci u zemljišnoj knjizi, dok ne budu promijenjeni po odredbi st. 4. istog članka.

<sup>38</sup> Statistički podaci dobiveni su od strane nadležnih zemljišnoknjižnih sudova (Općinski sudovi u Koprivnici, Zadru i Sesvetama).

<sup>39</sup> Košutić, M., Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama te Zakonu o unutarnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Tipografija d.d., Zagreb, 1930., str. 318-321, te 335-352.

S druge pak strane pravni promet s postupkom nove izmjere ili reambulacije, odnosno postupkom osnivanja ili obnove zemljišne knjige ne prestaje, već naprotiv u zadnjih 10-tak godina pravni promet nekretnina se višestruko intenzivirao. U praksi se pravni promet u tim katastarskim općina odvija na način da se navode stare i nove oznake katastarskih čestica, pri čemu nove katastarske čestice nisu pravno relevantne jer nije stavljen u uporabu novi katastarski operat, niti je osnovana ili obnovljena zemljišna knjiga (čl. 47. st. 3., ZDIKN, čl. 180., ZZK).

Sve gore navedeno bi upućivalo na potrebu da se propišu rokovi za provođenje postupka osnivanja (obnove) zemljišne knjige, jer svakodnevni život i pravni promet nekretnina ne može čekati da se, primjerice, riješi nekoliko spornih situacija na terenu.

## **5. Zaključak**

U radu je ukazano na probleme u praksi kod postupaka osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga, kao i određena zakonska ograničenja da se postupak osnivanja ili obnove provede brzo, efikasno i uz zaštitu nositelja stvarnih prava. No, kada se pokuša dati zaključak, treba prije svega poći od pitanja što je cilj nove katastarske izmjere ili tehničke reambulacije, odnosno postupka osnivanja (obnove) zemljišnih knjiga.

Kada su osnivane zemljišne knjige na području današnje Republike Hrvatske u drugoj polovici 19. st., nekretnine su mjerene na način koji je bio primjeren tadašnjem stanju tehničkih dostignuća. Kroz 150 godina došlo je do razvoja geodetske struke, pa se sada nova mjerenja vrše primjenom novih, modernih tehnologija, putem koordinata, satelita i slično.

S druge strane na području zemljišnih knjiga i stvarnog prava uopće došlo je do polustoljetnog zanemarivanja zemljišnih knjiga uvođenjem kolektivističkog pristupa, društvenog vlasništva, te zanemarivanje vlasništva kao temeljnog građanskog prava.

Donošenjem Ustava Republike Hrvatske,<sup>40</sup> te ZV i ZZK, vlasništvo je ponovno afirmirano kao ustavno pravo, a time je ponovno vraćena uloga zemljišnim knjigama kao javnog registra u koji se upisuju nekretnine, vlasništvo i druga stvarna prava, neka obvezna prava na nekretninama, te drugi odnosi relevantni za pravni promet nekretnina.<sup>41</sup>

Stoga se ukazala potreba da se evidencije o nekretninama dovedu na stupanj u kojem će zaista biti ažurne evidencije o pravnom stanju nekretnina. U tom smislu pokrenut je i Projekt sređivanja zemljišnih knjiga i katastra uz kredit Svjetske banke s ciljem da se uspostavi sređena katastarska i zemljišnoknjižna evidencija o nekretninama, a istodobno se provodi cijeli niz novih katastarskih

<sup>40</sup> Narodne novine br. 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak.

<sup>41</sup> Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 89.

izmjera i tehničkih reambulacija, kao i postupaka osnivanja, no ujedno se planira u sljedećih tri godine taj postupak provesti za novih 300-tinjak katastarskih općina.

Ukoliko će se u postupku osnivanja ili obnove zemljišne knjige kao vlasnike novo formiranih katastarskih čestica tijekom postupka katastarske izmjere i tehničke reambulacije utvrđivati osobe koje su upisane u raniju zemljišnu knjigu prije 100 i više godina, te ukoliko će se prepustiti inicijativi izvanknjižnih nositelja prava na nekretninama da svoja prava ostvaruju isključivo u ispravnom postupku, tada će se dogoditi da u određenom broju slučajeva će stanje u pogledu lista B ostati i dalje nesređeno. Dakle, i nakon postupka osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga imat ćemo dijelom neažurnu evidenciju, te zemljišne knjige neće biti javni registar koji će prikazati stanje mjerodavno za pravni promet nekretnina.

Ministarstvo pravosuđa trebalo bi prikupiti podatke o vremenu koje je potrebno za osnivanje ili obnovu zemljišnih knjiga za područje cijele Republike Hrvatske, kao i o načinu na koji zemljišnoknjižni sudovi postupaju, te isto tako prikupiti podatke o broju prijava i prigovora koji su podnijeti tijekom ispravnog postupka u katastarskim općinama u kojima je kako propisuje novi ZZK proveden postupak osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga. Upravo ti podaci bi trebali biti mjerodavni za analizu i ocjenu koji je postupak efikasniji u praksi, ali bi se utvrdilo na temelju broja prijava i prigovora da li u katastarskim općinama u kojima su zemljišnoknjižni sudovi sastavljali vlastovnicu i teretovnicu zajedno s nositeljima prava na nekretninama ugrožena bilo čija prava. Rezultat te analize bi ukazao u kom pravcu bi trebalo izmijeniti ZZK i Poslovnik.

Prikazani statistički podaci jasno ukazuju da većina zemljišnoknjižnih sudova u Republici Hrvatskoj kod sastavljanja zemljišnoknjižnih uložaka koristi i poziva nositelja prava na nekretninama, da u tom smislu provodi odgovarajuće izviđaje, te da je broj prijava i prigovora kod takvog načina postupanja daleko manji, nego kod sudova koji doslovno primjenjuju čl. 184. glede sastava vlastovnice.

Stoga bi trebalo dopustiti, pa i zakonski u tom smislu propisati, da se u postupku osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga provode izviđaji od strane zemljišnoknjižnog povjerenstva, prije ispravnog postupka, u cilju utvrđivanja stvarnih nositelja knjižnih prava na nekretnine. Također treba propisati da zemljišnoknjižno i katastarsko povjerenstvo moraju djelovati istodobno i zajednički u cilju bržeg i efikasnijeg stvaranja sređenih zemljišnih knjiga i katastra. Isto tako svi nositelji knjižnih prava trebali bi biti pisanim putem obaviješteni o postupku osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga, ali i o postupku katastarske izmjere ili tehničke reambulacije, čime bi se osigurala njihova zaštita u tom postupku.

Jedino na taj način će zemljišna knjiga postati registar koji će prikazivati sva prava i odnose koji su relevantni za pravni promet nekretnina.

## **Literatura**

### **Knjige i članci**

1. Crnić, I., Sudski savjetnici kao pomoćnici sudaca, Informator, br. 5179. od 25. listopada 2003.
2. Crnić, J., Končić, A.M., Kontrec, D., Osnivanje, obnavljanje, dopunjavanje i preoblikovanje zemljišnih knjiga, Novi Informator, Zagreb, 2005.
3. Ernst, H., Rasprava na Okruglom stolu Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti održanom dana 25. travnja 2007., Modernizacija hrvatskog stvarnog prava, HAZU, Zagreb, 2007.
4. Ivković, M., Vilus, J., Kukuruzović A., Problemi pri izlaganju podataka katastarske izmjere na javni uvid, Zbornik radova Trećeg hrvatskog kongresa o katastru s međunarodnim sudjelovanjem, Zagreb, 2005.
5. Jelčić, O., Pravni lijekovi u zemljišnoknjižnom postupku, seminarski materijal u Programu pravne edukacije zemljišnoknjižnih referenata i sudaca, Narodne novine, Zagreb, 2004.
6. Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001.
7. Klaić, B., Rječnik stranih riječi, Nakladni zavod MH, Zagreb, 1988.
8. Kontrec, D., Refleksije novog Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina na upise u zemljišnoj knjizi, u Bienenfeld, J., Frković, S., Jelčić, O., Josipović, T., Koharić, Z., Kontrec, D., Pahić, D., Simonetti, P., Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine, Zagreb, 2007.
9. Kontrec, D., Stvaranje baze zemljišnih podataka u Republici Hrvatskoj (sustavni i pojedinačni pristup, odnos prema Zajedničkom informacijskom sustavu zemljišne knjige i katastra), u Bienenfeld, J., Brežanski, J., Crnić, J., Culli, E., Jelčić, O., Josipović, T., Jug, J., Končić, A.M., Kontrec, D., Morović-Pavić, Lj., Radišić, N., Sessa, Đ., Nekretnine u pravnom prometu – aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse – 2007, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.
10. Kontrec, D., Tužbe zemljišnoknjižnog prava, Godišnjak 14, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2007.
11. Košutić, M., Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama te Zakonu o unutarnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Tipografija d.d. Zagreb, 1930.
12. Nakić, J., Tužbe po Zakonu o zemljišnim knjigama, u Bienenfeld, J., Brežanski, J., Crnić, J., Čohilj, B., Čurković, M., Damjanović, D., Frković, S., Josipović, T., Jug, J., Končić, A.M., Nakić, J., Radišić, N., Nekretnine u pravnom prometu – 2005., Inženjerski biro, Zagreb, 2005.
13. Pahić, D., Novi Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina – što je u Zakonu novo i kako su riješena sporna pitanja iz prakse, u Bienenfeld, J., Frković, S., Jelčić, O., Josipović, T., Koharić, Z., Kontrec, D., Pahić, D., Simonetti, P., Nekretnine kao objekti imovinskih prava, Narodne novine, Zagreb, 2007.
14. Pahić, D., Parcelacijski i drugi geodetski elaborati i njihova provedba u katastru i zemljišnoj knjizi, u Brežanski, J., Crnić, J., Jelčić, O., Končić, A.M., Kontrec, D., Pahić, D., Sarvan, D., Žuvela, M., Zemljišne knjige i odgoda povjerenja, Novi informator, Zagreb, 2007.



15. Pahić, D., Postupno stvaranje katastra nekretnina, u Crnić, J., Jelčić, O., Končić, A.M., Kontrec, D., Mihelčić, G., Nakić, J., Pahić, D., Sessa, Đ., Vlasničkopravni odnosi i zemljišne knjige, Novi Informator, Zagreb, 2007.
16. Perkušić, A., Šume i šumska zemljišta – pretvorba prava vlasništva i upis u zemljišne knjige, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2004.

### **Pravni izvori**

1. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 41/01., 55/01.
2. Ovršni zakon, Narodne novine br. 57/96. 29/99., 42/00., 173/03., 194/03, 151/04., 88/05 (OZ)
3. Zakon o arbitraži, Narodne novine br. 88/01.
4. Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, Narodne novine br. 128/99., 153/05. (raniji ZDIKN)
5. Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina, Narodne novine 16/07. (ZDIKN)
6. Zakon o Hrvatskom fondu za privatizaciju, Narodne novine br. 48/92., 70/93., 76/93., 19/94., 52/94., 87/96.
7. Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Narodne novine 88/05. (ZIDOZ)
8. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanaarsko pravo, Narodne novine br. 68/98. (ZIDZPSPSP)
9. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine 107/07. (ZIDZZK)
10. Zakon o načinu primjene pravnih pravila donesenih prije 6. travnja 1941., Narodne novine br. 73/91.
11. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine br. 53/91., 103/96. (ZOUP)
12. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine br. 53/91., 91/92., 58/93., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05. (ZPP)
13. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, Narodne novine br. 54/94., 48/95., 19/98., 105/99.
14. Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća, Narodne novine br. 19/91., 83/92., 84/92., 94/93., 2/94., 9/95, 21/96., 118/99.
15. Zakon o privatizaciji, Narodne novine br. 21/96., 71/97., 16/98., 73/00.
16. Zakon o šumama, Narodne novine br. 54/83., 32/87., 47/89., 41/90., 52/90., 5/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93., 29/94., 76/99., 8/00., 13/02., 100/04., 160/04.
17. 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. (ZV)
18. Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07. (ZZK)
19. Pravilnik o izlaganju na javni uvid podataka utvrđenih katastarskom izmjerom i katastarskim klasiranjem zemljišta, Narodne novine br. 41/78.
20. 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. (Poslovnik)

## Summary

**ESTABLISHMENT (RECONSTRUCTION) OF THE LAND  
REGISTERS – CADASTRAL AND LAND-REGISTRY  
COMMISSION ACTIVITIES  
(*de lege lata, de lege ferenda*)**

The article deals with the establishing (reconstruction) procedure of the land registers. Moreover, the article considers cadastral survey and technical reambulation procedures as a precondition to execute the land registers establishing procedure. It has also been pointed at mutual dependence and conditioning of cadastral and land-registry commissions in regards to procedure to present a new cadastral operative to public for discussion as wells as procedure to set up land-registry folios. Provisional solutions in force embodied within the Law on Land Registers and Law on State Survey and Real-Estate Cadastre has been presented. Therefore, the attention is called to different land-registry courts practice concerning the establishing, that is, reconstruction procedure of the land registers (*de lege lata*). In conclusion, suggestions (*de lege ferenda*), which would lead to immediate execution of these procedures, have been presented with the aim to create prompt records on legal state of real-estates which is competent for legal operations.

**Key words:** *establishing and reconstruction of land registers, cadastral survey and technical reambulation, presentation of cadastral operative to public for discussion, setting up a new land register, accurate procedure.*

## Zusammenfassung

**EINRICHTUNG (ERNEUERUNG) VON  
GRUNDBÜCHERN –ARBEIT VON KATASTAR- UND  
GRUNDBUCHKOMMISSIONEN  
(*de lege lata, de lege ferenda*)**

In der Arbeit wird über das Verfahren der Einrichtung (Erneuerung) von Grundbüchern gesprochen aber auch über die Verfahren von Katastarmessungen und technischer Reambulation als Voraussetzung zur Durchführung des Einrichtungsverfahrens von Grundbüchern. Es wird auf die gegenseitige Abhängigkeit und Bedingtheit der Katastar- und Grundbuchkommissionen hingewiesen und zwar beim Verfahren zur Auslegung eines neuen Katastaroperats zur öffentlichen Ansicht und beim Verfahren der Abfassung von Grundbucheinlagen. Es werden geltende Gesetzeslösungen aus dem Gesetz über Grundbücher und

dem Gesetz über staatliche Vermessung und Katastarimmobilien vorgestellt, aber auch auf die unterschiedliche Praxis der Grundbuchgerichte bei der Einrichtung bzw. Erneuerung von Grundbüchern (*de lege lata*) hingewiesen. Am Ende wird vorgeschlagen (*de lege ferenda*) wie das Verfahren der Einrichtung bzw. Erneuerung von Grundbüchern in möglichst kurzer Frist durchgeführt werden könnte mit dem Ziel eine aktuelle Evidenz über die Rechtslage von Immobilien zu schaffen, die maßgebend für den Rechtsverkehr wäre.

**Schlüsselwörter:** *Einrichtung und Erneuerung von Grundbüchern, Katastarmessung und technische Reambulation, Auslegung eines Katastaroperats zur öffentlichen Ansicht, Abfassung neuer Grundbücher, Verbesserungsverfahren.*

### Sommario

## **ISTITUZIONE (RINNOVAMENTO) DEI LIBRI FONDIARI – LAVORO DELLE COMMISSIONI SUL CATASTO E SUL LIBRO FONDIARIO (*de lege lata, de lege ferenda*)**

Nel lavoro si discute sul procedimento di istituzione (rinnovamento) dei libri fondiari, ma anche sulle procedure di misurazione catastale e di rilevamento tecnico come preconditione per attuare il procedimento di istituzione dei libri fondiari. Si mostra la reciproca dipendenza e influenza delle commissioni sul catasto e sul libro fondiario in relazione al procedimento di presentazione di un nuovo atto catastale all'esame pubblico e la procedura di redazione di un inserimento nei libri fondiari. Sono presentate le soluzioni legislative vigenti nella Legge sui libri fondiari e nella Legge sulla misurazione statale e sul catasto immobiliare, ma si richiama anche la diversa prassi dei tribunali sui libri fondiari nel procedimento di istituzione, fondamentalmente di rinnovamento dei libri fondiari (*de lege lata*). Nella conclusione si avanzano (*de lege ferenda*) proposte che porterebbero all'immediata attuazione del procedimento di istituzione e di rinnovamento dei libri fondiari, con lo scopo che questo produca la formazione di evidenze aggiornate sullo stato giuridico degli immobili, affidabile per la circolazione legale.

**Parole chiave:** *istituzione e rinnovamento dei libri fondiari, misurazione catastale e rilevamento tecnico, esposizione dell'atto catastale all'esame pubblico, redazione di un nuovo libro fondiario, procedimento corretto.*



## ZAŠTITA OSOBE U RADNOM ODNOSU OD NAČELA DO REALIZACIJE

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 349.2  
Ur.: 10. siječnja 2008.  
Pr.: 28. veljače 2008.  
Stručni članak

*Radni odnosi su srce društvenih i drugih odnosa ljudi na radu i u vezi s radom. Uređeni su brojnim heteronomnim i autonomnim pravnim normama. Uređivanje nalazi svoju osnovu u Ustavu Republike Hrvatske i u brojnim univerzalnim vrelima radnoga prava i prava zaštite na radu, ali i u načelima suvremenog i modernog Radnog prava demokratske države. Među najznačajnijim načelima nezaobilazna su: načela zaštite osobe-radnika i zaštita prava na radu i u vezi s radom.*

*U ovom se radu to objašnjava navodeći brojna vrela, kako heteronomna tako i autonomna, ističući opća (osnovna) i posebna pravila iznad kojih su navedena načela, odnosno načela koja su otjelovljena u tim normama i njima zaštićena. Ta načela imaju normativno, logično i realno značenje. U zahtjevnim, složenim i specifičnim radnim odnosima javljaju se brojni subjekti u reguliranju, realiziranju i u zaštiti tih odnosa. Od stvaranja pravne norme do realizacije, kada su u pitanju zaštita osoba – radnika i prava u radnom odnosu, dešavaju se velike promjene, pa i protupravna ponašanja subjekata i (drugih) u tim odnosima. To se prati i u bogatoj praksi socijalnih partnera, inspekcija i sudova, u primjeni normi univerzalnih vrela, prava EU, Ustava RH, zakona i podzakonskih akata te brojnih normi u autonomnim općim aktima poslodavaca.*

***Ključne riječi:*** radno pravo, radni odnosi, načela, zaštita osobe radnika, zaštita prava na radu, reguliranje, realiziranje i zaštita.

### 1. Uvod

Razvijeni su i razvijaju se brojni pravni odnosi čija je osnova rad za drugoga i “u službi drugoga”, rad kojega organizira poslodavac (u najširem smislu riječi) za koga se radi i rad čiji rezultat će taj poslodavac platiti. Pod pojmom “razvijanja” tih odnosa u ovom radu prvenstveno se misli na sadržaj radnog odnosa, odnosno prava i obveze subjekata. U “sadržaju” toga odnosa razvijaju

se i drugi brojni pojmovi, kategorije i odnosi (socijalno-pravni, ekonomsko-pravni, psihološki, medicinski, sociološki, ergonomski, a napose oni odnosi koji se mogu svrstati u odnose prava zaštite na radu). Svijet rada razvija subjekte i njihove odnose, ali razvija socijalne i druge konflikte (sve do terora na radnom mjestu). To je složen proces i odnos, bez obzira da li se radni odnos razvija kao pravni odnos neodređenog ili kao pravni odnos određenog trajanja. Naime, brojni procesi mogu se razvijati brže i "sadržajnije" i u radnom odnosu koji traje kraće (probni rad, raspored rada, plaćanje rada, međuljudski odnosi i dr.). Ti procesi prvenstveno su vezani za proizvodnju, za poslove koji radnik obavlja u okviru djelatnosti koju poslodavac realizira (način organiziranja, način realiziranja, uvjeti u kojima se realiziraju i sl.). Radni odnos treba biti uređen u skladu s normama prava, a nepoštovanje tih normi predstavlja protuupravno djelo, bez obzira što ga čini. To mogu biti kaznena djela, prekršajna djela, disciplinska djela, ponašanja koja imaju štetne posljedice, ali i diskriminacija, spolno uznemiravanje, mobbing i sl. Bilo kako bilo, ta protuupravna ponašanja usmjerena su protiv ličnosti radnika i njegovog radnog statusa. Sve to ne treba promatrati izolirano već u ukupnosti (cjelini) odnosa na radu i u vezi s radom. Istina, neposredni povod jeste određeni (konkretni) događaj, ali ga treba tumačiti u složenom sadržaju radnog odnosa.

Evidentan je agresivan trend da se radna prava poistovjete s drugima u obveznopравnim, a i drugim pravnim odnosima. Zagovara se njihova odredivost, a ne određenost, sloboda ugovaranja na uštrb prethodne reguliranosti (heteronomne i autonomne); postupci (organi, radnje, rokovi) se pojednostavljaju, norme postaju ekstenzivne, difuzne, nedorečene i ostavljaju "prostor za arbitriranje" i ad hoc rješenja. Javljaju se improvizacije, struku zamjenjuje praktičizam (vještine) a normu zamjenjuje determinirana volja, ishitrena i nedovoljno slobodna.

Radni odnos je osobno pravni odnos: od zasnivanja do prestanka, ali ga prate objektivizirano utvrđeni uvjeti rada, okoliš i organizacija rada. Ima tvrdnji da je pravna narav radnog odnosa samo manjim dijelom osobna.

Iznad i ispred svake norme kojom se uređuje radni odnos "stoje" načela suvremenog, demokratskog Radnog prava, kao principi s točno određenim obilježjima: normativno, logično i metafizičko ili objektivno.<sup>1</sup>

U ovom radu prvenstveno je riječ o dva načela, i to načelu zaštite i sigurnosti radnika na radu i načelu neutuđivosti i zaštite prava iz rada.

Pravni propisi Radnog prava i prava zaštite na radu moraju se tumačiti na osnovi navedenih (i drugih) načela. To su pravila općeg ponašanja u radnim odnosima, ali i pravila posebnih (karakterističnih) ponašanja subjekata (i drugih) tih odnosa. Oni ne mogu neprimjenjivati ta načela, pravdajući neprimjenu specifičnim (posebnim, karakterističnim) razlozima, jer oni mogu biti samo od koristi da se načelo dosljednije primjenjuje. Ova načela "izražavaju objektivnu zakonomjernost razvoja" u radnim odnosima. Ona znače "maksimum ili pravilo

<sup>1</sup> Tintić, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969., str. 58. i dr.



akcije” izražene u normama Radnog prava i prava zaštite na radu, determiniranim objektivno danim okolnostima i uvjetima države i drugih kolektivnih subjekata tih prava (prvenstveno socijalnih partnera). Ta načela djeluju “u okvirima prava” i “izražavaju ‘politiku’ vlastitih stvaralaca”. Kroz njih se izražavaju “osnovni pogledi i osnovni ciljevi izgradnje i razvoja” Radnog prava. Ostvaruju se kroz brojne norme upisane u heteronomnim i autonomnim izvorima Radnog prava.<sup>2</sup>

Načela Radnog prava utemeljena su i u univerzalnim dokumentima:

- (1) Povelja OUN, objavljena 26. lipnja 1945. u San Francisku, čiji je temeljni cilj “stvaranje takve svjetske organizacije koja će ponovno potvrditi: a) vjeru u osnovna prava čovjeka, u dostojanstvo i vrijednost ljudske ličnosti i ravnopravnost muškaraca i žena....; c) ostvarivanje međunarodne suradnje “razvijanjem i poticanjem poštovanja prava čovjeka i osnovnih sloboda za sve bez razlike rase, spola, jezika i vjere”. Obveza OUN je usmjerena i na “podizanje životnog standarda, puno zaposlenje stanovništva i uvjete za ekonomski i socijalni napredak i razvitak.”<sup>3</sup>
- (2) Opća Deklaracija o pravima čovjeka, izglasana na Općoj skupštini OUN, 10. prosinca 1948., kaže da se ona proglašava radi toga da bi “svi narodi, sve države, svaki pojedinac i svaki organ društva, imajući Deklaraciju stalno na umu, težili da učenjem i odgojem pridonesu poštovanju ovih prava i sloboda...”. Sadržaj su Deklaracije, pored drugih, opće slobode i prava čovjeka; građanska i politička prava i jednakost; socijalna prava; pravo na obrazovanje; pravo na kulturni život i dr.<sup>4</sup>
- (3) Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima teži stvaranju uvjeta “prema kojima svatko može uživati svoja građanska i politička prava jednako kao i svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava.”<sup>5</sup>
- (4) Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima obvezuje države da: priznaju pravo na rad (kompleks prava); priznaju pravo na socijalnu sigurnost; priznaju svima pravo na školovanje; priznaju pravo na kulturni život, na uporabu i primjenu znanstvenog napretka i na zaštitu slobode, te moralnog i materijalnog interesa stvaraoca.<sup>6</sup>
- (5) Ustav (Statut) Međunarodne organizacije rada (MOR, ILO, OIT) iz 1919. i 1944., čini osnovu za stalno unapređenje rada i socijalne pravde.<sup>7</sup>
- (6) Sve se to detaljnije i potpunije naglašava u konvencijama što donosi MOR.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Isto – str. 58., 59. i dr.

<sup>3</sup> Povelja OUN – Hrženjak, Juraj, Međunarodni i europski dokumenti o ljudskim pravima – Čovjek i njegove slobode u pravnoj državi, Informator, Zagreb, 1992.; Vidi NN – Međ. ugovori 15/93., 7/94.

<sup>4</sup> Opća deklaracija o pravima čovjeka, 10. prosinca 1948.

<sup>5</sup> Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, New York, 16.12.1966., NN – Međ. ugovori 12/93., 7/95., 11/95.

<sup>6</sup> NN – Međ. ugovori 12/93.

<sup>7</sup> Ustav Međunarodne organizacije rada, u cjelovitoj verziji objavljen je u knjizi Učur, Marinko, Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet, Rijeka, 2003.

<sup>8</sup> Učur, Marinko, Laleta, Sandra, Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarom, Tim press, Zagreb, 2007.

(7) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Rim, 4.11.1950), s Protokolima, propisuje da se prava i slobode (iz Konvencije), osiguravaju bez diskriminacije.<sup>9</sup>

Propisani su: pravo na pošteno suđenje i pravo na djelotvoran pravni lijek.

(8) Europska socijalna povelja (Torino, 16.10.1961.) s dodatnim Protokolima, utvrđuje standarde socijalnih prava, pa i radnih prava posredno.<sup>10</sup>

Na ovim postavkama i rješenjima iz univerzalnih i europskih vrela prava napisane su odredbe Ustava Republike Hrvatske i u skladu s njima brojne norme u radnom i socijalnom zakonodavstvu Republike Hrvatske. Proces nije završen. Poseban zahtjev je usklađivanje toga zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije (EU), temeljem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica.<sup>11</sup>

U ovom radu piše se o dva načela Radnog prava. Prvo je načelo zaštite osoba u radnom odnosu, a drugo je načelo zaštite prava iz radnog odnosa onako kako se danas reguliraju u Republici Hrvatskoj, s nekim sugestijama za moguća rješenja (de lege ferenda).

## 2. Zaštita osobe radnika u radnom odnosu

“Zaštita na radu je sastavni dio organizacije rada i izvođenja radnoga procesa, a ostvaruje se obavljanjem poslova zaštite na radu i primjenom propisanih, ugovorenih, kao i priznatih pravila zaštite na radu te naredenih mjera i uputa poslodavaca.”<sup>12</sup> Zaštita osobe na radu podignuta je na rang ustavnog prava, najvišom pravnom normom, u skladu s univerzalnim vrelima o ljudskim pravima i slobodama. “Svatom se jamči školovanje i pravna zaštita njegova *osobnog* i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti.” “Svatko ima pravo na zdrav život. Država osigurava uvjete za zdrav okoliš. Svatko je dužan, u sklopu svojih ovlasti i djelatnosti, osobitu skrb posvećivati zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša.” “Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama. Svi su pred zakonom jednaki.” “Svako ljudsko biće ima pravo na život.” “Svatom se jamči pravo na slobodno udruživanje radi zaštite njihovih probitaka ili zauzimanja za socijalna, gospodarska, politička, nacionalna, kulturna ili druga uvjerenja i ciljeve. Radi toga svatko može slobodno osnivati sindikate i druge udruge, uključivati se u njih *ili iz njih istupiti u skladu sa zakonom.*”<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Konvencija s Protokolima... NN – Međ. ugovori 6/99., 8/99.

<sup>10</sup> NN – Međ. ugovori 15/02... 8/03.

<sup>11</sup> NN 14/01...1/05, 11/06.

<sup>12</sup> Zakon o zaštiti na radu, NN 59/96., 114/03.: čl. 8.

<sup>13</sup> Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01., 55/01. (“Pravo zaposlenih i članova njihovih obitelji na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje uređuje se zakonom i kolektivnim ugovorom.” – čl.

Također je zaštita na radu sastavni dio ekonomije rada i proizvodnosti rada. Zaštićuje se ličnost radnika u interdisciplinarnom i multidisciplinarnom odnosu prava, ekonomije, psihologije, tehnike, tehnologije, medicine, organizacije i drugih. Zaštita zahtijeva prvenstveno prevenciju, determiniranu djelatnošću poslodavaca, mjestom i vremenom rada, rasporedom rada, dobnom i spolnom strukturom, strukturom proizvodnih sredstava, pa je zahtjev spriječiti ozljede na radu i profesionalne bolesti i druge bolesti i uzroke zbog kojih nastaju.

U skladu s odredbama članka 14. Ustava Republike Hrvatske zaštita na radu je pravo i obveza svih subjekata koji u tom procesu (odnosu) sudjeluju bez obzira na "pripadnosti". Zaštitu na radu pružaju poslodavci, njihovi ovlaštenici, stručnjaci zaštite na radu, odbori za zaštitu na radu, a nadziru inspektori zaštite na radu i drugi državni organi. Sporove rješavaju stvarno i mjesno nadležni sudovi.<sup>14</sup>

### **2.1. Osnovna i posebna pravila zaštite na radu**

Sigurnost radnika na radu složeno je pitanje. Nije samo pravno, iako se ovdje daje veći naglasak na taj aspekt. To je, prvenstveno, *tehnička zaštita*.<sup>15</sup> Dijeli se na opću i posebnu, bez obzira što je i jednoj i drugoj, kao i svrha Zakona o zaštiti na radu, "sprečavanje ozljeda na radu, profesionalnih bolesti, drugih bolesti u svezi s radom te zaštita radnog okoliša".<sup>16</sup> Pri obavljanju poslova prvenstveno se primjenjuju pravila zaštite na radu kojima se uklanja ili smanjuje opasnost na sredstvima rada (osnovna pravila zaštite na radu).<sup>17</sup> Sredstvima rada smatraju se: objekti namijenjeni za rad s pripadajućim prostorijama, instalacijama i uređajima,

---

56. st. 1; "Svakom se jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom" – čl. 58. "Mladež, majke i invalidne osobe imaju pravo na osobitu zaštitu na radu." – čl. 64. st. 3).

<sup>14</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit.; Odluka o osnivanju Nacionalnog vijeća za zaštitu na radu, NN 99/00., 47/03.; Pravilnik o uvjetima pod kojima pravne osobe mogu obavljati poslove zaštite na radu NN 114/02., 126/03.; Pravilnik o ispitivanju radnoga okoliša te strojeva i uređaja s povećanim opasnostima, NN 114/02., 131/02., 126/03.; Pravilnik o izradi opasnosti NN 48/97., 114/02., 126/03. Svjetlana Šokčević, *Zaštita na radu*, u zborniku radova: Radni odnosi, Pravni fakultet, Zagreb i Organizator, Zagreb, 2007., str. 923 i dalje; Šokčević, Svjetlana, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, Zagreb, Tim press d.o.o., 2006.; Šokčević, Svjetlana, *Zaštita zdravlja i sigurnosti na radu*, zbirka propisa s komentarskim bilješkama, Zagreb, Tim-press, 2006.; Učur, Marinko, *Osnove prava i zakonodavstvo sigurnosti*, Veleučilište u Rijeci, 2005.; Učur, Marinko, *Nomotehnika u radnome pravu i pravo zaštite na radu*, Veleučilište u Rijeci, 2007.

Zakon o sudovima, NN 150/05.: čl. 13-26.

<sup>15</sup> Tako i Tintić, N. – cit.: str. 97.

<sup>16</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit.: čl. 1.; 17. – isto: čl. 9. st. 1.

<sup>17</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit.: čl. 9. st. 3.; Opći pravilnik o higijenskim i tehničkim zaštitnim mjerama pri radu – prema čl. 114. Zakona o zaštiti na radu. Po istome članku primjenjuje se: Pravilnik o higijenskim i o tehničkim zaštitnim mjerama pri radu u kudeljarama; Pravilnik o higijenskim i tehničkim zaštitnim mjerama pri radu u grafičkim poduzećima; Pravilnik o higijenskim i tehničkim mjerama pri radu u kamenolomima i ciglanama kao i kod vađenja gline, pijeska i šljunka; Pravilnik o zaštitnim mjerama pri rukovanju eksplozivom i lagumanju (miniranju) u rudnicima i kamenolomima, kao i pri drugim radovima; Pravilnik o zdravstveno-tehničkim mjerama na plovilima unutarnje plovidbe; Pravilnik o tehničkim i zdravstveno tehničkim mjerama na radovima pri kemijsko-tehničkim procesima; Pravilnik o tehničkim i zdravstvenim tehničkim

prostorijama i površinama za kretanje zaposlenika te pomoćnim prostorijama i njihovim instalacijama i uređajima (sanitarne prostorije, garderobe, prostorije za uzimanje obroka hrane, pušenje i povremeno zagrijavanje zaposlenika), prijevozna sredstva željezničkog, cestovnog, pomorskog, riječnog, jezerskog i zračnog prometa; strojevi i uređaji (osim strojeva i uređaja u užem smislu spadaju postrojenja, sredstva za prijenos i prijevoz tereta i alati); skele i površine s kojih se obavlja rad i po kojima se kreću zaposlenici izvan navedenih objekata i drugih sredstava.

Bez obzira što se radi o provedbenim propisima (podzakonskim aktima) koji su doneseni i prije četrdeset godina, oni se, temeljem odredbi članka 114. Zakona o zaštiti na radu primjenjuju kao pravna pravila, ukoliko nisu u suprotnosti sa zakonima Republike Hrvatske i propisima donesenima na temelju zakona.

Brojni su poslodavci koji realiziraju registriranu djelatnost na koju se navedeni propisi odnose, kao što su: grafička djelatnost, kamenolomi, ciglane, vađenje gline, pijeska i šljunka, rukovanje eksplozivima i miniranjem u kamenolomima, plovidba na plovilima unutarne plovidbe; na radovima pri kemijsko-tehničkim procesima; pri radu u crnoj metalurgiji, plovidba na morskim brodovima; ronilačkim radovima; pri tehničkom obrađivanju legura lakih metala u kupaonicama s nitratnim solima; pri održavanju motornih vozila i prijevozu motornim vozilima; razvijajući acetilena i acetilenske stanice; rad u poljoprivredi; građevinarstvu; pri preradi i obradi kože, krzna i otpadaka kože; pri izradi eksploziva i baruta; o opremi i postupku za pružanje prve pomoći i o organiziranju službe spašavanja u slučaju nezgode na radu; tehnički normativi za zaštitu od statičkog elektriciteta i dr.<sup>18</sup>

Posebnu grupu čine provedbeni propisi (podzakonski akti) doneseni na temelju Zakona o zaštiti na radu (NN 19/83., 17/86., 46/92., 26/93. i 29/94.) ako nisu u suprotnosti s odredbama Zakona o zaštiti na radu (NN 59/96.), a odnose se na brojne djelatnosti i poslove, kao što su: pružanje prve pomoći radnicima na radu; poslovi s posebnim uvjetima rada; zaštita na radu na željeznicama; zaštita na radu za radne i pomoćne prostorije i prostore; sadržaj plana uređenja privremenih i zajedničkih privremenih gradilišta; prerada teških i lakih obojenih metala i njihovih legura itd.<sup>19</sup>

Resorno ministarstvo dužno je donijeti nove propise. U pitanju je ne samo autoritet zakonodavca, već zahtjev suvremeno organizirane zaštite na radu (u najširem smislu riječi).

---

zaštitama mjerama pri radu u crnoj metalurgiji; Pravilnik o higijenskim i tehničkim zaštitnim mjerama na morskim brodovima i drugi.

<sup>18</sup> Riječ je o odredbama propisa koji su doneseni na temelju članka 52. Osnovnog Zakona o zaštiti na radu (NN 52/71., 52/73.) i odredbama propisa koji su navedeni u članku 125. toga zakona, a koji su do dana stupanja na snagu Zakona o zaštiti na radu (NN 54/74.) bile na snazi, pa se temeljem članka 114. Zakona o zaštiti na radu (NN 59/96.) primjenjuju kao pravna pravila.

<sup>19</sup> To prate brojne evidencije, isprave i izvještaji, knjige nadzora iz područja zaštite na radu (vidi Pravilnik ... NN 52/84.). Istaći je i: Pravilnik o zaštiti na radu u šumarstvu, NN 10/86.; Pravilnik o zaštiti na radu pri utovaru i istovaru tereta, NN 49/86., Pravilnik o zaštiti na radu pri mehaničkoj preradi i obradi drveta i sličnih materijala, NN 49/86. i druge.

Brojni su poslodavci koji su dužni osigurati smještaj, prehranu i prijevoz radnika koji obavljaju poslove na privremenim radilištima izvan sjedišta poslodavca.<sup>20</sup> Na sve poslodavce primjenjuju se provedbeni propisi o zaštiti na radu i o maksimalno dopuštenim koncentracijama štetnih tvari u atmosferi radnih prostorija i prostora i o biološkim graničnim vrijednostima.<sup>21</sup>

Zaključiti je da *osnovna pravila zaštite na radu* sadrže zahtjeve kojima mora udovoljavati sredstvo rada kada je u uporabi, a naročito glede: opskrbljenosti sredstva rada zaštitnim napravama, osiguranja od udara električne struje, sprečavanja nastanka požara i eksplozije, osiguranja potrebne radne površine i radnog prostora, osiguranja potrebnih puteva za prolaz, prijevoz i za evakuaciju zaposlenika, osiguranje čistoće, potrebne temperature i vlažnosti zraka, ograničenja brzine kretanja zraka, osiguranja potrebne rasvjete mjesta rada, radnog okoliša, ograničenja buke i vibracije u radnom okolišu, osiguranja od štetnih atmosferskih i klimatskih utjecaja, osiguranja od djelovanja po zdravlje štetnih tvari i zaštita od elektromagnetskih i drugih zračenja te osiguranja prostorija i uređaja za osobnu higijenu.<sup>22</sup>

“Ako se opasnosti za sigurnost i zdravlje zaposlenika ne mogu ukloniti primjenom osnovnih pravila zaštite na radu, primjenjuju se pravila zaštite na radu koja se odnose na zaposlenike i na način obavljanja postupka (*posebna pravila zaštite na radu*).” Ova (posebna pravila zaštite na radu) sadrže: “Uvjete glede dobi života, spola, stručne spreme i osposobljenosti, zdravstvenog stanja, duševnih i tjelesnih sposobnosti, koje moraju ispunjavati zaposlenici pri obavljanju poslova s posebnim uvjetima rada... ali i obvezu i načine korištenja odgovarajućih osobnih zaštitnih sredstava i zaštitnih naprava; posebne postupke pri uporabi opasnih radnih tvari; obvezu postavljanja znakova upozorenja od određenih opasnosti i štetnosti; obvezu osiguravanja napitaka pri obavljanju određenih poslova; način na koji se moraju izvoditi određeni poslovi ili radni postupci, a posebno glede trajanja posla, jednoličnog rada i rada po učinku; postupka s unesrećenim ili oboljelim zaposlenikom do upućivanja na liječenje nadležnoj zdravstvenoj ustanovi.”<sup>23</sup>

Radi se o stručnom poslu, pa će nadležni ministar izradu stručnog podloga podzakonskih propisa moći povjeriti odgovarajućoj znanstvenoj ili stručnoj ustanovi, trgovačkom društvu, odnosno stručnom udruženju.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Pravilnik o osiguranju smještaja, prehrane i prijevoza radnika koji obavljaju poslove na privremenim gradilištima izvan sjedišta organizacije odnosno poslodavca (NN 7/87.).

<sup>21</sup> Pravilnik o maksimalno dopuštenim koncentracijama štetnih tvari u atmosferi radnih prostorija i prostora i o biološkim graničnim vrijednostima (NN 92/93.)

<sup>22</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit.: čl. 9. st. 2. Prof. Tintić kaže da se radi o “fizičkoj zaštiti” odnosno, kako se tada zvala, o higijensko-zdravstvenoj i tehničkoj zaštiti radnika. “zajamčena je u određenom za sve radnike potrebnom minimumu, svim ljudima u radnom odnosu...” Pored te zaštite, onim radnicima “koji rade pod posebnim uvjetima, u *ovisnosti* o specifičnostima uvjeta rada, i posebna zaštitna.” – cit., str. 97.

<sup>23</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit., čl.10.

<sup>24</sup> “Ministar nadležan za rad propisuje podzakonskim propisima osnovna i posebna pravila zaštite na radu” (čl. 12. st. 1. Zakona o zaštiti na radu).

Pored naprijed navedenih, u posebne propise spadaju i oni kojima se uređuje: vrsta objekata namijenjenih za rad kod kojih inspekcija rada sudjeluje u postupku izdavanja građevnih dozvola i u tehničkim pregledima izgrađenih objekata,<sup>25</sup> procjeni opasnosti,<sup>26</sup> o listi strojeva i uređaja s povećanim opasnostima;<sup>27</sup> o sigurnosnim znakovima;<sup>28</sup> o zaštiti na radu pri ručnom prenošenju tereta;<sup>29</sup> o sigurnosti i zaštiti zdravlja pri radu s računalom;<sup>30</sup> o zaštiti radnika od rizika zbog izlaganja azbestu;<sup>31</sup> o zaštiti na radu u naftnom rudarstvu;<sup>32</sup> o zaštiti na radu u rudarstvu kod površinskih i podzemnih rudarskih radova;<sup>33</sup> o zaštiti na radu zbog izloženosti karcinogenim i/ili mutagenim tvarima.<sup>34</sup>

## **2.2. Ekonomsko – socijalna zaštita**

Brojne norme univerzalnih i regionalnih (EU) vrela prava zaštite na radu te nacionalnih (heteronomnih i autonomnih) vrela uređuju ekonomsko-socijalnu zaštitu radnika, bez koje nema potpune zaštite na radu. To čini cjelinu zaštite s fizičkom, zdravstvenom, kulturnom i drugom zaštitom.<sup>35</sup>

Ekonomsko-socijalna zaštita odnosi se na sljedeće:

1. ograničavanje trajanja (najdužeg) radnog vremena (engl. working time; franc. temps de travail) kao vremena obvezne prisutnosti posloprimca na mjestu rada kojega određuje poslodavac, kako bi mogao raditi poslove po uputi poslodavca i po pravilima struke. Uređeno je pravnom normom kao: puno radno vrijeme, rad duži od punog radnog vremena, rad sa skraćenim radnim vremenom; rad s nepunim radnim vremenom i rad s fleksibilnim radnim vremenom, bez obzira da li se obavlja kao dnevni rad ili kao noćni rad. U Republici Hrvatskoj puno radno vrijeme određeno je (propisano) do 40 sati tjedno.<sup>36</sup> Riječ je o “maksimalno gornjoj granici punog radnog vremena”.<sup>37</sup>

2. Rad noću i prekovremeni rad; uvijek su drukčiji od uobičajenoga. Rad noću i prekovremeni rad su posebni uvjeti rada. Rad se obavlja noću u brojnim djelatnostima: od 22 sata navečer i 6 sati ujutro, odnosno u poljoprivredi između

<sup>25</sup> NN 48/97.

<sup>26</sup> NN 48/97., 114/02. i 126/03.

<sup>27</sup> NN 47/02.

<sup>28</sup> NN 29/05.

<sup>29</sup> NN 42/05.

<sup>30</sup> NN 69/05.

<sup>31</sup> NN 40/07.

<sup>32</sup> NN 40/07.

<sup>33</sup> NN 40/97.

<sup>34</sup> NN 40/97.

<sup>35</sup> Tintić – isto: str. 98.

<sup>36</sup> Ustav Republike Hrvatske, cit.; čl. 55. st. 2.; Zakon o radu – cit., čl. 38. (30.) – st. 1. (Prva stavka je iz proć. teksta ZOR-a, NN 114/03.); Tintić, N., op. cit., str. 127.; vidi konvencije koje se odnose na radno vrijeme u: Ućur, M., Laleta, S., op. cit.; Direktive EU o organiziranju radnog vremena, br. 93/104/EZ, od 23.11.1993. i br. 2003/88/EC, od 4.11.2003; Europska socijalna povelja, NN – Međ. ugovori 15/02.

<sup>37</sup> Jelčić, Vera, Radno vrijeme u Zborniku radova, Radni odnosi, Pravni fakultet u Zagrebu i Organizator Zagreb, 2007., str. 147-181.



22 sata jednog dana i 5 sati drugog dana.<sup>38</sup> Moguće su situacije da to bude drukčije uređeno kolektivnim ugovorom, sporazumom između radničkog vijeća i poslodavca ili posebnim zakonom.

Potreba za noćnim radom može biti stalna ili povremena.

Brojne su negativnosti noćnog rada na čovjekov život i zdravlje, zbog čega se radnici koji rade noću moraju uputiti na posebni specijalistički pregled liječniku specijalisti medicine rada, na trošak poslodavca, kao i na naknadne kontrolne preglede.<sup>39</sup>

Zabranjen je noćni rad djece u industriji.<sup>40</sup> To je vrijeme od 19 sati uvečer i 7 sati ujutro idućeg dana, a izvan industrije između 20 sati navečer i 6 sati ujutro idućeg dana. Inače, noćni rad zabranjen je malodobnima “osim ako je takav rad prijeko potreban zbog više sile”, odnosno ako tako odluči nadležni ministar “u slučaju ozbiljne opasnosti, zbog zaštite nacionalnih interesa...”

Apsolutno je zabranjen noćni rad roditelja - radnika s djetetom s težim smetnjama u razvoju kada im je priznato pravo na skraćeno radno vrijeme.

Relativna zabrana noćnog rada odnosi se na žene radnice (trudnice, majke s djecom do dvije godine, samohrane majke do treće godine djetetova života ako to same zatraže itd.).

Poslodavac se mora savjetovati s radničkim vijećem, odnosno sa sindikatom. Za noćni rad radnik ima pravo na uvećanu plaću i duži godišnji odmor.<sup>41</sup>

Prekovremeni rad je obveza radnika, ali samo iznimno, “u slučaju više sile, izvanrednoga povećanja rada i u drugim sličnim slučajevima prijeko potrebe...” Zahtjev za prekovremeni rad postavlja poslodavac. Prekovremeni rad može trajati najviše 10 sati tjedno. O “prekomjernom” prekovremenom radu mora se obavijestiti inspektor rada. Zabranjen je prekovremeni rad malodobnih radnika. Trudnica, majka s djetetom do tri godine starosti i samohrani roditelj s djetetom do šest godina starosti može raditi prekovremeno samo ako daje pisanu izjavu o dobrovoljnom pristanku na takav rad.

Sigurnosti na radu nema bez ograničenja radnog vremena. Zbog toga se zabranjuje prekovremeni rad i radnicima koji rade na poslovima na kojima je radno vrijeme skraćeno zbog štetnih uvjeta rada te radnicima koji rade skraćeno radno vrijeme zbog njege teže hendikepiranog djeteta. I druge zabrane prekovremenog rada od interesa su za sigurnost i zdravlje radnika.<sup>42</sup> Pored inspektora rada u postupku sudjeluje i liječnik specijalist medicine rada.

<sup>38</sup> Zakon o radu – cit.: čl. 59.

<sup>39</sup> Direktiva 2003/88/83.

<sup>40</sup> Konvencija MOR-a br. 90 o noćnom radu djece u industriji NN – MU 6/95., Zakon o radu – cit., čl. 62. (54.)

<sup>41</sup> Zakon o radu – cit., čl. 248. (228.), utvrđuje najteži prekršaj poslodavca ako protivno odredbama ovoga Zakona ženi zaposlenoj u industriji naredi noćni rad (čl. 60. i 61.); ako protivno odredbama ovoga Zakona malodobniku naredi noćni rad (članak 62.).

<sup>42</sup> Jelčić, Vera, Radno vrijeme – op. cit., str.161-165.; Zakon o radu, cit., čl. 41. (33.). Poseban problem predstavlja odredba Zakona o radu u drugim sličnim slučajevima prijeko potrebe “da bi se mogao radniku narediti prekovremeni rad, ali najviše 10 sati tjedno.” Poslodavac je dužan obavijestiti inspektora rada, ako prekovremeni rad određenoga radnika traje duže od četiri tjedna

3. Minimalno propisivanje odmora i dopusta nesporno ulazi u odnose zaštite zdravlja života i zdravlja radnika – osobe na radu. I to je uređeno najvišom pravnom normom u državi u skladu s brojnim normama univerzalnog radnog prava. Na temelju toga to pravo uređeno je brojnim heteronomnim (državnim) i autonomnim propisima.<sup>43</sup>

Uređuje se: stanka, dnevni odmor, tjedni odmor i godišnji odmor, odnosno plaćeni dopust i neplaćeni dopust.

Univerzalni i nacionalni (državni) propisi potenciraju pravične radne uvjete, sigurnost i zaštitu zdravlja na radu. Radno zakonodavstvo u Republici Hrvatskoj mora se voditi izvorima prava EU.<sup>44</sup>

Za vrijeme odmora radnik nije obvezan raditi. Vrijeme odmora računa se u vrijeme “radnog staža”, odnosno staža osiguranja.<sup>45</sup> Ulazi u odnose “provedenih i pravičnih uvjeta rada”.<sup>46</sup> Cilj je odmora nadoknada odnosno obnova fizičke i umne snage.<sup>47</sup> Odmor omogućava veći razvitak čovjeka, uspješni i učinkovitiji rad. Brojni podaci o ozljedama na radu govore da su česti uzroci tih povreda dugotrajan, monoton rad bez odmora, što dovodi do smanjenja funkcionalnih sposobnosti radnika za siguran rad.

Stanka može biti i kraća a češća.<sup>48</sup> To je važna mjera u zaštiti na radu. Zakon o radu uređuje pravo na stanku od najmanje trideset minuta “radniku koji radi najmanje šest sati dnevno...” Posebnim zakonom može se propisati i drugačije.

Poseban je problem “rad bez prekida” i posebna narav posla “zbog čega se ne može organizirati odmor” (stanka) od najmanje 30 minuta, pa “kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca, pravilnikom o radu i ugovorom o radu uredit će se korištenje ovog odmora.”<sup>49</sup>

Dnevni odmor je pravo radnika između dva uzastopna radna dana “od najmanje 12 sati neprekidno”, a iznimno u sezoni, “najmanje 10 sati neprekidno,

---

neprekidno ili više od dvanaest tjedana tijekom kalendarske godine, odnosno ako prekovremeni rad svih radnika određenoga poslodavca prelazi 10 posto ukupnoga radnog vremena u određenom mjesecu...”

Marinković-Drača, Dušanka, Radno vrijeme i raspored radnog vremena, Računovodstvo i financije, br. 52, Zagreb, 2006., str. 72-79; Tadić, Ilija, Prekovremeni rad i preraspodjela radnog vremena, Radno pravo, Zagreb, 2005., br. 3, str. 6-11.

<sup>43</sup> Ustav Republike Hrvatske – cit., čl. 55. st. 3.; Zakon o radu – cit., čl. 44. (36.) do 58. (50.)

<sup>44</sup> Europska socijalna povelja, NN MU 15/02; Direktiva 2003/88/EZ o određenim pitanjima važnim za raspodjelu radnog vremena; Direktiva 1999/63/EZ o organizaciji radnog vremena pomoraca; Direktiva 2000/79/EZ o organizaciji radnog vremena mobilnih radnika u civilnom zrakoplovstvu.

<sup>45</sup> Neplaćeni dopust nije odmor. Za trajanja neplaćenog dopusta prava miruju, pa nema niti radnog odnosno staža osiguranja.

<sup>46</sup> Gotovac, Viktor, Pravo na plaćeni godišnji odmor u međunarodnim izvorima radnog prava, Radno pravo, Zagreb, br. 5, 2005., str. 17.

<sup>47</sup> Tintić, Nikola, op. cit., str. 474.

<sup>48</sup> Pravilnik o sigurnosti i zaštiti zdravlja pri radu s računalom, NN 69/05; Pravilnik o zaštiti na radu pri ručnom prenošenju tereta, NN 42/05.

<sup>49</sup> Zakon o radu – cit., čl. 44. (36.). st. 3.

ali najviše za šezdeset dana u jednoj kalendarskoj godini”.<sup>50</sup> Cilj dnevnog odmora očuvanje je zdravlja radnika, njihove snage i sposobnosti da rad obavlja sigurno, ali i radi zadovoljavanja obiteljskih, kulturnih i drugih potreba čovjeka.<sup>51</sup> Poseban problem čini neadekvatan raspored, odnosno preraspodjela radnog vremena, pa su česta protuupravna ponašanja, što predstavlja prekršaj poslodavca (ako uskrati radniku dnevni odmor).<sup>52</sup>

Pravo na tjedni odmor prema Zakonu o radu jest “nedjeljom od najmanje 24 sata neprekidno ...”<sup>53</sup>. Tjedni odmor je od nezamjenjive važnosti za rad i život radnika, za sigurnost na radu u najširem smislu riječi.

Pravo na godišnji odmor treba tumačiti kao dobro za radnika, ali i korist za poslodavca koji vodi računa o kvaliteti proizvoda i usluga, o produktivnosti rada, o profitu, ali i o zdravlju i životu radnika.<sup>54</sup>

Europska socijalna povelja (1961.) utvrđuje “radi osiguranja učinkovitog ostvarivanja prava na pravične radne uvjete ... ugovorne stranke se obvezuju ... osigurati pravo na plaćeni godišnji odmor od najmanje dva tjedna.”<sup>55</sup> Godišnji odmor ne bi se mogao zamijeniti novčanom naknadom “osim u slučaju prekida radnog odnosa”.

Zakon o radu određuje pravo na godišnji odmor u trajanju od najmanje 18 radnih dana. To je “puni” godišnji odmor, koji može biti i duži u skladu s autonomnim aktima poslodavca. Razmjerni dio godišnjeg odmora pripada radniku za manji broj mjeseci staža i pod drugim uvjetima. Malodobni radnik ima svaku kalendarsku godinu pravo na godišnji odmor u trajanju od najmanje dvadeset četiri radna dana. U okviru ove teme, posebno treba istaći odredbe članka 47. (39.) stavak 3. Zakona o radu: “*radnik koji radi na poslovima na kojima, uz primjenu mjera zaštite na radu, nije moguće zaštititi radnika od štetnih utjecaja, ima za svaku kalendarsku godinu pravo na godišnji odmor u trajanju od najmanje trideset radnih dana*”, što se utvrđuje kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu, odnosno pravilnikom nadležnog ministra.

U interesu odmora i radnika jesu i odredbe o računanju dana godišnjeg odmora (“utvrđivanju trajanja ...”), o “ništavosti odricanja od prava na godišnji odmor”, o “roku stjecanja prava na godišnji odmor”; o “naknadi plaće za vrijeme godišnjeg odmora, o korištenju odmora u dijelovima i o rasporedu.”<sup>56</sup>

<sup>50</sup> Zakon o radu – cit., čl. 45. (37.)

<sup>51</sup> Jelčić, Vera, Pravo radnika na odmore, dopuste i praznike, Zbornik: Radni odnosi (cit.), str. 189.

<sup>52</sup> Zakon o radu – cit., čl. 247. (228a) st. 1. t. 8.

<sup>53</sup> Zakon o radu – cit., čl. 46. (38.); Direktiva 2003/88/EZ – cit., Konvencija MOR-a br. 14 o tjednom odmoru radnika zaposlenih u industrijskim poduzećima, trgovinama i uredima; br. 106 o pravu na odmor u trgovinama i uredima (vidi: Učur, M., Laleta, S., Konvencije MOR-a, op. cit.)

<sup>54</sup> Konvencije MOR-a o godišnjem odmoru: br. 91. o plaćenom odmoru pomoraca (revidirana 1949. g.), NN 11/02.; br. 132 o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana) 1970., NN 3/02.

<sup>55</sup> European Social Charter, cit.; Direktiva 2003/88/EZ o određenim vidovima radnog vremena.

<sup>56</sup> Zakon o radu – cit., čl. 47. (39.) do 56. (48.). “Pravo na regres” za godišnji odmor uređeno je autonomno. To je davanje u novcu, kojim poslodavac omogućava radniku da lakše podnese

S aspekta zaštite na radu (u širem smislu) bitne su odredbe propisa o plaćenom i neplaćenom dopustu. Kod plaćenog dopusta radnika prvenstveno su u pitanju “privatna stanja, poslovi i interesi radnika na dopustu”.<sup>57</sup> Kada se uči pravo zaštite na radu, onda pravo na plaćeni dopust treba vidjeti kao dio kompleksnih prava koja omogućavaju da se rad lakše realizira uz pomoć mjera i aktivnosti u vezi s važnim potrebama, obrazovanja (po potrebi radnika) bez obzira što se radi o dopustu do sedam radnih dana u godini.

Može se to reći i za pravo na neplaćeni odmor, koji, u pravilu, dolazi na inicijativu radnika. To pravo uređuje se autonomnim aktima poslodavca.<sup>58</sup>

Blagdani i neradni dani bitni su za život i rad radnika<sup>59</sup> i dio su sigurnosti na radu. U pitanju su odmori, rad s većom plaćom, isplata naknade plaća i dr. Riječ je o praznicima: blagdani, državni praznici, međunarodni praznici i spomendani.<sup>60</sup>

### **2.3. Posebna zaštita na radu – zaštita posebnih kategorija radnika**

Heteronomni propisi prvenstveno propisuju posebne kategorije radnika i posebne mjere zaštite za te radnike zbog posebnih uvjeta rada i posebnih svojstava ličnosti radnika na radu. To su: žene – radnice, mladež, invalidi odnosno radnici s određenim profesionalnim karakteristikama radne sposobnosti i stariji radnici.<sup>61</sup>

Zakon o obveznim odnosima (ZOO), uvodi novi pravni institut pravo osobnosti.<sup>62</sup> To je pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda fizičke osobe i drugo. “Svatko ima pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost” (čl. 3. Opće deklaracije o pravima čovjeka).

U zaštiti na radu posebno zaštićenih kategorija radnika otvaraju se brojna pitanja prava na zdrav život, kvalitetan i slobodan način života. Te osobe su subjektivno u većoj opasnosti za život. Jednako je složeno pitanje prava na tjelesno zdravlje (jedinstvo tjelesnog (fizičkog) i duševnog (psihičkog) integriteta). “Tjelesni integritet nerazdvojivi je dio čovjekovog prava na život. On znači pravo biti u takvom tjelesnom (fizičkom) stanju koje mu omogućuje potreban i uobičajeni, prirodni dani, ali i tjelesnim i duševnim razvojem stečeni

---

troškove godišnjeg odmora “kako bi se njima mogao koristiti u svrhu zbog koje se to pravo i priznaje”. Vidi Jelčić, Vera, op. cit., str. 202.

<sup>57</sup> Tintić, N. – cit., str. 512.

<sup>58</sup> Zakon o radu – cit., čl. 57. (49.) i 58. (50.).

<sup>59</sup> Zakon o blagdanima, spomendanima i neradnim danima u Republici Hrvatskoj, NN 136/02. (proč. tekst), 112/05., 59/06.

<sup>60</sup> Jelčić, V. – cit., str. 208.

<sup>61</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit.

<sup>62</sup> Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05.; Crnić, Ivica, Povreda prava osobnosti i naknada neimovinske štete u radnom odnosu, Zbornik Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa, Inž. biro, Zagreb, 2007., str. 68. i dr.

aktivitet”.<sup>63</sup> Ozljeda na radu i profesionalne bolesti imaju u pravilu za posljedicu pogoršanje dotadašnjeg stanja tjelesnog zdravlja. Posljedice su i u fizičkoj boli, duševnoj boli i strahu, osobito kod težih tjelesnih ozljeda.

Zbog ozljede na radu i profesionalnih bolesti dolazi često do smanjenja životnih aktivnosti (zbog fizičkih i duševnih boli), radne sposobnosti su umanjene. Poslodavac u tržišnim odnosima sve “teže” podnosi to stanje, manje je “tolerantan”. On je za poslodavca “skuplji”, ima poseban režim. Radniku su, pak, smanjeni izgledi za napredovanje pa zbog toga trpi duševnu bol, radnik smanjenih radnih sposobnosti obavlja aktivnosti uz povećane napore i uz posebne uvjete. Mlađi radnici duže osjećaju duševne boli.

“Povreda prava na duševno zdravlje također se može očitovati kroz smanjenje životne aktivnosti” (napredovanje, doškolovanje, specijalizacija), jer se “napada i ugrožava nečiji duševni mir, povreda dostojanstva, ugleda, časti, privatnosti...”<sup>64</sup>

“Mladež, majke i invalidne osobe imaju pravo na osobitu zaštitu na radu”.<sup>65</sup> Ova ustavna odredba proizlazi iz univerzalnih vrela radnoga prava i prenesena je u brojne heteronome i autonomne norme u radnom zakonodavstvu (u širem smislu) Republike Hrvatske.<sup>66</sup>

Posebna zaštita malodobnika odnosi se na: propisivanje uvjeta za zasnivanje i prestanak radnog odnosa; radno vrijeme radnika mlađeg od 18 godina; radna mjesta odnosno poslove i radne zadatke koje (ne) može obavljati radnik mlađi od 18 godina; odmore i dopuste, te posebne mjere i sredstva zaštite na radu.<sup>67</sup>

Zakon o zaštiti na radu obvezuje poslodavce da su dužni “naročito osigurati zaštitu na radu zaposlenima malodobnicima, ženama i zaposlenicima umanjenih radnih sposobnosti te u skladu sa zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom utvrditi općim aktom poslove koje ne mogu obavljati te skupine zaposlenika”.<sup>68</sup>

Podzakonskim aktima uređeni su poslovi na kojima ne smije raditi žena; poslovi na kojima se ne može zaposliti malodobnik.<sup>69</sup> Međutim, to su samo izravni propisi koji se ne mogu primjenjivati i tumačiti ako se ne primjenjuju i drugi propisi, kao npr. o poslovima koji su prema propisima o mirovinskom osiguranju utvrđeni kao osobito teški i za zdravlje štetni poslovi na kojima se staž osiguranja računa s povećanim trajanjem, ali i direktive EU koje obvezuju na usklađivanje hrvatskog zakonodavstva.

Dakako, riječ je o radu u radnom odnosu, čija je bitna (činjenica) karakteristika da jedna osoba izvršava kroz neko vrijeme u korist neke osobe i pod njenim nalogom rad za koji prima plaću.<sup>70</sup>

<sup>63</sup> Crnić, op. cit., str. 70.

<sup>64</sup> Isto: str. 73.

<sup>65</sup> Ustav RH – cit., čl. 64. st. 3.

<sup>66</sup> Konvencije MOR-a o zaštiti žena, djece i mladeži te osoba sa smanjenim radnim sposobnostima, vidi Učur, M. Laleta, S. Konvencije MOR-a., op. cit.

<sup>67</sup> Zakon o radu – cit., čl. 10. (6.); 21. (14.); 22. (15.); 23. (16.); 24. (17.).

<sup>68</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit.: čl. 37 – 41.; Pravilnik o poslovima s posebnim uvjetima rada, NN 5/84.; Pravilnik o procjeni opasnosti, NN 48/97., 114/02. i 126/03.

<sup>69</sup> NN 44/96. i 59/02.

<sup>70</sup> Odluka Suda pravde Lawrie Blum od 3.7.1986., te Bettray od 31.5.1987.

Dosljedno se propisuje princip jednakosti u pravima između spolova (jednakost glede plaće, uvjeta rada, jednakosti kod zapošljavanja, napredovanja u radu), a u okviru ovoga rada i posebno kada je u pitanju zaštita osobe na radu. Europski sud za ljudska prava u Strasbourgu sankcionira svaku diskriminaciju zasnovanu na spolu. Sud pravde u Luxemburgu (cour de justice) sankcionira samo izravnu diskriminaciju utemeljenu na spolu.<sup>71</sup> Posebno se ističe zaštita žena u slučaju trudnoće i materinstva. Naglašava se poboljšanje sigurnosti i zdravlja radnika na radu, pri čemu je bitna prevencija, koju poslodavac mora osigurati.<sup>72</sup>

Mijenja se praksa o zabrani noćnog rada ženama.

Zabranjen je rad djece, mlađi radnici imaju veću zaštitu nego stariji (od 18 godina) radnici: zabranjuje se noćni rad, propisuje se duži odmor.

5. studenog 1997. u Republici Hrvatskoj stupila je na snagu Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, najvažniji izvor toga prava u okviru Vijeća Europe (4. studeni 1950., Rim).

Pored ostalog, predviđen je princip zabrane diskriminacije kao temeljno ljudsko pravo (i sloboda). Ta temeljna ljudska prava stalna su zaštita Suda pravde.

Jednako se može reći za Europsku socijalnu povelju (Vijeće Europe, 1961.) koja štiti radnika, obitelj i druge osobe.

