

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 26

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 26,
Br. 1, str. XII+1-626, Rijeka, 2005.

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. Mladen Montana, prof. dr. sc. Petar Simonetti,
prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Dragutin Ledić, doc. dr. sc. Robert Blažević, mr.
sc. Sandra Laleta (svi iz Rijeke)

Izvršna urednica/Executive Editor: 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 (Charleston/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio
Spangher (Trieste/I)

Lektorica/Lector: Dušanka Starčević, prof.

Prijevodi/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (za njemački), mr. sc. Sanja Barić
(za engleski), Dott. Davide Bertaccini (za talijanski)

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci,
Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel./fax: (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: Liniavera, Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley,
California, USA, *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia i *Sociological Abstracts*, San Diego,
California, USA.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti i tehnologije Republike
Hrvatske.

ISSN 1330-349X

ZBORNİK
PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 26

BROJ 1

RIJEKA, 2005.

SADRŽAJ

Prilozi za Savjetovanje:**“Vlasništvo – obveze – postupak”****(Poreč, 7. – 9. travnja 2005.)***Mihajlo Dika,*

“Prethodno pitanje” u parničnom postupku (izvorni
znanstveni članak)..... 1

Petar Simonetti,

Stvarnopravni učinci pretvorbe društvenih poduzeća
(izvorni znanstveni članak)..... 53

Silvija Petrić,

Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika
(izvorni znanstveni članak)..... 81

Jozo Čizmić,

Povrat u prijašnje stanje u hrvatskom parničnom postupku
(izvorni znanstveni članak)..... 147

Edita Čulinović-Herc,

Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora
– usklađenost s europskim pravom (izvorni znanstveni
članak)..... 175

Meliha Povlakić,

Zemljišni dug u usporednom pravu (izvorni znanstveni
članak)..... 207

Jasnica Garašić,

Europska Uredba o insolventnim postupcima (izvorni
znanstveni članak)..... 257

Marko Bevanda,

Ugovor između liječnika i pacijenta (izvorni znanstveni
članak)..... 307

Vlado Belaj,

Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj
zajednici (prethodno priopćenje)..... 339

<i>Olga Jelčić,</i> Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini (prethodno priopćenje)	367
<i>Dragutin Ledić,</i> O nekima praktičnim i teorijskim dvojabama i problemima prilagodbe hrvatskoga prava europskomu pravu društava (pregledni znanstveni članak)	397
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Promijenjene okolnosti danas i u Nacrtu Zakona o obveznim odnosima (pregledni znanstveni članak)	429
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Osiguranje potraživanja radnika za slučaj insolventnosti poslodavca u europskome pravu u svjetlu Smjernice 80/987/EEZ i Smjernice 2002/74/EZ, s osvrtom na rješenja u hrvatskom pravu (pregledni znanstveni članak)	453
<i>Dario Đerđa,</i> Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu (pregledni znanstveni članak)	473
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i <i>acquis</i> <i>communautaire</i> (stručni članak)	495
<i>Jasna Brežanski,</i> Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora – primjena u praksi (stručni članak)	527
<i>Dragan Zlatović,</i> Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu – s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga (stručni članak)	589

TABLE OF CONTENTS

“Ownership – Obligations – Procedure”

(Poreč, April 7 – 9, 2005)

Conference Texts:

Mihajlo Dika,

“Preliminary Issue” in Civil Procedure 1

Petar Simonetti,

Proprietary Legal Effects of Social Companies
Transformation 53

Silvija Petrić,

Civil Liability of Medical Staff 81

Jozo Čizmić,

Restitution in integrum in the Croatian Civil Procedure 147

Edita Čulinović-Herc,

Consumer Protection in Certain Bank Contracts –
Harmonization with European Law 175

Meliha Povlakić,

Hypothecary Debt in Comparative Law 207

Jasnica Garašić,

European Regulation on Insolvency Proceedings 257

Marko Bevanda,

Contract between a Physician and a Patient 307

Vlado Belaj,

Acquisition of Property (Ownership) in Marriage and
Common-Law Marriage 339

Olga Jelčić,

Realization of Claim Secured by Mortgage and Fiduciary
Ownership on Immovable 367

Dragutin Ledić,

On Certain Practical and Theoretical Doubts and Issues
Related to Harmonization of Croatian Commercial
Companies’ Law to European Law 397

<i>Zvonimir Slakoper,</i> <i>Clausula rebus sic stantibus</i> in Present Law and in Draft Law on Obligations	429
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Insurance of Workers' Claims in Case of Employer's Insolvency in European Law in Light of Directive 80/987/ EEC and Directive 2002/74/EC with an Overview of Relevant Croatian Law	453
<i>Dario Đerđa,</i> Determination of Compensation for Expropriated Real Estate	473
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Labor Law of the Republic of Croatia and <i>acquis</i> <i>communautaire</i>	495
<i>Jasna Brežanski,</i> Law on Lease and Sale of Business Premises - Application in Practice	527
<i>Dragan Zlatović,</i> Protection of Company Name in Croatian Law - with Special Emphasis on Collision Rules in Case of Conflict between Company Name and Trademark	589

INHALT

“Eigentum – Pflichten – Verfahren”

(Poreč, 7 – 9 April 2005)

Tagungsbeiträge:

<i>Mihajlo Dika,</i> Die “Vorfrage” im Gerichtsverfahren	1
<i>Petar Simonetti,</i> Sachenrechtliche Wirkungen der Umwandlung gesellschaftlicher Betriebe	53
<i>Silvija Petrić,</i> Zivilrechtliche Haftung von im Gesundheitswesen Tätigen	81
<i>Jozo Čizmić,</i> Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im kroatischen Gerichtsverfahren	147
<i>Edita Čulinović-Herc,</i> Verbraucherschutz bei einzelnen Bankverträgen – Übereinstimmung mit dem Europarecht	175
<i>Meliha Povolakić,</i> Bodenkredit im vergleichenden Recht	207
<i>Jasnica Garašić,</i> Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren	257
<i>Marko Bevanda,</i> Vertrag zwischen Arzt und Patient	307
<i>Vlado Belaj,</i> Erwerb von Vermögen (Eigentum) in der ehelichen und nichtehelichen Gemeinschaft	339
<i>Olga Jelčić,</i> Verwirklichung des Rechts auf Befriedigung von Forderungen, die durch Hypothek und fiduziarisches Eigentum an Immobilien gesichert sind	367

<i>Dragutin Ledić,</i> Über einige praktische und theoretische Zweifel und Probleme bei der Anpassung des kroatischen Gesellschaftsrechts an das europäische	397
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Veränderte heutige Umstände und diejenigen im Entwurf des Gesetzes über Schuldverhältnisse	429
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Sicherung der Forderungen des Arbeiters im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers im Europarecht im Lichte der Richtlinien 80/987/EEG und 2002/74/EG mit Blick auf die Lösungen im kroatischen Recht	453
<i>Dario Đerđa,</i> Festlegung der Entschädigung für eine enteignete Immobilie	473
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Arbeitsgesetzgebung der Republik Kroatien und der <i>acquis</i> <i>communautaire</i>	495
<i>Jasna Brežanski,</i> Gesetz über Pacht und Verkauf von Geschäftsräumen - Anwendung in der Praxis	527
<i>Dragan Zlatović,</i> Firmenschutz im kroatischen Recht – mit besonderer Berücksichtigung des Kollisionsrechts im Fall des Konflikts zwischen Firma und Warenzeichen	589

INDICE

“Proprietà – obbligazioni – procedura”

(Poreč, 7 – 9 aprile 2005)

Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,

“Questione pregiudiziale” nel processo civile 1

Petar Simonetti,

Effetti di diritto reale della trasformazione delle imprese
sociali 53

Silvija Petrić,

Responsabilità civile degli operatori sanitari 81

Jozo Čizmić,

Restituzione alla condizione precedente nel processo
civile croato 147

Edita Čulinović-Herc,

Tutela del consumatore in particolari contratti bancari
– armonizzazione con il diritto europeo 175

Meliha Povelakić,

Debito fondiario in diritto comparato 207

Jasnica Garašić,

Regolamento europeo sul procedimento di insolvenza 257

Marko Bevanda,

Contratto tra medico e paziente 307

Vlado Belaj,

Acquisizione di un bene (proprietà) nell’unione
coniugale ed extraconiugale 339

Olga Jelčić,

Realizzazione del diritto al soddisfacimento della
domanda assicurata dall’ipoteca e dalla proprietà
fiduciaria su immobile 367

<i>Dragutin Ledić,</i> Su alcuni dubbi e problemi pratici e teorici di adeguamento del diritto delle società croato all'europeo	397
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Cambiamento di circostanze oggi e nel Disegno di Legge sui rapporti obbligatori	429
<i>Nada Bodiroga-Vukobrat,</i> Assicurazione delle domande dei lavoratori in caso di insolvenza del datore nel diritto europeo alla luce della Direttiva 1980/987/CEE e della Direttiva 2002/74/CE, con sguardo alle soluzioni del diritto croato	453
<i>Dario Đerđa,</i> Determinazione dell'indennità per l'immobile espropriato	473
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Legislazione del lavoro della Repubblica di Croazia e <i>acquis communautaire</i>	495
<i>Jasna Brežanski,</i> Legge sull'affitto e la vendita di spazi commerciali – applicazione nella prassi	527
<i>Dragan Zlatović,</i> Tutela della ditta nel diritto croato – con particolare sguardo alle regole collidenti in caso di contrasto di ditta e marchio	589

Prilozi za Jedanaesto savjetovanje pravnika 2005. g.:

Contributions for Eleventh Jurist Conference, 2005

Beiträge für die 11. Juristen-Tagung, 2005

Contributi per l'XI Convegno di giuristi, 2005

“Vlasništvo – obveze – postupak”

“Ownership – Obligations – Procedure”

“Eigentum – Pflichten – Verfahren”

“Proprietà – obbligazioni – procedura”

(Poreč, 7.-9. 04. 2005.)

Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Tagungsleitung / Presidente):

prof. dr. sc. Petar Simonetti

“PRETHODNO PITANJE” U PARNIČNOM POSTUPKU

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

UDK: 347.91/95
347.951

Ur.: 10. siječnja 2005.

Pr.: 21. siječnja 2005.

Izvorni znanstveni članak

U radu se nastoji cjelovito obraditi institut prethodnoga (prejudicijnoga) pitanja u hrvatskom parničnom procesnom pravu kao pitanja o postojanju ili nepostojanju nekog prava ili pravnog odnosa o čijem prethodnom rješenju ovisi odluka suda o nekom drugom, u pravilu glavnom, meritornom, pitanju. Institut se uvodno impostira određivanjem objekta prethodnoga pitanja, značenja njegove prethodnosti, njegove funkcije kao činjeničnoga pitanja te okolnosti da je ono po svom sadržaju konkretno pravno pitanje. Nakon toga izlažu se tri načina rješavanja prethodnoga pitanja - kao prethodnoga u postupku u kojem se javilo, kao glavnog u posebnom postupku pred za to nadležnim tijelom te u slučaju kad je o njemu obvezujuću odluku već donio sud ili drugo nadležno tijelo. Problem vezanosti suda za odluku o prethodnom pitanju u nastavku se razrađuje s aspekta mogućeg prejudicijnoga djelovanja sudskih odluka donesenih u parničnom postupku. S time u vezi najprije se rekapitulira stav autora razvijen u njegovim prethodnim radovima o mogućoj djelotvornosti sudskih odluka kao pravno relevantne činjenice, kao specifičnog dokaznog sredstva (javne isprave) i kao individualne pravne norme, pri čemu se posebno razmatra odnos te djelotvornosti i pravomoćnosti kao općeg svojstva sudskih odluka da proizvode svoje učinke već prema sadržaju zaštite koju pružaju. Nakon toga odvojeno se analizira moguće prejudicijno djelovanje deklaratornih, kondemnatornih te konstitutivnih odluka. Specifičnost je pristupa autora u tome što pokušava dokazati da, pored deklaratornih odluka, prejudicijno djeluju i kondemnatorne odluke impliciranim pravomoćnim utvrđenjem utužene tražbine te konstitutivne odluke pravomoćnim "konstitutivnim utvrđenjem" novostvorenog pravnoga stanja. Pritom se mogući prejudicijni učinak svakog od tih utvrđenja objašnjava dvjema predmnjevama - jednom apsolutnom o postojanju ili nepostojanju utvrđenoga prava, pravnoga odnosa ili pravnoga stanja s obzirom na trenutak na koji se odnosi pravomoćnost sudske odluke, odnosno kod konstitutivnih s obzirom na moment njihove pravomoćnosti, te drugom oborivom s obzirom na vrijeme nakon toga. Prejudicijni učinak sudskih odluka precizira se određivanjem objektivnih, subjektivnih, vremenskih, procesnih i teritorijalnih granica njihove djelotvornosti. Rad se upotpunjuje analizom pravnih osnova prejudicijnoga djelovanja upravnih akata u sudskom

*postupku. Zaključno se institut prejudicijelnih pitanja problematizira s aspekta
pravnih lijekova.*

Ključne riječi: *parnični postupak, pravomoćnost, prethodno pitanje, sudska
odlučka, upravna odluka.*

1. Uvod

Prethodno pitanje je pitanje o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa o čijem prethodnom rješenju ovisi odluka suda (*arg. ex 12/1.*¹). Specifičnost je toga pitanja da ga sud, ako posebnim propisima nije drukčije određeno, može sam riješiti uz uvjet da o njemu još nije donio odluku sud ili drugo nadležno tijelo (12/1.). Odluka suda o prethodnom pitanju ima pravni učinak samo u parnici u kojoj je ono riješeno (12/2.). Ako to pitanje nije još riješio sud ili drugo nadležno tijelo, sud ga ne mora sam riješiti, već može odlučiti da ga sam ne rješava i prekinuti postupak dok se postupak (pravomoćno) ne završi pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, odnosno dok ne ustanovi da ne postoje razlozi da se čeka (takav) njegov završetak (*arg. ex 213/1., 215/4.*). Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke, između ostaloga, ponoviti ako se odluka suda temelji na drugoj odluci suda ili na odluci kakva drugog tijela, a ta odluka bude pravomoćno preinačena, ukinuta ili poništena (421/1.8), odnosno ako je nadležno tijelo naknadno pravomoćno riješilo prethodno pitanje na kojem se temelji odluka suda (421/1.9).

Navedene zakonske osnove za određenje pojma prethodnog pitanja otvaraju čitav niz problema koji se tiču: - značenja toga pitanja samoga po sebi; - načina njegova rješavanja; - pravne prirode njegova rješenja u postupku u kojem se postavilo kao prethodno; - mogućnosti da se pretvori u jedno od glavnih pitanja u tom postupku, a da ipak zadrži svoje funkcionalno značenje prethodnoga pitanja; - odluka kojima prethodna pitanja mogu biti riješena kao glavna, kako one djeluju i u kojim granicama za sud koji ih treba riješiti kao prethodna; - utjecaja naknadnoga (drukčijeg) rješenja prethodnog pitanja kao glavnog na postupak u kojem je riješeno kao prethodno, itd.

U ovom će se radu - u pokušaju da se odgovori na naznačena pitanja - problemu prethodnoga pitanja pristupiti s aspekta hrvatskoga prava; eventualne komparativne digresije bit će samo u funkciji jasnije prezentacije pojedinih problema te ukazivanja na moguće načine njihova prevladavanja.

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

2. Prethodno i prejudicijelno pitanje

U domaćoj se literaturi termini prethodno i prejudicijelno pitanje, upotrebljavaju kao sinonimi (TRIVA, GPPP², 75.). Polazeći, međutim, od njihova doslovna značenja pojmovi koji se njima označavaju sadržajno se ne bi podudarali. Izraz prethodno pitanje sam po sebi, neovisno o navedenoj zakonskoj definiciji (12/1), označava općenito pitanje koje treba prethodno riješiti da bi se moglo donijeti neku odluku. U tom bi smislu pojam prethodnoga pitanja obuhvaćao svako uvjetujuće konkretno (činjenično) (i apstraktno normativno pravno) pitanje koje treba riješiti da bi se moglo donijeti odluku, dakle uvjetujuća procesna pitanja (postojanje procesnih pretpostavaka) te sva pitanja koja bi ulazila u *praemissu maior* i *praemissu minor* logičkog silogizma sudske odluke, neovisno o tome može li se to pitanje prethodno na obvezujući način riješiti u nekom drugom postupku odgovarajućom odlukom, dakle neovisno o tome može li biti prejudicijelno. S druge strane, pojam prejudicijelnoga pitanja, slijedeći etimologiju riječi kojom se označava³, obuhvaća sva konkretna i apstraktna pitanja koja mogu činiti elemente premisa logičkog silogizma odluke suda koja mogu biti na obvezujući način riješena u nekom drugom postupku odlukom suda ili kojeg drugog tijela. U tom smislu bi prejudicijelno pitanje obuhvaćalo ne samo pitanje postojanja nekog prava ili pravnog odnosa o čijem rješenju ovisi odluka suda koje u nekom drugom postupku može biti riješeno na pravno obvezujući način za taj sud (12/1, 2.), već i pitanje postojanja kaznenoga djela i kaznene odgovornosti počinitelja (12/3.), pitanje istinitosti ili neistinitosti kakve isprave (187/1.), itd., zapravo sva pitanja koja bi na pravno obvezujući način za sud koji treba donijeti odluku mogla biti riješena u nekom drugom postupku; ono bi međutim, obuhvaćalo i slučajeve u kojima je neki drugi sud o nekom pitanju koje se tiče mjerodavne norme materijalnoga ili procesnoga prava koju treba primijeniti u konkretnom slučaju zauzeo pravno obvezujući stav za sud koji treba donijeti odluku.⁴ Tako je sud kome je predmet vraćen na ponovno suđenje vezan u tom predmetu pravnim shvaćanjem na kojem se temelji rješenje revizijskoga suda kojim je ukinuta pobijana drugostupanjska, odnosno kojim su ukinute drugostupanjska i prvostupanjska presuda (394.a). U postupku koji se ponavlja u povodu konačne presude Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda temeljnoga ljudskog prava ili slobode sudovi su

² TRIVA-BELAJEC-DIKA, Građansko parnično procesno pravo, 6. izd., 1986.

³ Prejudicijelno pitanje (od lat. *prae* - prije i *iudicium* - sud), pitanje o kojem se prethodno sudilo, pitanje o kome se prethodno odlučilo.

⁴ U njemačkoj i austrijskoj doktrini se terminom *Praejudicienwirkung* označava obvezujući učinak pravnoga stava na kojemu je sud u određenom slučaju utemeljio svoju odluku u budućim podudarnim slučajevima, zapravo precedentni učinak sudskih odluka, koji se s obzirom na njemačko i austrijsko pravo negira - usp.: za njemačko pravo ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 16. izd., 2004. (dalje u tekstu: ROSENBERG, ZPR), 1050., a za austrijsko FASCHING, Zivilprozessrecht, 2. izd. 1990. (dalje u tekstu: FASCHING, ZPR), 752.

dužni poštovati pravna stajališta izražena u toj presudi (428.a/3). Kad Ustavni sud u povodu ustavne tužbe ukine osporavani akt kojim je povrijeđeno ustavno pravo, pri donošenju novoga akta nadležno sudbeno tijelo obvezno je poštivati stajališta Ustavnog suda izražena u odluci kojom se ukida akt kojim je povrijeđeno ustavno pravo podnositelja ustavne tužbe (76., 77. UZUS⁵).

Polazeći od navedene zakonske definicije prethodnoga pitanja (12/1., v. *supra ad 1.*) i radi izjednačavanja značenja toga pojma s pojmom prejudicijelnoga pitanja, trebalo bi, čini se, razlikovati između pojma prethodnoga (prejudicijelnoga) pitanja u užem smislu i prethodnoga (prejudicijelnoga) pitanja u širem smislu. U užem smislu bi pojam prethodnoga (prejudicijelnoga) pitanja obuhvaćao pitanje postojanja nekog prava ili pravnog odnosa o čijem bi prethodnom rješenju ovisila odluka suda; u širem bi smislu taj pojam obuhvaćao sva pitanja koja bi za sud koji treba donijeti odluku mogla biti riješena na pravno obvezujući način u nekom drugom postupku. Predmet ovoga rada bit će, uz eventualne digresije, pojam prethodnoga pitanja u naznačenom užem smislu.

3. Objekt prethodnoga pitanja

Prema zakonskoj definiciji prethodnim pitanjem treba smatrati samo pitanje o postojanju nekog prava ili pravnoga odnosa o čijem prethodnom rješenju ovisi odluka suda (12/1.). Tako određen pojam prethodnoga pitanja obuhvaćao bi i pitanje pravnoga stanja (statusa) neke osobe (npr. pitanje državljanstva fizičke osobe, državne pripadnosti pravne osobe, pitanje statusa trgovca), pitanje pravne kvalitete nekog postupka kao procesnopravnoga odnosa (npr. nedopustivosti ovrhe na temelju neke ovršne isprave ili na određenom predmetu ovrhe) itd.

Značenje prethodnoga pitanja ne uključuje samo pitanje o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa o čijem prethodnom rješenju ovisi odluka o glavnoj stvari, o osnovanosti tužbenoga zahtjeva, već i pitanje o kojemu ovisi svaka odluka suda (*arg. ex 12/1.*), pa tako i rješenje nekog incidentalnoga pitanja koje se može javiti u okviru postupka. U tom smislu značenje prethodnoga pitanja imalo bi pitanje statusa trgovca kad o njemu ovisi odluka o stvarnoj nadležnosti (*arg. ex 34.b.1.*), itd. Često će radi rješenja nekog prethodnoga pitanja biti potrebno prethodno riješiti neko drugo prejudicijelno pitanje. Tako npr. pitanje vlasništva o kojem ovisi osnovanost kondemnatornoga zahtjeva za predaju stvari može ovisiti o pravnoj valjanosti ugovora o prodaji te stvari. Itd.

Rješavanjem prethodnoga pitanja rješava se pitanje postojanja ili nepostojanja nekog preegzistentnog prava ili pravnog odnosa. Upravo stoga sud ne može kao prethodno pitanje riješiti pitanje što se odnosi na neko pravo ili pravni odnos koji može nastati tek u budućnosti nekom odlukom nadležnog državnog tijela.⁶

⁵ UZUS: Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (NN proć. 49/02).

⁶ OS DU: GŽ-719/88 - PSP 45/102.

4. Prethodnost prethodnoga pitanja

Iz zakonske definicije prethodnoga pitanja proizlazilo bi da nisu sva pitanja funkcionalno prethodna (uvjetujuća) u smislu da ih sud mora prije toga riješiti da bi mogao donijeti odluku o nekom drugom (uvjetovanom) pitanju prethodnog pitanja, već da značenje takvih pitanja imaju samo takva pitanja koja se tiču postojanja prava ili pravnoga odnosa o čijem prethodnom rješenju ovisi odluka suda (prethodno pitanje u užem smislu), odnosno sva pitanja koja mogu biti glavnim pitanjem u nekom drugom postupku, u kojem stoga mogu biti pravomoćno ili na neki drugi obvezujući način riješena (prethodno pitanje u širem smislu). Po tome bi se prejudicijelna pitanja razlikovala od drugih, običnih činjeničnih pitanja, koja su po svojoj funkciji u konkretnom postupku također prethodna (uvjetujuća) jer se moraju prethodno riješiti da bi se moglo odlučiti o osnovanosti tužbenoga zahtjeva ili o kojem drugom uvjetovanom pitanju, ali o kojima se ne može pravomoćno ili na koji drugi obvezujući način odlučiti u nekom drugom postupku.

Značenje prethodnoga pitanja ne bi imalo ni pitanje postojanja procesnih pretpostavaka jer njihovo rješenje ne determinira u sadržajnom smislu odluku suda; o njihovom postojanju ili nepostojanju ovisi samo dopustivost suđenja, dakle dopustivost meritornog rješavanja glavnog, pa stoga i prethodnih pitanja. Neprejudicijelnu ulogu procesnih pretpostavaka pritom treba razlikovati od slučaja u kojem odluka suda u povodu postojanja ili nepostojanja neke procesne pretpostavke, npr. nadležnosti, ovisi o rješenju nekog prethodnoga pitanja, npr. statusa stranaka. Odluka suda o osnovanosti tužbenoga zahtjeva neće biti determinirana njegovom odlukom o tome je li ili nije nadležan i u tom smislu odluka o nadležnosti nema značenje rješenja prejudicijelnoga pitanja. S druge strane, odluka o stvarnoj nadležnosti može sadržajno biti uvjetovana prethodnim rješenjem pitanja jesu li stranke trgovci ili nisu.

Prethodna pitanja mogu se, dakle, javiti kao pitanja o čijem prethodnom rješenju ovisi odluke procesne i meritorne naravi.

5. Prethodno pitanje kao činjenično pitanje

Po svojoj funkciji u postupku u kojem treba biti riješeno kao konkretno uvjetujuće pitanje prethodno pitanje je činjenično pitanje. Rješavajući prethodno pitanje, sud zapravo treba utvrditi postojanje nekog prava ili pravnog odnosa kao konkretne pravno relevantne činjenice, kao činjenice uz koju pravna norma veže pravnu posljednicu koja se nastoji pravosudno sancionirati.⁷ Tako je npr. postojanje prije

⁷ U tom smislu FASCHING, ZPR, 768., govori da kod prejudicijelnog djelovanja sadržaj pravomoćne odluke o prethodnom pitanju ulazi u činjenično stanje pravne posljedice koja se traži novom tužbom. TRIVA, GPPP, 75., donekle kontradiktorno, najprije, na temelju zakonske definicije, zaključuje da se pravno-tehničkim terminom "prethodno pitanje označavaju samo pravna pitanja uvjetnoga značaja, ne i takva pitanja činjenične naravi", da bi zatim prethodno

sklopljenoga braka pravno relevantna činjenica o kojoj ovisi prihvaćanje zahtjeva za poništaj kasnije sklopljenoga braka (29., 40. ObZ), analogno kao što i o sposobnosti za rasuđivanje jednog od bračnih drugova (27., 38. PbZ) ovisi prihvaćanje takva zahtjeva - i prije sklopljeni brak i sposobnost za rasuđivanje javljaju se u funkciji razloga za poništaj braka; u reivindikacijskoj parnici vlasništvo na stvari pravno je relevantna činjenica o kojoj ovisi postojanje prava na njezinu predaju, pa stoga i osnovanost istaknutog kondemnatornog zahtjeva za predaju stvari, itd.

Međutim, iako je prejudicijelno pitanje funkcionalno u postupku u kojem ga treba riješiti činjenično pitanje, ono se ipak bitno razlikuje od ostalih ("običnih") činjeničnih pitanja po pravilima koja vrijede za njegovo rješavanje, koja su uvjetovana sadržajem toga pitanja, odnosno okolnošću da može biti glavno pitanje u nekom drugom postupku, u kojem stoga može biti riješeno pravomoćno ili na drugi obvezujući način s obzirom na postupak u kojem se javilo kao prethodno.

Upravo stoga što je činjenično pitanje, rješenje prejudicijelnoga pitanja ulazi u činjeničnu premisu (*praemissa minor*) logičnoga silogizma presude⁸, o njemu se sud očituje u obrazloženju svoje odluke (338/4.). Posljedica toga jest da za prejudicijelna pitanja u osnovi vrijedi pravni režim predviđen za činjenice - sud ih u pravilu smije rješavati u konkretnom postupku samo ako su stranke ustvrdile da postoji ili ne postoji neka uvjetujuća okolnost dilema o čijem postojanju ima značenje prejudicijelnoga pitanja⁹. Tvrdnje o postojanju prava ili pravnoga odnosa ili koje druge okolnosti koja može biti objekt prejudicijelnoga pitanja ne mogu se u pravilu iznositi u žalbi (352/1.) ni u reviziji (arg. ex 387). Zbog činjenica koje mogu biti objekt prejudicijelnoga pitanja, može se predložiti ponavljanje postupka - jednom zbog drukčijeg pravomoćnog rješenja pitanja koje je u postupku u kojem je donesena odluka što se pobija bilo riješeno kao prejudicijelno, drugi put kao obična novota. Ipak, zato što se prejudicijelno pitanje u pravilu rješava po pravilima po kojima se odlučuje o deklaratornim tužbenim zahtjevima, dakle primjenom materijalnoga prava na utvrđeno činjenično stanje, u mjeri u kojoj je njegovo rješenje posljedica pogrešne primjene materijalnoga prava, ono može biti i razlog za reviziju (v. *infra ad* 16.).

pitanje svrstao u elemente praemisse minor zaključivanja o tužbenom zahtjevu. Po Trivi, pravna pitanja prejudicijelne naravi predstavljaju samostalnu pravnu cjelinu o kojoj bi se moglo meritorno rješavati kao o glavnom pitanju, pred nadležnim sudom ili drugim nadležnim tijelom. Činjenična pitanja, premda također uvjetujuća, ne kvalificiraju se kao prethodna u procesnom smislu jer ne mogu biti neposredan predmet spora. Rješavanje činjeničnih pitanja regulirano je bitno drukčijim procesnim pravilima - o dokazima i dokazivanju.

⁸ Usp. TRIVA, GPPP, 75.

⁹ Sud je ovlašten utvrđivati činjenice koje stranke nisu iznijele i izvoditi dokaze koje nisu predložile samo ako posumnja da (neiznošenjem činjenica i nepredlaganjem dokaza) idu za tim da raspoložu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (3/3.), ako zakonom nije drukčije određeno (7/2.). Sud može tijekom postupka, kad ocijeni da je to svrsishodno za pravilno rješenje spora, upozoriti stranke na njihovu dužnost da iznesu činjenice i predlože dokaze na kojima temelje svoj zahtjev ili kojima pobijaju navode ili dokaze protivnika, a osobito na potrebu iznošenja odlučnih činjenica i predlaganja određenih dokaza te iznijeti razloge zbog kojih smatra da je to potrebno (219/2.).

6. Prethodno pitanje kao (konkretno) pravno pitanje

Zato što se prethodno pitanje tiče postojanja nekog prava ili pravnog odnosa, pri njegovu rješavanju nužno je postupiti kao kad se odlučuje o osnovanosti tužbenoga zahtjeva kojim se traži utvrđenje postojanja ili nepostojanja toga prava ili pravnog odnosa. To znači da sud pri rješavanju prethodnoga pitanja mora, da bi mogao utvrditi postoji li neko pravo ili pravni odnos uvjetujućeg karaktera, utvrditi postoje li pravnorelevantne činjenice uz koje norme materijalnoga prava vežu nastanak i postojanje, odnosno nepostojanje toga prava ili pravnog odnosa. U tom smislu rješenje prethodnoga pitanja, koje se funkcionalno javlja kao odluka u odluci¹⁰ - jer je prejudicijelna odluka o postojanju uvjetujućeg prava ili pravnog odnosa element *praemissae minor* logičkog silogizma odluke o uvjetovanom pitanju, u pravilu o osnovanosti tužbenoga zahtjeva - jest sadržajno rješenje konkretnoga pravnog pitanja do kojeg se dolazi primjenom mjerodavnog materijalnog ili procesnog prava, već prema prirodi uvjetovane odluke koju treba donijeti, na utvrđeno činjenično stanje.

Zato što je prethodno pitanje konkretno pravno pitanje, ono može biti glavno pitanje u nekog drugom sudskom, arbitražnom ili upravnom postupku u kojem će se odlučivati o postojanju prava ili pravnoga odnosa koga se tiče. U tom smislu se o tom pitanju može govoriti kao o potencijalno samostalnoj pravnoj cjelini¹¹. Upravo je zbog toga i bilo nužno za rješavanje prethodnih pitanja utvrditi posebna pravila koja se bitno razlikuju od pravila o rješavanju drugih, "običnih" činjeničnih pitanja. Trebalo je pri konstrukciji sustava njihova rješavanja voditi računa o tome da ona već mogu biti riješena kao glavna pitanja u nekom drugom postupku na pravnoobvezujući način za sud koji ih treba riješiti kao prejudicijelna, odnosno da ih sud koji ih treba riješiti kao prejudicijelna upravo stoga ne mora sam riješiti, da može čekati odluku nadležnoga tijela o njima kao o glavnim pitanjima.

7. Rješavanje prethodnih pitanja

7.1. Općenito

Sud je u pravilu ovlašten, ali ne i dužan, sam riješiti, i to samo s učinkom u konkretnoj parnici, prethodno pitanje ako o tom pitanju nije već odučio kao o glavnom pitanju sud ili drugo nadležno tijelo (*arg. ex:* 12/1., 2.; 213/1.). Iz toga pravila moguće je izvesti da postoje tri različite situacije u kojima se sud može naći prigodom rješavanja prethodnoga pitanja. Prva bi postojala kad sud ili drugo nadležno tijelo nije još donijelo odluku o prethodnom pitanju, pa sud sam odluči riješiti to pitanje s učinkom u konkretnoj parnici. Druga bi postojala kad sud ili drugo nadležno tijelo još nije donijelo odluku o prethodnom pitanju, pa sud odluči da unatoč tome ipak sam ne

¹⁰ TRIVA, GPPP, 75.

¹¹ TRIVA, GPPP, 75.

rješava to pitanje. Treća bi postojala kad je sud ili drugo nadležno tijelo već odlučilo o prethodnom pitanju kao o glavnom pitanju. Kad sud ili drugo nadležno tijelo još nije odlučilo o prethodnom pitanju, o diskreciji suda ovisilo bi hoće li on to pitanje sam riješiti ili će prekinuti postupak i sačekati odluku nadležnoga tijela o tom pitanju kao glavnom pitanju. Kad je sud ili drugo nadležno tijelo već riješilo prethodno pitanje, sud to pitanje ne bi bio ovlašten sam riješiti niti bi smio postupak prekinuti i sačekati odluku suda ili drugog nadležnog tijela o tome pitanju - on bi u tom slučaju bio vezan za rješenje toga pitanja (v. *infra ad* 7.3).

O tome hoće li sam riješiti prethodno pitanje ili će čekati odluku nadležnoga tijela, sud odlučuje rješenjem. Ipak, ako odluči sam riješiti prethodno pitanje, ne mora o tome donijeti posebnu odluku; jedino bi bio dužan (na ročištu) donijeti rješenje o odbijanju prijedloga za prekid postupka ako je odlučio sam riješiti prethodno pitanje. Protiv tog rješenja posebna žalba nije dopuštena (*arg. ex* 218/2.).

7.2. Rješavanje prethodnih pitanja u postupku u kojem su se javila kao prethodna

U situaciji kad sud odluči sam riješiti prethodno pitanje o kojem još svoju odluku nije donio sud ili drugo nadležno tijelo, on to pitanje može riješiti samo s učinkom u konkretnoj parnici po općim pravilima za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja konkretnih prava ili pravnih odnosa. To znači da bi sud, da bi mogao riješiti prethodno pitanje, morao utvrditi postoje li činjenice uz koje norma mjerodavnoga prava veže postojanje ili nepostojanje prava ili pravnoga odnosa koji se javlja u funkciji prethodnoga pitanja, pa na utvrđeno činjenično stanje primijeniti tu normu i izvesti odgovarajući zaključak o postojanju ili nepostojanju toga prava ili pravnoga odnosa. Taj bi zaključak bio pravni, prvo, stoga što bi ga sud formirao primjenom mjerodavne pravne norme na utvrđeno činjenično stanje i, drugo, zato što bi objekt zaključka bilo utvrđenje o postojanju konkretnog prava ili pravnog odnosa. Po tome bi se rješenje prethodnoga pitanja razlikovalo od rješenja drugih ("običnih", nekvalificiranih) činjeničnih pitanja. Svoj zaključak o postojanju ili nepostojanju tih drugih činjenica sud bi u pravilu formirao primjenom pravila iskustva i objekt zaključka bilo bi utvrđenje o postojanju ili nepostojanju činjenica koje nemaju značenje konkretnoga prava ili pravnoga odnosa, zbog čega bi silogizam koji bi rezultirao tim zaključkom bio iskustveni, a ne pravni.

7.3. Rješavanje prethodnog pitanja kao glavnog pitanja u drugom postupku

Kad sud odluči da sam ne rješava prethodno pitanje o kojem svoju odluku još uvijek nisu donijeli sud ili drugo nadležno tijelo, dužan je (konstitutivnom odlukom) prekinuti postupak (213/1.) i, već prema slučaju, uputiti stranke da pokrenu postupak pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, određujući im za to eventualno rok, ili sam, po službenoj dužnosti, inicirati taj postupak. Po tome što je u njoj dužan prekinuti postupak, ta se situacija razlikuje od one u kojoj može prekinuti postupak

ako njegova odluka ovisi o tome je li učinjeno kazneno djelo za koje se goni po službenoj dužnosti, tko je počinitelj i je li odgovoran, a osobito ako se pojavi sumnja da je svjedok ili vještak dao lažan iskaz ili da je isprava upotrijebljena kao dokaz lažna (213/2.). *De lege ferenda*, trebalo bi i za situaciju u kojoj je odlučio da sam ne rješava prethodno pitanje, prihvatiti rješenje predviđeno za situaciju u kojoj treba riješiti pitanje postojanja kaznenoga djela i kaznene odgovornosti te neka druga slična prejudicijelna pitanja u širem smislu. Sud bi, naime, dok drugo nadležno tijelo ne riješi prethodno pitanje kao glavno, umjesto da prekine postupak mogao rješavati neka druga uvjetujuća pitanja, npr. provesti vještačenje itd., ako opravdanost obavljanja tih radnja ne ovisi o rješenju prethodnoga pitanja. Time bi se moglo uštedjeti na vremenu i povećati opću efikasnost pravosuđenja.

Postupak prekinut u navedenim slučajevima nastavlja se kad pravomoćno završi postupak pred sudom ili drugim nadležnim tijelom ili kad sud ustanovi da više ne postoje razlozi da se čeka na njegov završetak (215/5.).

O prekidu postupka sud odlučuje rješenjem protiv kojega je dopuštena samostalna žalba, koja, međutim, ne zadržava nastupanje njegovih pravnih učinaka (218/1.). Treba uzeti da samostalna žalba ne bi bila dopuštena protiv rješenja kojim je sud odlučio da se prekinuti postupak nastavi jer je utvrdio da više ne postoje razlozi da se čeka njegov završetak (215/5.), i to stoga što bi to rješenje bilo rješenje o upravljanju postupkom odnosno o rukovođenju glavnom raspravom (311/4., 5.).

Premda u pravilu o diskreciji suda ovisi hoće li sam riješiti prethodno pitanje ili će odlučiti da to ne učini i prekinuti postupak, postoje izuzeci od pravila u kojima sud nije ovlašten sam riješiti prethodno pitanje. Tako u postupku radi poništaja braka zbog bigamije, ako stranke postojanje ili nepostojanje prijašnjega braka ne mogu dokazati izvatkom iz matice vjenčanih ili drugom odgovarajućom javnom ispravom, sud je dužan prekinuti postupak i uputiti ih da u određenom roku pokrenu parnicu radi utvrđivanja postoji li brak ili ne postoji. Na parnicu će se uputiti tužitelj koji tvrdi da prijašnji brak postoji, a tuženik koji osporava postojanje prijašnjega braka iako je njegovo sklapanje upisano u maticu vjenčanih. Prekinuti postupak nastavlja se kad odluka radi utvrđenja postoji li ili ne postoji brak, postane pravomoćna, osim ako parnica ne bude pokrenuta u roku, u kojem će se slučaju postupak nastaviti i smatrati da je tužba za poništaj braka povučena ako je na parnicu bio upućen tužitelj, a ako je na pokretanje parnice bio upućen tuženik, da je odustao od svoje tvrdnje da prijašnji brak ne postoji. (41. ObZ) Trebalo bi uzeti, *argumento a cohaerentia, per analogiam*, da sud ne bi bio ovlašten sam riješiti pitanje postojanja ili nepostojanja braka ni kad bi o tome ovisila odluka u drugim bračnim sporovima, a ta se "činjenica" ne bi mogla dokazati izvatkom iz matice vjenčanih ili drugom odgovarajućom javnom ispravom.

Ni pitanje očinstva ili majčinstva ne bi se moglo prejudicijelno rješavati, kad se te "činjenice" ne bi mogle dokazati izvatcima iz matice rođenih i/ili vjenčanih, ili drugom odgovarajućom javnom ispravom, i to stoga jer je za utvrđivanje tih činjenica predviđen poseban parnični postupak o čijem pravodobnom pokretanju, odnosno pravomoćnom ishodu ovisi mogućnost dokazivanja postojanja ili nepostojanja očinstva ili majčinstva (*arg. ex* 71.-86. ObZ). U tom je smislu u judikaturi zauzet

stav da o utvrđivanju očinstva sud ne može odlučivati kao o prethodnom pitanju.¹² Štoviše, suđeno je da se u slučaju kad više ne postoji mogućnost pokretanja posebne parnice radi utvrđivanja očinstva, ne može o tome u drugoj parnici rješavati ni kao o prethodnom pitanju.¹³

7.4. Rješenje prethodnog pitanja kao glavnog pitanja u drugom postupku

Prema odredbi stavka 1. članka 12., ZPP, sud je ovlašten u pravilu sam riješiti pitanje postoji li neko pravo ili pravni odnos ako o tom pitanju još nije donio odluku sud ili drugo nadležno tijelo. Iz te odredbe nameće se, *a contrario*, zaključak da sud koji bi pitanje postoji li neko pravo ili pravni odnos, trebao riješiti kao prethodno, ne bi bio ovlašten tako riješiti to pitanje ako je o njemu već donio odluku sud ili drugo nadležno tijelo.¹⁴ Pritom bi u tom kontekstu izraz "donio odluku" trebalo shvatiti u smislu da je sud ili drugo nadležno tijelo o pitanju postojanja prava ili pravnoga odnosa donio odluku kao o glavnom pitanju, koja je stekla određena svojstva što joj omogućavaju odgovarajuću pravnu djelotvornost. Ako je sud ili drugo nadležno tijelo o pitanju postojanja prava ili pravnoga odnosa odlučio samo kao o prethodnom pitanju, takvo rješenje toga pitanja moglo bi imati pravni učinak samo u postupku u kojem je ono riješeno (*arg. ex: 12/2; 144/2. ZOUP*¹⁵); ono ne bi moglo obvezujuće djelovati u kojem drugom postupku.

Opravdanje za tu zabranu treba tražiti u načelu *ne bis in idem*. Ako je o određenom pitanju odlučeno kao o glavnom, o njemu (u objektivnim, subjektivnim, vremenskim, teritorijalnim i procesnim granicama djelotvornosti odluke kojom je ono riješeno) ne bi se smjelo ponovno odlučivati – tome bi se protivila načela ekonomičnosti (otklanjenje troškova ponovnoga odlučivanja i nepotrebna angažiranja državnih tijela koja bi u tome sudjelovala) i pravne sigurnosti (potreba uspostavljanja sigurnosti rješenja određenih pravnih pitanja, sprječavanja kontradiktornih odluka).

Citirana odredba stavka 1. članka 12. ZPP je, međutim, nepotpuna utoliko što u njoj nije eksplicitno, na nedvojben način, riješeno pitanje pozitivnoga djelovanja odluke o prethodnom pitanju kao glavnom pitanju, koje jedino može opravdati zabranu ponovnoga odlučivanja. Naime, samo ako odluka o prethodnom pitanju kao glavnom bude djelovala pravnoobvezujuće za sud koji ga treba riješiti kao prethodno, zabrana njegova ponovnoga rješavanja dobiva svoj pravi smisao.