Proklamirano je pravo na sigurne i zdrave uvjete rada, pravo zaposlene žene na zaštitu majčinstva, zdravlja i socijalnu sigurnost.

Posebice istaknimo: posebnu zaštitu mladeži propisivanjem uvjeta za zasnivanje radnog odnosa; posebnosti prestanka radnog odnosa malodobnog radnika; određivanje i organizaciju radnog vremena; pravo na odmore i dr.<sup>73</sup>

Radnopravna je zaštita žena: opća, zaštita žena za vrijeme trudnoće; zaštita žene neposredno prije i poslije rođenja djeteta; zaštite žena u vezi s njegovom i odgojem djece i ostali oblici zaštite.<sup>74</sup>

Posebne mjere su zaštita žene radnice u smislu premještaja trudnice na druge poslove i žene radnice koja doji dijete.<sup>75</sup>

Invalidne osobe imaju pravo na osobitu zaštitu na radu.<sup>76</sup> Osobe smanjenih radnih sposobnosti koje imaju posebnu zaštitu na radu jesu one kojima je sposobnost smanjena zbog: starosti, invalidnosti, profesionalnih bolesti, bolesti te drugih razloga utvrđenih posebnim kolektivnim ugovorom ili općim aktom poslodavca.<sup>77</sup>

<sup>71</sup> Ivančević, Vesna, Pravo na rad i slobodu rada – aktualna pravna pitanja u hrvatskom i europskom pravu, Hrvatska pravna revija, 10/2007., Inž. biro, Zagreb, 2007., str. 52.

<sup>72</sup> Direktiva 89/391, od 12.6.1989.; Direktiva 92/85, od 19.10.1992. (zabranjen je otkaz o radu radnici u trudnoći)

<sup>73</sup> Zakon o radu – cit. i dr.

<sup>74</sup> Jelčić, Vera – cit., str. 111.; Pravilnik o poslovima na kojima ne smije raditi žena, NN 44/96.

<sup>75</sup> Zakon o radu – cit., čl. 65. (57.)

<sup>76</sup> Ustav RH – cit., čl. 64.

<sup>77</sup> Zakon o zaštiti na radu – cit., čl. 37.; Zakon o zdravstvenom osiguranju zaštite zdravlja na radu, NN 85/06.



### **3. Nomotehničke napomene uz stvaranje pravnih normi o zaštiti osobe na radu**

Norme prava zaštite na radu sastavni su dio općeg pravnog sustava svake države. Stvaranje novog prava je složen proces: društveni, normativni, misaoni, jezični, logički i politički proces. Angažira veliki broj subjekata, zahtijeva precizne rokove i radnje.

“Normativna djelatnost je skup postupaka i radnji kojima se donose i stvaraju pravni propisi”.<sup>78</sup>

Što se subjekata normativne djelatnosti tiče, navedimo normativnu djelatnost države i državnih tijela u stvaranju državnog heteronomnog prava i normativnu djelatnost nedržavnih organa i organizacija (tijela, udruga). I kod drugih treba poznavati i uvažavati brojne činjenice, pojave, stanja, znanja, sposobnosti i njihove uzroke. Objektivne i subjektivne pretpostavke moraju biti kumulativno ispunjene. Bitna je nadležnost (ovlast) jer ona sprečava anarhiju, zloupotrebe, pravne praznine, nasilje i zloupotrebe te nezakonitosti u pravnom prometu i društvu.

Okvir za donošenje propisa u odnosima zaštite na radu jesu postojeći društveno-ekonomski i politički odnosi, društvena svijest, poslovni moral, ekonomske zakonitosti, pravni sustav u najširem smislu riječi, ustavni poredak Republike Hrvatske, osnovni gospodarski, politički i pravni instituti, znanost i stupanj društveno-ekonomskog razvitka društva i poslodavca te naglašeno stanje socijalnog dijaloga u državi.

Te napomene najvećim dijelom vrijede za sva vrela prava zaštite na radu. Treba poštivati specifičnosti (posebnosti, karakteristike) u brojnim univerzalnim i nacionalnim vrelima. Cilj im je stvaranje sigurnih uvjeta rada, sprečavanje ozljeda na radu, profesionalnih bolesti, drugih bolesti u vezi s radom, te zaštita radnog okoliša.<sup>79</sup>

Brojnost tih vrela ukazuje na značenje zaštite na radu u svim djelatnostima s brojnim materijalnim, financijskim, stručnim i pravnim obvezama svim subjektima, a posebno poslodavcima, koji moraju održati najveći stupanj fizičkog, društvenog i socijalnog blagostanja radnika različitih zanimanja i profesija.

Normama u propisima o zaštiti na radu, kao pravnim pravilima, uređuju se prava, obveze i odgovornosti, prvenstveno poslodavaca i radnika, u pogledu zdravstvenih, socijalnih, ekonomskih, odgojnih, pravnih i drugih mjera, radi zaštite života, zdravlja, radnikova integriteta, radne i životne sredine (okoliša) na radu. Svaka norma u tim propisima kojom se štiti fizički i moralni integritet radnika na radu jest norma prava zaštite na radu. Pravo na zaštitu na radu

<sup>78</sup> Borković, Ivo, *Nomotehnika*, 4. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2000., str. 10.

<sup>79</sup> Učur, Marinko, *Nomotehnika u radnom pravu i pravu zaštite na radu*, Veleučilište, Rijeka, 2007., str. 176.

uređuju brojne autonomne norme jer, bez obzira na mjeseto rada i na poslodavca, radnik ima pravo na uvjete rada koji osiguravaju njegov integritet: život i zdravlje i normalno obavljanje životnih funkcija, osobno dostojanstvo i osobnu sigurnost na radu, zaštitu života i zaštitu od narušavanja fizičkog integriteta osobe.

Zaštite na radu nikada dosta.

Teško je pobrojiti sve specifičnosti u nomotehničkom smislu u postupcima donošenja heteronomnih i autonomnih propisa u oblasti prava zaštite na radu. Naznačuju se samo najvažnije.

3.1. Ustav Republike Hrvatske utvrđuje, pored ostalog, i postupak izmjena i dopuna Ustava (od inicijative, prijedloga, ovlasti, rasprava, usvajanja odnosno donošenja, kvalificirana većina u Hrvatskom saboru i dr.).

3.2. Konvencije MOR-a imaju poseban postupak prihvaćanja, upućivanja na ratifikaciju, ratifikacije, izvješćivanja o ratifikaciji, stanje izvješća i drugo.<sup>80</sup>

Konvencije MOR-a su osnova i okvir (upute) kojih se treba pridržavati zakonodavac kada donosi propise o zaštiti na radu, kako, u suradnji s poslodavcima i sindikatima, mora donijeti pojedine propise i osigurati njihovu stalnu provedbu uz primjenu propisanih sankcija ako se ne primjenjuju.

Posebne nomotehničke napomene odnose se na odredbe pojedinih konvencija u kojima je predviđena mogućnost da država može pojedine grane (djelatnosti) ili poslodavce izuzeti od "svojih" odredbi propisa o zaštiti na radu, ako osigurava adekvatnu zaštitu zdravlja radnika, zaštitu na radu s osobnim i zajedničkim sredstvima i mjerama i dr. Pored toga specifičnost je i u otkazivanju konvencije, revidiranje i druga pitanja u vezi sa statutom MOR-a.

Zadaća države je da konvenciju neposredno primjenjuje i da svoje nacionalno zakonodavstvo prilagodi međunarodnim izvorima. Prava u konvencijama u pravilu su postavljena u minimumu. "Nižim aktom" uvijek se može dati više prava.

Pored konvencija, Generalna (opća) konferencija (skupština) MOR-a donosi preporuke, rezolucije, "sheme" (projekte, tender) budućih konvencija i preporuka.

Notifikacijama o sukcesiji Republika Hrvatska je od 8. listopada 1991. godine stranka konvencija MOR-a, koje je potvrdila odlukama Vlada Republike Hrvatske.<sup>81</sup>

Sadržaj konvencije može se analizirati po "grupama" o: općim (zajedničkim) pitanjima: plaće, osiguranje, diskriminacija, uvjeti za zapošljavanje, prestanak rada; o zaštiti na radu, nezgodama, profesionalnim bolestima, inspekciji rada; o odmorima; o zaštiti žena; o slobodi i pravu sindikalnog organiziranja, o predstavnicima radnika u poduzeću; pomorcima, ribarima, lučkim radnicima i dr.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Učur, M., Laleta, S., op. cit.

<sup>81</sup> Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01., 55/01.; Odluka o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, NN 31/91.; Odluka o objavljivanju konvencija MOR-a koje je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacije o sukcesiji, NN 2/94., 6/95.

<sup>82</sup> Učur, M., Nomotehnika, op. cit., str. 247. i dr.

3.3. *Pitanje usklađenosti propisa o zaštiti na radu s *acquis communautaireom** posebno je nomotehničko i drugo pravno pitanje. To je obveza iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europske zajednice i njihovih država članica, potpisanog u Luxembourg u 29. listopada 2001. godine.<sup>83</sup> Obveza je postupnog usklađivanja zakonodavstva u pogledu radnih uvjeta u Republici Hrvatskoj s *acquis communautaireom*, što zahtijeva dosta posla, imajući u vidu brojne primarne i sekundarne izvore toga prava. To se odnosi na ova pitanja i odnose: unapređivanje sigurnosti i zdravlja na radu, o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim i pokretnim radilištima, o minimalnim zahtjevima za sigurnost i zdravlje na radnom mjestu, o radu s računalom, o obrazovanju, o primjeni stranih propisa, odgovornosti poslodavca za osobe koje rukovode radnicima, postupak za izradu procjene opasnosti, organizacija i provedba mjera zaštite na radu, podzakonski propisi, osposobljavanje povjerenika radnika, uvidaji, posebni uvjeti rada na izdvojenim mjestima rada, posebne mjere, posebni zdravstveni pregledi, organi zaštite na radu kod poslodavca, odnos prema inspekciji rada i drugima, prava radnika, ovlaštene osobe i dr.<sup>84</sup>

Direktive ne mogu biti temelj neposrednih prava i obveza pojedinaca.

3.4. *Autonomna pravna pravila*, u skladu s Ustavom i zakonom zaštićena su aktivnošću države. Za donošenje tih akata moraju biti ispunjene objektivne i subjektivne nomotehničke pretpostavke. Autonomni opći akti su statuti dioničkih društava, društveni ugovori, kao osnivački akt d.o.o., pravilnici, poslovnici, odluke s općim normama i drugi. U pravilu su neodređenog trajanja. To su specijalni i singularni propisi, a s obzirom na sadržaj mogu biti propisi koji naređuju, koji zabranjuju i koji dopuštaju.

Prilikom uređivanja zaštite na radu autonomnim općim aktima vodi se računa o organima koji ih donose, ravnopravnosti i hijerarhiji tih organa i akata, općenitosti normi, trajnosti utvrđenih normi, obaveznosti za subjekte (i titulare) prava, vezanosti za Ustav, zakon i poslovni moral.

To se odnosi na ove autonomne opće akte:

3.4.1. *Kolektivni ugovor* – profesionalni, izvandržavni autonomni akt kojim se uređuju (ugovaraju) brojna pitanja zaštite na radu. Specifičan je postupak kolektivnog pregovaranja, sadržaj, potpisivanje, registriranje, objava, primjena, izmjene i dopune. Odredbe kolektivnog ugovora koje se odnose na zaštitu na radu odnose se na osobe na radu, volontere, učenike i studente koji su kod poslodavca na praktičnoj obuci, osobe koje za vrijeme izdržavanja kazne zatvora

<sup>83</sup> Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN Međunarodni ugovori 14/01.

<sup>84</sup> Direktive EU su usmjerene prema državama članicama i obvezuju ih da sadržaj direktive implementiraju u domaće pravo. Države nemaju puno prostora prilikom implementiranja direktiva u nacionalno zakonodavstvo. (iz obrazloženja za donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu, Hrvatski sabor, P.Z.E. br. 735, klasa: 115-01/03-01/01. Ur.broj: 61-03-02, Zagreb, 13. lipnja 2003.).

ili odgojne mjere obavljaju naređene poslove, osobe koje obavljaju djelatnost osobnim radom.

Kolektivni ugovor sklapa se između sindikata i poslodavaca (poslodavaca, udruga) u sadržaju, pored drugoga, o zaštiti zdravlja i života, radnom vremenu, odmorima i dopustima i dr., i svim pitanjima posebne zaštite na radu u dijelu koji može biti predmet kolektivnog pregovaranja.

3.4.2. *Procjena opasnosti i mjere zaštite na radu* – autonomni akt u čijoj izradi, pored poslodavca, sudjeluje radničko vijeće, povjerenik radnika za zaštitu na radu, odbor za zaštitu na radu i stručni timovi (stručnjak zaštite na radu i drugi). Obveza izrade procjene opasnosti je u djelatnostima industrije, graditeljstva, poljoprivrede, ribarstva, šumarstva, prometa, zdravstva, obrazovnim ustanovama s laboratorijima i radionicama praktične nastave i u drugim djelatnostima po posebnom propisu.<sup>85</sup>

3.4.3. *Pravilnik o zaštiti na radu* – uređuje opću i posebnu zaštitu (zaštita žene – radnice, mladeži, invalida u radnom odnosu), pravila i mjera uvođenja radnika na posao, prethodno utvrđivanje zdravstvene sposobnosti i osiguranje od rizika ozljede na radu i profesionalne bolesti. U sadržaju pravilnika nalaze se odredbe o: ovlašteniku poslodavca, osnivanju i radu odbora za zaštitu na radu i drugim pitanjima o organizaciji zaštite na radu kao što su: osposobljavanje za rad na siguran način (poslodavaca i radnika; čuvanje sredstava rada; obveze poslodavca, obveze radnika, prva pomoć, spašavanje i evakuacija, zabrana uzimanja alkohola i pušenje, evidencije i dr.

Nomotehničke napomene uz pravilnik o zaštiti na radu odnose se na postupak donošenja; ovlasti, poslodavac – radničko vijeće odnosno sindikat, objavljivanje, stupanje na snagu, prostorno i vremensko važenje, te postupak izmjena i dopuna.

3.4.4. *Odluke poslodavca s općim normama* – česti autonomni opći akti o: obavljanju poslova zaštite na radu; osposobljavanju za rad na siguran način; izradi pisanih uputa za provedbu procesa rada sukladno pravilima zaštite na radu; održavanju objekata namijenjenih za rad; primjeni manje opasnih i štetnih tehnologija, radnih postupaka i radnih tvari i dr.<sup>86</sup>

Slobodno se može reći da nema niti jednog poslodavca koji nije dužan autonomno urediti pitanja i odnose zaštite na radu (makar jednom odlukom ili drugim općim aktom), ali pri tome mora poznavati i poštivati nomotehnička pravila znanstvenog stvaranja prava i pravila povoljnijeg prava radnika.

#### 4. Zaključak

Prava na radu i u vezi s radom reguliraju se, realiziraju i zaštićuju. Pored drugih načela suvremenog radnog prava, posebnu pozornost zavređuju načela zaštite osobe radnika na radu i zaštite prava na radu.

<sup>85</sup> Pravilnik o izradi procjene opasnosti, NN 98/97., 114/02.

<sup>86</sup> Detaljnije: Učur, M. Osnove prava i zakonodavstvo sigurnosti Veleučilište, Rijeka, 2005. i Učur, M. Nomotehnika, op. cit. Vidi i Zakon o zaštiti na radu – cit.

Navedena načela obilježena su normativno, logički i objektivno. To su pravila koja zahtijevaju ponašanje svih i svakoga u radnim odnosima prema tim principima. U njima su sadržane osnovne i usmjeravajuće odredbe upisane u najviši pravni akt države, u univerzalne izvore radnog prava, ali po principu ustavnosti i zakonitosti i svaku pravnu normu iz tih odnosa.

Konkretiziraju se u brojnim heteronomnim i autonomnim normama. U ovom radu samo su neke (značajnije) norme navedene, uz tvrdnju da nema “male” ili “sitne” pravne norme u oblasti zaštite na radu i u odnosima zaštite prava na radu i u vezi s radom.

U realizaciji navedenih načela sudjeluju brojni subjekti u fazi reguliranja, u fazi realiziranja i fazi zaštite. To su brojni socijalni partneri u državi (Hrvatski sabor, Vlada, ministarstva), ali i inspekcije, sudovi i dr., poslodavci i njihove udruge, sindikati i njihove udruge. Svega toga ne bi bilo da se ne zasnivaju individualni radni odnosi između jednog radnika i poslodavca (poslodavca), temeljem zakona i individualnih pravnih akata (ugovora o radu, rješenja o zasnivanju službeničkog radnog odnosa ili odluke o prijemu na rad).

Proces stvaranja novih pravnih normi u ovim odnosima trajan je, neprekidan, zahtjevan, složen, promjenljiv i primjenljiv postupak s brojnim subjektima, radnjama i rokovima. Njega nije moguće zaustaviti.

Zaštita osobe radnika na radu zajedničko je opće osnovno načelo Radnoga prava i prava zaštite na radu. Realizira se i zaštićuje u specifičnom procesu proizvodnje kod svih poslodavaca bez obzira koju djelatnost realizirali. Povreda normi ima za posljedicu kaznene sankcije, prekršajne sankcije, odgovornost za štetu, odgovornost za povredu radnih dužnosti i druge.

Zaštita na radu ne pripada formalnim i neformalnim grupama (stranaka i sl.). Ona pripada čovjeku kao neotuđivo osobno pravo i sloboda.

### *Literatura*

1. Borković, Ivo, *Nomotehnika*, 4. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2000.
2. Crnić, Ivica, *Povreda prava osobnosti i naknada neimovinske štete u radnom odnosu*, Zbornik Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa, Inž. biro, Zagreb, 2007.
3. Gotovac, Viktor, *Pravo na plaćeni godišnji odmor u međunarodnim izvorima radnog prava*, *Radno pravo*, Zagreb, br. 5. 2005.
4. Hrženjak, Juraj, *Međunarodni i europski dokumenti o ljudskim pravima – Čovjek i njegove slobode u pravnoj državi*, *Informator*, Zagreb, 1992.
5. Ivančević, Vesna, *Pravo na rad i slobodu rada – aktualna pravna pitanja u hrvatskom i europskom pravu*, *Hrvatska pravna revija*, 10/2007., Inž. biro, Zagreb, 2007.
6. Jelčić, Vera, *Pravo radnika na odmore, dopuste i praznike*, Zbornik: Radni odnosi, Pravni fakultet Zagreb i Organizator Zagreb, 2007.
7. Jelčić, Vera, *Radno vrijeme*, Zbornik: Radni odnosi, Pravni fakultet Zagreb i Organizator Zagreb, 2007.

8. Marinković-Drača, Dušanka, Radno vrijeme i raspored radnog vremena, Računovodstvo i financije, br. 52., Zagreb, 2006.
9. Šokčević, Svjetlana, Industrijska demokracija i zaštita na radu, Zagreb, Tim press d.o.o. 2006.
10. Šokčević, Svjetlana, Zaštita zdravlja i sigurnosti na radu, zbirka propisa s komentarskim bilješkama, Zagreb, Tim-press, 2006.
11. Šokčević, Svjetlana, Zaštita na radu, Zbornik radova: Radni odnosi, Pravni fakultet Zagreb i Organizator Zagreb, 2007.
12. Tadić, Ilija, Prekovremeni rad i preraspodjela radnog vremena, Radno pravo, Zagreb, 2005., br. 3, str. 6-11.
13. Tintić, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969., str. 58. i dr.
14. Učur, M. Nomotehnika u radnom pravu i pravu zaštite na radu, Veleučilište u Rijeci, 2007.
15. Učur, M., Osnove prava i zakonodavstvo sigurnosti, Veleučilište u Rijeka, 2005.
16. Učur, Marinko, Laleta, Sandra, Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarom, Tim press, Zagreb, 2007.
17. Učur, Marinko, Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet, Rijeka, 2003.

### Summary

## **EMPLOYED PERSON'S PROTECTION, FROM A PRINCIPLE TO ITS REALIZATION**

Employment has been a heart of social and other relationships between people at work and in regards to work. They are regulated with numerous heteronomic and autonomic legal norms. The regulations have their legal basis in the Constitution of the Republic of Croatia and numerous universal sources of the Labor Law and Protection at Work Law, as well as in the principles of modern and democratic Labor Law. It is impossible not to mention, among these principles, the following principles: principle to protect a worker as a person and protection at work and in regards to work.

The article deals with numerous heteronomic and autonomic legal sources stressing general (basic) and special rules, which have been based on above mentioned principles. The article presents general principles and norms deriving from such principles. The principles have normative, logical and realistic meaning. There are numerous subjects who regulate, effectuate and protect employment which has become more demanding, complex and specific. From norm enactment to its realization immense changes have occurred in the area of protection of workers as persons and employment rights. Subjects of employment and other participants can commence illegal activities at the time of employment. Therefore, the article analyses rich social partners practice as well as inspection and court practice when applying the provisions of universal legal sources,



European Union Law, Croatian Constitution, laws, regulations and numerous general legal acts delivered by employers.

**Key words:** *Labor Law, employment, principles, protection of a worker as a person, employment rights protection, regulating, realization, protection.*

## Zusammenfassung

### SCHUTZ VON PERSONEN IM ARBEITSVERHÄLTNIS – VOM GRUNDSATZ ZUR REALISIERUNG

Arbeitsverhältnisse sind der Kern gesellschaftlicher und anderer Verhältnisse von Menschen bei der Arbeit und verbunden mit Arbeit. Sie werden durch zahlreiche heteronome und autonome Rechtsnormen reguliert. Diese Regeln finden ihre Grundlage in der Verfassung der Republik Kroatien und in zahlreichen universalen Quellen des Arbeitsrechts und des Rechts auf Arbeitsschutz aber auch in den Grundsätzen des zeitgenössischen, modernen und demokratischen Arbeitsrechts. Unter den wichtigsten Prinzipien sind diese unumgänglich: das Prinzip des Schutzes der Person – des Arbeiters und der Schutz des Rechts auf Arbeit und in Verbindung mit Arbeit.

In diesem Aufsatz werden zahlreiche sowohl heteronome als auch autonome Quellen erklärt und allgemeine (grundlegende) und besondere Regeln hervorgehoben, die den angeführten Prinzipien unterstehen bzw. die durch diese Normen bestimmt und durch sie geschützt werden. Diese Prinzipien haben normative, logische und reale Bedeutung. In anspruchsvollen, komplizierten und spezifischen Arbeitsverhältnissen tauchen verschiedene Subjekte bei der Regelung, Realisierung und beim Schutz dieser Verhältnisse auf. Von der Schaffung der Rechtsnormen bis zu ihrer Realisierung geschehen – wenn es um den Schutz von Personen, des Arbeiters und das Recht auf Arbeit geht – große Veränderungen, auch im gesetzwidrigen Verhalten des Subjekts (und anderer) in diesen Verhältnissen. Das wird auch in der reichen Praxis von Sozialpartnern verfolgt, von Inspektion und Gerichten, bei der Anwendung der Normen von universalen Quellen, des Europarechts, der Verfassung der Republik Kroatien, bei Gesetzen und gesetzlichen Akten sowie zahlreichen Normen in autonomen allgemeinen Akten der Arbeitgeber.

**Schlüsselwörter:** *Arbeitsrecht, Arbeitsverhältnisse, Prinzipien, Schutz des Arbeiters, Schutz des Rechts auf Arbeit. Regelung, Realisierung und Schutz.*

## Sommario

**TUTELA DELLA PERSONA NEL RAPPORTO DI LAVORO  
DAI PRINCIPI ALLA REALIZZAZIONE**

I rapporti di lavoro sono il cuore delle relazioni non solo sociali tra le persone sul lavoro e in connessione con il lavoro. Sono regolati con numerose norme giuridiche eteronome e autonome. Questa regolazione trova la sua base nella Costituzione della Repubblica di Croazia e in numerose fonti internazionali di diritto del lavoro e di diritto della tutela sul lavoro, ma anche nei principi contemporanei, moderni e democratici del diritto del lavoro. Tra gli ultimi principi, ineludibili sono: i principi di tutela della persona-lavoratore e di tutela dei diritti sul lavoro e in connessione con il lavoro.

In questo lavoro si illustrano numerose fonti citate tanto eteronome come anche autonome, evidenziando le regole generali (fondamentali) e speciali sulle quali sono basati i sopramenzionati principi, le relazioni che hanno con siffatti principi, le relazioni che sono previste in tali norme e nella loro tutela. Questi principi hanno un significato normativo, logico e reale. In rapporti di lavoro esigenti, complessi e specifici si presentano numerosi soggetti che regolano, realizzano e tutelano tali relazioni. Dalla creazione della norma giuridica alla sua realizzazione, quando sono in questione la tutela delle persone-lavoratori e i diritti nel rapporto di lavoro, avvengono grandi cambiamenti, persino comportamenti antiggiuridici dei soggetti (e altri) in tali rapporti. Poi si prosegue nella ricca prassi delle parti sociali, degli ispettorati e dei tribunali, nell'applicazione delle norme delle fonti internazionali, del diritto dell'Unione Europea, della Costituzione della Repubblica di Croazia, della legge e degli atti sublegislativi, e delle numerose norme negli atti generali autonomi dei datori di lavoro.

**Parole chiave:** *diritto del lavoro, rapporti di lavoro, principi, tutela della persona del lavoratore, tutela dei diritti sul lavoro, regolazione, realizzazione, tutela.*

## PROMIDŽBA I PRODAJA UDJELA I DIONICA U INVESTICIJSKIM FONDOVIMA

Mr. sc. Loris Belanić, znanstveni novak – asistent  
Mr. sc. Gabrijele Mihelčić, asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.457:336.714  
347.457:336.76  
Ur.: 28. siječnja 2008.  
Pr.: 15. veljače 2008.  
Stručni članak

*Ovaj rad bavi se problematikom promidžbe i prodaje udjela i dionica u investicijskim fondovima po hrvatskom Zakonu o investicijskim fondovima, uz komparativni prikaz iste problematike u njemačkom i austrijskom pravu te se, u ključnim elementima, poziva i na pravno uređenje investicijskih fondova u pravu Europske unije. Uvodno se u radu govori o pojedinim vrstama fondova koji postoje u hrvatskom pravu s osvrtom na spomenuta komparativna rješenja i pravo Europske unije. Ovo je važno zato što je rad strukturiran tako da se materija obrađuje sukladno postojećim vrstama investicijskih fondova u hrvatskom pravu, pa se tako govori o promidžbi i prodaji udjela i dionica u investicijskim fondovima s javnom ponudom, potom u otvorenim investicijskim fondovima s privatnom ponudom, te u investicijskim fondovima s rizičnim kapitalom, uz osvrt na komparativna rješenja i pravo Europske unije.*

*U pogledu promidžbe udjela i dionica investicijskih fondova raspravlja se ovlaštenje za promidžbu te uvjeti promidžbe i objave podataka uz osvrt na načelo zabrane promidžbe otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom i fondova rizičnog kapitala.*

*U okviru prodaje udjela i dionica investicijskih fondova govori se o ovlaštenicima prodaje te o načinima i uvjetima prodaje udjela i dionica investicijskih fondova. Posebno se obrađuje problematika prospekta investicijskih fonda i upozorava na komparativna rješenja i predlaže kako bi se odredbe o prospektu u hrvatskom pravu mogle de lege ferenda upotpuniti, primjerice, odredbama o odgovornosti iz prospekta po uzoru na njemačko pravo.*

**Ključne riječi:** *investicijski fond, udjeli, dionice, prodaja, promidžba, prospekt.*

## I. Uvod

Uloga i značenje investicijskih fondova, kao dijela financijskog tržišta, svakim su danom sve veći.<sup>1</sup> Vidljivo je ovo i iz podataka o broju investicijskih fondova u Republici Hrvatskoj. Dok je 2001. godine u Hrvatskoj postojalo svega 20 investicijskih fondova,<sup>2</sup> od kojih 14 otvorenih i 6 zatvorenih investicijskih fondova, prema podacima iz listopada 2007. godine u Republici Hrvatskoj postoji, čak, ukupno 107 investicijskih fondova, od kojih 98 otvorenih<sup>3</sup> i 9 zatvorenih investicijskih fondova.

Vrijednost imovine, primjerice, otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom porasla je s 16.504.071.000 HRK na dan 31. prosinca 2006. godine na 30.592.5553.000 HRK u listopadu 2007. godine.

Rastući broj fondova i sve veća vrijednost njihove imovine zahtijeva uređenu legislativu i pozornost pravne teorije i prakse. U radu govorimo o promidžbi i prodaji udjela i dionica u investicijskim fondovima, u prvom redu u hrvatskom pozitivnom pravu, ali i u poredbenom pravu te pravu Europske unije (dalje: EU).

1.1. Pojam investicijskog fonda u hrvatskom pravu uređen je čl. 3. Zakona o investicijskim fondovima.<sup>4</sup> Fond je pravna osoba ili zasebna imovina, čije su osnivanje i ustroj uređeni ZIF-om. Fond je, prema zakonskoj definiciji, i svaki pravni subjekt, društvo ili zasebna imovina, bez obzira na pravni oblik, u kojoj se nudi sudjelovanje s ciljem prikupljanja uloga u gotovini s namjerom ulaganja više od 60% uloga u portfelj vrijednosnih papira, novčanih depozita i drugih vrsta imovine. Ulagatelji nemaju svakodnevni nadzor nad donošenjem odluka o ulaganjima, a osnovni je cilj osigurati im povrat ulaganja ili u dobiti ili kakvoj drugoj koristi.

Kao temeljni kriterij razlikovanja fondova u hrvatskom pravu navodi se u literaturi kriterij pravne osobnosti fondova.<sup>5</sup> Primjenom ovog kriterija razlikuju se otvoreni i zatvoreni investicijski fondovi. Otvoreni investicijski fondovi nemaju pravnu osobnost.<sup>6</sup> Definiiraju se kao zasebna imovina (koju osniva i

<sup>1</sup> Vidjeti komparativnu studiju: Samodol, A., *Financijska tehnologija i investicijski fondovi*, Progres, 1999., str. 161.-173.

<sup>2</sup> U 2001. godini otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom bilo je 14. Od tog broja: novčanih (*money*) 3, obveznička (*bond*) 4, mješovita (*balanced*) 4 i dionička (*equity*) 3. Prema podacima o broju investicijskih fondova sa <http://www.crosec.hr/registri/zif.asp>. Stranica posjećena 27. studenog 2007. g.

<sup>3</sup> U strukturi otvorenih investicijskih fondova prednjače otvoreni investicijski fondovi s javnom ponudom kojih je 82. Od tog broja 15 je tzv. novčanih fondova, 14 obvezničkih, 21 mješoviti i 32 dionička investicijska fonda. Prema posljednjim podacima otvorenih investicijskih fondova sa privatnom ponudom je 15 i 1 otvoreni investicijski fond rizičnog kapitala.

<sup>4</sup> Narodne novine br. 150/05; dalje: ZIF-a.

<sup>5</sup> Vidjeti: Čulinović-Herc, E. *Investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine prema Zakonu o investicijskim fondovima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2007. g., vol. 28., br. 1., str. 84.-85.; Čulinović-Herc, E., *Pravno uređenje i nove vrste investicijskih fondova*, Zbornik radova "45. susret pravnika – Opatija 2007.", str. 27-28.

<sup>6</sup> Vidjeti: Miladin, P., Markovinović, H., *Založno pravo na pravu*, Zbornik radova "45. susret pravnika Opatija 2007.", str. 136.

kojom upravlja društvo za upravljanje).<sup>7</sup> Zatvoreni investicijski fondovi imaju pravnu osobnost. Oni su pravne osobe koje mogu biti ustrojene samo kao dionička društva.

1.1.1. Zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom je dioničko društvo<sup>8</sup> sa sjedištem u Republici Hrvatskoj što ga, uz odobrenje Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga (u nastavku: HANFA)<sup>9</sup>osniva i njime upravlja društvo za upravljanje.<sup>10</sup> Predmet poslovanja fonda je prikupljanje novčanih sredstava javnom ponudom svojih neograničeno prenosivih dionica i ulaganje tih sredstava, uz uvažavanje načela razdiobe rizika. Među zatvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom razlikuju se: oni s javnom ponudom za ulaganje u neuvrštene vrijednosne papire i oni s javnom ponudom za ulaganje u nekretnine.<sup>11</sup> Zatvoreni investicijski fond s javnom ponudom smije izdavati samo redovne dionice koje glase na ime i dioničarima daju jednaka prava utvrđena zakonom, prospektom i statutom fonda, i ne smiju izdavati niti jednu drugu vrstu vrijednosnih papira. Ove dionice moraju biti uvrštene na burzu ili uređeno javno tržište.<sup>12</sup>

1.1.2. Otvoreni investicijski fond s javnom ponudom zasebna je imovina koju uz odobrenje HANFA-e osniva društvo za upravljanje s ciljem prikupljanja novčanih sredstava javnom ponudom udjela u fondu, čija se sredstva ulažu u skladu sa Zakonom, i čiji imatelji udjela imaju pravo, pored prava na razmjerni udio u dobiti fonda, u svako doba zahtijevati isplatu udjela, i na taj način istupiti iz fonda.<sup>13</sup>

Jednako kao i otvoreni investicijski fond s javnom ponudom, i otvoreni investicijski fond s privatnom ponudom zasebna je imovina bez pravne osobnosti. Uz odobrenje HANFA-e osniva ga društvo za upravljanje, s ciljem prikupljanja novčanih sredstava, ali, za razliku od otvorenih fondova s javnom ponudom, privatnom ponudom udjela u fondu, čija se sredstva ulažu u skladu s ciljevima ulaganja i ograničenjima ulaganja utvrđenim prospektom fonda, a imatelji udjela imaju pravo zahtijevati, pored prava na razmjerni udio u dobiti fonda, na način i pod uvjetima utvrđenim prospektom fonda, isplatu udjela i na taj način istupiti iz fonda.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Tako se u čl. 89. ZIF-a navodi da sredstva otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom prikupljena izdavanjem i javnom prodajom udjela u fondu te imovina stečena ulaganjem uplaćenih novčanih sredstava, uključujući prihode i prava proizašla iz imovine fonda, čine otvoreni investicijski fond s javnom ponudom, odnosno zasebnu imovinu u zajedničkom vlasništvu svih imatelja udjela u fondu.

<sup>8</sup> Prema st. 5., čl. 60. ZIF-a na ove se fondove, ako ZIF-a-om nije drugačije propisano, primjenjuju odredbe Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine br.: 111/93., 34/99., 118/07. i 107/07., dalje: ZTD.

<sup>9</sup> Primjena Zakon o hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga (Narodne novine br. 140/05., u nastavku ZHANFA) započela je 1. siječnja 2006. godine.

<sup>10</sup> Čl. 60. ZIF-a.

<sup>11</sup> Čl. 12. st. 1. ZIF-a.

<sup>12</sup> Čl. 64. ZIF-a.

<sup>13</sup> Čl. 87. st. 1. ZIF-a.

<sup>14</sup> Čl. 123. ZIF-a.

Treću kategoriju otvorenih investicijskih fondova čine otvoreni investicijski fondovi rizičnog kapitala s privatnom ponudom. I ovi su fondovi zasebna imovina bez pravne osobnosti koju uz odobrenje HANFA-e osniva društvo za upravljanje privatnom ponudom s ciljem prikupljanja novčanih sredstava i privatnom ponudom udjela u fondu, čija se sredstva ulažu po jednakom ključu kao i kod otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom.<sup>15</sup> Otvoreni investicijski fondovi (i kada je riječ o onima s javnom i onima s privatnom ponudom kao i otvorenim investicijskim fondovima rizičnog kapitala s privatnom ponudom) smiju izdavati samo jednu vrstu udjela i ne smiju izdavati niti jednu drugu vrstu vrijednosnih papira koji nose prava na bilo koji dio imovine fonda.<sup>16</sup>

1.2. U pravu Europske unije materija investicijskih fondova uređena je tzv. *Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Directives* (dalje: UCITS – Smjernicama odnosno Smjernice).<sup>17</sup> Prema čl. 1. st. 2. toč. 1. UCITS-Smjernice “tvrtka za zajedničko ulaganje u vrijednosne papire” (*Undertakings for Colective Investment in Transferable Securities*) predstavlja samostalni predmet zajedničkog ulaganja kapitala kojeg uplaćuju ulagatelji u vrijednosne papire i/ili u drugu financijsku imovinu, a po načelu raspodjele rizika, pri čemu se udjeli takve tvrtke mogu na zahtjev njihovih imatelja otkupiti ili isplatiti, izravno ili neizravno iz imovine takve tvrtke.<sup>18</sup> Takva tvrtka, prema st. 3., može biti osnovana u tri oblika: u obliku investicijskog fonda kojim

<sup>15</sup> Dakle, u skladu s ciljevima ulaganja i ograničenjima ulaganja utvrđenim prospektom fonda, čiji imatelji udjela imaju pravo, pored prava na razmjerni udio u dobiti fonda, na način i pod uvjetima utvrđenim prospektom fonda, zahtijevati isplatu udjela i na taj način istupiti iz fonda.; Čl. 202. ZIF-a.

<sup>16</sup> Vidjeti: čl. 92. st. 1., čl. 127. st. 1. i čl. 206. st. 1. ZIF-a.

<sup>17</sup> Smjernica 85/611/EEC, od 20. prosinca 1985. g., (OJ L 375, 31. 12. 1985, str. 3.) koja je mijenjana i dopunjavana sljedećim smjernicama: Smjernica 88/220/EEC, od 22. ožujka 1988. g. (OJ L 100, 19. 4. 1988., str. 31); Smjernica 95/26/EC, od 29. lipnja 1995. g., (OJ L 168, 18. 07. 1995. str. 7); Smjernica 2000/64/EC, od 7. studenog 2000. g., (OJ L 290, 17. 11. 2000., str. 27); Smjernica 2001/107/EC, (“*Management company Directive*”), od 21. siječnja 2002. g., (OJ L 41 od 13. 2. 2002), Smjernica br. 2001/108/EC (“*Product Directive*”), od 21. siječnja 2002. g., (OJ L 41 od 13. 2. 2002); ove dvije posljednje nazivaju se još i UCITS III Smjernice, u: *Green paper on the enhancement of the EU framework for investment funds*, Komisija EU, od 12. srpnja 2005. g., str. 2.; Smjernica 2004/39/EC, od 21. travnja 2004. g., (OJ L 145, 30. 4. 2004, str. 1, ispravak OJ L 45, 16. veljače 2005. g., str. 18); Smjernica 2005/1/EC, od 9. ožujka 2005. g., (OJ L 79, 24. 3. 2005. str. 9). Podaci preuzeti sa <http://ec.europa.eu/internal-market/investment/legaltexts/index-en.htm#directive>, stranica posjećena 16. siječnja 2008. g., gdje je objavljen je i pročišćen tekst prve UCITS Smjernice iz 1985. g. koji uključuje sve njezine kasnije izmjene i dopune izvršene Smjernicama navedenim *supra*. Iako taj tekst nije pravno obvezujući, radi sistematičnosti koristiti će se za potrebe rada. Konačno, donesena je i Smjernica 2007/16/EC, od 19. ožujka 2007. g., (OJ L 79, 20. 03. 2007. str. 11.) kojom se pojašnjavaju neki pojmovi sadržani u prvoj UCITS Smjernici (vrijednosni papiri, instrumenti tržišta novca, financijska tekuća imovina, derivati, tehnike i instrumenti koji se odnose na menadžment vrijednosnih papira i indeksiranje udjela u fondovima, čl. 1. Smjernice 2007/16/EC).

<sup>18</sup> Kao radnje otkupa ili isplate smatraju se i sve radnje koje takva tvrtka poduzima, kako burzovna vrijednost udjela ne bi previše odskakala od neto vrijednosti imovine.



upravlja upravljačko društvo, u obliku *trusta*, ili u obliku investicijskog društva.<sup>19,20</sup>

Pored investicijskih fondova koji potpadaju pod UCITS-Smjernice na području EU nailazimo i na *Private equity* fondove (fondovi koji se temelje na dugoročnom ulaganju, s aktivnim sudjelovanjem ulagatelja u njihovom upravljanju) i na *Hedge fondove* (fondovi koji prilikom ulaganja koriste čitav niz tehnika i instrumenta koji nisu dopušteni investicijskim fondovima koji se temelje na tradicionalnim oblicima zajedničkog ulaganja).<sup>21 22</sup>

Osim spomenutih *Private equity* i *Hedge* fondova UCITS-Smjernice ne primjenjuju se još ni na sljedeće: a) investicijske fondove zatvorenog tipa, b) fondove čija društva za upravljanje ne obavljaju promidžbu prodaje njihovih udjela na prostoru Europske unije, c) fondove čiji se udjeli sukladno njihovom statutu mogu prodavati samo u državama koje nisu članice Europske unije i d) fondove na koje je neprikladno primjenjivati investicijsku politiku koja je propisana UCITS Smjernicama (čl. 2. st. 1. UCITS Smjernica).

1.3. U Njemačkoj je pojam fonda uređen Investicijskim zakonom (*Investmentgesetz*)<sup>23</sup> kojim su u njemačko zakonodavstvo implementirane UCITS-Smjernice.<sup>24</sup> Po InvG-u investicijski fondovi organizirani su kao

<sup>19</sup> Za potrebe UCITS-Smjernica izrazom “investicijski fond” obuhvaća se *trust*, odnosno udjeli u *trustu*.

<sup>20</sup> Za investicijsko društvo bitno je da ulaže u vrijednosne papire. Ako ne ulaže u vrijednosne papire već u imovinu drugih društava (kompanija) tada se na takvo investicijsko društvo ne primjenjuju odredbe UCITS Smjernice (čl. 1. st. 4.).

<sup>21</sup> *Green paper*, op. cit., str. 9.

<sup>22</sup> Ovi fondovi, za razliku UCITS fondova, predstavljaju fondove koji omogućuju veći i brži povrat uložena, ali s druge strane predstavljaju i veći rizik za ulagače. Zbog većih rizika ulaganja u takve fondove kao njihovi potencijalni ulagači javljaju se tzv. kvalificirani ulagači, poput banaka, osiguravajućih društava, mirovinskih fondova i drugih investicijskih fondova. Ovi fondovi do sada nisu bili predmet regulacije UCITS-Smjernica već je njihovo uređenje bilo prepušteno državama članicama. *Green paper*, ibid. Međutim, razmatra se mogućnost da i ovi fondovi postanu predmet regulacije Smjernica, jer se sve češće pojavljuju na tržištu EU, radi čega postoji potreba za njihovim jedinstvenim uređenjem. U Hrvatskoj su, primjerice *Private Equity* fondovi regulirani ZIF-a-om kao otvoreni investicijski fondovi rizičnog kapitala s privatnom ponudom. Vidjeti: Špoljarić, D., *Private Equity fondovi*-novina u hrvatskom zakonodavstvu, Hrvatska pravna revija, 2006. g., br. 1., str. 74.

<sup>23</sup> *Investmentgesetz*, BGBl. I S. 2676, od 15. prosinca 2003. g., izmjene: 5. siječnja 2007. g., BGBl. I S. 10.; 21. prosinca 2007. g, BGBl. I S. 3089. Dalje u tekstu: InvG.

<sup>24</sup> Stupanjem na snagu InvG-a (1. siječnja 2004. g.) stavljen je izvan snage dotadašnji *Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften* (KAGG) iz 1969. g. (BGBl. I S. 986, 992, od 28. srpnja 1969.), čime su ukinuti do tada postojeći tipova fondova koji su se klasificirali po posebnoj imovini, pojednostavljen je prospekt fondova sa ciljem boljeg informiranja ulagača, proširena je europska putovnica za investicijske fondove koji mogu imati više dozvoljenih ulaganja, uvedena je europska putovnica za društva koja upravljaju investicijskim fondovima, smanjen je početni kapitala za investicijska društva (fondove koji djeluju kao dionička društva), proširen je broj dopuštenih djelatnosti društva za upravljanje koje zahtijevaju prethodno odobrenje, proširene su mogućnosti menadžmenta vrijednosnih papira te su definirane gornje granice potencijala tržišnog rizika u odnosu na uporabu derivata. Feyerabend A., H.-J., Hornschu, G., *Investmentsmodernisierungsgesetz*, KMPG, 2004. g., str. 2.

investicijski fondovi i kao investicijska dionička društva (§ 1. toč. 1., InvG). Investicijski fondovi su javna zasebna imovina (*Publikums-Sondervermögen*) kojom upravlja društvo za upravljanje za račun ulagača radi zajedničkog ulaganja u imovinu fonda po načelu raspodjele rizika.<sup>25</sup> Investicijska dionička društva (*Investmentaktiengesellschaften*) su dionička društva čija je svrha ograničena na ulaganje i upravljanje svojim vlastitim fondovima po načelu raspodjele rizika, a u svrhu zajedničkog ulaganja u određenu imovinu. (§ 2. st. 5., InvG).<sup>26,27</sup>

<sup>25</sup> Fondovi (*Sondervermögen*) su investicijski fondovi kojima upravlja društvo za upravljanje investicijskim fondovima za račun ulagača i u skladu sa InvG-om i ugovornim pravilima kojima se uređuje odnos između društva za upravljanje i ulagača, i koja jamče ulagačima pravo traženja natrag svojih uloga (§ 2. st. 2., InvG). (Prema našem mišljenju, *Sondervermögen* bi odgovarali otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom u hrvatskom pravu). Među investicijske fondove ubrajaju se i specijalni fondovi (*Spezial-Sondervermögen*), a kako proizlazi iz § 2. st. 1. InvG. Specijalni fondovi (*Spezial – Sondervermögen*) su fondovi čiji investitori ne mogu biti fizičke osobe (pri čemu je broj investitora ograničena na najviše 30), a koji imaju poseban ugovorni odnos (ugovor mora biti u pisanom obliku) s društvom za upravljanje (§ 2 st. 3., InvG). Ovdje se, dakle, radi o fondovima u koje ulažu tzv. institucionalni ulagači, što bi, mišljenja smo, u hrvatskom pravu odgovaralo pojmu kvalificiranih ulagatelja. Svi ostali fondovi, a koji ne udovoljavaju uvjetima propisanim za specijalne fondove, ulaze u sustav *Sondervermögen*. Tu bi primjerice, spadali: fondovi koji ulažu u nekretnine (§ 66.-82., InvG), mješoviti fondovi (§ 83.-86., InvG) i mirovinski fondovi (§ 87.-90., InvG). Cjelokupnom imovinom fonda upravlja posebna financijska institucija (*Kreditinstitute*) tzv. upravljačko društvo (*Kapitalanlagesellschaften*), a koje osim imovinom fonda i može upravljati imovinom pojedinaca (§ 2. st. 6., InvG).

<sup>26</sup> Investicijsko dioničko društvo uređuju § 96. i § 101. i određuju da investicijsko dioničko društvo može poslovati u pravnom obliku njemačkog dioničkog društva s nekim posebnostima. Nije dopušteno izdavati dionice bez prava glasa. Sve dionice investicijskog dioničkog društva moraju predstavljati isti dio registriranog kapitala (§ 96. st. 1., InvG). Investicijska dionička društva mogu se osnivati s promjenjivim kapitalom ili sa fiksnim kapitalom. Poslovanje investicijskog dioničkog društva utvrđeno je temeljnim aktima društva, a odnosi se na investiranje u fondove i upravljanje fondovima po načelu raspodjele rizika sa jedinim ciljem da njegovi dioničari sudjeluju u dobiti iz upravljanja imovinom društva (§ 96. st. 2. InvG). Sukladno § 2. st. 5. InvG-a, investicijska dionička društva mogu ulagati u sljedeću imovinu: vrijednosne papire, instrumente tržišta novca, derivate, bankarska potraživanja (*Bankguthaben*), udjele u određene investicijske fondove (domaće investicijske fondove, investicijska dionička društva, EU investicijske fondove, investicijske fondove koji ulažu u nekretnine, mješovite investicijske fondove, strane investicijske fondove), zatim u tvrtke čija se vrijednost može utvrditi na tržištu a sjedište im je registrirano u Njemačkoj, kao i u plemenite metale kojima se trguje na organiziranom tržištu na kojem se može utvrditi njihova vrijednost. U § 97. st. 1. InvG-a propisano je da investicijsko dioničko društvo mora dobiti odobrenje za rad od Savezne službe za nadzor financijskih usluga.

<sup>27</sup> InvG predviđa i tzv. investicijske fondove sa dodatnim rizikom (*hedged* fondovi, njem: *Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken*) a koji također posluju po načelu razdiobe rizika, ali ne podliježu zakonskim ograničenjima propisanim u pogledu ulaganja za ostale investicijske fondove uređene InvG-om (§ 112. st. 1., InvG). No, postoje neka ograničenja i za takve fondove. Tako statutom fonda mora biti predviđeno bar jedan od dva sljedeća uvjeta za njihovo poslovanje: unaprjeđivanje stupnja ulaganja putem uzimanja zajmova za koje općenito ne postoje ograničenja i to uz upotrebu derivata, ili mora biti predviđena prodaja imovine fonda koja u trenutku sklapanja poslova o prodaji još ne pripada imovini fonda (§ 112. st. 1. toč. 1 i 2., InvG). Svako ulaganje u kompanije čijim se udjelima ili vrijednosnim papirima ne trguje na burzama ili drugim organiziranim tržištima ne smije biti veće od 30 % ukupne vrijednosti imovine fonda. Za takve

1.4. U Austriji je materija investicijskih fondova uređena Saveznim zakonom o investicijskim fondovima<sup>28</sup> (*Bundesgesetz über Kapitalanlagefonds*). Prema § 1. st. 1. InvFG -ainvesticijski fond je zasebna imovina (*Sondervermögen*) u suvlasništvu imatelja udjela, koja se sastoji od vrijednosnih papira, i/ili instrumenata tržišta novca i/ili ostalih financijskih instrumenata iz § 20. te derivata iz § 21. InvFG-a, koja je podijeljena na jednake dijelove koji su utjelovljeni u vrijednosne papire, i koja je ustanovljena prema odredbama InvFG-a.<sup>29</sup>

## II. Promidžba investicijskih fondova

Postupci promidžbe i prodaje dionica odnosno udjela u investicijskim fondovima u hrvatskom se pravu razlikuju ovisno o tome da li je riječ o investicijskim fondovima s javnom ili s privatnom ponudom.<sup>30</sup>

fondove propisano da se njihovi udjeli ne mogu javno prodavati (§ 112. st. 2., InvG) te nisu ni predmet regulacije UCITS Smjernica. Postoje još i tzv. krovni fondovi sa dodatnim rizikom (*Dach-Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken*) koji ulažu u tzv. ciljne fondove koji mogu biti: ostali investicijski fondovi sa dodatnim rizikom, investicijsko dioničko društvo koje je prema svom statutu usporedivo sa investicijskim fondovima s dodatnim rizikom, te strani investicijski fondovi čija je investicijska politika usporediva sa investicijskom politikom investicijskih fondova sa dodatnim rizikom (§ 113. st. 1., InvG). Upravo zbog tog velikog broja oblika investicijskih fondova u njemačkom pravu izrijeком je propisano da oznaka investicijskog fonda ili investicijskog dioničkog društva ne smije dovoditi u zabludu. Stoga Savezna služba za nadzor financijskih usluga može objaviti pravilnike i smjernice za označavanje kategorija fondova u koje će biti razvrstani investicijski fondovi na temelju pravila fonda (ugovor između društva za upravljanje i ulagača) određenih ograničenja za ulaganje, te statuta društva (§4. st. 1 i 2., InvG). Jednakom je intencijom vođen i hrvatski zakonodavac. Vidjeti prijelazne i završne odredbe ZIF-a, osobito čl. 242.

<sup>28</sup> Skraćeno *Investemfondgesetz*, dalje u tekstu: InvFG BGBl. Nr. 532/1993., 818/1993., 917/1993., 753/1996., 41/1998., 106/1999., 194/1999., 2/2001., 97/2001., 100/2002., 71/2003., 146/2004., 180/2004., 9/2005., 37/2005., 78/2005., 122/2005., 48/2006., 134/2006. i 60/2007.

<sup>29</sup> U austrijskom pravu osim investicijskog fonda koji predstavlja zasebnu imovinu koja je u suvlasništvu svih imatelja udjela u § 1. st. 1. InvFG-a govori se i o specijalnim fondovima koji također predstavljaju zasebnu imovinu i čije udjele drži ne više od deset osoba koje moraju biti poznate društvu za upravljanje fondom i koje ne smiju biti fizičke osobe. Međutim, grupa od više imatelja udjela smatrat će se kao jedinstveni imatelj udjela, ako se prava iz tog udjela u odnosu na društvo za upravljanje izvršavaju jedinstveno putem zajedničkog zastupnika. Statut fonda može sadržavati odredbe po kojima se za prijenos udjela mora imati pristanak društva za upravljanje. Specijalni fondovi nisu fondovi koji ispunjavaju uvjete po UCITS-Smjernicama, odnosno na njih se ne primjenjuju takve smjernice. Specijalni investicijski fondovi moraju ispunjavati uvjete propisane InvFG-om, te o tome društvo za upravljanje mora obavijestiti ulagatelje na pisani ili na koji drugi ugovoreni način. Posebnu vrstu specijalnih investicijskih fondova predstavljaju mirovinski investicijski fondovi, koji također predstavljaju fondove na koje se ne primjenjuju odredbe UCITS-Smjernica, već su isključivo uređeni InvFG-om (§ 23a st. 1., InvFG).

<sup>30</sup> U literaturi kao drugi kriterij razlikovanja fondova navodi se "Način prikupljanja kapitala", a kao treći "osobe koje su potencijalni ulagatelji u pojedine vrste fondova". Vidjeti: Čulinović-Herc, E., *ibid.*; Čulinović-Herc, E., *Investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine prema Zakonu o investicijskim fondovima, Pravo i porezi, 2007.*, br. 4., str.19.-20.

## 1. Ponuda – pojam i vrste ponude

1.1. Zakonodavac izrijeком ne definira pojam ponude *sui generis*, već u čl. 11. ZIF-a uređuje pojam pojedinih vrsta ponude. Temeljni je kriterij razlikovanja vrsta ponude javnost ponude, dakle odgovor na to da li je riječ o ponudi upravljenoj k neodređenom broju osoba ili k određenoj, ciljanoj skupini. Tako je moguće govoriti o javnoj i privatnoj ponudi.<sup>31</sup>

U UCITS-Smjernicama nema posebnih odredbi o javnoj ponudi dionica i udjela, već o tom nalazimo odredbe u zakonima pojedinih država koji uređuju materiju investicijskih fondova.

Njemački zakonodavac govori o tzv. javnoj prodaji definirajući je kao bilo koju prodaju koja je učinjena u obliku javne ponude, javnog oglašavanja ili na bilo koji sličan način (§ 2. st. 11., InvG). Iako se hrvatskom pravu ne uporablja termin “javne prodaje” po mišljenju autora ovo bi odgovaralo prodaji dionica/udjela javnom ponudom kod investicijskih fondova kod kojih se takva ponuda pojavljuje.

1.2. Javna ponuda je bezuvjetni poziv za kupnju udjela ili dionica u fondu upućen neodređenom broju osoba. Predmnijeva se javnost ponude. Ponuda je javna izuzev u slučaju da je usmjerena prema ograničenoj skupini ulagača (kvalificiranih ulagatelja),<sup>32</sup> odnosno ako se zahtjevi za upis mogu prihvatiti samo od takvih osoba. Za sada je, (do prijema Hrvatske u EU),<sup>33</sup> javna ponuda dopuštena samo fondovima osnovanim uz odobrenje HANFA-e kojim upravlja domaće društvo za upravljanje. Izrijeком je zabranjeno takvim fondovima poslovati kao fond s privatnom ponudom ili se u njega preoblikovati.

U njemačkom pravu u roku od 6 mjeseci od dobivanja odobrenja za rad najmanje 90 % dionica mora biti ponuđeno na javnu prodaju ili pak prodano ulagačima (statut investicijskih dioničkih društva koja posluju poput investicijskih fondova sa dodatnim rizikom iz §112. InvG-a za koje vrijedi zabrana javne ponude dionica fizičkim osobama, mora sadržavati posebne odredbe koje će osiguravati primjenu navedene zabrane).

<sup>31</sup> Svaki fond mora od strane HANFA-e biti ovlašten za privatnu ili javnu ponudu u Republici Hrvatskoj u skladu s ZIF-a-om i drugim propisima.

<sup>32</sup> Prema čl. 2. ZIF-a “kvalificirani ulagatelji” su ulagatelji koji na temelju važećeg odobrenja posluju kao investicijski ili mirovinski fond, kao društvo za upravljanje investicijskim ili mirovinskim fondom, kao banka, kao osiguravajuće društvo ili kao brokersko društvo te sva druga trgovačka društva ili fizičke osobe s tim da neto vrijednost imovine tih društava i fizičkih osoba prelazi 1.500.000,00 kuna i koji za potrebe ulaganja u određeni investicijski fond raspoložu gotovim novcem u iznosu od najmanje 750.000,00 kuna. Kod “kvalificiranih ulagatelja u fondove rizičnog kapitala” neto vrijednost imovine treba prelaziti 20.000.000,00 kuna odnosno, za potrebe ulaganja u određeni investicijski fond, trebaju raspolagati gotovinom u iznosu od najmanje 10.000.000,00 kuna.

<sup>33</sup> Do kada je odgođena primjena čl. 15. st. 1. t. 2. ZIF-a kojim je propisano takvo dopuštenje za javnu ponudu u Republici Hrvatskoj i fondovima osnovanim na temelju odobrenja nadležnog tijela države članice koje posluje u skladu s odredbama ZIF-a koje uređuju poslovanje otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom.

Javnom ponudom dionica smatra se: a) kada je treća osoba po sporazumu sa dioničarima investicijskog dioničkog društva preuzela dionice i ponudila ih na javnu prodaju i b) kada osnivači dioničkog investicijskog društva provedu odgovarajuće povećanje temeljnog kapitala.<sup>34</sup>

U austrijskom pravu nema posebnih odredbi o javnoj ponudi dionica ili udjela investicijskih fondova već se u § 18. InvFG-a govori da se sve javne objave čije objavljivanje zahtijeva Zakon ili statut fonda, moraju izvršiti u skladu s § 10. Zakona o tržištu kapitala (*Kapitalmarktgesetz*, KMG),<sup>35</sup> s time da se ova odredba ne primjenjuje ako su objave fonda obavljaju u službenom cjeniku bečke burze (*Kursblatt der Wiener Börse*). S druge strane postoje posebne odredbe o dopustivosti javne ponudi dionica ili udjela stranih investicijskih fondova (§ 5., InvFG).<sup>36</sup> Posebno je uređena prodaja udjela i

<sup>34</sup> Dionice investicijskog dioničkog društva sa fiksnim kapitalom mogu biti javno ponudene na prodaji samo ako je s njima odobrena trgovina na službenom ili uređenom tržištu domaće burze i ako je investicijsko dioničko društvo sa fiksnim kapitalom objavilo prospekt ili poslovno izvješće (§ 101 st. 3., InvG). Poslovno izvješće treba biti objavljeno u barem jednim poslovnim novinama ili dnevnim novinama ili kao tiskana publikacija. Tiskana publikacija treba biti besplatno dostupna javnosti u registriranom uredu burze na kojoj se trguje dionicama investicijskog dioničkog društva kao i u uredu investicijskog dioničkog društva. Osim toga obavijest o poslovnom izvješću mora biti objavljena u elektronskom službenom listu Republike Austrije određujući pri tome gdje je poslovno izvješće objavljeno i gdje je ono dostupno za javni nadzor (§ 101. st. 4.). Najmanje dvanaest radnih dana mora proći između objave prospekta ili poslovnog izvješća i početka roka za objavu obvezujuće javne ponude za prodaju (§ 101. st. 5, InvG).

<sup>35</sup> BGBl. br. 625/1991., 331/1993., 532/1993., 210/1994., 60/1998., 63/1999, 2/2001., 97/2001., 35/2003., 80/2003. i 78/2005.

<sup>36</sup> Ponuda udjela stranog investicijskog fonda javnosti dopušteno je: 1. ako strano društvo za upravljanje Agenciji za financijsko tržište imenuje kao predstavnika kreditnu instituciju koja udovoljava uvjetima depozitne banke; 2. ako je imovina fonda deponirana kod depozitne banke ili druge institucije koja je ovlaštena na poslove deponiranja imovine, a ako se radi o nekretnini pod uvjetom da je njezino držanje nadgledano od depozitne banke ili druge institucije koja je ovlaštena za poslove deponiranja imovine; 3. ako je jedna ili više kreditnih institucija koje udovoljavaju uvjetima depozitne banke imenovano kao mjesto za plaćanje (*Zahlstelle*) na kojem se mogu izvršiti plaćanja imateljima udjela, ili na kojemu oni mogu izvršiti plaćanja prema imovini fonda; ako se plaćanja ili transferi obavljaju putem imenovanih mjesta za plaćanje treba se osigurati da iznosi budu neodložno preneseni na račune depozitne banke ili imatelja udjela; 4. statut fonda ili pak društva za upravljanje moraju predvidjeti: a) da se kupcu odmah nakon plaćanja kupovne cijene prenesu udjeli u odgovarajućoj visini; b) da imatelji udjela mogu zahtijevati otkup dijela imovine fonda na koji se odnosi njihov udio, osim ako se radi o udjelima kojima se trguje na burzi vrijednosnih papira države članice OECD-a, ili na drugom priznatom, uređenom i javnom tržištu vrijednosnih papira koje posluje u skladu sa propisima; c) da dio kupovne cijene udjela, a najviše do jedne trećine, treba se upotrijebiti za pokriće troškova, a svi preostali troškovi raspodijeliti će se na isti način na kasnija plaćanja; d) da se vrijednosni papiri i zahtjevi koji predstavljaju imovinu fonda ne mogu zalagati ili na drugi način opteretiti, osim u slučaju uzimanja zajma; e) da zajam se može podizati na teret imovine fonda samo kratkoročno i to do iznosa od 10 % imovine fonda, u pogledu nekretnine zajam se može dignuti samo u slučaju uspješnog upravljanje nekretninom i to do visine od 50% njezine tržišne vrijednosti, uz suglasnost depozitne banke u pogledu uvjeta zajma; f) da se ne mogu poduzimati poslovi na teret imovine fonda kojima se prodaju vrijednosni papiri koji ne ulaze u imovinu fonda.



dionica u stranim investicijskim fondovima i investicijskim fondovima koji imaju sjedište na području države članice Europske unije.<sup>37</sup>

1.3. Privatna ponuda je bezuvjetan poziv za kupnju udjela ili dionica<sup>38</sup> upućen određenom broju osoba tzv. kvalificiranim ulagateljima. Status kvalificiranog ulagatelja dokazuju se potpisom izjave da u trenutku kupnje udjela ulagatelj ispunjava propisane uvjete. Za potpunost i istinitost izjave, kao ni za eventualne naknadne promjene, društvo za upravljanje, ne odgovara.

U hrvatskom pravu, primjenom javnosti ponude kao kriterija razlikovanja vrste fondova, moguće je govoriti o promidžbi i prodaji udjela odnosno dionica otvorenih i zatvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom s jedne strane te otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom i onih rizičnog kapitala s privatnom ponudom, s druge strane.

## **2. Promidžba investicijskih fondova s javnom ponudom**

### **2.1. Ovlaštenje za promidžbu investicijskih fondova s javnom ponudom**

Promidžbene aktivnosti fondova<sup>39</sup> kojima upravljaju smiju poduzimati i provoditi isključivo ovlaštena društva za upravljanje sa sjedištem u Republici Hrvatskoj (ovlašteno društvo sa sjedištem u državi članici).<sup>40</sup> Društvo za upravljanje koje upravlja otvorenim investicijskim fondom odgovorno je za

<sup>37</sup> U prodaji udjela stranog investicijskog fonda, društvo za upravljanje mora svoju namjeru o prodaji prijaviti Agenciji za financijsko tržište (§ 30. st. 1., InvFG). U toj prijavi moraju svakako biti navedeni svi bitni podaci koji se tiču fonda i društva za upravljanje kao što su: članovi uprave društva za upravljanje, domaći i strani predstavnici društva za upravljanje i fonda, društva koja obavljaju prodaju udjela i dionica stranih investicijskih fondova, depozitarna banka, mjesta za u kojima se može izvršiti uplata/isplata, statut fonda i društva za upravljanje, prospekt, promidžbeni materijal, godišnja poslova izvješća u proteklih tri godine i dr. (§ 30. st. 2 toč 1.-7., InvFG). Prodaja udjela stranog investicijskog fonda može započeti nakon proteka roka od 4 mjeseca od dana prijave namjere prodaje Agenciji za financijsko tržište, pod uvjetom da Agencija nije zabranila takvu prodaju. Agencija može zabraniti prodaju ako nisu ispunjene pretpostavke za dopustivost javne ponude iz § 25 InvFG-a ili ako prijava o namjeri promidžbe nije uredna ili potpuna (§ 31. st. 1, InvFG). Za fondove kojima upravljaju društva koja imaju sjedište u državi članici EU (tzv. EU -fondovi) također je potrebno prijaviti namjeru prodaje njihovih Agenciji za financijsko tržište, s osnovnom razlikom od stranih fondova, što prijava mora sadržavati potvrdu nadležnog tijela države članice EU da investicijski fond posluje u skladu sa odredbama UCITS smjernica (§ 36. st. 2. toč.1., InvFG). Traže se i ostali podaci kao primjerice statut fonda i društva za upravljanje, potpuni i skraćeni prospekt, zadnje objavljeno poslovno izvješće, detalji o promidžbi, i dr. EU fond može započeti sa prodajom svojih udjela nakon isteka roka od dva mjeseca od kada je Agencija za financijsko tržište zaprimila prijavu o namjeri prodaje udjela, pod uvjetom da Agencija nije zabranila takvu prodaju (§ 37. st. 1., InvFG).

<sup>38</sup> Imajući u vidu da ZIF-a ne poznaje zatvorene investicijske fondove s privatnom ponudom, a samo je kod ovih fondova moguće govoriti o pozivu za kupnju dionica to bi *de lege ferenda* valjalo čl. 11. st. 3. ZIF-a izmijeniti u tom smislu.

<sup>39</sup> Čl. 114. ZIF-a.

<sup>40</sup> Vidjeti: Eror Matić, B., *Temeljni kapital društva za upravljanje investicijskim fondovima*, Pravo i porezi, 2006. g., br. 11., str. 46.-47.



potpunost i točnost informacija objavljenih u svrhu promidžbe fonda. Kod zatvorenih investicijskih fondova odgovara solidarno s Nadzornim odborom.<sup>41</sup>

## 2.2. *Uvjeti promidžbe i objave podataka*

Promidžbene informacije<sup>42</sup> mogu se priopćavati trećim osobama putem oglasa u tisku, na radiju i televiziji, putem osobnih posjeta, telefonskih poziva, internetom i elektronskim medijima te putem interaktivne televizije.<sup>43</sup>

No, sve promidžbene informacije o investicijskim fondovima moraju odobriti osobe ovlaštene za zastupanje društva za upravljanje.<sup>44</sup> Prije objave, sve promidžbene informacije o investicijskim fondovima i društvima koja njima upravljaju, a posebice one koje se odnose na vlasničke udjele, financijsko poslovanje i prava vlasnika udjela investicijskog fonda, moraju se dostaviti HANFA-e na odobrenje.<sup>45</sup>

Zakonodavac propisuje određena "pravila ponašanja" pri davanju promidžbenih informacija o investicijskim fondovima i društvima koja njima upravljaju. Tako se primjerice mora navesti cjelovit, točan i istinit opis investicijskog fonda s javnom ponudom koji se promovira, propisanih obveza i povezanih rizika, ne smiju se navoditi nikakvi lažni pokazatelji, posebice glede stručnosti odgovornih osoba, sredstava i opsega poslovanja fonda i društva za upravljanje te vlasništva ili broja dionica ili udjela u fondu, mora se osigurati da se bez suglasnosti HANFA-e ne navodi bilo koje odobrenje koje je dalo nadležno tijelo i sl.<sup>46</sup>

Izrijekom je određeno da prikaz rezultata poslovanja investicijskog fonda s javnom ponudom: ne smije podlijetati bilo kakvom jamstvu ili obećanju, ne smije biti sačinjen u obliku procjene bilo koje vrste, mora odražavati rezultate poslovanja fonda od njegovog osnutka do dana davanja prikaza ili u zadnjih pet godina, ovisno koje je od naznačenih razdoblja kraće, mora sadržavati najnovije podatke dostupne u trenutku prikaza rezultata poslovanja fonda, mora biti sastavljen na dosljednoj osnovi u odnosu na razdoblja, uz obuhvaćanje ili isključivanje određenih čimbenika koji utječu na takve rezultate (npr. osnovice za cijenu, troškova, poreza, dividende) te ne smije biti predstavljen na način koji bi dao naslutiti da se radi o predviđanju mogućih budućih rezultata poslovanja fonda.<sup>47</sup>

Stoga je HANFA je donijela pravilnik kojim se uređuje sadržaj i metode prikaza rezultata poslovanja investicijskog fonda s javnom ponudom odnosno

<sup>41</sup> Čl. 115. ZIF-a.

<sup>42</sup> Društvo za upravljanje mora sačuvati primjerak svake objavljene promidžbene informacije, kao i izvore podataka koji potkrjepljuju navode iz takvih publikacija (čl. 117. st. 2. ZIF-a).

<sup>43</sup> Čl. 116. ZIF-a.

<sup>44</sup> Čl. 117. st. 1. ZIF-a.

<sup>45</sup> Čl. 115. st. 3. ZIF-a.

<sup>46</sup> Čl. 118. ZIF-a.

<sup>47</sup> Čl. 119. st. 1. ZIF-a.

pravilnik kojim se uređuju sadržaj, rokovi, izdavanje i preinačivanje promidžbenih informacija o investicijskim fondovima s javnom ponudom.<sup>48</sup>

Prema čl. 1. a. Pravilnika o promidžbi 3/06., zahtjev za odobrenje promidžbenih informacija mora sadržavati najmanje: naziv medija za oglašavanje i agencije za oglašavanje, trajanje promidžbene kampanje i izračune i podatke iz čl. 4.

U čl. 2. definiraju se promidžbene informacije o investicijskim fondovima s javnom ponudom. Tako se promidžbenim informacijama smatraju sve poruke koje društvo za upravljanje priopćuje putem oglasa, radija, televizije, i sl. ili u drugom obliku iz kojeg nedvojbeno proizlazi namjera promidžbe kao i svako isticanje imena, prinosa, načina ulaganja u fond i sl. Promidžbene informacije ne smiju sadržavati tvrdnje, pisane ili usmene izjave i poruke koje navode netočne podatke ili izraze kojima bi se mogao stvoriti pogrešan dojam o društvu i fondu i kojima se druga društva i fondovi dovode u nepovoljniji položaj, i sl. odnosno koje na bilo koji način ulagatelje dovode u zabludu.

Rezultate poslovanja uređuje čl. 3. određujući da se pod rezultatima smatraju podaci o: imovini i obvezama, prinosu, portfelju, ukupnim troškovima, udjelima, odnosno svi podaci koje je društvo obvezno prikupljati za izvješćivanje prema ZIF-u. Društvo je ovlašteno odlučiti koje će podatke o poslovanja prikazati pri promidžbi fonda.<sup>49</sup>

U čl. 5. predviđeno je da izračuni cijena udjela ili dionica u fondovima, koji se koriste kao promidžbene informacije, moraju biti rezultat vrednovanja imovine prema međunarodnim standardima financijskog izvješćivanja, odnosno rezultat ponude i potražnje dionica fonda na burzi.

Promidžbene informacije o prinosu fonda moraju sadržavati izračun i podatke iz kojih se može potpuno i nedvojbeno utvrditi točnost i istinitost takvih informacija, a posebno: moraju sadržavati obrazloženje ili napomenu da prinosi iz prošlosti imaju samo informativni karakter i ne predstavljaju mogućnost ili projekciju mogućeg prinosa u budućnosti; prinos za razdoblje kraće od jedne godine ne smije biti prikazan na godišnjoj razini, osim kod novčanih fondova gdje je dopušteno svodenje prinosa na godišnju razinu za razdoblje od mjesec dana ili više; prinos za višegodišnje razdoblje mora biti izračunan na temelju geometrijskog prosjeka; prinos fonda treba uvijek sadržavati točno navedeno

<sup>48</sup> Dana 9. ožujka 2006. g. donijet je Pravilnik o promidžbi investicijskih fondova s javnom ponudom, (Narodne novine br. 29/06., dalje: Pravilnik o promidžbi 03/06., napominjemo da se ova kratica koristi u smislu pročišćenog teksta) koji je izmijenjen 28. rujna 2006. g. Pravilnikom o izmjenama i dopunama pravilnika o promidžbi investicijskih fondova s javnom ponudom (Narodne novine br.: 109/06., dalje: Pravilnik o promidžbi 9/06., odnosno novim Pravilnikom o izmjenama i dopunama pravilnika o promidžbi investicijskih fondova s javnom ponudom od 28. lipnja 2007. g. (Narodne novine br. 71/07., dalje: Pravilnik o promidžbi 6/07.).

<sup>49</sup> Prikaz rezultata poslovanja mora odražavati rezultate poslovanja fonda od njegovog osnutka do dana davanja prikaza ili u zadnjih pet godina, ovisno koje je od naznačenih razdoblja kraće. Prikaz rezultata mora sadržavati najnovije dostupne podatke i ne smije biti sastavljen u obliku procjene, podlijevati jamstvu ili na bilo koji način dati naslutiti da se radi o predviđanju budućih rezultata poslovanja, odnosno treba biti sastavljen na dosljednoj osnovi uključivanjem ili isključivanjem čimbenika koji utječu na rezultate poslovanja.

vremensko razdoblje na koje se odnosi (datum početka i kraja razdoblja); uz prikaz prinosa, promidžbena informacija mora sadržavati i podatke o stupnju rizika ulaganja u fond a prikazani prinos ne smije biti zasnovan na predviđanjima; prinos fonda ne može se koristiti za promidžbu drugih financijskih usluga unutar financijske grupe osnivača društva (čl. 6.).<sup>50</sup>

Za dobivanje suglasnosti za promidžbene informacije društvo treba podnijeti HANFA-i pisani zahtjev s prijedlogom promidžbene informacije u prilogu. HANFA će izdati pisanu suglasnost u roku od 30 dana od dana podnošenja pisanog zahtjeva društvu koje udovoljava uvjetima propisanim Pravilnikom i Zakonom. Ako HANFA smatra da prijedlog promidžbene informacije ima nedostatke, pozvat će društvo na ispravak u roku od 30 dana. Društvo može objaviti ili distribuirati samo onu promidžbenu informaciju za koju ima prethodnu pismenu suglasnost HANFA-e. Promidžbenu informaciju koju bi objavilo bez takve suglasnosti, mora na svoj trošak po nalogu HANFA-e pobiti na isti način, u istom mediju i formatu na kojem je objavljen, u roku od 7 dana od naloga. Ako društvo ne bi postupilo po nalogu HANFA-e, ista će pobiti promidžbenu informaciju na teret oglašivača i o tome posebno izvijestiti javnost i korisnike financijskih usluga.<sup>51</sup>

### *2.3. Iznimke od uvjeta promidžbe i objave podataka*

Od primjene zakonskih odredbi o uvjetima promidžbe i objave promidžbenih informacija o investicijskim fondovima s javnom ponudom izuzeta su: priopćenja između društva za upravljanje i osoba koje posjeduju dozvolu za obavljanje financijske djelatnosti, činjenične objave na radiju, televiziji, u tiskovinama ili elektroničkim medijima koje se odnose na fond i/ili društvo za upravljanje te naznake osnovnih podataka za kontakt, dopisi i pisane pošiljke pojedinačno naslovljenim trećima o posebnim zahtjevima koji ne potpadaju pod masovno oglašavanje poštom te godišnja poslovna i financijska izvješća fonda ili društva koje njime upravlja.<sup>52</sup>

## **3. Promidžba otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom**

### *3.1. Zabrana promidžbe otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom*

Društvo za upravljanje ne smije voditi javnu promidžbenu kampanju investicijskog fonda s privatnom ponudom kojim upravlja. Pritom se takvom promidžbom ne smatra isticanje u javnosti prezentacijskih materijala u kojima se uz tvrtku i djelatnost društva za upravljanje upućuje potencijalne kvalificirane

<sup>50</sup> Promidžbene informacije osim uvjeta propisanih člancima 2. do 6. Pravilnika o promidžbi 3/06, moraju po svom sadržaju biti i u skladu sa Standardima hrvatskog kodeksa oglašavanja Hrvatskog oglasnog zbora, usvojenog 11. lipnja 1995. godine.

<sup>51</sup> Čl. 8.-10. Pravilnika o promidžbi 03/06.

<sup>52</sup> Čl. 121. ZIF-a.

ulagatelje na društvo za upravljanje investicijskog fonda s privatnom ponudom.<sup>53</sup> Svi prezentacijski podaci moraju biti cjeloviti, jasni, istiniti, točni i ne smiju dovoditi u zabludu, posebice u pogledu povezanih rizika i naknada. Moraju biti odobreni od članova uprave društva za upravljanje.<sup>54</sup>

### 3.2. *Uvjeti prezentacije i priopćenja podataka*

Prikaz rezultata poslovanja mora sadržavati najnovije podatke dostupne u trenutku prikaza rezultata poslovanja te biti sastavljen na dosljednoj osnovi u odnosu na razdoblja, uz obuhvaćanje ili isključivanje određenih čimbenika koji utječu na takve rezultate, npr. osnovice za cijenu, troškova, poreza, dividende i sl.<sup>55</sup>

Postupajući po nalogu zakonodavca,<sup>56</sup> kojim je naloženo da donese pravilnik kojim se uređuje obvezni sadržaj i metode prikaza rezultata poslovanja investicijskog fonda s privatnom ponudom, HANFA je 28. lipnja 2007. god. i donijela Pravilnik o prikazu rezultata poslovanja investicijskih fondova s privatnom ponudom i investicijskih fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom.<sup>57</sup>

### 3.3. *Obvezni sadržaj prikaza rezultata poslovanja*

Prikaz rezultata poslovanja fonda obvezno mora sadržavati podatke o: imovini i obvezama, prinosu, portfelju, ukupnim troškovima, i udjelima te rezultate poslovanja fonda od njegovog osnutka do dana davanja prikaza ili u zadnjih pet godina, ovisno koje je od naznačenih razdoblja kraće, uključivo najnovije dostupne podatke.<sup>58</sup>

### 3.4. *Metode prikaza rezultata poslovanja*

Prikaz rezultata poslovanja fonda ne smije biti sastavljen u obliku procjene, podlijegati jamstvu ili na bilo koji način dati naslutiti da se radi o predviđanju budućih rezultata poslovanja te ne smije dovoditi u zabludu u pogledu povezanih rizika i naknada. Prikaz treba biti sastavljen na dosljednoj osnovi uključivanjem ili isključivanjem čimbenika koji utječu na rezultate poslovanja te ga moraju odobriti članovi uprave društva za upravljanje. Pritom informacija o neto imovini mora biti prikazana za cijelo razdoblje od njegovog osnutka do dana davanja prikaza ili u zadnjih pet godina, ovisno koje je od naznačenih razdoblja kraće, na svršetku svakog obračunskog razdoblja, a podatak o prinosu fonda.<sup>59</sup>

<sup>53</sup> Čl. 147. ZIF-a.

<sup>54</sup> Čl. 148. ZIF-a.

<sup>55</sup> Čl. 149. st. 1. ZIF-a.

<sup>56</sup> Čl. 223. st. 1. ZIF-a.

<sup>57</sup> Narodne novine br. 71/07., dalje: Pravilnik o prikazu rezultata.

<sup>58</sup> Čl. 2. Pravilnika o prikazu.

<sup>59</sup> Prema st. 4., čl. 3. Pravilnika o prikazu podatak o prinosu mora uvijek sadržavati točno navedeno vremensko razdoblje na koje se odnosi (datum početka i kraja razdoblja).

za tekuću godinu, za prethodnih 365 dana, od osnutka fonda te za cijelo razdoblje kao i informacija o neto imovini, na godišnjoj razini.<sup>60</sup>

### 3.5. Obveza dostavljanja

Čl. 5. Pravilnika o prikazu predviđena je obveza društva da na zahtjev vlasnika udjela u fondu da na uvid podatke navedene u čl. 2. Prikaz rezultata poslovanja dužno je dati na uvid u roku od petnaest dana.

## 4. Promidžba investicijskih fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom

### 4.1. Zabrana promidžbe investicijskih fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom

Jednako kao i kod otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom, društvu za upravljanje zabranjeno je voditi javnu promidžbenu kampanju investicijskog fonda rizičnog kapitala s privatnom ponudom. Takvom se promidžbenom kampanjom, i kod ovih fondova, ne smatra isticanje prezentacijskih materijala u kojima se uz tvrtku i djelatnost društva za upravljanje upućuje potencijalne kvalificirane ulagatelje na društvo za upravljanje.<sup>61</sup> Prezentacijski podaci moraju biti sačinjeni u skladu s načelom istinitosti te odobreni od članova uprave društva za upravljanje.<sup>62</sup>

### 4.2. Uvjeti prezentacije i priopćenja podataka

Prikaz rezultata poslovanja<sup>63</sup> mora sadržavati najnovije podatke dostupne u trenutku prikaza rezultata poslovanja te biti sastavljen na dosljednoj osnovi u odnosu na razdoblja, uz obuhvaćanje ili isključivanje određenih čimbenika koji utječu na takve rezultate (npr. osnovice za cijenu, troškova, poreza, dividende i sl.). Kako smo već naveli, HANFA je obvezana donijeti pravilnik kojim se uređuju obvezni sadržaj i metode prikaza rezultata poslovanja i ovih investicijskih fondova, a što je učinjeno Pravilnikom o prikazu o kojem smo govorili *supra*.

## 5. Promidžba udjela i dionica investicijskih fondova u pravu EU-a

U UCITS-Smjernicama nema posebnih odredbi o promidžbi investicijskih fondova i o načinu njezina provođenja, već se polazi od shvaćanja da bitnu ulogu u promidžbi ima prospekt, pa je, stoga, bitno javnost adekvatno uputiti na takav prospekt. Polazeći od takvog stajališta propisano je da svaka reklama koja se odnosi na pozivanje kupnje udjela UCITS-fondova mora naglasiti da postoje prospekti te se u njoj moraju navesti mjesta na kojima se prospekti mogu

<sup>60</sup> Čl. 3. Pravilnika o prikazu.

<sup>61</sup> Čl. 221. ZIF-a.

<sup>62</sup> Čl. 222. ZIF-a.

<sup>63</sup> Čl. 223. st. 1. ZIF-a.

nabaviti u javnosti ili kako javnost može ostvariti pristup prospektima (čl. 35. UCITS-Smjernice). Nadalje, UCITS investicijski fond/društvo mora na prikladan način javno objaviti cijenu izdavanja, prodaje, otkupa ili isplate svojih udjela svaki put kada obavlja njihovo izdavanje, prodaju, otkup ili isplatu, a najmanje dva puta mjesečno. Tijelo nadležno za nadzor investicijskih fondova (društava) može odobriti UCITS društvu da smanji učestalost objavljivanja na jednom mjesečno pod uvjetom da takvo smanjivanje ne šteti interesima imatelja udjela (čl. 34. UCITS-Smjernice).

### **6. Odredbe o promidžbi investicijskih fondova u njemačkom pravu**

Bilo koji tiskani promidžbeni materijal koji se odnosi na prodaju udjela investicijskog fonda mora uputiti na prospekt te mora biti navedeno kako i gdje se takav prospekt može nabaviti. Svaki tiskani promidžbeni materijal koji se odnosi na prodaju udjela u domaćem fondu kojemu je dopušteno ulaganje više od 35% imovine u obveznice izdavatelja iz § 60. st. 2. reč. 1. InvG-a (obveznice Njemačke države, države članice EU, sama EU, države članice Europskog gospodarskog prostora itd.) mora sadržavati naziv tog izdavatelja. Svaka promidžba koja se odnosi na prodaju udjela fonda koji ulaže u priznati indeks vrijednosnih papira ili investira primarno u derivate iz § 51. InvG-a mora ukazati na takvu strategiju investiranja. Ako je pojedini fond volatilan zbog svog sastava imovine ili zbog metoda kojima se njime upravlja, svaki tiskani promidžbeni materijal mora upozoriti na tu činjenicu (§ 124 st. 1., InvG).

Oglašavanje krovnih fondova s dodatnim rizicima, ili stranih fondova koji po investicijskoj politici odgovaraju krovnim fondovima sa dodatnim rizicima mora izričito ukazati na posebne rizike u svezi s takvim investicijskim fondovima, a u skladu sa informacijama koje su propisane u § 117. st. 2. InvG-a (§ 124. st. 2., InvG).

U cilju sprečavanja zlouporabe u oglašavanju stranih investicijskih udjela Savezna služba za nadzor financijskih usluga može zabraniti određene metode oglašavanja. Ovo se posebno odnosi na izjave koje dovode u zabludu, odnosno stvaraju dojam o postojanju posebno povoljne ponude (§ 124. st. 3. InvG-a).

Savezna služba za nadzor financijskih usluga može zabraniti daljnju promidžbu udjela, ako strano investicijsko društvo, njegov predstavnik ili osoba koja je uključena u javnu promidžbu udjela sustavno krši navedene odredbe i ako povrede ne prestaju unatoč stalnim upozorenjima. Služba će oglasiti zabranu promidžbe i u službenom glasilu Republike Njemačke. Služba će o svojoj odluci o zabrani promidžbe navedenih udjela obavijestiti i nadležne vlasti u ostalim članicama EU ili državama članica Europskog gospodarskog prostora (§ 124. st. 4., InvG).



## **7. Odredbe o promidžbi investicijskih fondova u austrijskom pravu**

Udjeli u investicijskim fondovima mogu se oglašavati samo uz istodobno upućivanje na objavljene prospekte kao i na tijelo za objavljivanje, datum objavljivanja, datum notifikacije Agencije za financijsko tržište, kao i na sva mjesta gdje se može dobiti prospekt (§ 43. st. 1., InvFG).

Oglašavanje udjela domaćeg ili stranog investicijskog fonda u kojemu je navedeno poslovanje fonda u prošlosti, treba sadržavati i naznaku da se na temelju poslovanja fonda u prošlosti ne može zaključiti o poslovanju fonda u budućnosti (§ 43. st. 2., InvFG). Zabranjeno je oglašavanje s ukazivanjem na ovlasti Agencije za financijsko tržište (§ 32. st. 1., InvFG). Ako strano društvu za upravljanje, njegov predstavnik ili bilo koja osoba obavlja promidžbu suprotno navedenoj zabrani, Agencija će zabraniti buduću promidžbu takvih udjela (§ 32. st. 2., InvFG).

### **III. Prodaja dionica i udjela u investicijskim fondovima**

#### **1. Prospekt**

##### **1.1. Općenito**

Prodaja dionica odnosno udjela u investicijskim fondovima determinirana je cijelim nizom instituta koje uređuju kogentne odredbe ZIF-a,<sup>64</sup> ZTD-a i Zakona o tržištu vrijednosnih papira.<sup>65</sup> Tako se poziv na kupnju udjela u otvorenom, odnosno dionica u zatvorenom investicijskom fondu, upućuje tzv. prospektom. Zakonodavac razlikuje prospekt investicijskih fondova s javnom ponudom, s privatnom ponudom i onaj fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom. Razlike nisu suštinske i u uskoj su vezi s pravnom prirodom fonda. Naime, *rerum natura* prospekt otvorenog investicijskog fonda, bez obzira da li je riječ o fondu s javnom ili privatnom ponudom, ne može sadržavati npr. podatke s imenima i kratkim životopisom članova nadzornog odbora fonda zbog razloga što ovi fondovi nisu dionička društva koja imaju pravnu osobnost, a na koji su način uređeni zatvoreni investicijski fondovi s javnom ponudom. No, iako razlike nisu takve da mijenjaju bit instituta prospekta, ipak su egzistentne, što omogućuje promatrati posebno prospekt svake vrste investicijskih fondova.

##### **1.2. Prospekt investicijskih fondova s javnom ponudom**

Zakonodavac donosi pojam prospekta investicijskog fonda s javnom ponudom u čl. 102. ZIF-a i određuje da prospekt predstavlja poziv na kupnju udjela u otvorenom, odnosno dionica u zatvorenom investicijskom fondu. Prospekt mora sadržavati relevantne informacije temeljem kojih će ulagači moći

<sup>64</sup> Eror Matić, B., *Komentar novog Zakona o investicijskim fondovima, Pravo i porezi*, 2006. g., br. 7., str. 57.

<sup>65</sup> Narodne novine br. 84/02. i 138/06., dalje: ZTVP.

stvoriti osnovani sud o investicijskom fondu i donijeti odluku o ulaganju, a posebice o rizicima povezanim s naravi fonda i njegovog portfelja. Pritom, najmanje mora sadržavati podatke o fondu, podatke o društvu za upravljanje i podatke o depozitnoj banci.<sup>66</sup>

U čl. 103. ZIF-a izriječno je propisano da informacije navedene u prospektu moraju biti istinite i potpune, čime je afirmirano načelo istinitosti podataka sadržanih u prospektu. Odobranje i objava prospekta, učestalost izdavanja prospekta te izmjene prospekta uređene su kogentnim odredbama ZIF-a. Tako se čl. 105.-107. ZIF-a propisuje postupak odobravanja i objave prospekta. Prema čl. 105., prije pokretanja javne ponude za prodaju dionica ili udjela, HANFA je dužna u roku od šezdeset dana od dana podnošenja zahtjeva odobriti/odlučiti prospekt<sup>67</sup> investicijskog fonda s javnom ponudom.<sup>68</sup> U slučaju zatvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom prospekt se mora prirediti i podnijeti HANFA-i na odobrenje za početno izdanje dionica i za svako naknadno izdanje dionica, dok se kod otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom novi prospekt mora prirediti i podnijeti HANFA-i svaki put kada nastane bitna promjena prospekta.<sup>69,70</sup> Ako HANFA u roku od šezdeset dana od dana podnošenja zahtjeva ne odluči o prospektu investicijskog fonda predmnijeva se da su prospekt, odnosno njegove izmjene i dopune odobrene. Nakon dobivanja odobrenja HANFA-e, društvo za upravljanje dužno je u roku od sedam dana objaviti prospekt u dnevnim novinama.<sup>71</sup>

Pravilnik kojim je uredila obvezni sadržaj, objavljivanje i odobranje cjelovitih i skraćenih prospekata, HANFA je donijela na sjednici 17. svibnja 2007.<sup>72</sup>

Sadržaj cjelovitog prospekta, kojeg uređuje čl. 2. Pravilnika o obveznom sadržaju 05/07., uređen je na jednak način kao što ZIF propisuje u čl. 104.<sup>73</sup> I odobranje i objava prospekta jednako su riješeni. Jednak je i sadržaj čl. 5.

<sup>66</sup> Čl. 104. ZIF-a.

<sup>67</sup> Kao i prethodno odobriti i izmjene i dopune postojećih prospekata do kojih je došlo uslijed bitnih promjena.

<sup>68</sup> HANFA može odobriti pripremu i distribuciju prospekta u skraćenom obliku (skraćeni prospekt) samo za potrebe otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom, pod uvjetom da je u skraćenom prospektu jasno i vidljivo naznačeno postojanje cjelovitog prospekta te napomenu da je cjeloviti prospekt moguće dobiti na zahtjev. Pritom se uvjeti navedeni u skraćenom prospektu ne smiju razlikovati od uvjeta iz cjelovitog prospekta (čl. 107.), Vidjeti čl. 5. st. 3. i čl. 7. Pravilnika o obveznom sadržaju, objavljivanju i odobravanju cjelovitih i skraćenih prospekata investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine br.: 53/07., dalje: Pravilnik o obveznom sadržaju 05/07).

<sup>69</sup> Vidjeti čl. 109. st. 1. i 3. ZIF-a.

<sup>70</sup> Čl. 108. ZIF-a.

<sup>71</sup> Čl. 106. ZIF-a.

<sup>72</sup> Vidjeti bilješku 43.

<sup>73</sup> Upozoravamo da je, postupajući po nalogu zakonodavca iz čl. 91. st. 2., HANFA na sjednici održanoj 15. veljače 2007. godine donijela Pravilnik kojim se uređuje obvezni sadržaj zahtjeva za izdavanje odobrenja i obvezni sadržaj prospekata otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom (Narodne novine br. 22/07.), u kojem se u čl. 3. određuje da prospekt fonda mora, pored

Pravilnika o obveznom sadržaju 05/07 usporedimo li ga s onim iz čl. 107. ZIF-a, pa se određuje da HANFA može odobriti pripremu i distribuciju prospekta u skraćenom obliku samo za potrebe otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom i pod uvjetom da je jasno i vidljivo naznačeno postojanje cjelovitog prospekta i napomena da investitori ne bi trebali donijeti odluku o ulaganju prije uvida u sadržaj cjelovitog prospekta koji je moguće dobiti na zahtjev.

Skraćeni prospekt, jednako kao i cjeloviti, mora sadržavati podatke o fondu i društvu za upravljanje, dok podatke o depozitnoj banci ne sadrži.

Što se tiče izmjena prospekta, zakonodavac govori samo o izmjenama prospekta otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom. Tako se propisuje da prethodnoj suglasnosti HANFA-e podliježu izmjene prospekta koje se predlažu s ciljem: a) povećanja ulaznih naknada, godišnjih naknada za upravljanje ili izlaznih naknada, b) promjene ulagačkih ciljeva fonda i rizika navedenih ulaganja fonda, c) promjene politike isplata udjela u dobiti, ili d) pripajanja ili spajanja s drugim fondom, ili podjele fonda. Zakonodavac i ovdje inzistira na što preciznijoj i detaljnijoj izvještenosti imatelja udjela, pa određuje da se obavijest o predloženim izmjenama mora poslati svim imateljima udjela i objavljivati u dnevničkim novinama najmanje jednom u četrnaest dana tijekom dva mjeseca do uvođenja izmjena. Svi imatelji udjela moraju biti upoznati s činjenicom da od fonda mogu tražiti otkup udjela bez odbitka bilo kakve izlazne naknade koja bi inače bila plativa, i to prije uvođenja izmjena, a uz obavijest o danu njihovog uvođenja te da mora biti izvršen otkup svih udjela po zahtjevima primljenima prije stupanja na snagu izmjena prospekta. Pored navedenih izmjena, suglasnost HANFA-e potrebna je i za promjenu članova uprave društva za upravljanje te nadzornog odbora, depozitne banke ili revizora fonda (st. 2.).<sup>74,75</sup>

### *1.3. Prospekt otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom*

I prospekt otvorenoga investicijskog fonda s privatnom ponudom, jednako kao i onog s javnom ponudom, predstavlja poziv na kupnju udjela u fondu. No, dok je prospekt otvorenog investicijskog fonda s javnom ponudom usmjeren k neodređenom broju osoba, prospekt otvorenog investicijskog fonda s privatnom ponudom usmjeren je prema pojedinačno određenoj osobi ili ograničenoj skupini ulagatelja tzv. kvalificiranim ulagateljima.<sup>76</sup>

Jednako kao i prospekt investicijskih fondova s javnom ponudom, podaci navedeni u prospektu moraju biti istiniti i potpuni.<sup>77</sup> Što se tiče sadržaja

---

dokumentacije i podataka iz čl. 104. st. 2. sadržavati među podacima o fondu: sadržavati i početnu cijenu udjela u fondu te osnovu temeljem koje se utvrđuje vrijednost imovine fonda.

<sup>74</sup> Čl. 109. st. 1. i 2. ZIF-a.

<sup>75</sup> Zakonodavac je u st. 3., čl. 109. ZIF-a odredio da će HANFA donijeti pravilnika kojim se pobliže urediti izmjene prospekata otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom što je učinjeno na sjednici 18. travnja 2007. g. kada je donesen Pravilnik kojim se uređuju izmjene prospekata otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine br. 43/07.

<sup>76</sup> Čl. 139. ZIF-a.

<sup>77</sup> Čl. 140. ZIF-a.

prospekta, on mora sadržavati jednake podatke kao i prospekt investicijskih fondova s javnom ponudom,<sup>78</sup> naravno osim onih koje *rerum natura* ne može sadržavati.<sup>79</sup> I ovaj prospekt mora najmanje sadržavati podatke o fondu,<sup>80</sup> podatke o društvu za upravljanje i podatke o depozitnoj banci, koji odgovaraju podacima koje mora o ovim pitanjima sadržavati prospekt otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom.

Što se tiče odobravanje i objava prospekta, zakonodavac nalaže da HANFA mora odobriti svaki prospekt otvorenog investicijskog fonda s privatnom ponudom prije pokretanja privatne ponude za prodaju udjela, jednako kao i u slučaju prospekta investicijskog fonda s javnom ponudom.<sup>81</sup> Izriječno je zabranjeno nuditi privatnom ponudom udjele u investicijskom fondu prije no što HANFA odobri prospekt fonda. Međutim, zakonodavac ne određuje u kojem roku HANFA mora odlučiti o zahtjevu za odobravanje i objavu prospekta otvorenoga investicijskog fonda s privatnom ponudom, kao što je to slučaj kod prospekta investicijskog fonda s privatnom ponudom, pa se posljedično i ne predmnijeva da je odobrenje dano u slučaju 60-to dnevne šutnje HANFA-e. HANFA, jednako kao i kod izmjene prospekta otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom, mora prethodno odobriti i izmjene i dopune postojećih prospekata investicijskog fonda s privatnom ponudom do kojih je došlo zbog bitnih promjena. Odredbe o izmjeni prospekta otvorenoga investicijskog fonda s privatnom ponudom iz čl. 143. ZIF-a u cijelosti su jednake onima o izmjeni prospekta otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom iz čl. 109. ZIF-a.

#### 1.4. *Prospekt investicijskih fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom*

Prospekt investicijskog fonda rizičnog kapitala s privatnom ponudom,<sup>82</sup> također, predstavlja poziv na kupnju udjela u otvorenom investicijskom fondu rizičnog kapitala s privatnom ponudom usmjerenom isključivo prema pojedinačno navedenoj osobi ili ograničenoj skupini ulagatelja.

<sup>78</sup> I prospekt otvorenoga investicijskog fonda s privatnom ponudom mora sadržavati one informacije na osnovi kojih će ulagači moći stvoriti utemeljeni sud o fondu, te donijeti odluku o ulaganju, a posebice o rizicima povezanim s naravi fonda i njegovog portfelja (čl. 141. st. 1. ZIF-a).

<sup>79</sup> Čl. 141. ZIF-a.

<sup>80</sup> Jednake kao i prospekt otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom, osim onih koje ne može sadržavati po redovnom tijeku stvari. Tako, primjerice neće sadržavati imena i kratki životopis članova nadzornog odbora fonda, već samo naziv fonda i naznaku vrste fonda, ali će sadržavati, za razliku od prospekta otvorenoga investicijskog fonda s javnom ponudom: a) naznaku da je fond namijenjen isključivo kvalificiranim ulagateljima, b) prava iz udjela: pravo na obaviještenost (polugodišnja i godišnja izvješća), pravo na udio u dobiti, pravo na prodaju udjela fondu, odnosno obveza otkupa udjela, te pravo na isplatu dijela ostatka likvidacijske mase fonda, c) pored vrste imovine u koje je fondu dopušteno ulaganje, i moguća prekoračenja ulaganja, posebne uvjete za prekoračenje ulaganja i rokove ispunjenja ograničenja ulaganja, d) odredbe o likvidnosti fonda, te e) način izračunavanja i plaćanja naknade za upravljanje ukoliko iznos te naknade ovisi o prinosu fonda.

<sup>81</sup> Čl. 142. ZIF-a.

<sup>82</sup> Čl. 214. ZIF-a.

Jednako kao i prospekti o kojima smo govorili, mora biti sačinjen u skladu s načelom istinitosti. Što se tiče podataka koje prospekt mora sadržavati, predviđa ih čl. 216. ZIF-a i oni su, izuzev onih koje uvjetuje priroda fonda, jednaki onima koje najmanje mora sadržavati prospekt otvorenog investicijskog fonda s privatnom ponudom. Tako se i ovdje zahtijeva da prospekt najmanje sadrži podatke o fondu,<sup>83</sup> podatke o društvu za upravljanje i podatke o depozitnoj banci, jednake onima koje sadrže prospekti svih drugih fondova. Odobravanje i objava prospekta uređena je na jednak način kao i kod otvorenoga investicijskog fonda s privatnom ponudom.<sup>84</sup>

### *1.5. Objavljivanje prospekata investicijskih fondova i povremenih izvješća po UCITS-Smjernicama*

Sukladno čl. 27. UCITS-Smjernica investicijsko društvo i društvo za upravljanje za svaki investicijski fond kojim upravlja mora objaviti: a) skraćeni prospekt, b) cjeloviti prospekt, c) godišnje izvješće za svaku poslovnu godinu i d) polugodišnje izvješće koje se odnosi na prvih šest mjeseci poslovne godine.

I skraćeni i cjeloviti prospekt moraju sadržavati podatke koji su potrebni kako bi ulagatelji bili informirani u donošenju odluke o ulaganju koje im je ponuđeno te posebno moraju sadržavati podatke o riziku koje se odnosi na ulaganje (čl. 28. st. 1., UCITS-Smjernica).<sup>85,86</sup> Oni moraju biti sadržani u

<sup>83</sup> Gotovo jednake onima koje treba sadržavati prospekt otvorenog investicijskog fonda s privatnom ponudom ali se ovdje, primjerice, navode: a) prava iz udjela, ali se pobliže se ne određuje koja prava kao kod otvorenih fondova s privatnom ponudom gdje se navode: pravo na obaviještenost, pravo na udio u dobiti i dr., b) vrste imovine u koju je fondu dopušteno ulaganje, ali ne i moguća prekoračenja ulaganja, posebne uvjete za prekoračenje ulaganja i rokove ispunjenja ograničenja ulaganja, c) izostali su podaci o dopuštenost ulaganja u terminske i opcijske ugovore i druge financijske izvedenice (u slučaju dopuštenosti-izjavi mogu li se takve transakcije zaključivati sa svrhom zaštite ili sa svrhom postizanja investicijskih ciljeva, te utjecaj takvih transakcija na stupanj rizičnosti fonda) te podaci odnosno odredbe o likvidnosti fonda, kao i podaci ukoliko će neto vrijednost imovine fonda imati visoku volatilnost s obzirom na sastav portfelja fonda, odnosno na tehnike upravljanja imovinom fonda, izjavu koja će upozoriti na navedenu karakteristiku imovine fonda, godišnje naknade i troškovi upravljanja i poslovanja koji smiju teretiti fond i opis učinka istih na buduće prinose ulagatelja, kao i način izračuna i plaćanja naknade.

<sup>84</sup> Čl. 217. ZIF-a.

<sup>85</sup> Cjeloviti prospekt mora sadržavati podatke koji su navedeni u prilogu A aneksa I. UCITS-Smjernica ukoliko oni nisu sadržani u statutu fonda ili statutu društva za upravljanje (čl. 28. st. 2. UCITS-Smjernica). Ti podaci koje mora sadržavati cjeloviti prospekt investicijskih fondova mogu se podijeliti u osam skupina: 1) podaci koji se odnose na fond, 2) podaci koje se odnose na društvo za upravljanje fondom, 3) podaci koji se odnose na investicijsko društvo, 4) podaci koji se odnose na depozitara, 5) podaci koje se odnose na savjetnike i savjetničke tvrtke, 6) podaci koji se odnose na isplate imateljima udjela, 7) razni ostali podaci o ulaganjima, te 8) ekonomski podaci.

<sup>86</sup> Skraćeni prospekt mora biti sastavljen i napisan na način da bude lako razumljiv prosječnom ulagatelju. Države članice mogu dopustiti da skraćeni prospekt bude dodan cjelokupnom prospektu kao njegov odvojivi dio. Skraćeni prospekt može se koristiti kao sredstvo promidžbe u drugim državama članicama bez izmjene osim prijevoda. Skraćeni prospekt mora sadržavati u sažetom obliku ključne podatke koji su navedeni u prilogu C aneksa I UCITS-Smjernica, a države članice

pisanom dokumentu ili u nekom trajnom mediju koji ima jednak pravni status odobren od nadležne vlasti (čl. 28. st. 4. UCITS-Smjernica). Bitni elementi skraćenog i cjelovitog prospekta moraju se redovito obnavljati (čl. 30. UCITS Smjernica). Skraćeni i cjeloviti prospekti kao i sve njihove izmjene moraju se poslati tijelu nadležnom za nadzor investicijskih fondova (čl. 32. UCITS Smjernica).

Radi zaštite ulagatelja, UCITS-Smjernicama propisano je da cjeloviti i skraćeni prospekt kao i godišnja i polugodišnja izvješća, moraju biti dostupna javnosti, pri čemu postoje određene razlike ovisno o kojoj vrsti dokumenta se radi.

### 1.6. *Prospekt investicijskih fondova u poredbenom pravu*

#### 1.6.1. *Prospekt investicijskih fondova u njemačkom pravu (§ 42., InvG)*

##### 1.6.1.1. Opće odredbe o prospektu

Društvo za upravljanje mora za svaki fond kojim upravlja staviti u javnost cjeloviti i skraćeni prospekt (uključivši i pravila fonda<sup>87</sup>). Skraćeni prospekt ne treba se izdavati jedno za nekretninske fondove (§§ 66.-82., InvG) i krovne fondove s dodatnim rizikom-*Dach Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken* (§ 113., InvG). Cjeloviti i skraćeni prospekt moraju sadržavati informacije koje su ulagačima potrebne za donošenje odluke o ponuđenim ulaganjima i posebno o bilo kojim rizicima koji se odnose na ulaganje.

##### 1.6.1.2. Zajedničke odredbe o sadržaju cjelovitog i skraćenog prospekta

Ako je društvo za upravljanje ovlašteno upuštati se u transakcije s derivatima za račun fonda, cjeloviti i skraćeni prospekt moraju jasno naglasiti i objasniti da li se takva transakcija može izvršiti u svrhu zaštite ili kao dio opće strategije ulaganja i kako upotreba derivata može utjecati na profil rizika fonda (§ 42. st. 3., InvG). Ako pak fond pokazuje znakove povećane volatilnosti, kao rezultat njegovih sastavnih dijelova ili tehnika koje se upotrebljavaju u upravljanju fondom, tada u cjelovitom ili skraćenom prospektu treba izričito biti naglašena i ta činjenica (§ 42. st. 4., InvG). Svi podaci koji su od osobite važnosti za fond moraju uvijek biti ažurirani i u skraćenom i u cjelovitom prospektu (§ 42. st. 5., InvG). Društvo za upravljanje, i cjelovite i skraćeni prospekte, sa svim kasnijim izmjenama i dopunama, mora odmah nakon inicijalne uporabe dostaviti

---

ne mogu zahtijevati da budu uključene i neke dodatne informacije (čl. 28. st. 3. UCITS-Smjernica). Podaci koje treba sadržavati skraćeni prospekt jesu: 1. kratko predstavljanje investicijskog fonda, 2. investicijske informacije, 3. ekonomske informacije 4. informacije u vezi trgovanja udjelima (komercijalne informacije) te 5. dodatne informacije.

<sup>87</sup> Pravila fonda uređuju odnose između društva za upravljanje i ulagača, te moraju biti ustanovljeni u pisanom obliku prije prodaje udjela (§43. st. 1., InvG). U izvorniku "pravila fonda" glase: *Vertragsbedingungen*, što bi u doslovnom prijevodu glasilo "ugovorni uvjeti" ili "uvjeti ugovora", a što bi u hrvatskom pravnom prijevodu imajući u vidu istovjetnost definicije sintagme "uvjeti poslovanja fonda" iz § 43. st. 1. InvG-a, po mišljenju autora, odgovaralo onom značenju koje ima "statut fonda" sukladno člancima 110. st. 1., 144. st. 1. i 218. st. 1. ZIF-a.



Saveznoj agenciji za nadzor financijskih usluga kao i *Deutsche Bundesbank* (§ 42. st. 6., InvG).<sup>88</sup>

### 1.6.1.3. Odgovornost iz prospekta-§ 127. InvG-a

Ako su informacije koje se nalaze u cjelovitom ili skraćenom prospektu koje su od važnosti za procjenu udjela, netočne ili nepotpune, tada osoba koja je kupila udjela na temelju takvih prospekata može zahtijevati od društva za upravljanje ili od strane investicijskog društva ili osobe koje je profesionalno prodavala udjele, otkup udjela kao naknadu za plaćeni iznos kupnje udjela. Ako kupac u trenutku u kojem je saznao za nepotpunost ili netočnost prospekta nije više imatelj udjela, može zahtijevati plaćanje iznosa koji prelazi iznos otkupne cijene udjela u trenutku otuđenja udjela (§ 127. st. 1., InvG). Društvo ili agencija koja u okviru svoje profesionalne djelatnosti prodaje udjele u svoje vlastito ime ne može biti odgovorna za nepotpune i netočne informacije u prospektu (iz st. 1.) ako dokaže da nije imala saznanja o takvim informacijama ili ako nedostatak saznanja o njima nije posljedica grupe nepažnje. Ako je kupac imao saznanje o nepotpunosti ili netočnosti podataka iz prospekta, tada ne bi imao pravo na tužbu, tj. pravo zahtijevati otkup udjela (§ 127. st. 3., InvG). Obveza na otkup udjela koji su prodani zbog netočnih ili nepotpunih informacija u prospektu postoji i na strani osoba koje se profesionalno bave zastupanjem prodaje udjela u ime treće osobe, ako su takvi profesionalni zastupnici znali za netočnost ili nepotpunost informacija u prospektu. No, ne postoji njihova odgovornost ako su kupci znali za nepotpunost i netočnost prospekta u vrijeme kupnje (§ 127. st. 1., InvG). Tužba sa zahtjevom na otkup udjela zbog nepotpunih ili netočnih podataka u prospektu zastarijeva u roku od godine dana od trenutka u kojem je kupac saznao za netočnost ili nepotpunost podataka u prospektu, a najkasnije u roku od tri godine od sklapanja ugovora o kupnji udjel (§ 127. st. 5., InvG).

<sup>88</sup> Navedene odredbe o prospektu imaju karakter općih odredbi te se primjenjuju na sve vrste fondova osim ako za pojedinu vrstu fondova nije nešto drukčije određeno. Tako se one primjenjuju se na tzv. opće fondove (§§ 46.-65., InvG), fondove koji ulažu u nekretnine (§§ 66.-82., InvG), mješovite (§§ 83.-86., InvG) i mirovinske fondove (§§ 87.-90., InvG). Ne primjenjuju se na posebne (specijalne) fondove (§§ 91.-95. InvG) i na fondove sa dodatnim rizikom tzv. *hedge* fondovi (§§112.-120., InvG). Ako se radi o investicijskim fondovima kao dioničkim društvima tada moraju biti udovoljeni kriteriji o prospektu koji se odnosi na vrijednosne papire sukladno Zakonu o prospektu vrijednosnih papira (*Wertpapierprospektgesetz*, skraćeno: WpPG, od 22. lipnja 2005., BGBl. I. S. 1698, izmjena: 16. srpnja 2007. g., BGBl. I. S. 1330; 21. prosinca 2007., BGBl. I. S. 3089). Opće odredbe o prospektu koje se primjenjuju na ostale investicijske fondove ne vrijede za posebne investicijske fondove (§ 93. st. 3., InvG). Umjesto toga društvo za upravljanje mora dva put godišnje (do 30. lipnja i 31. prosinca) dostaviti popis Saveznoj službi za nadzor financijskih usluga i *Deutsche Bundesbank* specijalnih fondova osnovanih unazad šest mjeseci. Popis mora sadržavati opis fonda i njegov "međunarodni kod za vrijednosne papire", kao i podatke o broju ulagatelja, opis drugog fonda i tvrtku društva za upravljanje, ako takvo društvo za upravljanje drži uloge u specijalnom fondu za račun nekog drugog fonda, podatke o depozitarnoj banci i financijskoj godini.

## *1.7. Prospekt investicijskih fondova u austrijskom pravu*

### *1.7.1. Zajedničke odredbe za potpuni i skraćeni prospekt*

I u skraćenom i u cjelovitom prospektu mora se navesti u koju je kategoriju imovine fond ovlašten ulagati. Ako je investicijski fond ovlašten na ulaganje u poslove s derivatima, skraćeni i cjeloviti prospekt moraju sadržavati izričitu izjavu o tome da li su takva ulaganja poduzeta radi zaštite imovine fonda ili kao dio strategije ulaganja, i djelovanje uporabe derivata na profil rizika (§ 21. a. st. 1., InvFG).

Kada investicijski fond svoju imovinu pretežno investira u predmete investiranja koji nisu vrijednosni papiri ili instrumenti tržišta novca, ili su dužnički vrijednosni papiri ili dionice, tada skraćeni i cjeloviti prospekt, kao i drugi promidžbeni materijal, moraju izričito upozoriti na takvu investicijsku politiku fonda (§ 21. a.<sup>89</sup> st. 2., InvFG).

Ako neto vrijednost imovine pokazuje visoku volatilnost zbog sastava imovine fonda ili zbog tehnika upravljanja imovinom, skraćeni i cjeloviti prospekt, i ostali promidžbeni materijal moraju izričito upozoriti na takvu karakteristiku imovine fonda (§ 21. a. st. 3., InvFG).

Na zahtjev ulagatelja, društvo za upravljanje morao dostaviti dodatne informacije koje se odnose na kvantitativna ograničenja koja se primjenjuju na upravljanje rizicima u investicijskom fondu, kao i informacije o metodama upravljanja rizicima i o najnovijem razvoju glavnih instrumenata kategorije rizika i dobiti (§ 21. a. st. 4., InvFG).

### *1.7.2. Sadržaj cjelovitog prospekta*

Sadržaj cjelovitog prospekta investicijskih fondova u austrijskom pravu naveden je u dodatku A InvFG-a koji je podijeljen u tri veća dijela: informacije o društvu za upravljanje, podaci o investicijskom fondu te informacije o depozitnoj banci.

### *1.7.3. Sadržaj skraćenog prospekta*

Sadržaj skraćenog prospekta investicijskog fonda u austrijskom pravu naveden je u dodatku E InvFG-a, te obuhvaća: kratku prezentaciju investicijskog fonda, informacije o ulaganju, ekonomske informacije, informacije u pogledu trgovanja udjelima te dodatne informacije.

---

<sup>89</sup> Napominjemo da se odgovornost iz prospekta iz § 127. InvG-a odnosi na slučajeve kada je ulagatelj kupio udjele na temelju netočnih ili nepotpunih informacija koje se nalaze u cjelovitom ili skraćenom prospektu, i s kojeg naslova može zahtijevati od društva za upravljanje ili od investicijskog društva ili osobe koje je profesionalno prodavala udjele, otkup udjela kao naknadu za plaćeni iznos kupnje udjela, pa bi ovu odredbu bilo moguće raspraviti i u okviru slijedećeg poglavlja koje se bavi prodajom udjela. No, kako na ovom mjestu govorimo o prospektu to smo, metodologije radi, odredili i o odgovornosti iz prospekta ovdje raspraviti.

## **2. Prodaja udjela odnosno dionica investicijskih fondova s javnom ponudom**

Otvoreni investicijski fondovi, kako smo već kazali, prema kriteriju ovlaštenja na privatnu ili javnu ponudu<sup>90</sup> dijele se na otvorene investicijske fondove s javnom ponudom, otvorene investicijske fondove s privatnom ponudom i otvorene investicijske fondove rizičnog kapitala s privatnom ponudom.

### *2.1. Ovlaštenici prodaje udjela i dionica u fondovima s javnom ponudom*

Osnovna razlika između prodaje udjela odnosno dionica u investicijskim fondovima (bilo otvorenim bilo zatvorenim) s javnom ponudom i investicijskih fondova s privatnom ponudom sadržana je u krugu osoba koje su ovlaštene obavljati poslove prodaje udjela dionica.

Tako je prodaju udjela odnosno dionica u fondovima s javnom ponudom, u prvom redu, ovlašteno obavljati društvo za upravljanje. Pored društva za upravljanje, prodavati udjele odnosno dionice fonda s javnom ponudom mogu obavljati i banke, osiguravajuća društva, brokerska društva te druge pravne osobe koje na temelju ugovora o poslovnoj suradnji obavljaju poslove prodaje za društvo za upravljanje, pod uvjetom da zaključe takav ugovor s društvom za upravljanje i da su ovlaštene za rad u Republici Hrvatskoj.<sup>91</sup>

Pritom, prilikom prodaje udjela ili dionica u fondovima s javnom ponudom, banke ili osiguravajuća društva i druge ovlaštene osobe nastupaju kao zastupnici društva za upravljanje na temelju ugovora sklopljenog u pisanom obliku s društvom za upravljanje.<sup>92</sup> Brokerska društva nastupaju na temelju ugovora kao zastupnici klijenata u stjecanju udjela u njihovo ime.<sup>93</sup>

Krug osoba ovlaštenih obavljati poslove zastupanja u prodaji udjela fondova uređen je kogentnim odredbama, pa je u čl. 16. st. 2. ZIF-a izrijekom propisano da nitko, izvan krug ovlaštenika iz čl. 186. st. 1. ZIF-a, nije ovlašten obavljati poslove zastupanja u prodaji udjela ili dionica fondova. Štoviše, istim člankom propisana je kaznena odgovornost svakog tko bez ovlaštenja ili odobrenja HANFA-e obavlja poslove zastupanja u prodaji udjela investicijskog fonda.

Ukoliko neka od kumulativno navedenih pretpostavki navedenih u čl. 186. ZIF-a izostane (zaključenje ugovora s društvom za upravljanje i ovlaštenje za rad u Republici Hrvatskoj), osobe ovlaštene obavljati poslove prodaje udjela ili dionica u fondovima s javnom ponudom to ovlaštenje ne smiju koristiti, pa čak ni kada im je nadležno tijelo samo privremeno oduzelo odobrenje za rad, o

<sup>90</sup> Tako, prema čl. 10. ZIF-a svaki fond mora od strane HANFA-e biti ovlašten za privatnu ili javnu ponudu u Republici Hrvatskoj, sukladno postupcima propisanim ZIF-a-om i drugim propisima donesenim s njim u skladu, te u skladu s drugim zakonima i propisima na snazi u Republici Hrvatskoj.

<sup>91</sup> Čl. 186. ZIF-a.

<sup>92</sup> Čl. 187. st. 1. ZIF-a.

<sup>93</sup> Čl. 187. st. 2. ZIF-a.

čemu moraju odmah obavijestiti društva za upravljanje s kojima su sklopile ugovor o obavljanju poslova prodaje.<sup>94</sup>

ZIF je u čl. 188. st. 3. propisao da će HANFA donijeti poseban pravilnik kojim će propisati uvjete, način stjecanja i priznavanja ovlaštenja za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima za sve fizičke osobe u pravnoj osobi i fizičke osobe koje po posebnom ugovoru obavljaju te poslove za društvo za upravljanje, što je i učinjeno, pa je HANFA na sjednici održanoj 28. prosinca 2006. godine donijela Pravilnik o uvjetima, načinu stjecanja i priznavanju ovlaštenja za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom.<sup>95</sup>

U čl. 2. Pravilnika o uvjetima propisano je koje uvjetima treba ispunjavati fizička osoba u pravnoj osobi i fizička osoba koja po posebnom ugovoru obavlja poslove prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom za društvo za upravljanje. Kumulativno se zahtijeva: znanje hrvatskog jezika, najmanje srednja stručna sprema te da osoba nije osuđivana za kaznena djela iz područja gospodarskog kriminala, odnosno da nije pod istragom. St. 1., čl. 4. Pravilnika o uvjetima propisana je obveza društva za upravljanje da prije potpisivanja ugovora o poslovnoj suradnji za obavljanje poslova prodaje utvrdi ispunjava li osoba ove uvjete.

Potpisivanje ugovora između društva i fizičke osobe i pisana obavijest društva HANFA-i, smatraju se priznavanjem ovlaštenja za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom (st. 2., čl. 4.). Društvo je obvezno mjesečno dostavljati HANFA-i ažurirani popis osoba s kojima je sklopilo ugovor (čl. 5. st. 1. Pravilnika o uvjetima).<sup>96</sup>

Osobe ovlaštene za prodaju dionica odnosno udjela u investicijskim fondovima iz čl. 186. st. 2. ZIF-a nagradu za rad primaju isključivo od društva za upravljanje, i to iz sredstava ulazne naknade ili naknade za upravljanje ili izlazne naknade koju ulagatelju, odnosno fondu naplaćuje društvo za upravljanje.

## 2.2. Način i uvjeti prodaje udjela i dionica u investicijskim fondovima

Sve osobe (dakle, upravljačko društvo, ako samo vrši prodaju i sve osobe navedene u čl. 186. st. 2., ZIF) ovlaštene za prodaju dionica odnosno udjela u

<sup>94</sup> Čl. 188. ZIF-a.

<sup>95</sup> Narodne novine br. 7/07, dalje: Pravilnik o uvjetima.

<sup>96</sup> Popis za fizičke osobe mora sadržavati: ime i prezime osobe, adresu prebivališta/boravišta, zanimanje i odnos s društvom, a ukoliko se radi o fizičkim osobama u pravnoj osobi, mora sadržavati osim podataka o fizičkim osobama i podatke o pravnoj osobi i to naziv, tvrtku, MBS i sjedište (čl. 5. st. 2. i 3. Pravilnika o uvjetima). Pravna osoba mora imati evidenciju fizičkih osoba/zaposlenika koje su ovlaštene za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom koju je društvo dužno dostaviti HANFA-i na njezin zahtjev (st. 4.). Važno je istaći da podaci dostavljeni prema st. 2, 3. i 4. predstavljaju podatke kojima se dokazuje valjanost ovlaštenja za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom pred HANFA-om (st. 5.).

investicijskim fondovima dužne su:<sup>97</sup> a) osigurati ulagateljima dostupnost svih relevantnih dokumenata i podataka, posebice prospekta, izvješća, cijene i sl., b) nadzirati jesu li obrasci zahtjeva za kupnju i otkup uredno ispunjeni, c) pravodobno prosljeđivati naloge za prodaju i otkup društvu za upravljanje, d) u promoviranju fondova s javnom ponudom ili davanju podataka o fondovima s privatnom ponudom koristiti se isključivo prospektom, izvješćima i promidžbenim odnosno prezentacijskim materijalima koje odobri društvo za upravljanje, e) ne davati lažne podatke ili podatke koji ulagatelje mogu dovesti u zabludu o stanju fonda, niti davati netočne navode o fondu, njegovim ciljevima ulaganja, povezanim rizicima, cijenama, prinosima ili bilo kojem drugom pitanju ili sadržaju vezanom uz fond ili ovlašteno društvo za upravljanje, niti davati druge navode koji odstupaju od sadržaja prospekta, statuta ili izvješća fonda, f) upoznati potencijalnog ulagatelja o isplaćenom iznosu provizije na temelju obavljanja prodaje dionica ili udjela u fondu, i to kao postotak ulazne naknade, godišnje naknade za upravljanje ili izlazne naknade te u svako doba postupati u skladu s ZIF-om i mjerodavnim propisima.<sup>98</sup> Pored navedenoga, sve osobe ovlaštene za prodaju dionica, odnosno udjela u investicijskim fondovima, osim brokerskih društva,<sup>99</sup> dužne su i upoznati potencijalnog ulagatelja s okolnošću koje društvo za upravljanje zastupa te nudi li na prodaju proizvode samo naznačene tvrtke ili proizvode više tvrtki te odgovarati društvu za upravljanje otvorenim investicijskim fondom ili upravi zatvorenog investicijskog fonda za greške ili propuste svojih zaposlenika kao i za svako nepridržavanje ZIF-a i drugih propisa.

Čl. 4. st. 3. Pravilnika o uvjetima propisano je da fizička osoba u pravnoj osobi i fizička osoba koja po posebnom ugovoru obavlja poslove prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom mora svakom potencijalnom ulagatelju uručiti: prospekt i statut investicijskog fonda, promidžbeni materijal investicijskog fonda koji je odobren od HANFA-e i dokaz o ovlaštenju za zastupanje od društva.

Važno je napomenuti da fizička osoba koja po posebnom ugovoru obavlja poslove prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom ne smije primati novčana sredstva za kupnju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom ( čl. 4. st. 3. Pravilnika o uvjetima).

Prema čl. 6. st. 1. Pravilnika o uvjetima HANFA je ovlaštena nadzirati rad osoba s kojima je društvo sklopilo ugovor o prodaji dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom. Prijavu protiv osobe koja u postupku prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom postupka protivno odredbama ZIF-a i Pravilnika o uvjetima ima pravo HANFA-i podnijeti svaka zainteresirana stranka (st. 2.). Prijava se podnosi u pisanoj formi

<sup>97</sup> Svega navedenog, pri davanju preporuka o kupnji ili prodaji dionica ili udjela u fondu, dužna su se pridržavati i brokerska društva.

<sup>98</sup> Čl. 189. ZIF-a.

<sup>99</sup> Čl. 190. ZIF-a.

i mora biti potpisana (st. 3.). Ako HANFA postupajući po prijavi, utvrdi da je osoba u postupku prodaje dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom prekršila odredbe ZIF-a i Pravilnika o uvjetima, o tome će upozoriti društvo koje je s tom osobom sklopilo ugovor (st. 5.). Sankcija za učestalo kršenje odredbi o prodaji dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom od strane osoba s kojim je društvo sklopilo ugovor, može biti i oduzimanje odobrenja za rad društva (st. 6.).

### **3. Prodaja udjela odnosno dionica investicijskih fondova s privatnom ponudom**

#### **3.1. Ovlaštenici prodaje udjela<sup>100</sup> u fondovima s privatnom ponudom**

Za razliku od prodaja udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom, koje su poslove ovlaštene obavljati društva za upravljanje te banke, osiguravajuća društva, brokerska društva i druge pravne osobe koje su u tu svrhu zaključile ugovor sa društvom za upravljanje i ovlaštene su za rad u RH, prodaju udjela otvorenih investicijskih fondova s privatnom ponudom i otvorenih investicijskih fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom može obavljati isključivo društvo za upravljanje fondom čiji se udjeli prodaju.<sup>101</sup>

Pritom se, prodajom se ne smatra upućivanje potencijalnih kvalificiranih ulagatelja<sup>102</sup> na društvo za upravljanje od strane osoba navedenih u čl. 186. ZIF.<sup>103</sup>

### **4. Posebne odredbe u vezi s prodajom udjela investicijskih fondova<sup>104</sup> u njemačkom pravu**

#### **4.1. Dostupnost informacija za ulagatelje-§ 121. InvG-a**

Učinkovit protok informacija na tržištu kapitala pretpostavka je za uspješno prikupljanje kapitala od strane ulagatelja. Uspostava pravnih okvira za poslovanje investicijskih fondova na način da se osigura dostupnost što veće količine raspoloživih informacija potencijalnim ulagateljima u investicijske fondove

<sup>100</sup> Potrebno je napomenuti da se redaktorima ZIF-a u čl. 192. st. 1. kao i naslovu izvan njega "Prodaja dionica ili udjela u investicijskim fondovima s privatnom ponudom" potkrala greška. Naime, *rerum natura*, imajući u vidu da zatvoreni investicijski fondovi s privatnom ponudom nisu predviđeni u ZIF-a-u, a da je samo kod ovih fondova moguće govoriti o prodaji dionica to bi naslov trebao glasniti "Prodaja dionica udjela u investicijskim fondovima s privatnom ponudom", a iz st. 1., čl. 102. ZIF-a izostaviti riječi "dionica" odnosno "dionice".

<sup>101</sup> Čl. 192. st. 1. ZIF-a.

<sup>102</sup> Tko se u smislu ZIF-a smatra "kvalificiranim ulagateljem" vidjeti bilješku 28.

<sup>103</sup> Čl. 192. st. 2. ZIF-a.

<sup>104</sup> Austrijski InvFG ne sadrži posebne odredbe o prodaji udjela investicijskih fondova koje se odnose na dostupnost informacija za ulagatelje te na pravo opoziva kupca udjela u investicijskim fondovima poput onih iz § 121. i 126. njemačkog InvG-a.



jedan je od načina učinkovitog protoka informacija na tržištu kapitala.<sup>105</sup> Upravo zbog toga InvG posebnom odredbom uređuje pitanje dostupnosti informacija za ulagatelje.

Skraćeni prospekt i cjelokupni prospekt društva za upravljanje (domaćeg i stranog) mora biti javno i besplatno ponuđen kupcima udjela prije sklapanja ugovora o njihovoj kupnji.

Pravila fonda (ugovor između ulagatelja i društva za upravljanje)<sup>106</sup> ili statut društva mora biti dodan cjelokupnom prospektu, osim ako cjelokupni prospekt ne sadrži podatke o tome gdje se takva pravila fonda ili statut društva za upravljanje može nabaviti, kao i najnovije godišnje ili polugodišnje izvješće.

Navedeni podaci (podaci o prodaji udjela) moraju biti u papirnatom obliku ili spremljeni na trajnom nositelju podataka kojemu ulagatelji imaju pristup. Ulagatelji mogu u svako doba zahtijevati kopiju dokumentacije o prodaji. Kupac mora biti obaviješten o načinu i mjestu dobivanja besplatnih kopija dokumentacije o prodaji. Na zahtjev, kupcu moraju biti poslana kopija zahtjeva za zaključenje ugovora ili obavijesti o kupnji na kojima mora biti označeno iznos početne cijene udjela i možebitne prodajne cijene udjela. Kada se radi o EU investicijskim udjelima, na kopijama dokumentacije mora biti navedeno pravo na opoziv sukladno (§ 126 st. 1., InvG).

Ako ulagatelj kupuje udjele sredstvima udaljene komunikacije u smislu § 312. b. st. 2. BGB-a,<sup>107</sup> tada se odredbe koje reguliraju udaljenu prodaju (§ 312. b.-312. d., BGB) primjenjuju i na kupnju udjela (§ 121. st. 3., InvG).

Ako je ulagatelj fizička osoba koja ulaže u fondove s dodatnim rizikom ili u strani investicijski fond ako se u takvim fondovima provodi posebna investicijska politika, tada treba sva prodajna dokumentacija biti dostavljena kupcu prije zaključenja ugovora o kupnji.

Ugovor o prodaji udjela mora biti sklopljen u pisanom obliku, a ulagatelj mora izričito biti upozoren na rizik s kojim se povezano njegovo ulaganje u takvim fondovima prije sklapanja ugovora.