¹² VSH: Rev-126/85 - PSP 29/128; OS SI: Gž-1444/90 - PSP 48/105.

¹³ VSH: Gž-1853/78 - PSP 15/233.

¹⁴ U tom se smislu nedvojbeno izjasnila i judikatura (VSH: Rev-1108/87 - PSP 37/57; VSH: Rev-2612/98 - IO 1/02 -167). Suđeno je da sud nije ovlašten prejudicijelno rješavati o tome smatra li se određeni skup prostorija stanom ako je o tome već odlučeno pravomoćnom odlukom upravnoga tijela (VSH: Rev-2465/81 - PSP 21/182), odnosno pravno pitanje o kojem je već sud ili drugo nadležno tijelo donijelo pravomoćnu odluku (VSH: Rev-2612/98 - IO 1/02 -167).

¹⁵ ZOUP: Zakon o općem upravnom postupku (NN 53/91).

U prilog tome da odluka o prethodnom pitanju kao o glavnom pitanju djeluje na pravnoobvezujući način za sud koji ga treba riješiti kao prethodno, govori, *arg. a cohaerentia, a completudine*, najprije odredba stavka 3. članka 12. po kojoj je sud u parničnom postupku u pogledu postojanja kaznenoga djela i kaznene odgovornosti počinitelja **vezan** za pravomoćnu presudu kaznenog suda kojom se optuženik oglašava krivim. Odredba članka 213. stavka 1. ZPP, po kojoj će sud prekinuti postupak ako odluči da sam ne rješava prethodno pitanje, također potvrđuje pravnoobvezujući učinak odluke suda ili drugog nadležnog tijela o tom pitanju kao glavnom - ona, naime, ima smisla samo ako će ta odluka obvezivati svojim sadržajem sud koji je prekinuo postupak i odlučio sačekati rješenje prethodnoga pitanja kao glavnog pitanja. I odredba članka 330. stavka 1. ZPP, po kojoj sud može zbog razloga svrsishodnosti, ako je tuženik osporio i osnovu tužbenoga zahtjeva i iznos tužbenog zahtjeva, a u pogledu osnove je stvar sazrela za donošenje odluke, donijeti najprije presudu o osnovi tužbenoga zahtjeva (međupresudu), upućuje na pravnoobvezujući prejudicijelni učinak takve presude. Ona ima smisla samo ako će sud prigodom donošenja odluke o "iznosu tužbenoga zahtjeva" biti vezan za sadržaj međupresude o osnovi toga zahtjeva. Odredbe članka 333. o pravomoćnosti presude i njezinim učincima, koje u prvi plan ističu negativni aspekt pravomoćnosti (*ne bis in idem*), učinak pravomoćne presude kao negativne procesne pretpostavke, ne rješava jasno i nedvojbeno u čemu bi se imali sastojati (ostali) učinci pravomoćnosti sudske presude; one same po sebi ništa ne govore o pozitivnom, pravnoobvezujućem (prejudicijelnom) aspektu pravomoćnosti. Takav negativan učinak pravomoćne presude sankcioniran je kao apsolutno bitna povreda odredaba parničnoga postupka - suđenje o zahtjevu (između istih stranaka) o kojem je već pravomoćno presuđeno ima značenje apsolutno bitne povrede odredaba parničnoga postupka zbog koje se mogu podnositi žalba (354/2.9.), revizija (385/1.1., 354/2.9) i prijedlog za ponavljanje postupka (421/1.7.).

Pozitivno, pravnoobvezujuće djelovanje odluke o prejudicijelnom pitanju potkrjepljuju, međutim, dvije odredbe članka 421. stavka 1. ZPP. Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke, između ostaloga, ponoviti (1) ako se odluka suda temelji na drugoj odluci suda ili na odluci koja je ranije među istim strankama donesena o istom zahtjevu (421/1.8.) te (2) ako je nadležno tijelo naknadno pravomoćno riješilo prethodno pitanje (članak 12. stavci 1. i 2.) na kojem se temelji odluka suda (421/1.9.). Iz tih odredaba sasvim određeno proizlazi da se ponavljanje postupka može tražiti zbog naknadnog drukčijeg rješenja prethodnog pitanja kao glavnog. U prvom slučaju je sud koji je to pitanje trebao riješiti kao prethodno bio dužan uzeti kao osnovu svoje odluke odluku suda ili drugog tijela o tom pitanju kao glavnom, što znači da je bio vezan njezinim sadržajem, načinom na koji je prethodno pitanje njome bilo riješeno. Zbog toga se u slučaju preinačenja, ukidanja ili poništenja obvezujuće odluke treba moći tražiti izmjena njome uvjetovane odluke. U drugom slučaju, zato što je nadležno tijelo naknadno pravomoćno drukčije riješilo pitanje koje je sud sam riješio kao prethodno, trebalo je omogućiti izmjenu pravomoćne odluke radi otklanjanja protuslovlja između kasnijeg pravomoćnog i ranijeg prejudicijelnog rješenja prethodnog pitanja.

Prejudicijelni učinak sudskih odluka potvrđuje i vezanost ovršnoga suda za

utvrđenje legitimacije stranaka i tražbine aktivne stranke u sudskoj odluci na temelju koje se kao ovršne isprave ovrha traži (23., 29., 48. OZ) (v. i *infra ad* 8.5.)

U hrvatskoj je doktrini i judikaturi obvezujući pozitivni učinak (pravomoćne ili općenito djelotvorne) odluke o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa u postupku u kojem se ono treba riješiti kao prethodno općenito prihvaćeno. Glede takvog djelovanja sudskih i upravnih odluka - u objektivnim, subjektivnim, vremenskim, teritorijalnim i procesnim granicama njihove djelotvornosti - nema nikakve dvojbe¹⁶; ono se do te mjere smatralo i smatra samo po sebi datim da se nije pokušavalo problematizirati s aspekta njegove izravne utemeljenosti u odredbama ZPP-a.¹⁷

8. Prejudicijelno djelovanje sudskih presuda donesenih u parničnom postupku

8.1. Općenito

Odgovor na pitanje mogu li i koje sudske odluke djelovati prejudicijelno ovisit će o tome kojim se od njih može odlučiti o postojanju nekog prava ili pravnoga odnosa kao o glavnom pitanju, dakle o tome utvrđuje li se njima na pravnoobvezujući način postojanje ili nepostojanje nekog prava ili pravnoga odnosa. S aspekta standardne teorije građanskog procesnog prava prejudicijelno djelovanje sudskih odluka ovisilo bi o tome proizvode li one tzv. utvrđujući učinak (*Feststellungswirkung*), zapravo pozitivni učinak (tzv. materijalne)¹⁸ pravomoćnosti.

Odgovor na pitanje o prejudicijelnom djelovanju sudskih odluka ovisit će o sadržaju onoga o čemu se njima odlučuje na pravnoobvezujući način, o onome što može predstavljati objekt njihove djelotvornosti, svakako subjektivno, vremenski i procesno relativiziranom. U pokušaju da se odgovori na to pitanje bit će potrebno poći od analize sadržaja izreke deklaratornih, kondemnatornih i konstitutivnih odluka te modaliteta njihova djelovanja, zapravo njihovih mogućih učinaka. Pritom će biti potrebno prethodno razmotriti odnos pravomoćnosti i općenito pravne djelotvornosti sudskih odluka.

8.2. Sudske odluke i njihovi učinci¹⁹

U svijetu pravnog (*Rechtliches*) sudske se odluke, općenito uzevši, javljaju u trojakoj ulozi - kao pravno relevantne činjenice, kao javne isprave (specifičnog

¹⁶ U tom smislu VSH: Rev-149/85 - PSP 2/86. Suđeno je i da je sud vezan za pravomoćne upravne akte - u granicama njihove pravomoćnosti - o tome postoji li neko pravo ili pravni odnos, uključujući i procjenu Hrvatskoga fonda za privatizaciju u pogledu procjene vrijednosti nekretnina društva koje su ušle u temeljni kapital društva, zbog čega nije relevantna procjena vrijednosti nekretnine od strane sudskog vještaka (VTSRH: Pž-2871/01 - ING PSP 2003-8-89).

¹⁷ Usp. TRIVA, GPPP, 75. i sl.

¹⁸ Usp. ROSENBERG, ZPR, 1048.

dokaznog sredstva) i kao individualne pravne norme. Od toga dolaze li i na koji način u vezi s tri osnovne vrste sudskih odluka s obzirom na sadržaj pravne zaštite koji se njima pruža - kondemnatorne, konstitutivne i deklaratorne - ti osnovni oblici njihova javljanja u svijetu pravnoga ovisit će i njihovi mogući učinci.²⁰

Pravomoćne odluke djeluju kao pravno relevantne činjenice onda kada apstraktna pravna norma uz njihovo postojanje veže nastupanje određenih pravnih posljedica. Tako, npr., u domaćem pravu pravomoćna presuda ima značenje negativne procesne pretpostavke (procesne smetnje) - okolnost da je u pravnoj stvari u kojoj se traži zaštita već donesena pravomoćna odluka razlog je za odbacivanje tužbe tijekom prvostupanjskoga postupka (288/2., 301.) i za podnošenje pravnih lijekova (žalbe - 354/2.9; revizije - 385/1.1.; prijedloga za ponavljanje postupka - 421/1.7.). U navedenom slučaju relevantna je sama okolnost da je (meritorno) suđeno, sadržaj same presude nije bitan u smislu je li njime zahtjev prihvaćen ili je odbijen; taj bi sadržaj bio relevantan samo u mjeri u kojoj bi to bilo potrebno radi identifikacije predmeta spora i odlučivanja. Tu bi bila riječ o učinku pravomoćne presude koji se u doktrini označava kao tzv. negativni aspekt pravomoćnosti, kao jedan od učinaka kojim se u parničnom postupku afirmira načelo *ne bis in idem*. U drugim slučajevima bitna je, međutim, okolnost da je donesena presuda određena sadržaja. To, npr. vrijedi za konstitutivne presude - u slučajevima u kojima pravna norma uz postojanje takve presude određenih svojstava veže nastupanje određene pravne promjene. Tako brak prestaje, između ostaloga, i pravomoćnošću presude o poništaju ili razvodu braka (34/2. ObZ).²¹

Pravomoćna presuda je javna isprava. To znači da ona dokazuje istinitost onoga što se u njoj određuje (*arg. ex* 230/1., 3.). Tu bi kvalitetu sudske odluke trebalo shvatiti u smislu da ona dokazuje, i to prema svima, da je u određenoj pravnoj stvari donesena odluka određenog sadržaja. U tom smislu ona "svjedoči" o postojanju odluke kao individualne pravne norme kojom se, u objektivnim, subjektivnim, vremenskim i procesnim granicama njezine pravomoćnosti, na određeni način normira određena pravna situacija. Takvu dokaznu snagu sudske odluke trebalo bi razlikovati od njezina djelovanja kao individualne pravne norme. Uz normativnu dispoziciju sadržanu u presudi (u pravilu relativnoga subjektivnog domašaja) veže se apsolutna predmnjeva *res iudicata pro veritate habetur*. Ako je u dispozitivu presude utvrđeno postojanje nekog pravnog odnosa, tada će u svim budućim postupcima između istih stranaka u kojima će se ta presuda koristiti kao dokazno sredstvo, ako u njima bude vrijedilo pravilo o dokaznoj snazi javnih isprava²², nadležno tijelo biti vezano tom

¹⁹ Tekst ove dionice jest zapravo in extenso preuzeti tekst iz monografije autora ovoga rada "O biti i granicama pravomoćnosti, I, povijesno-komparativna impostacija instituta", 1991. Dalje u tekstu taj će se rad citirati kao: DIKA, Pravomoćnost.

²⁰ Usp. DIKA, Pravomoćnost, 285.

²¹ Usp. DIKA, Pravomoćnost, 285.

²² Određena ograničenja u tom pogledu postoje za kazneni postupak. Pravomoćna presuda građanskoga suda ne veže kazneni sud što se tiče ocjene je li počinjeno kazneno djelo (15. ZKP).

deklaracijom - morat će (uz isključenje mogućnosti dokaza o protivnom) uzeti da je taj pravni odnos postojao s obzirom na moment na koji se odnosi pravomoćnost te odluke, ali da i dalje postoji nakon toga momenta, osim ako se ne dokaže protivno (v. *infra ad* 8.5.). U postupcima u kojima neće postojati identitet stranaka, ta će presuda samo indicirati postojanje pravnoga odnosa - ona neće biti konkluzivni dokaz o njezinu postojanju. Treći, međutim, neće moći dovoditi u pitanje postojanje presude određenog sadržaja (s učinkom *inter partes*) - postojanje takve presude dokazivat će ona sama. Slično se manifestira i dokazni učinak konstitutivnih i kondemnatornih odluka.²³

Svaka pravomoćna presuda ima značenje i individualne pravne norme jer sadrži zahtjev suda upućen adresatima norme (u pravilu strankama, ali refleksno i trećima) na određeno ponašanje - njome se na autoritativan način uređuju, već prema njezinu sadržaju, odnosi između stranaka i eventualno trećih. Tako kondemnatorna presuda sadrži naredbu tuženiku da nešto učini, trpi ili propusti u korist tužitelja. Konstitutivna presuda iznova normira, u pozitivnom ili negativnom smislu determinira nov sadržaj odnosa među strankama. Deklaratorna odluka, potvrđujući postojanje ili nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, upućuje zahtjev upućen adresatima (strankama, eventualno trećima, tijelima koja će doći u priliku rješavati pitanje koje je njome riješeno) da uzmu u obzir konstataciju koju izriče, da je uzmu kao mjerodavnu. Ako se prihvati stav da kondemnacija implicira i utvrđenje o postojanju određene materijalnopravne tražbine, onda ona u normativnom smislu u odnosu na to utvrđenje ima isti učinak kao i svaka druga deklaratorna odluka.^{24,25}

Normativni i dokazni učinak deklaratornih odluka međusobno se samo djelomično podudaraju - oni se podudaraju onda kada se uz deklaratorne odluke veže (apsolutna, s obzirom na moment na koji se odnosi njezina pravomoćnost, i relativno, s obzirom na vrijeme nakon toga) predmnjeva o postojanju normativne dispozicije određena sadržaja u budućim postupcima, u kojima djeluje prejudicijelno. Međutim, utvrđujući sadržaj odnosa među strankama, deklaratorne ga odluke normiraju u izvjesnom smislu na konstitutivni način (*accertamento costitutivo*). Zahtjev sadržan u deklaratornim odlukama da se uvaži konstatacija koju one sadrže ipak unosi nešto novo u odnos među strankama, neovisno o tome je li ona sama po sebi pravilna ili pogrešna, i predstavlja pravnu osnovu za određivanje i daljnji razvoj odnosa između subjekata prema kojima (izravno) djeluje. Pravnu relevantnost te pravne osnove potvrđuje okolnost da ona može biti pravno sankcionirana u kondemnatornim ili konstitutivnim parnicama koje će se na nju nadovezati i čiji će ishod biti njome determiniran. U tom bi se smislu uvjetno moglo reći da bi i za deklaratorne presude kada normativno djeluju vrijedila maksima *res iudicata facit ius inter partes*.²⁶

²³ DIKA, Pravomoćnost, 285., 286.

²⁴ O dokazima da kondemnatorna presuda implicitno sadrži i utvrđenje o postojanju tražbine s obzirom na koju je istaknut prihvaćeni kondemnatorni zahtjev v. *infra ad* 8.6.

²⁵ DIKA, Pravomoćnost, 286.

²⁶ DIKA, Pravomoćnost, 286.

Za normativni i dokazni učinak deklaracije implicirane u kondemnatornim odlukama vrijedilo bi ono što je rečeno za odnos tih dvaju učinaka u vezi s deklaratornim odlukama. Kao individualna norma, kondemnacija je, kao što je rečeno, nalog suda tuženiku da nešto učini, trpi ili propusti u korist tužitelja. Subjektivno gledano s aspekta stranaka, taj nalog stvara ovlaštenje u korist tužitelja, a obvezu u korist tuženika. U tom smislu kondemnacija djeluje pravnokreativno i na izvanprocesnoj razini - ona stvara pravnu osnovu specifičnog pravnog odnosa među strankama, odnosa koji nije lišen materijalnopravne dimenzije. Tužitelj može na materijalnopravnom planu raspolagati svojim ovlaštenjima koja za njega proizlaze iz kondemnacije. Ta su ovlaštenja pravno sankcionirana mogućnošću da se radi njihova ispunjenja traži ovrha. Dokazni učinak kondemnacije iscrpljuje se u budućim postupcima u kojima će se stranke pozivati na nju kao na dokaz o postojanju sudske dispozicije određenoga sadržaja i svojstava. U tom smislu kondemnacija na konstitutivni način utvrđuje sadržaj odnosa među strankama koji normira i djeluje prejudicijelno. U ovršnom postupku kondemnacija dokazuje postojanje tražbine i legitimacije stranaka. U tom je postupku postojanje pravomoćne kondemnatorne presude pravno relevantna činjenica o kojoj ovisi dopustivost prijedloga za ovrhu. Sama pravomoćnost presude je pretpostavka njezine ovršnosti (23/1., 2. OZ), dakle pravnorelevantna činjenica o kojoj ovisi ta njezina daljnja kvaliteta.

Normativni učinak konstitutivnih odluka očituje se u tome što one normiraju novi sadržaj odnosa među strankama određujući prestanak ili promjenu postojećih, ili nastanak novih odnosa. Normativni učinak, da bi u pravom smislu te riječi bio pravostvarajući, preobražajan, mora koincidirati s učinkom konstitutivne presude kao pravnorelevantne činjenice. Naime, apstraktna pravna norma redovito uz postojanje konstitutivnih presuda određenog sadržaja veže nastanak određene pravne promjene. Međutim, da bi konstitutivna presuda kao pravnorelevantna činjenica proizvela pravnu promjenu predviđenu u apstraktnoj normi, potrebno je da budu ispunjene i druge pretpostavke predviđene u toj normi. Tako će, npr., presuda kojom se razvrgava suvlasnička zajednica i pojedini od suvlasnika pretvaraju u samovlasnike, suvlasnike zaista i pretvoriti u samovlasnike samo ako su stvari koje su dodijeljene pojedinim od suvlasnika bile u njihovu suvlasništvu. Konstitutivna presuda o razvrgnuću suvlasničke zajednice samo po sebi ne priječi treće da ostvaruju svoja prava u odnosu na subjekte koje je ona proglasila samovlasnicima. U tom smislu bi konstitutivna presuda u granicama svog normativnog učinka, uređujući odnose među suvlasnicima, djelovala relativno, *inter partes*.²⁷ Učinak takve konstitutivne presude bio bi ravan učinku presude kojom se utvrđuje nov sadržaj odnosa među strankama. Pravi preobražajni učinak - pretvaranje suvlasnika u samovlasnike - nastupio bi tek

²⁷ Kod konstitutivne presude koja djeluje normativno *erga omnes*, npr. u statusnim stvarima, njihov je činjenični učinak u cijelosti "pokriven" normativnim i praktično postoje irelevantan. Ipak, problem se otvara u slučaju u kojem je sud donio presudu o poništaju ili razvodu braka koji ne postoji u smislu da li prestanak braka kojeg proizvodi takva konstitutivna presuda može priječiti zahtjev za traženje utvrđenja da taj brak nije nikada postojao.

kad bi pored konstitutivne presude bile ispunjene i ostale pretpostavke o kojim ovisi nastupanje toga učinka. Konstitutivna presuda dokazno djeluje, između ostaloga, u smislu da veže buduća tijela koja će razmatrati pitanja njome riješena za svoj sadržaj, u granicama njenog normativnog i činjeničnog učinka. To bi zapravo bio specifični prejudicijelni učinak konstitutivnih presuda (*amplius infra* ad 8.7.). Kao što deklaratorne odluke, djelujući normativno ili kao pravno relevantne činjenice, djeluju u izvjesnom smislu konstitutivno, tako i konstitutivne odluke, normirajući na određeni način odnose među strankama i/ili djelujući kao pravno relevantne činjenice, djeluju deklaratorno - potvrđuju postojanje novog pravnog stanja koje su normirale ili stvorile.²⁸

8.3. Prejudicijelno djelovanje sudskih odluka

Da bi se nekom sudskom odlukom moglo riješiti prethodno pitanje u užem smislu (*v. supra* ad 2.), njome bi se moralo moći na pravnoobvezujući način odlučiti o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa. U pravilu će stoga prejudicijelno u tom smislu moći djelovati samo meritorne sudske odluke jer se njima (na različite načine) odlučuje o postojanju ili nepostojanju prava ili pravnih odnosa (*v. infra* ad 8.5. do 8.7.). Procesne odluke u pravilu ne bi mogle imati značenje odluka kojima se odlučuje o nekom pravu ili pravnom odnosu. Ipak, odluke o odbacivanju tužbe zbog njihove nepravodobnosti (282/1.) utvrđivale bi da tužitelj nema pravo tražiti određenu pravnu zaštitu (u postupku pred sudom). Sličan bi učinak imale i odluke o odbacivanju tužbe zbog drugih razloga - njima bi se utvrđivalo nepostojanje prava na traženje pravne zaštite određenoga sadržaja. Te bi odluke, jednako kao i odluke o prestanku tijeka (postojanja) postupka, npr. poradi povlačenja tužbe, implicite utvrđivale nepostojanje nekog procesnopravnog odnosa, pa bi stoga okolnost da je neki postupak prestao teći, da više ne postoji, mogla utjecati na utemeljenost prigovora dvostruke litispencije²⁹. Rješenje o prekidu, ili zastoju, ili mirovanju postupka utvrđivalo bi postojanje određenog procesnog stanja, dakle procesnopravnog odnosa specifične (privremene) kvalitete, koje bi obvezivalo sud da, vodeći računa o sadržaju njegovu utvrđenja, donosi određene odluke, npr. odluke o odbacivanju prijedloga o nastavku umirenog postupka podnesenog prije isteka roka od tri mjeseca nakon nastupanja mirovanja (*arg. ex* 217/2.³⁰). Itd.

²⁸ DIKA, Pravomoćnost, 287., 288.

²⁹ Prema odredbi članka 194. stavka 3. ZPP, dok parnica teče, ne može se u pogledu istoga zahtjeva pokrenuti nova parnica među istim strankama, a ako takva parnica bude pokrenuta, sud će tužbu odbaciti.

³⁰ Prema odredbi članka 217. stavka 2. ZPP, postupak miruje dok jedna stranka ne predloži da se nastavi. Takav prijedlog ne može se staviti prije nego što proteknu tri mjeseca od dana kad je nastupilo mirovanje postupka.

8.4. Pravomoćnost i djelotvornost sudskih odluka

Sudske odluke u pravilu mogu proizvoditi svoje učinke, već prema sadržaju pravne zaštite koja se njima pruža, tek pošto postanu pravomoćne. U tom smislu je pravomoćnost opća sposobnost sudske odluke da izravno ili uz ispunjenje nekih drugih pretpostavaka pravno djeluje. Tako je postojanje pravomoćne presude (a treba uzeti i postojanje drugih odluka za koje je sud koji ih je donio vezan) o istom zahtjevu i među istim strankama negativna procesna pretpostavka na koju sud tijekom cijelog postupka (do pravomoćnosti³¹) pazi po službenoj dužnosti; i ako utvrdi da je parnica među istim strankama pokrenuta o zahtjevu o kojemu je već pravomoćno odlučeno, dužan je odbaciti tužbu (333/2.). Pravomoćnost kondemnatorne odluke je u pravilu pretpostavka ovršnosti (23/1., 2. OZ³²). Konstitutivne presude stjecanjem svojstva pravomoćnosti u pravilu proizvode svoj preobražajni, pravomijenjajući učinak. Svoj prejudicijelni učinak (i deklaratorne, i kondemnatorne, i konstitutivne, v. *infra ad* 8.5. do 8.7.) odluke u pravilu također proizvode tek pošto postanu pravomoćne.

Sud je vezan za svoju odluku u pravilu čim je objavi, odnosno otpravi (334/1.), što znači da je nakon toga ne može povući ili preinačiti; ona prema strankama u pravilu djeluje tek od dana kad im je dostavljena (334/1.) u smislu da je nakon toga ne mogu ignorirati - taj se oblik djelotvornosti ne smije poistovjetiti s pravomoćnošću. Iznimno, sud nije vezan za svoje odluke o upravljanju postupkom (278/2.), o izvođenju dokazivanja (300/4.) i o rukovođenju glavnom raspravom (311/4.).

Međutim, iznimno od pravila da sudske odluke proizvode svoje učinke tek pošto postanu pravomoćne, redovito stjecanjem toga svojstva, određene sudske odluke mogu početi pravno djelovati i prije toga. Tako kondemnatorne odluke u radnim sporovima mogu postati ovršne i prije nego što postanu pravomoćne.³³ Slično vrijedi i za rješenje zbog smetanja posjeda (443/3.). Žalba protiv rješenja kojim se utvrđuje (212.) ili određuje (213.) prekid postupka te protiv rješenja kojim se utvrđuje mirovanje postupka (216.) ne zadržava nastupanje njegovih pravnih učinaka (218/1.).

Prvostupanjska (nepravomoćna i stoga neovršna) kondemnatorna presuda može biti osnovom za određivanje osiguranja prethodnom ovrhom (281. OZ), a prvostupanjska (nepravomoćna i stoga neovršna) odluka osnovom za određivanje prethodnih mjera osiguranja (284/1.1. OZ) - takvim se nepravomoćnim presudama na razini vjerojatnosti utvrđuje postojanje tražbine koju treba osigurati.

³¹ Prema odredbi članka 392.a ZPP, revizijski sud ispituje pobijanu presudu samo u onom dijelu u kojem se ona pobija revizijom i u granicama razloga određeno navedenih u reviziji.

³² OZ: Ovršni zakon (NN 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03).

³³ U tim sporovima, naime, sud može zbog važnih razloga odlučiti da žalba ne zadržava ovrhu odluke (437/2.).

8.5. Prejudicijelno djelovanje deklaratornih presuda

Deklaratorne odluke kao odluke kojima se prema definiciji utvrđuje postojanje ili nepostojanje nekog (preegzistentnog) prava ili pravnog odnosa djeluju prejudicijelno - u sporovima u kojima će se pitanje postojanja prava ili pravnog odnosa čije je postojanje ili nepostojanje (eksplicitno) utvrđeno pravomoćnom odlukom (u pravilu između istih stranaka) javiti kao prethodno, sud će biti vezan za sadržaj toga utvrđenja. Pritom će se ta vezanost manifestirati na dva načina. S obzirom na moment zaključenja raspravljanja (u pravilu zaključenja glavne rasprave) o pitanju o kojem je odlučeno deklaratornom odlukom ona će snagom neoborive predmnjeve određivati da su stanovito pravo ili pravni odnos tada postojali ili da nisu postojali već prema sadržaju utvrđenja, i u postupku u kojem će se takvom presudom "dokazivati" postojanje ili nepostojanje toga prava ili pravnog odnosa kao prethodnog pitanja sud će tim utvrđenjem biti vezan u smislu da se neće smjeti dokazivati protivno. Stranka protiv koje će ići ta neoboriva predmnjeva moći će samo u postupku iz koga potječe deklaratorna odluka podnošenjem odgovarajućih (izvanrednih) pravnih lijekova pokušati izazvati njezino ukidanje ili preinačenje. S druge strane, s obzirom na vrijeme nakon zaključenja raspravljanja (u pravilu zaključenja glavne rasprave) o pitanju o kojem je odlučeno deklaratornom odlukom, ona će snagom **oborive** predmnjeve dokazivati da pravo ili pravni odnos čije je postojanje ili nepostojanje njome utvrđeno i dalje postoji, osim ako se izvjesno ne dokaže suprotno. Stoga u parnici radi predaje stvari u posjed tuženik neće moći dokazivati da tužitelj nije bio njezin vlasnik u vrijeme zaključenja glavne rasprave u prethodnom postupku (između istih stranaka) u kojem je donesena pravomoćna presuda kojom je to utvrđeno (zabrana dokazivanja protivnog), ali će moći dokazivati da je on naknadno to prestao biti, npr. stoga što je stvar prodao ili sl. Pritom će na tuženiku biti teret dokazivanja da je do prestanka vlasništva naknadno došlo (dopuštenost dokazivanja protivnoga).

Za pravni je promet od osobite važnosti upravo ta druga, oboriva predmnjeva - ona olakšava poziciju onoga koji se poziva na pravomoćnu presudu radi dokazivanja prava ili pravnog odnosa koji se javljaju u funkciji prethodnoga pitanja, ali je, po prirodi stvari, s obzirom na to da se pravomoćnost deklaratorne sudske odluke veže za moment zaključenja raspravljanja o pitanju o kojem se njome odlučuje (u pravilu za moment zaključenja glavne rasprave), ne čini apsolutnim dokazom i pro futuro, već samo relativnim koji djeluje snagom oborive predmnjeve.

Pravna utemeljenost stava da se prejudicijelni učinak pravomoćnih deklaratornih odluka očituje u dvjema predmnjevama, jednoj neoborivoj i drugoj oborivoj, može se pronaći, s jedne strane, u razlozima za ponavljanje postupka i, s druge strane, u razlozima za pravne lijekove protiv rješenja o ovrsi. Ponavljanje postupka zbog novih činjenica i novih dokaza može se tražiti samo ako bi na temelju njih da su bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku, dakle postupku koji je prethodio pravomoćnosti, za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka (421/1.10.). Budući da se ni u žalbi, a ni u reviziji, ne mogu iznositi meritorno relevantne nove činjenice niti se mogu predlagati dokazi koji se tiču tih činjenica (*arg. ex* 352/1., 385., 387.), proizlazi da se prekluzivni učinak pravomoćnosti sudskih presuda (u pravilu) odnosi

na moment zaključenja glavne rasprave, kao posljednji trenutak tijekom postupka do pravomoćnosti do kojega se novote mogu iznositi (299/1., 2.). Taj se prekluzivni učinak sastoji u tome da se u naknadnim postupcima, različitim od onoga u kojem je odluka donesena, više neće moći dovoditi u pitanje njezina pravilnost i zakonitost s obzirom na trenutak na koji se ona odnosi, zbog čega će ona u njima djelovati snagom apsolutne predmnjeve glede onoga što je njome utvrđeno. To dokazuju upravo razlozi za pravne lijekove protiv rješenja o ovrsci koji se podnose zato što je naknadno prestala tražbina utvrđena u sudskoj odluci kao ovršnoj ispravi na temelju koje je to rješenje doneseno - tim se lijekovima ovršenik može suprotstaviti ovrsci samo ako je tražbina radi ostvarenja koje je ovrha određena - prestala na temelju činjenice koja je nastala u vrijeme kad je ovršenik više nije mogao istaknuti u postupku iz koga potječe odluka (48. OZ), dakle (u pravilu) nakon zaključenja glavne rasprave; on, *a contrario*, u ovršnom postupku ne može dovoditi u pitanje postojanje tražbine s obzirom na moment zaključenja glavne rasprave. Izloženi izvod koji se tiče prejudicijelnoga djelovanja u ovršnom postupku (impliciranih) deklaracija o postojanju tražbine, dakle specifičnog prava, sadržanim u sudskim odlukama kao ovršnim ispravama treba generalizirati na sve druge situacije prejudicijelnoga djelovanja deklaracija o pravima i pravnim odnosima sadržanim u sudskim odlukama koje su pokrivene pravomoćnošću.

O prejudicijelnosti presuda kojima se odbijaju kondemnatorni i konstitutivni zahtjevi v. *ad* 8.6. i 8.7.

8.6. Prejudicijelno djelovanje kondemnatornih presuda

Kondemnatorne presude su presude kojima se tuženiku nalaže da (u određenom - paricijskom - roku, 328.) izvrši određenu pozitivnu činidbu (*dare, facere*) ili da se (odmah ili u određenom - paricijskom - roku³⁴) suzdrži od određenog ponašanja - da nešto trpi ili propusti (*pati, non facere*).

Premda (pravomoćne) kondemnatorne odluke izriču doslovno samo nalog³⁵ na određeno ponašanje, eventualno u određenom roku, uzima se da one implicate (pravomoćno) utvrđuju (u obliku deklaratornog preambula)³⁶ i tražbinu čije je

³⁴ Prema odredbi članka 23. stavka 2. OZ, sudska odluka kojom je naloženo ispunjenje tražbine na neko trpljenje ili nečinjenje (propuštanje) ovršna je ako je postala pravomoćna, osim ako je u ovršnoj ispravi određen poseban rok za usklađivanje ponašanja ovršenika s njegovom obvezom.

³⁵ Uporište za tezu da kondemnatorne odluke sadrže **nalog** na određeno ponašanje moguće je naći u odredbi članka 326. stavka 1. ZPP po kojoj sud može "naložiti" tuženiku da izvrši određenu činidbu samo ako je ona (treba uzeti - obveza na nju) dospjela do zaključenja glavne rasprave.

³⁶ O tzv. deklaratornom preambulu u domaćoj su doktrini zauzet različiti stavovi. Prema TRIVI, GPPP, 482., kondemnatornim "presudama prethodi deklaratorni preambula (o kome sud iznosi svoj stav u obrazloženju presude, pa ne postoje pravomoćan) u kome se konstatira sadržaj pravnog odnosa i ovlaštenja iz koga tužitelja izvodi osnovanost svog zahtjeva. Upravo zbog toga što ovlaštenje određenog sadržaja postoji, sud nalazi da je opravdan zahtjev tužitelja da tuženik bude osuđen na određeno činjenje, trpljenje ili propuštanje u njegovu korist." S druge strane,

ispunjenje njome određeno.³⁷ U tom smislu bi svaka kondemnatorna presuda imala svoj deklaratorni, prejudicijelni, i svoj kondemnatorni (u užem, doslovnom smislu) dio. Pritom u dokaz teze da kondemnatorna presuda sadrži i utvrđenje o postojanju tražbine s obzirom na koju je zatražena kondemnacija potvrđuju najprije instituti međupresude i presude koja se donosi u povodu kompenzabilne protutužbe ili prigovora radi prijeboja.

Međupresuda kao odluka kojom se utvrđuje osnova "tužbenoga zahtjeva" (*arg. ex 330/1*.³⁸) deklarira zapravo postojanje nekvantificirane materijalnopravne obveze tuženika³⁹, npr. postojanje njegove odštetne odgovornosti (VSH: Rev-1/88 - PSP 38/122). Upravo to pokazuje da se izraz tužbeni zahtjev u kontekstu odredbe članka 330. stavka 1. ZPP koristi kao sinonim za materijalnopravni zahtjev, za tražbinu s obzirom na koju je istaknut tužbeni zahtjev kao (javnopravni jer je upravljen prema sudu)⁴⁰ zahtjev za donošenje kondemnatorne presude određenog sadržaja. Jer kad

DIKA, Pravomoćnost, 284., 286., 287., pojam deklaratornog preambula sasvim određeno veže uz utvrđenje (građanskopravne) tražbine implicirano u kondemnatornoj presudi, koje je samo po sebi podobno postati pravomoćno.

³⁷ U njemačkoj doktrini ispoljen je stav da kondemnatorni tužbeni zahtjev i presuda kojim se on prihvaća glase doslovno samo na osudu tuženika na ispunjenje dužne činidbe. Takva presuda međutim uvijek sadrži (pravomoćno) utvrđenje tražbine (*Anspruch*) i nalog na činidbu tuženiku, za čije mu ispunjenje konstitutivno može biti dodan određeni rok (ROSENBERG, ZPR, 590.). U austrijskoj doktrini FASCHING, ZPR, 548., govori o tome da je sudac dužan u kondemnatornoj presudi (1) utvrditi postoji li i u kojoj mjeri tražbina (*Anspruch*) tužitelja i (2) naložiti tuženiku nalogom na činidbu (*Leistungsbefehl*) da taj zahtjev u utvrđenoj mjeri ispuni. Ipak taj svoj stav donekle zamućuje daljnjim izvodom da tužbeni zahtjev (*Klagebegehren*) i izreka presude (*Urteilspruch*) sadrže samo nalog na činidbu. Utvrđenje tražbine slijedi u obrazloženju presude, pa je utoliko utvrđenje pravnog odnosa na kome se temelji tražbina samo uvjetujuće prethodno pitanje za postojanje i opseg same tražbine na činidbu i stoga samostalno ne postaje pravomoćnim. Ostaje, naime, nejasno smatra li taj autor da (implicirano) utvrđenje tražbine postoje pravomoćno. Eksplicitno se glede toga, međutim, izjašnjavaju RECHBERGER-SIMOTTA, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 5. izd., 1990., 241., po kojima tužba na činidbu sadrži dva elementa: - (implicite) zahtjev za utvrđenje tražbine na činidbu koja tužitelju pripada prema tuženiku i - izričito zahtjev na činidbu, zapravo zahtjev da se protiv tuženika izda nalog na činidbu koji će tvoriti ovršni naslov. U tužbenom zahtjevu (i presudi kojom se on prihvaća) formulira se samo nalog na činidbu, ali pravomoćnim ne postaje samo taj nalog već i utvrđenje da tužitelju prema tuženiku pripada odgovarajuća tražbina (utvrđujući učinak kondemnatorne presude).

³⁸ Međupresudu kao presudu o osnovi tužbenog zahtjeva sud može iz razloga svrsishodnosti donijeti ako tuženik ospori i osnovu tužbenog zahtjeva i iznos tužbenog zahtjeva, a u pogledu osnove je stvar sazrela za donošenje odluke.

³⁹ TRIVA, GPPP, 491., izrijeком kaže da institucija "međupresude pretpostavlja donošenje dviju odluka: prve, deklaratorne, kojom se utvrđuje kvaliteta **materijalnog pravnog ovlaštenja** (podcrtao M.D.) koje predstavlja osnovu tužbenoga zahtjeva; i druge, kojom se, na bazi ovog prethodnog pozitivnog pravomoćnog utvrđenja, konačno odlučuje o osnovanosti tužbenog zahtjeva."

⁴⁰ O takvoj javnopravnoj prirodi tužbenog zahtjeva kao traženja da se donese odluka određenog sadržaja usp.: TRIVA, GPPP, 327., 329. 330..

bi zahtjev o čijoj se osnovi odlučuje međupresudom bio procesnopravni zahtjev za donošenje kondemnatorne presude, tada bi se međupresudom trebalo utvrditi da je osnovano traženje tužitelja da tuženiku naloži ispunjenje određene nekvantificirane činidbe (*arg. ex 326/1.*). Baš zato što se međupresudom utvrđuje postojanje nekvantificirane obveze tuženika, npr. na naknadu štete, nužno je zaključiti da je zahtjev za utvrđenje postojanja te obveze sastavni implicirani dio kondemnatornoga tužbenoga zahtjeva o kojemu sud treba implicite odlučiti svojom kondemnatornom presudom, pri čemu je i ta implicirana deklaratorna odluka podobna za pravomoćnost. Kad tome ne bi bilo tako, sud bi donošenjem međupresude kao presude o postojanju osnove materijalnopravne obveze tuženika, dakle kao odluke o nečemu što nije traženo kondemnatornim zahtjevom, prekoračio taj zahtjev i time počinio apsolutno bitnu povredu odredaba parničnoga postupka (354/2.12.).

U povodu kompenzabilne protutužbe (189/1.) i prigovora radi prebijanja (333/3.⁴¹), ako prihvati tužbeni i protutužbeni zahtjev, odnosno prigovor radi prebijanja, sud najprije utvrđuje postojanje tražbine s obzirom na koju je tužitelj istaknuo svoj kondemnatorni zahtjev, zatim postojanje protutražbine s obzirom na koju je tuženik istaknuo svoj protutužbeni kondemnatorni zahtjev, odnosno svoj prigovor radi prebijanja, dalje konstitutivnom odlukom prebija te tražbine i eventualno dosuđuje nekompenzirani višak tužitelju odnosno tuženiku koji je podnio protutužbu⁴² te odbija kondemnatorne zahtjeve stranaka u dijelu u kojem se odnose na prebijene tražbine. Kad kondemnatorna tužba odnosno protutužba ne bi implicirala i tužbeni zahtjev za utvrđenje tražbine s obzirom na koju se u njoj ističe kondemnatorni tužbeni odnosno protutužbeni zahtjev, sud ne bi bio ovlašten u svojoj presudi najprije utvrditi postojanje tražbine tužitelja pa protutražbine tuženika, pa ih onda prebiti, pa tek onda odbiti kompenzirane dijelove kondemnatornih zahtjeva i eventualno dosuditi jednoj od stranaka nekompenzirani dio njezine tražbine. Inače bi sud koji bi donio takvu odluku sudio *ultra petita*. To bi bilo protivno pravilu po kojem sud u parničnom postupku odlučuje samo u granicama zahtjeva koji su stavljeni u postupku (2/1.), povreda kojega je sankcionirana kao apsolutno bitna povreda odredaba parničnoga postupka.⁴³

Tezu da kondemnatorna presuda sadrži implicite i utvrđenje materijalnopravne tražbine potkrepljuje svakako i okolnost da kondemnatorna presuda isključuje mogućnost podnošenja deklaratorne tužbe kojom će se tražiti utvrđenje postojanja ili nepostojanja tražbine s obzirom na koju je bio istaknut tom presudom prihvaćeni

⁴¹ Prema odredbi članka 333. stavka 3. ZPP, ako je u presudi odlučeno o potraživanju koje je tuženik istaknuo prigovorom radi prebijanja, odluka o postojanju ili nepostojanju toga potraživanja postaje pravomoćna.

⁴² U povodu prigovora radi prebijanja tuženiku se ne može dosuditi neprebijeni višak njegove tražbine jer se u povodu toga prigovora protutražbina tuženika može utvrditi samo do visine utuženog tužiteljeve tražbine - usp. TRIVA, GPPP, 353.