Teret dokazivanja o tome da je kupac pravilno upozoren i savjetovan je na prodavatelju u slučaju spora (§ 121. st. 3., InvG). Na zahtjev ulagatelja, društvo za upravljanje mora obavijestiti ulagatelja o ograničenjima ulaganja zbog upravljanja rizicima u domaćem investicijskom fondu, metodama upravljanja rizika i o trendovima u najvažnijim kategorijama imovina fonda. Cjelokupni prospekt mora sadržavati navedene podatke kao i gdje se ti podaci mogu dobiti (§ 121. st. 4., InvG).

<sup>105</sup> Goerke, L., *Kommentar zu Andreas Engert: Die Regulierung von Investmentfonds*, German Working Papers in Law and Economics, vol. 2004., paper 22, str. 9.

<sup>106</sup> O značenju izraza "pravila fonda" vidjet bilješku 55.

<sup>107</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch*, Njemački građanski zakonik od 18. kolovoza 1896., zadnja izmjena od 21. prosinca 2007., BGBl. I S. 3189.; pročišćena neslužbena verzija teksta cjelokupnog teksta Zakonika nalazi se na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, stranica posječena 23. siječnja 2008.

#### *4.2. Pravo opoziva-§ 126. InvG-a*

Pravo opoziva odnosi se na situaciju kada je ulagatelju (kupcu udjela) priznato pravo da opozove izjavu o kupnji udjela, čime mu se omogućava raskid ugovora o kupnji udjela u fondu kojeg je prethodno sklopio, uz poštivanje određenih pretpostavki.

Ako je kupac izjavio da kupuje udjele kao rezultat usmenih pregovora održanih izvan stalnih poslovnih ureda prodavača udjela ili brokera, tada je kupac vezan tom izjavom samo ako društvu za upravljanje, stranom investicijskom društvu ili njegovom predstavniku nije dao pisanu izjavu o zadržavanju prava na opoziv u vremenu od dva tjedna. Ovo se primjenjuje iako prodavatelj ili broker tih udjela nema stalni poslovni ured (§ 126. st. 1., InvG).

Izjava o opozivu, da bi bila pravovremena, mora se poslati unutar roka od dva tjedna. Taj rok započinje teći tek kada je kupcu ponuđen cjelokupni prospekt. Samo za EU investicijske udjele rok za opoziv od dva tjedna počinje teći od dana kada je kopija ponuda za sklapanje ugovora predana kupcu. U slučaju spora teret dokazivanja je na strani prodavatelja o tome da li i kada je predan kupcu cjelokupni prospekt ili kopija ponude za sklapanje ugovora (§ 126. st. 2, InvG). Pravo na opoziv ne postoji ako prodavatelj dokaže: a) da je kupac stekao udjele u okviru svoje poslovne djelatnosti i b) da je prodavatelj posjetio kupca na njegov zahtjev radi vođenja pregovora koji su rezultirali prodajom udjela. (§ 126. st. 3, InvG). Ako je kupac izvršio plaćanje prije nego je izjava o opozivu imala učinak (pristigla prodavatelju udjela), društvo za upravljanje ili strano investicijsko društvo obvezno je na naknadu svih plaćenih troškova i naknada plus iznos koji je jednak vrijednosti koji bi postigli udjeli na dan nakon prijema izjave o opozivu (§ 126. st. 4., InvG). Prava na opoziv se kupac ne može odreći (§ 126. st. 5, InvG), te se sve odredbe o opozivu na adekvatan način primjenjuju i na prodaju udjela od ulagatelja.

### **IV. Zaključak**

Sve značajnija uloga investicijskih fondova uvjetovala je donošenje propisa koji su u bitnom detaljnije uredili određena pitanja materije investicijskih fondova. U tom je pravcu i hrvatski zakonodavac, i to kogentnim odredbama ZIF-a, uredio i promidžbu i prodaju udjela odnosno dionica investicijskih fondova. Tako je ovlaštenje za promidžbu investicijskih fondova s javnom ponudom u hrvatskom pravu rezervirano isključivo za društvo za upravljanje, te je istodobno ustanovljena odgovornost društva za potpunost i točnost promidžbenih informacija. Zakonodavac je izrijeком zabranio društvu za upravljanje voditi javnu promidžbenu kampanju otvorenih fondova s privatnom ponudom i fondova rizičnog kapitala s privatnom ponudom. Društva su ovlaštena kod ovih fondova isključivo u javnosti isticati prezentacijski materijal koji prema izričitom zakonskom nalogu mora biti cjelovit, jasan, istinit i da ne dovodi u zabludu. Hrvatski zakonodavac zahtijeva da sve promidžbene

informacije budu odobrene od osoba ovlaštenih za zastupanje društva, a prije objave od strane HANFA-e.

Ustanovljena načela istinitosti i potpunosti zabranjuje pri davanju promidžbenih informacija navoditi lažne pokazatelje, prikaz rezultata poslovanja formulirati u smislu jamstva ili obećanja, odnosno sačiniti u obliku procjene ili na bilo koji način dati naslutiti da se radi o predviđanju budućih rezultata poslovanja fonda. Utoliko je hrvatsko pozitivnopravno uređenje kompatibilno s poredbenopravnim uređenjima iz njemačkog i austrijskog prava.

Naime, i njemački i austrijski pozitivnopravni režim, usklađeni implementiranim UCITS-Smjernicama, a polazeći od bitne uloge prospekta u promidžbi i *supra* navedenih načela istinitosti i potpunosti, afirmiraju načelo javnosti, pa jednako kao i hrvatsko pravo izrijeком određuju da javnosti mora na valjan način biti upućena na prospekt. Ovo se postiže u svim pravnim poređcima propisivanjem, i to posebnim odredbama, obveze da sve promidžbene informacije koje se odnose na pozivanje na kupnju udjela (UCITS) fondova moraju naglasiti postojanje prospekta te naznačiti gdje se može nabaviti. Sadržaj, objava, izmjene i dopune prospekta uređene su kogentnim odredbama. Primjerice UCITS investicijski fond/društvo mora na prikladan način javno objaviti cijenu izdavanja, prodaje, otkupa ili isplate svojih udjela svaki put kada obavlja njihovo izdavanje, prodaju, otkup ili isplatu, a najmanje dva puta mjesečno; promidžbeni materijal koji se odnosi na prodaju udjela u domaćem fondu mora sadržavati naziv izdavatelja; ako je pojedini fond volatilan zbog sastava imovine ili zbog metoda kojima se njime upravlja, svaki tiskani promidžbeni materijal mora upozoriti na tu činjenicu i sl. Jednako zahtijeva i hrvatski zakonodavac određujući da prospekt mora sadržavati relevantne informacije temeljem kojih će ulagatelji moći stvoriti osnovani sud o investicijskom fondu i donijeti odluku o ulaganju, a posebice o rizicima povezanim s naravi fonda i njegovog portfelja. Informacije navedene u prospektu moraju biti istinite i potpune, odobravanje i objava prospekta, učestalost izdavanja prospekta te izmjene prospekta uređene su kogentnim odredbama ZIF-a. I skraćeni i cjeloviti prospekt, i prema hrvatskom zakonodavcu, jednako kao i njemačkom i austrijskom te UCITS-Smjernicama, moraju sadržavati podatke koji su potrebni kako bi ulagatelji bili informirani u donošenju odluke o ulaganju koje im je ponudeno te posebno moraju sadržavati podatke o riziku koje se odnosi na ulaganje. Valja naglasiti da su ovim u materiju prospekta, jednako kao i u ranije navedeni institut promidžbe, uvedena načela istinitosti i potpunosti i javnosti, iako hrvatski zakonodavac izrijeком govori samo o načelu istinitosti.

Njemačko pravo ustanovljuje i tzv. odgovornost iz prospekta u pogledu netočnih ili nepotpunih informacija, koju za sada hrvatski zakonodavac ne uređuje, a što bi *de lege ferenda* bilo korisno. Tu odgovornost ne poznaju ni UCITS-Smjernice, pa će i na ovoj razini vjerojatno ova problematika biti raspravljana. Odgovornošću iz prospekta uvodi se pravo osobe koja je kupila udjel u investicijskom fondu da zahtijeva od društva za upravljanje, investicijskog društva ili osobe koja je kao profesionalac bila ovlaštena na prodaju udjela, otkup takvog udjela ako su informacije koje se nalaze u cjelovitom ili skraćenom

prospektu, a koje su od važnosti za procjenu (prosudbu) udjela, bile nepotpune ili netočne. Dakle, radi se o odgovornosti za istinitost odnosno potpunost informacija koje su bitne za donošenje odluke ulagatelja o kupnji udjela, slično kao što i prodavatelj po općim pravilima obveznog prava ima obvezu informiranja kupca o svim bitnim svojstvima stvari koje mu podaje, jer u protivnom odgovara za materijalne nedostatke stvari. S druge strane možemo govoriti o zakonski priznatoj javnoj vjeri u potpunost i istinitost informacija objavljenih u prospektu investicijskih fondova, jer svatko tko se postupajući *bona fide* pouzdao da su u prospektu objavljene informacije istinite i potpune, ima pravo na otkup udjela kao naknadu za uplaćeni iznos u fond i to najmanje u visini uplaćenog iznosa. Odgovornost za potpunost i istinitost informacija iz prospekta djeluje čak i kada je ulagatelj (kupac udjela) saznao za neistinitost ili nepotpunost informacija objavljenih u prospektu nakon što je otudio udjel kojeg je ranije stekao, pouzdavajući se u istinitost i potpunost objavljenih informacija u prospektu, u kojem slučaju ulagatelj (kupac udjela) ima pravo zahtijevati plaćanje iznosa koji prelazi iznos otkupne cijene udjela u trenutku otuđenja udjela.

### *Literatura*

#### ***Knjige i članci:***

1. Čulinović-Herc, E. Investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine prema Zakonu o investicijskim fondovima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2007. g., vol. 28., br. 1.;
2. Čulinović-Herc, E., Pravno uređenje i nove vrste investicijskih fondova, Zbornik radova "45. susret pravnika – Opatija 2007."
3. Čulinović-Herc, E., Investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine prema Zakonu o investicijskim fondovima, Pravo i porezi, 2007., br. 4.;
4. Eror Matić, B., Temeljni kapital društva za upravljanje investicijskim fondovima, Pravo i porezi, 2006. g., br. 11.;
5. Eror Matić, B., Komentar novog Zakona o investicijskim fondovima, Pravo i porezi, 2006. g., br. 7.;
6. Feyerabend A., H.-J., Hornschu, G., *Investmenstsmmodernisierungsgesetz*, KMPG, 2004. g.;
7. Goerke, L., Kommentar zu Andreas Engert: Die Regulierung von Investmentfonds, German Working Papers in Law and Economics, vol. 2004., paper 22;
8. Miladin, P., Markovinović, H., Založno pravo na pravu, Zbornik radova "45. susret pravnika – Opatija 2007.";
9. Samodol, A., Financijska tehnologija i investicijski fondovi, Progres, 1999.;
10. Špoljarić, D., *Private Equity fondovi*-novina u hrvatskom zakonodavstvu, Hrvatska pravna revija, 2006. g., br. 1.

#### ***Ostalo:***

1. *Green paper on the enhancement of the EU framework for investment funds*, Komisija EU, od 12. srpnja 2005. g.

2. <http://www.crosec.hr/registri/zif.asp>, stranica posjećena 27. studenog 2007.
3. <http://ec.europa.eu/internal-market/investment/legaltexts/index-en.tm#directive>, stranica posjećena 16. siječnja 2008.

## **Pravni izvori**

### **A) Hrvatsko pravo:**

1. Zakon o hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga, Narodne novine br. 140/05, (ZHANFA).
2. Zakon o investicijskim fondovima, Narodne novine br. 150/05, (ZIF).
3. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine br.: 111/93., 34/99., 118/07. i 107/07, (ZTD).
4. Zakon o tržištu vrijednosnih papira, Narodne novine, br. 84/02. i 138/06, (ZTVP).
5. Pravilnik o promidžbi investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine, br. 29/06.
6. Pravilnik o izmjenama i dopunama pravilnika o promidžbi investicijskih fondova s javnom ponudom Narodne novine, br.: 109/06.
7. Pravilnik o uvjetima, načinu stjecanja i priznavanju ovlaštenja za prodaju dionica ili udjela u investicijskim fondovima s javnom ponudom, Narodne novine br. 7/07.
8. Pravilnik o obveznom sadržaju, objavljivanju i odobravanju cjelovitih i skraćenih prospekata investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine, br.: 53/07.
9. Pravilnik o izmjenama i dopunama pravilnika o promidžbi investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine, br. 71/07.
10. Pravilnik kojim se uređuju izmjene prospekata otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine, br. 43/07.
11. Pravilnik kojim se uređuje obvezni sadržaj zahtjeva za izdavanje odobrenja i obvezni sadržaj prospekta otvorenih investicijskih fondova s javnom ponudom, Narodne novine, br. 22/07.

### **B) Pravo Europske Unije:**

1. Smjernica 85/611/EEC, od 20. prosinca 1985. g., (OJ L 375, 31. 12. 1985., str. 3.);
2. Smjernica 88/220/EEC, od 22. ožujka 1988. g. (OJ L 100, 19. 4. 1988., str. 31);
3. Smjernica 95/26/EC, od 29. lipnja 1995. g., (OJ L 168, 18. 07. 1995. str. 7);
4. Smjernica 2000/64/EC, od 7. studenog 2000. g., (OJ L 290, 17. 11. 2000., str. 27);
5. Smjernica 2001/107/EC, ("Management company Directive"), od 21. siječnja 2002. g., (OJ L 41 od 13. 2. 2002.);
6. Smjernica br. 2001/108/EC ("Product Directive"), od 21. siječnja 2002. g., (OJ L 41 od 13. 2. 2002.);
7. Smjernica 2004/39/EC, od 21. travnja 2004. g., (OJ L 145, 30. 04. 2004., str. 1, ispravak OJ L 45, 16. veljače 2005. g., str. 18);
8. Smjernica 2005/1/EC, od 9. ožujka 2005. g., (OJ L 79, 24. 3. 2005. str. 9);
9. Smjernica 2007/16/EC, od 19. ožujka 2007. g., (OJ L 79, 20. 03. 2007. str. 11.);

**C) Austrijsko pravo:**

1. *Investemfondgesetz*, BGBl. br. 532/1993., 818/1993., 917/1993., 753/1996., 41/1998., 106/1999., 194/1999., 2/2001., 97/2001., 100/2002., 71/2003., 146/2004., 180/2004., 9/2005., 37/2005., 78/2005., 122/2005., 48/2006., 134/2006. i 60/2007. (InvFG);
2. *Kapitalmarktgesetz*, BGBl. br. 625/1991., 331/1993., 532/1993., 210/1994., 60/1998., 63/1999, 2/2001., 97/2001., 35/2003., 80/2003. i 78/2005. (KMG).

**D) Njemačko pravo:**

1. *Bürgerliches Gesetzbuch*, Njemački građanski zakonik od 18. kolovoza 1896.; zadnja izmjena od 21. prosinca 2007., BGBl. I S. 3189;
2. *Investmentgesetz*, BGBl. I S. 2676, od 15. prosinca 2003. g., izmjene: 5. siječnja 2007. g., BGBl. I S. 10.; 21. prosinca 2007.g, BGBl. I S. 3089.m (InvG);
3. *Wertpapierprospektgesetz*, BGBl. I. S. 1698, od 22.lipnja 2005, izmjena: 16. srpnja 2007. g., BGBl. I. S. 1330; 21. prosinca 2007., BGBl. I. S. 3089, (WpPG).

## Summary

**PROMOTION AND SELLING OF THE DIVIDENDS AND SHARES IN INVESTMENT FUNDS**

The article deals with the issues on promotion and selling of dividends and shares in investment funds according to the Croatian Investment Funds Act and presents a comparative overview regarding the same issues in German and Austrian Law. In key moments, a special attention has been given to the investment funds legal regulations within the European Union Law. Introductory remarks have been concerned with separate types of funds existing in Croatian Law in regards of the above mentioned comparative solutions and the European Union Law. This is important having in mind the article is divided in separate chapters organized according to the existing types of investment funds. Therefore, we can talk about the promotion and selling of dividends and shares in investment funds through a public offering, in open investment funds through a private offering and in investment funds with a capital at risk in regards of the comparative solutions and European Union Law.

In the view of promotion of investment funds' dividends and shares, the authorization to promote and conditions of promotion and data presentation have been discussed with regard to the principle of banning the promotion of open investment funds with private offering and of funds with a capital at risk.

Having in mind selling the investment funds' dividends and shares, a special consideration has been given to persons authorized to sell as well as to modes and conditions of investment funds' dividends and shares selling. Issues concerning the investment funds prospect have been analyzed separately pointing



at the comparative regulations. Certain solutions have been proposed to fulfill emptiness in Croatian legal provisions on prospect *de lege ferenda*, for example provisions on liability concerning prospect according to the German Law.

**Key words:** *investment funds, dividends, shares, selling, promotion, prospect.*

## Zusammenfassung

### WERBUNG UND VERKAUF VON ANTEILEN UND AKTIEN IN INVESTMENTFONDS

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Problematik von Werbung und Verkauf von Anteilen und Aktien in Investmentfonds gemäß des kroatischen Gesetzes über Investmentfonds mit einer komparativen Darstellung derselben Problematik im deutschen und österreichischen Recht wobei sich bei den Schlüsselfragen auch auf die rechtliche Regelung der Investmentfonds im Europarecht berufen wird. Einführend wird über einzelne Arten von Fonds, die im kroatischen Recht bestehen, gesprochen unter Berücksichtigung der bereits erwähnten komparativen Lösungen und des Europarechts. Dies ist wichtig, da die Arbeit so strukturiert ist, dass die Materie entsprechend den bestehenden Arten von Investmentfonds im kroatischen Recht bearbeitet wird, so dass über Werbung und Verkauf von Anteilen und Aktien in Investmentfonds durch öffentliches Angebot gesprochen wird, danach über offene Investmentfonds mit privatem Angebot, weiter Investmentfonds mit Risikokapital unter Berücksichtigung komparativer Lösungen im Europarecht.

Hinsichtlich der Werbung für Anteile und Aktien in Investmentfonds wird über die Berechtigung zu Werbung sowie über die Bedingungen für die Werbung und die Veröffentlichung von Daten diskutiert unter Berücksichtigung des Prinzips des Werbeverbots für offene Investmentfonds mit privatem Angebot und für Fonds mit Risikokapital.

Im Rahmen des Verkaufs von Anteilen und Aktien aus Investmentfonds wird über die zum Verkauf Berechtigten und die Arten und Bedingungen des Verkaufs von Anteilen und Aktien aus Investmentfonds gesprochen. Besonders wird die Problematik der Prospekte von Investmentfonds bearbeitet und auf komparative Lösungen hingewiesen sowie vorgeschlagen wie Bestimmungen über Prospekte im kroatischen Recht *de lege ferenda* die Beispiele, Bestimmungen und Haftungen in Prospekten nach dem Beispiel des deutschen Rechts vervollständigen könnten.

**Schlüsselwörter:** *Investmentfonds, Anteile, Aktien, Verkauf, Werbung, Prospekt.*

## Sommario

**PROMOZIONE E VENDITA DI PARTECIPAZIONI E AZIONI  
IN FONDI DI INVESTIMENTO**

Questo lavoro si occupa della problematica della promozione e della vendita di partecipazioni e azioni in fondi di investimento secondo la Legge sui fondi di investimento e presenta una rassegna comparativa di tale problematica nel diritto tedesco e austriaco e, negli elementi chiave, richiama la regolamentazione giuridica dei fondi di investimento nel diritto dell'Unione Europea. Introduttivamente nel lavoro si tratta dei differenti tipi di fondi che esistono nel diritto croato con uno sguardo alle menzionate soluzioni comparate e al diritto dell'Unione Europea. Questo è importante in ragione del fatto che il lavoro è strutturato in modo da elaborare la materia in diversi paragrafi secondo i tipi esistenti di fondi di investimento nel diritto croato, quindi si affronta la promozione e la vendita di partecipazioni e azioni in fondi di investimento con offerta pubblica, poi in fondi di investimento aperti con offerta privata, infine in fondi di investimento con capitale di rischio, con riguardo alle soluzioni comparate e al diritto dell'Unione Europea.

In vista della promozione di partecipazioni e azioni di fondi di investimento si discute dell'autorizzazione alla promozione e delle condizioni della promozione e della dichiarazione con uno sguardo al principio di interdizione della promozione di fondi di investimento aperti con offerta privata e di fondi con capitale di rischio.

Nella cornice della vendita di partecipazioni e azioni di fondi di investimento si ragiona sugli autorizzati a vendere e sulle modalità e sulle condizioni della vendita di partecipazioni e azioni di fondi di investimento. In particolare si esamina la problematica del prospetto dei fondi di investimento, si richiamano le soluzioni comparate e si propone come poter integrare de lege ferenda le norme sul prospetto nel diritto croato, per esempio le norme sulla responsabilità nel prospetto sul modello del diritto tedesco.

*Parole chiave:* fondo di investimento, partecipazioni, azioni, vendita, promozione, prospetto.

## UGOVOR O LEASINGU - NOVO ZAKONSKO UREĐENJE -

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja  
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.453(094)  
Ur. : 18. prosinca 2007.  
Pr. : 10. siječnja 2008.  
Stručni članak

*U članku se daje pregled sadržaja odredaba Zakona o leasingu kojima se uređuju ugovor o leasingu i prava i obveze subjekata leasinga. Analizira se i dosadašnja praksa, prije novog zakonskog uređenja instituta leasinga, s posebnim naglaskom na sadržaj i značenje općih uvjeta ugovora u sadašnjem i budućem oblikovanju leasing posla.*

**Ključne riječi:** leasing, prava i obveze subjekata.

### I. Uvod

Donošenje Zakona o leasingu (“Narodne novine”, broj 135/06., dalje u tekstu uz pojedine članke ZL), kao što se moglo i očekivati, potaklo je ili aktualiziralo niz pitanja u svezi s njegovim sadržajem odnosno zakonskim rješenjima koja je prihvatio, ali i vrlo značajno pitanje razloga i opravdanosti njegova donošenja.

To je pitanje od nesumnjivog značenja, osim za tzv. statusne odredbe Zakona o leasingu i za odredbe kojima se uređuje posao leasinga, odnosno ugovor o leasingu, a upravo su te odredbe prvenstveno i predmet razmatranja u okviru ovog rada.

Ono uključuje i dvojbu o posljedicama prestanka razdoblja u kojem se u hrvatskom pravnom sustavu, ugovor o leasingu oblikovao kao neimenovani ugovor uređen pravilima autonomnog trgovačkog prava. U praksi je njegov sadržaj, što znači i međusobna prava i obveze stranaka, gotovo isključivo ili najvećim dijelom bio uređen uvjetima poslovanja koje su donosili davatelji leasinga, pri čemu je u velikoj mjeri postojala međusobna usklađenost njihova sadržaja.

S tim u svezi, kao i prije, tako i poslije donošenja Zakona o leasingu, postavlja se pitanje svršishodnosti zakonskog uređenja leasinga,<sup>1</sup> uz moguću opasnost da jedan institut, koji je nastao i uspješno se razvio u poslovnoj praksi, bude ograničavan ili zaustavljen u tom razvoju zakonskim rješenjima koja ga ne mogu uvijek na odgovarajući način pospješiti ili pratiti.

Pri tome se, također, napominje da Zakon o obveznim odnosima, niti ranije važeći ("Narodne novine", broj 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01.), niti novi istog naziva ("Narodne novine", broj 35/03.), ne sadrže odredbe o leasingu. Nepostojanje tih odredaba i jedne opće definicije obrazlagalo se, do sada, u bitnome time da je, s obzirom na različite vrste ugovora o leasingu, teško ujediniti sve njihove zajedničke karakteristike u jednu cjelovitu i sveobuhvatnu cjelinu i definiciju.

Međutim, okolnost da je povodom sve češće isticanih zahtjeva i najava uslijedilo donošenje Zakona o leasingu, govori u prilog nastojanja i potrebe<sup>2</sup> da se, uzimajući u obzir značajan razvoj leasinga, to područje uredi posebnim zakonom.

O nekim od razloga donošenja spomenutog Zakona govorio je i zakonodavac uz Prijedlog Zakona o leasingu,<sup>3</sup> koje obrazloženje smatramo korisnim opširnije citirati.

Navodeći podatke o ukupnoj imovini hrvatskog financijskog sektora te razlikujući bankovni od tzv. nebankovnog sektora, u koji se ubrajaju i leasing društva, iznosi podatak da svojom imovinom u nebankovnom sektoru dominiraju leasing društva, pri čemu je djelatnost leasinga postala druga po veličini odmah iza banaka.

Nadalje se navodi:

"Kao što je poznato leasing se tradicionalno dijeli na operativni i financijski leasing, a bit jedne i druge vrste leasinga je u činjenici da korisnik objekta ili predmeta leasinga nije i njegov vlasnik. Međutim, u Hrvatskoj se razvila i tzv. treća vrsta leasinga odnosno čisto kreditiranje korisnika predmeta leasinga čime je on postao i vlasnikom predmeta. Takva uvjetno kazano vrsta leasinga razvila se dominantno nakon što je Hrvatska narodna banka različitim monetarnim instrumentima s poglavito obveznim pričuvama nametnula različita ograničenja na inozemne izvore sredstava. U nemogućnosti daljnjeg širenja poslovanja i povećanja plasmana u Hrvatskoj putem banaka inozemni vlasnici su počeli plasirati sredstva kao "kredite" putem leasing društava.

Tako je ukupna imovina u 2005. godini svih društava porasla za oko 3,4 milijarde kuna ili oko 460 milijuna eura.

<sup>1</sup> Srećko Jelinić: "Leasing, od oblikovanja ekonomske ponude do pravnog obuhvata", Informator broj 4706, str. 9.; dr. Sofija Marušić: "Sklapanje ugovora o leasingu", Informator broj 4588, str. 14.

<sup>2</sup> Tihomir Dokonal: "Bitka za drugo mjesto", mjesečnik "Banka", Prilog leasing, rujan 2005., str. 45 i dalje, str. 50.

<sup>3</sup> "Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom te posljedice koje će donošenjem zakona proisteći", str. 2.

Od dvadeset aktivnih leasing društava portfelj odnosno neotplaćena vrijednost glavnice plasmana 15 najvećih društava iznosi oko 2,2 milijarde eura s time da su u strukturi portfelja gotovo podjednako zastupljeni operativni i financijski leasing sa po 35% dok su tzv. krediti zastupljeni s gotovo 30% ili oko 650 milijuna eura.

Ova činjenica o udjelu kredita u ukupnoj imovini ovu djelatnost čini parbankovnom.”

Zaključno, zakonodavac ističe sljedeće:

“I dok postoje zakoni o bankama, osiguranju, investicijskim fondovima, za leasing unatoč tome što predstavlja gotovo šest posto financijskog tržišta, do sada nije postojao poseban zakon koji bi regulirao tu djelatnost. S obzirom na naprijed navedeno, na veličinu tržišta leasinga, pojavila se potreba izrade posebnog zakona koji će urediti pravila poslovanja na ovom tržištu.”

Osim ovih razloga kojima je suvišno svako daljnje objašnjenje, o razlozima zakonodavca govori nam nesumnjivo i sadržaj samih zakonskih odredaba. Što se tiče odredaba kojima se uređuje posao leasinga, odnosno ugovor o leasingu, te prava i obveze subjekata tog pravnog odnosa na koje se ograničavamo u ovom radu, čini nam se da je zakonodavac, uzimajući u obzir specifičnosti leasing posla nastojao utjecati na dosadašnju praksu imajući na umu najčešće zamjerke koje su se isticale glede neuravnoteženosti položaja ugovornih strana i prebacivanja rizika posla na samo jednu ugovornu stranu (primatelja leasinga).

O tome više govorimo u daljnjem izlaganju o ugovoru o leasingu i pravima i obvezama stranaka (točka III.).

Od najavljivanog zakona prvenstveno se očekivalo da odredi pojam leasinga i predvidi prava i obveze primatelja i davatelja usluga, ali da uredi i druga pitanja, npr. porezna pitanja vezana uz leasing. Očekivalo se i osnivanje tijela za nadzor koje bi obavljalo i objedinjavalo taj nadzor na području leasing poslovanja.<sup>4</sup>

Što se tiče nadzora poslova leasinga, prije zakonskog uređenja leasinga, donesen je Zakon o Hrvatskoj agenciji za nadzor financijskih usluga (“Narodne novine”, broj 140/05, od 28. studenog 2005.) kojim je, između ostalog, propisano da navedena Agencija obavlja i nadzor poslovanja pravnih osoba koje se bave leasing poslovima (čl. 15. citiranog Zakona). Zakon o leasingu osim posebnih odredaba o nadzoru poslovanja leasing društva sadrži brojne odredbe o ovlaštenjima spomenute Agencije.

## **II. Predmet zakonskog uređenja**

Zakon o leasingu u članku 1. odredio je predmet svog uređenja.

Prema tim odredbama Zakonom se uređuju:

1. uvjeti za osnivanje, poslovanje i prestanak rada leasing društva,
2. ugovor o leasingu,
3. prava i obveze subjekata u poslovima leasinga,

<sup>4</sup> T. Dokonal, op. cit., str. 50.

4. financijsko izvještavanje,
5. nadzor nad poslovanjem leasing društava,
6. upravljanje rizicima.

S obzirom na okvire ovog rada nije nam svrha cjelovit prikaz sadržaja Zakona o leasingu već ćemo se posebno osvrnuti na odredbe koje se odnose na ugovor o leasingu i prava i obveze subjekata u poslovima leasinga.

U svezi s time, međutim, prethodno je potrebno osvrnuti se na sadržaj općih odredaba Zakona o leasingu (čl. 1. do čl. 6. ZL-a) i to u onom dijelu u kojem uređuju značenje pojmova koji se koriste u zakonskom tekstu (kao npr. pojam leasing posla) i utvrđuju strane u poslovima leasinga te poslove leasinga po vrstama.

### **II.1. Leasing posao**

U poslovnoj praksi leasing se pojavljuje u više oblika, a podjela se može izvršiti po različitim kriterijima (npr. prema položaju davatelja leasinga, prema dužini trajanja, prema mogućnostima otkazivanja ugovora, prema predmetu leasinga i dr.).<sup>5</sup>

Neovisno o tome u svakom leasing poslu ostaje jedna od njegovih temeljnih karakteristika, a to je posebna metoda financiranja.

Zakon o leasingu prihvatio je tradicionalnu podjelu na financijski i operativni leasing. Bitno je za obje navedene vrste leasinga je u tome da korisnik objekta ili predmeta leasinga nije i njegov vlasnik.

Međutim, kako smo već istaknuli, uz prijedlog novog zakona zakonodavac je smatrao potrebnim naglasiti da se u Hrvatskoj razvila i tzv. treća vrsta leasinga, odnosno čisto kreditiranje korisnika predmeta leasinga, čime je on postao i vlasnikom predmeta.

U nastojanju da se spriječi takva praksa zakonodavac je izričito propisao da “leasing društvo ne smije odobravati kredite niti odobravati zajmove” (čl. 8. st. 4.).

Budući da je naše polazište u ovom radu novi Zakon o leasingu, ograničavamo se na karakteristike financijskog i operativnog leasinga.

Međutim, uvodno bismo spomenuli još jednu podjelu koja je u suvremenim tendencijama prisutna, kako kod financijskog tako i kod operativnog leasinga, i u poslovnoj praksi i u teoriji, a to je podjela na direktni i indirektni leasing.

*Direktni leasing* (leasing u širem smislu) je odnos u kojem se javljaju samo dva subjekta, tj. davatelj leasinga i primatelj leasinga.<sup>6</sup>

Da bi se, međutim, osigurala posebna metoda financiranja, odlučujuće je i postojanje trećeg subjekta koji daje financijsku podršku cjelokupnoj transakciji.

<sup>5</sup> S. Jelinić, op. cit., str. 10.; Zorislav Kaleb: “Ugovor o leasingu u hrvatskom trgovačkom pravu”, Informator broj 5278, od 6. listopada 2004., str. 19.

<sup>6</sup> S. Jelinić, op. cit., str. 10.; Z. Kaleb, op. cit., str. 19.



Nije, međutim, isključeno da tu financijsku podršku daje sam davatelj leasinga, što pojednostavljuje ugovorni odnos.

*Indirektni* leasing (leasing u užem smislu) višestrani je pravni odnos i pretpostavlja tri subjekta i sklapanje više ugovora, odnosno najmanje dva, a često i tri (ugovor o prodaji između proizvođača, (trgovca) kao prodavatelja i leasing društva, kao kupca, ugovor o leasingu između leasing društva kao davatelja leasinga i primatelja leasinga, ugovor o izradi odnosno izgradnji predmeta leasinga, npr. poslovnog prostora).<sup>7</sup>

Rizik financiranja je na leasing društvu ujedno i davatelju leasinga, a leasing naknada koju ugovara s primateljem leasinga mora pokriti sredstva upotrebljena za isplatu cijene.

Kriterij razlikovanja direktnog i indirektnog leasinga je upravo opisani položaj i uloga davatelja leasinga.

U podjeli na financijski leasing i na operativni leasing, financijskim leasingom često se naziva upravo indirektni ili neizravni leasing.

Radi se, dakle, o trostranom odnosu (tripartitni financijski leasing) u kojem davatelj leasinga ujedno i financijer, kupuje predmet leasinga po izboru primatelja leasinga a zatim mu ga prepušta na uporabu, odnosno korištenje uz plaćanje naknade u obrocima. Načelno, dakle, i financijski i operativni leasing mogu biti i direktni i indirektni leasing.

### *II.1.1. Pojmovno određenje leasing posla*

Obrazlažući sam naslov Zakona o leasingu i uporaba riječi “leasing” zakonodavac je istakao da “naslov ovog Zakona sadrži riječ “leasing” koja nije izvorno hrvatska, ali opravdanost njezine upotrebe je specifičnost poslova koje regulira kao i korištenje iste u državama članicama Europske unije. Također, u hrvatskom jeziku ne postoji adekvatan prijevod te riječi koji bi u naslovu ovog Zakona bio jednoznačan i prihvatljiv.”

Zakon o leasingu dao je u svojim općim odredbama pojam poslova leasinga. Prema odredbama čl. 5. st. 1. posao leasinga je pravni posao u kojem davatelj leasinga na temelju kupoprodajnog ugovora sa dobavljačem objekta leasinga stječe pravo vlasništva na objektu leasinga i primatelju leasinga na temelju ugovora o leasingu odobrava pravo korištenja tog objekta leasinga na određeno razdoblje, a ovaj za to plaća određenu naknadu.

Zakonodavac je time dao i opću definiciju leasing posla. Razlikuje pri tome leasing posao od ugovora o leasingu po definiciji i sadržaju, sistematizirajući leasing posao u opće odredbe (čl. 5. st. 1.), dok o ugovoru o leasingu sadrži posebne odredbe (čl. 35. do čl. 38.).

Po definiciji, leasing posao širi je pojam od ugovora o leasingu jer osim postojanja ugovora o leasingu između davatelja i primatelja leasinga predviđa (obuhvaća) i postojanje ugovora (jednog ili više) s trećim osobama.

<sup>7</sup> S. Jelinić, op. cit., str. 10.; Z. Kaleb, op. cit., str. 19.

Prema odredbi čl. 4. st. 4. predviđena je i mogućnost da dobavljač predmeta leasinga i davatelj leasinga budu ista osoba. U tom slučaju moguće je da u leasing poslu sudjeluju samo dvije osobe, tj. davatelj leasinga, koji je ujedno i dobavljač predmeta leasinga, i primatelj leasinga.

Upravo navedene odredbe (čl. 4. st. 1.) pokazuju da je zakonodavac prihvatio suvremeniji pristup po kojem, kako operativni, tako i financijski leasing može biti i direktni i indirektni leasing uzimajući pri tome karakteristike pojedinih vrsta leasinga.

U vezi s navedenom općom definicijom leasing posla iz čl. 5. st. 1. treba još dodati da je ona sastavni dio definicije pojedinih vrsta leasinga odnosno financijskog i operativnog leasinga (o čemu govorimo u nastavku, u točki II. 1. 2.).

### II.1.2. Vrste leasinga

*Vrste leasinga* određene su i navedene u čl. 5. st. 2.

Posao leasinga, kako je definiran u citiranom čl. 5. st. 1. s obzirom na svoja posebna obilježja može biti posao financijskog leasinga ili posao operativnog leasinga (čl. 5. st. 2.) što znači pravni posao s općim obilježjima iz čl. 5. st. 1.

a) *Financijski leasing* je pravni posao iz čl. 5. st. 1. u kojem primatelj leasinga u razdoblju korištenja objekta leasinga plaća davatelju leasinga naknadu koja uzima u obzir cjelokupnu vrijednosti objekta leasinga, snosi troškove amortizacije tog objekta leasinga i opcijom kupnje može steći pravo vlasništva nad tim objektom leasinga po određenoj cijeni koja je u trenutku izvršenja te opcije manja od stvarne vrijednosti objekta leasinga u tom trenutku (čl. 5. st. 3.).

b) *Operativni leasing* je pravni posao iz čl. 5. st. 1. što također znači s općim obilježjima iz čl. 5. st. 1. u kojem je primatelj je leasinga u razdoblju korištenja objekta leasinga plaća davatelju leasinga određenu naknadu koja ne mora uzimati u obzir cjelokupnu vrijednost objekta leasinga, davatelj leasinga snosi troškove amortizacije tog objekta leasinga i primatelj leasinga nema određenu opciju kupnje, može se prekinuti korištenje uz određene uvjete (čl. 5. st. 4.).

**ad. a)** *Financijski leasing* prema općim obilježjima iz čl. 5. st. 1. je, dakle, takav pravni posao u kojem:

- davatelj leasinga kupuje predmet leasinga od dobavljača odnosno temeljem kupoprodajnog ugovora s dobavljačem stječe pravo vlasništva objekta leasinga;
- temeljem ugovora o leasingu primatelju leasinga odobrava pravo korištenja tog objekta leasinga;
- na određeno, razdoblje;
- i uz plaćanje određene naknade.

Prema posebnim obilježjima financijskog leasinga (čl. 5. st. 3.)

- primatelj leasinga u razdoblju korištenja objekta leasinga plaća davatelju leasinga naknadu koja uzima u obzir cjelokupnu vrijednost objekta leasinga:

- snosi troškove amortizacije objekta leasinga;
- opcijom kupnje može steći pravo vlasništva nad objektom leasinga;
  - ♦ po određenoj cijeni koja je u trenutku izvršenja te opcije manja od stvarne vrijednosti objekta leasinga u tom trenutku.

**ad. b) Operativni leasing** ima ista opća obilježja kao i financijski leasing, a to su:

- davatelj leasinga temeljem kupoprodajnog ugovora s dobavljačem stječe vlasništva objekta leasinga;
- ugovorom o leasingu primatelju leasing odobrava pravo korištenja objekta leasinga;
- na određeno razdoblje;
- i uz određenu naknadu.

Posebna obilježja pravnog posla operativnog leasinga propisana su odredbama čl. 5. st. 4. kako slijedi:

- primatelj leasinga u razdoblju korištenja objekta leasinga plaća davatelju leasinga određenu naknadu;
- koja naknada ne mora uzimati u obzir cjelokupnu vrijednost objekta leasinga;
- davatelj leasinga snosi troškove amortizacije tog objekta leasinga;
- primatelj leasinga nema opciju kupnje objekta leasinga;
- korištenje objekta leasinga može se prekinuti uz određene uvjete.

*Razlike* između financijskog leasinga i operativnog leasinga, prema citiranim zakonskim odredbama čl. 5., očituju se dakle:

- u naknadi koju plaća primatelj leasinga (koja uzima u obzir cjelokupnu vrijednost objekta kao kod financijskog leasinga, ili ne, kao kod operativnog leasinga);
- u snošenju troškova amortizacije objekta leasinga (koje kod financijskog leasinga snosi primatelj leasinga, a kod operativnog leasinga snosi ih davatelj leasinga);
- u opciji kupnje, i stjecanju vlasništva objekta leasinga, koja postoji samo kod financijskog leasinga;

To ne znači da kod svakog financijskog leasinga ta opcija zaista mora biti i predviđena niti znači da transakcija gubi značaj financijskog leasinga, ako ne predviđa tu opciju, a inače ispunjava pretpostavke koje karakteriziraju financijski leasing.

- u (ne)mogućnosti da se prekine korištenje objekta leasinga, koja je mogućnost zakonom predviđena samo za operativni leasing.

To ne znači da do prekida korištenja predmeta leasinga ne može doći i kod financijskog leasinga, ali se primatelj leasinga u tom slučaju neće osloboditi svojih obveza iz ugovora o leasingu.<sup>8</sup>

Na opisani način zakonodavac je prihvatio neka već oblikovana stajališta glede obilježja financijskog i operativnog leasinga.

<sup>8</sup> Vidjeti Z. Parać, op. cit., str. 180.

Napominjemo da se u okviru ovog rada ne bavimo onim razlikama koje proizlaze iz upravnopravnih npr. poreznih propisa, iako je njihov utjecaj i na području leasing poslovanja vrlo značajan.

Često se, međutim, naglašava i to da je temeljna razlika između financijskog i operativnog leasinga u dužini trajanja ugovora i snošenju troškova i rizika u svezi s predmetom leasinga. Tako se ističe, da je kod financijskog leasinga ugovoreno trajanje ugovora duže, rizik i troškove održavanja, popravaka, osiguranja i sl. snosi primatelj leasinga.

Leasing naknada ugovara se na način da primatelj isplaćuje davatelju leasinga punu vrijednost predmeta leasinga.

Ne predviđa se mogućnost otkaza ugovora kroz određeno vrijeme trajanja leasinga.

Kod operativnog leasinga ugovor se sklapa na kraće vrijeme.

Usluga leasinga, u pravilu, obuhvaća troškove financiranja, održavanja, osiguranja i sl. Navedeni troškovi uključeni su u iznos naknade odnosno u obroke leasing naknade.

Operativni leasing ocjenjuje se kao najbliži zakupu.

U praksi se, do sada, međutim, pokazalo da upravo one odredbe koje se smatraju karakterističnim za financijski leasing nalazimo u ugovorima o operativnom leasingu i obrnuto.

Tako se u praksi ni, dužina trajanja ugovora ne pojavljuje uvijek kao temeljni kriterij razlikovanja financijskog od operativnog leasinga.

Npr. ugovori o leasingu automobila, koji prevladavaju na našem tržištu leasing poslovanja, uz izričitu oznaku da se radi o financijskom leasingu, sklapaju se najčešće na rok od tri do pet godina, ali ima onih sklopljenih na dvije godine, što se smatra kraćim trajanjem ugovora o leasingu.

Isto se može uočiti i kod drugih odredaba npr. onih o dužnosti održavanja, snošenju troškova, odgovornosti za nedostatke i za štetu i dr. S pravom se, stoga, isticalo da ocjena o tome o kakvoj je vrsti leasinga riječ, ovisi o analizi svih ugovornih odredaba o pravima i obvezama te položaju ugovornih strana.<sup>9</sup> Upravo stoga, da bi se izbjegnule dvojbe o tome o kojoj se vrsti leasinga radi, u ugovorima o leasingu često nalazimo izričitu odredbu da se, primjerice, “smatra financijskim leasingom”.

Međutim, i kad to izostane, ocjena pojedinog ugovora o leasingu vezana je s izloženim kriterijima podjele leasinga. Pri tome, načelno, nije odlučujuće, što je predmet ugovora o leasingu npr. da li se radi o pokretninama ili nekretninama. Stoga, uzimajući u obzir zakonske odredbe, nema zapreke da npr. ugovor o leasingu nekretnina ima značaj bilo financijskog bilo operativnog, odnosno, direktnog ili indirektnog leasinga.

To će ovisiti o ugovornim odredbama, a one zasigurno mogu biti različite za pojedine nekretnine, npr. za pojedine vrste poslovnog prostora. Uvjeti leasinga ne moraju biti isti kad se radi o poslovnoj zgradi ili kad se radi o garaži ili garažnom mjestu, uredskoj prostoriji i sl.

<sup>9</sup> S. Jelinić, op. cit., str. 10.

Naravno da će sve to doći do izražaja i kad se radi o drugoj vrsti predmeta, npr. o leasingu automobila.

Prema tome, sve ono što je rečeno o karakteristikama pojedinih vrsta leasinga (npr. dužina trajanja ugovora i formiranje leasing naknade kod financijskog ili operativnog leasinga), primijenjeno na odredbe pojedinog ugovora o leasingu, daje nam odgovor na pitanje o kojoj se vrsti leasinga radi.

## **II.2. Subjekti u poslovima leasinga**

U općim odredbama Zakona o leasingu nalaze se i one o subjektima u poslovima leasinga (čl. 4.).

To su:

- a) davatelj leasinga
- b) primatelj leasinga
- c) dobavljač objekta leasinga.

**ad. a)** Davatelj leasinga je svaka osoba koja, u skladu sa člankom 6. stavkom 1. i 2. ovoga Zakona, ima pravo obavljati poslove leasinga (čl. 4. st. 2.).

U zakonskom uređenju uvjeta za osnivanje, poslovanje i prestanak rada leasing društva, sadržene su odredbe o svim navedenim pitanjima vezanim uz leasing društva kao davatelja.

Navedenim, tzv. statusnim pitanjima, u okviru ovog rada posebno se ne bavimo, kao što je to već uvodno istaknuto.

**ad. b)** Primatelj leasinga je svaka osoba koja na osnovi ugovora o leasingu stječe pravo korištenja objekta leasinga uz obvezu plaćanja ugovorene naknade (čl. 4. st. 3.).

**ad. c)** Dobavljač objekta leasinga je pravna ili fizička osoba koja posluje i obavlja gospodarsku djelatnost u skladu s propisima o trgovačkim društvima, odnosno propisima o obrtu, koja s davateljem leasinga sklapa ugovor na osnovi kojeg davatelj leasinga stječe pravo vlasništva na objektu leasinga, osim ako dobavljač objekta leasinga i davatelj leasinga nisu ista osoba (čl. 4. st. 4.).

U svezi s odredbom čl. 4. već smo istaknuli da se transakcija u kojoj, uz davatelja i primatelja leasinga, imamo i dobavljača kao treću osobu, u poslovima leasinga uobičajeno naziva indirektnim leasingom (neovisno o tome da li se radi o financijskom ili operativnom leasingu).

Naglašavamo da treba razlikovati subjekte leasing posla od ugovornih strana ugovora o leasingu.

Nisu svi subjekti leasing posla i ugovorne strane ugovori o leasingu. Od subjekata leasing posla, davatelj leasinga i primatelj leasinga ujedno su i ugovorne strane ugovora o leasingu dok dobavljač to nije (osim u slučaju iz čl. 4. st. 4. kad su davatelj leasinga i dobavljač ista osoba).

Međutim, iz daljnjih izlaganja uočiti će se važnost dobavljača u svezi s pravima i obvezama u leasing poslu odnosno u svezi s ugovorom o leasingu, što je vidljivo već iz same definicije leasing posla.

Što se tiče ugovornih strana, dodali bismo još i to, da se kao primatelj leasinga može javiti fizička i pravna osoba. Ističe se, također, da je upravo ugovor o leasingu pogodan pravni okvir za strane osobe zbog zakonskih ograničenja koje za njih postoje glede stjecanja prava vlasništva nekretnina.

Naravno da u tom slučaju odredbe ugovora o leasingu, koje se tiču mogućnosti stjecanja vlasništva ne bi mogle biti u suprotnosti sa prinudnim propisima koji uređuju to pitanje.

Tako shvaćamo i zakonsku odredbu koja, govoreći o objektu leasinga, upućuje na propise o vlasništvu (čl. 2. st. 1. toč. 1.).

### III. Ugovor o leasingu

Na ugovor o leasingu odnose se odredbe čl. 35. do 51. Zakona o leasingu.

Relativno malobrojne odredbe kojima se uređuje ugovor o leasingu pokazuju da zakonodavac očito nije imao namjeru niti je smatrao da je time uredio sva pitanja vezana uz sadržaj tog ugovora odnosno leasing posla. Naprotiv, upravo sadržaj tih odredaba, koji ćemo dalje izložiti, s jedne strane, te dosadašnja poslovna praksa i neke, već spomenute, kritičke primjedbe na tu praksu, o kojima u nastavku također govorimo, s druge strane, pokazuju odrednice i razloge takvih okvira zakonskog uređenja.

To nesumnjivo znači da se opći uvjeti poslovanja i nadalje predviđaju i uvažavaju kao izvor prava u oblikovanju ugovora o leasingu, a upućuje se izričito i na supsidijarnu primjenu osnovanih pravila Zakona o obveznim odnosima (čl. 35.).

Naravno, tek će primjena u praksi pokazati koliko se u predviđanjima i namjeri uspjelo.

Posao leasinga uređuje se ugovorom o leasingu koji sklapaju davatelj i primatelj leasinga.

Kod poslova leasinga treba razlikovati dva pravna odnosa koji se temelje na odvojenim pravnim osnovama, i to:

1. odnos davatelja leasinga i dobavljača objekta leasinga, temeljem ugovora o kupoprodaji;
2. odnos davatelja leasinga i primatelja leasinga temeljem ugovora o leasingu.

S pravom se ističe<sup>10</sup> da je donošenjem Zakona o leasingu hrvatski pravni sustav dobio jedan novi imenovani ugovor, uređen posebnim zakonom.

O samom ugovoru o leasingu govori se u odredbama čl. 35. do čl. 38., koje se odnose na sljedeće:

- a) pojam ugovora;
- b) sadržaj i oblik ugovora o leasingu;
- c) posebne odredbe za ugovor o financijskom leasingu;
- d) posebne odredbe za ugovor o operativnom leasingu.

**ad. a)** *Pojam* ugovora o leasingu određen je čl. 35.

<sup>10</sup> Ana Keglević: "Zakon o leasingu", Hrvatska pravna revija, siječanj 2007., str. 49.



Prema tim odredbama ugovorom o leasingu obvezuje se davatelj leasinga pribaviti objekt leasinga od dobavljača objekta leasinga i primatelju leasinga odobriti pravo korištenja tog objekta leasinga na određeno razdoblje, a ovaj se obvezuje plaćati mu za to određenu naknadu.

Uspoređujući navedenu definiciju pojma ugovora o leasingu iz čl. 35. s definicijom pojma leasing posla iz čl. 5. st. 1., koji izričito govori o stjecanju prava vlasništva davatelja leasinga na objektu leasinga temeljem kupoprodajnog ugovora sklopljenog s dobavljačem, smatramo da “pribaviti objekt leasinga” iz čl. 35. znači za davatelja leasinga obvezu pribaviti vlasništvo objekta leasinga od dobavljača.

Primatelj leasinga je ona ugovorna strana koja određuje objekt leasinga i dobavljača tog objekta leasinga.

**ad. b)** *Sadržaj i oblik* ugovora o leasingu određeni su čl. 36.

– Što se tiče *sadržaja* propisane su odredbe koje, ugovor mora obvezno sadržavati kao i druge odredbe koje ugovor može sadržavati.

Ugovor o leasingu mora obvezno sadržavati su sljedeće odredbe:

1. tvrtku i sjedište davatelja leasinga,
2. tvrtku i sjedište, odnosno ime, prezime i adresu primatelja leasinga,
3. određenje posla leasinga (financijski ili operativni),
4. detaljno određenje objekta leasinga,
5. vrijednost objekta leasinga,
6. ukupni iznos naknada,
7. iznos pojedine naknade,
8. vrijeme trajanja ugovora,
9. razloge i uvjete prijevremenog prestanka ugovora (čl. 36. st. 1.).

Druge odredbe koje ugovor može sadržavati predviđene su u čl. 36. st. 2. ZL, a to su odredbe kojima se uređuju rizici od kojih se objekt leasinga mora osigurati i način osiguranja, vrijeme, mjesto i način preuzimanja objekta leasinga, troškovi prijevoza objekta leasinga, troškovi montaže i instalacije u slučaju da se radi o kompleksnom objektu leasinga, troškove održavanja objekta leasinga, mogućnost izobrazbe osoblja primatelja leasinga za korištenje objekta leasinga, kao i druge podatke.

– *Oblik* ugovora o leasingu propisan je odredbama čl. 36. st. 3. Ugovor mora biti sklopljen u pisanom obliku. Izričito je, također, propisano da ugovor mora biti napisan na pregledan i razumljiv način primatelju leasinga (čl. 36. st. 4.).

**ad. c)** Posebnim odredbama za ugovor o *financijskom* leasingu (čl. 37. ZL) propisane su odredbe koje taj ugovor mora obvezno sadržavati, uz one predviđene čl. 36. st. 1.

To su sljedeće odredbe:

1. iznos udjela u ukupnoj vrijednosti objekta leasinga,
2. iznos, broj i rokove plaćanja pojedinih rata (otplatna tablica),
3. realnu godišnju kamatnu stopu.

Predviđeno je, također, da će Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga, pravilnikom propisati način i metodu izračuna realne godišnje kamatne stope uključujući i sve elemente izračuna (čl. 37. st. 2.).

Posebnim odredbama za ugovor o operativnom leasingu (čl. 38.) također su predviđene odredbe koje taj ugovor mora obvezno sadržavati, uz one iz čl. 36. st. 1. i to:

- iznos udjela u ukupnoj vrijednosti objekta leasinga,
- iznos, broj i rokove plaćanja pojedinih rata (otplatna tablica).

Predviđeno je da će Agencija pravilnikom propisati način i metodu izračuna realne godišnje kamatne stope uključujući i sve elemente izračuna.<sup>11</sup>

#### ***IV. Prava i obveze ugovornih strana i drugih subjekata***

Uvodno bi smo ponovno naglasili, da su u dosadašnjoj praksi prilikom sklapanja ugovora o leasingu, u nedostatku zakonskog uređenja, opći uvjeti poslovanja u najvećoj mjeri bili izvor prava. Davatelji leasinga koji su donosili takve opće uvjete uključuju ih, kao sastavne dijelove ugovora, u unaprijed pripremljene tipske ili adhezijske obrasce ugovora.

To je, s jedne strane, dovelo do poželjne standardizacije uobičajenih klauzula, ali, s druge strane, krilo je u sebi opasnost unošenja u ugovore i nametanja drugoj ugovornoj strani takvih klauzula kojima davatelj leasinga nastoji prenijeti na primatelja leasinga što više rizika kojima su izložene ugovorne strane, npr. isključuje ili ograničava svoju odgovornost.

Kao i u svakom ugovornom odnosu i kod ugovora o leasingu treba poštivati autonomiju volja ugovornih strana.

Međutim, postavljalo se pitanje granica te autonomije, a da bi se održala ugovorna ravnoteža u pravima i obvezama stranaka.

To posebno u situaciji kad sastavni dio ugovora čine opći uvjeti koje donosi jedna ugovorna strana odnosno davatelj leasinga.

U razdoblju nedostatka posebnog zakona koji bi uređivao to područje, dakle, prije donošenja Zakona o leasingu, kontrola leasing poslovanja, a s time u svezi i kontrola općih uvjeta poslovanja, u našem pravu, nesumnjivo je bila podvrgnuta općim pravilima obveznog prava koja u takvim slučajevima mogu doći do primjene.

To će i nadalje biti slučaj, uvažavajući pri tome i izričitu odredbu čl. 35. Zakona o leasingu koja upućuje kako ćemo u nastavku izložiti na osnovna pravila (opći dio) Zakona o obveznim odnosima. Treba smatrati, da to uključuje i odredbe koje općenito uređuju ugovorne obvezne odnose,<sup>12</sup> (o tome opširnije govorimo nastavno pod točkom a/), a to su i odredbe koje se odnose na opće uvjete ugovora.

<sup>11</sup> Pravilnik o načinu i metodi izračuna realne godišnje kamatne stope za ugovor o financijskom leasingu (NN 42/2007.), u primjeni je od 1. lipnja 2007.

<sup>12</sup> Vidjeti obrazloženje Prijedloga Zakona o leasingu uz čl. 38.

Tako će npr. uz već spomenutu izričitu odredbu čl. 343. st. 2. ZOO-a (čl. 264. st. 2. ranijeg ZOO-a) o suprotnosti s načelom savjesnosti i poštenja (u svezi s proširenjem ugovorne odgovornosti), za ocjenu i za pitanje valjanosti općih uvjeta poslovanja davatelja leasinga vrijediti i opće odredbe o ništetnosti pojedinih odredaba općih uvjeta u smislu čl. 296. ZOO-a (čl. 143. ranijeg ZOO-a).

Prema tim odredbama nišetne su odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama strana na štetu suugovaratelja sastavljača ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako su opći uvjeti koji ih sadrže odobreni od nadležnog tijela.

Prilikom ocjene ništetnosti određene odredbe općih uvjeta ugovora uzimaju se u obzir sve okolnosti prije i u vrijeme sklapanja ugovora, pravna narav ugovora, vrsta robe ili usluge koja je objekt činidbe, ostale odredbe ugovora kao i odredbe drugog ugovora s kojim je ta odredba općih uvjeta ugovora povezana.

Naravno da pri tome treba uzeti u obzir specifičnost ugovora o leasingu. Primjerice, davatelj leasinga koji snosi rizik financiranja leasing posla mora osigurati održavanje obveze primatelja leasinga i pouzdati se u buduća plaćanja, a kroz naknadu, koju plaća primatelj leasinga, pokriti cijenu predmeta leasinga s kamatama i uključiti dobit.

Iako je davatelj leasinga vlasnik predmeta leasinga, primatelja leasinga smatra se tzv. ekonomskim vlasnikom.

Treba naglasiti da je materija općih uvjeta ugovora (čl. 295. i čl. 296. ZOO-a) izmijenjena<sup>13</sup> u odnosu na ranije odredbe (čl. 142. do čl. 144. ranije važećeg ZOO-a).<sup>14</sup>

Glede ništetnosti pojedinih odredaba sada je čl. 296. ništetnost utvrđena, kao jedina posljedica za nepoštene klauzule općih uvjeta ugovora, za razliku od dosadašnje dvije mogućnosti prema odredbama čl. 143. ranijeg ZOO-a: ništetnost prema st. 1. i prema st. 2., mogućnost da sud odbije primjenu pojedinih odredaba, iako one ne moraju biti nišetne, ako bi one bile nepravilne ili pretjerano stroge za drugu stranu.

U primjeni čl. 143. ranijeg ZOO-a sudska praksa zauzela je i sljedeće stajalište:

“Kad sud ispituje je li određena odredba općih uvjeta pretjerano stroga prema drugoj strani treba objektivno utvrditi da li ona odražava ono što se u određenoj grani smatra uobičajenim, odnosno procijeniti zajedničke interese cijelog kruga korisnika u odnosu na interese sastavljača uvjeta, kako bi mogao ocijeniti u kojoj mjeri određena odredba općih uvjeta šteti konkretnoj stranci u sporu.” (Županijski sud u Zagrebu, Gž 3662/2002, od 23. studenog 2004.)

U razlozima te odluke između ostalog je navedeno:

<sup>13</sup> Izvršeno je usklađivanje sa smjernicom vijeća Europske zajednice broj 93/13/EEZ, od 5. travnja 1993.

<sup>14</sup> Vidjeti Vilim Gorenc; “Komentar Zakona o obveznim odnosima”, Zagreb, 2005., str. 422.

“Međutim, sudska kontrola općih uvjeta u smislu odredbe čl. 143. ZOO-a propisana je zato što sastavljač uvjeta ima mogućnost unijeti u opće uvjete odredbe koje su povoljne za njega, a štete interesima druge ugovorne strane. Stoga se prilikom ocjene neke odredbe općih uvjeta u smislu navedene zakonske odredbe treba objektivno utvrditi da li opći uvjeti odražavaju ono što se u određenoj grani smatra kao uobičajeno, što znači da se ne polazi od konkretnog prema općem, već obrnuto, dakle, sud treba procijeniti zajedničke interese cijelog kruga korisnika i te interese cijeliti u odnosu na interese sastavljača uvjeta, kako bi nakon tog utvrđenja mogao ocijeniti u kojoj mjeri određena odredba općih uvjeta šteti konkretnoj stranci u sporu.”

Zakonska rješenja, nesumnjivo mogu utjecati na granice dispozitivnosti odnosno na granice autonomije volje stranaka prilikom sklapanja ugovora o leasingu i uređenja njihovih međusobnih prava i obveza, što samo po sebi ne mora imati negativno djelovanje.

Imajući na umu sve izloženo nesporan je značaj odredaba kojima je Zakon o leasingu uredio ugovor o leasingu i prava i obveze subjekata tog odnosa.

U svezi s tim odredbama postavlja se i pitanje njihove pravne prirode, odnosno radi li se o odredbama prisilnog ili dispozitivnog karaktera.

Pri tome upućujemo na odredbu čl. 93. ZL-a prema kojoj “odredbe ove glave Zakona ne isključuju primjenu odredaba ovog odnosno drugih zakona koji na prisilan način uređuju sadržaj pravnog odnosa na temelju ugovora o leasingu, bez obzira na to koje se pravo primjenjuje.”

Navedena zakonska odredba ne daje odgovor na pitanje koje su odredbe Zakona o leasingu prisilnog karaktera.

To znači da će u primjeni pojedinih zakonskih odredaba trebati ocijeniti koja je njihova pravna priroda kao što je to najčešće slučaj i u primjeni odredaba drugih zakona, budući da izostaje izričito izjašnjenje zakonodavca o tome (npr. sankcijom ništivosti).

Treba dodati da je Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga, na temelju zakonskog ovlaštenja donijela niz pravilnika koji uređuju odnose na području leasinga, od kojih su neki od bitnog utjecaja za međusobna prava i obveze ugovornih strana ugovora o leasingu, a njihova je primjena obvezna kod sklapanja određenih vrsta ugovora o leasingu.

Tako npr. spomenuti Pravilnik o načinu i metodi izračuna realne godišnje kamatne stope za ugovor o financijskom leasingu u čl. 1. predviđa da su propisani način i metoda izračuna obvezna primjenjivati leasing društva pri sklapanju ugovora o financijskom leasingu.

Istu, odgovarajuću, odredbu obvezatnosti primjene sadrži i Pravilnik o načinu i metodi izračuna iznosa ukupne naknade za ugovore o operativnom leasingu (NN 46/2007.).

Uz sadržaj zakonskih odredaba o pravima i obvezama subjekata leasinga u nastavku ćemo izložiti i neke primjere sadržaja postojećih ugovora o leasingu, a uz to i ozbiljne zamjerke glede dosadašnjeg stanja i (ne)uravnoteženosti zaštite interesa ugovornih strana, ali također, uz istovremeno naglašavanje specifičnosti leasing posla i položaja davatelja leasinga u tom ugovornom odnosu.

Svakako da sve to treba uzeti u obzir, i u svezi s odgovarajućim odredbama Zakona o leasingu.

Pri tome polazimo od, već naprijed istaknutog, visokog stupnja standardizacije u pravnom uređenju ugovora o leasingu, tako da sadržaj tih odredaba glede pojedinih pitanja koja ćemo izložiti, možemo smatrati gotovo tipičnim za leasing poslovanje u našoj zemlji.

*Prava i obveze* subjekata leasinga uređeni su odredbama čl. 39. do 51. ZL-a, a odnose se na sljedeće:

- a) primjenu odredaba Zakona o obveznim odnosima;
- b) obveze leasinga društva kao davatelja leasinga (čl. 40. do 42.);
- c) prava i obveze primatelja leasinga (čl. 43. do 48.);
- d) obveze dobavljača (čl. 49. do 50.);
- e) solidarnu odgovornost leasing društva kao davatelja leasinga i dobavljača objekta leasinga prema primatelju leasinga.

**ad. a)** Na prava i obveze subjekata u poslovima leasinga primjenjuju se osnove obveznih odnosa (opći dio) Zakona o obveznim odnosima ako Zakonom o leasingu nije drugačije određeno.

Istina, naglasili bismo da je u prvotnom tekstu Prijedloga Zakona o leasingu bila predviđena primjena “odredaba Zakona o obveznim odnosima”, da bi to u konačnom tekstu Zakona bilo ograničeno na osnove obveznih odnosa (opći dio) Zakona o obveznim odnosima.

Suglasni smo s mišljenjem<sup>15</sup> da je po prirodi stvari gotovo nužno tumačiti odredbe o supsidijarnoj primjeni Zakona o obveznim odnosima samo tumačiti na način da to obuhvaća i odredbe kojima se općenito uređuju ugovorni odnosi.

Upravo je zakonodavac u obrazloženju u Konačnom Prijedlogu Zakona o leasingu uz članak 39. istaknuo da se i na ugovor o leasingu koji uređuje posao leasinga i koji sklapaju davatelj i primatelj leasinga primjenjuju osnovna načela Zakona o obveznim odnosima (odredbe tog Zakona o nastanku obveza, učincima i prestanku obveza) kao i odredbe koje se odnose na ugovorne obvezne odnose, što znači na sklapanje ugovora, zastupanje, tumačenje, nevaljanost i pravne učinke ugovora.

Vidljivo je, dakle, da se mislilo na sveobuhvatniju primjenu odredaba Zakona o obveznim odnosima.

Primjena tih odredaba supsidijarna je, tj. ako Zakon o leasingu, kao posebni zakon, ne određuje drukčije.

**ad. b)** Obveze *davatelja* leasinga, a to je leasing društvo, koje su uređene čl. 40. do 42. ZL-a, odnose se na:

- ba/ pribavljanje objekta leasinga,
- bb/ odgovornost za pravne nedostatke,
- bc/ isključenje odgovornosti za štetu od korištenja objekta leasinga.

<sup>15</sup> Vidjeti Z. Parać, op. cit., str. 171.

**ad. ba)** pribavljanje objekta leasinga glavna je obveza davatelja leasinga, i to:

- prema zahtjevu primatelja leasinga
- i od dobavljača kojeg je odredio primatelj leasinga
  - dobavljača je dužan obavijestiti da objekt pribavlja radi izvršenja ugovora o leasingu:
- uz naznaku primatelja leasinga
- time da je obavijest dužan dostaviti dobavljaču najkasnije do preuzimanja objekta leasinga.

**ad. bb)** Odgovornost davatelja leasinga (leasing društva) za pravne nedostatke (čl. 41.) razrađena je glede pretpostavki postojanja te odgovornosti.

Davatelj leasinga odgovoran je primatelju leasinga ako treći polaže neko pravo na objekt leasinga ili njegov dio koje isključuje, umanjuje ili ograničava pravo primatelja leasinga, osim ako je primatelj leasinga o tome obaviješten i pristao je na preuzimanje objekta leasinga opterećenog tim pravom (čl. 41. st. 1.).

Primatelj leasinga dužan je o tome obavijestiti davatelja leasinga, osim kad je to davatelju leasinga već poznato (čl. 41. st. 2.).

Ako primatelj leasinga ne postupi u skladu s odredbama stavka 2. ovoga članka odgovoran je davatelju leasinga za nastalu štetu (čl. 41. st. 3.).

Ako se utvrdi da trećemu pripada pravo koje sasvim isključuje pravo primatelja leasinga, ugovor se raskida po samom zakonu, a davatelj leasinga je dužan primatelju leasinga nadoknaditi štetu. (čl. 41. st. 4.).

Kad se pravom trećega samo ograničava pravo primatelja leasinga, ovaj može, po svojem izboru, raskinuti ugovor ili zahtijevati sniženje leasing naknade i u svakom slučaju naknadu štete. (čl. 41. st. 5.).

Svakako je uočljivo da nije predviđena odgovornost davatelja leasinga za materijalne nedostatke.

Ta odgovornost tereti dobavljača objekta leasinga, o čemu govorimo u nastavku.

**ad. bc)** isključenjem odgovornosti davatelja leasinga za štetu nastalu korištenjem objekta leasinga propisane su sljedeće pretpostavke:

- pravilo je da davatelj leasinga nije odgovoran primatelju leasinga za štetu nastalu korištenjem objekta leasinga (čl. 42. st. 1.)
- iznimno, davatelj leasinga odgovoran je primatelju leasinga za štetu nastalu korištenjem objekta leasinga u slučaju kada je sudjelovao u izboru objekta leasinga ili ako je to ugovorom izričito ugovoreno (čl. 42. st. 2.).

**ad. c)** Obveze i prava *primatelja* leasinga uređene su odredbama čl. 43. do 48. ZL-a, a odnose se na:

- ca/ preuzimanje objekta leasinga
- cb/ plaćanje naknade
- cc/ korištenje objekta leasinga
- cd/ predaju objekta leasinga trećoj osobi
- ce/ vraćanje objekta leasinga po prestanku ugovora.



**ad. ca)** Primatelj leasinga dužan je preuzeti objekt leasinga na način određen ugovorom o leasingu

Do ispunjenja obveze isporuke sukladne ugovoru o leasingu primatelj leasinga nije dužan plaćati naknadu koju bi na temelju ugovora o leasingu bio dužan plaćati nakon isporuke objekta leasinga (čl. 43. st. 3.).

Primatelj leasinga nije dužan preuzeti objekt leasinga ako dobavljač objekta leasinga primatelju leasinga ne isporuči objekt leasinga, ako ga isporuči sa zakašnjenjem, ako objekt ima materijalni nedostatak ili nije u skladu s ugovorom o leasingu (čl. 44. st. 1.).

U tom slučaju primatelj leasinga ima sljedeća prava:

- odbiti prihvat isporuke ili
- raskinuti ugovor
- pravo na naknadu štete od dobavljača
- pravo na povrat naknade koju je platio u skladu s ugovorom.

**ad. cb)** Primatelj leasinga dužan je plaćati naknadu na način određen ugovorom o leasingu.

Ako je primatelj leasinga dva uzastopna roka u zakašnjenju s plaćanjem naknade, davatelj leasinga može raskinuti ugovor o leasingu i ima pravo na iznos dužne naknade i ostale tražbine iz ugovora o leasingu.

Ugovor iz stavka 1. ovoga članka ostaje na snazi ako primatelj leasinga plati iznos dužne naknade prije nego mu je raskid priopćen.

Ako raskine ugovor, davatelj leasinga ima pravo oduzeti objekt leasinga od primatelja leasinga.

**ad. cc)** Primatelj leasinga ima pravo korištenja objekta leasinga u skladu s ugovorom ili namjerom objekta pri čemu je dužan postupati s pažnjom dobrog gospodarstvenika.

Gubitak objekta leasinga ili gubitak njegove funkcije ne oslobađa primatelja leasinga od njegovih obveza određenih ugovorom o leasingu.

Primatelj leasinga odgovoran je za štetu koju uzrokuje korištenjem objekta leasinga suprotno ugovoru ili namjeni objekta leasinga.

**ad. cd)** Primatelj leasinga može objekt leasinga dati u cijelosti ili u pojedinačnim dijelovima, dati druge, na korištenje uz sljedeće pretpostavke (čl. 47.)

- uz pisanu suglasnost davatelja leasinga;
- u protivnom davatelj leasinga može raskinuti ugovor i ima pravo na naknadu štete;
- predaja objekta leasinga drugome na korištenje ne oslobađa primatelja leasinga obveza određenih ugovorom o leasingu (čl. 47. st. 3.)

**ad. ce)** Vraćanje objekta leasinga po presatnku ugovora o leasingu također je jedna od obveza primatelja leasinga (čl. 48.).

To mora učiniti:

- bez odgađanja;
- na način i u stanju određenom ugovorom.

Obveza vraćanja predmeta leasinga ne tereti primatelja leasinga u sljedećim slučajevima:

- ako je ispunio ugovorne uvjete kojima stječe pravo vlasništva;
- prava produženja ugovora;
- prava na sklapanje novog ugovora o leasingu.

Primatelj leasinga ne odgovara za istrošenost objekta leasinga koja nastane njegovim redovitim korištenjem, kao ni za promjene na njemu koje su izvršene u dogovoru s davateljem leasinga.

**ad. d)** O obvezama *dobavljača* objekta leasinga govori se u čl. 49. do 51., a odnose se na:

- a) obvezu isporuke objekta leasinga
- b) njegovu odgovornost prema primatelju leasinga i
- c) solidarnu odgovornost sa davateljem leasinga.

Iako dobavljač objekta leasinga nije ugovorna strana ugovora o leasingu, kao što smo već isticali, njegova uloga značajna je i od bitnog utjecaja na međusobna prava i obveze ugovornih strana iz ugovora o leasingu.

On odgovara za obveze koje inače, u pravilu, terete jednu od ugovornih strana (odgovornost za materijalne nedostatke, za zakašnjenje i neispunjenje ugovora o leasingu). Upravo ta uloge drugih subjekata, koji nisu ugovorna strana ugovora o leasingu jedna je od specifičnosti poslova leasinga.

**ad. da)** Dobavljač objekta leasinga je dužan objekt leasinga isporučiti primatelju leasinga u ispravnom stanju na način određen ugovorom o leasingu, osim ako je ugovorom o leasingu predviđeno da objekt leasinga isporuči davatelj leasinga.

**ad. db)** Odgovornost dobavljača objekta leasinga prema primatelju leasinga, koji prema izričitim zakonskim odredbama ima prava koja bi prema propisima koji uređuju obvezne odnose imala strana u ugovoru s dobavljačem, predviđena je u sljedećim slučajevima:

- ako ne isporuči objekt;
- ako ga isporuči sa zakašnjenjem;
- ako objekt ima materijalne nedostatke.

U svezi s ovim posljednjim podsjećamo da za pravne nedostatke primatelju leasinga odgovara davatelj leasinga (čl. 41. ZL).

Primatelj leasinga nema pravo sniženja cijene bez suglasnosti davatelja leasinga (čl. 50. st. 2. ZL).

Ističemo značaj odredbe da dobavljač objekta leasinga ne može biti odgovoran primatelju leasinga i davatelju leasinga za istu štetu (čl. 50. st. 3.)

**ad. dc)** Posebne odredbe odnose se na solidarnu odgovornost dobavljača i davatelja leasinga

Ako je davatelj leasinga izabrao dobavljača objekta leasinga, solidarno s njim odgovara primatelju leasinga ako objekt leasinga nije isporučen primatelju leasinga, ako je isporučen sa zakašnjenjem ili ako objekt leasinga ima materijalni nedostatak (čl. 51.).

## V. Primjeri postojeće poslovne prakse

Odredbе Zakona o leasingu koje uređuju ugovor o leasingu i prava i obveze ugovornih strana i drugih subjekata u svezi s tim ugovorom nesumnjivo će utjecati na postojeću poslovnu praksu na području leasinga, pa tako i kad se radi o ugovoru o leasingu nekretnina.

Kao što smo već naglasili, tek će primjena u praksi pokazati pravi doseg, zakonskih odredaba, kao i to u kojoj će mjeri one dovesti do promjena u dosadašnjoj praksi.

U sadašnjoj fazi ipak kratkotrajne primjene Zakona o leasingu smatramo korisnim izložiti uočene standardizirane odredbe i klauzule u postojećoj praksi. Citiramo pri tome i sudsku praksu koja se izjašnjavala o pojedinim pitanjima.

Navodimo primjerice i neke karakteristične odredbe općih uvjeta koji su sastavni dio ugovora o leasingu sklopljenih nakon stupanja na snagu Zakona o leasingu.

O *objektu*, odnosno *predmetu* ugovora o leasingu nekretnina, također, smo već govorili uz općenitu napomenu da predmet leasinga sam po sebi ne upućuje na nužnost ugovaranja određene vrste leasinga.

*Naknada* koju je u obvezi plaćati primatelj leasinga utvrđuje se ugovorom, a određuje se ovisno o tome o kojoj se vrsti leasinga radi, odnosno koje obveze terete pojedinu stranku.

Kod operativnog leasinga, u pravilu, davatelj leasinga održava predmet leasinga, servisira ga, snosi troškove osiguranja. Sve to odražava se na visinu naknade, pa se naglašava da je leasing naknada po operativnom leasing ugovora, u pravilu, znatno veća od vrijednosti stvari koja je predmet leasinga.<sup>16</sup>

Međutim, u dosadašnjoj praksi susrećemo i drukčiji rješenja, pa tako kod operativnog ugovora o leasingu čiji je predmet nekretnina nalazimo odredbe prema kojima, “leasing rata ne pokriva troškove održavanja predmeta leasinga, stoga je korisnik leasinga obavezan preuzeti sve troškove vezane uz redovno održavanje i redovne popravke predmeta leasinga, te se obavezuje osigurati predmet leasinga policom imovinskog osiguranja (protiv požara, poplave, prodora vode, potresa i dr.) na način da podmiruje i redovito produžava osiguranje predmeta leasinga”.

Nadalje, “mjesečna rata za leasing odgovara naknadi za ugovoreno uobičajeno korištenje nekretnine. Za korištenje nekretnine koje prelazi uobičajeni opseg potrebna je pismena suglasnost davatelja leasinga”.

To da predmet leasinga može utjecati na način formiranja naknade, međutim i neovisno o tome, dosadašnja dispozitivnost navedenih odredbi u poslovnoj praksi dovodi do odstupanja od onih pravila koja se vezuju uz pojedine vrste leasinga.

Odredbе o plaćanju obroka ili rata leasing naknade razrađene su u ugovorima glede rokova, iznosa, obračunavanja kamata i dr.

<sup>16</sup> S. Jelinić, op. cit., II. dio, str. 10.

U praksi se, u svezi s visinom naknade, postavilo pitanje da li sud može ispitivati primjerenost ugovorene naknade.

U odluci Vrhovnog suda RH, II Rev 228/2000, od 31. siječnja 2001., sud je u svezi s raskidom ugovora, raspravljao o visini naknade i u svezi s time istaknuo:

“Raspravljajući pitanje visine rečene naknade za uporabu strojeva, sudovi su vještačenjem utvrdili naknadu u iznosu od 15. 262,32 DEM mjesečno, a koliko prema nalazu vještaka iznosi uobičajena najamnina kod ugovora o najmu istovrsnih strojeva.

Glede tog utvrđenja u reviziji se potpuno neosnovano ističe da je predmetnim ugovorom visina najamnine ugovorena i da se stoga “ne može naknadno, pa makar i s vještacima izračunavati navodno “primjerena” najamnina za takvu opremu”, jer stvarna najamnina nije niti ugovorena, već se radi o prodajnoj cijeni, a što proizlazi iz činjenice da je u ugovoru predviđeno da zbroj ugovorenih rata čini iznos ukupne cijene.”

U odluci II Rev 123/1997, od 10. prosinca 1997., Vrhovni sud RH zauzeo je stajalište da “sud nije dužan a ni ovlašten ispitivati primjerenost iznosa čijom isplatom tuženik po vlastitom izboru može ispuniti svoju obvezu prema tužitelju i kao takav predstavlja njegovo alternativno ovlaštenje”.

Neplaćanje dospjelih obroka naknade razlog je za otkaz (raskid) ugovora, a obveza primatelja leasinga glede plaćanja ugovornih obroka naknade vezuje se, također, uz odredbe koje se odnose na otkazivanje ugovora prije isteka roka trajanja, na odgovornost za štetu i za nedostatke stvari i dr. kako će se to vidjeti iz daljnjih izlaganja.

*Odgovornost za nedostatke i odgovornost za štetu* možemo obuhvatiti zajednički uz, isto tako, zajedničku konstataciju, da se gotovo svi rizici leasing posla glede odgovornosti za štetu i odgovornosti za nedostatke prebacuju na jednu od ugovornih strana, tj. na primatelja leasinga.

Iako su pravni odnos davatelja leasinga i trgovca (isporučitelja) i pravni odnos davatelja i primatelja leasinga dva odvojena ugovorna odnosa, naglašava se<sup>17</sup> kako se općim uvjetima davatelja leasinga uspostavlja osebujna veza između posla leasinga i posla prodaje na način da davatelj leasinga ne odgovara za nedostatke i neovisno o vrsti nedostataka zadržava sva prava iz ugovora o leasingu, a primatelju, u pravilu, unaprijed ustupa svoja prava prema isporučitelju.

Ta veza između dva ugovora proizlazi i opravdava se funkcijom davatelja leasinga kao financijera, što znači da niti njegova odgovornost ne može ići dalje od rizika što se javljaju u okviru te funkcije.

U svezi s tim treba podsjetiti da je vlasnik predmeta leasinga za cijelo vrijeme trajanja ugovora upravo davatelj leasinga i da se, ne bez razloga, naglašava, da je financijska i vlasnička funkcija leasinga pod njegovom kontrolom, dok se rizici prebacuju na drugu ugovornu stranu, uključujući i one rizike koje ta strana nije prouzročila odnosno skrivila.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> S. Marušić, op. cit., str. 14.

<sup>18</sup> Ratko Miklaušić: Rizik transakcije financijskog leasinga, Informator br. 4619, od 13. lipnja 1998., str. 5.

Tako, s jedne strane, u odnosu na davatelja leasinga u ugovorima o financijskom leasingu nekretnina nalazimo odredbe da “davatelj leasinga ne odgovara za obveze proizvođača ili trgovca, niti za određene vidljive ili skrivene mane predmeta leasinga kao niti za štete zbog njegovog korištenja”, ili da se “davatelj leasinga u potpunosti isključuje od odgovornosti za naknadu štete ili bilo koja druga prava po osnovi zakona koja se odnose na odgovornost za materijalnu štetu”.

Primatelj leasinga sa svojim zahtjevima po tim osnovama upućuje se isključivo na ostvarivanje eventualnih prava prema proizvođaču odnosno trgovcu nekretninama.

Klauzulom o prijenosu prava “davatelj leasinga ustupa korisniku leasinga sva prava i obveze glede pregleda i pozivanja na nedostatke, ispunjenje, garanciju i posljedice kašnjenja koje ima prema isporučitelju na osnovu isporuke. Korisnik leasinga prihvaća ovo ustupanje, te se odriče takvih potraživanja prema davatelju leasinga i obvezuje se da za nedostatke i štetu nastalu temeljem ovog članka, neće teretiti davatelja leasinga.”

S druge strane, u odnosu na primatelja leasinga česte su klauzule o proširenju ugovorne odgovornosti.

Sadržaj tih klauzula može biti različit, a ovdje bismo se posebno osvrnuli na dva oblika proširenja ugovorne odgovornosti:

- a) odgovornost za štetu prouzrokovanu višom silom i
- b) odgovornost za slučaj.

Novi Zakon o obveznim odnosima u čl. 343. upotpunjuje definiciju v i š e sile predviđajući da se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao ispuniti svoju obvezu, odnosno da je zakasnio s ispunjenjem obveze zbog vanjskih, izvanrednih i nepredvidivih okolnosti nastalih poslije sklapanja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.

Dakle, radi se o okolnostima koje su:

- a) vanjske, izvanredne i nepredvidive
- b) nastale nakon sklapanja ugovora i
- c) koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.

Inače, prema općim odredbama o ugovornoj odgovornosti za štetu, proširenje ugovorne odgovornosti dužnika uređeno je odredbom čl. 344. ZOO-a (čl. 264. ranije važećeg ZOO) tako da je izričito predviđeno da se ugovorom može proširiti odgovornost dužnika i na slučaj za koji on inače ne odgovara.

Međutim, mogućnost ugovornog proširenja obveze dužnika istovremeno je ograničena tako da se ispunjenje takve ugovorne odredbe neće moći zahtijevati ako je u protivnosti s načelom savjesnosti i poštenja.

Autori, stoga, s pravom ukazuju na dvojbu o dopuštenosti suprotnog ugovaranja, tj. proširenja odgovornosti i na višu silu.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Ratko Miklaušić: Problematika vlasničkih rizika u transakciji financijskog leasinga, Informator br. 4524 do 4525, od 16. i 19. srpnja 1997., str. 8.

Iako većina, načelno, dopušta, takvo ugovaranje, ističe se i to da bi dužnik mogao prigovoriti takvom proširenju odgovornosti pozivom na načelo savjesnosti i poštenja u smislu čl. 264. st. 2. ZOO-a.<sup>20</sup>

I dok se, još ne tako davno, pretpostavljalo da će se “rijetko naći dužnik koji bi pristao na takvu klauzulu”, danas je takva klauzula gotovo standardizirana posebno u nekim vrstama ugovora.

Primjere takvih odredaba našli smo, u konkretnim već zaključenim ugovorima o leasingu, i u općim uvjetima poslovanja koji se odnose na leasing.

Odgovornost za *slučaj* (casus), također, je jedna od osnova proširenja dužnikove odgovornosti, koji se, kao što smo vidjeli, javlja u pravilu zajedno s višom silom. Slučaj se inače, određuje kao događaj koji bismo da smo ga predvidjeli, mogli spriječiti.<sup>21</sup> Sa stajališta odgovornosti za štetu bitno je, dakle, naglasiti da je to događaj koji se dužniku ne može pripisati u krivnju.

To nadalje znači da onaj tko odgovara prema pravilima subjektivne odgovornosti ne odgovara za slučajne štete, dok se prema pravilima objektivne odgovornosti odgovara i za slučajne štete.<sup>22</sup>

Svako daljnje ugovorno proširenje odgovornosti dužnika za slučaj postavlja one iste dvojbe o valjanosti takvih odredaba, koje smo već izložili govoreći o višoj sili pa upućujemo na taj dio izlaganja.

U ugovorima o leasingu nekretnina djelovanje navedenih okolnosti vezuje se, također, uz rizike koji se smatraju tipičnim rizicima prava vlasništva, kao što su:

- rizik propasti ili uništenje stvari,
- rizik oštećenja stvari,
- rizik za štetu koju stvar uzrokuje trećima.

Uz djelovanje više sile i slučaja, sa istom svrhom i domašajem može se predvidjeti i djelovanje izmijenjenih okolnosti.<sup>23</sup>

Učinak odredaba kojima se rizik prenosi na primatelja leasinga vrlo je značajan za cjelokupni učinak leasing posla. Tako će npr. u slučaju propasti ili oštećenja nekretnine koje primatelju leasinga onemogućavaju njezino korištenje, on i nadalje ostati u obvezi isplate dospjelih obroka leasing naknade.

Navodimo sljedeće primjere takvih ugovornih odredaba:

“Korisnik leasinga izričito prima na znanje da se ograničena ili nemoguća upotrebljivost predmeta leasinga, bilo zbog oštećenja, pravne, tehničke ili ekonomske neupotrebljivosti predmeta leasinga ili zbog slučajnosti ili više sile, ne odnose na ovaj Ugovor. Stoga ostaje na snazi obveza plaćanja naknade za leasing.”

Ili “ugovorne stranke suglasne su, da u slučaju nemogućnosti upotrebe stvari koje nisu nastale njegovom krivnjom, najmoprimac može zahtijevati zamjenu stvari za stvari koje će služiti namjeni za koje je ovaj ugovor sklopljen. Najmoprimcu ne pripada to

<sup>20</sup> Vilim Gorenc: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Zagreb, 1998., str. 368.

<sup>21</sup> Vedriš-Klarić, op. cit., str. 572.

<sup>22</sup> Vedriš-Klarić, op. cit., str. 572.

<sup>23</sup> R. Miklaušić, op. cit., str. 5.



pravo, u slučaju da stvari ne može upotrebljavati zbog više sile odnosno drugog izvanrednog stanja ili okolnosti na strani najmprimca.”

Također, “ugovorne stranke su suglasne da najmprimac, u slučaju nastanka štete, koja onemogućava daljnju upotrebu predmeta ili smanjuje njegovu upotrebu, mora o tome odmah obavijestiti najmodavca. Ugovorne stranke su suglasne da nemogućnost korištenja predmeta zbog slučaja iz stavka 1. ovoga članka najmprimca ne oslobađa obveze plaćanja najamnine.”

Navodimo i primjer utjecaja takvih ugovornih odredaba na pravo primatelja leasinga na naknadu izvanugovorne imovinske štete.

Prema odluci Županijskog suda u Zagrebu, Gžn 2203/2004, od 31. svibnja 2005., “okolnost da se zbog prometne nezgode kupac nije mogao koristiti vozilom, nije od utjecaja na njegovu obvezu obročne otplate u skladu sa ugovorom o leasingu, niti predstavlja štetu u visini isplaćenih obroka tijekom nemogućnosti korištenja”.

U obrazloženju te odluke, između ostalog je navedeno:

“Predmet ovog spora jest i zahtjev tužitelja radi naknade štete koju trpi iz štetnog događaja, prometne nezgode, od 1. VIII. 1999. godine, a koja se šteta, prema navodima tužitelja, sastoji u iznosu od 30. 232,54 kn, a čini je četiri isplaćena obroka cijene po ugovoru o leasingu koji je ugovor tužitelj zaključio s poduzećem “P. p. lesing” d. o. o. Z., od 21. prosinca 1998. godine (ugovor je zaključen na 12 mjeseci).

Tužitelj tvrdi da vozilo koje je bilo predmet ugovora o leasingu je u prometnoj nezgodi oštećeno, te da to vozilo kroz četiri mjeseca nije mogao koristiti, a morao je ispunjavati svoju ugovornu obvezu prema poduzeću “P. p. leasing” d. o. o. Z., plaćanjem ugovorenih mjesečnih obroka.

Utemeljeno je sud prvog stupnja odbio navedeni tužbeni zahtjev kao neosnovan.

Naime, ugovor o leasingu je ugovor kojim se jedna ugovorna strana obvezuje drugoj ugovornoj strani predati određenu stvar na upotrebu i korištenje, a druga se strana obvezuje sukcesivno plaćati naknadu i to tako da joj poslije određenog vremena ta stvar prijeđe u vlasništvo. Stoga se na ugovor o leasingu primjenjuju odredbe čl. 550. Zakona o obveznim odnosima.

Dakle, mjesečne obroke otplate po ugovoru o leasingu tužitelj je dužan plaćati u izvršenju svoje ugovorne obveze prema poduzeću “P. p. leasing” d. o. o. Z. i to bez obzira da li vozilo koje je predmet leasinga koristi ili ne. Stoga, što tužitelj za vrijeme popravka vozila to vozilo nije mogao koristiti, a izvršavao je svoju ugovornu obvezu, ne predstavlja za tužitelja štetu prouzročenu štetnim događajem.

Drugo je pitanje da li je tužitelj trpio štetu zbog nemogućnosti da se koristi vozilom u obavljanju svoje registrirane djelatnosti. Međutim, takav tužbeni zahtjev za naknadu štete tužitelj nije niti postavio.”

Što se tiče pozivanja na promijenjene okolnosti, nailazimo na odredbe po kojima “korisnik leasinga izričito izjavljuje da se odriče prava prigovora promijenjenih okolnosti (clausula rebus sic stantibus).”

Inače, prema općim propisima (čl. 136. ZOO-a, čl. 372. novog ZOO-a) strane se mogu ugovorom unaprijed odreći pozivanja na određene promijenjene okolnosti osim ako je to u opreci s načelom savjesnosti i poštenja.

*Raskid ili otkaz* ugovora, odnosno učinci tog raskida ili otkaza, neizostavno su sadržaj ugovora o leasingu, općenito, pa tako i ugovora o leasingu nekretnina. Dok se kao karakteristika financijskog leasinga ističe nemogućnost ranijeg otkazivanja ugovora, kad se radi o operativnom leasingu, najčešće je za obje ugovorne stranke predviđena mogućnost raskida (npr. “davatelj leasinga je ovlašten u svako doba raskinuti ugovor o leasingu” odnosno “korisnik leasinga može raskinuti ugovor uz otkazni rok od 90 dana”).

Ugovorne odredbe koje nabrajaju slučajeve u kojima davatelj leasinga “osobito” ima pravo raskinuti ugovor ne znače ograničavanje njegovog prava na raskid.

Što se tiče učinaka raskida, ugovorne odredbe najčešće uređuju pravo na naknadu štete i pitanje vraćanja odnosno plaćanja leasing naknade.

Tako kad korisnik leasinga raskine ugovor, “davatelj leasinga ima pravo na materijalnu štetu koja se sastoji od izgubljene zarade radi prijevremenog povrata predmeta leasinga davatelju leasinga i to od dana prijevremenog povrata do dana ugovorenog povrata predmeta leasinga.”

U slučaju raskida krivnjom korisnika leasinga “isti se odriče zahtjeva za bilo kakvim povratom uplaćenog iznosa na ime leasing rata te je dužan dospjele i neplaćene rate odnosno anuitete platiti davatelju leasinga zajedno sa zateznom kamatom. Već uplaćena svota predstavlja naknadu za korištenje nekretnine od dana stupanja u posjed nekretnine, pa do dana raskida ugovora”.

Učincima raskida ugovora o leasingu bavila se i sudska praksa.

U odluci Vrhovnog suda RH, Rev 2609/1998, od 6. prosinca 2001., u razlozima se ističe:

“U provedenom postupku je utvrđeno da su stranke sklopile ugovor o leasingu dana 12. srpnja 1990. godine. Predmet ugovora je bio osobni automobil. Prema odredbi čl. 10. Općih uvjeta ugovora tužitelj je trebao osigurati vozilo kasko i platiti premiju za vrijeme trajanja ugovora ako se radilo o novom automobilu. Prema odredbi čl. 7. Općih uvjeta tužitelj je mogao raskinuti ugovor, ako tuženik ne bi više od mjesec dana platio dospjelu ratu, a trenutkom otkazivanja ugovora dospijevaju sve neplaćene rate i tužitelju pripada pravo na “zaplenu” automobila. Utvrđeno je također da je tuženik ostao dužan više rata po osnovu otplate, te se automobil još uvijek nalazi u njegovom posjedu.

Prema tome, osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz čl. 7. Općih uvjeta sklopljenog ugovora. Što se tiče tuženikovog prigovora da tužitelj nije ispunio svoju obvezu koja se odnosi na kasko osiguranje ovaj sud smatra da su nižestupanjski sudovi pravilno postupili smatrajući taj prigovor nebitnim za prijeporni pravni odnos. Naime, knjigovodstveni vještak je utvrđujući tuženikov dug prema tužitelju kod izračuna imao u vidu troškove registracije koje je imao tuženik odnosno ono što je tuženik umjesto tužitelja platio. Tuženik dakle nije trpio nikakvu štetu u svezi s tužiteljevom obvezom osiguranja, odnosno registracije. Valja reći i to da tuženik nije stavio nikakve prigovore nalazu i mišljenju knjigovodstvenog vještaka, koji je utvrdio visinu njegovog duga prema tužitelju u prijepornoj svoti. Zbog toga okolnost što tužitelj kroz cijelo vrijeme trajanja važnosti ugovora nije izvršio kasko osiguranje sama po sebi ne može tuženika osloboditi odgovornosti plaćanja ugovorenih rata i predaja automobila tužitelju sukladno odredbama ugovora jer je zakasnio s isplatom više rata.”

Učincima raskida, a posebno i pitanjem ovlaštenja suda da utvrđuje primjerenost visine naknade za uporabu stvari do raskida ugovora, bavila se i već citirana odluka Vrhovnog suda RH, II Rev 228/2000, od 11. siječnja 2001., pa upućujemo na taj dio izlaganja.

Opcija *kupnje* predmeta leasinga u dosadašnjoj praksi, predviđena je kao mogućnost za primatelja leasinga u najvećem broju ugovora o leasingu.

Već smo istaknuli da se radi o odredbama karakterističnim upravo za ugovore o leasingu.

Iako ima leasing ugovora koji podrazumijevaju automatizam u prijelazu imovine u vlasništvo primatelja leasinga (hire purchase ugovori), najčešće se primatelju leasinga daje pravo odnosno mogućnost kupnje predmeta leasinga, pa prvenstveno o njegovom izboru ovisi da li će tu mogućnost koristiti.

Često se predviđa, naročito kad je predmet leasinga nekretnina, i potreba suglasnosti davatelja leasinga, a ponekad se ta suglasnost unaprijed ugovara, uz određene pretpostavke.

Stoga su i odredbe koje se odnose na kupnju predmeta leasinga različitog sadržaja.

Tako npr. “ukoliko korisnik leasinga želi kupiti predmet leasinga, mora postaviti zahtjev davatelju leasinga u pismenom obliku” ili “ugovorne stranke suglasne su da po isteku vremena najma, koji je naveden u specifikaciji, najmoprimac ima pravo na otkup stvari i to po cijeni koju će dogovoriti obje stranke sporazumno” ili “davatelj leasinga je suglasan pod uvjetom da su sve obveze primatelja leasinga iz ugovora ispunjene, da na dan završetka leasing ugovora, vlasništvo predmeta leasinga prenese na primatelja leasinga ili na bilo koju treću osobu koju imenuje primatelj leasinga”.

Cijena je, u pravilu, ugovorom određena ili određiva, ali to ne mora uvijek biti tako, pa to može biti cijena “koju će dogovoriti obje stranke sporazumno” ili “ugovorne stranke su suglasne da najmoprimac predmet ugovora može otkupiti za vrijeme trajanja ugovora na način da otplati sve preostale rate. Ostale uvjete otkupa utvrđuju stranke aneksom ovoga ugovora.”

O ovlaštenju suda da, u slučaju spora, ispituje primjerenost ugovorene cijene govorili smo vezano uz leasing naknadu pa upućujemo i na ta izlaganja.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, II Rev 123/1997. od 10. prosinca 1997.:

“Sud prvog stupnja je utvrdio da je tuženik od tužitelja kupio sporno vozilo temeljem ugovora o leasingu.

Također je taj sud utvrdio da je on u posjedu toga vozila, a da ga tužitelju nije platio.

Nije osnovan daljnji prigovor u reviziji da on nije bio u obvezi platiti tužitelju za spomenuto vozilo iznos od 58. 000 DEM, već 56. 900 DEM temeljem ugovora o leasingu jer sud nije dužan a ni ovlašten ispitivati primjerenost iznosa čijom isplatom tuženik po vlastitom izboru može ispuniti svoju obvezu prema tužitelju i kao takav predstavlja njegovo alternativno ovlaštenje.”

Opći uvjeti ugovora koji su sastavni dio ugovora o leasingu zaključenih u novije vrijeme (nakon stupanja na snagu Zakona o leasingu) sadrže također odredbe o karakterističnim pitanjima koja su se mogla uočiti i u ranijoj poslovnoj praksi što i nije neobično.

Tako npr. što se tiče:

– *odgovornosti za nedostatke*, nalazimo odredbu da “za sve materijalne nedostatke na predmetu leasinga odgovara isključivo dobavljač, pa se sukladno tome za sve zahtjeve koji se odnose na ispravno funkcioniranje predmeta leasinga korisnik leasinga obvezuje uputiti isključivo dobavljaču”;

– *ograničene mogućnosti korištenja predmeta leasinga*, predviđa se da “nemogućnost korištenja zbog oštećenja, pravne, tehničke ili gospodarske neupotrebljivosti ili više sile, ne može biti osnova za umanjenje visine obroka, odnosno obustavu plaćanja leasinga u cijelosti od strane korisnika leasinga”;

– *vlasništva predmeta leasinga*, predviđa se da je “za cjelokupnog trajanja ugovora isključivi vlasnik predmeta leasinga davatelj leasinga, a korisnik leasinga temeljem ugovora ne stječe pravo vlasništva, niti pravo isključivog posjeda predmeta leasinga, već samo pravo korištenja predmeta leasinga i njegov je nesamostalni posjednik”;

– *prava zadržanja*, izričito je isključeno za korisnika leasinga na predmetu leasinga “bez obzira iz kojeg odnosa i po kojoj osnovi potječe eventualna novčana ili nenovčana tražbina prema davatelju leasinga”;

– *prijenosa prava vlasništva*, “nakon isteka trajanja ugovora i po ispunjenju svih financijskih obveza korisnika leasinga prema davatelju leasinga, davatelj leasinga će korisniku leasinga izdati odgovarajuću ispravu temeljem koje će korisnik leasinga biti ovlašten prenijeti pravo vlasništva predmeta leasinga na svoje ime;

– *prigovora promijenjenih okolnosti*, stranke se odriču “prigovora promijenjenih okolnosti koje su nastupile nakon potpisivanja ugovora u skladu s odredbama Zakona o obveznim odnosima. Ovo se odnosi naročito na demonstracije, javne neredе, nacionalne štrajkove, industrijske poremećaje, administrativno zatvaranje granica Republike Hrvatske, blokade, embargo i sl.”;

– *ništavosti pojedinih odredaba ugovora* predviđa se da “moguća ništavost ili poboynost neke od odredbi ugovora ne povlači za sobom ništavost cijelog ugovora. U tom slučaju stranke će nevaljanu odredbu zamijeniti valjanom, odnosno onom koja odgovara cilju i svrsi ugovora”.

To su samo pojedinačni primjeri ugovora o leasingu, odnosno općih uvjeta koji su sastavni dio tog ugovora i ne daju osnove za dalekosežne zaključke o tome da li se i u kojoj mjeri ostvaruje primjena zakonskih odredaba sa svrhom i ciljem koje je imao na umu zakonodavac u svezi s daljnjim oblikovanjem instituta leasinga promatranog sa stajališta ugovora o leasingu i međusobnih prava i obveza subjekata leasinga.

## VI. Zaključak

U zakonskim odredbama koje se odnose na ugovor o leasingu i na prava i obveze subjekata leasing posla, nesumnjivo je vidljivo nastojanje da se odrede pojam i vrste leasing posla i ugovora o leasingu i njihov sadržaj time da se, s jedne strane, uravnoteži položaj prvenstveno ugovornih strana (npr. odredba o odgovor-

nosti davatelja leasinga za pravne nedostatke), a s druge strane da se zadrže specifičnosti leasing posla (npr. rizik za gubitak stvari snosi primatelj leasinga) za koje se smatra da odgovaraju karakteristikama i svrsi tog pravnog odnosa.

Neovisno o prisutnim dvojabama glede svrsishodnosti zakonskog uređenja, suvišno je naglašavati značenje donošenja posebnog zakona kojim se uređuje područje leasinga, uz već istaknute činjenice da je leasing jedan od najbrže rastućeg područja financijskog tržišta.

Sigurno je da bi posebno zakonsko uređenje jednog ugovornog odnosa trebalo doprinijeti pravnoj sigurnosti na području leasing poslovanja, a primjena u praksi pokazat će koliko se u tome uspjelo.

### Summary

## CONTRACT OF LEASING - THE NEW LEGAL PROVISIONS –

The article presents provisions of the Law on Leasing in a nutshell. It gives an overview of norms governing the contract of leasing and rights and obligations of leasing subjects.

Special attention has been given to the legal practice created by provisions governing the leasing, which were in force before new legal amendments. The author particularly considers contents and meaning of general contract conditions concerning present and future modeling of the leasing as a contractual subject matter.

**Key words:** *leasing, rights and obligations of subjects.*

### Zusammenfassung

## LEASINGVERTRAG - NEUE GESETZESORDNUNG –

In dem Aufsatz wird eine Übersicht über den Inhalt der Anordnungen des Gesetzes über Leasing gegeben, durch die der Leasingvertrag und die Rechte und Pflichten des Leasingnehmers reguliert werden.

Es wird außerdem die bisherige Praxis vor der neuen Gesetzesordnung des Instituts Leasing analysiert mit besonderer Betonung des Inhalts und der allgemeinen Voraussetzungen des Vertrags bei der derzeitigen und zukünftigen Gestaltung des Leasinggeschäfts

**Schlüsselwörter:** *Leasing, Rechte und Pflichten des Subjekts.*

## Sommaro

**CONTRATTO DI LEASING  
– NUOVA DISCIPLINA LEGISLATIVA –**

Nell'articolo si offre un quadro del contenuto delle norme della Legge sul leasing che regolano il contratto di leasing e i diritti e le obbligazioni dei soggetti del leasing.

Si analizza la prassi esistente, prima della nuova regolamentazione legislativa dell'istituto del leasing, con particolare accento sul contenuto e sul significato delle condizioni generali di contratto nella conformazione attuale e futura del leasing.

***Parole chiave:*** *leasing, diritti e obbligazioni dei soggetti.*



## ZAKON O NAKNADI ZA IMOVINU ODUZETU ZA VRIJEME JUGOSLAVENSKE KOMUNISTIČKE VLADAVINE – PRAKSA UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Ljiljana Karlovčan-Đurović, sutkinja  
Upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.23(497.5)(094)  
Ur.: 10. siječnja 2008.  
Pr.: 28. siječnja 2008.  
Stručni članak

*U radu je iznesena ustaljena praksa Upravnog suda Republike Hrvatske vezana uz primjenu Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (dalje: Zakon o naknadi).*

*Osim toga navedena je i novija praksa Upravnog suda vezana uz Zakon o naknadi te promjena prakse potkrijepljena sa zaključcima sjednica Imovinsko-pravnog odjela suda.*

*Iznesene su i dileme vezane uz pravo na naknadu imovine stranaca.*

**Ključne riječi:** *naknada za oduzetu imovinu, Upravni sud, sudska praksa.*

### 1. Uvodne napomene

Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (dalje: Zakon o naknadi) objavljen je u "Narodnim novinama", br. 92/96. i 92/99. (ispravak), a stupio je na snagu 1. siječnja 1997. godine.

Odmah nakon stupanja na snagu Zakona o naknadi, pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske 24 zastupnika Županijskog doma Hrvatskog državnog sabora podnijelo je zahtjev za ocjenu suglasnosti navedenog Zakona s Ustavom, a više podnositelja podnijelo je prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti pojedinih odredaba Zakona ili cijelog Zakona s Ustavom.

Ustavni sud Republike Hrvatske donio je dana 21. travnja 1999. godine Odluku i Rješenje br. U-I-673/196 i dr., objavljenu u "Narodnim novinama", br. 39/99. i 42/99. (ispravak).

Ustavni sud je u navedenoj Odluci i Rješenju zaključio da ni jedna od tranzicijskih zemalja u kojima se pravno regulira i provodi denacionalizacija nema ekonomske moći da u naravi vrati svu oduzetu imovinu kada bi to i pravno i praktički bilo moguće te da nadoknadi sve štetne posljedice oduzimanja. Zbog toga se u svim nacionalnim zakonima o denacionalizaciji pojavljuju ista

ograničenja, posebno u pogledu kruga ovlaštenika, imovine koja se nadoknađuje ili vraća i opsega naknade. Ustavni sud je zaključio da se u Zakonu o naknadi polazi od temeljne postavke da se ispravljanjem starih nepravdi ne smiju učiniti nove, teže nepravde. Sve načelne odredbe Zakona rezultat su kompromisa i sučeljavanja suprotstavljenih prava i interesa prijašnjih vlasnika, nositelja prava koja su stečena na oduzetoj imovini i gospodarskih i drugih interesa države i društva. Zbog toga, prema mišljenju Ustavnog suda, posebice imajući u vidu redovito značajni vremenski odmak od trenutka oduzimanja imovine, ne može biti apsolutne pravednosti i jednakosti među subjektima koji su ovlaštenici naknađivanja, odnosno vraćanja imovine.

Stoga je Ustavni sud u svojoj odluci jasno izrazio stajalište da sustav pravnih pravila o naknađivanju i vraćanju imovine koja je oduzeta za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine i njegova temeljna načela, kao cjelina, nisu predmet ocjene suglasnosti s Ustavom.

Isto tako Ustavni sud je ocijenio da nije u nadležnosti Ustavnog suda ocjenjivanje kome i u kolikom opsegu je valjalo priznati pravo na naknadu ili vraćanje oduzete imovine jer nema ni ustavno pravne obveze države da pravno uredi ta pitanja, pa tako Ustavni sud nije mogao ocjenjivati gospodarsku snagu države i s tim u svezi uolikoj je mjeri i na koji način trebalo urediti naknađivanje odnosno vraćanje oduzete imovine, ni politička pitanja prioriteta tj. kojoj je interesnoj skupini trebalo dati određene prednosti. Isto tako Ustavni sud nije nadležan ocjenjivati odnose između drugih obaveza države i njene političke i moralne obveze da zakon uredi modalitete naknađivanja oduzete imovine i njenog vraćanja. Stoga je Ustavni sud ocijenio da je uređivanje naknade i vraćanje oduzete imovine u isključivoj nadležnosti i odgovornosti Hrvatskog sabora. Nakon navedene Odluke i Rješenja Ustavnog suda donesen je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi koji je objavljen u "Narodnim novinama", br. 80/02. i 81/02. (ispravak).

Navedeni Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi uredio je uglavnom samo ona pitanja koja su bila uređena odredbama Zakona o naknadi, a koje je Ustavni sud ukinuo navedenom odlukom, te možemo ocijeniti, što je već više autora ustanovilo, da su neka pitanja opet nejasno uređena a neka uopće nisu uređena<sup>1</sup>. S obzirom na to da se radi o vrlo složenim pitanjima koja nisu potpuno jasno uređena, Upravni sud Republike Hrvatske, u čijoj je nadležnosti sudska kontrola zakonitosti konačnih rješenja donesenih povodom zahtjeva za naknadu oduzete imovine primjenom odredaba Zakona o naknadi našao se u vrlo složenoj i teškoj situaciji te je ustalio sudsku praksu u nekim pitanjima, dok neka pitanja još preispituje, a povodom nekih je promijenio sudsku praksu.

Cilj ovog rada je upoznavanje zainteresirane javnosti s odlukama i praksom Upravnog suda te s promjenom prakse Upravnog suda i sa novijom praksom

<sup>1</sup> Božo Gagro, "Praksa Upravnog suda RH i neke dvojbe u primjeni Zakona o naknadi", godišnjak 10, XVIII. Savjetovanje Hrvatskog društva za građansko-pravne znanosti i praksu, 2003., str. 353.

Upravnog suda Republike Hrvatske vezanom uz primjenu odredaba Zakona o naknadi. Ipak valja naglasiti da je rješavanje upravnih sporova Upravnom sudu bilo uveliko olakšano time što je Zakon o naknadi u cjelini bio na ocjeni ustavnosti pred Ustavnim sudom, pa je Sud pri rješavanju upravnih sporova vodeći se pravnim shvaćanjima izraženim u navedenoj Odluci riješio niz spornih pitanja.

## **2. Ustaljena praksa Upravnog suda Republike Hrvatske**

**2.1.** Pred Upravnim sudom Republike Hrvatske postavilo se pitanje jesu li ovlaštenici prava na naknadu osobe kojima je imovina oduzeta na temelju Zakona o postupanju s imovinom koju su vlasnici morali napustiti tijekom okupacije i imovinom koja im je oduzeta od strane okupatora i njegovih pomagača, ako je vraćena ranijim vlasnicima.

Sud je na navedeno pitanje odgovorio negativno. Dakle, ovlaštenici prava na naknadu ne mogu biti osobe kojima je imovina oduzeta na temelju Zakona o postupanju s imovinom koju su vlasnici morali napustiti u toku okupacije i imovinom koja im je oduzeta od strane okupatora i njegovih pomagača, ako je vraćena ranijim vlasnicima.

Iz obrazloženja presude Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-6813/2000, od 14. studenog 2002.<sup>2</sup>

*“Prema odredbi članka 1. stavka 1. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (“Narodne novine”, br. 92/96, 39/99, 42/99, 92/99, 43/00, 131/00, 27/01, 65/01, 118/01, 80/02 i 81/02), ovim Zakonom se utvrđuju uvjeti i postupak naknade za imovinu koja je prijašnjim vlasnicima oduzeta od strane jugoslavenske komunističke vlasti, a koja je prenesena u općenarodnu imovinu, državno, društveno ili zadružno vlasništvo (u daljnjem tekstu: društveno vlasništvo) konfiskacijom, nacionalizacijom, agrarnom reformom i drugim propisima i načinima navedenim u ovom Zakonu.*

*U stavku 1. članka 2. Zakona, navode se propisi na temelju kojih je prijašnjim vlasnicima oduzimana imovina, a temeljem kojih se istima utvrđuje pravo na naknadu za imovinu oduzetu na teritoriju Republike Hrvatske.*

*Tako je odredbom članka 2. stavak 1. točke 3. Zakona, naveden Zakon o postupanju s imovinom, koju su vlasnici morali napustiti u toku okupacije i imovinom, koja im je oduzeta od strane okupatora i njihovih pomagača (“Službeni list DFJ”, br. 36/45), a pod točkom 4. Zakon o potvrdi i izmjenama Zakona o postupanju sa imovinom koju su vlasnici morali napustiti u toku okupacije i imovinom koja im je oduzeta od strane okupatora i njegovih pomagača (“Službeni list FNRJ”, br. 64/46, 105/46, 88/47 i 99/48).*

*Zakonom o postupanju s imovinom, koju su vlasnici morali napustiti u toku okupacije i imovinom, koja im je oduzeta od strane okupatora i njegovih pomagača bilo je propisano (članak 1.) da se sva imovina fizičkih i pravnih*

<sup>2</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 255.

osoba na području FNRJ, koju su vlasnici odnosno uživaoci morali napustiti u toku okupacije zemlje, imovina koju im je protiv njihove volje, uz naknadu ili bez, oduzeo okupator ili njegovi pomagači, iz rasističkih, vjerskih, nacionalističkih ili političkih razloga, kao i imovina koja je pritiskom okupatora pravnim poslom ili inače prešla u ruke treće osobe, vraća odmah vlasnicima odnosno uživaocima, bez obzira tko tu imovinu i po kakvom temelju drži, na dan stupanja na snagu tog Zakona. O zahtjevu vlasnika za povrat imovine bio je nadležan Kotarski sud (članak 2. tog Zakona).

Na temelju tog Zakona vršeno je vraćanje imovine oduzimate od 6. travnja 1941. godine na dalje. Međutim, kako je prema odredbama tog Zakona (članak 3.) i ostalih Zakona bio predviđen niz zapreka vraćanju te imovine, dobar dio te imovine nije bio vraćen vlasnicima niti im je dana naknada. Na taj način je tim i ostalim zakonima legalizirano oduzimanje učinjeno od 1941. godine pa nadalje, od okupacijskih vlasti, vlasti Nezavisne državne Hrvatske ili drugih vlasti ili osoba. Prema shvaćanju ovog Suda upravo tu imovinu koja nije vraćena već je prešla u državno vlasništvo, ima u vidu Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, pa ista može biti predmetom vraćanja u smislu odredbe članka 1. stavka 1. tog Zakona. U ovom slučaju, upravo je temeljem naprijed navedenog Zakona o postupanju, temeljem zaključka Kotarskog narodnog suda u Đ. broj: R-43/45 od 2. listopada 1945., sada pokojnom S. F. određena predaja odnosno vraćanje u vlasništvo predmetne imovine koja je bila vlasništvo J. i E. W., a koja je istima oduzeta 1941. godine od strane NDH. Tim zaključkom Kotarskog narodnog suda u Đ. određena je predaja odnosno vraćanje predmetne imovine u vlasništvo nasljedniku tada pokojnih J. i E. W. i to M. W. Nadalje, iz povijesnog zemljišno knjižnog izvatka koji se nalazi u spisu predmeta proizlazi da je naknadno M.W., tu imovinu prodao A. i N. J. kojima je ista rješenjem Komisije za nacionalizaciju broj 11/4-1959 od 16. studenog 1960. nacionalizirana.

Prema tome, pravilno je zaključilo tuženo tijelo da predmetna imovina nije oduzeta S.F. na temelju propisa iz članka 2. Zakona o naknadi, jer je ista vraćena prijašnjim vlasnicima J. i E. W., odnosno njihovom nasljedniku M.W. Ista ne može biti predmetom vraćanja tužiteljici u smislu odredbe članka 1. stavka 1. Zakona o naknadi”.

**2.2.** Nadalje se u praksi Suda postavilo pitanje da li u slučaju prijenosa prava vlasništva na zgradi koja se nalazila na zemljištu društvenog vlasništva prelazi na stjecatelja i pravo korištenja zemljišta.

Na ovo pitanje Sud je zauzeo pravno shvaćanje da u slučaju prijenosa prava vlasništva na zgradi koja se nalazi na zemljištu društvenog vlasništva, a na kojemu je postojalo pravo korištenja u smislu članka 37. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (“Službeni list FNRJ”, br. 52/58.) na stjecatelja zgrade prelazi i pravo korištenja zemljišta.

Iz obrazloženja presude broj: Us-11242/2000, od 20. studenog 2003..<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 256.

*“Ovaj Sud također, u cijelosti prihvaća utvrđenje tuženog tijela da je, obzirom na činjenicu da je tužitelj imao pravo vlasništva kuće i pravo korištenja zemljišta pod kućom s dvorištem koje služi za redovnu upotrebu te kuće, bez obzira na nacionalizaciju, zemljište moglo biti u pravnom prometu sukladno prijašnjim propisima koji su bili na snazi 1970. godine kao godine kupoprodaje predmetne nekretnine. Naime, u slučaju prijenosa prava vlasništva na zgradi, koja se nalazila na zemljištu društvenog vlasništva, a na kojem je postojalo pravo korištenja u smislu članka 37. Zakona o nacionalizaciju najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (“Službeni list FNRJ” broj: 52/58) na stjecatelja zgrade prelazilo je i pravo korištenja zemljišta.*

*Stoga je ispravan zaključak tuženog tijela da postavljeni zahtjev za povrat odnosno davanje u vlasništvo predmetne imovine nije utemeljen na odredbama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine i neosnovan je prigovor tužitelja da je, s obzirom da predmetno zemljište nije bilo u prometu, tužitelj prodao samo kuću na tom zemljištu”.*

**2.3.** Postavljeno je pitanje na koju imovinu se odnosi spomenuti Zakon o naknadi.

Ovaj sud je zauzeo stajalište da se Zakon o naknadi ne odnosi na imovinu koja se ne nalazi na teritoriju Hrvatske. Dakle, Zakon se odnosi samo na onu imovinu koja se nalazi na teritoriju Hrvatske.

Iz obrazloženja presude broj: Us-10019/2001, od 15. veljače 2006.:<sup>4</sup>

*“Iz podataka spisa predmeta, dostavljenih Sudu uz odgovor na tužbu, proizlazi da su nekretnine, za koje tužiteljica traži naknadu sukladno odredbama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, a koje su bile vlasništvo njena sada pokojne majke Lj.M., oduzete zatvaranjem državne granice između Republike Mađarske i tadašnje Jugoslavije, tako da je državna granica presjekla posjed prijašnje vlasnice, te su predmetne nekretnine ostale na području Republike Mađarske.*

*Ovo utvrđenje upravnih tijela tužiteljica svojim tužbenim navodima niti ne dovodi u sumnju.*

*Međutim, prema odredbi članka 2. stavak 1. Zakona o naknadi propisano je da se prijašnjem vlasniku utvrđuje pravo na naknadu za imovinu oduzetu na teritoriju Republike Hrvatske i to na temelju propisa poimence navedenih u navedenoj odredbi Zakona.*

*U konkretnom slučaju radi se o imovini koja se nalazi na teritoriju Republike Mađarske, a ne o imovini koja bi bila oduzeta na teritoriju Republike Hrvatske, pa se u konkretnom slučaju na istu niti ne mogu primjenjivati odredbe naprijed navedenog Zakona o naknadi.*

*Naime, pitanje naknade za tako oduzetu imovinu koja se nalazi na području Republike Mađarske, može biti predmet samo međunarodnog sporazuma, između dviju država, a ne predmet Zakona o naknadi”.*

<sup>4</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH iz 2006., str. 149.

**2.4.** Nadalje se postavilo pitanje jesu li predmet naknade nekretnine koje su postale društveno vlasništvo na temelju sporazuma između vlasnika i mjesne zajednice odnosno da li je predmet naknade imovina koju je vlasnik darovnim ugovorom prenio u vlasništvo tadašnje FNRJ. Na oba ova pitanja, Sud je negativno odgovorio.

Dakle, predmet naknade nisu nekretnine koje su postale društveno vlasništvo na temelju sporazuma između vlasnika i mjesne zajednice.

Isto tako nije predmet naknade ni imovina koju je vlasnik darovnim ugovorom prenio u vlasništvo tadašnje FNRJ iako je prema izjavama vlasnika bila riječ o iznuđenom darovanju.<sup>5</sup>

**2.5.** Pred Upravnim sudom postavljeno je pitanje je li upravno tijelo ovlašteno ocjenjivati pravilnost mišljenja Državnog odvjetnika Republike Hrvatske iz članka 4. stavka 4. Zakona o naknadi.

Upravni sud je zauzeo shvaćanje da upravno tijelo nije ovlašteno ocjenjivati pravilnost mišljenja Državnog odvjetnika Republike Hrvatske o tome je li određena presuda bivše Jugoslavije donijeta na osnovi političke moći i zloporabe prava protivno opće priznatim načelima pravne države i demokratskog društva i javnog poretka Republike Hrvatske.

Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: 12135/2000, od 14. ožujka 2002.<sup>6</sup>

**2.6.** Na pitanje je li predmet naknade i imovina koja je postalo društveno vlasništvo na temelju propisa navedenih u Zakonu o naknadi, a koja je na temelju Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi postala vlasništvo jedinica lokalne samouprave, Upravni sud Republike Hrvatske dao je potvrđan odgovor.

Dakle, predmet naknade je i imovina koja je postala društveno vlasništvo na temelju propisa navedenih u Zakonu o naknadi, a koja je na temelju Zakona o lokalnoj upravi i samoupravi postala vlasništvo jedinice lokalne samouprave. Ako za takvu imovinu nije podnesen zahtjev za naknadu od strane prijašnjih vlasnika, ona postaje vlasništvo Republike Hrvatske.

Iz obrazloženja presude broj: Us-5047/2002, od 6. rujna 2006:<sup>7</sup>

*“U provedenom postupku utvrđeno je da je pravomoćnim rješenjem prvostupanjskog tijela utvrđeno pravo na naknadu za imovinu oduzetu nacionalizacijom, davanjem u vlasništvo suvlasnicima S. K. iz O. 2/14 dijela, M. J. iz O. 2/14 dijela, D. Z. iz O. 1/14 dijela, J. F. iz O. 1/14 dijela, B. M. iz R. 2/14 dijela i N. B. L. iz A. 2/14 dijela poslovnog prostora u O., M. T. 2/10, prizemlje, dakle ukupno 10/14 dijela, dok za preostale 4/14 nitko nije podnio zahtjev. Nadalje je utvrđeno da je predmetna nekretnina u zemljišnim knjigama upisana kao općenarodna imovina. Temeljem rješenja Općine O. od 7. prosinca 1968. prenesena je kao društveno vlasništvo na ime Općine O.*

<sup>5</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH 1977. do 2007., str. 257.

<sup>6</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH 1977. do 2007., str. 259.

<sup>7</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH 2006., str. 159.



*Prema članku 359. stavak 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima pravo vlasništva i druga prava koja se steknu po odredbama ovoga Zakona, o pretvorbi prava upravljanja, korištenja i raspolaganja stvarima u društvenom vlasništvu te o pretvorbi prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, stečena su pod uvjetom da nisu u sukobu s pravima koja na bivšim društvenim stvarima pripadaju drugim osobama na temelju propisa o denacionalizaciji.*

*Propis o denacionalizaciji je Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.*

*Člankom 5. toga Zakona, propisano je da se odredbe ovoga Zakona odnose i na imovinu koju su općine, gradovi ili županije preuzele na temelju Zakona o lokalnoj samoupravi i upravi ("Narodne novine", broj: 90/92, 94/93 i 117/93), a preneseno je u društveno vlasništvo na temelju propisa iz članka 2., te akata i načina propisanih člankom 3. ovoga Zakona.*

*Nadalje, prema članku 77. istog Zakona, Republika Hrvatska stječe pravo vlasništva na imovini koja je predmet naknade na temelju odredaba ovoga Zakona, glede kojih zahtjev za naknadu nije podnesen ili je pravomoćno odbijen, ako zakonom nije drukčije propisano. Prema tome članak 359. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kao temeljni imovinski zakon dozvoljava pretvorbu prava upravljanja, korištenja i raspolaganja na stvarima u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva, ali pod uvjetom da ta prava nisu u sukobu s pravima koja ovlaštenici stječu po propisu o denacionalizaciji.*

*Navedeni propis o denacionalizaciji – Zakon o naknadi s druge strane, izričito u citiranom članku 5. navodi da se odredbe toga Zakona odnose i na imovinu koju su općine, gradovi i županije preuzele po Zakonu o lokalnoj samoupravi i upravi (radi se o imovini u društvenom vlasništvu koju su od bivših općina preuzele novonastale općine, gradovi i županije). Stoga se na tu imovinu o kojoj se u konkretnom slučaju upravo i radi, odnosi i odredba citiranog članka 77. toga Zakona, pa osnovano tvrdi tužiteljica da je stekla vlasništvo nad spornom imovinom i da je osporenim rješenjem povrijeđen zakon na njenu štetu".*

**2.7.** *Odredbom članka 6. Zakona o naknadi propisano je da se odredbe ovog Zakona ne odnose na imovinu koja je u društveno vlasništvo prenesena na temelju Zakona o eksproprijaciji ("Narodne novine", broj 10/78., 5/80., 30/82., 46/82. – pročišćeni tekst, 28/87. i 39/88.).*

*Pred Sudom se postavilo pitanje da li prijašnji vlasnik ima pravo na naknadu prema Zakonu o naknadi za zemljište koje mu je oduzeto na temelju propisa navedenih u članku 2. Zakona o naknadi iako je naknada za to zemljište plaćena na temelju Zakona o eksproprijaciji. Sud je zauzeo pravno shvaćanje da prijašnji vlasnik ima pravo na naknadu prema Zakonu o naknadi za zemljište koje mu je oduzeto na temelju propisa navedenih u članku 2. Zakona o naknadi iako je naknada za to zemljište plaćena na temelju Zakona o eksproprijaciji koja je stupila na snagu 22. ožujka 1978. godine.*

Iz obrazloženja presude broj: Us-4389/2003, od 6. travnja 2006. godine:<sup>8</sup>

*“Iz predmeta spisa dostavljenom Sudu uz odgovor na tužbu proizlazi da je rješenjem Uprave prihoda Narodnog odbora Općine K., broj: 04-2177/2 -159 od 13. kolovoza 1959. predmetna nekretnina nacionalizirana, da je temeljem rješenja Imovinsko pravne službe Sekretarijata za poslove uprave Skupštine Općine K. broj: 03-2479/1-1969 od 3. veljače 1970. ista uzeta iz posjeda prijašnjeg vlasnika i dodijeljena na korištenje Općoj poljoprivrednoj zadruzi “M” iz M., te da je rješenjem Hrvatskog fonda za privatizaciju klasa: 943-01/95-01/1466, ur.broj: 563-04-403-95-93 od 22. studenog 1995. predmetna nekretnina ušla u temeljni kapital društva Trgovina K. d.d. iz M.*

*Nadalje, iz spisa predmeta je vidljivo da je rješenjem Općinskog suda u K. pod poslovnim br. Ri-4/77-14 od 22. kolovoza 1978. utvrđena naknada za predmetno zemljište temeljem Zakona o eksproprijaciji koji je stupio na snagu 22. ožujka 1978., a kojim rješenjem je Općina Krk bila obvezna isplatiti utvrđenu naknadu F. H. suprugu podnositeljice zahtjeva.*

*Odredbom članka 6. Zakona o naknadi određeno je da se odredbe ovog Zakona ne odnose na imovinu koja je u društveno vlasništvo prenesena ne temelju Zakona o eksproprijaciji.*

*Budući da je navedenom odredbom izrijekom određeno je da se ista odnosi samo na onu imovinu koja je prenesena u društveno vlasništvo temeljem Zakona o eksproprijaciji te kako se u konkretnom slučaju radi o imovini prenesenoj u društveno vlasništvo temeljem propisa iz članka 2. Zakona o naknadi, kojim se prijašnjem vlasniku utvrđuje pravo na naknadu, stoga prema ocjeni Suda, činjenica što je za predmetno zemljište utvrđena naknada temeljem spomenutog Zakona o eksproprijaciji, ne može biti razlog za odbijanje tužiteljičinog zahtjeva za naknadu”.*

Iz svega navedenoga razvidno je da zakonska odredba članka 6. isključuje, dakle, pravo na naknadu samo za imovinu koja je u društveno vlasništvo prenesena na temelju navedenog Zakona o eksproprijaciji koji je stupio na snagu 22. ožujka 1978. godine. Cilj donošenja ovakve zakonske odredbe očigledno je u tome što je primjenom odredaba tog Zakona određivana pravična naknada vlasnicima eksproprijiranih nekretnina, pa je zakonodavac Zakonom o naknadi obuhvatio samo nekretnine koje su po osnovi ranijih propisa o eksproprijaciji prenesene u društveno vlasništvo kada vlasnici eksproprijiranih nekretnina nisu dobivali pravičnu naknadu. Međutim, valja napomenuti da je primjenom odredaba navedenog Zakona o eksproprijaciji, a temeljem ranijeg Zakona o građevinskom zemljištu, uređivana i naknada za nacionalizirano, odnosno podruštvovljeno građevinsko zemljište prilikom njegovog uzimanja iz posjeda prijašnjeg vlasnika.

Članak 6. Zakona o naknadi propisuje da se radi samo o imovini koja je u društveno vlasništvo prenesena temeljem navedenog Zakona o eksproprijaciji

<sup>8</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2006., str. 161.

koji je stupio na snagu 22. ožujka 1978. godine, a ne odnosi se i na imovinu koja je u društveno vlasništvo prenesena na temelju propisa navedenih u članku 2. Zakona o naknadi. Prilikom rješavanja upravnih sporova zauzeto je shvaćanje da se odredba članka 6. Zakona o naknadi ne odnosi na nacionalizirano građevinsko zemljište koje je oduzeto iz posjeda prijašnjih vlasnika i privedeno namjeni, a za koje je naknada utvrđena prema odredbama Zakona o eksproprijaciji. Dakle, bez obzira na razloge pravičnosti koji su očito motivirali zakonodavca za propisivanje ovakve zakonske odredbe u Zakonu o naknadi, Sud je ocijenio da se primjena citirane zakonske odredbe ne može protezati i na imovinu koja nije prenesena u društveno vlasništvo po osnovi Zakona o eksproprijaciji iz 1978. godine jer ta imovina nije obuhvaćena citiranim člankom 6. Zakona o naknadi.

**2.8.** Pred Sudom se također postavilo pitanje tko je nadležan za rješavanje imovinskih odnosa ako nije doneseno rješenje o eksproprijaciji.

Na navedeno pitanje Sud je zauzeo sljedeće pravno shvaćanje:

Za rješavanje imovinskih odnosa nadležan je sud ako nije doneseno rješenje o eksproprijaciji, a pravna osnova oduzimanja bio je propis o eksproprijaciji.