⁴³ Naime bitna povreda odredaba parničnog postupka uvijek postoji, između ostaloga, i ako je presudom prekoračen tužbeni zahtjev (354/2.12.).

kondemnatorni zahtjev. U suprotnom bi tuženik koji bi bio osuđen da plati određeni iznos i od koga bi taj iznos bio naplaćen mogao tražiti da se utvrdi da nije bio dužan pa tužiti da mu se vrati ono što je od njega naplaćeno. U tom smislu suđeno je da tuženik ne može u novoj parnici, sada u svojstvu tužitelja, tražiti da se utvrdi da tužitelj iz prethodne parnice (sada u svojstvu tuženika) nema pravo na isplatu tog iznosa ako je u prethodnoj, pravomoćno okončanoj parnici tuženiku naloženo da tužitelju plati određeni iznos, i to zato što se radi o presuđenoj stvari, pa bi se stoga u novoj parnici zapravo tražilo poništenje učinaka ranije pravomoćne presude.⁴⁴ Odnos kondemnatorne tužbe utemeljene na tvrdnji o postojanju određene tražbine i deklaratorne tužbe o toj tražbini jest odnos kontinencije, zahtjev druge tužbe obuhvaćen je zahtjevom prve. Upravo se stoga tužitelju u pravilu priznaje pravni interes da traži utvrđenje postojanja neke tražbine samo ako ne može tražiti kondemnaciju radi njezina ostvarenja, npr. stoga što ona nije još uvijek dospjela (*arg. ex* 187/2.).⁴⁵

Teza da kondemnatorna presuda sadrži implicite i utvrđenje materijalnopravne tražbine zahtijeva jedno dopunsko objašnjenje. Ako se ne bi prihvatio stav da kondemnatorna presuda kao individualna pravna norma kojom se tuženiku izriče nalog da nešto učini, trpi ili propusti u korist tužitelja, da se njome subjektivno gledano u korist tužitelja stvara tražbina, a objektivno na teret tuženika obveza (v. *supra* ad 8.4.), da dakle kreira tzv. judikatnu obligaciju, u prilog te teze išle bi i odredbe ovršnoga prava po kojima se u ovršnom postupku ovrha određuje radi prisilnoga ostvarenja tražbine utvrđene, između ostaloga, u sudskoj odluci kao ovršnoj ispravi (23., 26., 48. OZ). Ako bi se, međutim, prihvatio stav da kondemnatorna presuda stvara tzv. judikatnu obligaciju, tada bi kondemnatorna presuda imala svojevrstni konstitutivni učinak. Posljedica takvoga učinka kondemnatorne presude bila bi da bi se u ovršnom postupku prisilno ostvarivala ta judikatna obligacija koja bi na konstitutivni način bila utvrđena u toj presudi. Prihvaćanjem konstrukcije o judikatnoj obligaciji ne bi se isključivala već samo mijenjala relevantnost implicitnog utvrđenja preegzistentne tražbine u kondemnatornoj odluci - važnost toga utvrđenja bila bi u funkciji mogućnosti donošenja međupresude i odlučivanja u povodu kompenzabilne protutužbe ili prigovora radi prebijanja; ono bi bilo relevantno i radi isključenja mogućnosti da se nakon donošenja kondemnatorne presude deklaratorno tuži radi utvrđenja da nema tražbine radi ostvarenja koje je kondemnacija zatražena i izrečena, odnosno isključenja naknadne tužbe zbog stjecanja bez osnove. U odnosu na ovrhu to bi utvrđenje bilo funkcionalno "konzumirano", zapravo nadomješteno konstitutivnim utvrđenjem u kondemnatornoj presudi koje bi, ipak, barem u pogledu paricijskoga roka, noviralo utvrđenu građanskopravnu obvezu.

Prihvaćanjem konstrukcije o judikatnoj obligaciji učinak standardnih imovinskopravnih kondemnacija koje se traže i izriču s obzirom na preegzistentnu tražbinu izjednačio bi se s učinkom kondemnacija kojima takva preegzistentna

⁴⁴ VSH: Rev-760/97 - IO 2/1997-99.

⁴⁵ U tom smislu za austrijsko pravo slično RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 250, 251.

tražbina ne prethodi, kondemncija kojima se tek njihovom pravomoćnošću (ili stjecanjem svojstva ovršnosti prije pravomoćnosti) za osuđenu stranku kreira obveza koja do tada nije postojala. Tako npr. kad sud tijekom postupka izrekne novčanu kaznu kojoj od stranaka zbog zlorabe procesnih ovlaštenja, on time njoj nameće novčanu obvezu prema državi, koja se može prisilno naplatiti u ovršnom postupku (10/7), a za koju se svakako ne može reći da je postojala prije nego što je presuda kojom je izrečena postala pravomoćna.

Budući da se kondemnatorni zahtjev može odbiti ne samo zato što je sud utvrdio da nema tražbine s obzirom na koju je on istaknut, već i zato što je ona zastarjela, zato što još uvijek nije dospjela⁴⁶ itd., presuda kojom se odbija takav zahtjev ne utvrđuje nužno nepostojanje te tražbine - ona neposredno utvrđuje da tužitelj nije imao pravo tražiti kondemnciju čije je donošenje predložio⁴⁷. Bit će stoga potrebno iz obrazloženja presude utvrditi zbog kojeg je razloga kondemnatorni zahtjev odbijen i tako utvrditi sadržaj negativnoga utvrđenja odbijajuće presude.

8.7. Prejudicijelno djelovanje konstitutivnih presuda (konstitutivno utvrđenje)

Konstitutivne odluke djeluju pravostvarajuće u smislu da se njima utemeljuju, mijenjaju ili ukidaju, odnosno poništavaju prava ili pravni odnosi. Taj svoj preobražajni učinak one proizvode svojom pravomoćnošću - u pravilu od trenutka nastupanja njihove pravomoćnosti (*ex nunc*), a samo iznimno retroaktivno (*ex tunc*). Od momenta svoje pravomoćnosti preobražajno djeluju npr. presude o poništaju i razvodu braka,⁴⁸ a retroaktivno npr. presuda kojom se poništava ugovor (s učinkom kao da je ništav od početka - *arg. ex* 112., 113. ZOO⁴⁹) te presuda kojom se poništava pravorijek arbitražnoga suda (36. ZA⁵⁰).

U njemačkoj doktrini je sporno može li i što u vezi s konstitutivnom odlukom postati materijalno pravomoćno, dakle biti pravomoćno utvrđeno. U novijoj doktrini uzima se da pravomoćnim u tom smislu postaje odluka o konstitutivnom traženju tužitelja - konstitutivnom bi se presudom utvrđivalo da je traženje tužitelja u vrijeme posljednje usmene rasprave bilo osnovano.⁵¹ U austrijskoj se doktrini zastupa stav da konstitutivna odluka utvrđuje (postojanje) preobražajne osnove, čime se isključuje pozivanje na to da je do pravnoga preobražaja došlo protupravno; presuda kojom se odbija konstitutivni zahtjev utvrđivala bi da ta osnova ne postoji.⁵²

⁴⁶ Sud, naime, može naložiti tuženiku da izvrši određenu činidbu u pravilu samo ako je ona dospjela do zaključenja glavne rasprave (326/1.).

⁴⁷ U tom smislu i FASCHING, ZPR, 548.

⁴⁸ Brak prestaje poništajem ili razvodom braka kad presuda suda o poništaju ili razvodu braka postane pravomoćna (34. OBZ).

⁴⁹ ZOO: Zakon o obveznim odnosima (NN 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99, 88/01).

⁵⁰ ZA: Zakon o arbitraži, NN 88/01.

⁵¹ ROSENBERG, ZPR, 611.

⁵² RECHTBERGER-SIMOTTA, ZPR., 252, 253.

Konstitutivnom bi se presudom, dakle, zapravo utvrđivalo da postoji pravo tužitelja na zatraženi pravni preobražaj.⁵³ Da to pravo postoji, potvrđuje i odredba hrvatskoga bračnoga prava po kojem pravo na tužbu za poništaj ili razvod braka ne prelazi na nasljednike, ali osobe koje ostvaruju pravo na nasljedstvo iza umrloga bračnoga druga koji je podnio tužbu mogu nastaviti postupak radi utvrđenja da je tužba bila osnovana (282/2. ObZ). Takav zahtjev može se istaknuti u parnici koju je pokrenuo umrli bračni drug ako od njegove smrti nije proteklo više od šest mjeseci, a nakon isteka toga roka zahtjev se može istaknuti samo u posebnoj parnici (282/3.). Međutim, neovisno o postojanju toga prava i mogućnosti njegova pravomoćnoga utvrđenja sa svim učincima koji se uz njega mogu vezati, između ostaloga i prejudicijelnoga djelovanja u eventualnoj parnici u kojoj bi tuženik tražio naknadu štete zbog navodno protupravno izazvanoga preobražaja,⁵⁴ to utvrđenje nema neku posebnu praktičnu važnost i u njemu se ne očituje ključni aspekt prejudicijelnoga djelovanja konstitutivnih odluka, koji je, kako se čini, u doktrini i judikaturi uglavnom ostao nezamijećen.

Konstitutivnom odlukom, bilo da se njome stvaraju nova do tada nepostojeća prava ili pravni odnosi, ili da se mijenja njihov sadržaj, odnosno da se oni ukidaju ili poništavaju, utvrđuje se to novostvoreno pravno stanje s prejudicijelnim djelovanjem koje će ovisiti o tome proizvodi li konstitutivna odluka svoje učinke *en nunc* ili *ex tunc*.

Konstitutivna odluka koja djeluje preobražajno *ex nunc*, dakle od trenutka nastupanja njezine pravomoćnosti, s obzirom na taj moment snagom **neoborive** predmnjeve potvrđuje postojanje pravnoga stanja koje je njome stvoreno u smislu da će sud u drugim (parničnim) postupcima biti vezan za sadržaj toga konstitutivnoga utvrđenja u mjeri u kojoj će ono biti od prejudicijelne važnosti za odluku koju u njemu treba donijeti. Ona će s obzirom na vrijeme nakon toga trenutka snagom **oborive** predmnjeve potvrđivati da pravno stanje koje je njome stvoreno i dalje postoji, osim ako se ne dokaže protivno. Tako bi odluka o razvrgnuću suvlasničke zajednice kojom se suvlasnici pretvaraju u samovlasnike određenih objekata te zajednice na neoboriv način potvrđivala da su s obzirom na moment njezine pravomoćnosti pojedini od njih bili samovlasnicima stvari koje su im dodijeljene, a na oboriv da su to i dalje dok se ne dokaže protivno. Presuda kojom se brak poništava bi s obzirom na trenutak svoje pravomoćnosti na neoboriv način potvrđivala da brak (više) ne postoji; ona bi i *pro futuro* potvrđivala da takvo (negativno) pravno stanje i dalje postoji između bivših bračnih drugova, osim ako se ne dokaže protivno, npr. ako se ne dokaže da su ponovno sklopili brak.

Konstitutivna odluka koja preobražajno djeluje *ex tunc*, dakle od određenoga momenta u prošlosti uz koji se veže takvo njezino djelovanje, npr. od sklapanja

⁵³ DIKA, Pravomoćnost, cit.

⁵⁴ ROSENBERG, ZPR, op. et loc. ult cit.

ugovora koji se njome poništava, snagom neoborive predmnjeve potvrđuje postojanje novoproducenog prava, pravnoga odnosa ili pravnoga stanja s retroaktivnim učinkom, ali i s obzirom na moment svoje pravomoćnosti, a snagom oborive predmnjeve *pro futuro*. U tom će smislu presuda kojom će biti poništen neki ugovor na neoboriv način potvrđivati da je on poništen s retroaktivnim učinkom, dakle, da nije proizvodio nikakve relevantne pravne učinke od svoga sklapanja, ali i da (više) nije postojao u vrijeme nastupanja pravomoćnosti presude kojom je poništen.

Konstitutivne odluke zapravo prejudicijelno djeluju analogno kao i "prave" deklaratorne odluke. Razlika bi bila u tome što se deklaratornom presudom utvrđuje samo postojanje ili nepostojanje jednog preegzistentnoga prava ili pravnoga odnosa, dok se konstitutivnom odlukom novo pravo, pravni odnos ili pravno stanje proizvode i tako proizvedeni utvrđuju (u nekim slučajevima i s retroaktivnim učinkom, a u nekim samo s učinkom *ex nunc*) na pravno obvezujući način.

9. Objektivne granice prejudicijelnoga djelovanja sudske odluke

Sudske odluke prejudicijelno djeluju eksplicitnim ili implicitnim, čistim deklaratornim ili konstitutivnim utvrđenjem sadržanim u izreci kao dijelu presude kojim se odlučuje o tužbenom zahtjevu i koji stoga jedini može postati pravomoćnim,^{55,56} razlozi presude mogu poslužiti samo identifikaciji pravnoga odnosa o kojem je odlučeno u izreci.⁵⁷ Stoga sva rješenja prejudicijelnih⁵⁸ i drugih činjeničnih pitanja, uključujući i rješenja materijalno-pravnih prigovora tuženika, stajališta suda o pravnoj osnovi spora, o pravnoj normi koju treba primijeniti - o kojima se sud izjašnjava u obrazloženju

⁵⁵ Presuda koja se više ne može pobijati žalbom postaje pravomoćna ukoliko je njome odlučeno o zahtjevu tužbe ili protutužbe, odnosno o postojanju ili nepostojanju tražbine koju je tuženik istakao prigovorom radi prebijanja (333/1., 3.).

⁵⁶ U tom smislu glede objektivnih granica pravomoćnosti eksplicitno za domaće pravo TRIVA, GPPP, 525., a za njemačko pravo ROSENBERG, ZPR, 1070. O stavu prijašnje jugoslavenske doktrine usp. DIKA, Pravomoćnost, 237., 238.

⁵⁷ Usp. VSH: Rev-177/82, Rev-112/83 - PSP 24/200; Rev- 525/84 - PSP 26/136; Rev-1640/86 - PSP 33/176).

⁵⁸ U tom smislu VSH: Rev-2212/88 - PSP 44/164. Suđeno je i da sud nije vezan za prejudicijelno rješenje pitanja odgovornosti tuženika u presudi kojom je pravomoćno okončana odštetna parnica - u novoj parnici u kojoj oštećenik iz istog štetnog događaja od istoga tuženika zahtijeva naknadu daljnje štete (VSH: Rev- 54/93 - IO 1/1996-165), treba uzeti, stoga što se u novoj parnici odlučuje o zahtjevu koji je istaknut s obzirom na tražbinu različitu od one o kojoj je (posredno) suđeno u prethodnoj. Taj judikat ne bi bio u kontradikciji s judikatom po kojem tuženik-štetnik u parnici u kojoj se traži povećanje rente s naslova naknade štete za izgubljeno uzdržavanje ne može osnovano isticati prigovor da nije odgovoran za štetu pozivajući se na činjenice za koje je naknadno saznao, već na osnovi tih činjenica može zatražiti ponavljanje postupka u kojem je oštećenoj utvrđeno pravo na naknadu štete (VSH: Rev-2258/83 - PSP 25/186) - uz uvjet da je u prethodnoj parnici pravo na naknadu štete utvrđeno kao glavno pitanje, a ne tek prejudicijelno kao deklaratorni preambul kondemnatornoga zahtjeva.

svoje presude, ne postaju pravomoćna i ne mogu djelovati prejudicijelno.⁵⁹ U tom smislu u judikaturi je zauzet stav da time što je pravomoćnom presudom prihvaćen tužbeni zahtjev na izvršenje činidbe na temelju određenog pravnog odnosa, nije ujedno pravomoćno utvrđeno da taj pravni odnos postoji; pravomoćna kondemnatorna presuda na činjenje ne podrazumijeva ujedno valjanost pravne osnove iz koje činidba proizlazi, budući da pravna osnova nije ni bila predmetom prethodnog sudskog postupka u kojem je donesena presuda na temelju priznanja⁶⁰.

U vezi s određivanjem objektivnih granica prejudicijelnog učinka pravomoćne presude od odlučujuće je važnosti pitanje kriterija za određivanje identiteta predmeta spora i pravomoćnosti. U hrvatskoj doktrini dominantna je tzv. moderirana čista procesna teorija⁶¹ po kojoj predmet spora tvori istaknuti tužbeni zahtjev, čiji se identitet, ako se ne može odrediti njim samim, npr. kao kad se traži razvod nekog braka, ipak utvrđuje s obzirom na historijski događaj iz kojega proizlazi tražena pravna posljedica, čiji bi se identitet izmijenio ako bi se tražila s obzirom na neki drugi historijski događaj.⁶² Prema toj teoriji opravdavanje jednog zahtjeva pomoću dvije činjenične osnove ne dovodi do kumulacije tužbenih zahtjeva. Unatoč dvjema činjeničnim osnovama, tužbeni zahtjev je jedan. Zbog toga nema ni mogućnosti da se taj tužbeni zahtjev ostvaruje u dvjema samostalnim parnicama, opravdavajući ga u svakoj od njih različitim činjeničnim osnovama. Tome se protive pravila o litispendenciji. Nova činjenična osnova koja ne mijenja sadržaj tužbenog zahtjeva može se iznijeti, pored već iznesene, mimo pravila o kumulaciji i o preinačenju tužbe, u parnici u kojoj je tužbeni zahtjev već istaknut. Ako tužitelj traži osudu na predaju određene stvari pozivajući se na oporuku u kojoj je određeno da mu nasljednici ostavitelja ovu stvar predaju (činjenična osnova X), nije moguća kumulacija zahtjeva u istoj parnici ni pokretanje nove parnice dok ranija još teče, u kojoj bi tužitelj u odnosu na istog tuženika tražio predaju iste stvari, opravdavajući svoje traženje drugim događajem, iz kojega proizlazi da je tužitelj stvar od tuženika kupio (činjenična osnova Y). U stadiju prije donošenja presude u takvoj situaciji novi istovjetni tužbeni zahtjev mora se odbaciti jer o njemu već teče parnica. No pravomoćna presuda kojom se odbija zahtjev zasnovan na događaju X nije zapreka za to da se sadržajno isti zahtjev u novoj parnici ponovno istakne, opravdavajući ga ovog puta bitno drukčijom činjeničnom osnovom koja u prijašnjoj parnici nije bila istaknuta (Y). Takav pragmatičan stav – po kojemu se pitanje identiteta spora prosuđuje na dva načina, ovisno o tome teče li još parnica ili je o sporu već pravomoćno presuđeno – ne bi se mogao objasniti valjanim argumentima zasnovanim na dosljednoj primjeni čiste procesne teorije o identitetu spora. Stav se opravdava razlozima praktičnosti koji, radi ostvarenja ekonomičnosti u postupanju, traže da se ne dopusti kumuliranje ili paralelno vođenje više parnica o istom tužbenom zahtjevu, no zasnovanim na različitim

⁵⁹ Usp.: TRIVA, GPPP, 528.; ROSENBERG, ZPR, 1070. i sl.

⁶⁰ VSH: Rev-439/99 - INF-N 5209/04.

⁶¹ O takvoj kvalifikaciji te teorije usp. DIKA, Pravomoćnost, 283.

⁶² Usp. TRIVA, GPPP, 529. To bi se ticalo tzv. generičkih zahtjeva, zahtjeva kojima se traži utvrđenje ili ispunjenje generičke obveze, npr. obveze na isplatu određenog iznosa novca.

činjeničnim (tužbenim) osnovama. No kad je o određenom zahtjevu već pravomoćno presuđeno, načelo pružanja pravne zaštite ukazuje na potrebu da se dopusti novo suđenje o istom zahtjevu ako se taj zahtjev sada temelji na drugoj činjeničnoj (tužbenoj) osnovi koja nije bila iznesena u prijašnjoj parnici, jer bi, u protivnom, stranka bila definitivno onemogućena u ostvarivanju cjelovite zaštite svojih prava.

Sudska se praksa, čini se, opredijelila za shvaćanje po kojemu je za utvrđivanje identiteta spora potreban identitet tužbenog zahtjeva i činjenične osnove s obzirom na koju je on istaknut, dakle za tzv. teoriju ekvivalencije.⁶³ Da bi se radilo o istovjetnim tužbenim zahtjevima, nije dovoljno da je u obje parnice istaknut sadržajno isti tužbeni zahtjev, već je potrebno i da se tužbeni zahtjev u tim parnicama temelji na identičnoj činjeničnoj osnovi.⁶⁴ To stajalište ima svoga utemeljenja u odredbi članka 186. stavka 1. ZPP, po kojoj tužba treba sadržavati određen zahtjev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja, ali i činjenice na kojima tužitelj temelji zahtjev.

U njemačkoj i austrijskoj doktrini izražen je i stav, koji je naišao na određeni odjek i u judikaturi, da prejudicijelni učinak treba proširiti i na slučajeve u kojima između pravomoćne i nove odluke postoji materijalnopravna smisljena veza (*Sinnzusammenhang*).⁶⁵ Takva bi veza postojala, npr., između zahtjeva na činidbu iz dvostranog ugovora i kasnije podnesenog zahtjeva na protučinidbu (iz istoga ugovora) u smislu da bi odluka kojom bi bio prihvaćen prvi zahtjev obvezujuće djelovala (treba uzeti glade utvrđenja toga ugovora) u postupku o drugom zahtjevu; slično bi presuda kojom bi bio prihvaćen zahtjev za ispunjenje naloga trebala djelovati prejudicijelno (glede utvrđenja o postojanju ugovora o nalogu) u naknadnom postupku u kojem bi se tražilo naknadu izdataka (u vezi s tim nalogom), itd. Ocijenjeno je, međutim, da takvo proširenje prejudicijaliteta, koje pretpostavlja da se pojam predmeta spora određuje i s obzirom na materijalnopravni zahtjev, a pored toga izaziva poteškoće u određivanju granica materijalnopravne smisljene veze koju je teško definirati, nije u skladu s njemačkim odnosno austrijskim zakonskim ograničenjem pravomoćnosti, pa time i prejudicijelnoga učinka na ono o čemu je odlučeno izrekom presude.⁶⁶

Poseban problem u vezi s granicama prejudicijelnog djelovanja sudskih odluka predstavljaju tužbe kojima se ostvaruje samo dio materijalnopravne tražbine. U načelu pravomoćna odluka o zahtjevu koji bi bio istaknut samo s obzirom na dio tražbine ne bi smjela djelovati prejudicijelno u parnicama o njezinim preostalim dijelovima.⁶⁷ U dijelu njemačke doktrine i judikature zastupalo se stajalište o proširenom djelovanju

⁶³ VsH: Rev-1184/82 - PSP 23/260; OS SI: Gž-53/82 - PSP 20/133; VSH: Gzz-9/84 - PSP 26/132; VSH: Rev-1431/85 - PSP 30/120; VSH: Rev-63/88 - PSP 50/140; VSH: Rev-1500/89 - PSP 47/140; VSH: Rev-483/91 - IO 1993/263; VSH: Rev-1862/91 - IO 1993/261; VSH: Rev-1472/91 - IO 1993/262; VSH: Rev-1604/94 - IO 1/1999-154.

⁶⁴ VSH: Rev-1184/82 - PSP 23/260).

⁶⁵ ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft in Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhang, 1959.

⁶⁶ Usp.: ROSENBERG, ZPR, 1070; FASCHING, ZPR, 768

⁶⁷ U tom je smislu suđeno da u slučaju u kojem je u pravomoćno okončanoj odštetnoj parnici

pravomoćnosti u slučaju tzv. prikrivene djelomične tužbe, tužbe u kojoj tužitelj nije jasno naznačio da njome utužuje samo dio svoje tražbine - u smislu da bi se smatralo da bi presudom kojom bi bilo odlučeno o zahtjevu istaknutom u takvoj tužbi bilo riješeno i pitanje cjelokupne tražbine. Međutim, prema stajalištu Bundesgerichtshofa pravomoćnost se ograničava samo na odluku o zahtjevu koji je istaknut s obzirom na utuženi dio tražbine, neovisno o tome je li tužitelj jasno pridržao pravo naknadnoga utuženja preostalog dijela. Izuzetak bi se ticao jedino slučaja u kojem je tužitelj izriječno u tužbi naznačio da utužuje cijelu svoju tražbinu.⁶⁸ U njemačkoj doktrini izneseno je i mišljenje da do proširenja pravomoćnosti dolazi kad je tužba u kojoj je otvoreno naznačeno da se njome utužuje samo dio tražbine u cijelosti ili djelomično odbijena - budući da negiranje postojanja utužene tražbine nije kvantitativno određeno, zahtjev istaknut u novoj tužbi isključivao bi se s onim o kojem je presuđeno. Ni taj stav nije prihvaćen u judikaturi uz obrazloženje da pravomoćnost doseže samo utoliko ukoliko je utuženo i odlučeno.⁶⁹ Izložena se stajališta mogu smatrati prihvatljivima i s aspekta hrvatskoga prava.

10. Subjektivne granice prejudicijelnoga djelovanja sudske odluke

10.1. Osnovno pravilo

Pravomoćne sudske odluke prejudicijelno djeluju u pravilu *inter partes*. Premda hrvatsko pravo⁷⁰ nema izričite odredbe o tome, poput njemačkog npr.,⁷¹ zaključak o takvom djelovanju pravomoćnih odluka može se izvesti iz odredbe po kojoj se

prejudicijelno odlučeno o odgovornosti tuženika, sud u novoj parnici u kojoj tužitelj traži daljnju naknadu štete nije vezan tom odlukom o prethodnom pitanju (VSH: Rev-54/93 - IO 1/1996-165). Suđeno je da je tužitelj, koji je u prethodnoj parnici zatražio zatezne kamate po stopi nižoj od one na koju je po zakonu imao pravo, ovlašten u novoj parnici tražiti razliku između utužene stope zatezne kamate i one na koju je imao pravo već u prethodnoj parnici; kad nakon zaključenja glavne rasprave dođe do povećanja stope zateznih kamata, vjerovnik je također ovlašten tražiti u novoj parnici razliku između dosuđene manje i povećane stope zateznih kamata, treba uzeti za vrijeme na koje se povećanje odnosi (VSH: Rev-1911/86 - PSP37/67; Rev-2295/87 - PSP 42/27). Međutim, ako je sud u pravomoćno okončanoj odštetnoj parnici pogrešno odlučio o visini zateznih kamata, tužitelj iz te parnice nije ovlašten pokrenuti novu parnicu radi isplate razlike kamata jer se radi o presuđenoj stvari (VSH: Rev-2137/91 - IO 1994/299).

⁶⁸ Čini se da ta iznimka s aspekta hrvatskoga prava nalazi potvrdu u judikatu prema kojem postoji objektivni identitet sporova kad tužitelj - nakon što mu je pravomoćno dosuđena zatražena naknada štete, određena prema cijenama u vrijeme podnošenja tužbe - u posebnoj parnici zatraži da mu se iz iste osnove dosudi daljnji iznos naknade štete određen prema cijenama u vrijeme donošenja prvostupanjske presude u tom pravomoćno dovršenom postupku (VSH: Rev-1676/86 - PSP 33/180). Tužitelj je tijekom prvostupanjskog postupka kao ukupnu naknadu za pretrpljenu štetu tražio naknadu prema cijenama u vrijeme podnošenja tužbe pa je sud odlučujući o takvom njegovom zahtjevu odlučio (posredno) o cjelokupnoj njegovoj tražbini.

⁶⁹ ROSENBERG, ZPR, 1072.

⁷⁰ U prije važećem pravu § 12. OGZ sadržavao je odredbu za koja se smatralo da determinira

dok parnica teče, ne može u pogledu istoga zahtjeva pokrenuti nova parnica među istim strankama (194/3.), odredbe da prvostupanjski sud tijekom cijeloga postupka po službenoj dužnosti pazi je li među istim strankama parnica pokrenuta o istom zahtjevu o kojem je već pravomoćno odlučeno (333/2.) te odredbe koja stranku koja je stekla mogućnost da upotrijebi odluku suda što je ranije među istim strankama donesena o istom zahtjevu ovlašćuje da zatraži ponavljanje postupka (421/1.7.). Naime, subjektivne granice u kojima pravomoćna presuda djeluje kao negativna procesna pretpostavka morale bi se podudarati s onima u kojima ona djeluje pozitivno, prejudicijelno.

Za utvrđivanje subjektivnoga identiteta spora nije bitno što je ista stranka u jednom od njih imala položaj tužitelja, a u drugome tuženika.⁷²

10.2. Djelovanje prema univerzalnim sukcesorima

Hrvatsko pravo nema, za razliku od njemačkog,⁷³ ni odredbe o proširenju subjektivnih granica pravomoćnosti na pravne sljednike. Kad su u pitanju univerzalni sukcesori, pitanje pravnoga sljedništva trebalo bi biti izvan dvojbe - oni u cijelosti preuzimaju procesnopravni položaj stranke, uz uvjet da se parnica vodila o pravima koja prelaze na nasljednike odnosno pravne sljednike prijašnje stranke (*arg. ex* 215/1., 215.b⁷⁴). Stoga univerzalni sukcesori, na koje prelazi cjelokupnost prenosivih prava i obveza njihovih prednika, vezani su pravomoćnim odlukama donesenim u parnicama u kojima su njihovi prednici sudjelovali kao stranke (u tom smislu i VsH Rev 220/92 - IO 1994/300).

subjektivne granice pravomoćnosti: "Naredbe izdane u pojedinim slučajevima i presude izrečene po sudovima u osobitim parnicama nemaju nigda moći zakona, i ne mogu se protegnuti na druge slučajeve ili na druge osobe." O značenju koje se toj odredbi pridavalo u vrijeme njezina važenja usp. DIKA, Pravomoćnost, 238., bilj. 229.

⁷¹ Usp. § 325. ZPO.

⁷² Tako je suđeno da kad je u pravomoćno završenoj parnici tužitelj utvrđen vlasnikom određene stvari, ne može njegov protivnik iz te parnice u novom postupku pokrenutom protiv njega tražiti utvrđenje svog prava vlasništva (ili suvlasništva) te iste stvari (VSH: Rev-1406/86 - PSP 33/182).

⁷³ Prema § 325. stavku 1. Zivilprozessordnung, pravomoćna presuda djeluje samo prema strankama i osobama koje su nakon početka tjeka parnice postale sljednikom stranke ili su stekle posjed sporne stvari tako da je postala posrednim posjednikom jedne od stranaka ili njezina pravnog sljednika.

⁷⁴ Prema odredbi članka 215. stavka 1. ZPP, postupak koji je prekinut zbog smrti fizičke osobe (212.1.), odnosno prestanka postojanja stranke pravne osobe (212.4.), nastavlja se kad nasljednik (fizičke osobe) odnosno pravni sljednik (pravne osobe) preuzmu postupak ili kad ih sud na prijedlog protivne strane ili po službenoj dužnosti pozove da to učine. Prema odredbi članka 215.b stavka 1. ZPP, postupak se obustavlja kad umre ili prestane postojati stranka u postupku o pravima koja ne prelaze na njezine nasljednike, odnosno pravne sljednike.

10.3. Djelovanje prema singularnim sukcesorima

Kad su u pitanju singularni sukcesori, potrebno je razlikovati slučaj u kojem je do sukcesije došlo nakon zasnivanja parnice pa do zaključenja glavne rasprave od slučaja u kojem je do sukcesije došlo nakon zaključenja glavne rasprave.

Za singularnu sukcesiju do koje je došlo tijekom prvostupanjskoga postupka do zaključenja glavne rasprave⁷⁵ mjerodavna je nedorečena i višeznačna odredba članka 195. stavka 1. ZPP, po kojoj okolnost da je stranka otuđila stvar ili pravo o kojem teče parnica, ne sprječava da se parnica među istim strankama dovrši. Ta je odredba praćena odredbom stavka 2. toga članka koja omogućnost da osoba koja je pribavila stvar ili pravo o kojem teče parnica može stupiti u parnicu umjesto tužitelja odnosno tuženika uvjetuje pristankom obiju stranaka. Prihvaćeno je, dakle, rješenje da građanskopravna sukcesija ne dovodi *ex lege* do procesnopravne - da bi do toga došlo, nužno je da na to pristanu obje stranke i, svakako, stjecatelj. Međutim, u tim odredbama nije dovoljno jasno odgovoreno na pitanje mijenja li i kako dobrovoljna singularna građanskopravna sukcesija u procesnopravnom i materijalnopravnom smislu položaj stranaka u parnici. U vezi s time u njemačkoj i austrijskoj doktrini i praksi formirala su se dva pristupa označena kao teorija irelevancije i teorija relevancije.

Prema ujednačenoj austrijskoj sudskoj praksi i dijelu (uglavnom starije) doktrine za prosuđivanje značenja riječi iz §. 234. AZPO da otuđenje nema na parnicu nikakav utjecaj treba, prema tzv. teoriji irelevancije, shvatiti u smislu da je otuđenje sporne stvari bez značenja (irelevantno) za položaj stranaka u postupku te za materijalnopravno vrednovanje osnovanosti zahtjeva. Postupak treba nastaviti kao da do otuđenja nije došlo. Smatra se da bi se metodološki ta teorija mogla opravdati ili fikcijom (da do otuđenja nije došlo) ili premještanjem momenta za ocjenu postojanja stvarne legitimacije (osnovanosti zahtjeva) s momenta zaključenja glavne rasprave na trenutak zasnivanja parnice.⁷⁶ Posljedica bi prihvaćanja te teorije bila da bi svi prigovori koji bi se ticali otuđenja ili osobe stjecatelja bili isključeni, da bi pravo raspolaganja predmetom spora i dalje pripadalo otuđitelju te da bi se presuda ticala izvorno legitimiranog prednika. Pravomoćnošću presude ne bi bio zahvaćen samo otuđitelj već njegov pravni sljednik. Budući da bi u ovršnom naslovu bio označen samo prednik, morao bi protivnik, da bi mogao provesti ovrhu protiv sljednika, pravni slijed dokazivati javnom ili javno ovjerenom ispravom ili presudom kojom bi se dopunila izvršna isprava.⁷⁷

U pretežnom dijelu suvremene njemačke i austrijske doktrine⁷⁸ prihvaćena je

⁷⁵ Premda odredba članka 195. stavka 1. općenito govori o irelevantnosti otuđenja stvari ili prava o kojima se parnica vodi za dovršenje parnice među istim strankama, što bi značilo do pravomoćnog okončanja postupka, s obzirom na to da se nove činjenice mogu iznositi samo do zaključenja glavne rasprave pred prvostupanjskim sudom (299., 352.), otuđenja nakon zaključenja glavne rasprave se više tijekom parnice ne bi mogla procesnopravno verificirati.

⁷⁶ Usp. za sve RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 419.

⁷⁷ Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR., 149., 150.

⁷⁸ Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 150.

teorija relevancije, po kojoj je otuđenje bez učinka na procesni položaj otuđitelja, ali utječe na njegovu materijalnopravnu situaciju. U slučaju da tužitelj otuđi sporni predmet, zadržavao bi svoju stranačku poziciju, ali bi, da bi spriječio odbijanje zahtjeva zbog gubitka stvarne legitimacije, nakon otuđenja morao preinačiti zahtjev tako da u njemu stjecatelj stupi na njegovo mjesto. To bi imalo za posljedicu da bi svi prigovori koji bi se ticali otuđenja i osobe stjecatelja bili dopušteni. Bio bi isključen jedino prigovor da otuđitelju nedostaje stvarna legitimacija. Presuda bi glasila na sljednika kao tužitelja, pa bi stoga otpala potreba da se dokazuje pravni slijed i on bi izravno na temelju nje mogao tražiti ovrhu. U slučaju da tuženik otuđi sporni predmet, u okviru teorije relevancije postoje dvije varijante. Prema strožijoj varijanti, kao i kad tužitelj otuđi predmet, tužbeni bi se zahtjev morao izmijeniti na osudu stjecatelja, koji bi se kao umješač s položajem (jedinственog) suparničara mogao umiješati u parnicu⁷⁹. "Mekša" varijanta, koja se zastupa u njemačkoj doktrini⁸⁰ i dijelu austrijske⁸¹, tome nasuprot, otklanja mogućnost kondemnacije stjecatelja (i time preinake tužbenoga zahtjeva) zato jer ne sudjeluje u parnici i jer mu nije pružena mogućnost da bude saslušan. Tuženik može ipak - kao i kod strožije varijante - istaknuti protiv tužitelja sve prigovore nastale nakon otuđenja koje bi mu mogao istaknuti stjecatelj. Toj se varijanti prigovara da je stjecatelju omogućeno sudjelovanje u svojstvu umješača s položajem suparničara, kojemu je stoga zajamčeno pravo na saslušanje.⁸² Ako bi u slučaju otuđenja otuđitelj ostao stranka, radilo bi se o slučaju procesnog namjesništva - vođenja u svoje ime parnice o pravu drugoga (*Prozessstandschaft*).

Teorija irelevancije ne čini se prihvatljivom jer počiva na konstrukciji (fikciji) da odnos među strankama u materijalnom pravnom smislu nije izmijenjen, odnosno na mijenjanju trenutka koji je mjerodavan za ocjenu osnovanosti zahtjeva, za što nema uporišta u zakonu. Prema toj teoriji u slučaju da tužitelj otuđi sporni predmet, mogao bi javno ovjerenom ispravom prenijeti na stjecatelja ono što mu je dosuđeno i time mu omogućiti da ovrhu traži u svoje ime. Međutim, ako on to ne bi učinio, stjecatelj bi, da bi u svoje ime mogao tražiti ovrhu, morao u parnici pribaviti presudu kojom bi u ovršnom postupku mogao dokazati svoju ovršnopravnu legitimaciju. Stjecatelj bi bio ovlašten dokazivati da je zapravo njegovo ono što je sebi drugi pribavio u parnici. Po teoriji bi irelevancije, da bi se izbjegla asimetrična rješenja (*secundum eventum litis*), pravomoćna presuda donesena u parnici u kojoj stjecatelj nije sudjelovao djelovala i prema njemu, neovisno o ishodu spora, što bi bilo neprihvatljivo. S druge strane, premda bi presuda svojom pravomoćnošću djelovala i u korist stjecatelja, protivnik se ne bi mogao koristiti prigovorima koje bi imao u odnosu na njega. Ona ne razlikuje između slučaja u kojem je tužitelj otuđio predmet od onoga u kojemu je to učinio tuženik. Teorija relevancije, u slučaju u kojemu je tužitelj otuđio predmet,

⁷⁹ Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 150.

⁸⁰ Usp. BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARMAN, 53. Izd., 1995., kom. uz § 265.

⁸¹ FASCHING, ZPR, 1202. i sl.

⁸² Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 151.

kreira poseban slučaj legitimacije za ranijeg ovlaštenika da vodi parnicu u ime i u korist sljednika, omogućujući mu da promjenom tužbenog zahtjeva traži osudu u njegovu korist. Međutim, ni ta teorija ne rješava pitanje negativne odluke i njezine pravomoćnosti - ako bi i negativna odluka djelovala prema sljedniku, to bi značilo da bi djelovala i prema nekome kome nije bila dana mogućnost da sudjeluje u postupku. Ovom bi se konstrukcijom zapravo zaobilazila pravila o uvjetima za promjenu stranaka u parnici. U slučaju u kojemu bi tuženik otuđio sporni predmet, ako bi prema teoriji relevancije presuda djelovala prema stjecatelju, sudjelovao on ili ne u postupku, bio o njemu obaviješten ili ne, to bi također vrijeđalo temeljno ljudsko pravo na pošteno suđenje, na saslušanje, osobito u slučaju u kojemu bi presuda prema stjecatelju djelovala i kad bi bila za njega nepovoljna. Izloženim se teorijama ne postižu očekivani ciljevi procesne ekonomije i koncentracije u postupanju. Njima se otvaraju teški problemi ugrožavanja temeljnih ljudskih prava.

Zbog svega se toga čini prihvatljivom solucija da je otuđenje irelevantno za procesnopravni položaj stranke, ali da je materijalnopravno relevantno u smislu da zbog otuđenja dolazi do prestanka stvarne legitimacije. Ako bi se tužitelju dokazalo da je prije zaključenja glavne rasprave predmet otuđio, njegov bi zahtjev trebalo odbiti; ako se ne bi dokazalo, presuda bi bila donesena u njegovu korist i stjecatelj ne bi na temelju nje imao nikakva izravna prava. Ako bi tuženik ustvrdio da je otuđio predmet i ako bi to dokazao, tužbeni bi zahtjev trebalo odbiti. Ako ne bi dokazao, bio bi osuđen. U oba slučaja presuda donesena protiv tuženika ne bi djelovala prema stjecatelju. Da bi mogla prema njemu djelovati, moralo bi doći do promjene na pasivnoj strani. Budući da se sa sigurnošću ne može utvrditi je li ili nije došlo do otuđenja tek nakon zaključenja glavne rasprave, tužitelj bi najbolje svoju poziciju mogao zaštititi sukcesivnom subjektivnom eventualnom kumulacijom tužbenih zahtjeva (197.), ili sukcesivnom eventualnom alternacijom tužbenih zahtjeva protiv izvornog tuženika (na predaju sporne stvari ili, supsidijarno, na naknadu štete zbog otuđenja) (188/2., 3.). Tužitelj bi se svakako mogao koristiti i institutom privremenih mjera osiguranja. Tužitelj koji je tijekom postupka otuđio predmet, npr. trećemu prodao stvar čiju predaju traži od zakupca, snosio bi štetne posljedice takve dispozicije. Izložena solucija zapravo odgovara dominantnom stavu prihvaćenom u domaćoj doktrini, koji je neprecizno, barem s obzirom na način na koji se taj izraz upotrebljava u austrijskoj i njemačkoj doktrini, označen kao teorija relevancije, po kojoj otuđenje, doduše, ne utječe na procesnopravni položaj otuđitelja, ali mijenja njegov materijalnopravni položaj u smislu da tužitelj treba s novostvorenom materijalnopravnom situacijom uskladiti i svoju tužbu.⁸³ Ona je bila prihvaćena i u judikaturi. Tako je suđeno da nakon što tužitelj otuđi stvar o kojoj teče parnica, tužitelj više ne može tražiti predaju te stvari, već može preinačiti tužbu te umjesto predaje stvari zahtijevati naknadu štete.⁸⁴

⁸³ TRIVA, GPPP, 335., 336.

⁸⁴ VSH: Gž-2828/78 - PSP 14/365.

Ako do sukcesije dođe nakon zaključenja glavne rasprave, budući da singularni sukcesor u pravilu ne može steći više prava nego što na njega može prenijeti njegov prednik, pravomoćna odluka donesena protiv ili u korist prednika djeluje prema singularnom sukcesoru. Ipak, da bi se to moglo postići, prema singularnom sukcesoru bi se sukcesija morala moći dokazati na procesnopravno nesumnjiv način. U tom smislu prema pravilima sudskog ovršnog prava u korist druge osobe, a ne one koja je u ovršnoj ispravi označena kao vjerovnik, ili protiv druge osobe, a ne one koja je u ovršnoj ispravi označena kao dužnik, može biti određena ovrha pod uvjetom da se javnim ili ovjerenim ispravama (to može biti i pravomoćna deklaratorna presuda) dokaže da je tražbina koja je označena u ovršnoj ispravi prešla s osobe navedene u ovršnoj ispravi kao vjerovnika na ovrhovoditelja, odnosno s osobe koja je ovršnoj ispravi označena kao dužnik na onoga protiv kojega se ovrha traži (29. OZ). Ako je u zemljišnim knjigama provedena zabilježba hipotekarne ili neke druge tužbe o stvarnim pravima na nekretninama, pravomoćna presuda djeluje neposredno protiv svakoga koji je stekao neko stvarno pravo na nekretninama tek pošto je prijedlog za zabilježbu stigao zemljišno-knjižnom sudu (79. ZZK). Sličan učinak ima i zabilježba privremene mjere zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnine (297/5. OZ).

10.4. Djelovanje *ultra partes*

10.4.1. Općenito

Iznimno od pravila da pravomoćne presude djeluju (prejudicijelno) među strankama, njihovim univerzalnim te nekim singularnim sljednicima, u određenim slučajevima one djeluju *ultra partes*, ali ne i *erga omnes (contra mundum)*, dok neke djeluju *erga omnes*. Presude prve kategorije u pravilu djeluju prema osobama koje se nalaze u odnosu potencijalnoga jedinstvenog suparničarstva; presude druge kategorije s obzirom na svoje apsolutno djelovanje proizvode svoje učinke i protiv osoba koje ni na koji način nisu bile legitimirane sudjelovati u postupku iz koga odluka potječe.