Iz presude Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-2029/2002, od 19. listopada 2006.:<sup>9</sup>

*“Razmatranjem spisa predmeta dostavljenog ovom Sudu uz odgovor na tužbu, kao i navoda tužitelja, Sud nalazi da je tuženo tijelo pravilno postupilo kada je odbilo žalbu tužitelja izjavljenu protiv prvostupanjskog rješenja od 10. svibnja 2000. godine.*

*Naime, tuženo tijelo u osporenom rješenju konstatira da se u ovoj stvari ne radi o slučaju oduzimanja imovine kakvo ima u vidu Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (“Narodne novine”, broj: 92/96“27/01 – u daljnjem tekstu: Zakon o naknadi), već je tužitelju predmetno zemljište faktično oduzeto radi izgradnje ceste T.-M., odvojka za B., koja je u naravi i izgrađena, iako prije toga nije doneseno posebno rješenje kojim se zemljište u tu svrhu oduzima od tužitelja.*

*S tim u vezi spisu predmeta prileži rješenje Skupštine općine Š. od 30. ožujka 1982., koje je doneseno temeljem članka 11. Zakona o eksproprijaciji (“Narodne novine SRH”, broj 10/78), a kojim se utvrđuje da je izgradnja ceste T.-M.-odvojak za B. od općeg interesa te da se u tu svrhu može pristupiti eksproprijaciji nekretnina u k.o. M. – B., pored ostalih i predmetne čest.zem. 1050/2, površine 348 m<sup>2</sup>, uknjiženog prava vlasništva B. T., pok. P.*

*Takvo rješenje, međutim, kojim bi predmetno zemljište bilo eksproprijirano u skladu s odredbama tada važećeg Zakona o eksproprijaciji nije doneseno.*

*Kako dakle za sporno zemljište nije doneseno pravomoćno rješenje o oduzimanju istog iz posjeda ranijih vlasnika odnosno korisnika, a zemljište je stvarno oduzeto i privedeno namjeni, to je, i po shvaćanju ovog Suda, za rješava-*

<sup>9</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2006., str. 157.

*nje imovinsko-pravnih odnosa za oduzeto zemljište nadležan redovni sud, a ne tijelo uprave, kako to pravilno navodi i tuženo tijelo u obrazloženju osporenog rješenja.*

*Nije od utjecaja na drukčije rješenje ove upravne stvari niti prigovor tužitelja prema kojem pravo na naknadu proizlazi iz odredbe članka 3. Zakona o naknadi.*

*Naime, navedenom zakonskom odredbom propisano je da se prijašnjem vlasniku utvrđuje pravo na naknadu i za imovinu oduzetu presudama, odlukama, rješenjima i drugim aktima što su ih izdala vojna ili civilna tijela od 15. svibnja 1945. godine do donošenja ili u provedbi propisa iz članka 2. ovoga Zakona, kao i na naknadu imovine oduzete bez pravnog osnova ili bez propisa.*

*Dakle, iz citirane zakonske odredbe proizlazi da pravo na naknadu u smislu toga Zakona mogu ostvariti prijašnji vlasnici, pored ostalog, i za imovinu koja im je oduzeta bez pravne osnove ili bez propisa, o čemu se, međutim, ovdje ne radi.*

*Ovo stoga jer, prema shvaćanju ovog Suda, pravna osnova oduzimanja zemljišta iz vlasništva bila bi odgovarajuća odredba naprijed navedenog Zakona o eksproprijaciji, kojim je propisan postupak eksproprijacije u svrhu izgradnje objekata infrastrukture, iz čega proizlazi da pravna osnova u konkretnom slučaju postoji, a što ima za posljedicu nemogućnost primjene odredaba Zakona o naknadi”.*

**2.9.** Zakonom o naknadi propisana su određena ograničenja u pogledu kruga ovlaštenika naknade.

Odredbom članka 9. Zakona o naknadi propisano je da se prava iz ovog Zakona priznaju fizičkoj osobi – prijašnjem vlasniku odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvog nasljednog reda (u daljnjem tekstu: prijašnji vlasnik – stavak 1.).

U pogledu prava nasljeđivanja primjenjuju se odredbe Zakona o nasljeđivanju, ako ovim zakonom nije drugačije propisano (stavak 2.).

Nasljednici prijašnjeg vlasnika stječu vlasništvo na imovini koja se daje neovisno o tome kako su vlasnički udjeli utvrđeni ranijim pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju ako se drugačije ne sporazumiju (naknadno pronađena imovina – stavak 3.).

Navedene odredbe Zakona o naknadi o priznanju prava na naknadu prijašnjim vlasnicima oduzete imovine i njihovim zakonskim nasljednicima prvog nasljednog reda zbog svoje nepreciznosti i nepotpunosti izazivaju u praksi različite dvojbe, što je imalo za posljedicu različito postupanje nadležnih upravnih tijela. Stoga je Upravni sud kod rješavanja upravnih sporova izražavanjem svojih pravnih shvaćanja utjecao na izjednačavanje postupanja tih tijela.

Kako se odredbom članka 9. stavka 1. Zakona o naknadi prava iz Zakona priznaju samo zakonskim nasljednicima prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika oduzete imovine te se stoga bračni drug ostavitelja u slučaju kad

ostavitelj nije imao djece, smatra nasljednikom drugog nasljednog reda, postavilo se pitanje je li bračni drug prijašnjeg vlasnika u slučaju kada nije imao potomaka, ovlaštenik naknade prema Zakonu o naknadi.

Sud je pošao od stajališta da se kod primjene Zakona o naknadi ne radi o nasljeđivanju prijašnjeg vlasnika oduzete imovine nego o priznavanju prava koja se pod uvjetima propisanim tim zakonom priznaju određenim osobama. To što se u slučaju kada u braku nije bilo djece, prema odredbama Zakona o nasljeđivanju bračni drug ostavitelja pojavljuje kao nasljednik drugog nasljednog reda zajedno s roditeljima ostavitelja, ne znači prema odredbama Zakona o naknadi da u takvim slučajevima bračni drug nije ovlaštenik naknade.

Stoga je Sud smatrao da bi bilo protivno i Zakonu o naknadi i Zakonu o nasljeđivanju bračnom drugu ne priznati pravo na naknadu i u slučaju kada prijašnji vlasnik oduzete imovine nije imao potomaka. Navedeno shvaćanje Sud je zauzeo u svojoj presudi Us-11266, od 22. prosinca 1999.<sup>10</sup>

Osim toga, glede primjene članka 9. Zakona o naknadi postavilo se i pitanje da li udovica prijašnjeg vlasnika može biti ovlaštenik naknade u slučaju ako je naknadno sklopila drugi brak. Na navedeno Sud je potvrdno odgovorio.

Dakle, udovica prijašnjeg vlasnika smatra se ovlaštenikom naknade u smislu članka 9. i u slučaju ako je naknadno sklopila drugi brak.

Iz obrazloženja presude broj: Us-11486/1999, od 6. rujna 2001.:<sup>11</sup>

*“Prema odredbi članka 9. stavka 1. Zakona o naknadi prava iz ovog Zakona priznaju se fizičkoj osobi prijašnjem vlasniku odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvog nasljednog reda (u daljnjem tekstu: prijašnji vlasnik).*

*Odredbom stavka 2. citiranog članka navedenog Zakona, propisano je da se u pogledu prava nasljeđivanja primjenjuju odredbe Zakona o nasljeđivanju ako ovim Zakonom nije drugačije propisano. Bračni drug prijašnjeg vlasnika nekretnine prema odredbama Zakona o nasljeđivanju zakonski je nasljednik prvog nasljednog reda u slučaju kada je u braku bilo djece, ako u braku nije bilo djece, prema odredbama Zakona o nasljeđivanju bračni drug prijašnjeg vlasnika spada u drugi nasljedni red.*

*Međutim, to što se u slučaju kada u braku nije bilo djece bračni drug prijašnjeg vlasnika pojavljuje kao nasljednik drugog nasljednog reda zajedno s roditeljima ostavitelja, ne znači, prema mišljenju ovoga Suda, da u primjeni odredaba Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine takav bračni drug nije ovlaštenik naknade na temelju naprijed citiranog članka 9. navedenog Zakona.*

*Naime, odredbe Zakona o nasljeđivanju pogoduju bračnom drugu ostavitelja osiguravajući mu posebni položaj među nasljednicima, koji se u slučaju kad nije bilo u braku djece, pojavljuje kao nasljednik drugog nasljednog reda, zajedno s roditeljima ostavitelja, ali s povoljnijim omjerom nasljeđivanja (bračni drug nasljeđuje ½ ostavine).*

<sup>10</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2000., str. 109.

<sup>11</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977. do 2007., str. 263.



*Imajući to na umu, a polazeći od izričaja odredbe članka 9. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine kao i svih odredaba tog Zakona, Sud smatra da pravo bračnog druga prijašnjeg vlasnika nekretnine na naknadu za oduzetu imovinu ne ovisi o tome postoje li u braku djeca nego da u svakom slučaju bračni drug prijašnjeg vlasnika ulazi u krug ovlaštenika iz članka 9. citiranog Zakona. Stoga Sud nalazi neosnovanim zaključak tuženog tijela da tužiteljica nije ovlaštenik naknade. Ovakvo stajalište izrazio je i Ustavni sud u svojoj odluci i rješenju broj: U-I-673/96 od 21. travnja 1999. ("Narodne novine", broj 39/99).*

*Niti činjenica da je tužiteljica 20. srpnja 1973. godine sklopila brak s J.S. pored činjenice da je tužiteljica u vrijeme smrti svog pok. supruga V.P. 1961. godine bila s njim u braku ne isključuje tužiteljicu iz kruga ovlaštenika iz članka 9. citiranog Zakona".*

Isto tako se pred Upravnim sudom postavilo pitanje da li unuci prijašnjeg vlasnika imaju pravo na naknadu imovine i u slučaju kada je njihov roditelj umro prije prijašnjeg vlasnika te imovine.

Na navedeno pitanje Upravni sud je također dao potvrđan odgovor.

Iz obrazloženja presude broj: Us-407/1999, od 17. svibnja 2001:<sup>12</sup>

*"Prema odredbi članka 10. Zakona o nasljeđivanju ("Narodne novine", broj 52/71, 47/78, 56/00) u prvom nasljednom redu su bračni drug ostavitelja i njegova djeca, osobe koja su pravno izjednačena s djecom te njihovi potomci po pravu predstavljanja (tj. ako je dijete umrlo prije ostavitelja – članak 11).*

*Međutim, doslovna primjena pravila o predstavljanju dovela bi do nejednakosti u naknađivanju imovine jer bi neki potomci imali pravo na naknadu (ako je zakonski nasljednik iz prvog nasljednog reda umro prije ostavitelja prvotnog vlasnika), a drugi ne bi imao to pravo (ako je nasljednik umro nakon prvotnog vlasnika). Zbog tog pravila o pravu predstavljanja treba primjenjivati na način da potomci ovlaštenika naknade imaju pravo na naknadu imovine bez obzira na redoslijed smrti nasljednika i ostavitelja. Ovako pravno shvaćanje zauzeo je Ustavni sud u svojoj odluci i rješenju broj: U-I-673/1996 od 21. travnja 1999. godine".*

Isto tako postavilo se pitanje što ako ovlaštenik naknade umre tijekom prvostupanjskog postupka.

Sud je zauzeo shvaćanje da ako ovlaštenik naknade umre tijekom prvostupanjskog postupka, postupak se nastavlja i dio koji bi pripao umrlom ovlašteniku pripada njegovom nasljedniku. Radi se o stvarno pravnom potraživanju na koje se ne primjenjuju ograničenja iz članka 9. Zakona o naknadi u pogledu nasljednog reda.

Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-7001/2003, od 25. svibnja 2005.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977. do 2007., str. 262.

<sup>13</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2005., str. 121.



Pred Upravnim sudom se postavilo i pitanje da li su djeca supruge prijašnjeg vlasnika koja su naslijedila njegovu imovinu ovlaštenici naknade.

Na navedeno pitanje Sud je negativno odgovorio. Prema praksi Upravnog suda djeca supruge prijašnjeg vlasnika koja je naslijedila njegovu imovinu ako nisu djeca prijašnjeg vlasnika nisu nasljednici prvog nasljednog reda iza prijašnjeg vlasnika, pa prema tome ni ovlaštenici naknade.

Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-12375/2001, od 8. prosinca 2005.<sup>14</sup>

Dvojbe oko primjene odredbe članka 9. Zakona o naknadi pojavile su se i u provedbi tog Zakona u odnosu na primjenu tih odredaba kada prijašnji vlasnik oduzete imovine ima dva ili više zakonskih nasljednika prvog nasljednog reda, a samo neki od njih su u zakonom propisanom roku podnijeli zahtjev za naknadu, dok drugi takav zahtjev uopće nisu podnijeli ili su zahtjev podnijeli nakon isteka propisanog roka, pa im je zahtjev kao nepravovremen odbačen. U rješavanju upravnih sporova vezano uz ovu dvojbu Sud je izrazio interesantno pravno shvaćanje o načinu postupanja u naprijed navedenim situacijama.

Navedeno pravno shvaćanje se povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti preispituje na Vrhovnom sudu Republike Hrvatske, a odluka do pisanja ovog rada još nije donesena. Naime, prema pravnom shvaćanju Suda, ako neki nasljednik prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika oduzetih nekretnina ne podnese zahtjev za vraćanje u vlasništvo tih nekretnina, nekretnine se vraćaju u vlasništvo nasljedniku odnosno nasljednicima prvog nasljednog reda koji su takav zahtjev podnijeli. Na isti način prema mišljenju Suda potrebno je postupiti i u slučaju kada je zahtjev nekih nasljednika odbačen kao nepravovremen, ako su drugi sunasljednici zahtjev za naknadu podnijeli u propisanom roku.

Navedeno shvaćanje Suda izraženo je u presudi Us-3300/1998, od 30. rujna 1999. koja nije nigdje objavljena.

Nadalje, vezano uz ovlaštenike naknade postavilo se i pitanje da li eventualna nezakonitost rješenja o konfiskaciji imovine osobi koja nije bila vlasnik imovine koja se konfiscira može biti predmet ocjene u postupku naknade.

Na navedeno pitanje Sud je odgovorio negativno, dakle, eventualna nezakonitost rješenja o konfiskaciji imovine osobi koja nije bila vlasnik imovine koja se konfiscira ne može biti predmet u postupku ocjene naknade.

Iz obrazloženja presude broj: Us-9212/2001, od 15. lipnja 2005.<sup>15</sup>

*“Eventualna nezakonitost rješenja o konfiskaciji imovine osobi koja nije bila vlasnik imovine koja se konfiscira bez utjecaja je na odluku o stvari jer ne može biti predmet ocjene u ovom postupku. Naime, odredbama članka 20. i 21. Zakona o konfiskaciji i o izvršenju konfiskacije (“Službeni list bivše SFRJ” broj: 61/46) bilo je propisano da prilikom provođenja konfiskacije treće osobe mogu stavljati izlučne zahtjeve u pogledu konfiscirane imovine. O izlučnim zahtjevima koji se stave u tijeku provođenja konfiskacije ili u roku od 8 dana po provedenoj*

<sup>14</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 267.

<sup>15</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2005., str. 123.

*konfiskaciji sud koji provodi konfiskaciju odlučit će nakon provedenog postupka presudom u što kraćem roku. Protiv te presude se mogla u roku od 8 dana od njezinog uručenja izjaviti žalba okružnom sudu čija je presuda pravomoćna, a ako se ne stavi izlučni zahtjev u roku od 8 dana po provedenoj konfiskaciji moglo se to učiniti u redovnom postupku u roku od godine dana po provedenoj konfiskaciji.*

*Iz navedenog proizlazi da ako su treće osobe smatrale da je konfiscirana imovina u trenutku konfiskacije bila vlasništvo treće osobe tada su treće osobe imale pravo na izlučni zahtjev kako u tijeku samog postupka konfiskacije tako i u roku od godine dana od provedene konfiskacije. Navedeni rokovi su prekluzivni pa je propuštanjem takve zakonom propisane sudske zaštite stranka u svom pravu prekludirana. Kako tužitelji niti ne tvrde da je u postupku konfiskacije odnosno u roku od godine dana od provedene konfiskacije bio postavljen izlučni zahtjev prema ocjeni ovoga Suda osporenim rješenjem nije povrijeđen zakon na štetu tužitelja”.*

**2.10.** Jedno od najspornijih pitanja koje se javilo nakon donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi jest pitanje prava na naknadu stranih državljana. Za sada je Upravni sud Republike Hrvatske zauzeo stajalište da je postojanje međudržavnog sporazuma uvjet da bi strani državljanin ostvario pravo na naknadu prema Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.

Iz obrazloženja presude broj: Us-10052/2004, od 28. travnja 2005.<sup>16</sup>

*“Sud u cijelosti prihvaća stajalište tuženog tijela izloženo u obrazloženju osporenog rješenja i nalazi da je to tijelo pravilno postupilo kada je odbilo žalbu tužitelja protiv naprijed citiranog prvostupanjskog rješenja, kojim je odbijen njihov zahtjev za povrat zgrada.*

*Naime, odredbom članka 10. Zakona o naknadi propisano je da prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumima (stavak 1.), te da, iznimno od stavka 1. ovoga članka, prava propisana ovim Zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumima (stavak 2.).*

*Iz podataka sveza spisa neprijeporno proizlazi, a što tužitelji tužbom niti ne osporavaju, da su strani državljani, i to državljani R. A., s kojom Republika Hrvatska nije sklopila međudržavni sporazum u smislu naprijed citirane zakonske odredbe.*

*Stoga navodi tužbe u kojima tužitelji ističu da je sklapanje međudržavnog sporazuma s R. A. u tijeku te da je izvjesno njegovo potpisivanje u skoroj budućnosti, nisu pravno odlučni, niti su od utjecaja na ocjenu zakonitosti osporenog rješenja, jer strani državljani mogu steći prava propisana naprijed citiranim Zakonom samo pod uvjetom da je to utvrđeno međudržavnim sporazumom, kojem uvjetu u ovom slučaju nesporno nije udovoljeno”.*

<sup>16</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2005., str. 127.

Smatram da će Upravni sud Republike Hrvatske u najskorijoj budućnosti morati preispitati navedeno pravno shvaćanje.

Pred Sudom su se također postavila neka pitanja vezana uz optantsku imovinu te je u konkretnim predmetima zaključeno da je plaćena naknada Vladi Italije kada se radi o imovini talijanskog državljanina po opciji za koju prema Sporazumu između FNRJ i Italije o definitivnom reguliranju svih uzajamnih obaveza ekonomskog i financijskog karaktera koje proistječu iz Ugovora o miru i sukcesivnih sporazuma, zaključenog 18. prosinca 1954. u Beogradu, ratificiranog Zakonom o ratifikaciji navedenog sporazuma iz 1954.

Zakonski nasljednik prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika nema pravo na naknadu.

Iz obrazloženja presude broj: Us-5769/2005, od 29. lipnja 2006., koja za sada nije objavljena:

*“Odredbom članka 10. stavka 1. Zakona o naknadi propisano je da prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumima.*

*Nije prijeporno u ovoj stvari da tužiteljica kao kći prijašnjeg vlasnika oduzete imovine spada u krug ovlaštenika naknade u smislu citirane odredbe članka 9. stavka 1. Zakona o naknadi.*

*Međutim, iz podataka u spisu predmeta dostavljenog Sudu uz odgovor na tužbu proizlazi da se u konkretnom slučaju radi o imovini za koju je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom.*

*Naime, kao što je iz spisa predmeta vidljivo, a što u ovoj stvari nije ni prijeporno, vlasnik imovine za koju je tužiteljica podnijela zahtjev za naknadu bio je tužiteljičin otac, a ta je imovina oduzeta imenovanom konfiskacijom i to rješenjem K.suda u P. broj: I 62/48-2 od 2. travnja 1948. godine, te odlukama Kotarske agrarne komisije P. broj 119/48 i P. br. 23/48 od 18. listopada 1948. godine, kao što to navode i upravna tijela.*

*Iz podataka u spisu predmeta proizlazi da je tužiteljičin otac A. C. rođen 13. srpnja 1887. godine u M. – P. te da je 10. lipnja 1940. godine imao prebivalište na području pripojenom tadašnjom FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom, i to u P. Prema podacima u spisu predmeta također proizlazi da je otac tužiteljice dao izjavu o opciji za talijansko državljanstvo pred Predstavništvom tadašnje FNRJ u M. te da je njegova izjava o opciji uvažena, što proizlazi iz rješenja Državnog sekretarijata za unutrašnje poslove, broj: 1177/1949 od 19. svibnja 1951. godine, čija preslika se nalazi u spisu predmeta, a što se potvrđuje i u dopisu tadašnjeg Državnog sekretarijata za unutrašnje poslove Narodne Republike Hrvatske, Uprave javne bezbjednosti broj: 1177/1949 od 19. svibnja 1955. godine upućenom tadašnjem Državnom sekretarijatu za unutrašnje poslove FNRJ u B. kojim dopisom adresant tog dopisa izvješćuje adresata dopisa da je uvažena izjava o opciji za talijansko državljanstvo A. C., te u prilogu dostavlja rješenje kojim je izjava o opciji za talijansko državljanstvo imenovanog uvažena.*

*Stoga ovaj Sud ne nalazi na osnovi čega je prvostupanjsko upravno tijelo moglo utvrditi da u provedenom postupku nije dokazano da je A. C. odobrena opcija za talijansko državljanstvo.*

*Kako je prema podacima u spisu predmeta tužiteljčin otac optirao za talijansko državljanstvo, to ne može biti nikakve sumnje niti dvojbe da je isti na dan stupanja na snagu Ugovora o miru s Italijom tj. 15. rujna 1947. godine bio talijanski državljanin jer su samo takve osobe i mogle optirati za talijansko državljanstvo, tj. dati izjavu da nakon pripojenja tog područja tadašnjoj FNRJ ostaju talijanski državljani.*

*Naime, prema odredbi članka 19. točke 1. Ugovora o miru s Italijom koji je ratificiran ukazom Ukazom Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ (Službeni list FNRJ broj 74/1947), talijanski državljani, koji su imali stalno mjesto boravka na dan 10. lipnja 1940. godine na teritoriju koju Italija ustupa drugoj državi prema odredbama ovog Ugovora, te njihova djeca koja su se rodila poslije tog datuma postaju državljani države kojoj je teritorija ustupljena, što povlači gubitak talijanskog državljanstva, osim osoba koje optiraju za talijansko državljanstvo glede kojih je u točki 2. istog članka Ugovora o miru s Italijom određeno da zadržavaju talijansko državljanstvo te da se neće smatrati da su stekli državljanstvo države kojoj je teritorija ustupljena.*

*U skladu s citiranim člankom Ugovora o miru s Italijom donesen je Zakon o državljanstvu osoba na području pripojenom Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji po Ugovoru o miru s Italijom ("Službeni list", broj 104/1947), kojim je pitanje državljanstva osoba koje su na dan 10. lipnja 1940. godine imale prebivalište na području koje je pripojeno teritoriju Federativne Narodne Republike Jugoslavije po Ugovoru s Italijom uređeno na isti način kao što je to precizirano citiranim člankom Ugovora o miru s Italijom.*

*Naime, prema članku 1. stavku 1. citiranog Zakona osobe talijanskog državljanstva koje su na dan 10. lipnja 1940. imale prebivalište (domicil) na području koje je pripojeno teritoriju Federativne Narodne Republike Jugoslavije po Ugovoru o miru s Italijom, kao i njihova djeca rođena poslije tog dana, stječu danom 15. rujna 1947. godine kao danom stupanja na snagu toga Ugovora, savezno državljanstvo Federativne Narodne Republike Jugoslavije, a državljanstvo one Narodne Republike na čijem se području nalazi mjesto u kome su na dan 10. lipnja 1940. imale svoje prebivalište. Odredbom članka 2. citiranog Zakona izričito je propisano da osobe koje optiraju za talijansko državljanstvo zadržavaju talijansko državljanstvo i smatra se da nisu stekle državljanstvo Federativne Narodne Republike Jugoslavije prema članku 1. ovog Zakona.*

*S obzirom na navedene odredbe Ugovora o miru s Italijom i citiranog Zakona te podatke u spisu predmeta, neosnovan je tužbeni navod tužiteljice o pravnoj neutemeljenosti zaključka iz obrazloženja osporenog rješenja glede državljanjskog statusa njenog oca.*

*Dakle, iz podataka u spisu predmeta proizlazi da je tužiteljica podnijela zahtjev prvostupanjskom tijelu za povrat odnosno određivanje naknade za*

*imovinu koja ima status optantske imovine s obzirom da je predmetna imovina na dan 15. rujna 1947. godine bila u vlasništvu tužiteljčinog oca A. C. koji prema podacima u spisu predmeta ima status optanta.*

*Pitanje naknade za optantsku imovinu tj. za imovinu osoba koje su sa pripojenog područja optirale za talijansko državljanstvo, a koja je na dan 15. rujna 1947. bila u vlasništvu tih osoba, uređeno je Sporazumom između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Italijanske Republike o definitivnom reguliranju svih uzajamnih obveza ekonomskog i financijskog karaktera koje proistječu iz Ugovora o miru i sukcesivnih sporazuma, zaključenog 18. prosinca 1954. godine u Beogradu, a ratificiranog Zakonom o ratifikaciji navedenog Sporazuma ("Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori" broj 2/56).*

*U konkretnom slučaju relevantna je odredba članka 2. stavka 1. navedenog Sporazuma s obzirom da su nekretnine A. C. oduzete agrarnim mjerama i konfiskacijom prije zaključivanja tog Sporazuma te da je imenovani nakon zaključivanja Ugovora o miru s Italijom ostao talijanski državljanin budući da je optirao za talijansko državljanstvo.*

*Prema odredbi članka 2. stavka 1. citiranog Sporazuma smatraju se kao konačno regulirane naknade koje jugoslavenska vlada duguje po osnovu svih dobara, prava i interesa, uključujući neposredna ili posredna učešća, koji se nalaze na predratnoj jugoslavenskoj teritoriji ili na ustupljenoj teritoriji i koji su pripadali talijanskim fizičkim ili pravnim osobama, a koji su bili podvrgnuti nacionalizaciji, agrarnoj reformi, svakoj drugoj mjeri općeg karaktera koja pogađa vlasništvo ili mjerama iz članka 7. Sporazuma od 23. svibnja 1949. godine.*

*Sporazumom između Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Italijanske Republike o italijanskim dobrima, pravima i interesima u Jugoslaviji od 23. svibnja 1949. godine, koji je ratificiran Uredbom SIV-a o ratifikaciji tog Sporazuma ("Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori" br. 6/56), u članku 1. tog Sporazuma određeno je da se Vlada Federativne Narodne Republike Jugoslavije obvezuje da će platiti Vladi Italijanske Republike naknadu za italijanska dobra, prava i interese koji se nalaze na području ustupljenom Jugoslaviji od strane Italije na osnovi odredaba Ugovora o miru ili na staroj jugoslavenskoj teritoriji, a koji su bili podvrgnuti nacionalizaciji, agrarnoj reformi ili ma kojoj drugoj mjeri općeg karaktera koja pogađa vlasništvo, time što je u članku 4. istog Sporazuma određeno da će se izvršiti procjena navedene imovine po Mješovitoj komisiji i da iznose procjene predstavlja iznos naknade.*

*Odredbom članka 7. stavka 1. navedenog Sporazuma određeno je da će Mješovita komisija uzeti u obzir, na bazi lista koje će joj podnijeti italijanski predstavnici, dobra pogođena mjerama koje pogađaju vlasništvo, a koja nisu predviđene u članku 1. i utvrdit za ova dobra jednu paušalnu sumu koja će se dodati naknadi predviđenoj u članku 4., time što je u stavku 2. tog članka izričito propisano da će se u smislu prethodnog stavka tretirati i konfiskacije dobara izrečene do časa kada se spomenuta suma odredi.*

*Prema tome, pitanje naknade za imovinu oduzetu tužiteljčinom ocu uređeno je naprijed citiranim Sporazumom od 18. prosinca 1954. godine, zaključenim*



*između tadašnje Federativne Narodne Republike Jugoslavije i Italijanske Republike, kojim Sporazumom je, pored imovine oduzete naprijed navedenim odlukama kotarskih agrarnih komisija, sukladno odredbi članka 7. stavka 2. naprijed citiranog Sporazuma od 23. svibnja 1949. godine obuhvaćena i imovina koja je tužiteljičinom ocu konfiscirana naprijed citiranim rješenjem Kotarskog suda u P.*

*S obzirom na sve naprijed izloženo ovaj Sud nalazi da je tuženo tijelo pravilno postupilo kada je osporenim rješenjem poništilo naprijed citirano prvostupanjsko rješenje i odbilo zahtjev tužiteljice za određivanje naknade za predmetu imovinu”.*

**2.11.** Što se tiče izgrađenog građevinskog zemljišta za koje se, prema odredbama Zakona o naknadi, naknada određuje u obveznicama Republike Hrvatske, pred Sudom se nisu pojavile veće dvojbe. Međutim, kada je riječ o neizgrađenom građevinskom zemljištu koje je preneseno u društveno vlasništvo, javile su se određene dileme.

Zakon o naknadi predviđa vraćanje neizgrađenog građevinskog zemljišta prijašnjem vlasniku time što posebno uređuje pitanje vraćanja u vlasništvo neizgrađenog građevinskog zemljišta prenesenog u društveno vlasništvo koje nije oduzeto iz posjeda prijašnjeg vlasnika (članak 16.), a posebno pitanje vraćanja neizgrađenog građevinskog zemljišta prenesenog u društveno vlasništvo koje je oduzeto iz posjeda prijašnjeg vlasnika (članak 17.).

Što se tiče prakse Upravnog suda Republike Hrvatske vezano uz primjenu odredbe članka 16. stavka 1. Zakona o naknadi, nije bilo većih dvojbi.

U pogledu primjene navedenog propisa Sud je zauzeo nekoliko shvaćanja.

Ako do dana stupanja na snagu Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine nije doneseno pravomoćno rješenje o oduzimanju nacionaliziranog neizgrađenog građevinskog zemljišta iz posjeda ranijeg vlasnika, takvo se zemljište daje u vlasništvo ranijem vlasniku odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvog nasljednog reda.

Presuda broj: Us-9205/1996, od 15. prosinca 1999.<sup>17</sup>

Vezano uz navedeni članak 16. Zakona o naknadi, Sud je također zauzeo shvaćanje da kada ne postoji pravomoćno rješenje o oduzimanju građevinskog zemljišta iz posjeda prijašnjeg vlasnika, a zemljište je stvarno oduzeto i privedeno namjeni tada je za rješavanje imovinsko-pravnih odnosa za oduzeto zemljište nadležan redovni sud, a ne tijelo uprave.

Presuda broj: Us-2495/2002, od 13. travnja 2006.<sup>18</sup>

Problemi su se pojavili u vezi s primjenom odredbe članka 17. Zakona o naknadi. Naime, prema odredbi članka 17. stavka 1. Zakona o naknadi, neizgrađeno građevinsko zemljište koje je u društveno vlasništvo preneseno na temelju propisa iz članka 2. te akata i načina propisanim člankom 3. Zakona o

<sup>17</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 269.

<sup>18</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 270.



naknadi i koje je na temelju pravomoćne odluke nadležnog tijela oduzeto iz posjeda prijašnjeg vlasnika ili osobe na koju je prijašnji vlasnik pravo prenio, a kojim općina, odnosno grad do stupanja na snagu Zakona o naknadi nije dalje raspolagala ili koje do donošenja Zakona o naknadi nije privedeno namjeni, dat će se u vlasništvo prijašnjem vlasniku na njegov zahtjev.

Odredbom članka 17. stavka 5. Zakona o naknadi propisano je da se pod zemljištem privedenim namjeni smatra ono zemljište na kojem je izgrađen objekt ili su izvedeni znatniji radovi na objektu kao i ono zemljište na kojem je općina, odnosno grad izvršila pripremu za izgradnju.

Niti Zakon o naknadi niti drugi zakoni, pa čak ni Zakon o prostornom uređenju, ne daju preciznu definiciju pripreme zemljišta za izgradnju iako se uz to veže vrlo značajna pravna posljedica, nemogućnost vraćanja zemljišta u vlasništvo.

Stoga je Upravni sud u svojoj praksi zauzeo stajalište da se pripremom zemljišta za izgradnju ne može smatrati samo izrada prostornih planova i obavljanje imovinsko-pravnih radnji, već u pripremu zemljišta spadaju i drugi radovi i poslovi koje je potrebno provesti u tu svrhu radi privođenja zemljišta namjeni određenoj planom koji je bio na snazi u vrijeme donošenja ovog Zakona.

Iz obrazloženja presude broj: Us-11487/1999, od 15. ožujka 2000.<sup>19</sup>

*“Predmetno zemljište oduzeto je na temelju Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (“Službeni list FNRJ”, broj 52/58), a taj zakon je taksativno naveden u članku 2. Zakona o naknadi kojim je propisano da se prijašnjem vlasniku utvrđuje pravo na naknadu za imovinu oduzetu na teritoriju Republike Hrvatske na temelju navedenog propisa. Prema tome, u postupku je trebalo utvrditi je li predmetno zemljište do dana donošenja Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (11. listopada 1996.), privedeno namjeni odnosno trebalo je utvrditi je li na predmetnom zemljištu općina odnosno grad izvršila pripremu za izgradnju.*

*Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ne daje definiciju pojma zemljišta pripremljenog za izgradnju. Stoga je u primjeni ovog Zakona potrebno uzeti u obzir odredbu članka 11. stavka 4. Zakona o prostornom uređenju (“Narodne novine”, broj 30/94, 68/98 i 35/99), kojom je propisano da uređenje građevinskog zemljišta obuhvaća pripremu zemljišta za izgradnju (izrada prostornih planova imovinsko pravne radnje i dr.), te izgradnju komunalnih i telekomunikacijskih instalacija, objekata i uređaja individualne i zajedničke potrošnje. Dakle, u pripremu zemljišta za izgradnju, po citiranom zakonu, spada izrada prostornih planova imovinsko pravne radnje, te drugi radovi i poslovi koje je potrebno izvesti na određenom zemljištu kako bi se ono pripremlilo za izgradnju.*

*Stoga je u ponovnom postupku potrebno nesumnjivo utvrditi da li je do donošenja Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske*

<sup>19</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 271.

*komunističke vladavine, dakle, do 11. listopada 1996., na predmetnom zemljištu izvršena priprema zemljišta za izgradnju za namjenu određenu planom koji je bio na snazi u trenutku donošenja zakona, s obzirom na to da zemljište nije nikad privedeno namjeni zbog koje je 1964. godine oduzeto iz posjeda tužitelja, odnosno nisu izgrađeni objekti za stradale od poplave.”*

Isto tako, postavilo se i pitanje da li činjenica što se neizgrađeno građevinsko zemljište nalazi na već izgrađenom građevinskom području samo po sebi znači da je na tom zemljištu izvršena i priprema za izgradnju za namjenu određenu planom.

Na navedeno pitanje Sud je negativno odgovorio, dakle, činjenica što se neizgrađeno građevinsko zemljište nalazi na već izgrađenom građevinskom području sama po sebi ne znači da je na tom zemljištu izvršena i priprema za izgradnju za namjenu određenu planom.

Presuda broj: Us-8178/1997, od 7. rujna 2000.<sup>20</sup>

Postavljeno je i pitanje da li ima pravo na naknadu za neizgrađeno građevinsko zemljište prijašnji vlasnik koji je pravo korištenja tog zemljišta prodao drugoj osobi u skladu s tadašnjim propisima.

Sud je u više navrata na navedeno pitanje odgovorio negativno.

Presuda broj: Us-7505/2001, od 8. lipnja 2006.<sup>21</sup>

**2.12.** Što se tiče naknade za oduzete stanove, prilično jasno je odredbom članka 22. propisano da se stanovi oduzeti prijašnjem vlasniku na temelju propisa iz članka 2. te akata i načina propisanih člankom 3. ovog Zakona na kojima postoji stanarsko pravo ne vraćaju u vlasništvo, osim stanova oduzetih prijašnjem vlasniku na temelju propisa o konfiskaciji. Iznimno od odredbe stavka 1. ovog članka, prijašnjem vlasniku daje se u vlasništvo i posjed stan na kojem ne postoji stanarski odnos, što rješenjem utvrđuje nadležna služba ureda državne uprave. Prijašnjem vlasniku pripada pravo na naknadu, a stanaru pravo na otkup stana.

Navedena odredba dosta jasno regulira da se nacionalizirani stanovi ne vraćaju u vlasništvo prijašnjim vlasnicima osim u slučaju kada na takvom stanu ne postoji stanarski odnos, a da se konfiscirani stanovi vraćaju u vlasništvo prijašnjem vlasniku. Naime, odredbom članka 32. Zakona o naknadi jasno je propisano da se prijašnjem vlasniku daje u vlasništvo stan oduzet na temelju propisa o konfiskaciji te odluka i akata iz članka 2. stavka 2. ovog Zakona donesenih na temelju propisa o konfiskaciji. Međutim, odredbom članka 38. propisana je iznimka od pravila da se prijašnjem vlasniku daje u vlasništvo stan oduzet na temelju propisa o konfiskaciji te odluka i akata iz članka 2. stavka 2. ovog Zakona donesenih na temelju propisa o konfiskaciji.

Naime, člankom 38. stavkom 1. Zakona, propisano je da se navedena odredba članka 32. o vraćanju stana u vlasništvo ne odnosi na slučajeve kada je

<sup>20</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 273.

<sup>21</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2006., str. 171.

prijašnjem vlasniku oduzet samo idealni dio stana na temelju propisa o konfiskaciji.

U praksi se postavilo pitanje da li se može vratiti konfiscirani suvlasnički dio stana ovlašteniku naknade u slučaju kada taj stan u preostalom suvlasničkom dijelu nije ni bio predmetom oduzimanja po bilo kojoj osnovi.

Sud je zauzeo shvaćanje da nema zapreke za vraćanje konfisciranog suvlasničkog dijela stana u vlasništvo ovlašteniku naknade u slučaju kada taj stan u preostalom suvlasničkom dijelu nije ni bio predmetom oduzimanja po bilo kojoj osnovi.

Iz obrazloženja presude broj: Us-7066/2003, od 22. rujna 2005:<sup>22</sup>

*“Osnovana je tvrdnja tužitelja u tužbi da nije riječ o situaciji kakvu ima u vidu naprijed rečena zakonska odredba, jer članak 38. citiranog Zakona, pretpostavlja da je prijašnjem vlasniku oduzet samo idealni dio stana temeljem propisa o konfiskaciji, naravno ako je i u preostalom dijelu stan također prenesen u društveno vlasništvo, ali temeljem propisa i akata odnosno na način, koji nisu osnova za vraćanje stanova u vlasništvo, ukoliko na njima postoji stanarsko pravo, već u tom slučaju prijašnjem vlasniku pripada pravo na naknadu, a stanaru pravo na otkup stana, kako to propisuje i odredba članka 22. Zakona o naknadi, što međutim ovdje nije slučaj.*

*Naime, naprijed je već rečeno da su predmetne nekretnine u preostaloj 1/2 dijela ostale u suvlasništvu pok. F. S., dakle da nikada nisu niti bile u toj polovini dijela predmet bilo kakvog postupka u kojem bi bile oduzete iz njegovog vlasništva i prešle u društveno vlasništvo, već su ostale u privatnom vlasništvu F. S. Zbog toga niti okolnost da do razvrgnuća suvlasničke zajednice nije došlo do provođenja postupka konfiskacije, a niti kasnije, nije odlučna za primjenu članka 38. citiranog Zakona, kako to pogrešno ocjenjuje tuženo tijelo, jer iz naprijed rečenih razloga za primjenu te zakonske odredbe ovdje nema uporišta, niti ista ima u vidu takvu pravnu situaciju.*

*Stoga je i prema ocjeni ovoga Suda ovdje bilo osnove za donošenje prvostupanjskog osporenog rješenja kojim se tužiteljici daje u vlasništvo imovina pobliže opisana u izreci tog rješenja kao jedinog zakonskoj nasljednici iza pok. N. S. kao prijašnjeg vlasnika tih nekretnina, iz razloga iscrpno danih u obrazloženju tog rješenja, koje prihvaća i ovaj Sud u cijelosti.”*

I odredba članka 39. Zakona o naknadi iznimka je od pravila da se prijašnjem vlasniku daje u vlasništvo stan oduzet na temelju propisa o konfiskaciji te odluka i akata iz članka 2. stavka 2. Zakona o naknadi donesenih na temelju propisa o konfiskaciji.

Odredbom članka 39. Zakona o naknadi propisano je da se odredba članka 32. ovog Zakona ne odnosi na slučajeve kada je prijašnji vlasnik, njegov bračni drug ili član obiteljskog domaćinstva stekao pravo vlasništva na drugom stanu sukladno odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo.

<sup>22</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2005., str. 128.

U praksi se kao sporno postavilo pitanje u primjeni odredbe članka 39. Zakona o naknadi kako postupiti u slučajevima kada prijašnji vlasnik ima više zakonskih nasljednika prvog nasljednog reda, a samo je jedan stekao pravo vlasništva na stanu sukladno odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo.

Sud je u presudi Us-5697/2004, od 13. rujna 2006.<sup>23</sup>, zauzeo pravno shvaćanje da kada su zahtjev za naknadu konfisciranih stanova podnijeli nasljednici prvog nasljednog reda, okolnost stjecanja prava vlasništva na drugom stanu, sukladno odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, utvrđuje se za svakog od nasljednika ponaosob, te se onim nasljednicima koji nisu stekli pravo vlasništva drugog stana po tom zakonu oduzeti konfiscirani stanovi daju u vlasništvo u odgovarajućem suvlasničkom dijelu.

Pred Sudom se također postavilo i pitanje da li stanar odnosno najmoprimac ima pravni interes sudjelovati u postupku pokrenutom u povodu zahtjeva prijašnjeg vlasnika za vraćanje stana u vlasništvo. Na navedeno pitanje Sud je potvrdno odgovorio. Stanari odnosno najmoprimci imaju pravni interes sudjelovati u postupku pokrenutom u povodu zahtjeva prijašnjeg vlasnika za vraćanje tih stanova u vlasništvo.

Iz obrazloženja presude broj: Us-6311/1999, od 31. kolovoza 2000.<sup>24</sup>

*“I po ocjeni ovoga Suda, tuženo je tijelo ocjenjujući žalbene navode zainteresiranih osoba protiv rješenja tijela prvog stupnja od 17. veljače 1999., kojim je bio odbačen prijedlog zainteresiranih osoba za obnovu postupka, osnovano ocijenio to rješenje nezakonitim, smatrajući da je zainteresiranim osobama pripadalo pravo sudjelovanja u postupku. Naime, prema odredbi članka 49. Zakona o općem upravnom postupku (“Narodne novine”, broj 53/91), stranka je osoba na čiji je zahtjev pokrenut postupak ili protiv koje se vodi postupak ili koja radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa ima pravo sudjelovati u postupku.*

*Međutim, u postupku koji je prethodio donošenju rješenja tijela prvog stupnja kojim je taj postupak i okončan, nadležno tijelo uprave propustilo je ocijeniti okolnost da su zainteresirane osobe bile nositelji stanarskog prava stanova koji su bili predmet postupka naknade vraćanja te da su kao takve imale pravni interes na otkup tih stanova u smislu odredaba Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (“Narodne novine”, broj 43/92 – pročišćeni tekst, 69/92, 25/93, 48/93, 2/94, 44/94 i 58/95), pa su stoga imale pravni interes da u postupku vraćanja tih stanova iz društvenog vlasništva ranijim vlasnicima odnosno njihovim pravnim sljednicima sudjeluju u postupku.”*

Isto tako se postavilo i pitanje da li je postupak pred općinskim sudom o priznanju položaja zaštićenog najmoprimeca prethodno pitanje u postupku određivanja naknade za oduzetu nacionaliziranu imovinu. Na navedeno pitanje

<sup>23</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2006., str. 179.

<sup>24</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 279.

Sud je također potvrdno odgovorio. Dakle, postupak pred općinskim sudom o priznanju položaja zaštićenog najmoprimca prethodno je pitanje u postupku određivanja naknade za oduzetu nacionaliziranu imovinu.

Presuda Upravnog suda broj: Us-9673/2001, od 27. veljače 2002.<sup>25</sup>

**2.13.** Što se tiče naknade za oduzete poslovne prostore, naknade za oduzete brodove i brodice, naknade za oduzeta poduzeća i naknade za oduzete pokretnine, Sud je imao samo nekoliko konkretnih slučajeva iz kojih se za sada ne može iščitati neka ustaljena sudska praksa.

**2.14.** Što se tiče samih načela naknade, bilo je više sporova vezanih uz odredbu članka 50. Zakona o naknadi.

Naime, odredbom članka 50. Zakona o naknadi propisano je da prijašnji vlasnik nekretnine na koju je u vrijeme oduzimanja bila upisana hipoteka radi osiguranja isplate dugovanja ima pravo na naknadu samo ako revalorizirani iznos duga uplati u korist proračuna Republike Hrvatske ili ako dokaže da je dugovanje prestalo. Način i postupak revalorizacije iznosa duga, kao i način i rokove uplate utvrdit će ministar financija.

Pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u više upravnih sporova postavilo se pitanje što se u stvari može smatrati dokazom o prestanku dugovanja.

Na navedeno pitanje Sud je odgovorio sljedeće:

Dokaz o prestanku dugovanja može biti potvrda banke – pravne sljednice korisnika hipoteke – da je dug radi kojeg je upisana hipoteka, u cijelosti podmiren.

Iz obrazloženja presude broj: Us-9196/2004., od 2. lipnja 2005.<sup>26</sup>

*“Dakle, pravo na naknadu, u smislu citirane zakonske odredbe, prijašnji vlasnik može ostvariti ne samo ukoliko uplati revalorizirani iznos duga, već i u slučaju kada dokaže da je dugovanje prestalo.*

*Odredbama Zakona o naknadi nisu određeno navedeni dokazi na temelju kojih podnositelj zahtjeva može dokazati činjenicu prestanka dugovanja, pa, kako se, sukladno odredbi članka 68. citiranog Zakona, postupak naknade za oduzetu imovinu provodi po odredbama Zakona o općem upravnom postupku, to proizlazi da se kao dokazi mogu upotrijebiti sva raspoloživa sredstva u skladu s člankom 159. Zakona o općem upravnom postupku.*

*Prema stavku 2. članka 159. citiranog Zakona, kao dokazno sredstvo upotrijebit će se sve što je podesno za utvrđivanje stanja stvari i što odgovara pojedinom slučaju, kao što su isprave, odnosno mikrofilmske kopije isprava ili reprodukcije tih kopija, svjedoci, izjava stranke, vještaci, uviđaj.*

*U konkretnom slučaju iz podataka spisa proizlazi da je na zgradama, u kojima se nalaze poslovni prostori koji su predmet povrata, upisana hipoteka u korist Gradske štedionice Općine slobodnog i kraljevskog grada Z. u Z.*

<sup>25</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 280.

<sup>26</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2005., str. 131.

*S tim u svezi Z. banka d.d. Z., kao pravni sljednik navedene Gradske štedionice, izdala je potvrde, koje prileže svezu spisa, a iz kojih proizlazi da je dug upisan na naprijed navedenim nekretninama u cijelosti podmiren, te da Banka nema nikakvih potraživanja.*

*Kraj takvog stanja stvari, i po ocjeni ovog Suda, tuženo tijelo pravilno je zaključilo da je priloženim potvrdama dokazana činjenica prestanka dugovanja, te da s tog osnova nema zapreke za povrat u vlasništvo naprijed opisanih dijelova predmetnih nekretnina. Ovo iz razloga jer niti odredbama Zakona o općem upravnom postupku, a ni Zakonom o naknadi, nije propisan obvezatan sadržaj isprave kojom se dokazuje da je dugovanje prestalo, posebice ne na način da u istoj mora biti napisano tko je i kada podmirio sporno dugovanje, kako to pogrešno tumači tužitelj u tužbi.*

*Naime, sadržaj isprave (potvrde) kao dokaznog sredstva mora nedvosmisleno ukazivati na činjenicu da je dugovanje prestalo, čemu je u ovom slučaju udovoljeno.”*

Isto tako se postavilo pitanje u primjeni odredbe članka 51. stavak 3., prema kojoj prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu prema odredbama ovog Zakona ako je na ime naknade za oduzetu imovinu primio drugu imovinu ili mu je naknada isplaćena od strane druge države.

Naime, Sud je zauzeo stajalište da prijašnji vlasnici imaju pravo na naknadu za oduzetu imovinu i u slučaju ako im je ranije određena naknada djelomično u novcu, a djelomično dodjelom zamjenskog zemljišta.

Iz obrazloženja presude broj: Us-12701/1999, od 31. svibnja 2001.<sup>27</sup>

*“Iz podataka spisa, dostavljenih Sudu uz odgovor na tužbu, a i iz obrazloženja osporenog i prvostupanjskog rješenja proizlazi da je za predmetne nekretnine sklopljen sporazum o naknadi od 23. siječnja 1989., na način da je određena djelomična isplata naknade u novcu i to za voće i zemlju sa kamatama, a 14. svibnja 1996., zaključen sporazum o nagodbi dodjelom odgovarajućeg zamjenskog zemljišta. Dakle, iz navedenog proizlazi da tužitelji nisu u cijelosti obeštećeni na način da im je umjesto oduzetog zemljišta dano drugo zemljište, već je bila djelomična isplata u novcu, a djelomična u dodjeli zamjenskog zemljišta, pa se u takvom slučaju ne može govoriti o primjeni odredbe članka 51. stavak 3. Zakona, jer tužitelji na ime naknade za oduzetu imovinu nisu obeštećeni u cjelini drugom imovinom. Osim toga, neosnovano se tuženo tijelo poziva na odredbu članka 6. Zakona, jer predmetne nekretnine nisu prenesene u društveno vlasništvo na temelju Zakona o eksproprijaciji.”*

<sup>27</sup> Zbornik odluka Upravnog suda RH, 1977-2007., str. 284.



### **3. Zaključci sjednice Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda Republike Hrvatske – novija i promijenjena praksa Upravnog suda Republike Hrvatske vezana uz Zakon o naknadi**

U Upravnom sudu Republike Hrvatske unatrag dvije godine formirana su tri odjela. Jedan od tih odjela je i Imovinsko-pravni odjel.

Na sjednicama Imovinsko-pravnog odjela donose se zaključci vezani uz sporna pitanja koja se pojavljuju u rješavanju predmeta iz imovinsko-pravnog područja. Tako je i vezano uz Zakon o naknadi doneseno nekoliko zaključaka kojima je ustanovljena odnosno promijenjena dosadašnja sudska praksa.

**3.1.** Prvi zaključak sa sjednice Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda Republike Hrvatske vezan uz Zakon o naknadi bio je zaključak sa sjednice Imovinsko-pravnog odjela održane dana 21. travnja 2006., a vezan je uz suvlasničke omjere.

Prema navedenom zaključku u primjeni Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine oduzete nekretnine vraćaju se prijašnjim vlasnicima u omjeru u kojem su to imali u trenutku oduzimanja, što znači da se u slučaju postojanja suvlasništva na nekretnini ovlaštenicima naknade utvrđuje pravo na naknadu prema oduzetim idealnim suvlasničkim dijelovima nekretnine, osim kada je među suvlasnicima izvršeno razvrgrnuće suvlasničke zajednice.<sup>28</sup>

**3.2.** Nadalje se u postupcima pred sudom pojavilo pitanje tko je ovlaštenik naknade odnosno tko se može smatrati prijašnjim vlasnikom zemljišta u slučaju ako je nakon stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta osoba kojoj je nacionalizirano neizgrađeno građevinsko zemljište prenijela, u skladu s tadašnjim propisima pravo korištenja tog zemljišta na drugo osobu.

Na sjednici Odjela održanoj dana 10. prosinca 2007. godine zauzet je sljedeći zaključak:

*“Ako je nakon stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (“Službeni list FNRJ”, broj: 52/58), osoba kojoj je nacionalizirano neizgrađeno zemljište prenijela, u skladu s tada važećim propisima, pravo korištenja tog zemljišta na drugu osobu, prijašnjim vlasnikom takvog zemljišta u primjeni Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (“Narodne novine”, broj 92/96, 39/99, 42/99, 92/99, 43/00, 131/00, 27/01, 65/01, 118/01, 80/02 i 81/02), smatra se osoba na koju je preneseno pravo korištenja.”*

Kako presuda broj: Us-3341/2003, od 12. travnja 2007., još nije objavljena u Izboru odluka budući da nije ni napravljen izbor odluka za 2007., ovdje se problem pobliže iznosi.

<sup>28</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH, 2006., str. 178.

Dakle, navedenom presudom broj Us-3341/2003, od 12. travnja 2007., odbijena je tužba protiv rješenja Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave kojim je poništeno i vraćeno na ponovni postupak rješenje prvostupajnskog tijela te izraženo pravno shvaćanje da u ponovljenom postupku treba nesporno utvrditi kome se vraća nacionalizirano zemljište, da li nasljednicima upisanih suvlasnika ili stvarnim korisnicima tog zemljišta kojima je to pravo priznato u postupku deposedacije i kojima je isplaćena naknada za to deposedirano zemljište.

Prvostupajnskim djelomičnim rješenjem utvrđeno je da se nasljednicima upisanih vlasnika neizgrađenog zemljišta vraća u određenim omjerima vlasništvo tog zemljišta.

Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta ("Službeni list FNRJ", broj: 52/58) građevinska zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera su se nacionalizirala i postala društveno vlasništvo samim odredbama tog Zakona (članak 1.).

Odredbom članka 38. tog Zakona bilo je propisano da građevinsko zemljište koje je nacionalizirano ostaje u posjedu prijašnjeg vlasnika sve dok ga on na osnovi rješenja Općinskog narodnog odbora ne preda u posjed općini ili drugoj osobi radi izgradnje zgrade ili drugog objekta ili radi izvođenja drugih radova, time da se predaja zemljišta u posjed općini ili drugom korisniku ne može izvršiti prije nego što je korisniku to potrebno radi izvođenja građevinskih ili drugih radova kojima se zemljište privodi namjeni.

Prema odredbi članka 39. stavka 1. istog Zakona, u svezi s kojom je nadležno savezno tijelo dalo obvezno tumačenje ("Službeni list", broj: 24/59.), prijašnji vlasnik neizgrađenog nacionaliziranog zemljišta ima pravo za vrijeme dok je zemljište u njegovom posjedu, to zemljište sam koristiti ili ga dati drugom na privremeno korištenje i može svoje pravo korištenja trajno prenijeti na drugoga.

Zakonom o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, donesenim 7. veljače 1968. ("Službeni list SFRJ", broj: 5/68. i 20/69.), koji je stupio na snagu 15. veljače 1968., u članku 3. propisuje da prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta ima pravo koristiti to zemljište do dana kada ga je na osnovu odluke nadležnog tijela dužan predati korisniku.

Od stupanja na snagu tog Zakona pravo korištenja je prijašnji vlasnik mogao prenijeti samo na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojioce time da isti dalje ne mogu to pravo prenositi na druge osobe (članak 5. stavak 1.). Dakle, do dana stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (26. prosinca 1958.), kojim su podružstvoljena neizgrađena građevinska zemljišta u gradovima, ta zemljišta ostavljena su u posjedu prijašnjeg vlasnika do predaje u posjed općini ili drugom radi privođenja namjeni. Međutim, prijašnji vlasnici su mogli u tom vremenu ne samo koristiti to zemljište već su pravo korištenja mogli prenijeti na drugoga uz naknadu ili bez naknade. Donošenjem Zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera (7. veljače 1968.), a koji je stupio na

snagu 15. veljače 1968., prijašnji vlasnik pravo korištenja više nije mogao prenositi na drugu osobu uz naknadu ili bez naknade, već je ta mogućnost sužena samo na bračnog druga, nasljednike i prednike u uspravnoj liniji, i to u prvom nasljednom redu. Tim Zakonom sužen je krug osoba na koje se pravo korištenja može prenijeti, ali je pooštren režim priznanja već poduzetih pravnih poslova u vezi s prijenosom tog prava (ovjera potpisa, cijena plaćena putem banke, dokaz o plaćenom porezu i doprinosu).

Iz navedenog proizlazi da je do 15. veljače 1968. promet nacionaliziranim neizgrađenim građevinskim zemljištem bio dopušten.

U konkretnom predmetu proizlazi da je deposedacija predmetnog zemljišta provedena na temelju Zakona o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta ("Narodne novine", broj 147/73.) koji je stupio na snagu 24. travnja 1973. Tim je Zakonom također prijašnjem vlasniku neizgrađenog građevinskog zemljišta ostavljena mogućnost korištenja tog zemljišta do predaje općini ili drugome, a to pravo korištenja mogao je prenijeti na isti krug osoba koji je predvidio i članak 5. Zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera. Kako u spisu nije bilo dovoljno dokumenata koji bi dokazivali tko je u momentu deposedacije bio zakoniti korisnik zemljišta odnosno je li pravo korištenja na drugu osobu prenijeto u vrijeme kad je to bilo dopustivo, to je tužbeno tijelo uvažilo žalbu potomaka korisnika zemljišta kojima je zemljište deposedirano i predmet vratilo na ponovni postupak da se to nesporno utvrdi. S takvim stavom složio se i Upravni sud Republike Hrvatske.

Upravni sud je naložio da se u konkretnom slučaju utvrdi je li u vrijeme kada je izvršen prijenos prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta taj promet bio dozvoljen, te je li promet izvršen pod uvjetima koji predviđaju citirani propisi. Ako je taj promet bio izvršen na zakonit način, tada bi pravo na povrat odnosno naknadu trebalo priznati zakonitim korisnicima, a ne upisanim suvlasnicima.

**3.3.** Na sjednici Imovinsko-pravnog odjela, održanoj dana 19. studenog 2007., promijenjena je praksa Suda vezana uz pitanje da li se rok za podnošenje zahtjeva iz članka 65. stavka 3. Zakona o naknadi odnosi i na slučajeve iz članka 18. Zakona o naknadi. Naime, odredbom članka 18. stavka 1. Zakona o naknadi propisano je da se pravni poslovi koje su prijašnji vlasnici sklopili protivno propisima kojima je bio zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu smatraju valjanim ukoliko nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavim ili poboynim. Prema stavku 2. navedenog članka, osobi koja je na temelju stavka 1. tog članka stekla pravo korištenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu pravo vlasništva priznat će na njezin zahtjev služba nadležna za obavljanje imovinsko-pravnih poslova u uredima državne uprave u županijama (u daljnjem tekstu: nadležna služba ureda državne uprave).

Navedenom odredbom stavka 1. članka 18. Zakona o naknadi konvalidirani su, dakle, svi pravni poslovi sklopljeni suprotno propisima koji su bili na snazi od 15. veljače 1968. godine kada je zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu, ali tu konvalidaciju Zakon o naknadi u stavku 2.

navedenog članka veže uz podnošenje zahtjeva osobe koja je s prijašnjim vlasnikom sklopila takav pravni posao. Kako se radi o konvalidiranju ranije ništavih pravnih poslova, opravdano se postavlja pitanje svrsishodnosti roka za podnošenje zahtjeva za priznanje prava vlasništva. Bez obzira na svrsishodnost propisivanja roka u slučajevima iz članka 18. Zakona o naknadi, Sud je u rješavanju upravnih sporova zauzeo stajalište da se rok iz članka 65. stavka 3. ovog Zakona odnosi i na slučajeve iz članka 18. tog Zakona.

Međutim, jedno od vijeća u Imovinsko-pravnom odjelu zauzelo je suprotno shvaćanje u predmetu Us-2286/2003, te je navedeni predmet iznesen na sjednicu Odjela radi promjene sudske prakse.

Prema ranijim prihvaćenim shvaćanjima izraženim u više presuda polazi se od toga da u članku 65. Zakona, postupak po članku 18. tog Zakona nije propisan kao iznimka od primjene roka za podnošenje zahtjeva iz članka 65. stavka 3. Zakona, odnosno da je postupak za priznavanje prava vlasništva po članku 18. Zakona također postupak za naknadu oduzete imovine, a u suprotnoj presudi Us-2286/2003, od 15. ožujka 2007., izraženo je suprotno shvaćanje – da je to posebni postupak, a ne postupak naknade za oduzetu imovinu.

U obrazloženju shvaćanja da se radi o posebnom postupku, a ne o postupku naknade za oduzetu imovinu, može se navesti sljedeće:

Prema članku 15. Zakona o naknadi, između ostalog, predmet naknade je neizgrađeno građevinsko zemljište. To se zemljište vraća naturalnom restitucijom, a jedina razlika je u tome da li je zemljište korisniku zemljišta oduzeto iz posjeda ili nije oduzeto iz posjeda.

Prema članku 16. stavku 1. Zakona prijašnjem vlasniku odnosno osobi na koju je prijašnji vlasnik prenio svoje pravo u skladu s posebnim zakonom, daje se u vlasništvo neizgrađeno građevinsko zemljište koje je u društveno vlasništvo preneseno na temelju propisa iz članka 2. te akata i načina propisanih u članku 3. Zakona o naknadi, a koje pravomoćnim aktom nadležnog tijela nije oduzeto iz posjeda prijašnjeg vlasnika i osobe na koju je svoje pravo prenio prijašnji vlasnik u skladu sa posebnim zakonom. Prema stavku 4. navedenog članka, iznimno se odredba stavka 1. članka, odnosi i na građevinsko zemljište na kojem je prijašnji vlasnik i osoba na koju je svoje pravo prenio prijašnji vlasnik u skladu s posebnim zakonom izgradio objekt suprotno propisima.

Zemljište se vraća po sili zakona i prijašnji vlasnik ne treba podnijeti posebni zahtjev temeljem tog članka, ali to može ukoliko ima pravni interes za to odnosno ako pravo korištenja nije u zemljišnim knjigama pretvoreno u pravo vlasništva. Navedeno pravno shvaćanje zauzeto je na sjednici Imovinsko-pravnog odjela 12. ožujka 2007.

Ako se radi o vraćanju zemljišta po sili zakona, nepodnošenje zahtjeva u roku ne može imati za posljedicu gubitak prava iz ovog zakona kako je to propisano člankom 65. stavkom 4. Zakona o naknadi.

Naime, odredbom članka 65. stavka 4. Zakona o naknadi propisano je da zahtjev podnesen po proteku roka iz stavka 3. ovog članka odbacit će se pa podnositelj gubi sva prava iz ovog Zakona.

Članak 17. Zakona o naknadi propisuje slučajeve kada je građevinsko zemljište oduzeto iz posjeda i onda se zemljište ne vraća po sili zakona nego tek na temelju zahtjeva. Pretpostavka za vraćanje građevinskog zemljišta u ovom slučaju je da općina odnosno grad nije oduzetim zemljištem iz posjeda prijašnjeg vlasnika do dana stupanja na snagu zakona (1. siječnja 1997.) dalje raspolagala, ili ako je raspolagala, da do donošenja ovog zakona (11. listopada 1996.) zemljište nije privedeno namjeni.

U ovom slučaju neizgrađeno građevinsko zemljište oduzeto je iz posjeda prijašnjem vlasniku ili osobi na koju je on svoja prava korištenja ili raspolaganja građevinskim zemljištem prenio, ali je naturalna restitucija moguća, pa se zemljište ponovno daje bivšem vlasniku, ali ne po sili zakona nego pravomoćnim rješenjem u postupku pokrenutim povodom zahtjeva. Ako ovlaštenik naknade ne podnese zahtjev u roku iz članka 65. stavka 3., gubi prava iz ovog Zakona. Dakle, u ovom slučaju podnošenje zahtjeva vezano je za rok iz članka 65. stavka 3. Zakona o naknadi.

Međutim, članak 18. Zakona o naknadi ne govori o posebnoj kategoriji građevinskog zemljišta odnosno ne sadrži uvjete i način vraćanja neizgrađenog građevinskog zemljišta i stoga ne govori da će se podnositelju zahtjeva dati u vlasništvo zemljište, nego govori o konvalidaciji nevaljanih (ništavih) pravnih poslova koje su prijašnji vlasnici sklopili protivno propisima kojima je bio zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu, ukoliko nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavim ili pobjojnim. Dakle, zakonodavac ta onda nezakonita, raspolaganja neizgrađenim građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu uzima kao zakonita i u takvim slučajevima stjecateljima prava korištenja priznaje vlasništvo na zahtjev podnesen županijskom uredu za imovinsko-pravne poslove. Predmet rješavanja nije dakle davanje zemljišta u vlasništvo jer ono faktički prijašnjem vlasniku nije bilo ni oduzeto iz posjeda, nego naknadno priznavanje valjanosti obavljenog prometa neizgrađenim građevinskim zemljištem, zbog čega se u stavku 3. članka 18. govori o obavezi plaćanja poreza na promet nekretnina u roku od 15 dana od primitka rješenja.

Dakle, konvalidacijom ugovora, po sili zakona priznaje se vlasništvo takvim osobama, ali su one dužne podnijeti zahtjev za pokretanje postupka u kojem će se utvrditi da su one stekle pravo korištenja naknadno osnaženim ugovorom. Tako se, u stvari, naknadno stečeno pravo korištenja ili raspolaganja građevinskim zemljištem pretvorilo u pravo vlasništva, odnosno osoba koja je zaključila ništav ugovor stupa u poziciju bivšeg vlasnika i to joj se konvalidacijom ugovora priznaje. Dakle, priznaje se da je stekla vlasništvo kao korisnik zemljišta kome zemljište nije oduzeto iz posjeda.

Prema pravnom shvaćanju iznesenom u presudi Us-2286/2003, od 15. ožujka 2007., radi se o posebnom postupku na koji se ne odnosi odredba članka 65. Zakona o naknadi. Naime, odredba članka 65. stavka 1. Zakona propisuje da se postupak za naknadu oduzete imovine pokreće podnošenjem zahtjeva nadležnom županijskom uredu. Nadležnost županijskog ureda za donošenje rješenja o konvalidaciji ugovora već je propisana posebno u članku 18. stavku 2. Zakona,

što govori da se radi o drugom postupku, a ne o postupku za naknadu oduzete imovine.