10.4.2. Djelovanje prema običnim suparničarima

Budući da je svaki od tzv. običnih suparničara, suparničara koji ne spada u kategoriju tzv. jedinstvenih suparničara (v. *infra ad* 10.4.3.), u parnici samostalna stranka i da njegove radnje i propuštanja niti koriste niti štete drugim suparničarima (200.), pravomoćna odluka donesena u korist ili protiv jednog od takvih suparničara ne djeluje neposredno i na ostale takve suparničare.

10.4.3. Djelovanje prema jedinstvenim suparničarima

Jedinstveno suparničarstvo postoji kada se spor prema svim suparničarima može riješiti samo na jednak način (201., 202.). Spor se može na jednak način riješiti samo ako su svi suparničari istaknuli isti zahtjev, odnosno ako je isti zahtjev istaknut prema svima njima te ako će presuda koja će biti donesena prema svima njima jednako djelovati, zbog čega mora i jednako glasiti. Da bi presuda djelovala prema svim jedinstvenim suparničarima kao prema jedinstvenoj stranci, ona mora glasiti jednako u odnosu na sve i njezina pravomoćnost mora nastupiti istodobno za

sve njih. Mora li se spor prema svim suparničarima riješiti na jednak način, mora li, dakle, presuda jednako glasiti prema svima njima, utvrđuje se na temelju (1) zakona ili (2) prirode pravnog odnosa. Pritom osnovu za to utvrđenje tvore činjenični navodi u tužbi i postavljeni zahtjev. U doktrini se klasifikacija jedinstvenoga suparničarstva provodi i s obzirom na to temelji li se ono, po propisima materijalnog prava, na okolnosti da određenim osobama samo zajednički pripada određeno pravo i da one mogu samo zajednički tražiti pravnu zaštitu, odnosno da se u odnosu na sve njih ona zajednički može tražiti (*die anspruchsgewundene Streitgenossenschaft*), ili na jedinstvenom učinku presude čije se donošenje traži (*die wirkungsgewundene Streitgenossenschaft*).⁸⁵

U vezi s navedenim kategorijama aktualnih ili potencijalnih jedinstvenih suparničara, onda kada oni ne moraju biti obuhvaćeni postupkom, dakle kada nisu tzv. nužni suparničari, postavlja se problem osiguranja njihova prava na obranu, na saslušanje. Ako bi presuda prema njima trebala ipak (neposredno) djelovati, moralo bi im se omogućiti da u postupku budu saslušani. Da bi se to postiglo, morali bi oni o tom postupku biti obaviješteni, bilo tako što bi s time na ročištu bili upoznati, bilo tako što bi, na odgovarajući način, bili obaviješteni o parnici.

Jedinstveno suparničarstvo na temelju zakona može biti određeno na različite načine. U određenim slučajevima zakon izrijekom propisuje da je suparničarstvo koje će se zasnovati između stanovitih osoba u nekom sporu jedinstveno, zbog čega se ono već zbog toga mora tretirati kao takvo, što znači da bi učinci takvog suparničarstva bili učinci jedinstvenog suparničarstva. Tako su stranke koje podnose tužbu radi utvrđivanja ili osporavanja majčinstva ili očinstva, odnosno protiv kojih su upravljani takvi tužbeni zahtjev jedinstveni suparničari (290. ObZ). U nekim slučajevima zakon, opet, propisuje da će odluka donesena u sporu jednako djelovati prema stanovitom krugu osoba, bez obzira na to hoće li one sudjelovati u tom postupku ili neće. Kad se te osobe uključe u postupak kao sutužitelji ili sutuženici, ili kao umješači s položajem jedinstvenog suparničara (209.), one imaju položaj jedinstvenih suparničara jer se samo jedna jedinstvena presuda može donijeti za ili protiv svih njih. Takvo suparničarstvo, npr., postoji: - u parnici o postojanju ili nepostojanju tražbina osporenih u stečaju (181. SZ), odnosno u stečajnim pobojnim parnicama (141. SZ); - u parnici o postojanju, visini i isplatom redu tražbine osporene u postupku namirenja u ovrsi na nekretnini (111/6. OZ), itd. U trećim slučajevima zakon propisuje da određene osobe samo zajednički mogu tužiti ili biti tužene.

Jedinstveno bi suparničarstvo zbog prirode pravnog odnosa, npr., postojalo:

(1) u slučajevima u kojemu bi se tražila konstitutivna pravna zaštita u odnosu na sudionike nekog pravnog odnosa, kao, npr., kada bi treći podnosio tužbu protiv bračnih drugova radi poništaja njihova braka, jer nije moguće brak poništiti samo u odnosu na jednog od bračnih drugova.⁸⁶ Tu bi se jedinstveno suparničarstvo nametalo zato što bi

⁸⁵ Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 127. i sl..

⁸⁶ Usp. za austrijsko pravo RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 127.

zbog potpunog identiteta i nedjeljivosti predmeta spora u konstitutivnim parnicama njihov učinak prema svim sudionicima odnosa s obzirom na koji se traži promjena morao biti jedinstven. U judikaturi je ocijenjeno da jedinstveno suparničarstvo postoji između tuženih davatelja uzdržavanja u sporu radi raskida ugovora o doživotnom uzdržavanju,⁸⁷ između tuženika poslodavca i radnika primljenog na rad putem natječaja u parnici u kojoj tužitelj zahtijeva poništaj odluke o zasnivanju radnog odnosa i ponovni izbor radnika u skladu s natječajem;⁸⁸

(2) u slučaju u kojemu su tužbu podnijele osobe koje (prema pravilima materijalnog prava) (posrednim) predmetom spora mogu raspolagati samo zajednički, ili ako je ona podnesena protiv takvih osoba. Tako prema austrijskom pravu bračni drugovi mogu samo zajednički tužiti organizatora etažnog vlasništva radi pristanka na uknjižbu njihova zajedničkog vlasništva.⁸⁹ U hrvatskom pravu, čini se, takvih slučajeva nužnog aktivnog suparničarstva nema;

(3) u slučaju u kojemu se radi o zajedničkom pravnom odnosu koji po prirodi stvari nužno za sve ili protiv svih mora biti jedinstveno utvrđen. Takav bi status imali, npr., članovi društva u sporu o postojanju članstva u društvu osoba, jer neka osoba može biti članom društva ili u odnosu na sve druge članove ili ni prema kome.⁹⁰ U sporu radi utvrđenja ništavosti ugovora stranke toga ugovora kao tuženici imaju svojstvo jedinstvenih suparničara.⁹¹ U sporu radi utvrđenja ništavosti oporuke oporučni nasljednici kao tuženici imaju svojstvo jedinstvenih suparničara.⁹²

10.4.4. Djelovanje prema nužnim suparničarima

Nužno suparničarstvo postoji u slučaju u kojemu više osoba mora sudjelovati na aktivnoj ili pasivnoj strani da bi vođenje parnice bilo dopušteno, odnosno da se donesena presuda ne bi mogla pobijati zbog neuključivanja svih tih osoba. Pojam nužnog suparničarstva treba izvesti iz pojma nužne stranke. Do pojma nužne stranke moguće je doći na više načina: - u nekim je slučajevima zakonom izričito propisano da neke osobe moraju sudjelovati u određenom postupku (usp. npr. 286. - 289. ObZ); - u drugim se slučajevima zaključak o tome da nekoj osobi mora biti omogućeno da sudjeluje u postupku može izvesti iz načina djelovanja presude prema njoj; - u trećim se slučajevima sudjelovanje nekih osoba nameće iz okolnosti da one, prema pravilima materijalnog prava, samo zajednički mogu tražiti pravnu zaštitu, odnosno da se prema njima samo zajednički takva zaštita može tražiti. Nužni su suparničari u procesnom smislu jedinstveni suparničari.⁹³

⁸⁷ VSH: Rev-2322/90 - PSP 52/106.

⁸⁸ VSR: Rev-1792/98 - INF-N 5125-5126/03.

⁸⁹ Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 127.

⁹⁰ Usp. za austrijsko pravo RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 127.

⁹¹ VSH: Rev-2059/91 - IO 2/1995-128.

⁹² VSH: Rev-1694/96 - IO 1/1997-02.

⁹³ TRIVA, GPPP, 361; VSH: Rev-322/94 - IO 2/1995-73.

U nekim je slučajevima zakonom izrijekom predviđeno da stanovite osobe moraju sudjelovati u određenom postupku: stranke u sporu radi utvrđivanja očinstva jesu dijete, djetetova majka i muškarac čije se očinstvo utvrđuje (286/2. ObZ), u sporu radi osporavanja očinstva dijete, djetetova majka i muškarac čije se očinstvo osporava (287/2. ObZ), a u sporu u kojemu se osporava očinstvo utvrđeno priznanjem, i muškarac koji osporava to očinstvo (287/3. ObZ). Nužna se stranka može utvrditi i prema načinu djelovanja presude koja će biti donesena u sporu prema određenoj osobi. Ako bi presuda **neposredno** djelovala prema njoj, neovisno o tome je li ona sudjelovala u parnici, ta bi stranka morala biti obuhvaćena parnicom, osim ako zakonom ne bi drukčije bilo predviđeno. Hoće li neka presuda neposredno djelovati prema nekoj osobi, to će ovisiti o sadržaju tražene zaštite i odnosu te osobe prema (posrednom) predmetu spora. Ako bi kondemnatorni tužbeni zahtjev bio istaknut s obzirom na tražbinu ili obvezu određene osobe i ako bi se pravomoćnost tražene kondemnatorne presude izravno na nju odnosila, a osobito ako bi se na temelju te presude ovrha mogla izravno tražiti protiv nje, ta bi osoba morala sudjelovati u takvoj kondemnatornoj parnici kao aktivna ili pasivna stranka, bila bi dakle nužna stranka. Konstitutivna bi presuda izravno djelovala prema sudionicima određenog odnosa - ona bi stvarala, mijenjala ili dokidala određeni pravni odnos između njih. Upravo bi stoga svi sudionici toga odnosa morali moći sudjelovati u tom odnosu - oni bi bili nužne stranke. Ako bi deklaratorna presuda djelovala svojom pravomoćnošću i prema ovlašteniku ili obvezaniku prava, odnosno sudioniku odnosa s obzirom na koji se određeno utvrđenje traži, neovisno o njegovu sudjelovanju u parnici, i on bi morao imati status nužne stranke u postupku. Pravnu osnova instituta nužne stranke u slučajevima u kojima bi tražena presuda prema određenim osobama neposredno djelovala moguće je izvesti iz podudarnih odredaba članka 6. stavka 1. EK i članka 29. stavka 1. URH, po kojima se svakome o čijim se građanskim pravima i obvezama odlučuje (treba uzeti s neposrednim pravnorelevantnim učinkom prema njemu) u nekom postupku mora omogućiti pošteno suđenje, što nužno uključuje i njegovo pravo da mu se omogući sudjelovanje u tom postupku. Odgovarajuću pravnu osnovu predstavljaju i odredba članka 5. stavka 1. te odredbe po kojima je povreda načela saslušanja stranaka razlog za ulaganje svih pravnih lijekova.

Ako prema propisima materijalnog prava neke osobe mogu stanovitim pravom samo zajednički raspolagati, pa i ostvarivati ga, tada one, da bi njihov zahtjev bio osnovan, da bi im se priznala aktivna stvarna legitimacija, odnosno da bi zahtjev prema njima bio osnovan, da bi im se dakle priznala pasivna stvarna legitimacija, moraju zajednički tužiti ili biti tužene. Ako se tako ne postupi, ne samo da bi zahtjev istaknut u parnici bio, zbog nedostatka stvarne legitimacije, neosnovan, već bi i vođenje parnice bilo nedopušteno, jer bi zahtjev *prima facie* bio neosnovan. Njima bi zbog toga nedostajala i procesna legitimacija.

Da bi vođenje postupka bilo dopušteno, sve osobe koje kao nužne stranke moraju u njemu sudjelovati morale bi biti obuhvaćene parnicom. Ako se ne bi uključile na aktivnoj strani, morale bi biti obuhvaćene na pasivnoj, eventualno zajedno s nekim drugim subjektima (nužno pasivno suparničarstvo). Izuzetak bi predstavljao slučaj u kojemu određeni subjekti moraju zajednički tužiti da bi njihova tužba bila dopuštena

i njihov tužbeni zahtjev eventualno prihvaćen kao osnovan, odnosno koji iz istih razloga moraju biti zajednički tuženi (nužno aktivno i pasivno suparničarstvo). Tako su u sporu radi poništaja odluke o dodjeli stana na korištenje tuženici tretirani kao nužni suparničari.⁹⁴ Slično su i bračni drugovi kao sunositelji stanarskog prava u sporu radi otkaza tog prava zbog neplaćanja stanarine okvalificirani kao nužni suparničari.⁹⁵ Položaj nužnih suparničara imaju ostali suvlasnici u parnici u kojoj jedan od suvlasnika traži predaju u suposjed, s time da su ostali suvlasnici dužni dopustiti da se suvlasnička zajednica nekretnine razvrigne.⁹⁶ Nasljednici davatelja uzdržavanja imaju položaj nužnih suparničara u parnici za raskid ugovora o doživotnom uzdržavanju koju protiv njih vodi primatelj uzdržavanja.⁹⁷ U parnici radi ukidanja realne služnosti položaj jedinstvenih i nužnih suparničara imaju i suvlasnici poslužnog dobra.⁹⁸ U postupku radi diobe suvlasničke zajednice na nekretnini suvlasnici su nužni suparničari i zato svi moraju sudjelovati u postupku, jer u protivnom predleži nedostatak procesne legitimacije za vođenje postupka, pa se tužba odbacuje.⁹⁹ Ako tužbom ne bi bile na aktivnoj ili pasivnoj strani obuhvaćene sve tzv. nužne stranke, tada bi se već na temelju tužbe moglo zaključiti da će postupak koji se njome inicira imati nedostataka zbog kojih će se presuda koja će u njemu biti donesena moći pobijati svim redovnim i izvanrednim pravnim lijekovima. Budući da se nikome ne može priznati pravo na vođenje neregularnog postupka, tužbu kojom bi takav postupak bio pokrenut trebalo bi odbaciti zbog nedostatka procesne legitimacije. Na takvu konzekvenciju upućuju i posljedice neuključivanja svih nužnih stranaka u sporove za utvrđivanje odnosno osporavanje očinstva i majčinstva (*arg. ex* 289. ObZ). Argumentacija bi donekle bila drukčija u slučaju u kojemu bi određene osobe po pravilima materijalnog prava morale zajednički tužiti ili biti tužene. Tu bi se nedostatak procesne legitimacije izvodio iz nedostatka stvarne legitimacije. U takvom bi slučaju zbog koincidencije razloga za odbijanje i odbacivanje trebalo odbiti tužbeni zahtjev i tako tuženoj strani pružiti jaču pravnu zaštitu. U austrijskoj doktrini se ovom problemu pristupa samo s aspekta nepostojanja stvarne legitimacije i stoga govori o neosnovanosti zahtjeva.¹⁰⁰

U nizu judikata Europski sud za ljudska prava imao se prigode osvrnuti na pitanja vezanosti parničnog suda za odluke donesene u postupku u kojemu jedna od stranaka u parnici nije sudjelovala kao stranka. Tako se smatralo da je kontradiktornost povrijeđena ako nije bila zajamčena u postupku u kojemu je donesena odluka koja veže parnični sud (*usp., npr., odluke u predmetima Ruis Mateos protiv Španjolske od 23.6.93, A 262; Obermeier protiv Austrije od 28.6.1980, A 179*). U tom bi se smislu

⁹⁴ VSH: Rev-2214/94 - IO 2/1995-129.

⁹⁵ OS ZG: Gž-8096/87 - PSP 39/95.

⁹⁶ VSH: Rev-1934/85 - PSP 33/175.

⁹⁷ VSH: Rev-1181/86 - PSP 36/101.

⁹⁸ OS ŠI: Gž- 442/76 - PSP 15/242.

⁹⁹ VSH: Gž- 826/81 - PSP 21/192.

¹⁰⁰ Usp. RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 128.

moglo postaviti pitanje može li presuda donesena u sporu u kojem jednoj od nužnih stranaka (suparničara) nije bilo omogućeno da sudjeluje, prejudicijelno djelovati prema njoj u nekom drugom sporu. To bi se pitanje zapravo moglo postaviti samo kad su u pitanju (eksplicitne i implicitne) deklaratorne odluke koje ne djeluju *erga omnes* te konstitutivne odluke kod kojih se može razlikovati između normativnoga učinka (*inter partes*) i učinka kao pravno relevantne činjenice (*erga omnes*) (v. *infra*). U slučajevima u kojima bi deklaratorne i konstitutivne odluke djelovale *erga omnes*, potencijalni nužni suparničar mogao bi od sebe otkloniti njihovo djelovanje samo putem (izvanrednih) pravih lijekova (v. *infra*).

10.4.5. Djelovanje pravomoćnih odluka donesenih u statusnim parnicama

Čini se da je u hrvatskoj doktrini i judikaturi općenito prihvaćen stav da pravomoćne odluke donesene u statusnim parnicama djeluje *erga omnes* - zbog prirode odnosa koje uređuju.¹⁰¹ O načinima djelovanja sudskih odluka v. *supra ad 8*.

10.4.6. Intervencijski učinak pravomoćnih odluka

Pravomoćna presuda proizvodi prema običnim umješačima, osobama koje imaju pravni interes da u parnici koja teče između drugih osoba kao stranaka jedna od njih uspije, i koja se toj strani pridružila, ili je bila imenovana kao njezin prethodnik (210.) ili obaviještena o parnici (211.), izvan objektivnih i subjektivnih granica pravomoćnosti, specifični relativni prejudicijelni učinak - tzv. intervencijski efekt (208.a).¹⁰²

Ustavopravna osnova intervencijskog učinka presude bila bi u okolnosti da presuda donesena u parnici u kojoj je umješač sudjelovao, može i prema njemu djelovati u mjeri u kojoj mu je u toj parnici bilo omogućeno da sudjeluje, u mjeri u kojoj mu je u toj parnici bilo osigurano pravo na pravično suđenje (*arg. ex 29/1. URH, 6/1. EK*). U tom smislu bi granice toga učinka bile determinirane načelom saslušanja sudionika u postupku (5.). Za taj je učinak bitno da:

(1) dolazi do izražaja u naknadnom postupku ("novoj parnici" - 208.a/1.2.) između umješača, sada kao stranke, redovito tuženika, i stranke kojoj se bio pridružio u prethodnom postupku, redovito kao tužitelja;

(2) da se taj učinak sastoji u tome da umješač "ne može u odnosu na stranku kojoj

¹⁰¹ Usp. TRIVA, GPPP, 534., 535.

¹⁰² Članak 208.a. ZPP glasi: "Umješač ne može u odnosu na stranku kojoj se bio pridružio u prethodnom postupku tvrditi da spor, onako kako je tijekom toga postupka izložen sudu, nije pravilno riješen. Njegov prigovor istaknut u novoj parnici, da je stranka kojoj se bio pridružio pogrešno vodila spor, može biti prihvaćen samo utoliko ukoliko je on s obzirom na stanje spora u vrijeme svoga stupanja u prethodnu parnicu ili izjavama i radnjama te stranke bio spriječen poduzeti radnje koje bi dovele do povoljnijeg ishoda spora, odnosno ako takve radnje, za mogućnost čijega poduzimanja on nije znao, sama stranka nije poduzela namjerno ili iz grube nepažnje. // Odredba stavka 1. ovoga članka na odgovarajući se način primjenjuje i na imenovanog prethodnika (članak 210.) te na treću osobu obaviještenu o parnici (članak 211.)."

se bio pridružio u prethodnom postupku tvrditi da spor, onako kako je tijekom toga postupka izložen sudu, nije pravilno riješen" (208.a/1.1.). Premda bi strogo prema Zakonu bit toga učinka bila negativna, prekluzivna, zaprečavajuća ("umješač ... ne može tvrditi"), ona se nužno izražava u svojoj pozitivnoj varijanti kao "vezanost" za stavove suda o sporu izražene u pravomoćnoj presudi. Naime, iz okolnosti da se ne može tvrditi da spor nije pravilno riješen, nužno treba zaključiti da je pravilno riješen, da je pravomoćna presuda mjerodavna osnova za prosuđivanje spora između stranaka u novoj parnici - u mjeri u kojoj su njome riješena pitanja od važnosti za taj novi spor. Vezanost za rješenje spora ticala bi se najprije sadržaja same izreke presude. Ako je ona kondemnatorna, onda nužno implicira i utvrđenje o postojanju građanskopravne obveze čije je ispunjenje naloženo kondemnacijom u užem smislu, npr. obveze stranke kojoj se umješač bio priključio na neku činidbu. Pritom će često i sama kondemnacija biti mjerodavna za prosuđivanje odnosa između stranaka u novoj parnici kao osnova za ispunjenje obveze od strane stranke koja sada zbog toga traži regres, naknadu štete itd. od bivšeg umješača. Ako je konstitutivna, onda izriče prestanak određenog odnosa, npr. poništavajući ga, promjenu sadržaja postojećeg ili kreaciju novoga, čime može prejudicirati pravnu poziciju stranke koja sada tuži bivšega umješača radi otklanjanja štetnih posljedica koje je zbog toga pretrpjela. Ako je deklaratorna, osobito negativna deklaratorna, onda može također prejudicirati u negativnom smislu pravnu poziciju stranke kojoj se umješač bio pridružio, zbog čega ona u novoj parnici protiv umješača može tražiti reparaciju štete koju je zbog toga pretrpjela. Npr., ako je presudom u povodu tužbe protivne stranke utvrđeno da je neki ugovor apsolutno ništav i da stoga ne postoji cedirana tražbina koja iz njega proizlazi, stranka, cesionar, mogla bi zbog toga tražiti naknadu štete od bivšeg umješača kao cedenata. Ako bi kondemnatorna tužba stranke kao cesionara bila odbijena (negativna deklaratorna presuda), tada bi stranka mogla tražiti naknadu štete od bivšeg umješača kao cedenta. Vezanost bi se, međutim, ticala i konstitutivnih (uvjetujućih, premisornih) elemenata spora koji su tijekom prethodnog postupka bili izloženi sudu. Naime, izložiti sudu spor znači u prvom redu činjenično ga supstancirati (*arg. ex* 186.). Budući da su obje stranke, ali i umješač, ovlašteni iznositi tvrdnje o bitnim činjenicama, svi ti navodi o činjenicama činili bi "izlaganje o sporu". Tim bi izlaganjima svakako trebalo priključiti i teze suda o činjenicama za koje je smatrao da ih treba utvrditi po službenoj dužnosti. Budući da rješenje spora pretpostavlja formiranje zaključka suda o bitnim činjenicama, umješač u novoj parnici ne bi mogao dovoditi u pitanje pravilnost utvrđenja suda o tim činjenicama, uključujući i rješenja prethodnih pitanja (12., v.). U tim bi granicama umješač bio vezan i za činjenična utvrđenja iz presude koja bi za njega bila nepovoljna.¹⁰³ Objektivne su granice intervencijskog učinka zapravo šire od objektivnih granica pravomoćnosti. Dok, naime, presuda *inter partes* djeluje samo odlukom o tužbenom zahtjevu, dakle dispozicijom sadržanom u njezinoj

¹⁰³ Usp.: za austrijsko pravo RECHBERGER-SIMOTTA, ZPR, 146., a za bivše jugoslavensko pravo TRIVA, GPPP, 370.

izreci (333.), presuda prema umješaču djeluje i stavovima suda o bitnim činjenicama izraženim u obrazloženju presude. Stoga bi sud u novoj parnici između stranke i umješača bio vezan ne samo za sadržaj izreke presude (v. *supra*), već i za činjenična utvrđenja o kojima se sud izjasnio u njezinu obrazloženju;

(3) Intervencijski učinak je učinak presude primarno u odnosu na umješača. Sud će u odnosu na umješača biti vezan (na gore opisani način) za dispozicije sadržane u izreci presude, ali i za utvrđenja o kojima se sud izjasnio u obrazloženju presude. Međutim, treba uzeti da se intervencijski učinak presude odnosi i na stranku kojoj se umješač bio pridružio. Ni ona, naime, ne bi u novoj parnici u odnosu na umješača smjela tvrditi drukčije od onoga što je o konstitutivnim elementima spora utvrđeno u presudi donesenoj u prethodnoj parnici. Utoliko bi se umješač i u odnosu na nju mogao pozivati na tu presudu. Premda to nije izrijeком predviđeno, trebalo bi uzeti da bi se i protivna stranka, ali i umješač, u novoj parnici koja bi se vodila između njih morali moći pozivati na intervencijski učinak presude donesene u prijašnjoj parnici. Naime, ako bi banka u prethodnoj parnici ishodila osudu glavnog dužnika za isplatu duga, zašto se ne bi mogla pozivati na utvrđenja iz te presude i u sporu za isplatu istog duga protiv jamca koji je u prethodnoj parnici sudjelovao kao umješač? Zašto se jamac koji je kao umješač sudjelovao u prethodnoj parnici ne bi mogao pozivati na presudu kojom je u toj parnici zahtjev banke prema glavnom dužniku odbijen? Isti razlozi koji bi govorili u prilog djelovanja intervencijskog učinka između umješača i stranke kojoj se bio pridružio bili bi ovdje mjerodavni. Pritom ustavnopravni princip prava na pravično suđenje ne bi smio biti povrijeđen. Predloženo rješenje o proširenju subjektivnih granica intervencijskog učinka odgovaralo bi i potrebama povećanja opće efikasnosti judikata i pravosuđenja.

(4) Intervencijski učinak je relativnog karaktera utoliko što ga umješač u novoj parnici može otkloniti dokazujući da je stranka kojoj se bio pridružio "pogrešno vodila spor", tj. da je (a) sam bio spriječen, s obzirom na stanje spora u vrijeme kad je stupio u prethodnu parnicu (npr. zbog nastupjelih prekluzija) ili izjavama i radnjama stranke kojoj se pridružio (npr. priznanjem ili odricanjem od tužbenog zahtjeva, priznanjem činjenica, općenito dezavuiranjem radnja umješača), poduzeti radnje koje bi dovele do povoljnijeg ishoda spora, odnosno da (b) sama stranka, namjerno ili zbog grube nepažnje, nije poduzela takve radnje, za mogućnost čijeg poduzimanja on nije znao (*exceptio male gesti vel conducti processus*¹⁰⁴).

Na umješaču bi bio teret dokaza da postoje okolnosti koje opravdavaju otklanjanje intervencijskog učinka. U tom bi se smislu intervencijski učinak očitovao kao oboriva predmnjeva o postojanju činjenica na kojima se temelji presuda, o postojanju pravnih odnosa koji su utvrđeni (izrijeком ili implicite) u izreci presude te o mjerodavnosti ostalih dispozicija sadržanih u izreci presude.

Intervencijski bi se učinak po svojoj relativnosti (otklonjivosti) razlikovao od djelovanja pravomoćne presude prema strankama – pravomoćnost, u svojim

¹⁰⁴ Usp. TRIVA, GPPP, 370.

subjektivnim, objektivnim i vremenskim granicama, djeluje apsolutno u smislu da stranke u drugim postupcima ne mogu dovoditi u pitanje pravilnost onoga o čemu je sud odlučio u izreci presude (333.).

11. Vremenske granice prejudicijelnoga djelovanja sudske odluke

Sudska odluka je odgovor na pitanje o osnovanosti tužbenoga zahtjeva s obzirom na određeni moment u razvitku odnosa među strankama. Po prirodi stvari taj se moment treba podudarati s trenutkom do kojega su činjenice o kojima ovisi razvitak toga odnosa mogle nastati i biti iznesene u postupku. U parnicama koje se okončavaju kontradiktornom odlukom to je moment zaključenja glavne rasprave. Sud naime pri donošenju svoje odluke smije uzeti u obzir samo činjenice koje su nastale do toga momenta, i to stoga što stranke mogu činjenice koje su nastale do toga momenta iznijeti do toga momenta (*arg. ex 299/2.*); u žalbi se nove činjenice ne mogu iznositi (352/1.), a ni u reviziji (387.). Pored toga, stranke mogu prije donošenja odluke raspravljati samo o činjenicama iznesenim tijekom postupka do toga momenta. S druge strane, sud ne smije po službenoj dužnosti uzeti u obzir činjenice o kojima strankama nije bila pružena mogućnost da se izjasne (7/3.), što znači da pri donošenju svoje odluke ne bi nikako mogao uzeti u obzir po službenoj dužnosti činjenice koje bi nastale nakon momenta nakon kojega stranke o njima ne bi mogle raspravljati. Izloženi izvod u skladu je i s odredbom članka 421/1.10. ZPP, po kojem se pona-vljanje postupka može tražiti samo zbog novih činjenica na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su one bile upotrijebljene u prijašnjem postupku. Budući da su nove činjenice zbog kojih bi se moglo tražiti ponavljanje postupka trebale nastati do trenutka do kojega su mogle biti iznesene tijekom postupka prije pravomoćnosti, a s obzirom na to da se nove činjenice u kontradiktornom postupku mogu iznositi samo do zaključenja glavne rasprave, proizlazi da se zbog činjenica koje bi nastale nakon toga trenutka ponavljanje ne bi moglo tražiti, da one nisu obuhvaćene pravomoćnošću odluke.

Pravomoćnost presude zbog ogluhe odnosila bi se na moment isteka roka za davanje odgovora na tužbu (*arg. ex 331.b*). Budući da je tuženik u odgovoru na tužbu do isteka roka za njegovo davanje mogao iznijeti činjenice nastale do toga momenta koje bi mogle dovesti u pitanje osnovanost tužbenoga zahtjeva, njemu se imputirala da zato što je to propustio učiniti priznaje da su činjenice navedene u tužbi postojale u tom momentu i da pored tih činjenica u tom momentu nema drugih bitnih činjenica s obzirom na koje bi trebalo prosuđivati osnovanost tužbenoga zahtjeva. Poradi analognih razloga trebalo bi uzeti da se presuda zbog izostanka odnosi na moment zaključenja prvog ročišta na kojem je tuženik mogao osporiti tužbeni zahtjev (*arg. ex 332.*).

Kod presude na temelju priznanja (331.) i na temelju odricanja (331.a) pravomoćnost bi se odnosila na moment njihova donošenja jer bi tuženik odnosno tužitelj opozivom svojih dispozicija na kojima se one temelje do njihova donošenja mogli to spriječiti. Budući da oni do toga momenta to nisu učinili, treba uzeti da su time manifestirali svoju volju da se zahtjev smatra osnovanim odnosno neosnovanim s

obzirom na trenutak donošenja presude. Slično bi trebalo vrijediti i za presudu bez održavanja rasprave (332.a).

O važnosti momenta na koji se odnosi pravomoćnost odluke kao vremenskog graničnika u djelovanju odluke kao neoborive i oborive predmnjeve v. *supra ad* 8.5. do 8.7.

12. Procesne granice prejudicijelnoga djelovanja sudskih odluka

Sudske odluke prejudicijelno djeluju samo u onim postupcima za koje je predviđeno da su u njima sud ili drugo tijelo vezani za rješenje prejudicijelnog pitanja kao glavnog u nekom drugom postupku. U postupcima za koje je predviđeno da sud nije vezan takvim odlukama, one ne djeluju prejudicijelno. Upravo takva procesnopravna uvjetovanost prejudicijelnoga učinka potvrđuje njegovu povezanost s dokaznim učinkom sudskih odluka - u postupcima u kojima se ne prihvaća predmnjeva o "istinitosti" sadržaja sudskih odluka, u kojima sudske odluke kojima je pravomoćno utvrđeno postojanje nekog prava ili pravnoga odnosa mogu djelovati samo indicijski, što znači da se njihova dokazna vrijednost prosuđuje po drugim kriterijima, npr. po slobodnom uvjerenju, pravomoćne sudske odluke ne djeluju prejudicijelno. O specifičnom tretmanu (nekih) prejudicijelnih pitanja u kaznenom postupku već je bilo govora (v. *supra ad* 8.2., bilj. 21.).

13. Teritorijalne granice prejudicijelnoga djelovanja sudskih odluka

Sudske odluke djeluju u pravilu u granicama države u kojoj su donesene - svatko je u Republici Hrvatskoj dužan poštivati pravomoćnu i ovršnu sudsku odluku i njoj se pokoriti (6/3. ZS). Strane sudske odluke mogu djelovati prejudicijelno samo ako su priznate u Republici Hrvatskoj (86.-96., 101. ZRSZ¹⁰⁵).

14. Pretvaranje prethodnog pitanja u prejudicijelno glavno pitanje

Da bi neko prejudicijelno pitanje tijekom postupka moglo biti pravomoćno riješeno, potrebno je da tužitelj istakne poseban prejudicijelni tužbeni zahtjev na utvrđenje (187/3., 4.), odnosno da tuženik istakne tzv. prejudicijelni protutužbeni zahtjev (189/1.).

Tužitelj je ovlašten već u tužbi ili naknadno tijekom postupka pored "glavnog" zahtjeva istaknuti poseban tužbeni zahtjev da se utvrdi postoji li ili ne postoji pravni odnos koji je prije ili tijekom postupka postao sporan - ako o njegovu postojanju ili nepostojanju ovisi "odluka o sporu", zapravo o osnovanosti u tužbi istaknutog "glavnog" zahtjeva, uz uvjet da je sud pred kojim teče parnica nadležan i za takav

¹⁰⁵ ZRSZ: Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/91, 88/01.

zahtjev (187/3.). Prije Novele 2003. takav se zahtjev mogao istaknuti tek ako bi nakon podnošenja tužbe postao sporan prejudicijelni pravni odnos, zbog čega se taj zahtjev i nazivao međuzahhtjevom za utvrđenje (njem. *Zwischenantrag auf Feststellung*), odnosno incidentalnom tužbom za utvrđenje.¹⁰⁶ Isticanje prejudicijelnog zahtjeva naknadno tijekom postupka bilo bi slučaj kvalificirane sukcesivne objektivne kumulacije tužbenih zahtjeva, za koju bi vrijedile posebne pretpostavke predviđene za sukcesivnu kumulaciju (190., 191.). Takav bi se zahtjev formalno isticao ili u podnesku koji bi sadržajno trebao korespondirati sadržaju tužbe, ili usmeno na zapisnik, pri čemu bi tužitelj morao tako istaknuti zahtjev činjenično i dokazno supstancirati (*arg. ex 14.*, 186).

Strogo po zakonu pretpostavke za podnošenje naknadnog zahtjeva za utvrđenje bile bi:

(1) pravni odnos čije se utvrđenje traži treba biti od prejudicijelne važnosti za donošenje odluke o glavnom tužbenom zahtjevu (12.). Treba uzeti da je pojmom pravnog odnosa obuhvaćen i pojam prava o postojanju kojega bi ovisila odluka o sporu;

(2) taj pravni odnos treba postati sporan tijekom postupka. To bi značilo da je tuženik nakon što mu je tužba dostavljena, osporio postojanje toga odnosa ili doveo u pitanje neko njegovo obilježje od važnosti za sadržaj odluke o tužbenom zahtjevu. Za isticanje deklaratornog zahtjeva u tom slučaju tužitelj ne bi morao posebno učiniti vjerojatnim da za to ima pravni interes - bilo bi dovoljno da dokaže da je prejudicijelni pravni odnos osporen i uz tu bi se okolnost vezivala presumpcija o postojanju toga interesa. Nakon Novele 2003. tužitelj može po općim pravilima o objektivnoj kumulaciji takav zahtjev istaknuti već u tužbi ako učini vjerojatnim da je prejudicijelni odnos čije se utvrđenje traži tim zahtjevom također sporan. Budući da se zbog nedostatka pravnog interesa tužba i onako ne može odbaciti prije pripremnog ročišta ili prvog ročišta za glavnu raspravu (288/2.), sud bi o dopustivosti prejudicijelnog deklaratornog zahtjeva mogao odlučiti tek nakon što bi se tuženik o njemu očitovao. Ako bi ga osporio, bili bi ispunjeni uvjeti da ga se tretira kao međuzahhtjev za utvrđenje; ako ga ne bi osporio, tužitelj bi bio dužan učiniti vjerojatnim postojanje pravnog interesa za njegovo isticanje po općim pravilima za isticanje deklaratornih zahtjeva;

(3) sud pred kojim teče parnica treba biti nadležan i za takav zahtjev. Ta bi se pretpostavka mogla shvatiti u smislu da bi sud za dopustivost isticanja naknadnog prejudicijelnog zahtjeva morao za taj zahtjev biti međunarodno, stvarno i mjesno nadležan. Međutim, budući da isticanje prejudicijelnog zahtjeva za utvrđenje ima značenje svojevrzne naknadne objektivne kumulacije, valjalo bi, *argumento a maiori ad minus*, uzeti da bi i za isticanje takvog zahtjeva vrijedila pravila o atrakciji mjesne nadležnosti (188., 191.). Ako pretpostavka nadležnosti ne bi bila ispunjena, sud bi trebao reagirati kao u slučaju u kojemu mu je predana tužba za koju nije nadležan -

¹⁰⁶ TRIVA, GPPP, 321.

odbaciti je ako predmet ne spada u sudsku nadležnost (16.) ili se oglasiti nenadležnim i predmet ustupiti nadležnom sudu (17. 20.). Ako bi sud zbog nenadležnosti odbacio prejudicijelnu tužbu ili je ustupio nadležnom sudu, on bi pitanje postojanja uvjetujućeg odnosa mogao riješiti prejudicijelno (12.), ili prekinuti parnicu i sačekati odluku nadležnog organa o tom odnosu (213.).

Pravila o atrakciji mjesne nadležnosti koja se primjenjuju kod obične objektivne kumulacije trebala bi vrijediti i za slučaj u kojemu bi prejudicijelni zahtjev bio istaknut već u tužbi.

S obzirom na to da dopustivost isticanja predjudicijelnog zahtjeva nije uvjetovana postojanjem iste vrste postupka za taj i glavni zahtjev, koja se pretpostavka inače mora ispuniti da bi obična (prvotna i sukcesivna) objektivna kumulacija bila dopuštena (188., 191.), takav bi se zahtjev mogao istaknuti i kad postupak u kojemu bi o njemu trebalo odlučiti ne bi bio iste vrste kao postupak u kojemu se odlučuje o glavnom zahtjevu.

Budući da se isticanje prejudicijelnog zahtjeva nakon podnošenja tužbe ne smatra preinakom tužbe (187/4.), za taj kvalificirani slučaj naknadne objektivne kumulacije ne bi vrijedila pravila o preinaci tužbe. To znači da za tu preinaku ne bi bio potreban pristanak tuženika, bez obzira na to u kojoj bi fazi prvostupanjskog postupka prejudicijelni zahtjev bio istaknut. Sud bi bio dužan dopustiti takvu preinaku ako bi bile ispunjene propisane pretpostavke.

Naknadni prejudicijelni zahtjev može se istaknuti do zaključenja glavne rasprave (*arg. ex* 190/1.).

Prejudicijelni zahtjev može se istaknuti i u protutužbi (189.).

Presuda kojom bi sud odlučio o osnovanosti prejudicijelnog zahtjeva prije i odvojeno nego o glavnom zahtjevu bila bi djelomična odluka (329., v.), a ne međupresuda (330., v.) (drukčije TRIVA, GPPP, 321.). Međupresuda je odluka o utvrđenju postojanja osnove materijalnopravne tražbine, zahtjev za čije je utvrđenje impliciran u kondemnatornom tužbenom zahtjevu. Djelomična je presuda odluka o jednom od više istaknutih zahtjeva.

15. Prejudicijelno djelovanje upravnih akata

Da bi upravni akti mogli prejudicijelno djelovati, moraju biti doneseni (1) u postupku pred nadležnim upravnim tijelom i (2) imati svojstva koja se prema pravilima koja su mjerodavna za postupak u kojemu tako trebaju djelovati za to traže (*arg. ex* 12/1.).

Pitanje nadležnosti upravnih tijela iz postupka pred kojima potječe upravni akt svodi se zapravo na pitanje apsolutne nadležnosti upravnih tijela. Ako je upravni akt donesen u stvari iz sudske nadležnosti ili u stvari o kojoj se uopće ne može rješavati u upravnom postupku, može se u upravnom postupku u svako doba proglasiti ništavim (*arg. ex* 267/1.1. i 268/1. ZOUP); takav akt ne bi stoga nikako mogao djelovati prejudicijelno u sudskom postupku i sud bi bio ovlašten i dužan prejudicijelno utvrditi takvo njegovo svojstvo. Sud, s druge strane, čini se, ne bi bio ovlašten otkloniti prejudicijelni učinak upravnoga akta koji je po njegovoj ocjeni donijelo relativno

nenadležno upravno tijelo - takve odluke mogu postati obvezujuće i u upravnom postupku. Premda to nije izričekom predviđeno, prejudicijelni učinak ne bi trebalo priznati ni upravnim aktima koji su ništavi i iz drugih razloga.¹⁰⁷

Sudske odluke, za razliku od upravnih, ne mogu biti stavljene izvan snage nakon što isteknu rokovi za podnošenje pravnih lijekova, čak i kad su donesene u pravnim stvarima koje ne spadaju u sudsku nadležnost. Pravomoćnošću sudske odluke donesene u takvim stvarima postaju pravno obvezujuće (arogacija jurisdikcije kao poseban učinak pravomoćnosti).

U odredbi članka 12. stavka 1. ZPP nije određeno svojstvo koje mora steći upravni akt ("odluka drugog nadležnog tijela") da bi moglo prejudicijelno djelovati u parničnom postupku. Stoga se otvara dilema je li dovoljno da taj akt bude konačan u upravnom postupku ili mora biti i pravomoćan.¹⁰⁸ U prilog stavu da bi prejudicijelno u sudskom postupku trebala moći djelovati upravna rješenja koja su stekla svojstvo konačnosti, iako nisu pravomoćna, govorila bi okolnost da su konačna rješenja donesena u upravnom postupku izvršna, eventualno nakon isteka paricijskoga roka (270. ZOUP), da dakle već zbog toga djeluju prejudicijelno u onim sudskim ovršnim postupcima koji se provode na temelju takvih odluka (21.2., 23/3. OZ); ali i okolnost da konačna rješenja u upravnom postupku djeluju prejudicijelno (*arg. ex* 148/1. ZOUP). Stav da bi prejudicijelno u sudskom postupku mogle djelovati samo pravomoćne upravne odluke temeljio bi se, s druge strane, na odredbi članka 215. stavka 4. ZPP, po kojoj se postupak prekinut zato što je sud odlučio da sam ne rješava o prethodnom pitanju nastavlja "kad se **pravomoćno** završi postupak pred sudom ili **drugim nadležnim tijelom ...**",¹⁰⁹ ali i na odredbama članka 421. stavka 1. točke 8. i 9., po kojima se postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može na prijedlog stranke ponoviti "(8) ako se odluka suda temelji na drugoj odluci suda ili na odluci kakva drugog tijela, a ta odluka bude **pravomoćno** preinačena, ukinuta odnosno poništena" i "(9) ako je nadležno tijelo naknadno **pravomoćno** riješilo prethodno pitanje (članak 12. stavci 1. i 2.) na kojemu se temelji odluka suda".¹¹⁰ Ako se, naime, radi ponavljanja postupka uzima u obzir samo pravomoćna odluka upravnoga tijela o naknadnom drukčijem rješenju prejudicijelnoga pitanja, tada bi se, *argumento a cohaerentia*, i sudska odluka u povodu koje se traži ponavljanje postupka smjela temeljiti samo na odluci upravnoga tijela koja je stekla to svojstvo.

¹⁰⁷ Takvima su i upravna rješenja koja bi svojim izvršenjem mogla uzrokovati neko djelo kažnjivo po kaznenom zakonu, čije izvršenje uopće nije moguće, koja je donijelo tijelo bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koja rješenja stranka nije naknadno izričekom ili prešutno pristala, koja sadrže nepravilnosti po nekoj izričitoj zakonskoj odredbi predviđene kao razlog ništavosti, čije bi izvršenje bilo protivno osnovnim načelima pravnoga poretka (267. ZOUP).

¹⁰⁸ Upravni akt je konačan kad se (više) ne može pobijati redovnim pravnim lijekom (žalbom) u upravnom postupku (11.a ZOUP); taj je akt pravomoćan ako se protiv njega ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (12. ZOUP).

¹⁰⁹ Podertao M.D.

¹¹⁰ Podertao M. D.

Drugi bi izloženi stav, čini se, više odgovarao i razlozima pravne sigurnosti jer bi prevenirao nepotrebno mijenjanje sudskih odluka u povodu odluka kojima bi se u upravnom sporu poništavali konačni upravni akti (42. ZUS¹¹¹).

U dostupnoj se judikaturi razmatralo samo prejudicijelno djelovanje pravomoćnih upravnih odluka.¹¹² Pritom nije posebno elaborirano pitanje eventualnoga prejudicijelnoga djelovanja konačnih upravnih akata.

Prejudicijelno djelovanje upravnih akata trebalo bi svakako ograničiti na slučajeve u kojima je strankama u sudskom postupku bilo osigurana mogućnost sudjelovanja i raspravljanja (v. *supra ad* 10.4.4.) - djelovanju upravnih akata *ultra partes* ili štoviše *erga omnes* protivio bi se postulat poštenoga suđenja (6/1. EK, 29/1. URH).

16. Prejudicijelna pitanja u pravnim lijekovima

Pristup ulozi prejudicijelnoga pitanja u postupku u povodu pravnih lijekova determiniran je, s jedne strane, okolnošću da su ta pitanja funkcionalno činjenična (v. *supra ad* 5.), a, s druge strane, okolnošću da su ona po svom sadržaju konkretna pravna pitanja, da se pri njihovu rješavanju primjenjuje materijalno pravo na utvrđeno činjenično stanje (v. *supra ad* 6.).

Okolnost da su prethodna pitanja funkcionalno činjenična pitanja, utjecala bi na to da se sudska odluka ne bi mogla pobijati zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja samo zato što tijekom prvostupanjskoga postupka nije iznesena tvrdnja o postojanju konkretnoga prava ili pravnoga odnosa koji imaju značenje prethodnoga pitanja - tvrdnje o postojanju takvih prava kao nove činjenice ne bi se mogle iznijeti po prvi put tek u žalbi. U žalbi se ne mogu iznositi nove činjenice, osim ako se odnose na bitne povrede odredaba parničnoga postupka zbog kojih se žalba može izjaviti (352/1.), odnosno osim ako se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja ne pobijaju zbog toga što su te izjave dane u bitnoj zabludi ili pod utjecajem prisile ili prijevare (353/4.). Ako su tvrdnje o postojanju ili nepostojanju nekog prava ili pravnoga odnosa od prejudicijelne važnosti bile iznesene tijekom prvostupanjskoga postupka, pa ih sud unatoč tome nije utvrđivao, žalba bi se mogla izjaviti zbog nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex* 354.). Prvostupanjska bi se odluka mogla pobijati zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, ako bi se pobijala zato što je utemeljena na pogrešnom rješenju prethodnoga pitanja koje je posljedica pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja o kojemu je ovisilo

¹¹¹ ZUS: Zakon o upravnom sporu (NN 53/91, 9/92, 77/92).

¹¹² U tom smislu i VSH: Rev-2465/81 - PSP 21/182, glede pravomoćne odluke upravnoga tijela o tome smatra li se skup prostorija stanom; Rev-1108/87 - PSP 37/57, glede pravomoćnih odluka nesudskih tijela; Rev-86/92 - IO1994/273, glede pravomoćne odluke donesene u upravnom postupku kojom je utvrđeno svojstvo osiguranika. Takvo je stajalište zauzeto i VTSRH: PŽ-2871/01 - ING PSP 2003-8-89, glede procjene vrijednosti nekretnina društva koje su ušle u njegov temeljni kapital.

rješenje toga pitanja. Prvostupanjska odluka koja bi se pobijala zato što je pogrešno rješenje prethodnoga pitanja bilo posljedica pogrešne primjene materijalnoga prava, mogla bi se također pobijati zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, ali i zbog pogrešne primjene materijalnoga prava.¹¹³ Ako je sud trebao po službenoj dužnosti voditi računa o postojanju ili nepostojanju određenih prethodnih pitanja, činjenično bi stanje trebalo smatrati nepotpuno utvrđenim - na to bi upućivala okolnost da stranke ne mogu u žalbi iznositi samo prigovore o pitanjima na koje prvostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti (352/2.). Tako bi trebalo uzeti da bi stranke mogle u žalbi po prvi put iznijeti prigovor apsolutne ništavosti nekog ugovora, i to stoga što je na takvu ništavost prvostupanjski sud bio dužan paziti po službenoj dužnosti (109/1. ZOO). Ako bi neiznošenjem tvrdnji o postojanju ili nepostojanju nekoga prava ili pravnog odnosa stranke išle za tim da raspolažu pravima kojima ne mogu raspolagati (3/3.), prvostupanjska bi se odluka mogla pobijati i zbog apsolutno bitne povrede odredaba parničnoga postupka utemeljenja odluke na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (354/2.4.).

U reviziji se prethodno pitanje kao nova činjenica ne može iznijeti (387.). Revizija se ne bi mogla izjaviti ni zato što je prethodno pitanje pogrešno utvrđeno ako bi to zahtijevalo utvrđivanje novih činjenica i izvođenje novih dokaza.¹¹⁴ Međutim, ako bi pogrešno rješenje prethodnoga pitanja bilo posljedica pogrešne primjene materijalnoga prava, revizija bi bila dopuštena.

Ponavljanje postupka se zbog pogrešnog rješenja prethodnoga pitanja može tražiti u tri slučaja. Prvo, ako se pobijana odluka temelji na drugoj odluci suda ili na odluci kakva drugog tijela, a ta odluka je pravomoćno preinačena, ukinuta odnosno poništena (42171.8.). Drugo, ako je nadležno tijelo naknadno pravomoćno (drukčije) riješilo prethodno pitanje na kojemu se temelji odluka suda (42171.9.). Treće, ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrijebi nove dokaze na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljna odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku (42171.10.). Treći bi slučaj obuhvaćao i slučajeve u kojima bi se nove činjenice ili novi dokazi ticali utvrđenja činjenične premise logičkog silogizma rješenja prejudicijelnoga pitanja.

17. Zaključne napomene

Problem rješavanja prejudicijelnih pitanja u parničnom postupku i prejudicijelnoga djelovanja sudskih odluka općenito javlja se kao specifičan aspekt

¹¹³ U tom smislu izgleda TRIVA, GPPP, 593., doduše u vezi s revizijom.

¹¹⁴ Tako je suđeno da se prigovor postojanja prava zadržanja ne može po prvi put isticati tek u reviziji kad uključuje isticanje prigovora nepotpuno ili pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja (VSH: Rev-80/90 - PSP 51/187), odnosno da se prigovor apsolutne ništavosti ugovora ne može po prvi put isticati u reviziji kad uključuje isticanje prigovora nepotpuno ili pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja (VSH: Rev-1548/91 - IO 1993/274).

problemskog kompleksa pravomoćnosti. Jednako kao i sam institut pravomoćnosti i institut prejudicijelnih pitanja nije na dostatno ekspliciran i određen način riješen u Zakonu o parničnom postupku, tako da je njegova pravnoteorijska i pravno-pragmatična impostacija praćena doktrinarnim kontroverzama te često neujednačenom sudskom praksom. To je možda s jedne strane i dobro zato što se time izbjegava zakonsko blokiranje razvitka tih fluidnih i još uvijek spornih instituta, zato što se time omogućava njihovo prilagođavanje izmijenjenim potrebama društvenoga života kreativnim djelovanjem doktrine i judikature. Ipak, neke su zakonodavne intervencije izvršene Novelom ZPP-a iz 2003., o kojima je bilo riječi u ovom radu, pridonijele tome da se jasnije sagleda ne samo institut pravomoćnosti općenito već i problem prejudicijaliteta posebno. U tom bi smislu oprezno i promišljeno trebalo nastaviti.

Summary

“PRELIMINARY ISSUE” IN CIVIL PROCEDURE

This article attempts to thoroughly examine a preliminary (prejudicial) issue as an institute of the Croatian civil procedure; an issue on existence or non-existence of a certain right or legal relation whose previous solution influences court's decision on some other, usually main, issue. The institute is first examined by determination of object that is deemed to be the preliminary issue, meaning of its preliminaryity, its function as a factual issue and its content as a concrete legal issue. Afterwards, three methods of deciding on preliminary issue are presented – decision on a preliminary issue within the very procedure it appeared, decision on the issue as a main issue in a separate procedure before a competent body, and the case in which decision on a preliminary issue has already been made by a binding judgment of a court or by a decision of another body. The problem of binding effect of a preliminary issue for a court is further discussed in view of possible preliminary effect of a court decision rendered in the civil procedure. In that respect, the author first gives an overview of his previous articles on possible effects of court decisions as legally relevant facts, as particular evidences (public document) and as individual legal norms. Special attention is given to the relation of these effects and finality of a decision as a general characteristic of court decision to produce its effects according to content of legal protection provided by it. Subsequently, possible preliminary effect of declaratory, condemnatory and constitutive decisions is being analyzed. The author's approach is specific in its attempt to prove that, apart from declaratory decisions, preliminary effect can have both condemnatory decisions, as they implicitly determine disputed claim, and constitutive decisions, as they «declare with constitutive effect» the existence of a new legal status. Possible preliminary effect of these decisions is explained with two presumptions – *presumptio iure et de iuris* on existence or non-existence of the determined right, legal relation or legal status as far as the moment of the conclusion of the oral hearing is concerned or, in constitutive decisions, at the very moment when the court decision has acquired its binding force, and *presumptio iuris* regarding the

period after the conclusion of the oral hearing. Preliminary effect of court decisions is shaped by determination of objective, subjective, temporal, procedural and territorial limits of their effectiveness. The article also analyzes legal basis of preliminary effect of administrative acts in judicial proceedings. Finally, the institute of preliminary issues is examined in light of legal remedies.

Key words: civil procedure, finality of a decision, preliminary issue, court decision.

Zusammenfassung

DIE "VORFRAGE" IM GERICHTSVERFAHREN

In der Arbeit wird versucht, das Institut der Vorfrage im kroatischen Verfahrensrecht in seiner Ganzheit zu bearbeiten als Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, bei dessen Lösung das Gerichtsurteil von einer anderen, in der Regel Hauptfrage abhängt. Einleitend wird das Institut impostiert durch die Bestimmung des Objekts der Vorfrage, die Bedeutung seines Vorausgangs, seine Funktion als tatsächliche Frage sowie die Umstände nach denen es inhaltlich eine konkrete juristische Frage ist. Danach werden drei Lösungsarten der Vorfrage dargelegt – als Vorfrage in dem Verfahren, in dem sie aufgetaucht ist, als Hauptfrage in einem besonderen Verfahren vor einem dafür befugten Körper sowie im Fall, wenn über sie eine verpflichtende Entscheidung schon vom Gericht oder einem anderen befugten Körper gefällt wurde. Das Problem der Bindung des Gerichts an die Entscheidung über die Vorfrage wird in der Fortsetzung unter dem Aspekt eines möglichen präjudizialen Wirkens der im Gerichtsverfahren gefällten Entscheidungen bearbeitet. Damit verbunden wird zuerst die Auffassung des Autors, die er in früheren Arbeiten entwickelt hat, rekapituliert und zwar die mögliche Effizienz der Gerichtsurteile als juristisch relevante Tatsachen, als spezifisches Beweismittel (öffentliche Dokumente) und als individuelle Rechtsnormen wobei die Beziehung der Wirksamkeit und Rechtskraft als generelle Eigenart von Gerichtsentscheidungen betrachtet wird, die ihre Wirkungen schon nach dem Inhalt des Schutzes, den sie bieten, produzieren. Danach wird gesondert die mögliche präjudiziale Wirkung deklarativer Entscheidungen sowie kondemnatorischer und konstitutiver Entscheidungen analysiert. Mit seinem besonderen Ansatz versucht der Autor zu zeigen, dass neben den deklarativen Entscheidungen auch kondemnatorische mit ihrer als rechtskräftig implizierten Feststellung der eingeklagten Forderung als Präjudiz wirken, ebenso wie die konstitutiven Feststellung durch rechtskräftiges «konstitutives Feststellung» der neu geschaffenen Rechtslage. Dabei wird die mögliche Wirkung der Präjudiz jeder dieser Feststellung durch zwei Vermutungen erklärt – durch eine absolute über das Bestehen oder Nichtbestehen des festgestellten Rechts, Rechtsverhältnisses oder der Rechtslage bezüglich des Augenblicks auf den sich die Rechtskraft der Gerichtsentscheidung bezieht bzw. bei konstitutiven

hinsichtlich des Moments ihrer Rechtskraft, und durch eine andere, hinsichtlich der Zeit danach, anfechtbare. Der präjudizielle Wirkung von Gerichtsentscheidungen wird durch die Bestimmung objektiver, subjektiver, zeitlicher, prozessualer und territorialer Grenzen ihrer Wirksamkeit präzisiert. Die Arbeit wird durch die Analyse der Rechtsgrundlagen der präjudiziellen Wirkung von Verwaltungsakten im Gerichtsverfahren bereichert. Abschließend wird das Institut der Vorfrage unter dem Aspekt der Rechtsmittel problematisiert

Schlüsselwörter: Gerichtsverfahren, Rechtskraft, Vorfrage, Gerichtsentscheidung.

Sommario

“QUESTIONE PREGIUDIZIALE” NEL PROCESSO CIVILE

Nel lavoro si cerca di esaminare esaurientemente la questione pregiudiziale come istituto del diritto processuale civile croato, quale questione sull'esistenza o l'inesistenza di un determinato diritto o rapporto giuridico la cui precedente soluzione influenza la decisione del tribunale su qualche altra questione, solitamente principale. L'istituto è prima esaminato mediante la determinazione dell'oggetto che è ritenuto essere la questione pregiudiziale, del significato della sua pregiudizialità, della sua funzione come questione di fatto e del suo contenuto come questione giuridica concreta. In seguito sono presentati tre metodi di decidere sulla questione pregiudiziale – la decisione sulla questione pregiudiziale all'interno della stessa procedura in cui essa emerge, la decisione sulla questione come una questione principale in una procedura separata davanti ad un organo preposto, e nel caso in cui la decisione sulla questione pregiudiziale sia già stata presa mediante una sentenza vincolante di un tribunale o la decisione di un altro organo. È quindi discusso il problema dell'effetto vincolante della decisione sulla questione pregiudiziale per il tribunale nella prospettiva del possibile effetto pregiudiziale di una decisione giudiziale resa nel processo civile. A questo riguardo, l'Autore prima fornisce una rassegna di suoi precedenti articoli sui possibili effetti delle decisioni giudiziali come fatti giuridicamente rilevanti, come prove particolari (documenti pubblici) e come norme giuridiche individuali. È prestata particolare attenzione al rapporto di questi effetti e l'effetto di cosa giudicata della decisione come caratteristica generale della decisione giudiziale di produrre i suoi effetti secondo il contenuto di tutela legale da essa fornita. Successivamente, sono analizzati il possibile effetto pregiudiziale delle decisioni declaratorie, condannatorie e costitutive. L'approccio dell'Autore è specificamente nel cercare di provare che, a parte le decisioni declaratorie, l'effetto pregiudiziale possono averlo sia le decisioni condannatorie, poiché dichiarano implicitamente l'esistenza del credito preteso, che le decisioni costitutive, poiché “dichiarano con effetto costitutivo” l'esistenza di un nuovo stato giuridico. Il possibile effetto pregiudiziale di queste decisioni è spiegato con due presunzioni – presunzione

assoluta sull'esistenza o l'inesistenza di un determinato diritto, rapporto giuridico o stato giuridico al momento in cui si riferisce la forza di cosa giudicata o, nelle decisioni costitutive, allo stesso momento nel quale essa diventa cosa giudicata, e presunzione relativa riguardo il periodo successivo a questi momenti. L'effetto pregiudiziale delle decisioni giudiziali è formato dalla determinazione dei limiti oggettivo, soggettivo, temporale, procedurale e territoriale della loro effettività. L'articolo analizza altresì la base giuridica dell'effetto pregiudiziale degli atti amministrativi nel procedimento giurisdizionale. Infine, l'istituto delle questioni pregiudiziali è problematizzato con aspetti dei rimedi legali.

Parole chiave: *processo civile, irrevocabilità, questione pregiudiziale, decisione giudiziale.*

STVARNOPRAVNI UČINCI PRETVORBE DRUŠTVENIH PODUZEĆA

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

UDK: 347.72.02
347.232:347.235
Ur.: 1. prosinca 2004.
Pr.: 17. siječnja 2005.
Izvorni znanstveni članak

Postoji opća suglasnost da se pretvorba prava društvenih poduzeća na nekretninama vremenski podudara s njihovom statusnom pretvorbom u dionička društva ili u društva s ograničenom odgovornošću. Međutim, postoji nesuglasnost o pravnoj osnovi pretvorbe društvenog vlasništva. Po jednom gledištu statusna pretvorba društvenih poduzeća je posljedica pretvorbe društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva njihovih pravnih sljednika: dioničkih društava ili društava s ograničenom odgovornošću, jer su društvenopravne osobe (pa i društvena poduzeća) izraz društvenog vlasništva, njegov derivat, a ne obrnuto. Zato pretvorba društvenog vlasništva u građansko vlasništvo (pravo vlasništva) neminovno uzrokuje pretvorbu – društvenopravne osobe u vlasničkopravnu osobu. Po drugom gledištu pretvorba društvenog vlasništva dogodila se nekoliko godina nakon statusne pretvorbe na temelju Zakona o vlasništvu koji je stupio na snagu 1. siječnja 1997., ali s povratnim učinkom od trenutka statusne pretvorbe. Prema tom gledištu novoosnovana trgovačka društva do 1. siječnja 1997. imala su ona prava na nekretninama u društvenom vlasništvu koja su pripadala njihovom predniku – društvenom poduzeću, jer se ta prava nisu mogla pretvoriti u pravo vlasništva univerzalnom sukcesijom. Ovaj zaključak, međutim, u sukobu je sa svrhom pretvorbe, jer svrha pretvorbe je pretvaranje društvenog vlasništva o građansko vlasništvo, odnosno pretvaranje prava društvenih poduzeća na nekretninama u pravo vlasništva dioničkih društava, odnosno društava s ograničenom odgovornošću koja se konstituiraju u postupku pretvorbe usporedo s transformacijom prava na stvarima u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva njihovog prednika. Društvenopravne osobe bile su izraz društveno-vlasničkih odnosa pa se nisu mogle transformirati u vlasničkopravne osobe bez pretvorbe društvenog vlasništva. Zato se ni društveno poduzeće nije moglo transformirati u dioničko društvo odnosno društvo s ograničenom odgovornošću, bez transformacije njegovih prava na nekretninama u pravo vlasništva koje je ušlo u imovinu novoosnovanih trgovačkih društava. Ovaj zaključak potvrđuju

odredbe iz čl. 360. Zakona o vlasništvu. Kod pretvorbe društvenog vlasništva kao i u slučaju singularnog prijenosa stvari iz društvenog u privatno vlasništvo ne vrijede pravila sukcesije, već u tom slučaju prestaje društveno vlasništvo da bi se konstituiralo privatno vlasništvo na originalan način. Objekt pretvorbe su pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja na stvarima (nekretninama) društvenih poduzeća, osim na onim nekretninama koje su isključene iz pretvorbe po prirodi stvari (opća dobra i javna dobra), po zakonu (npr. poljoprivredno zemljište, šume i šumska zemljišta) ili odlukom organa upravljanja društvenog poduzeća (npr. stanovi).

Ključne riječi: *društveno vlasništvo, društveno poduzeće, pretvorba, pravo vlasništva, dioničko društvo, društvo s ograničenom odgovornošću.*

Sadržaj: *Uvod; 1. Sintagma pretvorba društvenih poduzeća; 2. Općenito o pravnim učincima pretvorbe društvenih poduzeća; 3. Subjekti pretvorbe; 4. Objekt pretvorbe; 5. Opće pretpostavke za pretvorbu društvenih poduzeća; 6. Suprotstavljena gledišta o pravnoj osnovi pretvorbe prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama); 7. Kritika gledišta po kome se pretvorba prava na nekretninama društvenih poduzeća dogodila tek stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu; 8. Originarno stjecanje prava vlasništva na nekretninama; 9. Pravne reperkusije gledišta prema kome se pretvorba prava na nekretninama društvenih poduzeća dogodila 1. siječnja 1997.*

Uvod

Pretvorba društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno pretvorba prava na stvarima u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva i druga stvarna prava pravnih i fizičkih osoba proizvela je ne samo takve pravne promjene koje su bitno utjecale na oblikovanje pravnog poretka, već, istovremeno, proizvodi vrlo krupne strukturalne društvene i ekonomske promjene s dugoročnim posljedicama. Pretvorbom društvenog vlasništva u građansko vlasništvo mijenja se cjelokupna ekonomska i društvena struktura hrvatskog društva. O tome se do sada raspravljalo uglavnom pragmatički, više publicistički, rjeđe znanstveno; nije objavljeno još ni jedno sveobuhvatno znanstveno sistematsko djelo o promjenama gospodarske i društvene strukture koje su prouzrokovane pretvorbom društvenog vlasništva u Republici Hrvatskoj. Ovaj članak ne dotiče se gospodarskih i društvenih učinaka pretvorbe društvenog vlasništva u privatno vlasništvo, kao ni pretvorbe društvenog kapitala.

Općenito, promatramo li pretvorbu kao društveni i ekonomski proces u Republici Hrvatskoj, i u drugim državama koje su nastale raspadom bivše SFRJ, ona je posljedica sloma cjelokupne društvene strukture (i pravnog sustava) zasnovane na udruženom radu sa sredstvima za proizvodnju u društvenom vlasništvu, kojim se htjelo negirati pravo vlasništva na kome počiva cjelokupna struktura građanskog društva: ekonomska, društvena, politička, pravna i kulturna. Ekonomski slom prouzrokovao

je slom sustava udruženog rada, samoupravljanja i njihovih derivata kao što su dogovorna ekonomija i delegatski predstavnički sustav, a to znači cjelokupnosti društvenog vlasništva (u ekonomskom i sociološkom smislu). Otvoren je put povratka građanskom (privatnom) vlasništvu i tržišnom gospodarstvu zasnovanom na tržišnoj i poduzetničkoj slobodi. Ustavom Republike Hrvatske, od 22. prosinca 1990., utvrđuje se da je “poduzetnička i tržišna sloboda temelj gospodarskog ustroja Republike” (čl. 49. st. 1.).¹ Država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu. Zabranjeni su monopoli (čl. 49. st. 2.).

Svima, bez iznimke, Ustav jamči pravo vlasništva (čl. 48. st. 1.), uzdižući njegovu nepovredivost među najviše vrednote ustavnog poretka RH (čl. 3.). Samo u interesu Republike Hrvatske moguće je zakonom ograničiti ili oduzeti pravo vlasništva, uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1.). Poduzetnička i tržišna sloboda mogu se ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (čl. 50. st. 2.).

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima² konkretizira ustavna načela uređujući ustanovu privatnog prava vlasništva i njegovo naličje – javno vlasništvo, derogirajući time ustanovu društvenog vlasništva.

Zakon o vlasništvu izričito propisuje da od njegova stupanja na snagu (1. siječnja 1997. godine) u RH postoji samo jedan oblik vlasništva uređen zakonom (čl. 1. st. 2. ZV-a). Samo pravne osobe javnog prava kao vlasnici imaju drukčiji položaj kad je to zakonom određeno. Zakon o vlasništvu propisuje: “Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnog prava koje su nositelji prava vlasništva imaju kao vlasnici u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici ako zakonom nije što drugo određeno” (čl. 35. st. 1.). “Drugoo” je određeno glede prava vlasništva Republike Hrvatske i drugih osoba javnog prava (čl. 35. st. 2.-8.),^{3, 4} ali i u drugim odredbama kao npr. u čl. 159. st. 4. ZV-a, pa i drugim zakonima, kao npr. u ZN-u⁵ čl. 1. st. 3., čl. 54. i 56. itd.

¹ Ustav Republike Hrvatske, NN, br. 56/90., od 20. 12. 1990.

² NN, br. 91/96., 73/00., 114/01; ZID Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, NN, br. 68/98. čl. 12. kojim se ukidaju čl. 371. ZV-a i čl. 225. Zakona o zemljišnim knjigama, odluke Ustavnog suda RH, NN, br. 137/99., 22/00.; ZID Stečajnog zakona, NN, br. 129/00. (tiče se uspostave pravnog jedinstva zemljišta i zgrade u slučaju da je prije stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima pokrenut stečajni postupak); u daljnjem tekstu: ZV.

³ Druge osobe javnog prava su jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ustanove i s njima izjednačene pravne osobe (čl. 35. st. 8. ZV-a). Vidi Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi NN, br. 33/01. i 60/01. kojim se mijenja dotadašnja zakonska sintagma “lokalna samouprava i uprava”.

⁴ Gavella, N., Josipović, Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 294 – 295.

⁵ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN, br. 92/96., br. 92/96., 39/99., 42/99. ispr. 92/99., 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., 80/02. i 81/02. ispr. (u daljnjem tekstu: Zakon o naknadi ili ZN).

Pretvorba proizvodi tri pravna učinka: pretvorbu subjekta (društvenog poduzeća), pretvorbu kapitala društvenog poduzeća i pretvorbu prava na stvarima u društvenom vlasništvu.

U ovom članku raspravlja se posebno o stvarnopravnim učincima pretvorbe društvenog vlasništva, tj. o pretvaranju prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću, koja se konstituiraju u postupku pretvorbe društvenih poduzeća.

Smatra se da su vlasništvo Republike Hrvatske sve stvari iz društvenog vlasništva na području Republike Hrvatske za koje nije utvrđeno u čijem su vlasništvu, a u odnosu na njih ne i djeluje predmnjeva upisa u zemljišne knjige u korist neke druge osobe (čl. 362. st. 3. ZV-a).⁶

1. Sintagma pretvorba društvenih poduzeća

Sintagma pretvorba društvenih poduzeća obuhvaća statusnu pretvorbu, a primarno pretvorbu prava na nekretninama, koja su imala društvena poduzeća, u pravo vlasništva njihovih pravnih slijednika: dioničkih društava ili društava s ograničenom odgovornošću.

2. Općenito o pravnim učincima pretvorbe društvenih poduzeća

U hrvatskoj pravnoj literaturi postoji suglasnost da pretvorba društvenih poduzeća proizvodi tri pravna učinka.

Prvi pravni učinak je pretvorba društvenog poduzeća u dioničko društvo ili u društvo s ograničenom odgovornošću koje ima u cjelini poznatog vlasnika (čl. 4.) – statusna pretvorba.

Drugi pravni učinak pretvorbe je stjecanje prava fizičkih i pravnih osoba na dionice u dioničkom društvu, odnosno na udjele u društvu s ograničenom odgovornošću, tj. stjecanje prava vlasništva na dioničko društvo ili na društvo s ograničenom odgovornošću. Općenito, pravo vlasništva na trgovačko društvo treba razlikovati od prava vlasništva trgovačkog društva na stvari koje su u postupku pretvorbe obuhvaćene odlukom o pretvorbi, popisom i procjenom društvenog kapitala. U prvom slučaju riječ je o vlasništvu dionica i udjela kapitala koje ovlašćuje njegova titulara da sudjeluje u podjeli dobiti trgovačkog društva i u upravljanju trgovačkim društvom, što se bitno razlikuje od građanskog vlasništva – najpotpunijeg prava na

⁶ Naša tema je pretvorba društvenog vlasništva u građansko vlasništvo na nekretninama, a ne i pokretnim stvarima, pa se pravnotehnički izraz "stvar" u ovome tekstu odnosi samo na nekretnine.

stvarima⁷. Vlasništvo nad poduzećem mogle su steći pretvorbom osobe (fizičke i pravne) navedene u čl. 5. st. 1. t. 1. do t. 8.⁸ Zakona o pretvorbi.⁹

Treći pravni učinak pretvorba je prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva novonastalog trgovačkog društva.

Iako postoji suglasnost da se pretvorbom društvenog poduzeća pretvaraju i prava na nekretninama koja su pripadala društvenom poduzeću u pravo vlasništva novoosnovanih trgovačkih društava, postoje neslaganja o pravnom temelju pretvorbe društvenog vlasništva u građansko vlasništvo odnosno prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama) u pravo vlasništva njihovih pravnih slijednika (*infra*).

3. *Subjekti pretvorbe*

Budući da se pretvorbom preobražava društveno vlasništvo u građansko vlasništvo, odnosno prava na stvarima u društvenom vlasništvu u privatno vlasništvo, a društveni kapital u kapital “poznatog vlasnika” – subjekti pretvorbe su društvenopravne osobe, ali se ovaj članak ograničava na pretvorbu samo jedne kategorije društvenopravnih osoba – društvenih poduzeća.

⁷ Termin pravo vlasništva na trgovačko društvo više odgovara ekonomskom nego pravnom poimanju prava vlasništva i zato “para uši” civilistima koji priznaju pravo vlasništva na stvari i druge objekte (autorsko i industrijsko vlasništvo), ali ne na subjekte, odnosno na dionice i udjele kapitala u trgovačkom društvu.

⁸ Pretvorbom vlasništvo nad poduzećem mogu steći:

1. zaposleni i ranije zaposleni u poduzeću i u složenom obliku udruživanja odnosno organiziranja u koji je poduzeće udruženo te raniji i sadašnji kooperanti u poljoprivrednoj proizvodnji uz osnovni popust od 20% i dodatni od 1% za svaku godinu radnog staža odnosno ugovora o kooperaciji;
2. zaposleni u pravnim osobama koji rade sredstvima u društvenom vlasništvu koje po ovom zakonu ne podliježu pretvorbi i u pravnim osobama u državnom vlasništvu, te zaposleni u organima državne vlasti i u njima odgovarajućim organima pod istim uvjetima kao i zaposleni u poduzeću;
- 2a. punoljetni državljani Republike Hrvatske pod istim uvjetima kao i zaposleni u dijelu u kojem to nisu ostvarile osobe iz točke 1. i 2. ovoga stavka;
3. osobe koje bez prava na popust kupe cijelo ili idealni dio poduzeća;
4. ulagači čiji se dotadašnji ulozi pretvore u dionice ili u udio u poduzeću ili ulože kapital u poduzeće;
5. vjerovnici čija se potraživanja pretvore u dionice ili u udio u poduzeće;
6. Republički fond mirovinskog i invalidskog osiguranja radnika Hrvatske, Republički fond mirovinskog i invalidskog osiguranja individualnih poljoprivrednika Hrvatske (u daljnjem tekstu: Fondovi);
7. Hrvatski fond za privatizaciju;
8. nekadašnji vlasnici kojima Hrvatski fond za privatizaciju prenese dionice ili udio na ime naknade za imovinu koja im je oduzeta nakon 15. svibnja 1945. godine.

⁹ Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća, NN, br. 19/91., 83/92., 94/93., 2/94. i 9/95.

Po Zakonu o pretvorbi subjekti pretvorbe su poduzeća s društvenim kapitalom, a to su:

- društvena poduzeća i
- poduzeća u mješovitom vlasništvu kada se na temelju društvenih sredstava koja su u njih uložena ne stječu vlasnička prava na poduzeće (čl. 1. st. 2.).

Ograničili smo raspravu na pretvorbu društvenog poduzeća zbog dva razloga. Prvo, društveno poduzeće je dominantan subjekt pretvorbe društvenog vlasništva; drugo, pitanja koja se ovdje obrađuju odgovarajuće se odnose i na mješovito poduzeće. Time se isključuje potreba obrade specifičnosti koje se odnose na mješovito poduzeće, a nisu relevantne za temu koja je predmet ove rasprave.

Zakon o pretvorbi se ne primjenjuje

- na banke i druge financijske organizacije,
- na organizacije osiguranja i
- na pravne osobe koje su osnovane na temelju posebnih propisa (čl. 1. st. 3.).^{10,11}

Zakon o pretvorbi primjenjuje se na sva "društvena poduzeća i druge pravne osobe" sa sjedištem u Republici Hrvatskoj. Status poduzeća koja su osnovale pravne osobe sa sjedištem izvan Republike Hrvatske određuje se "međudržavnim ugovorima ili nekim drugim pravnim aktima" (čl. 3. st. 1.). Poduzeće s društvenim kapitalom ne može prenijeti sjedište izvan Republike Hrvatske osim ako međudržavnim ugovorom nije drukčije ugovoreno (čl. 3. st. 2.).

4. Objekt pretvorbe

Prema Zakonu o pretvorbi društvenih poduzeća neposredni objekt pretvorbe je društveni kapital poduzeća.¹² Prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu koje pripadaju društvenom poduzeću posredni su objekt pretvorbe. Ali se pretvorba društvenih poduzeća nije mogla dogoditi bez pretvorbe prava na stvarima u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva novonastalih trgovačkih društava.

¹⁰ Čl. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća, NN br. 83/92., od 2. prosinca 1992.

¹¹ Pretvorba u strateškim gospodarskim granama (naftna industrija, elektroprivreda, pošte i telekomunikacije, željeznice, vode, šume itd.) provodila se osnivanjem javnih poduzeća u vlasništvu Republike Hrvatske.

¹² O društvenom kapitalu poduzeća i njegovoj funkciji u pravnom prometu prije Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća, Jovanović, V., *Imovina preduzeća, društveni kapital i promet* u zborniku radova, *Promjene u pravu svojine (transformacija društvene svojine)*, izd. NIO, Službeni list SRBiH, Sarajevo, 1990., str. 85-89 (sa stanovišta Zakona o društvenim poduzećima, Službeni list SFRJ, br. 77/88., 40/89. i 46/90. te Zakona o društvenom kapitalu, Službeni list SFRJ, br. 84/89. i 46/90.). U istom zborniku, Velimirović, M., *Pravo akcionara*, str. 109-123.

4.1. Društveni kapital poduzeća

Društveni kapital poduzeća po zakonskoj definiciji je razlika između vrijednosti ukupne aktive poduzeća i vrijednost obveza “prema pravnim i fizičkim osobama na temelju njihovih trajnih uloga u poduzeću” (čl. 2. st. 1.). U aktivu društvenog poduzeća uračunava se ekonomska vrijednost stvari (pokretnih i nepokretnih) koje pripadaju poduzeću, a nisu isključene iz pretvorbe zakonom, kao npr. poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište, kao i zemljište na kojem nitko ne može imati pravo vlasništva ili odlukom društvenog poduzeća (npr. stanovi).

4.2. Prava na nekretninama u društvenom vlasništvu kao objekt pretvorbe

Društvenom poduzeću pripadale su nekretnine u društvenom vlasništvu na kojem je ono imalo pravo korištenja ili pravo raspolaganja. Ta prava su, prema tome, posredni objekti pretvorbe. U skladu s posljednjim promjenama (1988.)¹³ posljednjeg Ustava SFRJ i Zakonom o poduzećima pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja su imovinska subjektivna prava društvenih poduzeća^{14,15} i drugih društvenopravnih osoba.

Prema sadašnjem pravnom poretku Republike Hrvatske pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja na stvarima u društvenom vlasništvu su ne samo subjektivna imovinska prava društvenopravnih osoba, nego i ekvivalenti prava vlasništva. Ova prava pretvarala su se do 1. siječnja 1997. godine u pravo vlasništva sveopćeg pravnog sljednika istovremeno s pretvorbom njihovog nositelja, društvenog poduzeća, (čl. 360. st. 1. ZV-a) po Zakonu o pretvorbi,¹⁶ a po drugim (posebnim) zakonima,¹⁷ najčešće u pravo vlasništva Republike Hrvatske, općina, gradova i

¹³ Ustavni amandmani na Ustav SFRJ, Sl. list SFRJ br. 70/88.

¹⁴ Zakon o poduzećima, NN, br. 77/88., koji je stupio na snagu 1. siječnja 1989., čl. 160.

¹⁵ Barbić, J., Jugoslavensko poduzeće od udruživanja rada prema udruživanju kapitala, *Pravni život*, Zbornik radova, Beograd, specijalno izdanje, Povratak privrede tržištu i vlasništvu, I tom, 1990., str. 5.; Jovanović, V., Privatizacija društvenih preduzeća, u istom Zborniku, str. 175; isti: *Imovina preduzeća...* op. cit., str. 83-85; Stojanović, D. D., Mešovita svojina u Zborniku iz bilješke br. 12, str. 44.

¹⁶ Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća, Narodne novine, br. 19/91., 83/92., 94/93., 2/94., 9/95., prestao važiti na temelju odredbe čl. 49. Zakona o privatizaciji, Narodne novine, br. 21/96.

¹⁷ Zakon o športu, Narodne novine, br. 60/92., 25/93., 11/94. i 77/95., stavljen izvan snage sadašnjim Zakonom o športu, Narodne novine, br. 111/97., koji je stupio na snagu 30. listopada 1997.; Zakon o pretvorbi prava na društvenim sredstvima bivših društvenopolitičkih organizacija, Narodne novine, br. 70/97.; Zakon o jedinicama lokalne samouprave i uprave, Narodne novine, br. 90/92., 94/93. i 117/93., itd.

županija, odnosno drugih pravnih osoba, javnih ustanova,^{18,19} javnih poduzeća u strateškim granama²⁰ i sl.

Dioničko društvo odnosno društvo s ograničenom odgovornošću konstituirano u postupku pretvorbe društvenog poduzeća steklo je pravo vlasništva i na nekretninama koje su bile prisilno prenete u društveno vlasništvo u vremenu od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991., pa i na one koje su bile oduzete, napuštene ili prisilno otuđene za vrijeme Drugog svjetskog rata, a poslije 15. svibnja 1945. nisu vraćene prijašnjim vlasnicima, odnosno njihovim nasljednicima.²¹ Ovaj zaključak proizlazi iz čl. 53. st. 1. ZN-a koji propisuje da se “prijašnjem vlasniku ne vraća (se) u vlasništvo i posjed imovina (neizgrađeno građevinsko zemljište, poslovni prostor i sl.) koja je sukladno Zakonu o pretvorbi društvenih poduzeća unesena u društveni kapital poduzeća”. U tom slučaju “prijašnjem vlasniku pripada pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društva u čiji kapital je u postupku pretvorbe unesena ta imovina”.²²

Pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja na stvarima u društvenom vlasništvu društvenopravne osobe koja se do 1. siječnja 1997. godine nije pretvorila u subjekt prava vlasništva, po slovu zakona, toga dana, svako od ovih prava, pretvoreno je po samom zakonu u pravo vlasništva njihovog dosadašnjeg nositelja,²³ osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno (čl. 360. st. 2. i 390. ZV-a).

4.3. Nekretnine na koje ne stječe pravo vlasništva pravni sljednik društvenog poduzeća

Ne pretvaraju se prava društvenih poduzeća na nekretninama u pravo vlasništva njegovih pravnih sljednika: dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću kada to Zakon isključuje.

ZV propisuje dvije iznimke od pravila pretvorbe spomenutih prava u pravo vlasništva pravnih sljednika društvenog poduzeća.

Prva iznimka samo potvrđuje načelo iz čl. 3. st. 2. ZV-a, prema kome nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti ni jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su u uporabi svih, kao što su atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, te morska obala (opća dobra). Uski pojas morske obale na kojemu se

¹⁸ Zakon o ustanovama, NN, br. 76/93. i odgovarajući specijalni zakoni za posebne ustanove: u zdravstvu, školstvu, kulturi itd.

¹⁹ Dika, M., Ustanove u prijelaznom režimu, *Zakonitost*, br. 4 – 7/1993., str. 336 – 341.

²⁰ Zakon o osnivanju javnog poduzeća INA, *Industrija nafte*, NN, br. 42/90. i 60/93.; Zakon o elektroprivredi NN, br. 31/90., 47/90., 61/91., 26/93., 78/94., 105/99., 111/99. i 51/01. itd.

²¹ Simonetti, P., *Denacionalizacija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004., str. 54-57.

²² Simonetti, P., *Denacionalizacija*, str. 216-217.

²³ Osim na stvari iz članka 390. ZV.

ne može steći pravo vlasništva ni drugo stvarno pravo naziva se pomorsko dobro (čl. 48.-52. PZ-a²⁴ sada čl. 3., 4., 5. i 14. ZPD-a²⁵), a određuje se po kriterijima iz članka 50. PZ-a,²⁶ sada čl. 4. i 14. ZPD-a. Nisu sposobni biti objektom prava vlasništva ni javni putovi, željezničke pruge, morske i zračne luke, ulice, trgovi, javni parkovi, javna parkirališta, druge javne površine itd. (javna dobra u općoj uporabi, čl. 35. st. 4. ZV-a); objektom prava vlasništva trgovačkih društava načelno nisu ni javna dobra u javnoj uporabi (npr. vojni objekti i druge nekretnine namijenjene za izvršavanje prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova, čl. 35. st. 5. ZV-a). Ali se svojstvo javnog dobra, u vlasništvu države, može ukinuti pojedinačnom odlukom nadležnog državnog tijela, a svojstvo općeg dobra ne može. Sve to se odnosi na odgovarajući način i na javna dobra u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave (čl. 35. st. 8 ZV-a).

Drugu iznimku određuju posebni zakoni. Tako je po samom zakonu postalo vlasništvo Republike Hrvatske cjelokupno poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište koje je bilo u društvenom vlasništvu²⁷ bez obzira da li su na njemu imale pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja SR Hrvatska, općine ili druge društvenopravne osobe uključujući i društvena poduzeća. Daljnja ograničenja pretvorbe određuje Zakon o vlasništvu (čl. 390. ZV-a).²⁸

Organ upravljanja društvenog poduzeća mogao je odlučiti da vrijednost stanova na koje je poduzeće imalo pravo raspolaganja ne ulazi u društveni kapital poduzeća (čl. 2., st. 3. Zakona o pretvorbi...). U tom slučaju pravni sljednici društvenog poduzeća – trgovačka društva, ne raspoložu s tim stanovima niti su na njih stekli pravo vlasništva njihovi pravni sljednici ako ih nisu otkupili nositelji stanarskog prava. Ovi stanovi predani su na gospodarenje fondovima u stambenom i komunalnom gospodarstvu (čl. 47. st. 2.), a prodavale su ih nositeljima stanarskog prava općine, odnosno gradovi.²⁹

²⁴ Pomorski zakonik (u daljnjem tekstu: PZ), NN, br. 17/94. 74/94., 43/96.