Na takav zaključak upućuju odredbe članka 66. i 67. Zakona koje propisuju podatke i dokaze koje u zahtjev mora podnijeti prijašnji vlasnik odnosno zakonski nasljednik te članak 69. Zakona koji govori o sadržaju rješenja. Naime, prema stavku 2. ovog članka rješenje sadrži podatke o prijašnjem vlasniku, odnosno njegovom zakonskom nasljedniku te mu se utvrđuje pravo na naknadu, podatke o imovini, o rokovima za provedbu odluke te o troškovima postupka, a u ovom slučaju se ne utvrđuje pravo na naknadu. Izreka rješenja iz članka 18. glasi drugačije. Utvrdit će se valjanost ugovora i priznati vlasništvo na temelju tako zaključenog ugovora.

Još jedan argument govori u prilog tezi da se radi o posebnom postupku, a ne o postupku naknade za oduzetu imovinu, a to je da kada bi se uzelo da je podnošenje zahtjeva po članku 18. Zakona vezano uz rok za podnošenje zahtjeva iz članka 65. stavka 3. Zakona s posljedicom iz stavka 4. navedenog članka, tj. gubitkom prava iz Zakona o naknadi onda bi Republika Hrvatska stekla vlasništvo na neizgrađenom građevinskom zemljištu koje nikad nije bilo oduzeto iz posjeda prijašnjeg vlasnika i kojeg je on koristio i raspolagao njime prije stupanja na snagu Zakona o naknadi. Teško bi se takvim podržavljenjem zemljišta ostvario zakonski cilj da se polazeći od zatečenog pravnog i faktičnog stanja provede denacionalizacija i isprave posljedice podružtvovljenja zemljišta na temelju propisa navedenim u članku 2. Zakona.

Na temelju navedenih argumenata, na navedenoj sjednici Odjela održanoj dana 19. studenog 2007. promijenjeno je ranije pravno shvaćanje te je donesen sljedeći zaključak:

“Podnošenje zahtjeva za priznavanje prava vlasništva temeljem članka 18. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine nije vezano za rok za podnošenje zahtjeva iz članka 65. stavka 3. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine jer je to posebno propisan postupak, a ne postupak za naknadu oduzete imovine”.

**3.4.** Nakon presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Uzz-4/06-2, kojom je odlučeno o zahtjevu za zaštitu zakonitosti Državnog odvjetnika Republike Hrvatske protiv rješenja Upravnog suda broj: Us-10147/2004-7, od 16. lipnja 2005., ukazala se potreba da se na sjednici Odjela ponovno razmotri shvaćanje Upravnog suda Republike Hrvatske glede pravnog položaja Fonda za naknadu oduzete imovine u postupku za naknadu oduzete imovine.

Naime, prema dosadašnjoj praksi Upravnog suda Republike Hrvatske Fond za naknadu oduzete imovine nema pravni interes za izjavljivanje tužbe protiv odluke Ministarstva pravosuđa donesene u postupku za naknadu oduzete imovine. Navedeno pravno shvaćanje izraženo je u više odluka (rješenja Upravnog suda).<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Izbor odluka Upravnog suda RH 2005., str. 139



Međutim, Vrhovni sud Republike Hrvatske je odlučujući o zahtjevu za zaštitu zakonitosti Državnog odvjetnika Republike Hrvatske protiv rješenja Upravnog suda broj: Us-10147/2004-7 od 16. lipnja 2005., u svojoj presudi broj: Uzz-4/06-2, od 6. prosinca 2006., kojom je ukinuo navedeno rješenje Upravnog suda, zauzeo shvaćanje da se u postupku za naknadu oduzete imovine Fondu ne može uskratiti pravo na tužbu protiv konačnog upravnog akta donesenog u takvom postupku.

Iz presude Vrhovnog suda br. Uzz-4/06-2, od 6. prosinca 2006:

*“Pravilno se u zahtjevu za zaštitu zakonitosti navodi da je tužitelj bio ovlašten podnijeti tužbu, odnosno da nije bilo uvjeta za odbacivanje tužbe. Prema odredbi članka 30. stavka 1. točke 3. Zakona o upravnim sporovima (temeljem kojeg je tužba odbačena) sud će rješenjem odbaciti tužbu ako utvrdi da je očito da se upravnim aktom koji se tužbom osporava ne dira u pravo tužitelja ili u njegov neposredni osobni interes utemeljen na zakonu. Temeljem činjenice da je Zakonom o naknadi položaj stranke u postupku naknade za oduzetu imovinu priznat prijašnjem vlasniku i Državnom odvjetništvu Hrvatske ne može se izvoditi zaključak da druge osobe ne mogu biti tužitelji u upravnom sporu.*

*Tužitelj u upravnom sporu može biti i pojedinac, pravna osoba, organizacija, skupina osoba, naselje i sl., koji smatra da mu je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo ili neposredni osobni interes utemeljen na zakonu (član 12. Zakona). U konkretnom slučaju te su pretpostavke ispunjene. Prema odredbi članka 2. stavka 1. Zakona o fondu za naknadu oduzete imovine, tužitelj ima svojstvo pravne osobe, a smatra da mu je pobijanim upravnim aktom povrijeđeno pravo, odnosno interes utemeljen na zakonu. Tužba se može odbaciti samo ako se utvrdi da je očito da se upravnim aktom koji se tužbom osporava ne dira u pravo tužitelja ili u njegov neposredni osobni interes utemeljen na zakonu (članak 30. stavak 1. točka 3. Zakona o upravnim sporovima).*

*Prema pravnom shvaćanju ovog Suda nije očito da se pobijanim rješenjem ne dira u pravo tužitelja. Fond za naknadu oduzete imovine je prema odredbi članka 1. stavka 2. Zakona o fondu za naknadu oduzete imovine nadležan za isplatu naknade u novcu i obveznicama Republike Hrvatske, a za ispunjenje te obveze izdaje obveznice osobi kojoj je pravomoćnom odlukom nadležnog tijela utvrđeno pravo na naknadu za oduzetu imovinu u obliku obveznica Republike Hrvatske (članak 3. Zakona o fondu za naknadu imovine).*

*Osporenim rješenjem (točkom 5. izreke) tužitelju je i naloženo izvršenje takve činidbe prema Lj.P. U situaciji kad se upravnim aktom određenoj osobi nalaže da nešto učini, ne može se smatrati da je u smislu odredbe članka 30. stavka 1. točke 3. Zakona o upravnim sporovima očito da se njime ne dira u pravo te osobe. Prava Fonda za naknadu oduzete imovine mogu biti povrijeđena time što mu se nalaže izvršenje činidbe (izdavanja obveznica u smislu članka 3. Zakona o fondu za naknadu imovine) osobi koja prema njegovom uvjerenju nema pravo na naknadu. Tužitelj smatra da J.P. nema pravo na naknadu i da zbog toga ne postoji niti njegova obveza da isplati naknadu u obliku obveznica Republike*

*Hrvatske, pa mu se ne može uskratiti pravo na tužbu, jer pravo na tužbu u smislu članka 12. Zakona o upravnim sporovima ima pravna osoba koja smatra da joj je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo. Tužitelj je pravna osoba i smatra da mu je pobijanim upravnim aktom povrijeđeno pravo jer mu se nalaže da učini nešto što prema njegovom mišljenju nije dužan, pa su te propisane pretpostavke ispunjene.*

*Zbog tih razloga je temeljem članka 50. stavka 2. Zakona o upravnim sporovima zahtjev za zaštitu prihvaćen i ukinuto je rješenje Upravnog suda Republike Hrvatske od 16. lipnja 2005. godine broj Us-10147/2004 te predmet vraćen tom sudu na ponovni postupak.”*

Kako Vrhovni sud Republike Hrvatske kao najviši sud u državi osigurava jedinstvenu primjenu zakona i ravnopravnost građana (članak 118. stavak 1. Ustava Republike Hrvatske),<sup>30</sup> Upravni sud je promijenio ranije zauzeto pravno shvaćanje te na sjednici Imovinsko-pravnog odjela održanoj dana 10. prosinca 2007. godine donio sljedeći zaključak:

“Fond za naknadu oduzete imovine ima pravni interes za podnošenje pravnih lijekova protiv upravnih akata donesenih u postupku za naknadu oduzete imovine.”

#### ***4. Stranci i pravo na naknadu imovine oduzete za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine***

Odredbom članka 9. stavka 1. Zakona o naknadi bilo je propisano da se prava iz tog zakona priznaju fizičkoj osobi – prijašnjem vlasniku, odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvog nasljednog reda (u daljnjem tekstu: prijašnji vlasnik), koji na dan donošenja zakona imaju hrvatsko državljanstvo.

Odredbom članka 10. bilo je propisano da prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom, ili na drugi način ako ovim zakonom nije drugačije propisano.

Člankom 11. stavkom 1. i 2. bilo je propisano da stranim fizičkim i pravnim osobama ne pripadaju prava iz ovog Zakona. Iznimno od odredbe stavka 1. ovog članka prava propisana ovim Zakonom mogu se priznati i stranim fizičkim i pravnim osobama ako se to utvrdi međunarodnim sporazumima.

Ustavni sud ukinuo je dio članka 9. stavka 1. u dijelu koji glasi: “koji na dan donošenja ovog zakona imaju hrvatsko državljanstvo” te članak 11. stavak 1. u dijelu koji glasi: “.....fizičkim i”, članak 11. stavak 2. u dijelu koji glasi: “.... fizičkim i”, i članak 65. stavak 3. u dijelu koji se odnosi na odredbe o roku za podnošenje zahtjeva prijašnjeg vlasnika, ukoliko se odnose na prijašnjeg vlasnika – stranu fizičku osobu.

<sup>30</sup> Ustav RH (“Narodne novine”, broj 56/90, 137/97, 8/98-pročišćeni tekst, 113/00, 124/00-pročišćeni tekst, 28/01, 40/01-pročišćeni tekst i 55/01-ispravak)

Iz obrazloženja odluke Ustavnog suda proizlazi: “Razlikovanje prijašnjih vlasnika s obzirom na njihovu pravnu svezu s određenom državom (tj. prema državljanstvu), s time da se jednima priznaje pravo na naknadu (hrvatskim državljanima), a drugima se to pravo nikako ne priznaje – nepravedno je i ne može se opravdati zaštitom nekog drugog važnog ustavnog ili drugog prava. Ovo tim više što je svima, i hrvatskim državljanima i onima koji to nisu imovina oduzeta na isti način u isto vrijeme i na temelju istih pravnih osnova, a njihova imovina – ukoliko je ostala očuvana – ostala je u Republici Hrvatskoj u vlasništvu države ili drugih pravnih subjekata.

Razlikovanje u opsegu potencijalnih prava domaćih državljana i stranaca uobičajeno je (i nije u protivnosti s Ustavom) kada se radi o pravnim odnosima reguliranim javnopravnim propisima ili propisima o zasnivanju radnog odnosa. No, kad su u pitanju imovinsko-pravni odnosi takvog razlikovanja, u tako generalnom, uopćenom obliku ne smije biti i ono je suprotno Ustavu.

Zbog toga bi, propisom koji će se donijeti umjesto ukinutog, prijašnjim vlasnicima koji nisu hrvatski državljani trebalo načelno priznati pravo na naknadu ili vraćanje imovine, odnosno odrediti pod kojim pretpostavkama će se tim osobama priznati pravo na naknadu. Pravo stranca na vraćanje nekretnine treba biti regulirano u skladu s odredbama drugih zakona o pravu stranaca da stječu nekretnine na području Republike Hrvatske.

Citirane odredbe iz stavka 1. članka 9. i stavka 1. članka 11. (u dijelu u kojem se odnose na fizičke osobe), Zakona o naknadi u protivnosti su sa člankom 14. Ustava jer ne poštuju ustavnu garanciju o jednakosti svih ljudi i građana u Republici Hrvatskoj, već uspostavljaju diskriminirajuće razlike ovisno o osobnim i pravnim osobinama pojedinaca, koje nisu osnovane na Ustavu ili na zakonu u skladu s Ustavom. Te odredbe nisu u skladu s propisima međunarodnih ugovora i akata citiranih u točki 2/3 ove odluke. One su protivne i članku 134. Ustava, jer međunarodni ugovori kad su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, čine sastavni dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, pa je Zakon o naknadi trebalo s njima uskladiti.

Budući da su istekli rokovi za podnošenje zahtjeva za naknadu oduzete imovine (6 mjeseci od stupanja na snagu Zakona o naknadi – stavak 3. članak 65.) pa bi prekasno podnijete prijedloge valjalo odbaciti, a podnositelj bi izgubio sva prava iz tog zakona (stavak 4. članak 65.), ukinuti su i ti propisi, kako bi ovlaštenici naknade koji nisu hrvatski državljani mogli ostvariti svoja prava.

Na mjestu ukinutih odredaba treba donijeti nove koje će razraditi modalitete naknađivanja ili vraćanja imovine strancima i rokove za podnošenje zahtjeva. Zbog toga je nastupanje pravnih posljedica ove odluke odgođeno do donošenja novih propisa, a najkasnije do isteka roka od godine dana od dana objave ove odluke u “Narodnim novinama”.

Iz navedene odluke Ustavnog suda razvidno je da Ustavni sud Republike Hrvatske nije ocijenio neustavnim naprijed navedene zakonske odredbe u odnosu na strane pravne osobe već samo u odnosu na strane fizičke osobe. Osim toga, Ustavni sud kod ocjene ustavnosti Zakona o naknadi nije doveo u pitanje

nići ustavnost članka 10. kojim je bilo propisano da prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom, ako ovim zakonom nije drugačije propisano. Dakle, ne dovodeći u pitanje ustavnost te zakonske odredbe, Ustavni sud je očito ocijenio da odredba nije u nesuglasju s Ustavom jer bi u protivnom ukinuo i tu odredbu, u dijelu u kojem se odnosi na strane fizičke osobe kao što je to učinio s naprijed navedenim zakonskim odredbama.

U izvršenju navedene odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske donesen je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ("Narodne novine", broj 80/02-81/02-ispravak).

Odredbom članka 2. navedenog Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o naknadi propisano je da se članak 10. mijenja i glasi: "Prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom. Iznimno od odredbe stavka 1. ovog članka prava propisana ovim zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumom."

Člankom 3. navedenog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi izbrisan je članak 11. Zakona o naknadi.

Odredbom članka 7. navedenog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi propisano je da zahtjev za naknadu oduzete imovine mogu u roku od šest mjeseci od dana stupanja na snagu ovog Zakona podnijeti prijašnji vlasnici, koji su pravo na povrat ili naknadu za oduzetu imovinu stekli po odredbama ovog Zakona, a nisu do sada podnijeli zahtjev ili im je zahtjev pravomoćno odbijen, odnosno odbačen i to: "prijašnji vlasnik državljanin Republike Hrvatske koji na dan donošenja Zakona o naknadi nije imao hrvatsko državljanstvo (članak 1. ovog Zakona), "prijašnji vlasnici na koje se ne odnosi članak 2. ovog Zakona, "prijašnji vlasnici koji su prema popisu stanovništva iz 1991. godine imali prebivalište na okupiranim područjima Republike Hrvatske odnosno na području pod upravom UNTAES-a.

Zahtjevi podneseni po proteku roka iz stavka 1. ovog članka odbacit će se.

Odredbom članka 11. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi propisano je da postupci započeti po odredbama Zakona o naknadi koji nisu pravomoćno dovršeni do stupanja na snagu ovog Zakona dovršit će se po odredbama ovog Zakona.

Navedene odredbe izazvale su različita tumačenja. Kako se radi o vrlo nejasnim odredbama, iz njih je teško sagledati volju zakonodavca. Različiti autori različito tumače navedene odredbe.

Naime, prvenstveno se postavilo pitanje mogu li strane fizičke osobe ostvariti pravo na naknadu kada je Ustavni sud ukinuo neke odredbe Zakona o naknadi koje su isključivale od prava na naknadu strane fizičke i pravne osobe, a Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi propisao je da prava propisana ovim zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumom.

Prema mišljenju nekih autora<sup>31</sup> "...teško, ako ne i nemoguće (je) odrediti strane državljanke koji su izmjenama i dopunama Zakona stekli pravo na naknadu; to pravo će eventualno steći temeljem sklopljenog međudržavnog ugovora."

Takvog mišljenja je i Jadranko Crnić koji kaže da je brisanjem članka 11. Zakona o naknadi "omogućeno, ali samo ako bude utvrđeno međudržavnim sporazumom, da i strane fizičke i pravne osobe mogu steći prava propisana odredbom stavka 2. članka 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi."<sup>32</sup>

Suprotno navedenim mišljenjima, Petar Simonetti smatra da je rečenim Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi svim stranim fizičkim osobama otvorena mogućnost da traže povrat svoje imovine – ako njihovo pravo na naknadu nije uređeno međudržavnim sporazumom.<sup>33</sup>

Vezano uz članak 10. navedenog Zakona o naknadi, Upravni sud je za sada, kao što je već ranije rečeno, zauzeo shvaćanje da je postojanje međudržavnog sporazuma uvjet da bi strani državljanin ostvario pravo na naknadu prema Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.

Međutim, na Sudu se pojavljuju i drugačija razmišljanja te je u Evidenciji sudske prakse zadržana i za sada nije otpremljena potpuno suprotna odluka iz koje proizlazi: "polazeći od jezičnog izričaja odredaba novog članka 10. Zakona o naknadi, a imajući u vidu da se u članku 9. ovog Zakona kao uvjet za priznavanje prava više ne propisuje hrvatsko državljanstvo (članak 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi), ovaj Sud smatra da pravo na naknadu imaju sve strane osobe za čiju oduzetu imovinu pitanje naknade nije riješeno međudržavnim sporazumom."

Ovakvo razmišljanje je za sada suprotno praksi Upravnog suda Republike Hrvatske te će vjerojatno navedeno pitanje morati biti raspravljeno na sjednici Imovinsko-pravnog odjela na kojoj će se donijeti odluka da li će Sud ostati kod dosadašnje prakse da je postojanje međudržavnog sporazuma uvjet da bi strani državljanin ostvario pravo na naknadu ili će navedenu praksu promijeniti.

## 5. Zaključak

Kao što je iz svega naprijed navedenog razvidno, praksa Upravnog suda Republike Hrvatske ustalila se glede nekih osnovnih pitanja i problema koji su vezani uz Zakon o naknadi, međutim, isto tako vidljivo je da Upravni sud Republike Hrvatske nije za sada riješio sve probleme koji su se pojavili u praksi

<sup>31</sup> Snježana Bagić, *Novela Zakona o naknadi iz 2002: Novi ovlaštenici, Nekretnine kao objekt imovinskog prava*, Narodne novine, br. 2004., str. 37.

<sup>32</sup> Jadranko Crnić, *Denacionalizacija – u povodu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi – Što dalje? Nekretnine u pravnom prometu*, Inženjerski biro, Zagreb, 2002., str. 9.

<sup>33</sup> Prava stranih osoba na denacionalizaciju, HPR, 2006., 4., str. 7.

te da je neka pravna shvaćanja i promijenio, na što je posebno ukazano u ovom radu. Kako je praksa Upravnog suda Republike Hrvatske kao i praksa svih ostalih sudova važna, smatram da ju treba učiniti dostupniju svima. Stoga Upravni sud svake godine izdaje Izbor odluka te objavljuje sudsku praksu na WEB stranicama, a suci i savjetnici sudjeluju na raznim savjetovanjima te objavljuju radove u stručnim časopisima.

Navedeno ne znači da pravna shvaćanja zauzeta u primjeni Zakona o naknadi ne dopuštaju i kritički osvrt, te valja istaći da Upravni sud redovno prati praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske te ju usklađuje s odlukama Ustavnog suda, a isto tako i mijenja praksu povodom drugačijih pravnih shvaćanja koja su zauzeta u presudama Vrhovnog suda Republike Hrvatske povodom podnesenih zahtjeva za zaštitu zakonitosti kao što je to u ovom radu i navedeno.

### Summary

## **THE LAW ON RESTITUTION/COMPENSATION OF PROPERTY TAKEN DURING THE TIME OF THE YUGOSLAV COMMUNIST GOVERNMENT – PRACTICE OF THE ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA**

The article presents common practice of the Administrative Court of the Republic of Croatia concerning the application of Law on Restitution/Compensation of Property Taken During the Time of the Yugoslav Communist Government (further on the Law on Restitution/Compensation).

Besides, the article deals with recent Court practice regarding the Law on Restitution/Compensation. The change in Court practice has been additionally substantiated with conclusions delivered during sessions of the Court Property Department.

A special attention has been given to dilemmas connected with foreigners' rights on restitution/compensation.

**Key words:** *restitution/compensation of taken property, Administrative Court, court practice.*



## Zusammenfassung

### **GESETZ ÜBER ENTSCHÄDIGUNG FÜR VERMÖGEN, DAS ZUR ZEIT DER JUGOSLAWISCHEN KOMMUNISTISCHEN HERRSCHAFT BESCHLAGNAHMT WURDE – PRAXIS DES VERWALTUNGSGERICHTS DER REPUBLIK KROATIEN**

In der Arbeit wird die übliche Praxis des Verwaltungsgerichts der Republik Kroatien dargelegt, die mit der Anwendung des Gesetzes über Entschädigung für Vermögen, das zur Zeit der jugoslawischen kommunistischen herrschaft beschlagnahmt wurde, verbunden war (weiter: Gesetz über Entschädigung).

Außerdem wird auch die neuere Praxis des Verwaltungsgerichts, verbunden mit dem Gesetz über Entschädigung, sowie Veränderungen der Praxis, belegt durch die Beschlüsse der Sitzung der vermögensrechtlichen Abteilung des Gerichtes angeführt.

Es werden auch Probleme, die mit dem Recht auf Entschädigung für das Vermögen von Ausländern verbunden sind, aufgezeigt.

**Schlüsselwörter:** *Entschädigung für beschlagnahmtes Vermögen, Verwaltungsgericht, Gerichtspraxis.*

## Sommario

### **LEGGE SULL'INDENNIZZO PER LA PROPRIETÀ ESPROPRIATA DURANTE IL PERIODO DEL REGIME COMUNISTA JUGOSLAVO – PRASSI DEL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA**

Nel lavoro è esposta la prassi consolidata del Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia legata alla Legge sull'indennizzo per la proprietà espropriata durante il periodo del regime comunista jugoslavo (di seguito Legge sull'indennizzo).

A parte quanto menzionato è considerata anche la nuova prassi del Tribunale amministrativo collegata alla Legge sull'indennizzo e la mutata prassi confermata con le conclusioni delle sedute della Sezione giuridico-patrimoniale del Tribunale.

Sono illustrati altresì i dilemmi relativi al diritto all'indennizzo della proprietà degli stranieri.

**Parole chiave:** *indennizzo per la proprietà espropriata, Tribunale amministrativo, prassi giudiziale.*



**IMPLEMENTACIJA  
SMJERNICE 2005/29/EC  
O NEPOŠTENIM POSLOVNIM PRAKSAMA  
U HRVATSKO PRAVO ZAŠTITE POTROŠAČA**

Dragan Zlatović, dipl. iur.  
Ravnatelj Šibenskog kazališta  
Šibenik

UDK: 366.5 (497.5:4-67EU)  
366.542 (497.5:4-67EU)  
Ur.: 5. studenog 2007.  
Pr.: 19. prosinca 2007.  
Stručni članak

*Donošenjem novog Zakona o zaštiti potrošača, u Republici Hrvatskoj kvalitetnije su uređena pitanja zaštite potrošača, nego što je to bilo u ranijem zakonu. Uredila su se i ona područja koja ranijim zakonom nisu obuhvaćena, a za čime se ukazala potreba kroz primjenu ranijeg Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. u razdoblju od proteklih nekoliko godina. Isto tako, izvršilo se i dodatno usklađivanje s pravnom stečevinom Europske unije što će u konačnici razinu zaštite potrošača Republike Hrvatske uvelike približiti standardima zaštite potrošača koju potrošači imaju u zemljama članicama Europske unije.*

*Posebno mjesto u sklopu novog zakonskog uređenja zaštite potrošača u nas zauzima materija nepoštene poslovne prakse, koja regulira radnje koje trgovci rade na štetu interesa potrošača i koje se koriste prije, za vrijeme i nakon sklapanja pravnog posla u pogledu određenog proizvoda. Detaljno se razmatraju pojavnici vidovi ovakve prakse, posebice zavaravajuća odnosno agresivna poslovna praksa, a u tom kontekstu i komparativno oglašavanje. Radi uvida u cjelovite mehanizme zaštite prava potrošača upućuju se na korištenje zakonom predviđenih modaliteta pravne zaštite od nepoštene poslovne prakse, naročito na administrativne mjere i postupanja pred mirovnim tijelima.*

**Ključne riječi:** nepoštena poslovna praksa, zavaravajuće radnje, zavaravajuća propuštanja, agresivna poslovna praksa, komparativno oglašavanje.

## ***I. Odnos nepoštenog tržišnog natjecanja i nepoštenih poslovnih praksi***

U ovom radu više ćemo puta ukazati na razliku između prava nepoštenog tržišnog natjecanja i prava zaštite potrošača, u sklopu kojeg se nalaze i odredbe o zaštiti od nepoštenih poslovnih praksi.

Naime, često se ovi pojmovi zamjenjuju u svakodnevnom govoru, pa čak i u stručnim raspravama.

Pravo u svezi sa zaštitom od nepoštenog tržišnog natjecanja regulira povrede dobrih poslovnih običaja u odnosu između trgovaca. Dakle, radnje nepoštenog tržišnog natjecanja koje poduzima neki trgovac povrjeđuju prava, ugled i interese drugog trgovca, te mu u pravilu uzrokuje štetu. Prema tome subjekti odnosa u ovom su slučaju trgovci, i to na strani počinitelja štete, kao i na strani oštećenika.

Suprotno tome, radnje nepoštenih poslovnih praksi čine one radnje koje trgovci rade na štetu interesa potrošača i koje se koriste prije, za vrijeme i nakon sklapanja pravnog posla u pogledu određenog proizvoda. Poslovna je praksa nepoštena ako je suprotna zahtjevima profesionalne pažnje i ako, u pogledu određenog proizvoda, značajno utječe ili je vjerojatno da će značajno utjecati na ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača prema kojemu je ta praksa usmjerena ili do kojega dolazi, odnosno prosječnog člana određene skupine potrošača na koju je ta praksa usmjerena. Prema tome subjekti odnosa u ovom su slučaju na jednoj strani trgovci kao počinitelji štetne radnje, a na drugoj strani potrošači kao oštećenici.

Iako se radi o institutima koji nemaju direktnu povezanost i pripadaju različitim pravnim područjima, ipak je nužno i s teorijskog i s praktičnog aspekta ukazati na njihove razlike kao i dodirne točke, a posebice odijeliti ih od pojma zaštite tržišnog natjecanja.<sup>1</sup> Nepošteno tržišno natjecanje spada u područje prava trgovine odnosno prava intelektualnog vlasništva u širem smislu, dok nepoštena poslovna praksa spada u područje prava zaštite potrošača. Ipak i jedna i druga materija imaju za cilj spriječiti zavaravanje i zbrku na tržištu, koja nastaje nepoštenim ponašanjem subjekata tržišne utakmice i tržišta u cjelini. Nepošteno tržišno natjecanje i nepoštena poslovna praksa su dvije vrste zabranjene trgovinske prakse.<sup>2</sup>

Za razliku od toga, pravo zaštite tržišnog natjecanja ili pravo konkurencije je skup pravnih propisa i normi koji imaju za cilj zaštitu i očuvanje konkurencije na tržištu kao optimalnog instrumenta osiguranja učinkovite alokacije resursa čime se postižu najbolji tržišni učinci.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Tako i Harvey, B.W., Parry, D.L., *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 2000.

<sup>2</sup> Tako Mlikotin Tomić, D. et al., *Europsko tržišno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 2006., str. 185.

<sup>3</sup> Usp. Spevec, O., *Zaštita tržišnog natjecanja i poticanje razvoja određenih gospodarskih sektora*, na [www.aztn.hr/pdf/clanci](http://www.aztn.hr/pdf/clanci), te Cerovac, M., *Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, Hrvatska pravna revija, 9/2003.

Tržišno natjecanje je po pravu konkurencije situacija na nekom tržištu na kojem prodavatelji roba ili davatelji usluga nastoje steći utjecaj na kupce odnosno korisnike usluga kako bi ostvarili određene poslovne ciljeve, kao što su profit odnosno tržišni udjeli ili udjeli u prodaji.<sup>4</sup>

Pravo i pravila tržišnog natjecanja odnose se na sve poduzetnike bez izuzetka, dakle ne samo na trgovce kao u slučaju nelojalne utakmice. Zato ih niti jedan poduzetnik ne smije zanemariti ili podcijeniti, u suprotnom postaje žrtva vlastitog ponašanja i djeluje protivno zakonu.

Pravo tržišnog natjecanja u Hrvatskoj primjenjuje se na sve oblike sprječavanja, ograničavanja i narušavanja tržišnog natjecanja od strane poduzetnika u gotovo svim gospodarskim sektorima. Općenito govoreći, sukladno tim pravilima, zabranjeno je svako antikompetitivno ponašanje poduzetnika, iako u određenim, jasno definiranim slučajevima, ograničavajući sporazumi mogu biti obuhvaćeni izuzećem od zabrane (međutim, to se nikako ne odnosi na zlorabu vladajućeg položaja). Nadalje, zabranjene su koncentracije poduzetnika kada imaju značajan negativan učinak na tržišno natjecanje.<sup>5</sup>

## **II. Europsko pravo**

### **1. Polazišta za usvajanje Smjernice EU 2005/29/EC**

Sa zaštitom potrošača Europska unija započela je u 70-im godinama dvadesetog stoljeća. Do danas je to područje uređeno brojnim aktima što ukazuje na veliku važnost koja se pridaje ovoj problematici, to više što moderno tržište zahtijeva visoku razinu zaštite potrošača.

Ugovorom o Europskoj uniji, kojim je izmijenjen Ugovor o osnivanju Europske zajednice, politika zaštite potrošača postaje službena politika Europske unije. Daljnje promjene izvršene su tzv. Ugovorom iz Amsterdama.<sup>6</sup> Tim ugovorom, između ostalog, izvršena je renumeracija postojećeg teksta Ugovora o osnivanju Europske zajednice, pa je dotadašnji članak 129.a, kojim je bila uređena zaštita potrošača, postao članak 153. i njime se navodi da se prava potrošača temelje na pet osnovnih prava ugrađenih u nacionalne politike njezinih članica, kako slijedi:

- zaštita zdravlja i sigurnost potrošača;
- zaštita gospodarskih interesa potrošača;
- pravo potrošača da budu informirani i educirani;
- pravo na pravnu zaštitu potrošača;

<sup>4</sup> Cit. prema Cerovac, M., Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja, TEB, Zagreb, 2004., str. 145.

<sup>5</sup> Vidi u priručniku za poduzetnike "O pravu tržišnog natjecanja u Hrvatskoj i Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja", Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, zagreb, 2006., str. 6.

<sup>6</sup> Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, dostupno na [www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/eu/Amsterdam-treaty.pdf](http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/eu/Amsterdam-treaty.pdf).

- pravo na naknadu štete i
- udruživanje, zastupanje i sudjelovanje potrošača, radi ostvarenja svojih prava.<sup>7</sup>

S obzirom na širenje područja djelovanja ujedinjenjem europskih država, Europska unija svojim je zemljama članicama dala smjernice za stvaranje jedinstvene politike za ona područja koja su do tada bila isključivo u nacionalnoj nadležnosti.<sup>8</sup> U skladu s time javila se i potreba za propisivanjem pravnih odredbi koje proklamiraju poštivanje osnovnih ljudskih prava, što je jedno od glavnih načela djelovanja Europske unije. Slijedom toga najavljena je revizija većine važećih direktiva o zaštiti potrošača u smjeru postupnog prijelaza od mjera “minimalne” prema mjerama “maksimalne” harmonizacije.<sup>9</sup>

Jedno od područja kojima je posvećena posebna pozornost jest i problematika nepoštenih poslovnih praksi.<sup>10</sup>

Nakon dugotrajnog postupka usuglašavanja sadržaja Smjernice EU o neolojalnoj praksi, s obzirom na već uspostavljena i različita nacionalna zakonska rješenja među državama članicama, konačno je usvojen njezin završni tekst.

Naime, Europska komisija je još 18. lipnja 2003. utvrdila prijedlog Smjernice,<sup>11</sup> ali bilo je potrebno gotovo dvije godine da bude i usvojena. Koliko je različit pristup bio kod utvrđivanja konačnog sadržaja Smjernice, uz dugogodišnje donošenje, svjedoči i relativno dugo razdoblje *vacatio legis* za usklađivanje nacionalnih zakonodavstava s odredbama ove Smjernice.<sup>12</sup>

Dakle, Europski parlament i Europsko vijeće donijeli su 11. svibnja 2005. godine novu Smjernicu EU o nepoštenoj komercijalnoj praksi 2005/29/EC<sup>13</sup>,

<sup>7</sup> Detaljnije kod Howells, G.G., Weatherill, S., Consumer Protection Law, Ashgate Publishing, 2<sup>nd</sup> ed., 2005.

<sup>8</sup> Usp. van Dam, C., Budaite, E., Unfair Commercial Practice – An analysis of the exiting national laws on unfair commerce practices between business and consumers in the new Member States, General report & National report, British Institute of International and Comparative Law, London, publicirano na web stranici <http://ec.europa.eu/consumers>.

<sup>9</sup> Opširnije o pravu zaštite potrošača u Europskoj uniji kod Schulze, R., Schulte-Noelke, H., Jones, J., A Casebook on European Consumer Law, Hart Publishing, Oxford, 2002.; te kod Oughton, D., Lowry, J., Consumer Law, Oxford University Press, Oxford 2000.

<sup>10</sup> Usp. Schulze, R., Schulte-Nölke, H., Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices, objavljeno na web stranici <http://ec.europa.eu/consumer>.

<sup>11</sup> Vidi na [www.out-law.com/page-3655](http://www.out-law.com/page-3655).

<sup>12</sup> Vidi Questions and Answers on the Proposed Unfair Commercial Practice Directive, na internet stranici [http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.getfile=gf&doc=MEMO/03/135%7C0%7CRAPID&lg=EN&type=PDF](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=MEMO/03/135%7C0%7CRAPID&lg=EN&type=PDF).

<sup>13</sup> Puni naziv Smjernice jest 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 (skraćeni naziv: Unfair Commercial Practices Directive), koja je objavljena u Official Journal of the European Union L 149/22, 11.6.2005.



čime se je postigla harmonizacija prava u svezi s neloyalnom praksom na zajedničkom tržištu.

U preambuli Smjernice navodi se da postojeća legislativa zemalja članica u odnosu na nepoštenu komercijalnu praksu pokazuje uočljive razlike koje mogu generirati prilično iskrivljivanje tržišnog natjecanja i smetnje u redovitom pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta (internal market, tržište EU).<sup>14</sup>

U nedostatku uniformiranih pravila na razini Zajednice, smetnje i zaprjeke slobodnom prometu usluga i roba preko granica ili sloboda mogu predstavljati ozbiljan problem, čemu jedino stoji na putu praksa Suda pravde EU (the Court of Justice of the European Communities) sve dok bude nastojala štititi objektivno opći interes. Stoga ova Smjernica izravno štiti potrošačke ekonomske interese od nepoštene komercijalne poslovne prakse. Također, postiže se i zaštita indirektno legitimnih poslova od tržišnih natjecatelja koji nemaju namjeru poštovati poslovna i običajna pravila.

Smjernica nema namjeru utjecati na individualne akcije koje poduzimaju oni koji su povrijeđeni nepoštenom komercijalnom praksom. Također se ovom Smjernicom ne dira u EU i nacionalna pravila ugovornog prava, prava intelektualnog vlasništva, zdravstvenog prava i pravila sigurnosti u svezi s proizvodima, posebice odredbe prava konkurencije.<sup>15</sup>

Visok stupanj podudarnosti modaliteta zaštite prema nacionalnim sustavima, putem ove Smjernice stvorio je znatnu zjedničku razinu potrošačke zaštite. Ova Smjernica uspostavila je jednostavnu opću zaštitu u odnosu na nepoštenu komercijalnu praksu koja ugrožava potrošačka ekonomska djelovanja. Ona također sadrži pravila u svezi s agresivnom komercijalnom praksom, koja dosad uopće nije bila regulirana na razini Zajednice. Pri tome je u službi kako potrošača tako i samog redovitog poslovanja i poduzetnika.<sup>16</sup>

Osobe ili organizacije ovlaštene nacionalnim propisima prema kojima imaju legitimni interes u određenoj stvari na ovom području zaštite, moraju koristiti zakonska sredstva radi pokretanja postupaka protiv neloyalne prakse, bilo pred sudovima ili pred upravnim tijelima nadležnim za odlučivanje za vođenje odgovarajućeg pravnog postupka. Sve dok su nacionalna prava determinirajuća u svezi s granicama dokazivanja, nužno je ovlastiti sudove i upravna tijela da traže od trgovaca da vode evidencije koje bi mogle poslužiti u svrhu dokazivanja stvarne štete i samog djela štetne nedopuštene radnje.

Nužno je da zemlje članice predvide sankcije radi povreda predviđene zaštite sukladno ovoj Smjernici. Sankcije moraju biti efektne, razmjerne i odvrćajuće.

<sup>14</sup> O stanju koji je prethodio donošenju Smjernice vidi detaljnije kod Tritton, G., *op.cit.*, str. 536.

<sup>15</sup> O tome šire kod Jones, A. – Sufrin, B., *EC Competition Law*, second edition, Oxford University Press, New York, 2004., str. 30. i dalje.

<sup>16</sup> Collins, H. (ed.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practice*, A Walters Kluwer Company, 2004., str. 14.

## **2. Opće odredbe Smjernice EU 2005/29/EC**

Namjena ove Smjernice jest doprinijeti pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta i postići visoku razinu zaštite potrošača, približavanjem zakona, propisa i upravnih odredaba država članica, a koji se tiču nelojalne trgovačke prakse koja šteti ekonomskim interesima potrošača.

U čl. 2. Smjernice dane su temeljne odrednice pojmova koji se koriste u tekstu Smjernice kako bi se olakšalo tumačenje odredaba Smjernice kao i njena pravilna primjena u svakodnevnoj praksi.

Tako se u smislu ove Smjernice definiraju sljedeći pojmovi u značenju kako slijedi:

- (a) “potrošač” je bilo koja fizička osoba koja, u trgovačkoj praksi obuhvaćenoj ovom Smjernicom, djeluje u svrhe izvan svoga zanimanja, posla, obrta ili zvanja;
- (b) “trgovac” je bilo koja fizička ili pravna osoba koja, u trgovačkoj praksi obuhvaćenoj ovom Smjernicom, djeluje u svrhe povezane sa svojim zanimanjem, poslom, obrtom ili zvanjem, kao i svatko tko djeluje u ime ili u korist trgovca;
- (c) “proizvod” je svako dobro ili usluga, uključujući nekretnine, prava i obveze;
- (d) “trgovačka praksa poslovanja tvrtki i krajnjih potrošača (trgovačka praksa maloprodaje)” (u daljnjem tekstu ujedno i trgovačka praksa), znači svaku radnju, propust, postupanje ili predstavljanje, komercijalnu komunikaciju, uključujući promidžbu i marketing, od strane trgovca, a koji su u izravnoj vezi sa promocijom, prodajom ili opskrbom potrošača proizvodom;
- (e) “bitan utjecaj koji iskrivljuje ekonomsko ponašanje potrošača” znači koristiti trgovačku praksu kako bi se znatno umanjila sposobnost potrošača za donošenje informirane odluke, te na taj način navesti potrošača da donese transakcijsku odluku koju inače ne bi donio;
- (f) “pravila ponašanja” jesu sporazum ili skup pravila koja ne nameće zakon, propis ili upravna odredba države članice, a koja definiraju ponašanje trgovaca koji prihvate da budu obvezani pravilima, u odnosu na jednu ili više trgovačkih praksi ili poslovnih grana;
- (g) “tvorac (nositelj) kodeksa” jest bilo koji subjekt, uključujući trgovca ili skupinu trgovaca, koji je odgovoran za formuliranje i reviziju pravila ponašanja i/ili za nadzor pridržavanja pravila od strane onih koji su prihvatili da njima budu vezani;
- (h) “pozornost dobrog stručnjaka (profesionalna pažnja)” predstavlja standard posebnih vještina i pažnje za koje se od trgovca može razumno očekivati da će ih primijeniti prema potrošačima, a proporcionalno poštenoj tržišnoj praksi i/ili općim načelima dobre vjere u području djelatnosti trgovca;
- (i) “poziv na kupnju” jest komercijalni oblik komuniciranja koji navodi svojstva proizvoda i cijenu na način koji odgovara sredstvima komercijalne komunikacije koja se primjenjuju te stoga potrošaču omogućava kupnju;

- (j) “nedopušten utjecaj” znači iskorištavanje položaja moći u odnosu prema potrošaču kako bi se primijenio pritisak, čak i bez primjene ili prijetnje primjenom fizičke sile, a na način koji u znatnoj mjeri ograničava sposobnost potrošača da donese informiranu odluku;
- (k) “transakcijska odluka” jest svaka odluka koju donese potrošač o tome kako i pod kojim uvjetima kupiti, da li platiti u cijelosti ili obročno, zadržati ili ustupiti proizvod ili koristiti ugovorno pravo u svezi s proizvodom, te da li će potrošač odlučiti djelovati ili se suzdržati od djelovanja;
- (l) “zakonski uređena profesija” jest profesionalna djelatnost ili skupina profesionalnih djelatnosti, dostupnost ili obavljanje kojih, ili jedan od načina obavljanja kojih, zavisi, izravno ili neizravno, od posjedovanja posebnih profesionalnih kvalifikacija, a sukladno zakonima, propisima ili upravnim odredbama.<sup>17</sup>

### 3. Područje primjene

Ova se Smjernica odnosi na nelojalne poslovne (trgovačke) prakse u poslovanju tvrtki i krajnjih potrošača (maloprodajno poslovanje), a na način kako su definirane u članku 5., prije, tijekom i nakon komercijalne transakcije koja se odnosi na proizvod.<sup>18</sup>

Smjernica ne dovodi u pitanje ugovorno pravo i, posebice, pravila pravovaljanosti, oblikovanja ili učinka ugovora.

Također Smjernica ne dovodi u pitanje pravila Zajednice ili nacionalna pravila koja se odnose na zdravstvene i sigurnosne aspekte proizvoda.

U slučaju sukoba između odredbi ove Smjernice i ostalih pravila Zajednice koja uređuju određene aspekte nelojalne trgovačke prakse, posljednja će prevladati i primjenjivat će se na navedene specifične aspekte. Dakle, opća pravila bit će primarna, dok će odredbe ove Smjernice u tim slučajevima biti supsidijarnog pratećeg karaktera.

Tijekom razdoblja od šest godina, od 12. lipnja 2007., države članice bit će u mogućnosti nastaviti primjenjivati nacionalne odredbe unutar područja koje je približno određeno ovom Smjernicom, a koje su restriktivnije ili detaljnije propisuju materiju od Smjernice te koje primjenjuju smjernice koje sadrže minimum klauzula o ujednačavanju.<sup>19</sup> Ove mjere ključne su za osiguravanje da su potrošači odgovarajuće zaštićeni od nelojalne trgovačke prakse te trebaju biti razmjerne ostvarenju ovoga cilja. Revizija koja se spominje u članku 18. Smjernice može, ukoliko se bude smatralo potrebnim, obuhvatiti prijedlog za produženje ove derogacije tijekom narednog ograničenog razdoblja.

<sup>17</sup> Vidi čl. 2. Smjernice.

<sup>18</sup> Zlatović, D., Nova Smjernica EU o nepoštenom tržišnom natjecanju, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god. VI., br.3., 2006., str. 48-59.

<sup>19</sup> Grassie, G., EU Directive on unfair commercial practice – a UK perspective, *Jornal of Intellectual Property Law & Practice*, 2006., 1, str. 108.

Države članice bez odlaganja će obavijestiti Komisiju o svim nacionalnim odredbama koje se primjenjuju temeljem ovih navedenih odredbi.<sup>20</sup>

Nadalje, Smjernica ne dovodi u pitanje pravila koja uređuju nadležnost sudova. Također, ova Smjernica ne dovodi u pitanje bilo koje uvjete državnog sustava ili ovlaštenih režima, ili, pak, deontoloških pravila ponašanja ili ostalih specifičnih pravila koja reguliraju zakonski uređene profesije, a kako bi se, od strane profesionalaca, poduprli visoki standardi integriteta, a koje države članice mogu, sukladno pravu Zajednice, nametnuti onima koji se bave profesionalnom djelatnošću.

Glede "financijskih usluga", kako su definirane u Smjernici 2002/65/EC, i glede nekretnina, države članice mogu uvesti uvjete koji su restriktivniji ili materiju detaljnije propisuju od ove Smjernice, a u području koje ona približno određuje.

Ova se Smjernica neće odnositi na primjenu zakona, pravila i upravnih odredbi država članica, a koji se odnose na certificiranje i navođenje standarda finoće predmeta od plemenitih metala.

U čl. 4. Smjernice određuje se utjecaj glede unutarnjeg tržišta na način da države članice neće ograničavati slobodu pružanja usluga, niti će ograničavati slobodno kretanje robe, a iz razloga koji spadaju u područje približno ocrtano ovom Smjernicom.

#### **4. Završne odredbe Smjernice i njena primjena**

Prema čl. 11. Smjernice, države članice osigurat će postojanje odgovarajućih i učinkovitih sredstava za borbu protiv nelojalnih trgovačkih praksi, a kako bi provele pridržavanje odredaba ove Smjernice u interesu potrošača.

Takva će sredstva obuhvatiti pravne odredbe prema kojima osobe ili organizacije za koje se temeljem nacionalnog prava smatra da imaju pravovaljan interes u borbi protiv nelojalnih trgovačkih praksi, uključujući konkurente, mogu:

(a) pokrenuti sudski postupak protiv takvih nelojalnih trgovačkih praksi;  
i/ili

(b) iznijeti takve nelojalne trgovačke prakse pred upravnu vlast koja je nadležna bilo odlučiti o pritužbama, bilo pokrenuti odgovarajuće pravne akcije.

Na svakoj će državi članici biti da odluči koja će od ovih sredstava biti dostupna te da li omogućiti sudovima ili upravnim vlastima da zahtijevaju prethodno obraćanje drugim utvrđenim sredstvima postupanja s pritužbama, uključujući ona navedena u članku 10. Smjernice.<sup>21</sup> Ova će sredstva biti raspo-

<sup>20</sup> Riley, J., United Kingdom: The Unfair Commercial Practices Directive What Does It All Mean?, Lawrence Graham's Smart Law Newsletter, March, 2007., str. 2.

<sup>21</sup> Evropska komisija, Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah, Nova zakonodaja za zaustvitev nepoštenoga ravnjanja do potrošnikov, Luksemburg, Urad za uradne publikacije Evropskih skopnosti, 2006., str. 17.

loživa bez obzira na to da li se povrijeđeni potrošači nalaze na teritoriju države članice u kojoj se nalazi i trgovac ili su u nekoj drugoj državi članici.

Na svakoj će državi članici biti da odluči:

- (a) da li je ova pravna sredstva moguće uputiti odvojeno ili zajednički protiv nekolicine trgovaca iz istoga ekonomskog sektora;

ili

- (b) da li ova pravna sredstva mogu biti usmjerena protiv tijela koje je donijelo pravila ponašanja kada predmetna pravila promiču nepridržavanje zakonskih zahtjeva.

Sukladno pravnim odredbama navedenima u stavku 1., države članice će, u slučajevima u kojima takve mjere smatraju neophodnima, a vodeći računa o svim interesima koji su u pitanju, posebice o javnom interesu, prenijeti na sudove ili upravne vlasti ovlasti koje im omogućavaju:

- (a) da nalože prekid nelojalnih trgovačkih praksi ili da pokrenu odgovarajući pravni postupak radi dobivanja naloga za prekid istih;

ili

- (b) ukoliko nelojalna trgovačka praksa još nije provedena, ali predstoji, da nalože zabranu prakse ili da pokrenu odgovarajući pravni postupak radi dobivanja naloga za zabranu prakse,

čak i bez dokaza o stvarnom gubitku ili šteti, ili o namjeri ili nemarnosti trgovca.

Države članice također će omogućiti da mjere navedene u prvom podstavku budu poduzete prema ubrzanom postupku:

- bilo s privremenim učinkom,

ili

- s konačnim učinkom,

prema shvaćanju da je na svakoj državi članici da odluči koju od dvije opcije odabrati.

Nadalje, s namjerom eliminiranja stalnih učinaka nelojalnih trgovačkih praksi, a čiji je prekid naložen konačnom odlukom, države članice mogu na sudove ili na upravne vlasti prenijeti ovlasti koje će im omogućiti:

- (a) da zahtijevaju objavu te odluke, u cijelosti ili i dijelu, a u obliku koji smatraju prikladnim;
- (b) da dodatno zahtijevaju objavu izjave s ispravkom.

Upravne vlasti moraju:

- (a) biti tako ustrojene da ne postoji sumnja u njihovu nepristranost;
- (b) imati odgovarajuće ovlasti, te, kada odlučuju o pritužbama, na učinkovit način pratiti postoji li kompetencija i provoditi pridržavanje njihovih odluka;
- (c) obično navoditi razloge za svoje odluke.

Gdje ovlastima, ovdje navedenim, raspolaže isključivo upravna vlast, uvijek će se navoditi razlozi njenih odluka. Nadalje, u ovome slučaju potrebno je utvrditi odredbu koja će regulirati postupke u kojima neprikladna ili nerazborita primjena ovlasti od strane upravne vlasti ili neprikladno ili nerazborito

propuštanje da se primjene predmetne ovlasti mogu /postati predmetom sudbene revizije.<sup>22</sup>

U čl. 12. Smjernice regulirana su pitanja glede sudova i upravnih tijela, odnosno uvrštene odredbe glede dokazivanja u tužbama radi zaštite od nepoštenog trgovačkog ponašanja.

Države članice će na sudove ili upravne vlasti prenijeti ovlasti koje će im omogućiti da u građanskim ili upravnim postupcima iz članka 11. Smjernice:

- (a) zahtijevaju od trgovca da pribavi dokaze o točnosti činjeničnih zahtjeva u svezi s trgovačkom praksom ukoliko se, uzimajući u obzir legitimni interes trgovca i svake druge stranke u postupku, takav zahtjev doima primjerenim na osnovi okolnosti određenog slučaja;
- (b) smatraju činjenične zahtjeve netočnima ukoliko dokazi koji se zahtijevaju sukladno sa (a) nisu pribavljeni ili ih sud ili upravna vlast smatraju nedovoljnima.

Države članice donijet će sankcije za kršenje nacionalnih odredbi koje su donesene u sklopu primjene ove Smjernice i poduzet će sve potrebne mjere kako bi osigurale da se iste i primjenjuju.<sup>23</sup>

Države članice poduzet će odgovarajuće mjere kako bi informirale potrošače o nacionalnome pravu kojime se ova Smjernica usvaja te će, kada je prikladno, poticati trgovce i nositelje pravila da informiraju potrošače o svojim pravilima ponašanja.

Zemljama članicama ostavljeno je razdoblje do 12. lipnja 2007. do kada su obvezne uskladiti svoja zakonodavstva s odredbama Smjernice, odnosno donijeti i publicirati zakone, pravilnike i upravne mjere nužne za provedbu ove Smjernice, te o tome izvijestiti Europsku komisiju.<sup>24</sup>

Europska komisija je u obrazloženju Smjernice 2005/29/EC navela niz pogodnih razloga za provedbu harmonizacije odnosno implementacije odredaba ove Smjernice u nacionalna zakonodavstva zemalja članica. Tako se očekuje da će 38% poduzeća po harmonizaciji povećati svoje aktivnosti u smislu oglašavanja imarketinga, 46% poduzeća očekuje povećanje svojih prihoda od trgovine, 10 milijuna potrošača bi znatno povećalo svoje nabavke iz drugih zemalja članica, 70 milijuna bi svoje nabavke ipak u manjoj mjeri povećalo, većina nacionalnih

<sup>22</sup> Vidi čl. 11. Smjernice.

<sup>23</sup> Vidi čl. 13. Smjernice.

<sup>24</sup> Vidi čl. 19. Smjernice. Tako je Republika Slovenija donijela sa Smjernicom usklađeni Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami, Uradni list RSI, br. 53, od 15.6.2007., Irska je 21.4.2007. publicirala novi Consumer Protection Bill br. 17/07, u Slovačkoj je donesen Zakon od 9.5.2007. o ochrone spotrebiteľ'a a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov (Zbierka zákonov č. 250/2007), kao i u Belgiji Loi (5.6.2007.) modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur le pratique du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. O zemljama članicama koje su uskladile svoja zakonodavstva s odredbama Smjernice 2005/29/EC u predviđenom roku više na web stranici [http://ec.europa.eu/consumer/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract](http://ec.europa.eu/consumer/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract).



poslovnih udruženja očekuje snižavanje troškova trgovine, što opet pozitivno utječe na opseg potrošnje.<sup>25</sup>

## 5. Novele drugih smjernica EU

Kod donošenja ove Smjernice bilo je nužno osigurati da odnos između predmetne Smjernice i egzistirajućeg prava Zajednice bude koherentan, posebice tamo gdje je detaljizirana zaštita u svezi s nepoštenom trgovačkom praksom primjenjiva na specifične sektore.

Stoga, ova Smjernica tako mijenja nekoliko posebnih ranije donesenih smjernica Zajednice, koje promjene ćemo u nastavku iznijeti bez ulaženja u eksplikaciju temeljnih odrednica tih smjernica.<sup>26</sup>

### 5.1. Amandmani na Smjernicu 84/450/EEC

Pravo Europske unije već je 1984. godine prepoznalo važnost postojanja posebnih nadnacionalnih propisa glede sprječavanja zavaravanja u reklamiranju, što je rezultiralo donošenjem Smjernice 84/450/EEC o ujednačavanju prava Država članica u pogledu zavaravanja u reklamiranju.<sup>27</sup>

Dakle, ova je Smjernica, u izvornom tekstu, uređivala samo materiju zavaravanja u reklamiranju.

Ova je Smjernica 1997. godine dopunjena Smjernicom 97/55/EC<sup>28</sup>, kada su unesena i pravila o komparativnom reklamiranju.

Iako Smjernica nedvojbeno štiti potrošača, cilj koji se njome želi postići značajno je širi od cilja ostalih smjernica na području zaštite potrošača. Cilj ove Smjernice jest zaštita potrošača, trgovaca, obrtnika, samostalnih zanimanja te općenito javnog interesa od zavaravajućeg reklamiranja i njegovih nepoštenih posljedica, te propisivanje pretpostavaka pod kojima će komparativno reklamiranje biti dopušteno (članak 1. Smjernice).<sup>29</sup>

Pitanje zaštite od nelojalnog reklamiranja od interesa je ne samo za osobe navedene u čl. 1. Smjernice, nego se radi o djelovanju od općeg interesa.

U odredbi čl. 2. st. 2a. Smjernica određuje usporedno (komparativno) reklamiranje kao modalitet oglašavanja u kome se direktno ili indirektno prepoznaje tržišni rival, odnosno njegovi proizvodi ili usluge.

<sup>25</sup> Citirano prema slovenskom Predlogu Zakona o nepoštenih poslovnih praksah – skrajšani postopek (EVA: 2007-2111-0005), str. 1.

<sup>26</sup> Collins, H., *op.cit.*, str. 133.

<sup>27</sup> Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising, OJ 1984 L 250/17.

<sup>28</sup> Directive 97/55/EEC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising, OJ 1997 L 290/18.

<sup>29</sup> Cit. po Baretić M., *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, u Gavella i dr., *Europsko privatno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2002., str. 193.

Sušтина komparativnog reklamiranja jest da se omogućí usporedba između raznih proizvoda i usluga.<sup>30</sup>

Ovakav vid reklamiranja koji operira sa stavljanjem reklamiranih proizvoda u odnos prema konkurentovim proizvodima uz navođenje prednosti reklamiranih proizvoda sveprisutan je u modernom načinu tržišne prezentacije. Ali samo pod uvjetom da se radi o objektivnom, točnom, istinitom, poštenom navođenju elemenata takve relacije između određenih proizvoda, odnosno kada i sam potrošač želi imati točnu informaciju o rivalitetu određenih roba.

U cilju ograničavanja komparativnog reklamiranja, kako se ne bi dovelo do netočnog informiranja potrošačke javnosti, u čl. 3a. Smjernice utvrđeni su preduvjeti kada se smatra da se radi o dopuštenom usporednom oglašavanju. Ti su preduvjeti sljedeći:

- a) da takvo reklamiranje nije obmanjivajuće;
- b) da uspoređuje robe ili usluge koje zadovoljavaju iste potrebe ili su namijenjene za istu svrhu;
- c) da objektivno uspoređuje jednu ili više značajki robe ili usluge;
- d) da ne stvara nedoumicu oko odnosa između oglašivača i njegova konkurenta te između trgovačkih marki ili ostalih karakteristika uspoređivanih proizvoda ili usluga;
- e) ako se radi o proizvodima s porijeklom, da se proizvod ili usluga uspoređuje samo s proizvodima ili uslugama istog porijekla;
- f) da ne koristi na nepošteni način ugled trgovačke marke, trgovačkog imena, oznake porijekla ili ostalih znakova obilježavanja konkurentskog proizvoda ili usluge;
- g) da ne predstavlja robu ili uslugu kao imitaciju ili repliku robe ili usluge koja nosi zaštićenu trgovačku marku ili trgovačko ime.<sup>31</sup>

Suviše odredbom čl. 3a. st.2. Smjernice predviđeno je da se u slučaju komparativnog reklamiranja u svrhu posebne ponude, mora u toj ponudi na jasan način biti istaknut vremenski graničnik važenja te posebne ponude, odnosno da li je ponuda otvorena samo do nestanka postojećih zaliha, te početak važenja posebnih cijena ili drugih pogodnosti ako se radi o posebnoj ponudi koja nije još aktivirana.

Donošenjem Smjernice 2005/29/EC mijenja se Smjernica 84/450/EEC tako da se mijenja već i uvodni čl. 1. na način da se daje nova svrha te smjernice tako da glasi: "Svrha ove smjernice jest zaštititi trgovce od reklamiranja koje dovodi u zabludu i od nepravinih posljedica koje iz toga proizađu, te donijeti uvjete pod kojima je dopušteno komparativno reklamiranje".

Nadalje, pobliže se određuju i ponovno definiraju neki temeljni instituti, tako da ubuduće se pod pojmom "trgovac" smatra bilo koja fizička ili pravna osoba koja djeluje u svrhe povezane sa svojim zanimanjem, obrtom, poslom ili

<sup>30</sup> Tako Mrkša S., *Europski propisi o komparativnom publicitetu – zaštita potrošača*, Pravo i porezi, Zagreb, 1998., br.1., str. 19.

<sup>31</sup> Cit. po Baretić M., *op.cit.*, str. 194.

zvanjem, kao i svatko tko djeluje u ime ili u korist trgovca; dok se pod pojmom “nositelj pravila” određuje bilo koji subjekt, uključujući trgovca ili skupinu trgovaca, koji je odgovoran za utvrđivanje i reviziju pravila ponašanja i/ili za praćenje udovoljavanja pravilima od strane onih koji su prihvatili istima biti vezani”.

Po ovim izmjenama, komparativno reklamiranje bit će, barem što se tiče kompariranja, dopušteno kada budu zadovoljeni sljedeći uvjeti:

- (a) ukoliko to ne bude dovodilo do zablude u okviru članaka 2(2), 3 i 7(1) ove Smjernice ili članaka 6. i 7. Smjernice 2005/29/EC Europskoga parlamenta i Vijeća, od 11. svibnja 2005. koja se tiče nelojalnih trgovačkih praksi u odnosu tvrtka-potrošač na unutrašnjem tržištu<sup>32</sup>;
- (b) ukoliko se uspoređuje roba ili usluge koji odgovaraju istim potrebama ili su namijenjeni istoj svrsi;
- (c) ukoliko se objektivno komparira jedno ili više materijalnih, relevantnih, provjerljivih i tipičnih svojstava tih roba ili usluga, a što može obuhvaćati i cijenu;
- (d) ukoliko ne diskreditira ili kleveće robne žigove, zaštitna imena, ostale prepoznatljive oznake, robu, usluge, aktivnosti ili okolnosti konkurenta;
- (e) ukoliko se, s proizvodima s oznakom podrijetla, u vezu u svakom slučaju dovode proizvodi s istom oznakom;
- (f) ukoliko se na nepravičan način ne iskorištava ugled robnoga žiga, zaštitnoga imena ili ostalih prepoznatljivih oznaka konkurenta ili oznake podrijetla konkurentskih proizvoda;
- (g) ukoliko se roba ili usluge ne prikazuju kao imitacije ili kopije roba ili usluga koje nose zaštićeni robni žig ili zaštitno ime;
- (h) ukoliko ne dovede do zabune među trgovcima, te između oglašivača i konkurenta ili između robnih žigova, zaštitnih imena, ostalih prepoznatljivih oznaka, roba ili usluga oglašivača sa onima konkurenta.

Sukladno reviziji prema Smjernici 2005/29/EC države članice osigurat će postojanje odgovarajućih i učinkovitih sredstava za borbu protiv reklamiranja koje dovodi u zabludu, a kako bi primorale na pridržavanje odredaba o komparativnom reklamiranju u interesu trgovaca i konkurenata. Takva će sredstva obuhvatiti pravne odredbe prema kojima osobe ili organizacije za koje se temeljem nacionalnog prava smatra da imaju pravovaljan interes u borbi protiv reklamiranja koje dovodi u zabludu ili u reguliranju komparativnog reklamiranja, mogu:

- (a) pokrenuti sudski postupak protiv takvog reklamiranja;

ili

- (b) iznijeti takvo reklamiranje pred upravnu vlast koja je nadležna bilo odlučiti o pritužbama, bilo pokrenuti odgovarajuće pravne akcije.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> OJ L 149, 11. 6. 2005, p. 22.

<sup>33</sup> O pravnim aspektima reklamiranja i o zavaravajućem oglašavanju prema Smjernici 84/450/EEC više kod Zlatović, D., *Pravni aspekti oglašavanja*, u: *Godišnjak 10, XVIII. Savjetovanje*

Na svakoj će državi članici biti da odluči koja će od ovih sredstava biti dostupna te da li da omogući sudovima ili upravnim vlastima da zahtijevaju prethodno obraćanje drugim utvrđenim sredstvima postupanja s pritužbama, uključujući i ona u smjernici posebno navedena u članku 5.

Na svakoj će državi članici biti da odluči:

(a) da li je ova pravna sredstva moguće uputiti odvojeno ili zajednički protiv nekolicine trgovaca iz istoga ekonomskog sektora;

i

(b) da li ova pravna sredstva mogu biti usmjerena protiv tijela koje je donijelo pravila ponašanja (nositelja pravila) kada predmetna pravila promiču nepridržavanje zakonskih zahtjeva.

Ubuduće Smjernica 84/450/EEC neće sprječavati države članice u zadržavanju ili usvajanju odredaba kojima se namjerava osigurati ekstenzivnija zaštita za trgovce i konkurente, a s obzirom na reklamiranje koje dovodi u zabludu.

## 5.2. Amandmani na Smjernicu 97/7/EC i Smjernicu 2002/65/EC

Sukladno čl. 15. Smjernice 2005/29/EC zamijenit će se članak 9. Smjernice 97/7/EC<sup>34</sup> novom odredbom koja se odnosi na tzv. inertnu prodaju (prodaja snagom inercije – inertia selling).

Tako sada s obzirom na zabranu inertnih prodajnih praksi koja je donesena Smjernicom 2005/29/EC Europskoga parlamenta i Vijeća, od 11. svibnja 2005., koja se tiče neloyalnih trgovačkih praksi u odnosu tvrtka-potrošač na unutrašnjem tržištu, države članice poduzet će potrebne mjere kako bi potrošača oslobodile od djelovanja odredbe o bilo kakvom obziru u slučajevima neželjenih isporuka, kada izostanak odgovora ne čini pristanak.<sup>35</sup>

Nadalje, sukladno tome izmijenjena je i Smjernica 2002/65/EC.<sup>36</sup> S obzirom na zabranu inertnih prodajni praksi koja je donesena Smjernicom 2005/29/EC Europskoga parlamenta i Vijeća, od 11. svibnja 2005., koja se tiče neloyalnih trgovačkih praksi u odnosu tvrtka-potrošač na unutrašnjem tržištu, i ne dovodeći u pitanje odredbe zakonodavstva država članica o prešutnom produživanju ugovora na daljinu.

“Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse”, Organizator, Zagreb, 2003., str. 579-580. Za inozemne stavove kod Grzybczyk, K., *Prawo reklamy, Zakamycze, Krakow, 2004.*, str. 47.

<sup>34</sup> 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, 9.6.1997., str. 1997.

<sup>35</sup> O europskim propisima koji reguliraju prodaju na daljinu opširnije kod Zlatović, D., *Pravni aspekti posebnih oblika trgovanja – prilog reviziji hrvatskog prava trgovine*, u: *Godišnjak 8, XVI. Savjetovanje “Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse”*, Organizator, Zagreb, 2001., str. 358.