²⁵ Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama, NN br. 158/03 i 100/04.

²⁶ Vidi ZID PZ-a, NN., br. 43/96., od 21. svibnja 1996.

²⁷ Čl. 3. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 34/91. i 79/93., odnosno čl. 3. st. 1. pročišćenog teksta Zakona o poljoprivrednom zemljištu NN, (br. 54/94. i 48/95.- redakcijski pročišćen tekst u izdanju Informatora, Zagreb, 1995.); čl. 6. i 55. Zakona o šumama, NN, br. 41/90., 52/90., 55/91., 9/91., 61/91., 26/93., 76/93., 76/99. i 13/02

²⁸ Čl. 390. ZV. glasi:

(1) Odredbe članka 360. do 365. ovoga Zakona ne odnose se na stvari na kojima su pravo upravljanja, korištenja i upravljanja imale bivše društvene - društvenopolitičke organizacije na stvari koje nisu unesene u društveni kapital pravnih osoba u postupku pretvorbe na temelju Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća te na stvari pravnih osoba u društvenom vlasništvu sa sjedištem na prije okupiranom, a sada oslobođenom području Republike Hrvatske.

(2) Pretvorba prava upravljanja, korištenja i raspolaganja na stvarima iz st. 1. ovoga članka uredit će se posebnim zakonom.

²⁹ Čl. 5. Zakona o prodaji stanova, NN, br. 42/92. (pročišćeni tekst), 69/92., 25/93., 48/93., 2/94., 44/94., 58/95. i 11/96.

5. Opće pretpostavke za pretvorbu društvenih poduzeća

U postupku pretvorbe uistinu prestaje postojati dosadašnje društveno poduzeće da bi nastalo trgovačko društvo: dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću “koje ima u cjelini poznatog vlasnika” (čl. 4.). Imovina novonastalog trgovačkog društva često je manja od imovine njegova prednika, društvenog poduzeća (*supra*).

Društveno poduzeće se može pretvoriti u dioničko društvo ili u društvo s ograničenom odgovornošću na sljedeće načine:

1. prodajom poduzeća ili idealnog dijela poduzeća;
2. ulaganjem kapitala u poduzeće;
3. pretvaranjem ulaganja na ugovornoj osnovi u poduzeće i potraživanja prema poduzeću u ulog;
4. prijenosom svih dionica, odnosno udjela Fondovima³⁰ i Hrvatskom fondu za privatizaciju bez naknade (čl. 6. st. 1.).

Zakon izričito propisuje da novoosnovano dioničko društvo odnosno društvo s ograničenom odgovornošću “nastaje upisom u trgovački registar” (čl. 6. st. 2.). Novonastalo trgovačko društvo po Zakonu je pravni sljednik društvenog poduzeća (čl. 6. st. 2.).

Društveno poduzeće samo bira propisani način pretvorbe, a može istovremeno koristiti više načina propisanih u čl. 6. Zakona o pretvorbi (čl. 7. st. 1.).

Društveno poduzeće u pretvorbi izdaje dionice “koje glase na ime ako se one stječu uz popust ili se plaćaju u obrocima” (čl. 8. st. 1.). Pri tome društveno poduzeće “ne može kreditirati kupnju dionica odnosno udjela ni jamčiti za kredite koji se uzimaju u tu svrhu” (čl. 8. st. 2.).

Odluku o pretvorbi društvenog poduzeća donosi njegov organ upravljanja; u toj odluci određuje se da se društveno poduzeće pretvara u dioničko društvo ili u društvo s ograničenom odgovornošću (čl. 9. st. 1.).

Da li je predložena pretvorba društvenog poduzeća i način pretvorbe u suglasnosti sa zakonom, kontrolira Hrvatski fond za privatizaciju, koji po zakonu nadzire pretvorbu (čl. 7. st. 2.). Zato je društveno poduzeće bilo dužno uz odluku svoga tijela o pretvorbi dostaviti Hrvatskom fondu za privatizaciju.³¹

1. program pretvorbe poduzeća koji sadrži način o pretvorbi poduzeća i pojedinosti kako se ona provodi;

³⁰ Republički fond mirovinskog i invalidskog osiguranja radnika Hrvatske i Republički fond mirovinskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika Hrvatske (čl. 5. st. 1. toč. 6. Zakona o pretvorbi).

³¹ Prvobitno Agencija Republike Hrvatske za restrukturiranje i razvoj (vidi Zakon o Agenciji... NN, br. 18/90., 47/90. i 19/91.).

2. izvještaj Službe društvenog knjigovodstva Hrvatske da je godišnji obračun za proteklu godinu iskazan u skladu s propisima i računovodstvenim standardima;
3. podatke o tehnološko - tehničkim, kadrovskim i organizacijskim mogućnostima poduzeća, tržišnom položaju poduzeća i bonitetu poduzeća;
4. razvojni program poduzeća;
5. podatke i dokaze o pravu korištenja nekretnina;
6. izvod iz sudskog registra;
7. elaborat o procjeni vrijednosti poduzeća.

Elaborat o procjeni vrijednosti poduzeća sadrži knjigovodstvenu i procijenjenu vrijednost poduzeća (čl. 11.).

Hrvatski fond za privatizaciju smio je dati "suglasnost za provođenje namjeravane pretvorbe" tek nakon što bi utvrdio da je predložena pretvorba "u skladu s mjerilima i načinima propisanim zakonom" (čl. 12. st. 1). Zakon je propisao da će Fond zabraniti provođenje predložene pretvorbe ako procijeni "da se predlaže pretvorba poduzeća protivno uvjetima i načinima koji su propisani zakonom" (čl. 12. st. 2). Rješenje Fonda je konačno, ali protiv njega poduzeće može pokrenuti upravni spor (čl. 12. st. 4).

6. Suprotstavljena gledišta o pravnoj osnovi pretvorbe prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama)

O pravnoj osnovi pretvorbe prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama) postoje dva suprotstavljena gledišta.

6.1. Gledište da se pravna osnova prava društvenih poduzeća na stvarima (nekretninama) nalazi u Zakonu o pretvorbi

Po jednom gledištu, koje se zastupa i u ovom članku, statusna pretvorba događa se istovremeno s pretvorbom prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva novonastalog dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću.³² Drukčije ne može ni biti jer vlasničkopravna osoba, tj. novonastalo trgovačko društvo ne može biti nositelj prava na stvarima u društvenom vlasništvu. Za vrijeme sustava društvenog vlasništva kada bi se nekretnina prenosila iz društvenog vlasništva u imovinu vlasničkopravne osobe, ta osoba (fizička ili građanskopravna) stjecala je pravo vlasništva, a ne pravo koja je do otuđenja iz

³² Ovo gledište zastupa i Barbić, J., *Pretvorba društvenih poduzeća u Republici Hrvatskoj, Privreda i pravo*, Vol. 30. br. 5 – 6, Zagreb 1991. str. 235 i dalje; isti: *Pravo društava I Opći dio*, Organizator, Zagreb 1999., gdje autor ističe da su pretvorbom stvorene pretpostavke za kasniju privatizaciju onog dijela imovine društvenih poduzeća koji je bio prenijet u državno vlasništvo (str. 74 – 75).

društvenog vlasništva pripadalo društvenopravnoj osobi. Nije se primjenjivalo, dakle, pravilo sukcesije *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipsae habet* već se otuđenjem stvari iz društvenog u privatno vlasništvo na njoj konstituiralo pravo vlasništva stjecatelja. I obrnuto, ako bi se otuđila nekretnina iz privatnog u društveno vlasništvo – društvenopravna osoba stjecala je uže pravo od prava vlasništva na otuđenju nekretnini koja je s otuđenjem postala objekt društvenog vlasništva.

6.1.1. Prava vlasničkopravnih osoba na nekretninama u društvenom vlasništvu

Vlasničkopravne osobe imale su prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu i na zajedničkim dijelovima zgrada u društvenom vlasništvu. Ovo su bile iznimke od načela prema kome vlasničkopravna osoba nije mogla imati prava na stvarima u društvenom vlasništvu, ako se izuzmu stvarne služnosti.³³ Takva iznimka postojala je i u odnosu na trajno pravo korištenja na zajedničkim dijelovima zgrade u društvenom vlasništvu koje je pripadalo vlasniku posebnog dijela zgrade. Ove iznimke, međutim, bile su uvjetovane pravom vlasništva na zgradu i na posebni dio zgrade (stan ili poslovna prostorija), koje je bilo Ustavom zajamčeno,³⁴ jer je građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu bilo neotuđivo te su se na njemu mogla stjecati samo prava određena zakonom.³⁵ Vlasničkopravna osoba mogla je stjecati pravo korištenja radi izgradnje vlastite zgrade na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu³⁶ i trajno pravo korištenja na zemljištu na kojem je “zgrada izgrađena” i zemljištu “što služi za redovnu uporabu te zgrade dok ona postoji” (čl. 12. st. 1. ZOVO-a).³⁷ Kako su samo obiteljske zgrade s dva stana ili tri manja mogle biti u privatnom vlasništvu,³⁸ na zajedničkim dijelovima višestambene zgrade vlasnik

³³ Simonetti, P., Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu (monografija), Informator, Zagreb, 1985., str. 55-70, 128-130, 132-136, 167-170, 193, 228., 236-237.; isti: Pravna priroda etažnog vlasništva u nacionalnom i komparativnom pravu, ZPFR, god. 15 (1994.), str. 28. i dalje; isti: Pravno jedinstvo nekretnine i njenih posebnih dijelova, Pravo u gospodarstvu, br. 4/1998., br. 4/1998., str. 666, 667, 669 i 670, te trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade, ZPFR, vol. 20. br. 2. (1999.).

³⁴ Čl. 22. st. 2. i čl. 23. st. 2. i 3. Ustava SFRJ, od 7. travnja 1963., odnosno čl. 78. st. 2., amandman XXIII Ustava SFRJ, od 21. veljače 1974., i čl. 109. st. 2., amandman XL točka 8. Ustava SRH, od 22. veljače 1974. Vidi čl. 9. st. 1. i čl. 11. st. 2. Zakona o osnovnim vlasničko pravnim odnosima (Sl. list SFRJ, br. 6/80. i 36/90.)

³⁵ Čl. 1. st. 2. Zakona o prometu zemljišta i zgrada i čl. 8. Zakona o građevinskom zemljištu.

³⁶ Čl. 25. – 53 ZGZ-a.

³⁷ Šire: Simonetti, P., Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, izd. Informator, Zagreb, 1985., str. 119-244. Osim toga prijašnji vlasnik podruštvoavljenog neizgrađenog društvenog zemljišta imao je pravo korištenja tog zemljišta od podruštvoavljenja do deposediranja, odnosno do dobrovoljnog predaja općini (Simonetti, op. cit. str. 55 – 70; isti; denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta, ZPFR, vol. 25 br. 1, 2004., str. 59 – 75).

³⁸ Čl. 2. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, Sl. list FNRJ br. 52/58.

posebnog dijela zgrade imao je samo trajno pravo korištenja.³⁹ Prava na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu i na zajedničkim dijelovima višestambenih zgrada pretvorila su se u pravo vlasništva odnosno suvlasništva^{40, 41} Prema ovom gledištu predmet pretvorbe su prava na stvarima koje su bile prijavljene i procijenjene u postupku pretvorbe.

6.2. Gledište prema kome je pravnu osnovu pretvorbe prava na stvarima (nekretninama) društvenih poduzeća uredio Zakon o vlasništvu

Prema drugom gledištu,⁴² pravna osnova pretvorbe prava društvenih poduzeća na nekretninama u društvenom vlasništvu nalazi se u prijelaznim odredbama Zakona o vlasništvu (čl. 360 st. 1.)⁴³ s povratnim učinkom od dana statusne pretvorbe.⁴⁴

Pobornici drugog gledišta osporavaju prvo gledište zbog toga što Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća ne uređuje pretvorbu njihovih prava na stvarima (nekretninama) niti određuje pravnu osnovu stjecanja prava vlasništva novonovanih trgovačkih društava. Oni smatraju da su u pravnom sustavu Republike Hrvatske vlasničkopravni subjekti mogli biti (i bili su) nositeljima prava na stvarima u društvenom vlasništvu jer su po Ustavu RH svi jednaki pred zakonom (čl. 14. st. 2.) i u odnosu na imovinska prava, odnosno prava na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu.

Osim toga, pobornici drugog gledišta ističu da prvo gledište nailazi na dvije nepremostive pravne zapreke. Prva je doktrinarna, a druga praktična.

U slučaju statusne pretvorbe, naime, po univerzalnoj sukcesiji u imovinu novonastalog trgovačkog društva ulaze ona prava koja je imao njegov prednik, društveno poduzeće, jer se samom sukcesijom ta prava nisu mogla preobraziti u neko drugo pravo. Za pretvorbu ovih prava do stupanja na snagu Zakona o vlasništvu nije bilo pravne osnove.⁴⁵

³⁹ Čl. 2. st. 2. Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrada koji je bio na snazi do 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 1. al. 2. Zakona o vlasništvu).

⁴⁰ Po odredbama iz čl. 359., 361., 362., 363. i 365. Zakona o vlasništvu te čl. 9. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i čl. 366-367. Zakona o vlasništvu (vidi: izmjene čl. 1. ZID Zakona o vlasništvu... NN, 114/01. te ZID Zakona o prodaji stanova, NN br. 68/98. kojim je ukinut čl. 371. ZV-a).

⁴¹ Simonetti, P., Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta, ZPFR, vol. 25 br. 1 (2004.), isti: Pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama ZPFR, vol. 19, br. 2 (1998.); isti: Pravno jedinstvo nekretnine i njenih posebnih dijelova, op. cit., str. 672 – 681.

⁴² Vidi Gavella N., Josipović T., Pretvorba prava korištenja i raspolaganja na nekretninama nakon pretvorbe njihovih nositelja u trgovačka društva kao preduvjet prilagodbe hrvatskog pravnog poretka europskima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement, br. 3., Rijeka, 2003., str. 103-110.

⁴³ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96...

⁴⁴ Gavella/Josipović, op. cit., br. 21.

⁴⁵ Gavella/Josipović, op. cit., br. 19 i 21.

Drugu pravnu zapreku kritičari prvog gledišta vide u tome što odredba o stjecanju prava vlasništva novonastalog trgovačkog društva nije esencijalni dio odluke o pretvorbi društvenog poduzeća odnosno akta nadležnog tijela o davanju suglasnosti za pretvorbu.⁴⁶

Prema ovome gledištu pretvorba društvenih poduzeća proizvodi neposredno samo statusnu promjenu društvenih poduzeća u trgovačka društva, a u vezi s tim i stjecanje dioničkih prava odnosno prava na udjele u trgovačkom društvu, ali ne i pretvorbu prava na stvarima (nekretninama) koje ulaze u imovinu trgovačkog društva nastalog pretvorbom. Po pravu sveopćeg sljedništva (univerzalne sukcesije) u imovinu trgovačkog društva ulazi pravo korištenja i raspolaganja na stvarima (nekretninama) u društvenom vlasništvu koje je do pretvorbe pripadalo društvenom poduzeću. Pobornici ovog gledišta ističu da se, u postupku pretvorbe društvenog poduzeća ne određuje (odlučuje) pojedinačnom odlukom o pretvorbi kome će pripasti njegova imovina kada se ono pretvori u trgovačko društvo. Naprotiv, to je određeno Zakonom o pretvorbi prema kome je dioničko društvo odnosno društvo s ograničenom odgovornošću pravni sljednik društvenog poduzeća (čl. 6. st. 2.), što znači da su u njegovu imovinu po samom zakonu ušla prava njegova prethodnika – društvenog poduzeća. Ta prava se pretvaraju u pravo vlasništva na temelju posebnog propisa koji je donijet i stupio na snagu i nekoliko godina nakon statusne pretvorbe, ali s povratnim učinkom od dana statusne pretvorbe (čl. 360. st. 1. ZV- a).

Prema drugom gledištu, dakle, nekretnine društvenih poduzeća, koja su se ranije transformirala u trgovačka društva po odredbama Zakona o pretvorbi iz 1991. g., bile su u društvenom vlasništvu do 1. siječnja 1997., jer do tada nije postojala pravna osnova za pretvorbu prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva. Pobornici ovog gledišta odbacuju prigovor da vlasničkopravne osobe (dionička društva i društva s ograničenom odgovornošću nastala u postupku pretvorbe) ne mogu biti nositeljima prava na stvarima u društvenom vlasništvu, jer smatraju da to gledište “ima svoj korijen u sustavu nejednakosti pravnih subjekata” koji je abrogiran Ustavom Republike Hrvatske od 22. prosinca 1990., dakle, prije 1. svibnja 1991. kad je stupio na snagu Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća. Po Ustavu Republike Hrvatske svi su pred zakonom jednaki (čl. 14. st. 2.) pa je time otpala i zapreka iz ranijeg pravnog sustava “da prava korištenja i raspolaganja stvarima u društvenom vlasništvu pređu s društvenog poduzeća na njegovog sveopćeg sljednika sposobnog da bude nositeljem prava vlasništva” koja su se kasnije na temelju čl. 360. st. 1. Zakona o vlasništvu “pretvorila u pravo vlasništva... s učinkom od pretvorbe subjekta”.⁴⁷

⁴⁶ Gavella/Josipović, op. cit., br. 20.

⁴⁷ Gavella/Josipović, op. cit., br. 22.

7. Kritika gledišta po kome se pretvorba prava na nekretninama društvenih poduzeća dogodila tek stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu

Prema oba gledišta, dakle, pretvorba prava društvenog poduzeća na stvarima (nekretninama) dogodila se u trenutku njegove transformacije u trgovačko društvo. Ali su prema prvome stajalištu te pretvorbe međusobno uvjetovane, pa su se zbog toga istovremeno dogodile, dok prema drugom gledištu takve uvjetovanosti nema, pa se pretvorba društvenog vlasništva dogodila tek 1. siječnja 1997. godine kada je stupio na snagu Zakon o vlasništvu koji je propisao pravnu osnovu te pretvorbe s povratnim učinkom od pretvorbe društvenog poduzeća u dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću.

Prema prvom gledištu statusna pretvorba društvenih poduzeća logički je posljedica pretvorbe društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno pretvorbe njihovih prava na nekretninama u pravo vlasništva njihovih pravnih sljednika, a ne obrnuto. Ovo zbog toga što je društveno vlasništvo odredilo svojstvo društvenopravne osobe,⁴⁸ nositelja prava na nekretninama u društvenom vlasništvu,⁴⁹ a nije svojstvo društvenopravne osobe promijenilo privatno vlasništvo u društveno vlasništvo. Ne određuje svojstvo subjekta prava prirodu pravnog odnosa, već obrnuto, priroda pravnog odnosa određuje svojstvo subjekta, nositelja prava iz pravnog odnosa. Društveno vlasništvo (društveno-ekonomsko i pravni odnos), dakle, određuje svojstvo društvenopravne osobe, a privatno vlasništvo – svojstvo vlasničkopravne osobe. Zato je samo promjena prirode pravnog odnosa, transformacija društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno transformacija prava društvenih poduzeća na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva trgovačkih društava, mogla dovesti do transformacije društvenog poduzeća, nositelja prava na nekretninama u društvenom vlasništvu, u dioničko društvo, odnosno društvo s ograničenim odgovornošću, nositelja prava vlasništva na tim nekretninama. Prema tome, te dvije pretvorbe događaju se istovremeno. Pretvorba društvenog vlasništva, odnosno prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva neminovno uvjetuje statusnu pretvorbu bez odgađanja. I zato se stvarnopravna pretvorba vremenski

⁴⁸ Vedriš, M.-Klarić, P., *Osnove imovinskog prava*, peto izdanje, Pravni fakultet u Zagrebu, 1984., str. 46; Vedriš, M., *Društvenopravne osobe*, Naša zakonitost, br. 7-8/1960. str. 327-341; Đurović, Lj., *Prava i obaveze društvenopravnih lica na sredstvima u društvenoj svojini*, Institut društvenih nauka, Centar pravna i politikološka istraživanja, Beograd, 1979., str. 22-38; Perovšek, M., *O vknjižbi lasninske pravice na državnih neprimičinah*, Ljudski pravnik, br. 11-12/1947. vidi Uredbu o uknjižbi prava na državnoj nepokretnoj imovini, Službeni list FNRJ br. 58/47.

⁴⁹ Društvenopravna osoba bila je ovlaštena prisvajati ekonomska svojstva stvari (nekretnina) i njima raspolagati u granicama zakona, Gams, A., *Svojina*, Naučna knjiga, Beograd, 1988., str. 291-292; isti: *Uvod u građansko pravo*, Opšti deo, Naučna knjiga, Beograd, 1967., str. 112-113; Stojanović, D., *Uvod u građansko pravo*, šesto izdanje, Beograd, Savremena administracija, Beograd, 1984., str. 123-124

poklapa sa statusnom pretvorbom, konstituiranjem dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću u čijoj se imovini nalazi pravo vlasništva na stvarima na kojima je društveno poduzeće imalo pravo korištenja ili pravo raspolaganja. Samo nominalno je predmet pretvorbe i pravo upravljanja, koje se zadržalo u zemljišnoj knjizi po inerciji, iz vremena administrativnog upravljanja privredom, tj. državnog vlasništva⁵⁰ ili općenarodne imovine.⁵¹

Nemoguća je sukcesija prava na stvarima u društvenom vlasništvu u imovinu vlasničkopravne osobe. Takva sukcesija nije se događala ni na temelju pravnog posla o prijenosu stvari iz privatnog u društveno vlasništvo ili obrnuto. Trgovačko društvo se ne bi moglo konstituirati kao vlasničkopravna osoba bez pretvorbe prava društvenih poduzeća na nekretninama u pravo vlasništva. Pravo vlasništva ulazi u imovinu dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću. U njihovu imovinu ne može ući pravo na stvari (na nekretnini) u društvenom vlasništvu, ono može ući ili se nalaziti samo u "sredstvima" društvenopravne osobe koja ima to svojstvo upravo zbog prirode društvenog vlasništva u "njenim sredstvima" (imovini).

Zato konstituiranjem trgovačkog društva, njegovim upisom u sudski registar, nastala je vlasničkopravna osoba koja u svojoj imovini ima i pravo vlasništva na stvarima (pokretnim i nepokretnim) na kojima je njen prednik imao pravo upravljanja, odnosno pravo korištenja ili pravo raspolaganja. Ovo je značenje odredbe iz čl. 6. st. 2. rečenica druga, Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća koja glasi: "Tako nastalo društvo pravni je sljednik poduzeća koje je pretvorbom prestalo postojati".

Pretvorba društvenog vlasništva na stvarima (nekretninama) prema pobornicima suprotnog gledišta dogodila se 1. siječnja 1997., s povratnim učinkom od dana statusne pretvorbe. To bi značilo da je nekoliko godina od statusne do stvarnopravne pretvorbe postojao vlasničkopravni subjekt bez prava vlasništva, društvenopravni odnos bez društvenopravne osobe, trgovačko društvo s pravima društvenopravne osobe. To je *contradictio in adiecto*, jer je društvenopravna osoba izraz društvenog vlasništva, derivat društvenovlasničkih odnosa, a privatnopravna - izraz privatnog vlasništva. Nema društvenopravne osobe bez društvenog vlasništva kao ni vlasničkopravne bez privatnog vlasništva u njenoj imovini.

Svrha pretvorbe društvenih poduzeća je primarno pretvorba društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno pretvorba prava društvenih poduzeća na nekretninama u pravo vlasništva njihovih pravnih sljednika, trgovačkih društava, radi uspostavljanja Ustavom zajamčenog prava vlasništva (čl. 48. st. 1.). Statusna pretvorba je posljedica stvarnopravne pretvorbe.

⁵⁰ Đurović, Lj., op. cit., str. 22-25. i 67-77; Blagojević, B., *Pravni položaj državnih privrednih poduzeća*, Beograd, 1948., str. 88-93.

⁵¹ Ilić, A., *Upravljanje osnovnim sredstvima*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, tom III, 1955., str. 59-85; Konevski, T., *Principi upravljanja osnovnim sredstvima*, *Pravni život*, br. 4-5/1954; Lazarević, A., *O pojmu i pravnoj prirodi prava upravljanja*, *Godišnik na Pravniot-ekonomski fakultet u Skopje*, 1955., str. 310-346; Ljubibratić, D., *O pitanju prava upravljanja*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1-2/1953, str. 155-162; Perovšek, M., *O upravi splošnega ljudskega premoženja in o raspolaganju z njim*, *Ljudski pravnik*, br. 1/1948, str. 273.

Kada bi pravno bila moguća pretvorba subjekta bez pretvorbe prava na stvarima, pretvorba društvenog poduzeća bez pretvorbe društvenog vlasništva, postavilo bi se pitanje koja je svrha pretvorbe društvenopravne osobe (društvenog poduzeća) u vlasničkopravnu osobu (dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću) bez pretvorbe društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno bez pretvorbe prava na nekretninama društvenog poduzeća u pravo vlasništva njegovog pravnog sljednika. Ovo pitanje nisu postavili pobornici teorije pretvorbe društvenog poduzeća (društvenopravne osobe) bez pretvorbe njegovih prava u pravo vlasništva trgovačkog društva nastalog pretvorbom. Mogući odgovor jest da je svrha pretvorbe društvenog poduzeća “u poduzeće kojemu je poznat vlasnik” (čl. 1. st. 1. Zakona o pretvorbi). Ali se na ovo nadovezuje drugo pitanje. Koja je svrha stjecanja vlasništva na “poduzeće”, točnije na dioničko društvo, odnosno društvo s ograničenom odgovornošću, ako to društvo nije vlasnik nekretnina koje se nalaze u njegovoj imovini (kapitalu njegovih članova), već na njih ono ima samo pravo korištenja ili pravo raspolaganja. Da li bi imala smisla statusna pretvorba bez pretvorbe društvenog vlasništva u građansko vlasništvo, odnosno prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva novonastalih trgovačkih društava – pretvorba subjekta pravnog odnosa bez pretvorbe pravnog odnosa.

Takva pretvorba, i kad bi bila pravno moguća, i kada bi imala opravdanu svrhu, bila bi neizvediva u pravnom prometu, jer bi pravnim poslom dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću moglo prenijeti na stjecatelja domaću ili stranu fizičku ili pravnu osobu samo pravo korištenja ili pravo raspolaganja koje je steklo pretvorbom. U tom slučaju bi, dakle, i domaća i strana osoba stjecala samo pravo korištenja ili pravo raspolaganja na nekretninama u društvenom vlasništvu sa svim ograničenjima koja su propisana ili svojstvena pravnoj prirodi tih prava.

Naprotiv, u socijalističkom sustavu, kao što je naprijed rečeno, bi vlasničkopravna osoba stjecala pravo vlasništva. U socijalističkom sustavu bi se društveno vlasništvo u slučaju prijenosa stvari iz društvenog vlasništva u imovinu vlasničkopravne osobe, pravo korištenja i pravo raspolaganja pretvorilo u pravo vlasništva stjecatelja, a u privatnopravnom sustavu Republike Hrvatske, to bi bilo nemoguće !?

Alternativa je da se društveno vlasništvo, kao i u socijalističkom sustavu, singularnim prijenosom pretvara u pravo vlasništva stjecatelja-vlasničkopravne osobe, na temelju pravnog posla i bez zakonske osnove iz čl. 360. st. 1. ZV-a koja je prema tome gledištu “stigla” nekoliko godina nakon pretvorbe društvenih poduzeća. Tako bi vlasničkopravni subjekt stjecao pravo vlasništva na nekretninama u društvenom vlasništvu na temelju pravnog posla na koje otuđivatelj nije stekao pravo vlasništva statusnom pretvorbom. Pri tome stjecatelj je i vlasničkopravna osoba nastala pretvorbom: dioničko društvo i društvo s ograničenom odgovornošću.

Ako bi se, dakle, usvojilo gledište da se na stvarima u društvenom vlasništvu nisu pretvorila prava u pravo vlasništva istovremeno sa statusnom pretvorbom, pravnim poslom došlo bi se do paradoksalnog rješenja da novoosnovano trgovačko društvo nastalo pretvorbom, otuđuje stvar iz društvenog vlasništva, a da drugo trgovačko društvo, također nastalo pretvorbom, stječe pravo vlasništva temeljem pravnog posla, iako ni ono nije steklo pravo vlasništva na stvarima na kojima je

njegov prednik - društveno poduzeće - imao pravo upravljanja, pravo korištenja ili pravo raspolaganja.

Pobornici teze da se pravna osnova pretvorbe nalazi u prijelaznim odredbama Zakona o vlasništvu pozivaju se na odredbu iz čl. 360. st. 1., a ona kaže da je pravo upravljanja odnosno pravo korištenja i raspolaganja na stvari u društvenom vlasništvu postalo (perfekt)⁵² pretvorbom nositelja tog prava – pravo one osobe koja je pretvorbom postala “sveopći pravni sljednik dotadašnjeg nositelja prava upravljanja, odnosno prava korištenja i raspolaganja na toj stvari”, i to pod pretpostavkom da je stvar “sposobna” biti predmetom prava vlasništva i da posebnim zakonom nije drukčije određeno.⁵³ Prema tome, odredba čl. 360. st. 1. nema konstitutivan učinak, već je zakonska deklaracija-potvrda da se dogodila pretvorba prava na nepokretnim stvarima u društvenom vlasništvu. Ova odredba je potvrda gledišta da se pretvorba društvenog vlasništva dogodila istovremeno s pretvorbom društvenog poduzeća u trgovačko društvo. Ovaj zaključak potvrđuje i odredba iz st. 2. čl. 360. ZV-a koja dosljedno prethodnoj odredbi propisuje: “Pravo upravljanja, odnosno, pravo korištenja i raspolaganja na stvarima u društvenom vlasništvu osobe koja se do stupanja na snagu ovoga Zakona nije pretvorila u subjekt prava vlasništva, postaje stupanjem na snagu ovoga Zakona pravo vlasništva dotadašnjeg nositelja, pravo upravljanja, odnosno prava korištenja i raspolaganja na toj stvari, ako je stvar sposobna biti predmetom prava vlasništva, osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.” Odredba iz čl. 360. st. 2. ZV-a, dakle, ima konstitutivan učinak u pogledu onih pravnih odnosa koji nisu isključeni iz njene sfere i uređeni posebnim zakonom.

Dakle, prava na stvarima u društvenom vlasništvu nisu se pretvorila u pravo vlasništva do 1. siječnja 1997. ako se dotada nije pretvorila i njihova nositeljica – društvenopravna osoba u vlasničkopravnu osobu. Obrnuto, prava na stvarima u društvenom vlasništvu pretvorila su se u pravo vlasništva ako se njihova nositeljica pretvorila u vlasničkopravnu osobu do 1. siječnja 1997. U kontekstu pretvorbe prava na nekretninama u društvenom vlasništvu sintagma “dotadašnjeg nositelja” iz čl. 360. st. 2. nije adekvatna, jer je dotadašnji nositelj bio društvenopravna osoba, a društvenopravna osoba ne može biti nositelj prava vlasništva.

Nositelj prava vlasništva može biti samo vlasničkopravna osoba. Upravo zbog toga što se “nije pretvorila u subjekt prava vlasništva”, nije se pretvorilo ni njeno pravo upravljanja, korištenja ili raspolaganja u pravo vlasništva.

To, međutim, ne znači da se pravo upravljanja, pravo korištenja i pravo raspolaganja na svim stvarima (nekretninama) koje su ulazile u sredstva društvenopravne osobe pretvaraju u pravo vlasništva njenog sveopćeg pravnog sljednika. Isključene

⁵² Zakon kaže...”postalo je”(čl. 360. st. 1. ZV- a).

⁵³ Drukčije je određeno u čl. 390. ZV-a, odnosno u Zakonu o pretvorbi prava na društvenim sredstvima bivših društvenopolitičkih organizacija, NN, br. 70/97. i Zakona o udrugama, NN, br. 70/97.

su, kako je naprijed istaknuto, one stvari (nekretnine) koje po zakonu ne mogu biti objekti prava vlasništva, ali i nekretnine koje su posebnim zakonima ili po posebnim pravnim osnovama prenijete u vlasništvo drugih osoba.

Tako su poljoprivredno zemljište, šume i šumska zemljišta u društvenom vlasništvu na kojima su imala pravo upravljanja, pravo korištenja ili raspolaganja društvena poduzeća ili druge društvenopravne osobe, postale po zakonu vlasništvo Republike Hrvatske,⁵⁴ i to konačno, ako nisu vraćena ovlaštenicima prava na restituciju (naknadu) po Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine^{55,56} ili na temelju posebnog zakona u vlasništvo Republike Hrvatske (npr. i nekretnine društvenopolitičkih i društvenih organizacija),⁵⁷ općina, odnosno jedinica lokalne (područne) samouprave.⁵⁸

Vlasništvo Republike Hrvatske postale su, također, sve stvari na koje je bivša SRH (društvenopravna osoba) imala pravo upravljanja, pravo korištenja ili pravo raspolaganja; zatim, sve stvari na kojima je ta prava imala bivša SFRJ (društvenopravna osoba) koje su po pravu sukcesije prešle u njeni vlasništvo; također i one nepokretne stvari koje su bile predmet naknade po Zakonu o naknadi... a nisu vraćene ovlaštenicima prava na naknadu (restituciju), jer nije podniet zahtjev za restituciju u prekluzivnom roku ili je takav zahtjev pravomoćno odbijen, ako zakonom nije drukčije određeno (čl. 77. Zakona o naknadi).

U vlasništvo sveopćih pravnih sljednika društvenih poduzeća nisu prenesene one nekretnine koje nisu unesene u društveni kapital poduzeća odlukom društvenog poduzeća, kao npr. stanovi koji su bili prenijeti u vlasništvo Fonda... ili zato što tu pretvorbu nije odobrila Agencija/Fond.

Pobornici suprotnog gledišta tvrde da odricanje sposobnosti trgovačkom društvu da bude nositelj prava na stvarima u društvenom vlasništvu ima svoj korijen u sustavu "nejednakosti", koji derogira Ustav RH, propisujući načelo: "Svi su pred zakonom jednaki." (čl. 14. st. 2.). Time je po njihovom mišljenju "otpala zapreka da prava korištenja i raspolaganja stvarima u društvenom vlasništvu prijeđu s društvenog poduzeća na njegovog sveopćeg sljednika, sposobnog da bude nositeljem prava vlasništva".⁵⁹ Oni kažu da se tome ne može suprotstaviti postulat, da vlasničkopravni

⁵⁴ Čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 34/91. i čl. 6. i 55. Zakona o šumama i šumskom zemljištu NN, br. 41/90.

⁵⁵ Čl. 20 i 21., 52 – 55. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine NN, br. 92/96., 39/99., 80/02. i 81/02.

⁵⁶ Simonetti, P., *Denacionalizacija...* str. 246. – 249.

⁵⁷ Čl. 1., 2. i 11. Zakona o pretvorbi prava na društvenim sredstvima bivših društvenopolitičkih organizacija, NN br. 70/97, i Zakona o udrugama, NN br. 70/97., a nisu postale vlasništvo udruge u koje se pretvorila određena društvena organizacija.

⁵⁸ Vidi npr. Zakon o športu, NN br. 60/92., 25/93., 11/94., 77/95., Čl. 80. potonjeg Zakona o športu, NN 111/97.

⁵⁹ Gavella/Josipović, op. cit., str. 10.

subjekti ne mogu biti nositelji na prava na stvarima u društvenom vlasništvu, koji ima korijen u “napuštenom društvenovlasničkom uređenju”, jer se protivi načelu univerzalne sukcesije, po kome, logički, prava prednika bez promjene prelaze na prava sljednika.⁶⁰

Zaključak da se uspostavlja pravna jednakost između subjekata prava time što vlasničkoppravna osoba postaje nositeljem prava na nekretninama u društvenom vlasništvu, zasniva se na pogrešnoj premisi, u pravnom sustavu koji negira društveno vlasništvo. Ne može se naime uspostaviti jednakost pravnih subjekata u pogledu prava koja proizlaze iz ustanove društvenog vlasništva jer je Ustav RH abrogirao tu ustanovu.

U slučaju pretvorbe ne vrijede pravila sukcesije, ni univerzalne, ni singularne, po kojima na stjecatelja prelaze prava otuđivatelja, na sljednika prava prednika. Naprotiv, u slučaju pretvorbe, kao i na temelju pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva, prestaje društveno vlasništvo i s njim pravo na stvarima u društvenom vlasništvu, da bi se konstituiralo pravo vlasništva. Jer, kao što društvenopravna osoba ne može imati na svojim “sredstvima” pravo vlasništva, tako ni vlasničkoppravna osoba ne može imati prava na stvarima u društvenom vlasništvu. Iznimka su prava korištenja na građevinskom zemljištu i trajno pravo korištenja na zajedničkim dijelovima višestambene zgrade koja su nužna pretpostavka za pravo vlasništva na zgradu, odnosno posebni dio zgrade, zajamčeno Ustavom, i uređeno zakonom, u sustavu koji ne dopušta otuđenje građevinskog zemljišta iz društvenog vlasništva u privatno vlasništvo (*supra*).⁶¹

Na temelju ugovora o prodaji zaključenog s vlasničkoppravnom osobom nije se prenosilo na kupca npr. pravo korištenja na automobil, televizor, frižider, već je kupac, domaća ili strana pravna osoba, stjecao pravo vlasništva na kupljenoj stvari, a stjecao ga je zato što u njegovu imovinu nije moglo ući društveno vlasništvo. Na temelju ugovora o prodaji stana iz društvenog vlasništva pod općim pretpostavkama vlasničkoppravna osoba stječe pravo vlasništva na stan, a ne prenosi se pravo korištenja ako je kupac vlasničkoppravna osoba. To se događa i u slučaju pretvorbe društvenog poduzeća u trgovačko društvo koje se ne može konstituirati bez vlastite imovine, a u njegovoj imovini se ne može nalaziti društveno vlasništvo, odnosno prava na stvarima u društvenom vlasništvu.

Pretvorba društvenog vlasništva je pretpostavka pretvorbe svake društvenopravne osobe u vlasničkoppravnu osobu, a ne obrnuto. To znači da je pretvorba na stvarima u društvenom vlasništvu i svih drugih društvenopravnih osoba uzrokovala njihovu pretvorbu u vlasničkoppravne osobe.

⁶⁰ Gavella/Josipović, op. cit., fusnota 30., str. 10.

⁶¹ Osim toga je postojalo privremeno pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja podruštvoavljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je trajalo od podruštvoavljenja zemljišta do deposediranja ili dobrovoljne predaje zemljišta općini. Vidi Simonetti, P., Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, izd. Informator, Zagreb, 1985., str. 55 – 70., isti: Denacionalizacija neizgrađenog građevinskog zemljišta, ZPFR vol. 25 br. 1. str. 49 – 103. (2004.).

Razlika između pretvorbe društvenog vlasništva u pravo vlasništva i stjecanja prava vlasništva na temelju ugovora o prodaji ili drugog pravnog posla kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva je u tome što se u slučaju pretvorbe društvenog vlasništva u pravo vlasništva pretvara društvenopravna osoba u vlasničkopravnu osobu, dok se u slučaju stjecanja prava vlasništva od društvenopravne osobe njeno pravo na stvarima u društvenom vlasništvu gasi da bi nastalo pravo vlasništva stjecatelja.

Statusna transformacija društvenopravne osobe događa se kao posljedica vlasničke pretvorbe, a u slučaju stjecanja od društvenopravne osobe prestaje njeno pravo na stvari koja izlazi iz društvenog vlasništva, da bi se konstituiralo pravo vlasništva stjecatelja jer u njegovoj imovini ne može biti društveno vlasništvo.

8. Originarno stjecanje prava vlasništva na nekretninama

Uknjižba pretvorbom stečenog prava vlasništva trgovačkih društava u zemljišnu knjigu ima deklarativan učinak jer je pravo vlasništva stečeno izvanknjižno istovremeno s konstituiranjem trgovačkog društava u čijoj se imovini nalazi. Zakon o vlasništvu nije kreirao pravnu osnovu stjecanja prava vlasništva dotada osnovanih trgovačkih društava već je deklarirao da se ta pretvorba dogodila u trenutku statusne pretvorbe društvenog poduzeća u dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću. Zakon o vlasništvu propisuje: “pravo upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja stvarima u društvenom vlasništvu postalo je pretvorbom nositelja tog prava – pravo vlasništva one osobe koja je pretvorbom postala sveopći pravni sljednik dotadašnjega nositelja prava upravljanja, odnosno korištenja i raspolaganja na toj stvari, ako je stvar sposobna biti predmetom prava vlasništva; osim ako posebnim zakonom nije određeno drukčije” (čl. 360. st. 1.).

Posebnim zakonima propisano je drukčije u pogledu nekretnina na koje su po zakonu stekle pravo vlasništva druge osobe: Republika Hrvatska, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili druge osobe kao i ovlaštenici prava na denacionalizaciju (prijašnji vlasnici odnosno njihovi nasljednici iz prvog nasljednog reda) u postupku denacionalizacije (restitucija).⁶²

8.1. Stjecanje prava vlasništva na izgrađeno građevinsko zemljište

Prema tome, trgovačka društva konstituirana u postupku pretvorbe društvenih poduzeća stjecala su neposredno i pravo vlasništva na zgrade koje su bile objekt pretvorbe. Zgrade su bile pravno odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu trajnim pravom korištenja. Trajno pravo korištenja na zemljištu na kojem je zgrada izgrađena i zemljištu koje služi za redovnu uporabu zgrade po samom zakonu

⁶² Simonetti, P., Denacionalizacija, op. cit., str. 119-180.

pretvorilo se u pravo vlasništva vlasnika zgrade 8. listopada 1991. ili kasnije - u trenutku pretvorbe prava na zgradi u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva.⁶³ Zato je trgovačko društvo u trenutku svoga konstituiranja u postupku pretvorbe istovremeno steklo pravo vlasništva zgrade i "zemljišta na kojem je zgrada izgrađena i zemljišta što služi za redovnu upotrebu te zgrade" (čl. 12. st. 1. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima). Ovo bez obzira da li je to zemljište procijenjeno u vrijednost društvenog kapitala ili ne jer od 8. listopada 1991. zgrade u privatnom vlasništvu nisu mogle stajati na zemljištu u društvenom vlasništvu. U pogledu zgrada u privatnom vlasništvu, dakle, uspostavljeno je pravno jedinstvo zemljišta i zgrade prije stupanja na snagu Zakona o vlasništvu, dana 8. listopada 1991. ili nakon toga u trenutku pretvorbe prava na zgradu u društvenom vlasništvu u pravo vlasništva.

Nakon 8. listopada 1991., kada se pravo korištenja izmjenom Zakona, pretvorilo u pravo vlasništva vlasnika zgrade na zemljištu na kome je izgrađena i zemljištu "što služi za redovnu upotrebu te zgrade" (čl. 12. st. 1. ZOVO – a), zgrada u privatnom vlasništvu nije mogla stajati na zemljištu u društvenom vlasništvu. Zato stjecanjem prava vlasništva na zgradu u postupku pretvorbe društvenih poduzeća stjecalo se pravo vlasništva i na zemljište koje pripada zgradi na koje je steklo pravo vlasništva novoosnovano trgovačko društvo.

9. Pravne reperkusije gledišta prema kome se pretvorba prava na nekretninama društvenih poduzeća dogodila 1. siječnja 1997.

Pobornici drugog gledišta ističu da je i druga praktična zapreka koja se tiče raspolaganja pravima stečenim sukcesijom u postupku pretvorbe otklonjena Zakonom o vlasništvu koji određuje da su se ta prava pretvorila u pravo vlasništva s povratnim učinkom u trenutku statusne pretvorbe njihovog nositelja (čl. 360. st. 1. ZV-a).⁶⁴ Ni to nije sasvim točno. Pretpostavimo da je u sporu o prijenosu tih prava utvrđena ništavost pravnog posla zbog zabrane raspolaganja⁶⁵ presudom koja je postala pravomoćna prije 1. siječnja 1997. g. U tom slučaju povratna pretvorba prava ne bi bila razlogom za reviziju ni za obnovu postupka, a niti za podizanje zahtjeva za zaštitu zakonitosti po pravilima Zakona o parničnom postupku (čl. 382. – 408.). Ne bi jer u trenutku kada je presuda postala pravomoćna, još je postajalo pravo koje se zbog određenih zakonskih ograničenja nije moglo prenijeti na vlasničkopravnu osobu.⁶⁶ Tuženome u

⁶³ Članom 9. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN br. 53/91. riječ "korištenje" iz čl. 12. st. 1. zamijenjena je riječju "vlasništvo", a riječi "dok ona postoji" ukinute su odlukom Ustavnog suda RH, od 30. 11. 1994. godine.

⁶⁴ Čime bi protupravna raspolaganja bila "ratihabirana stupanjem na snagu čl. 360. st. 1. ZV-a" (Gavella/Josipović, op. cit., br. 23.).

⁶⁵ Čl. 18. – 25 Zakona o prometu zemljišta i zgrada, koji je prestao važiti u Republici Hrvatskoj 1. siječnja 1997. (čl. 394. st.1. sl. 3. ZV-a)

⁶⁶ Zuglia, S., Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb, 1957., str. 553-573; Triva, S., Građansko procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1972., str. 599-620; Poznić, B., Građansko procesno pravo, sedmo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1980., str. 312-324.

tom sporu ne bi pomogao ni prigovor *rei venditae ac traditae*⁶⁷ ako je pravni posao o otuđenju prava ništav (čl. 47. i čl. 103. st. 1. Zakona o obveznim odnosima), na što sud pazi po službenoj dužnosti (čl. 109. ZOO-a).⁶⁸

Da se nije dogodila pretvorba društvenog vlasništva na nekretninama istovremeno sa statusnom pretvorbom društvenih poduzeća, bio bi teško zamisliv promet prava na tim nekretninama. Koja bi vlasničkopravna osoba sklapala pravni posao o stjecanju prava korištenja ili raspolaganja na nekretninama u društvenom vlasništvu koje ne poznaje Ustav Republike Hrvatske, a ne pravni posao o stjecanju prava vlasništva koje jamči Ustav (čl. 48. st. 1.) određujući da je poduzetnička i tržišna sloboda temelj gospodarskog ustroja Republike Hrvatske (čl. 49. st. 1.)?

Nekretnine u društvenom vlasništvu po pravilu se nisu mogle opterećivati stvarnim pravima, osim pravom stvarne služnosti i hipotekom, u korist druge društvenopravne osobe. Nakon pretvorbe društvenih poduzeća, međutim, na nekretninama koje su pretvorbom postale vlasništvo novoosnovanih trgovačkih društava upisivala se hipoteka u korist vlasničkopravnih osoba. Kada bi se usvojilo drugo gledište, svi bi takvi upisi u zemljišne knjige bili pravno nemogući.

Summary

PROPRIETARY LEGAL EFFECTS OF SOCIAL COMPANIES TRANSFORMATION

There is a general agreement that transformation of right of social companies on immovables corresponds in time with their transformation in joint stock companies or companies with limited liability. However, there are different views as to the legal basis for transformation of social ownership. According to one view, transformation of social companies is a consequence of transformation of social ownership in civil ownership, i.e., transformation of right of social companies on things (immovables) in social ownership to right of ownership of their successors: joint stocks companies or companies with limited liability since the social legal persons (social companies as well) are expression of social ownership, its derivation, and not the other way around. Thus, transformation of social ownership in civil ownership (right to ownership) necessarily causes transformation of a social legal person into a civil legal person. According to other view, transformation of social ownership occurred few years after the statutory transformation, on the basis of the Law on Ownership that entered into force on January 1st, 1997, whose provisions have retroactive effect from the moment of statutory transformation. According to this view, the new commercial companies had until January 1st, 1997, rights on immovables in social ownership

⁶⁷ Na koji se pozivaju Gavella/Josipović, op.cit., bilješka broj 32, str. 39.

⁶⁸ Perović, S., *Zabranjeni ugovori*, NIU, Sl. list SFRJ, Beograd, 1975., str. 185 – 189; 228-231.

that were attributed to their predecessors – social companies, since these rights could not have been transformed in right of ownership by universal succession. However, this conclusion conflicts with the purpose of transformation, since the purpose of transformation is transformation of social ownership to civil ownership, i.e., transformation of right of social companies on immovables to right of ownership of joint stock companies or companies with limited liability that are formed in the process of transformation parallelly with transformation of rights on things in social ownership to right of ownership of their predecessor. Social legal persons were the expression of social ownership and, thus, could not be transformed into civil legal persons without transformation of social ownership. Therefore, a social company could not be transformed into a joint stock company or company with limited liability without transformation of its rights on immovables to right of ownership that became property of the newly created commercial companies. This conclusion is supported by provisions of art.360 of the Law on Ownership. In transformation of social ownership, as in case of individual transfer of a thing from social to private ownership, rules of succession do not apply; in this case social ownership ceases to exist and private ownership is ordinary constituted. The objects of transformation are right of management, right of use and right of disposal of things (immovables) of social companies, except on immovables that are excluded from transformation due to its nature (general goods and public goods), legal provision (e.g. agricultural soil, woods and wood soil) or decision of managing body of a social company (e.g. flats).

Key words: social ownership, social company, transformation, right of ownership, joint stock company, company with limited liability.

Zusammenfassung

SACHENRECHTLICHE WIRKUNGEN DER UMWANDLUNG GESELLSCHAFTLICHER BETRIEBE

Es besteht eine allgemeine Übereinstimmung darüber, dass die Umwandlung des Rechts gesellschaftlicher Betriebe auf Immobilien zeitlich mit ihrem Status der Verwandlung in eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung zusammenfällt. Es bestehen allerdings Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsgrundlage der Umwandlung von Gesellschaftseigentum. Einer Auffassung nach ist die Umwandlung von gesellschaftlichen Betrieben die Folge der Umwandlung von Gesellschaftseigentum in Bürgereigentum bzw. des Rechts gesellschaftlicher Betriebe auf Sachen (Immobilien) in Gesellschaftseigentum in das Eigentumsrecht ihrer rechtlichen Nachfolger: Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, denn gesellschaftsrechtliche Personen (so auch gesellschaftliche Betriebe) sind Ausdruck von Gesellschaftseigentum, dessen Derivat und nicht umgekehrt.

Deshalb bewirkt die Umwandlung von Gesellschaftseigentum in Bürgereigentum (Recht auf Eigentum) unumgänglich die Umwandlung einer gesellschaftsrechtlichen Person in eine eigentumsrechtliche Person. Der anderen Auffassung nach geschah die Umwandlung von Gesellschaftseigentum einige Jahre nach der statutarischen Umwandlung auf Grund des Gesetzes über Eigentum, das am 1. Januar 1997 in Kraft trat, aber rückwirkend vom Augenblick der statutarischen Umwandlung. So gesehen hatte eine neu gegründete Handelsgesellschaft bis zum 1. Januar 1997 jene Rechte auf Immobilien, die ihrem Vorgänger – dem gesellschaftlichen Betrieb – zustanden, denn diese Rechte konnten nicht durch universale Sukzession in Eigentumsrechte umgewandelt werden. Diese Schlussfolgerung steht im Widerstreit zum Zweck der Umwandlung, denn deren Zweck ist es, Gesellschaftseigentum in Bürgereigentum umzuwandeln bzw. das Recht gesellschaftlicher Betriebe auf Immobilien in das Eigentumsrecht von Aktiengesellschaften bzw. Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das sich im Umwandlungsverfahren parallel mit der Transformation des Rechts auf Sachen als Gesellschaftseigentum in das Eigentumsrecht ihrer Vorgänger konstituiert. Gesellschaftsrechtliche Personen waren Ausdruck von Gesellschaftseigentum, so konnten sie nicht in eigentumsrechtliche Personen transformiert werden ohne Umwandlung des Gesellschaftseigentums. Deshalb konnte auch ein gesellschaftlicher Betrieb nicht in eine Aktiengesellschaft oder in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung transformiert werden ohne die Transformation ihrer Rechte auf unbewegliche Sachen in das Recht auf Eigentum, das ins Vermögen der neu gegründeten Gesellschaft eingegangen war. Diese Schlussfolgerung wird durch die Bestimmung aus Art. 360 des ZV (Gesetzes über Eigentum) bestätigt. Bei der Umwandlung von Gesellschaftseigentum wie im Falle einer singulären Übertragung der Sachen aus dem gesellschaftlichen in das private Eigentum gelten die Regeln der Sukzession nicht, sondern in dem Falle endet das Gesellschaftseigentum um sich auf besondere Art als Privateigentum zu konstituieren. Objekt der Umwandlung sind Führungsrecht, Nutzrecht und Verfügungsrecht auf Sachen (Immobilien) gesellschaftlicher Betriebe, außer auf die Immobilien, die wegen der Natur der Sache (Allgemeingüter und öffentliche Güter), nach dem Gesetz (z.B. Ackerland, Wälder und Waldland) oder durch die Entscheidung eines Verwaltungsorgans des gesellschaftlichen Betriebs (z.B. Wohnungen) von der Umwandlung ausgeschlossen sind.

Schlüsselwörter: *Gesellschaftseigentum, gesellschaftlicher Betrieb, Umwandlung, Eigentumsrecht, Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung.*

Sommario

EFFETTI DI DIRITTO REALE DELLA TRASFORMAZIONE DELLE IMPRESE SOCIALI

Esiste un accordo generale che la trasformazione del diritto delle imprese sociali in immobili corrisponde nel tempo con la loro trasformazione in società per azioni o società a responsabilità limitata. Tuttavia, ci sono differenti visioni sulle basi legali per la trasformazione della proprietà sociale. Secondo una visione la trasformazione delle imprese sociali è una conseguenza della trasformazione della proprietà sociale in proprietà civile, cioè la trasformazione del diritto delle imprese sociali sui beni (immobili) in proprietà sociale in diritto di proprietà dei loro successori: società per azioni o società a responsabilità limitata, poiché le persone giuridiche sociali (anche imprese sociali) sono espressione della proprietà sociale, la sua derivazione, e non il contrario. Così, la trasformazione della proprietà sociale in proprietà civile (diritto di proprietà) necessariamente causa la trasformazione di una persona giuridica sociale in una persona giuridica civile. Secondo altra visione la trasformazione della proprietà sociale avvenne alcuni anni dopo la trasformazione statutaria, sulla base della Legge sulla proprietà che entrò in vigore l'1 gennaio 1997, le cui disposizioni hanno effetto retroattivo dal momento della trasformazione statutaria. Secondo questa visione le nuove società commerciali ebbero sino all'1 gennaio 1997 i diritti sugli immobili in proprietà sociale che fu attribuita ai loro predecessori – imprese sociali, poiché questi diritti non poterono essere stati trasformati in diritti di proprietà dalla successione universale. Tuttavia, questa conclusione confligge con il proposito della trasformazione, poiché lo scopo della trasformazione è la trasformazione della proprietà sociale in proprietà civile, ossia la trasformazione del diritto delle imprese sociali sugli immobili in diritto di proprietà delle società per azioni o società a responsabilità limitata che sono formate nel processo di trasformazione parallelamente alla trasformazione dei diritti sui beni in proprietà sociale in diritti di proprietà dei loro predecessori. Le persone giuridiche sociali furono l'espressione della proprietà sociale e, così, non poterono essere trasformate in persone giuridiche civili senza la trasformazione della proprietà sociale. Perciò, un'impresa sociale non poté essere trasformata in società per azioni o società a responsabilità limitata senza la trasformazione dei suoi diritti sugli immobili in diritto di proprietà che divenne proprietà delle neo-create società commerciali. Questa conclusione è supportata dalle disposizioni dell'art. 360 della Legge sulla proprietà. Nella trasformazione della proprietà sociale, come nel caso del trasferimento individuale di un bene dalla proprietà sociale alla proprietà privata, le regole della successione non si applicano; in questo caso la proprietà sociale cessa di esistere e la proprietà privata è originariamente costituita. L'oggetto della trasformazione sono i diritti di amministrazione, il diritto di uso e il diritto di disposizione dei beni (immobili) delle imprese sociali, eccetto sugli immobili che sono esclusi dalla trasformazione a causa della loro natura (beni generali e beni pubblici), di disposizione legale (ad esempio terreni agricoli, boschi

e terreni boschivi) o di decisione dell'organo amministrativo di un'impresa sociale (per esempio abitazioni).

Parole chiave: *proprietà sociale, impresa sociale, trasformazione, diritto di proprietà, società per azioni, società a responsabilità limitata.*

GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZDRAVSTVENIH DJELATNIKA

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

UDK: 347.56:614.25
347.515

Ur.: 10. siječnja 2005.

Pr.: 28. siječnja 2005.

Izvorni znanstveni članak

Rad je posvećen proučavanju nekih od važnijih aspekata građanskopravne odgovornosti za štete koje pacijentima i trećim osobama mogu nastati u postupku pružanja zdravstvenih usluga. Riječ je o području odštetnog prava, a ujedno i dijelu tzv. medicinskog prava, u kojemu se uzimaju u obzir brojne specifičnosti medicinske djelatnosti kao djelatnosti od posebnog interesa ne samo za pojedinog pacijenta, nego i za društvo u cjelini. Usporednopravni prikaz problema kao što su definiranje pravne prirode ove odgovornosti, određivanje temeljnih karakteristika obveze koju pravo nameće pripadnicima medicinske struke, određivanje kruga mogućih odgovornih osoba za štete u medicini, utvrđivanje pojma protupravne radnje (tj. greške u medicinskom tretmanu), utvrđivanje sadržaja standarda dužne pažnje pripadnika medicinske struke, kao i pravne osnove odgovornosti prema trećim osobama, pokazuje da niz ne samo pravnih nego i etičkih dilema u ovoj oblasti još uvijek nije do kraja riješen.

Ključne riječi: šteta u obavljanju zdravstvene djelatnosti, odgovornost za štetu.

1. Uvod

Institut građanskopravne odgovornosti zdravstvenih djelatnika za štetu koju u radu nanese pacijentima ili trećim osobama samo je uski segment odštetnog prava i samo jedan od problema kojima se bavi tzv. medicinsko pravo. No, u suvremenom društvu pitanje ove odgovornosti sve više dobiva na značenju. Svugdje u svijetu snažno je izražen trend porasta broja sudskih sporova u ovoj oblasti.¹ U pravnoj se literaturi ističe da je razlog takvog stanja u prvom redu intenzivan napredak medicinske nauke

¹ Više o broju odštetnih parnica u oblasti medicine vidi: KLARIĆ, P., *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., (dalje: KLARIĆ, 2003.) str. 374. sq.

i prakse koji neslućenom brzinom širi mogućnosti medicinske intervencije u ljudsko zdravlje, što nužno, po zakonu velikih brojeva, dovodi i do povećanja broja propusta i grešaka u obavljanju takvih aktivnosti.² Osim toga, napredak medicine omogućio je zdravstvenom djelatniku da bira između velikog broja različitih tehnika i metoda dijagnostike i liječenja, pa se povećava mogućnost da ne napravi izbor koji je u konkretnom slučaju optimalan po interese pacijenta i time počinu liječničku grešku.

Jednako tako, suvremenu medicinsku praksu karakterizira masovna uporaba složenih tehnoloških sredstava koja, s jedne strane, omogućavaju nove, komplicirane medicinske zahvate i proširuju granice dijagnosticiranja oboljenja, ali u isto vrijeme povećavaju stupanj rizika štete od medicinske intervencije.³ Osim toga, napredak znanosti i tehnologije u oblasti biologije i biomedicine u posljednjih nekoliko desetljeća omogućio je do nedavno nezamislive intervencije, posebno u oblasti genetskih istraživanja i genetske dijagnostike i terapije, u oblasti umjetne oplodnje i medicinskih zahvata na embriju i na fetusu, otvorio je niz problema vezanih za presađivanje tkiva i organa sa živih davatelja i s mrtvog tijela, kao i problem definiranja prava na smrt i definiranja činjenice smrti, aktualizirao je pitanja vezana za kliničko ispitivanje lijekova i znanstvena istraživanja na ljudima itd.

Značajan uzrok povećanja broja odštetnih zahtjeva sigurno je i trend depersonalizacije odnosa liječnik – pacijent, posebno u okviru velikih medicinskih ustanova koje danas pružaju glavninu medicinskih usluga građanima, što nužno dovodi do slabljenja povjerenja kao bitnog elementa osobnog odnosa u postupku liječenja. S jedne strane ovakva kriza povjerenja dijelom povećava mogućnost nastanka liječničkih grešaka.⁴ No, isto je toliko značajno što zbog slabljenja povjerenja pacijenta u liječnika i liječnika u pacijenta jača potreba za preciznijim pravnim definiranjem međusobnih prava i obveza i stoga se ovaj odnos iz odnosa koji je nekada (tj. u vrijeme dok je prevladavao sustav tzv. kućnog liječnika) bio zasnovan prvenstveno na moralnim postulatima, pretvara u isključivo pravni ili čak strogo poslovni odnos zasnovan pretežno na pravnim normama.⁵ Naglasak na pravnoj

² Prema podacima Medicinskog instituta nacionalne Akademije za znanost SAD-a, godišnje u SAD-u od posljedica medicinskih grešaka umire oko 98.000 osoba. Vidi: KOHN – CORRIGAN – DONALDSON, *To Err is human: building a safer Health system*, 2000., str. 26.

³ Više vidi: KLARIĆ, P., *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, Pravo u gospodarstvu, 4/2002. (dalje: KLARIĆ, 2002.), str. 67.-86.

⁴ U odnosu liječnika i pacijenta u postupku liječenja veoma je značajan osobni element jer, kako se često ističe, liječnik ne smije liječiti bolest nego pacijenta kao osobu. Kada se taj osobni kontakt i obostrano povjerenje koje je za njega nužno izgubi ili značajno oslabi, povećava se i rizik od neuspjeha liječenja.

⁵ Stoga se govori o «juridizaciji» medicine, pacijenti su sve više skloni da ne vjeruju liječniku i da zaštitu traže na sudu, a liječnici se žale da ih takvo stanje sputava, odnosno da ih sili da prakticiraju tzv. «defanzivnu medicinu» (primjerice, izbjegavaju medicinske intervencije kod kojih postoji bilo kakav rizik od štete po pacijenta, a time i od njihove odgovornosti, mnogo češće nego što je potrebno pribjegavaju stacionarnom liječenju, produžuju boravak pacijenata u bolnici, koriste dodatne pretrage i ispitivanja i kada to nije nužno indicirano i sl.). U konačnici to sigurno vodi slabljenju kvalitete medicinske zaštite, što znači i ugrožavanju prava i sigurnosti pacijenata.

komponenti odnosa svakako povećava i sklonost pacijenata da svoja prava pokušaju štiti pravnim sredstvima, pa čak i u situacijama kada nemaju prave osnove za svoj zahtjev.

Osim toga, u velikim sustavima medicinske zaštite povećava se i rizik od grešaka koje imaju uzrok u organizacijskim propustima, slaboj komunikaciji između pojedinih pripadnika medicinske profesije koji u različitim stadijima dijagnostike, liječenja i rehabilitacije tretiraju pacijenta, u nedovoljno precizno definiranim odnosima hijerarhije unutar organizacije i sl.⁶

Uzroke ovakvom stanju treba tražiti dijelom i u promijenjenom stavu prosječnog pacijenta prema mogućnostima suvremene medicine koja se često doživljava kao svemoćna, tako da pacijent odbija prihvatiti rezultate prirodnog tijeka razvoja bolesti i svaki neuspjeh ili nedovoljni uspjeh liječenja pripisuje liječničkoj grešci.

No, ne uzrokuju porast broja odštetnih zahtjeva samo promjene u medicinskoj praksi i načinu pružanja medicinskih usluga. Dio uzroka je svakako i u odnosu pravnog sustava, posebno u nekim zemljama, prema problemu medicinske odgovornosti za štetu. Tako je sasvim sigurno jedan od razloga povećanja broja odštetnih parnica protiv zdravstvenih djelatnika i ustanova (u nekim zemljama, a posebno u SAD-u) dijelom i enormno povećanje iznosa u sudskoj praksi dosuđenih naknada šteta.⁷

Isto tako, uvođenje sustava osiguranja liječnika od odštetne odgovornosti⁸ pogoduje povećanju broja odštetnih zahtjeva jer omogućava lakšu zaštitu prava pacijenta. Sustav osiguranja od odštetne odgovornosti svakako olakšava položaj pacijenta i garantira mu brzo i sigurno namirenje, ali s druge strane, ako su iznosi

⁶ Sve to rezultira povećanjem broja tzv. ijtrogenih bolesti, tj. povreda zdravlja, koje su direktno uzrokovane propustima u dijagnostici, liječenju ili rehabilitaciji, a ne prirodnim uzrocima (primjerice, svugdje u svijetu uočen je izraziti porast infektivnih oboljenja kojima je pacijent izložen za vrijeme tretmana u bolnici; invazivne tehnike koje se koriste u pretragama u svrhu dijagnosticiranja također uzrokuju brojna ijtrogena oboljenja, i sl.).

⁷ Tako se u SAD-u prosječna dosuđena naknada štete zbog liječničke greške u razdoblju od 1996. do 2001. godine udvostručila, a najviši iznos dosegao je 3.9 milijuna dolara. Više vidi: ADRIANSON, A., *Behind the malpractice crisis - Why doctors are quitting medical practice?*, Consumers Research, June 2003., str. 11.

⁸ U većini pravnih sustava radi se o dobrovoljnom osiguranju od profesionalne odgovornosti. Tako i Zakon o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 121/03, dalje: ZZZ) predviđa da se zdravstveni radnici «...mogu osigurati od odgovornosti za štetu koju bi mogli počinuti obavljanjem zdravstvene djelatnosti.» (čl. 120. st. 4., ZZZ). No, u nekim zemljama za neke je pripadnike medicinske profesije osiguranje od odgovornosti obvezno. Tako je, primjerice, u Francuskoj obvezno osiguranje od odgovornosti za privatnopravne pravne osobe, tj. trgovačka društva koja se bave pružanjem medicinskih usluga (*sociétés civiles professionnelles de médecins*) i njihove članove (*Loi n. 66-879 du 29 nov 1966*, art. 16; *Décret n. 77-636 du 14 juin 1977*, art. 56); u Velikoj Britaniji liječnici zaposleni u bolnicama koje pripadaju od strane države organiziranoj medicinskoj brizi (*National Health Service - NHS*) moraju, prema odredbama ugovora o radu kojeg zaključuju s NHS, zaključiti i ugovor o osiguranju od odgovornosti kojeg odobrava Vlada, ili pak pripadati jednom od tzv. *Defence Society* koji svoje članove osiguravaju od odštetne odgovornosti (više vidi: KENNEDY, I., England, u: DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985., str. 126. sq.).

isplaćenih iznosa visoki (kao što je to često u pravnoj praksi u SAD-u) to vodi enormnom povećanju premija osiguranja⁹ i izaziva brojne neželjene efekte koji se u konačnici odražavaju na snižavanje standarda zdravstvene zaštite. Tako se u literaturi ističe da osiguranje od odgovornosti vodi snižavanju razine prevencije liječničke greške jer su liječnici «pokriveni» osiguranjem i stoga ne trpe ozbiljnije štete ni u slučaju da budu osuđeni za *medical malpractice*.¹⁰ S druge strane, kako su zbog pokrivenosti liječnika osiguranjem sudovi skloniji lakše prihvatiti tužbene zahtjeve i u slučajevima u kojima odgovornost nije nesporna, te dosuđivati sve veće iznose naknade štete, liječnici su u radu izloženi dodatnom psihološkom pritisku, strahuju od odgovornosti i nepovjerljivi su prema pacijentima, što ozbiljno ugrožava ne samo odnos povjerenja liječnik – pacijent, nego i kvalitetu medicinske usluge i brige za dobrobit pacijenta.¹¹ Konačno, u nekim saveznm državama u SAD-u u kojima sudska praksa dosuđuje visoke iznose naknade štete zbog liječničke greške premije osiguranja su toliko visoke da ih liječnici ne mogu financijski podnositi, pa se okreću defanzivnoj medicini, ne žele izvoditi neke od riskantnijih zahvata, ili čak uopće ne žele prakticirati medicinu u toj državi već «bježe» u druge države.¹²

Zbog svega toga pitanje građanskopravne profesionalne odgovornosti liječnika i drugih pripadnika medicinskih profesija¹³ postaje centralni problem kojim se

⁹ Primjerice, u razdoblju od 1973. do 1983. godine u SAD-u su premije osiguranja od liječničke greške porasle u iznosu od 355%. Vidi: BLACKMAN, N. S. – BAILEY, C. P., *Liability and Medical Malpractice*, HAP, London – Paris – New York – Melbourne, 1990., str. 15.

¹⁰ BLACKMAN, – BAILEY, o. c., str. 17. sq.

¹¹ Osim toga, strah od osuđujuće presude, koja za liječnika ne znači samo financijski teret nego i neželjeni negativni publicitet i gubitak ili teško oštećenje profesionalne reputacije, često navodi liječnike u SAD-u da pristaju na izvansudske nagodbe i u slučajevima u kojima odgovornost nije nesumnjiva. Slično se zbog benevolentnog stava sudova prema tužiteljima ponašaju i osiguravajuće kuće koje strahuju od visokih naknada štete i jednako tako visokih iznosa sudskih troškova. Smatrajući nagodbu manjim zlom navode svoje osiguranike da se nagode i u slučajevima u kojima nema krivnje za štetu (više vidi: BLACKMAN, – BAILEY, o. c., str. 51. sq.). No, u engleskom je pravu u tom pogledu situacija značajno drukčija jer engleski osiguravatelji medicinskih poslenika (tzv. *Defence Societies*) imaju strogu politiku da ne pristaju na nagodbu ako postoji realna mogućnost suprotstavljanja tužbenom zahtjevu, makar taj put bio skuplji. Ističe se da je u prvom redu potrebno zaštititi reputaciju liječnika, odnosno spriječiti zlonamjerno pamićenje. I od slučajeva koji dođu pred engleske sudove svega oko 20% završi osuđujućom presudom. (više vidi: KENNEDY, o. c., str. 129.)

¹² Prema podacima u literaturi, od 5 do 20 % liječnika u SAD-u, ovisno o grani medicine kojom se bave, godišnje bude tuženo za *medical malpractice*. (Vidi: SLOAN A.F.– BOVBJERG, R.R., *Insuring medical malpractice*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1991., str. 24.) Najčešći su zahtjevi protiv liječnika koji se bave «riskantnim» specijalizacijama, kao što su kirurgija, posebno neurokirurgija, ginekologija i opstretika, interna, ortopedija i anesteziologija. Kako za štetu ne odgovara samo liječnik nego i bolnica, zbog takvog stanja stvari, a prema podacima *American Hospital Association* (AHA), u 20% američkih bolnica osjetno je smanjen broj medicinskih usluga koje se nude pacijentima. Više vidi: HAUGH, R., *Surviving medical malpractice madness*, *Hospitals & Health Networks*, Vol. 77, Issue 5, 2003.; KOHN, C. – HENDERSON, S., *Soaring malpractice insurance squeezes out doctors*, *Managed care Weekly Digest*, August, 2002.; MCHALE, J. - FOX, M. – MURPHY, J., *Health Care Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997., str. 147. sq.

podjednako bave i pravnici i medicinari. Temeljna pitanja koja se u ovoj oblasti prava postavljaju jesu definiranje liječničke greške kao štetne radnje, utvrđivanje uzročne veze između liječničke greške i nepovoljnog ishoda liječenja, a s tim u vezi i problem tereta dokazivanja, pitanje definiranja krivnje odnosno stupnja pažnje koji se zahtijeva od liječnika, problem pristanka pacijenta ili druge ovlaštene osobe na medicinsku intervenciju, pravo pacijenta na informaciju i na uvid u medicinsku dokumentaciju, problem odgovornosti zdravstvene ustanove za rad liječnika i drugog medicinskog osoblja, kao i za vlastite propuste, priznavanje odgovornosti prema trećim osobama itd. U kontekstu ovih problema javlja se i čitav niz posebnih pravnih pitanja vezanih za pojedine specifične oblike medicinskih intervencija. U utvrđivanju pravila o odgovornosti zdravstvenih radnika za štetu nužna je suradnja između pravničke i medicinske struke.

2. Medicinsko pravo i izvori medicinskog prava

Problem odgovornosti liječnika i drugih pripadnika medicinske profesije za štetu koju su u obavljanju profesionalne djelatnosti svojim radnjama i propustima prouzrokovali pacijentu ili trećim osobama jedno je od centralnih pitanja tzv. medicinskog prava. U pravnoj se znanosti pod pojmom medicinskog prava (*medical law, droit medical, Artzrecht; derecho medical*) u užem smislu riječi podrazumijeva skup pravnih pravila kojima se uređuje medicinska djelatnost, utvrđuju svojstva i status subjekata koji obavljaju takvu djelatnost te odnosi između pravnih subjekata povodom obavljanja ove djelatnosti. U medicinsko pravo u širem smislu ulaze i različita druga pravila, kao što su pravila o proizvodnji lijekova i medicinskih proizvoda, pravila o prometu i izdavanju lijekova i medicinskih proizvoda, o osiguranju od odgovornosti pripadnika medicinske profesije, itd. Bez obzira o kojem je pojmu riječ, očito je da se radi o izdvojenoj oblasti prava koja je prvenstveno određena predmetom, tj. vrstom djelatnosti.¹⁴

No, kako su medicinska djelatnost i odnosi koji povodom njenog obavljanja nastaju veoma složeni i zadiru u različita područja života, ni kod nas ni u drugim pravnim sustavima pravila koja čine medicinsko pravo nije moguće sistematizirati u jedinstvenu i zaokruženu cjelinu, a još manje obuhvatiti jednim zakonskim aktom. Stoga se pravila koja uređuju odnose nastale povodom obavljanja medicinske djelatnosti nalaze ne samo u normativnim aktima koji se isključivo bave problemima uređenja ove djelatnosti, već i u brojnim drugim aktima koji pripadaju različitim

¹³ Naravno, u svim pravnim sustavima za svoje propuste liječnik i drugi pripadnik medicinske struke odgovara i stegovno po pravilima utvrđenim od strane odgovarajućih staleških udruženja, a isto tako i po pravilima kaznenog prava. U hrvatskom pravu Kazneni zakon (NN, br. 110/97.) predviđa kaznena djela nesavjesnog liječenja (čl. 240.), samovoljnog liječenja (čl. 241.), nedopuštenog presađivanja dijelova ljudskog tijela (čl. 242.) i nepružanja medicinske pomoći (čl. 244.).

¹⁴ Više o pojmu medicinskog prava vidi: KLARIĆ, 2003., str. 378. sq.; RADIŠIĆ, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986. (dalje: RADIŠIĆ, 1986.), str. 62.

granama javnog i privatnog prava (ustavno pravo, kazneno pravo, obvezno pravo, stvarno pravo, pravo osiguranja, radno pravo, upravno pravo, obiteljsko pravo itd.). Medicinska djelatnost po definiciji zadire u najznačajnija osobna dobra čovjeka i stoga su norme koje je uređuju ne samo privatnopravnog, nego često i javnopravnog karaktera. Zato se medicinsko pravo smatra izrazito interdisciplinarnom oblasti, a često se apostrofira kao «pravo na raskršću» jer preuzima i sadrži pravila iz različitih pravnih područja.

2.1. Zakonski izvori medicinskog prava u hrvatskom pravu

I u hrvatskom pravu, kao i u mnogim drugim pravima, neka od temeljnih pravila na kojima se osniva sustav medicinskog prava nalazimo u Ustavu.¹⁵ Značajniji zakonski akti hrvatskog prava koji isključivo reguliraju pitanja iz oblasti medicinskog prava jesu: Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o liječništvu (NN, br. 121/03.); Zakon o sestrinstvu; (NN, br. 121/03.); Zakon o zaštiti prava pacijenata (NN, br. 169/04.); Zakon o stomatološkoj djelatnosti (NN, br. 121/03.); Zakon o zdravstvenom osiguranju (NN, br. 94/01.; 88/02.; 149/02.; 117/03.; 30/04.); Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti (NN, br. 121/03.) Zakon o evidencijama u oblasti zdravstva (NN, br. 53/91.; 26/93.) itd.¹⁶

¹⁵ Za medicinsko pravo važna su neka od ustavnih načela jer se na njima zasnivaju temeljna načela ili neke posebne odredbe zakonskih akata iz oblasti medicinskog prava. U prvom redu to je načelo koje svakom građaninu jamči pravo na zdravstvenu zaštitu (čl. 58. Ustava Republike Hrvatske) te načelo ravnopravnosti svih građana Republike Hrvatske (čl. 14.) kao ustavna osnova temeljnog načela medicinskog prava da svi građani imaju pravo na jednaki stupanj zdravstvene zaštite (čl. 3., ZZZ). Zatim, Ustav jamči pravo na zdrav život i zdrav okoliš, te obvezuje građane, državna, javna i gospodarska tijela i udruge da osobitu skrb posvećuju zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša (čl. 69.). Važno je i ustavno načelo da se slobode i prava mogu ograničiti samo radi zaštite slobode i prava drugih ljudi, pravnog poretka, javnog morala i zdravlja (čl. 16.), budući da pruža osnovu za ograničenje nekih sloboda u svrhu zaštite javnog zdravlja (npr. prinudno liječenje, obvezno cijepljenje i sl.), a istom cilju služi i ustavno načelo po kojem se pravo kretanja na teritoriju Republike Hrvatske, pravo ulaska u nju i izlaska iz nje, može iznimno ograničiti zakonom, ako je to nužno, između ostalog, i radi zaštite zdravlja (čl. 32. st. 3.). Jednako tako, u medicinskom se pravu čitav niz pravnih i etičkih problema prelama kroz prizmu temeljnog ustavnog načela da svako ljudsko biće ima pravo na život (čl. 21.). Ustavno načelo da nitko ne smije biti podvrgnut bez svoje privole liječničkim ili znanstvenim pokusima (čl. 32. Ustava) nalazi direktnu aplikaciju u propisima koji uređuju zdravstvenu zaštitu i prava pacijenata. Za uređenje odnosa pacijent – davatelj medicinskih usluga od značaja su i druga ustavna načela kao što su načelo koje svakom građaninu jamči poštovanje i pravnu zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (čl. 35.), te načelo koje jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka, zabranjuje njihovo prikupljanje, obrađivanje i korištenje bez privole ispitanika, osim uz uvjete određene zakonom, te njihovu uporabu suprotno utvrđenoj svrsi prikupljanja (čl. 37.).

¹⁶ Za obavljanje zdravstvene djelatnosti značajan je i čitav niz drugih zakonskih i podzakonskih akata, a neki od važnijih su: Zakon o lijekovima i medicinskim proizvodima (NN, br. 121/03.), Zakon o ljekarništvu (NN, br. 121/03.); Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (NN, br. 111/97.; 27/98.; 128/99.; 79/02.); Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti (NN, br. 60/92.; 26/93.; 29/94.); Zakon o uvjetima za uzimanje i presađivanje dijelova ljudskog tijela (Službeni list

ZZZ je temeljni pravni akt ove oblasti u hrvatskom pravu, budući da definira pojam zdravstvene zaštite;¹⁷ postavlja načela zdravstvene zaštite;¹⁸ definira prava i obveze države u provođenju zdravstvene zaštite stanovništva (čl. 4.-9.); definira mjere zdravstvene zaštite u pojedinim oblastima (čl. 16.-20.); uređuje sadržaj i organizacijske oblike zdravstvene zaštite;¹⁹ uređuje način provođenja zdravstvene djelatnosti kao javne službe na tri razine zaštite;²⁰ definira nositelje društvene skrbi za zdravlje stanovništva;²¹ određuje uvjete pod kojima zdravstvenu djelatnost mogu obavljati trgovačka društva za obavljanje zdravstvene djelatnosti (čl. 111.-119.); određuje uvjete koje zdravstveni radnici moraju ispunjavati za obavljanje svoje struke kao i prava i obveze zdravstvenih radnika u obavljanju medicinske djelatnosti (čl. 120.-138.); određuje uvjete za obavljanje privatne prakse i prava i obveze djelatnika u toj oblasti (čl. 139.-155.); određuje pravila o organizaciji rada i radnog vremena u osnovnoj mreži zdravstvene djelatnosti (čl. 156.-160.); uređuje nadzor nad obavljanjem zdravstvene djelatnosti;²² sadrži pravila o utvrđivanju uzroka smrti

SFRJ, br. 63/90.; 22/91.; NN, br. 53/91.); Pravilnik o krvi i krvnim sastojcima (NN, br. 14/99.); Pravilnik o načinu pregleda umrlih te utvrđivanju vremena i uzroka smrti (NN, br. 121/99.; 133/99.; 112/00.), itd.

¹⁷ Zdravstvenom zaštitom smatra se sustav društvenih, skupnih i individualnih mjera, usluga i aktivnosti za očuvanje i unaprjeđenje zdravlja, sprječavanje bolesti, rano otkrivanje bolesti, pravodobno liječenje te zdravstvenu njegu i rehabilitaciju (čl. 2.). Svaka osoba ima pravo na zdravstvenu zaštitu i na mogućnost ostvarenja najviše moguće razine zdravlja (čl. 3.).

¹⁸ Zdravstvena zaštita provodi se na načelima sveobuhvatnosti, kontinuiranosti, dostupnosti i cjelovitog pristupa u primarnoj zdravstvenoj zaštiti, a specijaliziranog pristupa u specijalističko-konzilijarnoj i bolničkoj zdravstvenoj zaštiti (čl. 10.-15.).

¹⁹ Zdravstvenu djelatnost obavljaju zdravstvene ustanove, trgovačka društva i privatni zdravstveni radnici. ZZZ utvrđuje i mjerila za određivanje osnovne mreže zdravstvene djelatnosti (čl. 37.), te uvjete za osnivanje i organiziranje pojedinih oblika zdravstvenih ustanova (državni zdravstveni zavod, klinika kao samostalna ustanova, klinička bolnica, klinički bolnički centar, opća bolnica, specijalna bolnica, dom zdravlja, ustanova za hitnu medicinsku pomoć, zavod za javno zdravstvo, poliklinika, lječilište, ustanova za zdravstvenu njegu, ljekarnička ustanova) (čl. 40.-50.). Utvrđuju se i izvori financiranja rada zdravstvenih ustanova (čl. 51.-52.), ustrojstvo i rad tijela zdravstvenih ustanova (čl. 53.-65.).

²⁰ Zdravstvena se djelatnost obavlja na primarnoj, sekundarnoj i tercijarnoj razini te na razini zdravstvenih zavoda (čl. 32.-33.). Na primarnoj razini zaštitu pružaju: domovi zdravlja (čl. 68.-75.); ustanove za hitnu medicinsku pomoć (čl. 76.-78.); ustanove za zdravstvenu njegu (čl. 79.); ljekarničke ustanove (čl. 80.); ustanove za palijativnu skrb (čl. 81.). Na sekundarnoj razini zdravstvenu zaštitu pružaju: poliklinike (čl. 82.); bolnice (čl. 83.-88.); lječilišta (čl. 89.). Na tercijarnoj razini to su kliničke ustanove (klinike, kliničke bolnice i klinički bolnički centri) (čl. 90.-95.).

²¹ Nositelji društvene skrbi za zdravlje stanovništva jesu: zdravstveni zavodi (Hrvatski zavod za javno zdravstvo, Hrvatski zavod za transfuzijsku medicinu, Hrvatski zavod za medicinu rada, Hrvatski zavod za mentalno zdravlje) (čl. 96.-106.); referentni centri Ministarstva zdravstva (čl. 107.-109.); Nacionalno zdravstveno vijeće (čl. 110.).

²² Nadzor nad radom zdravstvenih ustanova, trgovačkih društava koja obavljaju zdravstvenu djelatnost, zdravstvenih radnika u zdravstvenim ustanovama te privatnih zdravstvenih radnika obuhvaća: unutarnji nadzor, stručni nadzor komore, zdravstveno-inspekcijski nadzor (čl. 161.-181.).

i o provođenju obdukcije (čl. 182.-188.); te temeljna pravila o strukovnim organizacijama zdravstvenih radnika (čl. 189.-191.).

Za utvrđivanje odgovornosti zdravstvenih djelatnika od posebnog su značenja pravila ZZZ-a koja uređuju prava građana u korištenju zdravstvene zaštite. Tako se odredbama čl. 21. ZZZ-a utvrđuje: - pravo na jednakost u postupku ostvarivanja zdravstvene zaštite; - pravo na slobodan izbor doktora medicine; - pravo na zdravstvenu uslugu standardizirane kvalitete i jednakog sadržaja; - pravo na prvu pomoć i hitnu medicinsku pomoć; - pravo na slobodan izbor između više mogućih oblika medicinskih intervencija; - pravo na točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču zdravlja pacijenta; - pravo na odbijanje promatranja, pregleda i liječenja od strane studenata i zdravstvenih radnika prije ishodenog odobrenja za samostalan rad; - pravo pacijenta da odbije biti predmet znanstvenog istraživanja bez suglasnosti; - pravo na odbijanje bilo kojega pregleda ili medicinskog postupka koji ne služi dijagnosticiranju bolesti i njezinom liječenju; - pravo na povjerljivost svih podataka koji se odnose na stanje zdravlja pacijenta; - pravo na odbijanje pregleda i liječenja, uključujući i pravo da tijekom liječenja pisanim putem zatraži promjenu doktora medicine, odnosno doktora stomatologije s razloga koji ne mora šire obrazlagati; pravo na prehranu u skladu sa svojim svjetonazorom za vrijeme boravka u zdravstvenoj ustanovi; - pravo na obavljanje vjerskih obreda za vrijeme boravka u zdravstvenoj ustanovi; - pravo opremanja u mrtvačnici u slučaju smrti, uz primjenu vjerskih, odnosno drugih običaja vezanih uz iskaz pijeteta prema umrloj osobi.