<sup>36</sup> 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 Directive 97/7/EC and 98/27/EC, OJ L 271/16.

Kada takva pravila dopuštaju prešutno produživanje, države članice poduzet će potrebne mjere kako bi potrošača oslobodile svake obveze u slučaju neželjenih isporuka, kada izostanak odgovora ne čini pristanak.<sup>37</sup>

### 5.3. Amandmani na Smjernicu 98/27/EC i Uredbu (EC) Br. 2006/2004

Kako se u Dodatku Smjernici 98/27/EC<sup>38</sup> navode propisi koji se direktno ili indirektno odnose na područje koje ta smjernica tretira, to je bilo nužno umjesto ranijeg propisa upravo navesti predmetnu Smjernicu 2005/29/EC Europskoga parlamenta i Vijeća, od 11. svibnja 2005., u svezi s nelojalnim trgovačkim praksama u odnosu tvrtka-potrošač na unutrašnjem tržištu (OJ L 149, 11.6.2005, p. 22).

Nadalje, u Dodatku Uredbi (EC) Br. 2006/2004 Europskoga parlamenta i Vijeća, od 27. listopada 2004, o suradnji između nacionalnih vlasti odgovornih za provođenje prava za zaštitu potrošača (Uredba o suradnji glede zaštite potrošača)<sup>39</sup> dodat će se novodoneseni propis ito jasno upravo Smjernica 2005/29/EC Europskoga parlamenta i Vijeća, od 11. svibnja 2005., u svezi s nelojalnim trgovačkim praksama u odnosu tvrtka-potrošač na unutrašnjem tržištu (OJ L 149, 11.6.2005, p. 22).

## III. Nepoštena poslovna praksa u hrvatskom pravu

### 1. Pojam i podjela

Novi Zakon o zaštiti potrošača ("Narodne novine", br. 79/07, dalje: ZZP) implementirao je niz rješenja iz navednih pravnih dokumenata Europske unije, posebice pravo na pravnu zaštitu potrošača.<sup>40</sup>

Za lakše razumijevanje i primjenu određenih pojmova predviđene su u ZZP-u zakonske definicije određenih za ovopodručje bitnih izraza.<sup>41</sup>

Tako se potrošač definira kao svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u svrhe koje nisu namijenjene njenoj poslovnoj djelatnosti ni obavljanju djelatnosti slobodnog zanimanja. Trgovac je bilo koja osoba koja

<sup>37</sup> O ovoj Smjernici 2002/65/EC detaljnije kod Baretić, M., *Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 42, br. 4, 2003., str. 229.

<sup>38</sup> Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunction for the protection of consumers' interests, L 166/51, 11.6.1998.

<sup>39</sup> Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, OJ L 364, 9.12. 2004, p. 1.

<sup>40</sup> Zlatović, D., *Nepoštena poslovna praksa prema novom Zakonu o zaštiti potrošača*, *Informator*, Novi informator, br. 5594., od 17.listopada 2007., str. 5.-6.

<sup>41</sup> Usp. čl. 2. Smjernice 2005/29/EC i čl. 3. slovenskog Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami ("Uradni list RSI", br.53, 15.6.2007., dalje: ZVPNPP).

sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje poslovne djelatnosti ili u okviru obavljanja djelatnosti slobodnog zanimanja.<sup>42</sup>

Poslovna praksa trgovca prema potrošaču (u daljnjem tekstu: "poslovna praksa") svaka je radnja, propuštanje, način ponašanja ili predstavljanja, poslovna komunikacija, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište, koju je poduzeo trgovac, a izravno je povezana s promidžbom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošaču. Važan utjecaj na ekonomsko ponašanje potrošača znači korištenje poslovne prakse radi znatnog umanjivanja sposobnosti potrošača da donese odluku utemeljenu na potpunoj obavijesti, što dovodi do toga da potrošač donosi odluku o poslu koju inače ne bi donio. Pravila postupanja trgovaca znači sporazum ili skup pravila koji nije donesen u obliku zakona ili nekog drugog propisa, a kojim je uređen način postupanja trgovaca koji su se obvezali poštivati ta pravila postupanja glede jedne ili više poslovnih praksi ili gospodarskih sektora. Profesionalna pažnja je standard strukovnih sposobnosti i stupanj pažnje za koje se razumno očekuje da će ih trgovac primjenjivati u odnosu s potrošačem, a koje su u skladu s poštenom tržišnom praksom i načelom savjesnosti i poštenja na području djelovanja trgovca.

Nedopušteni utjecaj je iskorištavanje premoći u odnosu prema potrošaču, i to uporabom pritiska, bez obzira na to jesu li pritom uporabljene sila ili prijetnja, na način kojim se u znatnoj mjeri ograničava sposobnost potrošača da donese odluku utemeljenu na potpunoj obavijesti (informiranu odluku).<sup>43</sup>

Zaštiti od nepoštene poslovne prakse naš novi ZZP posvećuje čitavu zakonsku glavu III., te sama činjenica izdvajanja u posebno u zakonu uređeno područje govori o težnjama zakonodavca da ovoj materiji posveti kvalitetan prostor i regulaciju, uvažavajući rješenja europskog prava. Kako je Smjernica 2005/29/EC po svojoj prirodi smjernica maksimalnog usklađivanja, jer se želi uspostaviti jednaka pravila glede zabrane nepoštene poslovne prakse u zakonodavstvima svih država članica, to ni naš zakonodavac nije kod donošenja ZZP-a imao mogućnosti tumačiti odredbe navedene Smjernice, već isključivo ih u cijelosti prenijeti u hrvatsku legislativu. Eventualna potrebna tumačenja odredbi Smjernice 2005/29/EC moguće je dati samo naknadno, odnosno u provedbi ZZP-a i u njegovoj kasnijoj interpretaciji.

Odredbe tog dijela ZZP-a primjenjuju se na nepoštenu poslovnu praksu trgovca u odnosu prema potrošaču, kako je ona određena člancima 109. do 115.

<sup>42</sup> Doktrinarno se potrošač (*engl.* consumer, *franc.* consommateur, *njem.* Konsument) određuje kao fizička ili pravna osoba koja troši ili bi u nekim određenim okolnostima mogao trošiti neki proizvod ili uslugu. Dakle, za razliku od ovog određenja, naš ZZP određuje potrošača samo kao fizičku osobu što je sukladno odredbi čl. 2. st. 1. toč.a) Smjernice 2005/29/EC. Trgovac se određuje kao pravna ili fizička osoba koja samostalno i trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga. Cit. prema Cerovac, M., *op.cit.*, str. 98 i 141. Slično i Horová, O., *Consumer Protection*, Oeconomica, Praha, 2004., str. 13.

<sup>43</sup> Ove definicije odgovaraju u bitnom načenju definicijama izraza sadržanim u odredbi čl. 2. Smjernice 2005/29/EC.



ZZP-a, a koju trgovac koristi prije, u vrijeme i nakon sklapanja pravnog posla u vezi s određenim proizvodom. Ipak, s obzirom na svoju pravnu prirodu ove odredbe ne diraju u primjenu pravila ugovornog prava, propise koji uređuju zaštitu zdravlja, propise koji uređuju nadležnost sudova, zakone koji uređuju kaznena djela, kako ni propise koji uređuju problematiku proizvoda iz plemenitih kovina. Dakle, odredbe ZZP-a su za područje nepoštenih poslovnih prakse propisi ranga *lex generalis*, što ne znači da se određene nepoštenih poslovnih prakse ne mogu regulirati i posebnim propisima, kada su ti propisi radi svoje specijalnosti iznad odredbi ZZP-a.

Ipak odredbe o nepoštenoj poslovnoj praksi su podrednog značenja u odnosu na primjenu određenih pravila i propisa koja su u čl. 107.st.2. ZZP-a eksplicitno navedena i na koje odredbe o nepoštenoj poslovnoj praksi ne utječu. Radi se o neutjecanju na:

- primjenu pravila ugovornog prava, poglavito pravila o sklapanju, valjanosti i pravnim učincima ugovora;
- primjenu propisa kojima se uređuje zdravstvena ispravnost i sigurnost proizvoda;
- primjenu propisa kojima se određuje nadležnost sudova;
- primjenu propisa kojima se određuju uvjeti zasnivanja ili sustavi odobravanja uređenih profesija, kao ni na primjenu propisom predviđenih deontoloških pravila određenih profesija ili nekih drugih posebnih pravila kojima se uređuju uređene profesije, a kojima je svrha održati visok stupanj profesionalnog integriteta tih profesija.

Također, ZZP se ne odnosi na primjenu zakona i drugih propisa koji se odnose na izdavanje potvrda i označavanje čistoće predmeta izrađenih od plemenitih kovina. Ako su pojedini aspekti nepoštenih poslovnih prakse uređeni posebnim propisima, odredbe ZZP-a neće se primjenjivati na te aspekte nepoštenih poslovnih prakse.<sup>44</sup>

Nepoštena poslovna praksa, odnosno svaka nepoštena radnja, propuštanje, način ponašanja ili predstavljanja, poslovna komunikacija, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište, koju je poduzeo trgovac, a izravno je povezana s promidžbom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošaču, sukladno odredbi čl. 108. ZPP-a je *ex lege* zabranjena.<sup>45</sup>

ZZP, slijedeći rješenja iz Smjernice 2005/29/EC, ne propušta urediti i definiciju nepoštenih poslovnih prakse i to koristeći navedenu tzv. negativnu definiciju.

Poslovna praksa je nepoštena:

- ako je suprotna zahtjevima profesionalne pažnje i
- ako, u smislu određenog proizvoda, bitno utječe ili je vjerojatno da će bitno utjecati na ekonomsko ponašanje prosječnog potrošača kojemu je ta

<sup>44</sup> Vidi odredbu čl. 3. Smjernice 2005/29/EC i čl. 2. ZVPPNPP-a.

<sup>45</sup> Prenesena odredba čl. 5.st.1. Smjernice 2005/29/EC. Slično je stipulirana i odredba čl. 19. belgijskog Zakona od 5.6.2007.

praksa namijenjena ili dopire do prosječnog člana određene skupine potrošača na koju je takva praksa usmjerena.

Poslovna praksa koja će vjerojatno bitno utjecati na ekonomsko ponašanje samo jasno određive skupine potrošača koji su zbog tjelesnih ili duševnih mana, dobi ili lakomislenosti posebno osjetljivi na određenu poslovnu praksu ili određeni proizvod, i to na način koji je trgovac mogao razumno predvidjeti, procjenjivat će se iz perspektive prosječnog člana te skupine potrošača.

Institut prosječnog potrošača nije eksplicitno određen, pa se tako može ovisno o sredini drukčije tumačiti. Odgovornost za cjelovito određenje prosječnog potrošača pala je tako na sudove, koji će morati na temelju stvarnih primjera oblikovati sudsku praksu.

Ipak definiciju nepoštenih poslovnih praksi treba tumačiti tako da ista ne utječe na dopuštenost korištenja uobičajene i zakonite promidžbene prakse preuveličavanja ili davanja izjava za koje se ne očekuje da budu shvaćene doslovno.

Metodološki ZZP daje i temeljnu podjelu pojava oblika nepoštenih poslovnih praksi, tako da se takvim ponašanjem osobito smatra:

- zavaravajuća poslovna praksa,<sup>46</sup> i
- agresivna poslovna praksa.<sup>47</sup>

Opseg odredbi o nepoštenoj poslovnoj praksi u ZZP-u ograničen je na zaštitu ekonomskih interesa potrošača, pa neki aspekti zaštite potrošača, primjerice zdravlje i sigurnost, odnosno dobar ukus i sl., nisu pokriveni ovim zakonom, kao, uostalom, ni Smjernicom 2005/29/EC.

## **2. Zavaravajuća poslovna praksa**

### *2.1. Zavaravajuće radnje*

Poslovna praksa smatra se zavaravajućom ako sadrži netočne informacije glede propisanih okolnosti navedenih u stavku 3. članka 110. ZZP-a, zbog čega je neistinita ili na neki drugi način, uključujući cjelokupan dojam, zavarava ili je vjerojatno da će zavarati prosječnog potrošača, čime ga dovodi ili je vjerojatno da će ga dovesti da donese odluku koju inače ne bi donio. Dakle radi se o praksi koja dovodi potrošača u zabludu i utječe bitno na njegovo ekonomsko ponašanje i odluke glede izbora i kupnje određenih roba ili usluga.<sup>48</sup>

Ovakva poslovna praksa smatra se zavaravajućom unatoč tomu što je informacija glede jedne ili više propisanih okolnosti točna, ako dovede ili je vjerojatno da će dovesti prosječnog potrošača da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio.

Okolnosti na koje se zavaravajuća poslovna praksa odnosi jesu:

- postojanje ili priroda proizvoda;

<sup>46</sup> Vidi čl. 110-112. ZZP-a.

<sup>47</sup> Vidi čl. 113-115. ZZP-a.

<sup>48</sup> Usp.čl. 6.st.1. Smjernice 2005/29/EC i čl. 5. ZVPNPP-a.

- osnovna obilježja proizvoda, kao što su njegova dostupnost, koristi, rizici;
- izvedba, sastav, pripaci, postojanje postprodajne pomoći potrošaču i sustava rješavanja pritužbi, metode i datum izrade ili nabave, dostava, podobnost za ostvarivanje svrhe, način korištenja, količina, specifikacija, zemljopisno ili tržišno podrijetlo, rezultati koji se očekuju od njegove uporabe ili rezultati i bitni pokazatelji testova ili provjera provedenih na proizvodu;
- opseg obveza trgovca, motivi trgovačke prakse te priroda postupka prodaje, bilo koja izjava ili simbol koji se odnosi na izravno ili neizravno sponzorstvo ili odobrenje trgovca ili proizvoda;
- cijena proizvoda ili način na koji je ona izračunata ili postojanje određene pogodnosti glede cijene;
- potreba servisiranja, rezervnih dijelova, zamjene ili popravka;
- priroda, obilježja i prava trgovca ili njegovog zastupnika, kao što su njegov identitet, imovina, kvalifikacije, status, odobrenja, članstvo u određenim udruženjima ili povezanost s nekim drugim subjektima, njegovo industrijsko, komercijalno ili intelektualno vlasništvo, nagrade i priznanja;
- prava potrošača, uključujući prava koja potrošač ima na temelju pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke;
- rizici kojima potrošač može biti izložen.<sup>49</sup>

Poslovna praksa, se isto tako smatra zavaravajućom ako u konkretnom slučaju, uzimajući u obzir sva obilježja i okolnosti slučaja, prosječnog potrošača navede ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio, a uključuje:

- bilo koji oblik stavljanja proizvoda na tržište, uključujući i komparativno oglašavanje koje dovodi do poistovjećivanja tog proizvoda s nekim drugim proizvodom, zaštićenim znakom, zaštićenim imenom ili drugim znakom raspoznavanja konkurenta na tržištu,
- nepoštivanje obveza, od strane trgovca, koje proizlazi iz pravila postupanja trgovca koja ga obvezuju, pod pretpostavkom da ta obveza ne predstavlja tek namjeru već je riječ o čvrstoj obvezi koju je moguće provjeriti te pod pretpostavkom da je trgovac u okviru poslovne prakse naznačio da je vezan tim pravilima postupanja.<sup>50</sup>

## 2.2. Zavaravajuća propuštanja

Poslovna praksa smatra se zavaravajućom ako u konkretnom slučaju, uzimajući u obzir sva obilježja i okolnosti slučaja, kao i ograničenja konkretnog sredstva komunikacije, ne sadrži važne obavijesti koje su, ovisno o kontekstu,

<sup>49</sup> Vidi čl. 110. st.3. ZZZP-a.

<sup>50</sup> Vidi čl. 110. st.4. ZZZP-a, čl. 8. slovačkog Zakona od 9.5.2007. i sec.42-45. irskog Consumer Protection Bill-a 2007.

potrebne prosječnom potrošaču kako bi mogao donijeti odluku o poslu utemeljenu na potpunoj obavijesti i time ga navede ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio (čl. 111. st.1. ZZP-a).<sup>51</sup>

Uzimajući u obzir navedene okolnosti, zavaravajućim se propuštanjem isto tako smatra:

- ako trgovac skriva navedene važne obavijesti ili ako su pružene obavijesti nejasne, nerazumljive, dvosmislene ili nepravodobne,
- ako trgovac ne navede poslovnu svrhu poslovne prakse, a ona nije razvidna iz konteksta, a u oba slučaja, takva praksa, prosječnog potrošača navede ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio (čl. 111. st. 2. ZZP-a).

Kada trgovac pri prenošenju poslovne prakse koristi konkretno sredstvo komunikacije koje je ograničeno vremenom ili prostorom, prilikom ocjene je li određena važna obavijest izostavljena vodit će se računa o tim ograničenjima, kao i o ostalim mjerama koje je trgovac poduzeo kako bi se te obavijesti dostavile potrošaču na neki drugi način.

U slučaju poziva na kupnju, ako to već nije razvidno iz konteksta, bitnim će se smatrati informacije o:

- osnovnim obilježjima proizvoda u mjeri koja je prikladna proizvodu i komunikacijskom sredstvu koje se koristi,
- sjedištu i identitetu trgovca, kao što su njegova tvrtka, naziv ili ime te, ako je to potrebno, adresa i identitet osobe u čije ime nastupa,
- konačnoj cijeni proizvoda, ili kad narav proizvoda ne omogućava da cijena bude izračunata unaprijed, o načinu na koji će cijena biti izračunata, kao i, gdje je potrebno, o dodatnim poštanskim troškovima te troškovima prijevoza i dostave, a kada ti troškovi ne mogu biti izračunati unaprijed, naznaku da se plaćaju i ti dodatni troškovi,
- uvjetima plaćanja, dostave, ostalim elementima ispunjenja ugovora, kao i o sustavu rješavanja pritužbi, ako ti elementi odstupaju od zahtjeva profesionalne pažnje,
- postojanju prava na raskid ili otkaz ugovora, ako je riječ o proizvodima ili pravnim poslovima glede kojih su predviđena i ta prava.<sup>52</sup>

Bitnim se smatraju i one informacije koje je, na temelju ZZP-a i ostalih propisa, trgovac dužan pružiti potrošaču prilikom bilo koje vrste poslovne komunikacije, uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište.

Odluka o poslu iz stavka 1. i 2. članka 111. ZZP-a odnosi se na svaku odluku koju donosi potrošač, a koja se odnosi na to hoće li, kako i pod kojim uvjetima sklopiti posao, hoće li cijenu platiti u cijelosti ili u obrocima, hoće li proizvod zadržati ili njime dalje raspolagati, hoće li se koristiti određenim pravima koja ima na temelju ugovora, i to bez obzira na to je li potrošač odlučio djelovati ili se suzdržati od djelovanja.

<sup>51</sup> Usp. čl. 7. Smjernice 2005/29/EC.

<sup>52</sup> Vidi čl. 111. st. 4. ZZP-a.

Ovim se implementacijom Smjernice 2005/29/EC u naše pravo zaštite potrošača zamjenjuju odredbe Zakona o zaštiti potrošača iz 2003. godine koje se odnose na zavaravajuće oglašavanje.<sup>53</sup>

### 2.3. Crna lista zavaravajuće poslovne prakse

Po uzoru na Smjernicu 2005/29/EC i naš je zakonodavac uređujući materiju zavaravajuće poslovne prakse propisao tzv. crnu listu u kojoj su navedene 23 radnje koje u svakom slučaju se imaju smatrati zavaravajućom poslovnom praksom.<sup>54</sup>

Na temelju Priloga I Smjernice 2005/29/EC, zavaravajućom poslovnom praksom u svakom se slučaju smatraju sljedeći postupci<sup>55</sup>:

- tvrdnja trgovca da je potpisnik određenog pravila postupanja trgovaca, iako to nije slučaj,
- isticanje zaštitnih znakova, znakova kvalitete ili sličnih znakova bez potrebnog odobrenja,
- tvrdnja da je pravila postupanja trgovaca koja taj trgovac primjenjuje odobrilo neko javno ili drugo tijelo, iako to nije slučaj,
- tvrdnja trgovca da je njegovu djelatnost, njegovu poslovnu praksu ili njegov proizvod odobrilo, preporučilo ili dopustilo neko javno ili privatno tijelo, iako to nije slučaj ili ista takva tvrdnja u slučaju kada njegova poslovna praksa ili proizvod ne udovoljava zahtjevima za izdavanje tog odobrenja, preporuke ili dopuštenja,
- pozivanje na kupnju proizvoda po određenoj cijeni, bez isticanja činjenice da trgovac ima opravdane razloge vjerovati da neće biti u mogućnosti ponuditi isporuku tog ili sličnog proizvoda po navedenoj cijeni, u vrijeme i u količini koji su razumni s obzirom na proizvod, opseg oglašavanja proizvoda i ponudenu cijenu, odnosno da neće biti u mogućnosti osigurati da drugi trgovac isporuči taj ili sličan proizvod po navedenoj cijeni, u vremenu i u količini koji su razumni s obzirom na navedene okolnosti,
- pozivanje na kupnju proizvoda po određenoj cijeni, a zatim odbijanje da se kupcu pokaže oglašavani proizvod ili odbijanje prihvatanja narudžbe potrošača, odnosno dostave proizvoda u razumnom roku ili pokazivanje neispravnog primjerka proizvoda, a sve s namjerom promidžbe nekog drugog proizvoda,
- lažno tvrditi da će proizvod biti dostupan samo u vrlo ograničenom razdoblju ili da će biti dostupan jedino pod posebnim uvjetima u vrlo ograničenom razdoblju, a radi navođenja potrošača da odmah donese odluku o kupnji, čime mu se uskraćuje mogućnost ili vrijeme potrebno da donese odluku utemeljenu na saznanju o svim relevantnim okolnostima,

<sup>53</sup> Vidi čl. 90. i 91. ZZP-a iz 2003.

<sup>54</sup> U odredbi čl. 23. belgijskog Zakona od 5.6.2007. navedene su 22 radnje zavaravajuće poslovne prakse.

<sup>55</sup> Vidi *The Unfair Commercial Practice*, Luxembourg, 2006., str. 24.

- obvezati se potrošaču na pružanje nekih postprodajnih usluga, i to na jeziku koji nije službeni jezik države članice Europske unije, u kojoj se trgovac nalazi, a zatim omogućiti pružanje tih usluga samo na nekom drugom jeziku, a da potrošač na to nije bio jasno upozoren prije sklapanja ugovora,
- tvrditi ili na drugi način stvarati dojam da se proizvod može zakonito prodati a kada to nije slučaj,
- predstavljati potrošaču prava koja mu po zakonu i inače pripadaju kao posebnost ponude trgovca,
- koristiti uredničke sadržaje u medijima radi plaćene promidžbe proizvoda a da u tim sadržajima nije jasno izraženo, riječima, znakovima ili zvukovima koje potrošač može jasno prepoznati, da je riječ o promidžbi,
- iznositi netočne tvrdnje glede naravi i obujma rizika kojem bi mogla biti izložena osobna sigurnost potrošača ili članova njegove obitelji u slučaju da potrošač ne kupi proizvod,
- oglašavati proizvod koji je sličan proizvodu koji je proizveo neki drugi proizvođač i to na način da se namjerno navodi potrošača na pogrešan zaključak da je oglašavani proizvod proizveo taj drugi proizvođač,
- uspostavljanje, vođenje ili promidžba piramidalnog sustava promidžbe, pri čemu potrošač mora dati određenu činidbu kako bi mogao dobiti određenu naknadu, i to prije svega zbog toga jer je uveo u sustav nove potrošače, a ne zbog toga jer je kupio ili konzumirao proizvod,
- tvrditi da će trgovac uskoro prestati sa svojom djelatnošću ili da će se preseliti u drugi poslovni prostor iako to nije slučaj,
- tvrditi da proizvod može omogućiti dobitak u igrama na sreću,
- lažno tvrditi da proizvod može izliječiti bolest, disfunkcionalnost ili malformaciju,
- prenošenje netočnih obavijesti glede stanja na tržištu ili dostupnosti proizvoda, s namjerom da se navede potrošača da kupi proizvod pod uvjetima koji su nepovoljniji od uobičajenih tržišnih uvjeta,
- tvrditi u okviru poslovne prakse da se raspisuje nagradna igra ili promocija, a da se ne dodijeli opisana nagrada ili njezin razumni ekvivalent,
- označavanje proizvoda oznakama “gratis”, “besplatno”, “bez naknade” ili sličnim oznakama ako potrošač mora za taj proizvod platiti bilo koji iznos različit od neizbježivih troškova odgovaranja na poslovnu praksu, troškova dostave ili primitka proizvoda,
- uvrštavanje u promidžbene materijale računa ili nekog drugog zahtjeva za plaćanje kojim se kod potrošača stvara dojam da je već naručio oglašavani proizvod koji se nudi iako to nije slučaj,
- lažno tvrditi ili stvarati dojam da trgovac ne djeluje u okviru svoje poslovne djelatnosti, odnosno djelatnosti slobodnog zanimanja ili lažno predstavljati trgovca kao potrošača,
- stvaranje lažnog dojma da su postprodajne usluge glede proizvoda dostupne i u državi članici Europske unije koja je različita od one u kojoj je proizvod prodan.



Ove su zavaravajuće poslovne prakse izrijekom prenesene iz Smjernice 2005/29/EC, ali za njihovo lakše tumačenje trebat će konzultirati brojne druge propise europskog prava.<sup>56</sup>

### **3. Agresivne poslovne prakse**

#### *3.1. Pojam i pretpostavke*

Za razliku od zavaravajućih ponašanja koja su i do sada bila djelomično uređena u našem pravu, i to u ZZP-u iz 2003. godine, agresivne poslovne prakse do sada nisu bile uređene ni u pravilima Europske unije, ni u nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica Europske unije ni u hrvatskom pravnom sustavu, ali su takve radnje sastavnica svakodnevnog i ustaljenog načina tržišnog poslovanja.

Poslovna praksa smatra se agresivnom ako u konkretnom slučaju, uzimajući u obzir sva obilježja i okolnosti slučaja korištenjem uznemiravanja, prisile, uključujući fizičku silu ili prijetnju te nedopušten utjecaj, u bitnoj mjeri umanjuje ili je vjerojatno da će umanjiti slobodu izbora ili postupanja prosječnog potrošača glede proizvoda, te ga time navede ili je vjerojatno da će ga navesti da donese odluku o poslu koju inače ne bi donio.<sup>57</sup>

Dakle, u čl. 114. ZZP-a predviđeni su kriteriji, koji moraju biti ispunjeni, da bi se neko ponašanje okarakteriziralo kao agresivno.<sup>58</sup>

Odluka o ovom poslu odnosi se na svaku odluku koju donosi potrošač, a koja se odnosi na to hoće li, kako i pod kojim uvjetima sklopiti posao, hoće li cijenu platiti u cijelosti ili u obrocima, hoće li proizvod zadržati ili njime dalje raspolagati, hoće li se koristiti određenim pravima koja ima na temelju ugovora, i to bez obzira na to je li potrošač odlučio djelovati ili suzdržati se od djelovanja.

Ostaje utvrditi da li u svakom konkretnom slučaju postoji uznemiravanje, prisila i nedopušteni utjecaj kao ključne pretpostavke da bi određena radnja imala obilježje agresivne poslovne prakse.

Prilikom odlučivanja o tome je li u poslovnoj praksi korišteno uznemiravanje, prisila, uključujući silu ili prijetnju, ili nedopušteni utjecaj, vodit će se računa o sljedećem:

---

<sup>56</sup> Tako treba konzultirati Smjernicu 97/7/EC, Smjernicu Vijeća 90/314/EEC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 94/47/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 98/6/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 2001/83/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 2000/31/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 98/7/EC, Smjernicu 2002/65/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 2001/107/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 2002/92/EC, Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 2004/39/EC, Smjernicu Vijeća 92/49/EEC i Smjernicu Europskog parlamenta i Vijeća 2003/71/EC, sve dostupne na internet stranici <http://europa.eu.int/eur-lex>.

<sup>57</sup> Usp. čl. 8. Smjernice 2005/29/EC.

<sup>58</sup> Tako i u odredbi čl. 9. slovačkog Zakona od 9.5.2007., sec.50-52. irskog Consumer Protection Bill-a 2007., te čl. 25. belgijskog Zakona od 5.6.2007.

- vremenu, mjestu ili naravi poslovne prakse, kao i ustrajnosti koju je trgovac pritom iskazao,
- tome je li se trgovac koristio prijetećim ili uvredljivim rječnikom ili ponašanjem,
- tome je li trgovac iskorištavao nesretne ili druge okolnosti u kojima se potrošač nalazio, a koje su bile tolikog značenja da su umanjile sposobnost potrošača da razumno rasuđuje, a trgovac je bio svjestan da će te okolnosti utjecati na odluku potrošača glede proizvoda,
- postojanju bilo kojeg otežavajućeg ili nerazmjernog ograničenja izvanugovorne naravi koje je trgovac nametnuo potrošaču za slučaj da potrošač želi ostvariti neko svoje pravo iz ugovora, uključujući pravo na raskid ili pravo na otkaz ugovora ili pravo da izabere drugi proizvod ili drugog trgovca,
- korištenju bilo kakve prijetnje o poduzimanju radnji koje se po zakonu ne mogu poduzeti.<sup>59</sup>

### 3.2. Crna lista agresivne poslovne prakse

I kod određivanja agresivne poslovne prakse zakonodavac je propisao postupke koji uvijek imaju obilježja ovakvih postupanja.<sup>60</sup>

Agresivnom poslovnom praksom u svakom se slučaju smatraju sljedeći postupci:

- stvaranje dojma da potrošač ne može napustiti poslovni prostor sve dok ne sklopi ugovor,
- posjećivanje potrošača u njegovu domu, ignorirajući pritom zahtjev potrošača da se napusti njegov dom ili da ga se više ne posjećuje, osim u slučaju i u mjeri u kojoj je to opravdano radi propisima predviđenog prisilnog ispunjenja ugovorne obveze,
- ustrajno i neželjeno komuniciranje s potrošačem putem telefona, telefaks uređaja, elektroničke pošte ili drugog sredstva daljinske komunikacije, osim u slučajevima i u mjeri u kojoj je to opravdano zbog propisima predviđenog prisilnog ispunjenja ugovorne obveze,<sup>61</sup>
- traženje od potrošača koji postavlja odštetni zahtjev na temelju police osiguranja da dostavi određene dokumente koji, po razumnoj ocjeni, nisu relevantni za ocjenu opravdanosti tog zahtjeva ili sustavno izbjegavanje

<sup>59</sup> Vidi čl. 114. ZZP-a. Radi preciznijeg tumačenja nužno je izvršiti uvid u odgovarajuće odredbe Smjernice 97/7/EC, Smjernice 95/46/EC i 2002/58/EC, te Smjernice 89/552/EEC.

<sup>60</sup> Kako se radi o direktnoj implementaciji odredbi Smjernice 2005/29/EC kao smjernici tzv. maksimalne harmonizacije u naš ZZP, nije bilo moguće listu agresivne prakse dopuniti primjerice onim agresivnim poslovnim ponašanjima trgovaca koja su usmjerena na djecu, za što su se u zakonodavnoj proceduri zalagale određene institucije i udruge. Tim više što navedena Smjernica ne ulazi u pitanja zaštite morala i dostojanstva potrošača.

<sup>61</sup> Ova odredba ne utječe na primjenu pravila ovoga Zakona ili drugih propisa o ograničenju ili zabrani korištenja određenih sredstava daljinske komunikacije u određenim okolnostima

- davanja odgovora na ustrajno dopisivanje potrošača, s namjerom da ga se odvrati od ostvarivanja prava koja mu pripadaju na temelju ugovora,
- oglašavanje kojim se djecu izravno navodi na to da kupe oglašavani proizvod ili da nagovore svoje roditelje ili ostale punoljetne osobe da im kupe oglašavani proizvod,
  - zahtijevanje plaćanja proizvoda odmah ili s odgodom ili vraćanja ili čuvanja proizvoda koji je trgovac nabavio, a potrošač ga uopće nije naručio,<sup>62</sup>
  - izravno obavještavanje potrošača da će posao ili opstanak trgovca biti ugrožen ako potrošač ne kupi proizvod,
  - stvaranje lažne predodžbe da je potrošač osvojio, ili da će osvojiti, bezuvjetno ili uz ispunjenje određene činidbe, određenu nagradu ili neku drugu odgovarajuću korist, kada u stvarnosti nikakva nagrada ili druga odgovarajuća korist nije predviđena ili kada je u stvarnosti poduzimanje bilo kakve radnje usmjerene na ostvarivanje te nagrade ili druge koristi uvjetovano određenim plaćanjem od strane potrošača ili kod potrošača uzrokuje troškove.<sup>63</sup>

#### **4. Modaliteti zaštite potrošača od nepoštenih poslovnih praksi**

##### *4.1. Izvansudsko rješavanje*

Za sankcioniranje povreda dobrih poslovnih običaja, pri Hrvatskoj gospodarskoj komori i Hrvatskoj obrtničkoj komori djeluju Sudovi časti i Centri za mirenje u cilju rješavanja sporova između suprotstavljenih stranaka.<sup>64</sup>

Sudovi časti koji prvotno imaju cilj sklapanje nagodbe između trgovca i potrošača, a tek ako do nagodbe ne dođe, sud sankcionira ponašanje trgovca, ako se u postupku utvrdi njegova odgovornost.<sup>65</sup>

Pri komorama djeluju i centri za mirenje koji isto tako mogu rješavati sporove između trgovaca i potrošača samo za razliku od postupka pred sudovima časti, ovaj je postupak dobrovoljan i u potpunosti je upravljen na sklapanje

---

<sup>62</sup> U odredbi čl. 10.toč.6.al.2. i 3. ZVPNPP-a predviđena je i situacija kad potrošač naruči određenu robu ili usluga pa mu umjesto toga bude dostavljena roba ili pružena usluga iste kakvoće i cijene kako je bilo dogovoreno, te odnos prema tzv. nabavi nenaručene robe, kao i obveza obavijesti potrošača o tome, koje odredbe se primjenjuju od 12.6.2013.godine. Naš ZZP nema sličnu dopunu iz Dodatka II Smjernice 2005/29/EC predviđenih obveznih primjera agresivne poslovne prakse, iako je nužno za tumačenje ove agresivne prakse nužno akceptirati odredbu čl. 7.st.3. Smjernice 97/7/EC.

<sup>63</sup> Usp.10.slovenskog Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami ("Uradni list RSI", br.53/07.).

<sup>64</sup> Postupak mirenja može se provesti i pred sudovima sukladno Zakonu o mirenju ("Narodne novine", br. 163/03). O mirenju kao alternativni suđenju detaljnije u Uzelac, A. i dr., Mirenje u građanskim, trgovačkim i radnim sporovima, TIM Press, Zagreb, 2004., str. 15. i dalje.

<sup>65</sup> Babić, D., Pravni okvir za mirenje u poslovnim sporovima, Pravo i porezi, 12, 2003, 12, str. 63.; Zlatović, D., Mirenje: novi način mirnog rješavanja sporova, Suvremeno poduzetništvo, 9, 2002., 8, str. 144.

nagodbe među strankama u sporu. Ako ne dođe do sklapanja nagodbe pred centrima za mirenje potrošač može potražiti zaštitu svojih prava na redovnom sudu.

Za sankcioniranje povreda dobrih poslovnih običaja, pri Hrvatskoj gospodarskoj komori djeluje Sud časti kao nadležni sud za utvrđivanje povreda koje su počinile članice Komore te Sud časti izriče propisanu mjeru prema počiniteljima.<sup>66</sup>

Organizacija i rad Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori (u daljenjem tekstu HGK) propisan je Pravilnikom o radu Suda časti pri HGK ("Narodne novine", broj 66/06. i 114/06.) te ostalim općim aktima HGK.

Cilj je Suda časti pri HGK da, u što kraćem roku riješi nastali spor između uprotstavljenih stranaka na miran način, uz mogućnost materijalne nadoknade prijavitelja. Postupak pred Sudom časti pri HGK besplatan je, osim troškova vještačenja. Sud časti, pored toga, djeluje i sa svrhom da se članicama koje su počinile povredu, a što Sud utvrđuje ako stranke ne postignu mirno rješenje spora, kroz izricanje mjera društvene stege, ukaže na nedopuštena ponašanja prema potrošačima, članicama HGK ili drugim poslovnim partnerima. Objavom presuda (osim mjere "opomena"), na Skupštini HGK ili pak u tisku i na Web stranici HGK, o ponašanjima koja nisu u skladu s pravilima morala i običajima informira se javnost, trgovačka društva i potrošači koji nisu stranke u postupku, a čime se pridonosi njihovoj edukaciji, te prevenciji, kako se takve povrede ne bi više činile.<sup>67</sup>

U okviru Hrvatske gospodarske komore djeluje i Centar za mirenje koji mirenjem rješava nastale sporove između trgovaca i potrošača.

Pri Hrvatskoj obrtničkoj komori (u daljnjem tekstu HOK) od lipnja 2000. godine djeluje Sud časti kao nezavisno tijelo, osnovano temeljem odredbi Zakona o obrtu ("Narodne novine", broj 77/93., 90/96., 102/98., 64/01., 71/01. i 49/03. – pročišćen tekst) koji odlučuje, između ostalog, i o povredama dobrih poslovnih običaja u obavljanju obrta, a također je osnovan i Centar za mirenje koji mirenjem rješava sporove između trgovaca i potrošača.

Da bi građanin, obrtnik ili trgovačko društvo mogli podnijeti prijavu Sudu časti, potrebno je udovoljiti uvjetima propisanim Pravilnikom o sudu časti HOK-a ("Narodne novine", broj 62/02. i 179/04.). Naime, osnovni je uvjet da je osoba protiv koje se želi podnijeti prijava član HOK-a, kao i da od saznanja za povredu i prekršitelja nije proteklo više od tri mjeseca (tzv. subjektivni zastarni rok), kao niti šest mjeseci od dana kada je povreda učinjena (tzv. objektivni zastarni rok).

<sup>66</sup> Zlatović, D., Postupak pred sudovima časti i zaštita žiga, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2002., god. II., br. 7., str. 81.

<sup>67</sup> O posebnostima postupka pred ovim sudovima kod Čizmić, J., Postupak pred Sudom časti Hrvatske gospodarske komore, I i II dio, Informator, br.5506-5507, od 13. i 16.12.2006., i Informator, br. 5508, od 20.12.2006.

Važno je naglasiti da Sud časti ne zamjenjuje redovni sud jer ne donosi akte koji obvezuju osobu koja je proglašena odgovornom za kršenje poslovnih običaja.

U ovom trenutku ne postoji potpuno neovisno izvansudsko tijelo za rješavanje potrošačkih sporova. Sukladno preporukama Europske unije, jedan od ciljeva Projekta CARDS 2002 bilo je ustrojavanje izvansudskog tijela koje bi potrošačima omogućilo brže i jeftinije rješavanje nastalih sporova, te na taj način rasteretilo redovne sudove.

Prema čl. 130.st.1. ZZP-a u slučaju spora između potrošača i trgovca može se podnijeti prijedlog za mirenje Centru za mirenje Hrvatske gospodarske komore, Centru za mirenje Hrvatske obrtničke komore ili Centru za mirenje Hrvatske udruge poslodavaca, kao i prijavu Sudu časti Hrvatske gospodarske komore i Sudu časti Hrvatske obrtničke komore.

Mirenje pred centrima za mirenje provodi se sukladno Pravilniku o mirenju Hrvatske gospodarske komore, Pravilniku o mirenju Hrvatske obrtničke komore, te Pravilniku o mirenju Hrvatske udruge poslodavaca.<sup>68</sup>

Postupak pred sudovima časti provodi se sukladno Pravilniku o Sudu časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori i Pravilniku o Sudu časti pri Hrvatskoj obrtničkoj komori kojima se treba propisati da u vijećima tih sudova osim nezavisnih pravnih stručnjaka moraju ravnopravno biti zastupljeni predstavnici trgovaca i potrošača.

Visina naknada, nagrada i ostalih troškova mirenja i ovih postupaka utvrđuje se posebnom Odlukom o troškovima mirenja u potrošačkim sporovima, odnosno u postupcima pred Sudom časti Hrvatske gospodarske komore i Sudom časti Hrvatske obrtničke komore koju donose navedene komore i udruge uz suglasnost nadležnog ministra.

Nagodba koja se sklopi u postupku mirenja pred centrima za mirenje ima svojstvo ovršne isprave. Sredstva za troškove mirenja pred Centrom za mirenje Hrvatske gospodarske komore, Centrom za mirenje Hrvatske obrtničke komore ili Centrom za mirenje Hrvatske udruge poslodavaca i postupke pred Sudom časti Hrvatske gospodarske komore i Sudom časti Hrvatske obrtničke komore osigurat će se u državnom proračunu.

#### 4.2. *Upravnopravna zaštita*

Nadzor nad nepoštenim poslovnim praksama moguć je kako pred upravnim organima, tako i pred sudovima. Uz to utvrđen je i nadzor kojeg obavljaju tvorci kodeksa ponašanja kao autonomnih samoregulatornih pravila, ali taj nadzor ne isključuje upotrebu zakonom propisanih upravnih i sudskih postupaka.<sup>69</sup>

Provedba nadzora nad tržištem uređena je Zakonom o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i državnih upravnih organizacija ("Narodne novine" br.: 199/03.,

<sup>68</sup> Šimac, S., Medijacija alternativni način rješavanja sporova, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, god. 40., 2003., br. 1-2., str. 54.

<sup>69</sup> Vidi čl. 11. ZVPNPP-a.

30/04. i 136/04. i 22/05.) i Zakona o Državnom inspektoratu ("Narodne novine", broj 76/99., 96/03., 151/03., 160/04., 174/04., 33/05., 48/05., 129/05., 140/05. i 138/06.) i drugim posebnim propisima. Najveći djelokrug poslova u provedbi nadzora nad tržištem dodijeljen je inspektorima Državnog inspektorata.<sup>70</sup>

U skladu sa člankom 22. Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i državnih upravnih organizacija, Državni inspektorat obavlja upravne i druge poslove koji se odnose, između ostalog, na nadzor nad obavljanjem poslova u prometu robom te druge poslove koji su mu stavljeni u nadležnost posebnim zakonom, kao što su to ovlaštenja i poslovi nadzora temeljem odredbi ZZP-a.

Kao nezavisna državna upravna organizacija, Državni inspektorat je odgovoran za nadzor nad ocjenjenom sukladnosti proizvoda kao i za opću sigurnost proizvoda stavljenih na tržište osim hrane i hrane za životinje, gdje je nadležan za deklaracije.

Prema čl. 142. ZZP-a nadzor nad provođenjem ZZP-a obavljaju nadležni inspektori ministarstava i Državnog inspektorata (u daljnjem tekstu: inspektor), u skladu s ovlastima utvrđenim zakonom.

U provedbi inspeksijskog nadzora inspektor će rješenjem trgovcu privremeno zabraniti obavljanje poslovne prakse koja se u smislu odredbi čl. 107-120. ZZP-a smatra nepoštenom.<sup>71</sup>

Ovo rješenje inspektor neće donositi ako su utvrđene nepravilnosti otklonjene tijekom inspeksijskog nadzora, odnosno do donošenja rješenja, što će inspektor utvrditi i navesti u zapisniku o obavljenom inspeksijskom nadzoru.

Svaka ovlaštena osoba ima pravo predložiti Državnom inspektoratu ili drugom nadležnom tijelu pokretanje postupka u kojem će se narediti prestanak postupanja koje je u suprotnosti s odredbama članaka 107. do 120. ZZP-a, i to bez obzira na to jesu li tim postupanjem povrijeđena prava i interesi potrošača u Republici Hrvatskoj ili u nekoj državi članici Europske unije. Dakle, aktivna legitimacija priznaje se svim zainteresiranim osobama koje smatraju da su njihova potrošačka prava povrijeđena nepoštenom praksom određenog poduzetnika.

Ovaj postupak može se pokrenuti protiv pojedinog trgovca ili skupine trgovaca iz istog gospodarskog sektora koji postupaju u suprotnosti s odredbama ZZP-a i drugih propisa, komorskih i interesnih udruga trgovaca koje promiču protupravno postupanje ili protiv tvorca pravila postupanja trgovaca kojima se promiče korištenje nepoštenih poslovnih praksi, kako je ona definirana odredbama čl. 107.-120. ZZP-a.

Uz ove ovlaštene inicijatore pokretanja i provedbe postupka i sam Državni inspektorati drugo ovlašteno tijelo može pokrenuti po službenoj dužnosti takav postupak, dakle ne dovodi se u pitanje ovlaštenje Državnog inspektorata ili

<sup>70</sup> Pezer Blečić, S., Poslovi u nadležnosti Državnog inspektorata, RIF, 46, 2000., 12, str. 73.

<sup>71</sup> Stipičić, M., Inspeksijski nadzor, Hrvatska gospodarska revija, 48, 1999., 7, str. 48.; Stipičić, M., Temeljna obilježja inspeksijskog nadzora iz djelokruga državnog inspektorata, Suvremena trgovina, 29, 2004., br.2-3., str. 55.



drugog nadležnog tijela da samoinicijativno pokrene postupak protiv osoba koje postupaju suprotno odredbama ZZP-a.

Prema čl. 132. ZZP-a pokretanje postupka ovlaštena su predložiti tijela i organizacije koje su osnovane u skladu s propisima kojima se uređuje osnivanje i djelatnost tih osoba, a koje imaju opravdani interes za kolektivnu zaštitu potrošača, kao što su, primjerice, udruge za zaštitu potrošača, državna tijela nadležna za zaštitu potrošača te komorska i interesna udruženja trgovaca. Vlada Republike Hrvatske će na prijedlog ministra nadležnog za poslove zaštite potrošača uredbom odrediti osobe koje imaju opravdani interes za kolektivnu zaštitu potrošača.<sup>72</sup>

Ako je postupanje određenog trgovca ili skupine trgovaca sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, u suprotnosti s odredbama ZZP-a i utječe ili može utjecati na položaj potrošača u nekoj državi članici Europske unije, pokretanje postupka iz članka 131. ZZP-a može predložiti udruga za zaštitu potrošača iz te države ili neko drugo neovisno tijelo koje je po propisima te države osnovano radi zaštite kolektivnih interesa potrošača. U ovom slučaju svoje ovlaštenje da predloži pokretanje postupka, ovlaštena će osoba dokazati popisom osoba koje imaju opravdani interes za kolektivnu zaštitu potrošača koji je sastavila Komisija Europske unije, a u kojem je navedena i ta osoba. Navedeni popis ovlaštena osoba dostavit će istodobno s prijedlogom za pokretanje postupka Državnom inspektoratu ili drugom nadležnom tijelu u obliku preslike Službenog lista Europske zajednice u kojem je taj popis objavljen, uz ovjereni prijevod na hrvatskom jeziku.

Ako je postupak iz članka 131. ZZP-a okrenut povodom povrede odredaba članaka 107. do 115. ovoga Zakona, prilikom odlučivanja o tome je li poslovna praksa nepoštena, neće se uzimati u obzir je li tom praksom nekome prouzročena šteta, odnosno je li vjerojatno da će nekome biti prouzročena šteta, kao niti je li osoba protiv koje se vodi postupak kriva za nedopuštenost poslovne prakse.<sup>73</sup>

#### 4.2.2. Osiguranje dokaza

Ako je postupak iz članka 131. ZZP-a pokrenut povodom povrede odredaba članaka 107. do 115. ZZP-a, Državni će inspektorat ili drugo nadležno tijelo, ako je to primjereno s obzirom na okolnosti slučaja te uzimajući u obzir opravdane interese trgovca, zahtijevati od trgovca protiv kojeg se postupak vodi da u roku od sedam dana dostavi dokaze koji potvrđuju istinitost činjeničnih navoda iznesenih u okviru poslovne prakse.<sup>74</sup>

U slučaju ako takvi dokazi ne budu dostavljeni Državnom inspektoratu ili drugom nadležnom tijelu u ostavljenom roku ili ako Državni inspektorat ili drugo nadležno tijelo smatra da su dostavljeni dokazi nepotpuni ili nedovoljni, smatra se da su činjenični navodi izneseni u okviru poslovne prakse neistiniti.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Ova uredba bit će objavljena u "Narodnim novinama" te će biti dostavljena Komisiji Europske unije.

<sup>73</sup> Tako i čl. 12. st.2. ZVPNPP-a.

<sup>74</sup> Vidi čl. 135. st.1. ZZP-a.

<sup>75</sup> O djelovanju Državnog inspektorata opširnije kod Stipić, M., *Primjena zakona o Državnom inspektoratu*, 2. izd., RRIF-plus, Zagreb, 2007.

#### 4.2.3. Privremene mjere

Nadležni inspektor ovlašten je rješenjem privremeno, do donošenja konačne odluke, narediti prekid određenog postupanja za koje postoji opravdana sumnja da je suprotno odredbama ZZP-a. Žalba protiv ovakvog rješenja ne odgađa izvršenje.

#### 4.2.4. Rješenje i posljedice

Ako nadležni inspektor u provođenju inspekcijskog nadzora utvrdi da je osoba protiv koje se vodi postupak postupala suprotno odredbama ZZP-a, rješenjem će narediti toj osobi da prestane s takvim postupanjem te da ukloni utvrđene nepravilnosti određujući ujedno rok u kojem se nepravilnosti moraju otkloniti.

Ako se postupak iz članka 131. ZZP-a vodi povodom povrede odredaba članka 107. do 115. ovoga Zakona, a osoba protiv koje se postupak vodi još nije započela s određenom poslovnom praksom, ali je započinjanje te poslovne prakse izvjesno, nadležni će inspektor, ako utvrdi da je ta poslovna praksa nepoštena u smislu odredaba dijela III. ZZP-a, rješenjem zabraniti osobi protiv koje se postupak vodi korištenje tom poslovnom praksom.<sup>76</sup>

Prema čl. 137. ZZP-a nadležni inspektor naredit će osobi protiv koje se postupak vodi da o svom trošku javno objavi to rješenje, odnosno ispravak netočnih obavijesti, ako se povreda sastojala od objavljivanja zavaravajućih obavijesti, ako rješenjem naredi prestanak postupanja koje je suprotno odredbama ZZP-a ili ako zabrani takvo postupanje.

Protiv rješenja iz članka 136. ZZP-a osoba protiv koje se vodi postupak može u roku od osam dana od dana dostave rješenja izjaviti žalbu. Žalba protiv ovog rješenja odgađa izvršenje.<sup>77</sup>

Pokretanje ili vođenje postupka pokrenutog na temelju članka 131. ZZP-a Zakona ne sprječava osobu kojoj je, postupanjem trgovca koje je suprotno odredbama ZZP-a, prouzročena šteta da pokrene pred nadležnim sudom postupak za nadoknadu štete protiv osobe koja joj je nedopuštenim postupanjem prouzročila štetu, da pred sudom pokrene postupak za poništenje ili utvrđivanje ništetnosti ugovora koji je sklopljen pod utjecajem nedopuštenog postupanja, odnosno da pred sudom pokrene bilo koji drugi postupak kojim će zahtijevati ostvarenje prava koja joj pripadaju na temelju pravila sadržanih u ZZP-u ili drugim zakonima.

#### 4.2.5. Dobrovoljna kontrola

Pokretanje postupka iz članka 131. ZZP-a ne isključuje mogućnost dobrovoljne kontrole postupanja trgovaca od strane određenih samostalnih organizacija niti isključuju mogućnost da osobe navedene u članku 132. ZZP-a

<sup>76</sup> Vidi čl. 136. ZZP-a.

<sup>77</sup> Ljubanović, B., O sadržaju žalbe u upravnom postupku, Pravni vjesnik, Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, 17, 2001., br. 1-2., str. 225.

pokrenu pred tim samostalnim organizacijama odgovarajući postupak protiv onih članova tih organizacija koji postupaju suprotno odredbama ZZP-a. Ako se postupak iz članka 131. ZZP-a pokreće zbog povrede odredaba članka 107. do 115. ZZP-a, pokretanje tog postupka ne isključuje mogućnost kontrole nepoštene poslovne prakse od strane tvorca pravila postupanja trgovaca niti isključuje mogućnost da osobe ili organizacije navedene u članku 132. ZZP-a pokrenu pred tvorcem pravila postupanja trgovaca ili nekim njegovim tijelom odgovarajući postupak protiv onih trgovaca koji postupaju suprotno pravilima postupanja trgovaca.

Ipak, pokretanje navedenih postupaka nadzora ni u kojem slučaju ne predstavlja odricanje od prava da se protiv određenog trgovca, skupine trgovaca ili interesnih udruga trgovaca pokrene postupak predviđen člankom 131. ZZP-a.

#### 4.3. Prekršajne sankcije

Zakon o zaštiti potrošača propisao je odgovarajuće prekršajne sankcije zbog činjenja radnji nepoštene poslovne prakse. Kazne moraju biti učinkovite, srazmjerne i odvraćajuće.

Tako je odredbom čl. 144. st.1. ZZP-a regulirano da će se novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 100.000,00 kuna kazniti za prekršaj pravna osoba ako se koristi praksom koja je nepoštena u smislu odredaba čl. 107-120. ZZP-a.<sup>78</sup>

Za ovoj prekršaj članka kaznit će se i odgovorna osoba u pravnoj osobi novčanom kaznom od 10.000,00 do 15.000,00 kuna.<sup>79</sup> Također za navedeni prekršaj kaznit će se fizička osoba novčanom kaznom od 5.000,00 do 15.000,00 kuna. Nema mogućnosti u ovom slučaju izricanja mandatne kazne na licu mjesta događanja prekršaja, nego se mora provesti odgovarajući postupak protiv pravne odnosno fizičke osobe te odgovorne osobe u pravnoj osobi.<sup>80</sup>

Nadležni inspektor neće podnijeti zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka ako trgovac najkasnije u roku od osam dana od dana provedenog inspeksijskog nadzora otkloni utvrđene nepravilnosti sukladno uputama iz rješenja nadležnog inspektora. Dakle, zakonodavac je propisao svojevrstan probacijski rok za počinitelja radnje nepoštene poslovne prakse ostavljajući mu mogućnost da

<sup>78</sup> Novčana kazna u našem ZZP-a za slučaj prekršaja u svezi s nepoštenom praksom određena je u znatno manjem iznosu nego u zemljama Europske unije. Tako su ove kazne u Republici Sloveniji određene odredbom čl. 15. ZVPNPP-a u vrijednosnom rasponu od minimalno 3.00 do maksimalno 40.000 EUR.

<sup>79</sup> Ipak naš zakonodavac nije bio do kraja principijelan određujući iznose novčane kazne kad su u pitanju odgovorne osobe u pravnoj osobi za prekršaje u svezi s nepoštivanjem odredbi čl. 107.-115. ZZP-a. I dok su novčane kazne za pravne osobe manje nego u zakonima nekih nama približno razvijenih država, novčane kazne za odgovorne osobe u tim pravnim osobama su čak znatno veće od odgovarajućih kazna u zakonima tih istih susjednih europskih država članica Europske unije. Tako je npr. odredbom čl. 15.st.2. ZVPNPP-a novčana kazna za odgovorne osobe u pravnim osobama utvrđena u iznosu od 300 do 2.000 EUR, dakle minimalna kazna je višestruko manja u odnosu na onu zapriječenu odredbom čl. 142.st.2. ZZP-a.

<sup>80</sup> Analogija iz odredbe čl. 144.st.4. ZZP-a.

otkloni nepravilnosti u tom ostavljenom roku po rješenju nadležnog inspektora, u kojem slučaju se prekršajni postupak neće provoditi.<sup>81</sup>

Razvidno je da kod sankcioniranja prekršaja zakonodavac nije radio razliku između zavaravajuće i agresivne poslovne prakse, određujući za obje vrste nepoštene prakse iste sankcije. To zbog razloga jer se očekuje u praksi postojanje graničnih slučajeva, što bi nadležnom tijelu prouzročilo nepotrebne probleme pri lučenju vrste nepoštene prakse.

### **5. Primjena odredbi o nepoštenoj poslovnoj praksi**

Prema odredbi čl. 153.st.2. ZZZP-a do dana pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji ne primjenjuju se odredbe dijela III. Nepoštena poslovna praksa Glave I., II., i III., dijela V. Kolektivna zaštita potrošača, glave II. ovoga Zakona, kao ni dijelovi u Zakonu koji propisuju obveze prema Komisiji i državama članicama Europske unije u člancima 103., 104. i 112. točkama 8. i 23. ZZZP-a.

Republika Hrvatska iako nije članica Europske unije uskladila je svoje zakonodavstvo sa Smjernicom 2005/29/EC gotovo u roku koji vrijedi i za same zemlje članice. Međutim, to ne znači da je dužna odmah primjenjivati te odredbe, tim više što se radi o Smjernici koja zahtijeva tzv. maksimalno usklađivanje, koja je potpuna novina i za države članice Europske unije, te u svezi s kojom još nije razvijena upravna i sudska praksa koja bi bila primjenjiva u svrhu tumačenja odredbi Smjernice, a tako analogno i odredbi čl. 107.-120.ZZZP-a. Stoga je naš zakonodavac odgodio primjenu ovih odredbi do trenutka pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji, s obzirom da će se u tom intervalu iskristalizirati tumačenja i odgovarajuća praksa koja će doprinijeti transparentnosti ovih novih rješenja i njihovoj kvalitetnijoj aplikaciji u praktičnoj i pravnoj provedbi.

S obzirom na iskazano značenje izvansudskih modaliteta rješavanja potrošačkih sporova i neka nova zakonska rješenja u ovom području koja su sadržana u odredbama ZZZP-a, Hrvatska gospodarska komora i Hrvatska obrtnička komora dužne su u roku šest mjeseci od dana stupanja na snagu ZZZP-a uskladiti s odredbama ovoga Zakona Pravilnik o Sudu časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori i Pravilnik o Sudu časti pri Hrvatskoj obrtničkoj komori, kako bi mogli na adekvatan način se uključiti u rješavanje potrošačkih sporova prije svega onih u svezi s nepoštenom poslovnom praksom.

### **Zaključak**

Republika Hrvatska kontinuirano unosi u svoje nacionalno zakonodavstvo recentna rješenja iz europskog prava, pa je u tom postupku s aklativnim odobravanjem prihvaćena i zakonska revizija pravne zaštite potrošača, u sklopu

<sup>81</sup> Kovačić, A., Hrvatsko prekršajno pravo i sudska praksa nakon stupanja na snagu novog Zakona o prekršajima i buduća perspektiva u svjetlu suvremenih europskih kretanja, Hrvatska pravna revija, 4, 2004, 10, str. 85.

koje je izvršena harmonizacija domaćeg prava sa odgovarajućim europskim smjernicama i uredbama. Posebno mjesto svakako zauzima unošenje u naš pravni poredak čitavog sustava pravne zaštite od nepoštene poslovne prakse, odnosno onih ponašanja ili propuštanja koje trgovci čine na štetu potrošača, a koji odstupaju od uobičajene poslovne prakse i predstavljaju eklatantne primjere dovođenja potrošača u zabludu odnosno agresivnog ataka na potrošačku odluku. Bitna vrijednost novih rješenja je svakako njihova potpuna usklađenost s europskim pravom i gotovo istodobno uključivanje ove zaštite u hrvatski pravni sustav kad to čine i druge zemlje članice Europske unije. Svakako se mora učiniti dodatni napor da ova rješenja zažive i u poslovnoj i sudskoj odnosno upravnoj praksi, kako bi se i na razini životno istinskog ponašanja pružila adekvatna zaštita potrošačima kao svakako slabijoj strani u tržišnim i trgovinskim odnosima. Problem predstavlja činjenica da nema razvijene upravne, prekršajne i sudske prakse na ovom području, ne samo kod nas nego i u drugim pravnim sustavima, ali to ne bi trebala biti smetnja pravilnoj primjeni novih zakonskih rješenja. U tom smislu potrošačima i drugim zainteresiranim subjektima stoji na raspolaganju širok dijapazon mogućih modaliteta zaštite, od mjera administrativnog nadzora i djelovanja, preko sve popularnijeg korištenja medijacije kao alternativnog načina rješavanja sporova, do klasične prekršajne i sudske zaštite. Ostaje nam pratiti i analizirati primjenu ovih rješenja u praksi, te educirati potrošače i njihove udruge u cilju što kvalitetnije zaštite potrošačkih prava i lojalnog tržišnog ponašanja.

## Summary

### **IMPLEMENTATION OF THE UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES DIRECTIVE 2005/29/EC IN CROATIAN CONSUMER PROTECTION LAW**

Comparing the new Consumer Protection Law with the Law previously in force, issues concerning the consumer protection in the Republic of Croatia have been better dealt with under the newly enacted provisions. There were certain legal areas without regulation under the 2003 Consumer Protection Law. Consequently, a need to legally regulate them emerged in last couple of years. The new Law responded to such needs. Moreover, the Law is an additional mean to harmonize domestic law with the EU *acquis communautaire*. In the long run this would bring consumer's level of protection in Croatia closer to standards of consumer protection in the EU member states.

A special attention has been given to the area of unfair commercial practices within the new legal provisions on domestic consumer protection, which regulate traders' actions causing damage to consumer interests and which have been used before, during and after concluding a juridical act regarding a specific product. Manifestations of such practice are analyzed in details, especially a misleading and

aggressive commercial practice and, in this context, a comparative advertising. To grasp an insight into entire consumer right protection mechanisms the consumers are directed to use modes of legal protection given by the law against unfair consumer practices, in particular the administrative measures and to use procedures applied by the mediation bodies.

**Key words:** *unfair commercial practices, misleading actions, misleading omissions, aggressive commercial practice, comparative advertising.*

### Zusammenfassung

## IMPLEMENTATION DER RICHTLINIE 2005/29/EG ÜBER UNLAUTERE GESCHÄFTSPRAKTIKEN IM KROATISCHEN GESETZ ÜBER VERBRAUCHERSCHUTZ

Durch die Verabschiedung des Gesetzes über Verbraucherschutz werden die Fragen zum Schutze der Verbraucher in der Republik Kroatien besser als in dem früheren Gesetz geregelt. Es wurden auch die Gebiete geregelt, die im früheren Gesetz nicht erfasst waren und die sich durch die Anwendung des früheren Gesetzes zum Verbraucherschutz von 2003 im Laufe der vergangenen Jahre als wichtig erwiesen haben. Ebenso wurde eine Angleichung an die rechtlichen Errungenschaften der Europäischen Union durchgeführt, wodurch sich auf einer letzten Ebene der Verbraucherschutz in der Republik Kroatien dem Schutz der Verbraucher annähert, den die Mitgliedsländer der Europäischen Union genießen.

Einen besonderen Platz im Rahmen der neuen gesetzlichen Regelung des Verbraucherschutzes in Kroatien nimmt die Materie der unlauteren Geschäftspraktiken ein, durch die die Handlungen geregelt werden, durch die die Gewerbetreibenden den Interessen des Verbrauchers schaden und die vor, während oder nach dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinsichtlich eines bestimmten Produktes stattfinden. Im Einzelnen werden die Erscheinungsformen solcher Praxis betrachtet, besonders irreführende bzw. aggressive Geschäftspraktiken und in dem Kontext auch vergleichende Werbung. Um einen Einblick in alle Mechanismen des Rechtsschutzes der Verbraucher zu gewinnen, werden diese darauf hingewiesen, die im Gesetz vorgesehenen rechtlichen Modalitäten des Rechtsschutzes gegen eine unlautere Geschäftspraxis zu benutzen, besonders administrative Maßnahmen und das Inanspruchnehmen von Befriedung.

**Schlüsselwörter:** *unlautere Geschäftspraxis, betrügerische Handlungen, betrügerische Gewährung aggressiver Geschäftspraxis, vergleichende Werbung.*



## Sommario

### **IMPLEMENTAZIONE DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE SULLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI NEL DIRITTO CROATO DI TUTELA DEL CONSUMATORE**

Emanata la nuova Legge sulla tutela del consumatore, nella Repubblica di Croazia sono state qualitativamente migliorate le problematiche della tutela del consumatore, rispetto a quel che erano sotto la precedente legge. Esistevano diversi profili giuridici senza regolazione dalla Legge sulla tutela del consumatore del 2003 al periodo degli ultimi anni. La nuova Legge adempie tale compito e rappresenta un ulteriore strumento di armonizzazione con l'*acquis communautaire* dell'Unione Europea, ciò che in prospettiva avvicina ancora il livello di tutela del consumatore nella Repubblica di Croazia agli standard di tutela del consumatore degli stati membri dell'Unione europea.

Una speciale attenzione è rivolta all'area delle pratiche commerciali sleali all'interno delle nuove previsioni sulla tutela del consumatore, che regolano le azioni degli operatori che causano un danno agli interessi dei consumatori e che sono state realizzate prima, durante e dopo la conclusione di un atto giuridico relativo a uno specifico prodotto. Sono analizzate nel dettaglio le manifestazioni di tali condotte, in particolare la pratica commerciale aggressiva e ingannevole, e in tale contesto la pubblicità comparativa. Per disporre di una visione di tutti i meccanismi di tutela del diritto del consumatore i consumatori sono indirizzati a servirsi delle modalità di tutela giuridica della legge contro le pratiche commerciali sleali, in particolare le misure amministrative e le procedure davanti ad organismi di conciliazione.

**Parole chiave:** *pratica commerciale sleale, azioni ingannevoli, omissione ingannevole, pratica commerciale aggressiva, pubblicità comparativa.*