Dužnost je pacijenta da svoja prava na zdravstvenu zaštitu koristi u skladu s odredbama ZZZ-a, da poštuje upute o liječenju, te je suodgovoran za očuvanje i unapređenje svoga zdravlja. Zaštitu svojih prava može tražiti u okviru zdravstvene ustanove, a ako nije zadovoljan poduzetim mjerama, zaštitu prava može zatražiti od ministra nadležnog za zdravstvo, nadležne komore, odnosno od nadležnog suda (čl. 22.).

Osim toga, odredbama Zakona o zaštiti prava pacijenata lista prava pacijenata utvrđena u ZZZ-u detaljnije je razrađena i dopunjena. Generalno se pacijentu jamči opće i jednako pravo na kvalitetnu i kontinuiranu zdravstvenu zaštitu primjerenu njegovom zdravstvenom stanju, u skladu s općeprihvaćenim stručnim standardima i etičkim načelima, u najboljem interesu pacijenta uz poštivanje njegovih osobnih stavova (čl. 2.). Jamči mu se pravo na fizički i mentalni integritet, zaštitu osobnosti i poštivanje privatnosti, svjetonazora, moralnih i vjerskih uvjerenja (čl. 4.), te jednaka mogućnost zaštite prava svih pacijenata (čl. 5.). Pravo na suodlučivanje o tretmanu daje pacijentu pravo biti detaljno i primjereno njegovim sposobnostima obaviješten o svim aspektima tretmana, uvjetima pod kojima se obavlja, rizicima i prednostima svakog postupka, identitetu zdravstvenih djelatnika koji su uključeni u tretman, itd.²³ Pacijent ima pravo odbiti primanje obavijesti, osim ako bi time ugrozio zdravlje drugih

²³ Više vidi: čl. 8.-13. Zakona o zaštiti prava pacijenata.

osoba, te pravo imenovati osobu kojoj treba dati obavijesti (čl. 14.-15.). Pravo na suodlučivanje daje mu i pravo da prihvati ili odbije pojedini postupak, osim u slučaju neodgodive medicinske intervencije čije bi nepoduzimanje ugrozilo život i zdravlje pacijenta. Prihvaćanje pojedinog postupka izražava potpisivanjem suglasnosti (čl. 16.).²⁴ Detaljno su regulirana i prava pacijenta nad kojim se obavlja znanstveno istraživanje. Nužna je pisana i potpisana suglasnost pacijenta obaviještenog o prirodi, važnosti, posljedicama i rizicima ispitivanja. Suglasnost se može povući u bilo koje vrijeme (čl. 19.). Zakon propisuje i vrlo stroge uvjete pod kojima se istraživanja nad pacijentom mogu poduzeti.²⁵ Isto tako, utvrđena su i prava pacijenata povodom medicinskih zahvata na ljudskom genomu (čl. 22.).

U prava pacijenta spada i pravo na pristup cjelokupnoj medicinskoj dokumentaciji koja se odnosi na dijagnostiku i liječenje njegove bolesti (čl. 23. i 24.).²⁶ U čl. 25. Zakon uređuje i pravo pacijenta na povjerljivost podataka koji se odnose na stanje njegova zdravlja, sukladno propisima o čuvanju profesionalne tajne i zaštiti osobnih podataka.²⁷ Uređeno je i pravo pacijenta na održavanje osobnih kontakata tijekom boravka u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi (čl. 26.), pravo na samovoljno napuštanje zdravstvene ustanove, osim ako bi to štetilo njegovome zdravlju i zdravlju ili sigurnosti drugih osoba, te ako je ova sloboda ograničena drugim zakonom (čl. 27.). Štiti se i pravo na osiguravanje privatnosti pacijenta pri pregledu, liječenju, a naročito pri pružanju osobne njege (čl. 28.). Zakon jamči pravo pacijenta na naknadu štete koju je pretrpio zbog povrede svojih prava, a u skladu s općim propisima obveznoga prava (čl. 29.).

2.2. Pravila medicinske struke i deontologije

Osim zakonskih i podzakonskih akata za definiranje pravnog položaja medicinskih poslenika i korisnika njihovih usluga, a posebno za utvrđivanje pravila o odgovornosti za štetu, od izuzetnog su značenja i pravila medicinske struke te pravila medicinske etike. Iako se ne radi o pravnim pravilima, njihova je uloga u utvrđivanju kriterija odgovornosti za štetu u medicini velika, i to zbog specifičnosti svakog profesionalnog djelovanja, a posebice rada pripadnika medicinske profesije.

Kao i kod ostalih profesionalnih djelatnosti, ni u medicini nije moguće niti poželjno pravnim normama državnog prava utvrditi sva pravila ponašanja profesionalca u obavljanju njegove djelatnosti. Pravila struke određuje medicinska

²⁴ Za pacijenta koji nije u stanju dati pristanak potpisuje zakonski zastupnik, odnosno skrbnik, koji u interesu pacijenta može pristanak pismenom i potpisanom izjavom povući (čl. 17.).

²⁵ Čl. 20. propisuje uvjete za provođenje znanstvenih istraživanja nad poslovno sposobnim pacijentom, a čl. 21. za znanstveno istraživanje nad poslovno nesposobnim pacijentom, pacijentom koji nije sposoban za rasuđivanje ili je maloljetan.

²⁶ Način vođenja čuvanja, prikupljanja i raspolaganja medicinskom dokumentacijom te pravila o dokumentaciji koja se uručuje pacijentu, uređuju se pravilima Zakona o evidencijama u oblasti zdravstva.

²⁷ Zakon o zaštiti osobnih podataka, NN, br. 103/03.

znanost i praksa, ona se stalno mijenjaju i dopunjuju s napretkom i razvojem znanja i vještine u ovoj oblasti, a predstavljaju korpus profesionalnih pravila koja je dužan poznavati i poštovati svaki pripadnik struke.²⁸ Kao profesionalna pravila ponašanja ona postaju dio pravnog poretka tako što se državna norma poziva na pravila medicinske struke i medicinske etike (deontologije) i obvezuje pripadnika struke da ih poštuje. Tako ZZZ u čl. 120. od medicinskih radnika zahtijeva da «...*pružaju zdravstvenu zaštitu stanovništvu, uz obvezno poštovanje moralnih i etičkih načela zdravstvene struke*», odnosno da «...*pri pružanju zdravstvene zaštite postupaju prema pravilima zdravstvene struke*», a čl. 2. st. 5. Zakona o liječništvu obvezuje liječnike na «...*promicanje dostojanstvenog i odgovornog profesionalnog ponašanja poštivanjem u radu propisa, pravila struke te kodeksa medicinske etike i deontologije*».

Kao djelatnost čiji je predmet život i zdravlje čovjeka, medicinska se profesija oduvijek temelji prvenstveno na etičkim principima koji u prvi plan stavljaju korist i dobrobit pacijenta i društva u cjelini, a time ujedno definiraju standarde ponašanja pripadnika profesije. Pravila medicinske etike i deontologije najčešće posebno kodificiraju strukovne udruge liječnika i drugih pripadnika medicinske profesije. Kao staleška pravila profesije ona se temelje na općim etičkim postulatima, ali s oštro izraženim posebnostima koje izviru iz prirode medicinske djelatnosti koja zadire u najvažnije vrijednosti čovjeka.

Najstarija pravila etičkog postupanja liječnika nalaze se već u tekstovima koji potječu od starih Egipćana, Kineza, Perzijanaca, a u antičkoj Grčkoj su izražena u tekstu liječničke zakletve kako ju je formulirao liječnik i filozof Hipokrat. Ovaj tekst²⁹ i danas služi kao zakletva koju polažu liječnici u trenutku kada se počinju baviti svojom profesijom. Kodeksi medicinske etike postoje u većini zemalja suvremenog svijeta, u pravilu su utvrđeni u okviru staleških organizacija medicinske profesije.³⁰

U novije se vrijeme često značaj ovih pravila apostrofira i time što se termin «etika» zamjenjuje terminom «deontologija» koji naglašava da se radi o dužnostima,

²⁸ U pojedinim oblastima medicinske djelatnosti dio ovih pravila ponekad je utvrđen u posebnim pisanim tekstovima, kao što su posebni protokoli, standardi medicinske procedure ili profesionalni vodiči, no i ona su podložna stalnim izmjenama koje su posljedica novih znanstvenih i praktičnih saznanja.

²⁹ Istina, u osuvremenjenom obliku utvrđenom od strane Svjetske zdravstvene organizacije 1948. godine.

³⁰ Primjerice, u Velikoj Britaniji je *British Medical Association* utvrdila *Handbook of Medical Ethics* (1980.); u SAD-u je 2001. godine utvrđen tekst *Principles of Medical Ethics* od strane *American Medical Association*; u njemačkoj je na snazi *Berufsordnung für die deutschen Ärzte* (1988., 2001.), u Australiji je na snazi *Medical Association Code of Ethics* (1996.), u Kanadi *Code of Ethics of the Canadian Medical Association* (1996.) u Sloveniji *Kodeks medicinske deontologije Slovenije* (1992.; 1997.), u Rusiji *Kodeks vračbenoi Etiki* (1997.) itd.

Etički kodeksi u pojedinim zemljama različito su koncipirani, ali se uglavnom može uočiti razlika između dva modela. U anglosaksonskom pravnom sustavu prevladava koncepcija kratkih kodeksa koji se svode na definiranje osnovnih etičkih načela profesije, dok je za kontinentalnoeuropske zemlje karakteristično da usvajaju model detaljnog reguliranja etičkih pravila u svim segmentima liječničke djelatnosti, posebno u odnosu prema pacijentima, ali i u odnosu prema drugim pripadnicima profesije i prema trećim osobama.

budući da je za odnos liječnik - pacijent uvijek karakteristična izrazita ovisnost dobrobiti pacijenta o ispravnom i stručnom djelovanju profesionalca. U većini zemalja postoje i posebni etički kodeksi utvrđeni od strane užih strukovnih udruženja liječnika koji se bave određenim granama medicine ili specijalizacijama, a isto tako i etički kodeksi ostalih pripadnika medicinske djelatnosti (npr. medicinskih sestara, stomatologa, biomedicinskih tehničkih struka i sl.).³¹ Potrebno je naglasiti da postoji i Međunarodni kodeks medicinske etike, iz 1949. godine, usvojen na Trećoj generalnoj skupštini Svjetskog medicinskog društva u Londonu.³²

U Republici Hrvatskoj danas je na snazi Kodeks medicinske etike i deontologije što ga je donijela Hrvatska liječnička komora 2004. godine.³³

2.2.1. Odnos pravnih pravila i pravila medicinske etike i deontologije

Odnos pravila medicinske etike i pravnih pravila koja uređuju obavljanje medicinske djelatnosti u suvremenim je uvjetima sve više odnos međusobnog prožimanja i dopunjavanja. Nekada je većina pravila ponašanja liječnika pripadala korpusu etičkih (deontoloških) načela, no suvremenu medicinsku praksu karakterizira slabljenje elementa povjerenja u odnosu liječnik – pacijent, što rezultira nastojanjem da se pravila ponašanja u ovoj oblasti, pa time i etički standardi i pravila, u sve većem opsegu pretoče u državne pravne norme. U nekim se zemljama čak ova pravila u cijelosti kodificiraju na zakonskoj razini i tako neposredno postaju dio državnog prava.³⁴ No, i u sustavima koji ne kreću ovim putem zakonski propisi iz oblasti zdravstva nerijetko u pravne obveze pretvaraju brojne, nekada isključivo moralnim pravilima definirane, obveze liječnika i drugih pripadnika struke. Zbog svega je toga

³¹ I hrvatski Zakon o medicinsko biokemijskoj djelatnosti obvezuje Hrvatsku komoru medicinskih biokemičara da donese Etički kodeks medicinskih biokemičara i medicinske deontologije (čl. 23.), a Zakon o sestrinstvu obvezuje Hrvatsku komoru medicinskih sestara da donese Etički kodeks medicinskih sestara (čl. 27.).

³² Više o pojedinim etičkim kodeksima u zemljama zapadne Europe, vidi: DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin, 1985.; BEAUCHAMP, T. I. - CHILDERS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2001., SPICER, C. M., *Nature and Role of Codes and Other Ethics Directives*, u: REICH, W. T., *Encyclopedia of Bioethics*, Simon & Schuster MacMillan, New York, 1995., str. 2606. sq. O etičkim pravilima medicinske struke u SAD više vidi: BLACKMAN – BAILEY, o. c., str. 43. sq.

³³ NN, br. 47/04.

³⁴ Tako su, primjerice, u Francuskoj ova pravila utvrđena od strane *Conseil National de l'Ordre des Médecins* u *Code de Déontologie médicale* (1979.); u Švicarskoj je na snazi *Code de déontologie de la FMH Suisse* (1996.); u Nizozemskoj su etička načela uvrštena u Zakon o zdravstvenim profesijama (*The Individual Health Care Professions Act, 2001.*). I u Italiji je od strane *Consiglio Nazionale degli Ordini* utvrđen i usvojen akt koji nosi naziv Zakona o deontologiji (*Codice deontologico* (1987.)), no on nema normativnu snagu zakonskog teksta već povreda njegovih normi može rezultirati samo stegovnim sankcijama koje izriču strukovne organizacije liječnika. Više vidi: BUSNELLI, F. – ZANA, M., *Italy*; u: DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin, 1985., str. 367.-368.

često teško razlikovati moralne od pravnih obveza jer su zajedničkim ciljem povezane u neraskidivo jedinstvo.

Osim toga, kako zakonske norme obvezuju liječnike i druge pripadnike struke da postupaju u skladu s pravilima medicinske etike i deontologije, povreda ovih pravila ne povlači za sobom samo etičku, nego i pravnu sankciju.³⁵ To zbog toga što se etički postulati kao generalna načela nikada ne mogu u potpunosti nadomjestiti pravnim normama, a pogotovo ne u oblasti kakva je medicina. Pravo uvijek sadrži veće ili manje praznine i tada se nužno okrenuti općim moralnim i deontološkim pravilima struke. Tako se, zbog posebne prirode medicinske djelatnosti, u ovoj oblasti posebno jasno odražava onaj aspekt odnosa pravnog i moralnog poretka po kojemu pravna normativa u pravilu obuhvaća samo etički minimum, i nikada ne može u potpunosti zamijeniti etička pravila. Drugim riječima, za odnos liječnik – pacijent ili odnos liječnik – treća osoba uvijek je i svugdje karakteristično da su moralne obveze šire od pravnih obveza.

Konačno, revolucionarna znanstvena i tehnološka dostignuća u biologiji i biomedicini posljednjih desetljeća otvaraju mogućnost medicinske intervencije u čitav niz sasvim novih područja ljudske egzistencije, a pravna regulativa u pravilu kasni za razvojem društvenih odnosa i ne daje promptne odgovore na nove probleme koji se nameću. Naime, u suvremenoj se pravnoj i medicinskoj znanosti i praksi, negdje od sredine 20. stoljeća, zbog niza znanstvenih dostignuća u biomedicini, te njihove primjene u oblastima kao što su, primjerice, transplantacija organa i tkiva, istraživanje i uporaba genetskog materijala, genska terapija, asistirana prokreacija, prenatalna dijagnostika i selekcija embrija, eksperimenti s ljudskim materijalom, umjetno održavanje života i sl., otvara čitav niz novih etičkih, a time svakako i pravnih pitanja. Klasično medicinsko pravo, pa ni klasična pravila medicinske etike i deontologije, kao sustavi normi koje naglasak stavljaju isključivo na tradicionalni odnos liječnik – pacijent, ne mogu dati adekvatne odgovore na mnoga etička i pravna pitanja koja nameću nove znanstvene i tehnološke mogućnosti prodora u život, zdravlje, tjelesni i moralni integritet čovjeka, u pravo na samoodređenje, na ljudsko dostojanstvo i na privatnost.

Ovi problemi postaju predmet snažnog interesa posebne etičke discipline koja se ponekad naziva «novom bioetikom», ali istovremeno zahtijevaju, barem u nekim oblastima, i nova pravna rješenja. U proteklih dvadesetak godina u mnogim je zemljama pravna regulativa pokušala odgovoriti na neke izazove koje donosi razvoj znanosti. Tako je Francuska 1994. godine usvojila tzv. Zakone o bioetici kao dijelove Zakona o javnom zdravlju,³⁶ Njemačka je donijela Zakon o reguliranju pitanja

³⁵ Naravno, kako su etička pravila struke u najvećem broju slučajeva definirana veoma općenito, stvarni domet ovakvog njihovog djelovanja u velikoj mjeri ovisi o tome kako sudska praksa shvaća i tumači sadržaj etičkih normi u konkretnim okolnostima.

³⁶ Zakon o poštovanju ljudskog tijela iz 1994. godine koji je postao dio *Code civil* (art. 16. i 16.-1 *Code civil*); Zakon o davanju i korištenju elemenata i produkata ljudskog tijela, o medicinski asistiranju oplodnji i o prenatalnoj dijagnostici iz 1994. godine.

genske tehnologije 1990. godine i Zakon o transplantaciji 1997. godine, Nizozemska je donijela Zakon o ugovoru o medicinskom tretmanu 1995. godine, koji je postao dio nizozemskog Građanskog zakonika.

I na međunarodnoj se razini problemima bioetike, odnosno biomedicine i bioprava, posvećuje velika pozornost. Vijeće Europe još od sredine 70-tih godina donosi niz preporuka, deklaracija i drugih programskih akata posvećenih pojedinim problemima kao što su transplantacija organa i tkiva, umjetna oplodnja, genetska istraživanja i genska terapija, zaštita embrija i fetusa, biomedicinska istraživanja i sl. 1997. godine u Oviudu usvojilo je Vijeće Europe i ovjerilo potpisima država ugovornica Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine (*Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine*; kraći naziv: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini).³⁷ U značajne međunarodne akte iz ove oblasti spadaju i Rezolucija UN-a o ljudskim pravima i biomedicini, (1995.), te Univerzalna deklaracija UNESCO-a o humanom genomu i ljudskim pravima, (1997.).³⁸

3. Pravna priroda odnosa između korisnika i davatelja medicinske usluge

Za utvrđivanje pravila odgovornosti pripadnika medicinskih profesija za štetu nužno je definirati pravnu prirodu odnosa između davatelja i korisnika usluga. U prvom redu potrebno je odgovoriti na pitanje je li odnos davatelja medicinske usluge i korisnika usluge javnopravni ili privatnopravni odnos. Ako je riječ o privatnopravnom odnosu, treba odrediti temelji li se taj odnos na ugovoru ili na izvanugovornoj obvezi.

U većini pravnih sustava, odnos davatelja medicinske usluge i pacijenta smatra se odnosom privatnog prava, tj. odnosom reguliranim normama građanskog prava. No, treba napomenuti da takav stav ipak ne dijele sva prava. Najznačajniji je svakako primjer francuskog prava u kojem postoji tzv. dualistički sustav, tj. odnos davatelja

³⁷ Hrvatski je Sabor na sjednici od 14. srpnja 2003. godine donio Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine, Dodatnog protokola uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine o zabrani kloniranja ljudskih bića i Dodatnog protokola uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primjene biologije i medicine, u vezi presađivanja organa i tkiva ljudskog porijekla (NN, Međunarodni ugovori, br. 13/03). Time je Hrvatska preuzela obvezu da svoje pravo uskladi s pravilima Konvencije i dodatnih protokola. Donošenje Zakona o zaštiti prava pacijenata dio je legislativne djelatnosti Republike Hrvatske usmjeren na izvršenje te obveze.

³⁸ Više o problemima bioetike i bioprava vidi: POTTER, V.R., *Bioethics, Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, 1971.; FLUSS, S.S., *From Bioethics to Biolaw; An International Overview of Developments in Certain Areas, 1984-1994*, International Conference on Legal Regulation of Bioethics, Siena, 9.-11. june, 1994., str. 16. sq.; THOUVENIN, D., *De l'ethique aux lois "bioethiques"*, Revue trimestrielle de droit civil, 1994/4.; VISKOVIĆ, N., *Bioetika i biomedicinsko pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 32.; br. 39-40/, 1995., str. 67.-83.

medicinske usluge i pacijenta reguliran je privatnopravnim normama samo ako se radi o davateljima usluga iz privatnog sektora. Ali ako se radi o uslugama koje pruža javni sustav zdravstvene zaštite (primjerice, javne bolnice i javni dispanzeri), odnos je reguliran normama upravnog prava, a davatelj usluga se kao zaposlenik države smatra javnim službenikom (*agent public*). Pacijent je korisnik javne usluge. Sporovi povodom zahtjeva pacijenata i trećih osoba za naknadu štete u nadležnosti su administrativnih sudova. Za štetu u pravilu odgovara država po pravilima o odgovornosti države za rad njenih tijela, budući da se javna bolnica ili druga javna zdravstvena ustanova smatra državnim tijelom.

No, pravi se razlika između odgovornosti za postupke (radnje) liječnika i odgovornosti za propuste u funkcioniranju organizacije. Ako se radi o šteti zbog medicinskog postupka liječnika, odgovornost ustanove (tj. države) postoji jedino ako je liječnik postupio s grubom nepažnjom,³⁹ a ako je riječ o šteti koja je uzrokovana propustima u funkcioniranju organizacije i brige za pacijenta, dovoljna je i obična nepažnja. Ali, kako je u praksi pacijentu u pravilu teško dokazati postojanje grube nepažnje liječnika za propuste u liječenju, sudska praksa dijelom modificira ova pravila. S jedne strane, vrlo široko tumači pojam propusta u organizaciji medicinske skrbi i brige za pacijenta i sklona je da velik broj grešaka pripiše ovom uzroku, a ne djelovanju liječnika. Osim toga, administrativni sud u novije vrijeme sve češće pribjegava predmnevi krivnje ustanove za propuste u brizi i organizaciji, i to kada se njena krivnja ne može sa sigurnošću ustanoviti, a riječ je o postupku koji nije u skladu s uobičajenom praksom i dosezima medicinske znanosti.

Pored ustanove (tj. države) za štetu može oštećeniku izuzetno odgovarati i zdravstveni radnik, i to u prvom redu ako je djelovao izvan ovlasti koje mu daje javna služba, ali i u slučaju da je djelovao u okviru javne funkcije, ako je pri tom postupao s najtežim oblicima krivnje.⁴⁰ Njegova se odgovornost u ovim slučajevima ravna po pravilima civilnog prava i on odgovara pred redovnim sudom.⁴¹

I za hrvatsko pravo vrijedi u svijetu široko prihvaćeno mišljenje da je odnos

³⁹ Iako je u francuskom administrativnom pravu za odgovornost države za štetu uzrokovanu radom državnih službenika u pravilu dovoljna obična nepažnja (a u nekim slučajevima država odgovara i ako nema krivnje, tj. dovoljno je da je šteta nastala povredom službene dužnosti), gruba se nepažnja zahtijeva u slučajevima u kojima je obavljanje službene dužnosti povezano s velikim poteškoćama ili opasnostima, kao što je primjerice kod odgovornosti države za rad policijskih tijela ili vatrogasaca, a isto se pravilo primjenjuje i na rad osoblja javnih bolnica i drugih javnih zdravstvenih institucija. Više o odgovornosti države za štetu u francuskom pravu vidi: LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 3. ed. Dalloz, Paris, 1982., str. 106. sq.

⁴⁰ Riječ je o namjeri ili gruboj nepažnji (primjerice, provođenje medicinskih eksperimenata na pacijentu bez terapijskog opravdanja, napuštanje bolesnika koji je izložen opasnosti, odbijanje liječnika da pregleda ili tretira bolesnika i sl.).

⁴¹ Više o specifičnostima ovog segmenta francuskog medicinskog prava vidi: MÉMETEAU, G., *International Encyclopedia of Laws, Medical Law, Supplement 12; France*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, April, 1998., str. 113. sq.; PENNEAU, J., *France*; u: DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985. (dalje: PENNEAU, 1985.), str. 168. sq.; MOQUET-

davatelja medicinske usluge i pacijenta odnos privatnog prava, tj. građanskopravni odnos, bez obzira na vlasničku strukturu konkretne ustanove koja pruža medicinske usluge.⁴² To znači da se i odgovornost za štetu koju u svom radu pacijentima ili trećim osobama uzrokuju davatelji medicinskih usluga prosuđuje u skladu s pravilima građanskog prava.

Prema odredbama čl. 34. ZZZ zdravstvenu djelatnost u Hrvatskoj obavljaju zdravstvene ustanove, trgovačka društva,⁴³ te privatni zdravstveni radnici,⁴⁴ a iznimno je mogu obavljati i druge pravne i fizičke osobe u skladu s posebnim zakonom. Zdravstvenu djelatnost obavljaju i ustrojbene jedinice Ministarstva obrane i Oružanih snaga Republike Hrvatske u skladu s posebnim propisima.⁴⁵ U svim organizacijskim oblicima zdravstvene djelatnosti zdravstvene usluge građanima pružaju zdravstveni radnici koji imaju obrazovanje zdravstvenog usmjerenja i neposredno u vidu zanimanja pružaju zdravstvenu zaštitu građanima (čl. 120., ZZZ), te zdravstveni suradnici, tj. osobe koje nisu završile obrazovanje zdravstvenog usmjerenja, a rade u zdravstvenim ustanovama i sudjeluju u dijelu zdravstvene zaštite (čl. 124. st. 1., ZZZ).

ANGER, M. L., *Le status des médecins hospitaliers public*, PUF, Paris, 1994.; PENNEAU, J. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, 1973. (dalje: PENNEAU, 1973.), str. 14. sq. No, na ovom mjestu zanimljivo je napomenuti da je u belgijskom pravu situacija značajno drukčija, iako je sustav pružanja medicinske zaštite u Belgiji organiziran po načelima gotovo identičnima onima u Francuskoj. Iako se javne bolnice i druge javne medicinske ustanove smatraju tijelima države, odgovornost se ravna u pravilu po načelima privatnog prava. Sporovi se vode pred redovnim (građanskim) sudovima. Iako za štetu pacijentu odgovara država (za javnu bolnicu ili drugu javnu medicinsku ustanovu kao za svoje tijelo), uvijek postoji i paralelna odgovornost zdravstvenog radnika, i to bez obzira smatra li se organom države ili samo zaposlenikom u javnom tijelu. Odgovornost i države i radnika uvijek se prosuđuje prema pravilima civilnog prava (tj. u skladu s pravilima čl. 1382.-1384. belgijskog *Code civil*). Više vidi: DALCQ, R. O., *Belgium*; u: DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985., str. 70. i 108.-110.

⁴² Takav stav prihvaća i KLARIĆ, 2003., str. 383. Naime, ustanove medicinske zaštite koje osniva Republika Hrvatska i koje se financiraju iz državnog proračuna (vidi čl. 7. i 8., ZZZ) ne smatraju se tijelima državne vlasti.

⁴³ Trgovačka društva ne mogu obavljati sljedeće djelatnosti: djelatnost kliničkog bolničkog centra, djelatnost kliničke bolnice, djelatnost opće bolnice, djelatnost zdravstvenih zavoda, djelatnost doma zdravlja i djelatnost ustanove za hitnu medicinsku pomoć (čl. 112., ZZZ).

⁴⁴ Privatna praksa ne može se obavljati za sljedeće djelatnosti: uzimanje, čuvanje, prenošenje i presađivanje stanica, tkiva i organa u svrhu liječenja; prikupljanje krvi i plazme za preradu te opskrba krvlju i krvnim pripravcima; socijalno-medicinska, epidemiološka, higijenska i zdravstveno-ekološka djelatnost; hitna medicinska pomoć (čl. 154., ZZZ).

Zdravstveni radnici privatne prakse obvezni su: pružati hitnu medicinsku pomoć svim osobama u sklopu svoje stručne spreme; sudjelovati na poziv nadležnog tijela u radu na sprječavanju i suzbijanju zaraznih bolesti kao i na zaštiti i spašavanju stanovništva u slučaju katastrofe; voditi zdravstvenu dokumentaciju i drugu evidenciju o osobama kojima pružaju zdravstvenu zaštitu i podnositi izvješće o tome nadležnoj zdravstvenoj ustanovi u skladu s propisima o evidencijama u djelatnosti zdravstva; davati podatke o svojem radu na zahtjev nadležnog tijela (čl. 149., ZZZ).

⁴⁵ Zdravstvene ustanove mogu biti u državnom vlasništvu, vlasništvu županija i gradova, te domaćih i stranih fizičkih i pravnih osoba.

4. Pravna priroda odgovornosti pripadnika medicinskih profesija

Za utvrđivanje pravila o odgovornosti za štetu nastalu pružanjem medicinske usluge potrebno je odrediti je li odnos davatelj usluge – pacijent ugovorni ili izvanugovorni odnos. U većini pravnih sustava odgovornost profesionalca, pa time i medicinskih djelatnika, može biti ugovorna i izvanugovorna, odnosno deliktna. Drugim riječima, u pravilu je moguća konkurencija pravnih osnova odgovornosti.

Koja se pravila u konkretnom slučaju primjenjuju može biti od značenja za stranke jer u mnogim pravnim sustavima postoje određene razlike između posljedica kontraktne i deliktne odgovornosti za štetu.⁴⁶ Prema odredbama čl. 269. Zakona o obveznim odnosima⁴⁷ u hrvatskom se pravu pravila koja vrijede za deliktnu odgovornost analogno primjenjuju na odgovornost za povredu ugovorne obveze, no ipak postoje i neke razlike između dva oblika odgovornosti. Tako kod ugovorne odgovornosti dužnik u pravilu duguje samo tzv. predvidivu štetu, tj. onu štetu koju je u vrijeme sklapanja ugovora mogao predvidjeti kao moguću posljedicu povrede ugovorne obveze, a nepredvidivu samo ako je postupao s namjerom ili grubom nepažnjom (čl. 266., ZOO). Kod deliktne odgovornosti pak štetnik duguje tzv. potpunu naknadu bez obzira na stupanj krivnje (čl. 189. i 190., ZOO). Značajna razlika postoji i glede pravila o zastari potraživanja.⁴⁸ Za stranke je značajno i što se ugovorna odgovornost za štetu može pod određenim pretpostavkama unaprijed ograničiti, isključiti ili pooštriti. Veoma značajna razlika jest i u činjenici što je deliktna odgovornost moguća i prema trećim osobama, dok je ugovorna odgovornost ograničena na ugovorne stranke. Konačno, u hrvatskom pravu, kao i u mnogim drugim pravnim sustavima, naknada nematerijalne štete moguća je prema pravilima deliktne odgovornosti, ali ne i prema pravilima o odgovornosti za povredu ugovorne obveze.

⁴⁶ O razlikama između ugovorne i deliktne odgovornosti profesionalaca za štetu u vidi: JOURDAIN, *Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle*, Revue trimestrielle de droit civil, 1999/4., str. 840. – 843.; GAUDINO, L., *Gli interessi protetti nell'Art. 2043. C.C., La responsabilità extracontrattuale*, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 1994., str. 282.sq.; CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.; SCOGNAMIGLIO, R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Novissimo Digesto italiano, tomo XV, Torino, 1968.; ALPA, G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.; ABDELWAHAD, A. R., *Les consours des responsabilités contractuelle et delictuelle en droit français et en droit suisse*, Geneve, 1963.; HARRIS, D., *Remedies in Contract and Tort*, Weidenfield and Nicholson, London, 1988.; OGILVIE, M. H., *Concurrent Liability in Contract and Tort: Cautionary Tales from the Supreme Court of Canada*, The Journal of Business Law, July 1997., str. 372.-385.

⁴⁷ Sl. l. SFRJ 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. (dalje: ZOO).

⁴⁸ Potraživanja naknade štete uzrokovane povredom ugovora zastarijevaju u roku predviđenom za zastaru one ugovorne obveze koja je povrijeđena, dok potraživanja iz delikata zastarijevaju u roku od tri godine od saznanja za štetu i štetnika, a u svakom slučaju u roku od pet godina od nastanka štete (čl. 371.-375. i čl. 376., ZOO).

4.1. Ugovor kao temelj pravnog odnosa

Za suvremeno je pravo karakteristično da se odnos između davatelja medicinske usluge i pacijenta u pravilu temelji na ugovoru o liječenju, odnosno ugovoru o pružanju zdravstvene usluge.⁴⁹ U hrvatskom pravu, kao i u većini drugih pravnih sustava, to je neimenovani ugovor.⁵⁰

U pravilu je ugovor teretan, tj. korisnik medicinske usluge plaća naknadu za korištenje usluge,⁵¹ ali ugovor može biti i dobročin u slučaju da se usluga pruža bez naknade. No, i u tom slučaju ugovor stvara obveze za obje strane, budući da i na strani pacijenta postoje određene obveze, pored obveze plaćanja usluge. Tako je pacijent obavezan poštovati i slijediti upute liječnika i osobno je odgovoran zbog nepridržavanja tih uputa, tj. svaka poslovno sposobna osoba suodgovorna je za očuvanje i unapređenje svoga zdravlja (čl. 22. st. 1. i 2. ZZZ), obavezan je dati točne i iscrpne informacije potrebne za pružanje usluge i sl. Radi se uglavnom o tzv. obvezama u vlastitom interesu, no njihovo nepoštivanje može biti važno kada se procjenjuje odgovornost liječnika za povredu ugovorom preuzete obveze, tj. nepoštivanje ovih obveza može dovesti do podijeljene odgovornosti. Osim toga, kako je po prirodi stvari liječniku nemoguće prinudnim sredstvima prisiliti pacijenta da izvršava svoju obvezu suradnje, njegovo nepridržavanje uputa može biti i razlog za raskid ugovora od strane liječnika, pod uvjetom da to neće dovesti do opasnosti po zdravlje pacijenta i da je u okolnostima slučaja moguće osigurati medicinsku uslugu na drugoj strani.⁵²

⁴⁹ No, treba napomenuti da od tog pravila postoje značajna odstupanja. Tako se primjerice u engleskom pravu gotovo nepodijeljeno smatra da između pacijenta i liječnika koji svoje usluge pruža u okviru NHS sustava ne postoji ugovorni odnos, budući da je obveza medicinske zaštite u okviru NHS utemeljena na zakonu. No, postoje i suprotna stajališta koja polaze od činjenice da pacijent koji koristi ovakve usluge plaća liječnika, istina indirektno, kroz sustav poreza i zdravstvenih premija. Više vidi: KENNEDY, I. – GRUBB, A., *Principles of Medical Law*, Oxford University Press, 1998., str. 283. sq.

⁵⁰ Izuzetak je, primjerice, nizozemsko pravo jer je donošenjem posebnog Zakona o medicinskom ugovoru (WGBO) i uvrštavanjem njegovih odredaba u nizozemski Građanski zakonik (čl. 446.-468.) ovaj ugovor iz neimenovanog pretvoren u imenovani ugovor pod nazivom ugovor o medicinskom tretmanu.

⁵¹ Bez obzira plaća li uslugu neposredno, ili posredno uplaćivanjem u različite fondove zdravstvenog osiguranja.

⁵² Ovakav stav zastupa se u francuskom pravu (vidi: MÉMETEAU, o. c., str. 75.-76.).

Iako u našem pravu zakoni iz oblasti zdravstva ne predviđaju posebno ovo pravo davatelja medicinske usluge, ono se može braniti pozivom na opća načela ugovornog prava, posebno na institut jednostranog raskida ugovora zbog neispunjenja obveze druge strane. U uvjetima pružanja medicinske usluge to je dodatno opravdano činjenicom da liječnik ne može valjano izvršavati svoju obvezu ako pacijent odbija suradnju i stoga bi mu trebalo garantirati pravo na raskid ugovora, naravno pod uvjetom da se time ne dovodi u opasnost život ili zdravlje pacijenta.

Ugovor je uvijek ugovor *intuitu personae* i u pravilu ugovor s trajnim prestacijama.⁵³ U pravilu, zaključuje se kao jedinstveni normativni akt kojim se liječnik obvezuje na provođenje određenog tretmana medicinske zaštite. To znači da svaki put kada liječnik pacijentu predloži neki novi postupak ili mjeru u okviru ugovorenog tretmana i pacijent na to pristane, nije riječ o zaključenju novog ugovora, već samo o izvršenju opće obveze preuzete ugovorom da se pruži medicinska zaštita. Ta se obveza izvršava najčešće predlaganjem pojedinih mjera na koje pacijent može pristati ili ne. Treba dakle razlikovati pristanak pacijenta na zaključenje ugovora o medicinskom tretmanu od njegovog nužnog pristanka na pojedini dijagnostički postupak, terapijski ili drugi zahvat koji čini sastavni dio opće obveze iz ugovora. Ako pacijent pristane na predložene mjere, liječnik time ispunjava svoje obveze iz ugovora, a ako odbije pojedinu mjeru ili postupak, ovisno o okolnostima slučaja, može doći do prestanka ugovora ili do izvršenja obveze drugim sredstvima, pod uvjetom da na to pristaje i pacijent i liječnik.

Ugovor o medicinskoj usluzi je u pravilu neformalan ugovor za čije je zaključenje dovoljna suglasnost stranaka, a veoma često se u praksi zaključuje i konkludentnim radnjama.⁵⁴ Izuzetno se za neke oblike medicinskog tretmana po zakonu zahtijeva pisana forma ugovora.⁵⁵

Ugovor o medicinskoj usluzi zaključuje u pravilu pacijent i davatelj usluge. Davatelj medicinske usluge u načelu slobodno odlučuje da li će zaključiti ugovor s pacijentom, no u određenoj je mjeri njegova sloboda ugovaranja zakonom ograničena.

U hrvatskom pravu opće ograničenje autonomije volje postoji prema čl. 27. ZOO-a koji slobodu ugovaranja ograničava za one osobe koje su po zakonu dužne bez odgađanja zaključiti ugovor sa svakom zainteresiranom osobom. Posebna ograničenja predviđena su posebnim pravilima vezanim za obavljanje zdravstvenih usluga. Prema odredbama čl. 3. ZZZ-a svaka osoba ima pravo na zdravstvenu zaštitu, a prema odredbama čl. 21. ZZZ-a svaka osoba ima pravo na slobodan izbor

⁵³ Više vidi: MÉMETEAU, o. c., str. 71.

⁵⁴ Npr. prijavljivanjem pacijenta na prijemni odjel medicinske ustanove, započinjanjem nekog oblika medicinskog tretmana uz pristanak pacijenta, davanjem savjeta ili mišljenja i sl.

⁵⁵ Tako u hrvatskom pravu Zakon o zaštiti prava pacijenata za znanstveno istraživanje nad pacijentom i uključivanje pacijenta u medicinsku nastavu zahtijeva izričiti pristanak obaviještenog pacijenta, i to u obliku pisane, datirane i od pacijenta potpisane suglasnosti za sudjelovanje u određenom znanstvenom istraživanju ili medicinskoj nastavi, dane na temelju preciznih i na razumljiv način dokumentiranih obavijesti o prirodi, važnosti, posljedicama i rizicima ispitivanja. Za poslovno nesposobnog ili maloljetnog pacijenta, pristanak daje njegov zakonski zastupnik ili skrbnik (čl. 19.). Osim toga, ZZZ (čl. 21. st. 2.) predviđa da je za prihvaćanje (ili odbijanje) kirurške i druge medicinske intervencije na tijelu potreban pristanak pacijenta u obliku potpisane suglasnosti, ako je pri svijesti i sposoban za rasuđivanje. Suglasnost za nesposobnu ili maloljetnu osobu potpisuje bračni drug, roditelj, punoljetno dijete, punoljetni brat i sestra, zakonski zastupnik ili skrbnik.

doktora medicine i doktora stomatologije u skladu s odredbama ZZZ-a i pravilima zdravstvenog osiguranja, kao i pravo na prvu pomoć i hitnu medicinsku pomoć kada mu je ona potrebna. Osim toga, prema odredbama čl. 18. Zakona o liječništvu, liječnik je dužan provesti potrebne mjere prevencije, dijagnostike, liječenja, odnosno rehabilitacije svim osobama kojima je on izabrani liječnik ili koje su upućene od strane drugog liječnika radi pružanja zdravstvene zaštite. U hitnim je stanjima liječnik također dužan pružiti pomoć svakom bolesniku bez odlaganja, a ostale bolesnike dužan je primati prema stupnju medicinskog prioriteta, odnosno prema listi čekanja.⁵⁶ Prema odredbama čl. 149. ZZZ-a zdravstveni radnici privatne prakse obvezni su pružiti hitnu medicinsku pomoć svim osobama u sklopu svoje stručne spreme, te na poziv nadležnog tijela sudjelovati u radu na sprječavanju i suzbijanju zaraznih bolesti kao i na zaštiti i spašavanju stanovništva u slučaju katastrofe. Sva ova pravila bitno ograničavaju slobodu zdravstvenog djelatnika (zdravstvene ustanove) da slobodno odlučuje hoće li zaključiti ugovor o medicinskom tretmanu sa zainteresiranom osobom.

No, u nekim situacijama posebnim je pravilima osigurano pravo liječnika da odbije zaključiti ugovor. Tako liječnik može odbiti pružanje liječničke pomoći osobi koja mu prijete ili je prema njemu ili drugim zdravstvenim radnicima fizički agresivna, osim u hitnim stanjima.⁵⁷ I osobi koja je agresivna liječnik je dužan pružiti neophodnu hitnu pomoć ako mu je osigurana zaštita policije ili neki drugi oblik zaštite. Isto tako, radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora liječnik ima pravo na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta ako se to ne kosi s pravilima struke te ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta. O svojoj odluci mora pravodobno izvijestiti pacijenta i uputiti ga drugom liječniku iste struke (čl. 20. Zakona o liječništvu).⁵⁸

Povreda obveze zaključenja ugovora o medicinskoj usluzi osnova je za naknadu štete koju je zainteresirana strana pretrpjela stoga što davatelj medicinske usluge na njen zahtjev nije bez odgađanja sklopio takav ugovor.⁵⁹

⁵⁶ Hitnim stanjima smatraju se ona stanja kod kojih bi zbog nepružanja liječničke pomoći mogle nastati trajne štetne posljedice po zdravlje ili po život bolesnika.

⁵⁷ Sličnu odredbu sadrži i čl. 2. t. 12. Kodeksa medicinske etike i deontologije: «Ako se bolesnik, koji je dobro upoznat sa svojim stanjem, a sposoban je da samostalno odlučuje, ne ponaša sukladno s potrebama liječenja i prevencije bolesti, liječniku je iznimno dopušteno takvoj osobi odbiti daljnju skrb, pod uvjetom da ga prethodno uputi na drugog liječnika ili zdravstvenu ustanovu. Jednako tako može liječnik postupiti prema bolesniku koji se svjesno ponaša nedolično, uvredljivo ili prijeteći, osim ako u ovakvim slučajevima prijeteći bolesniku opasnost za život, tada mu je liječnik dužan pomoći.»

⁵⁸ Pravo na priziv savjesti, ako time ne dovodi u opasnost život bolesnika, daje liječniku i odredba čl. 2. t. 14. Kodeksa medicinske etike i deontologije.

⁵⁹ Čl. 183., ZOO.

4.1.1. Pravna priroda obveza koje nastaju iz ugovora o medicinskoj usluzi

Za definiranje odgovornosti pripadnika medicinske profesije od posebne je važnosti utvrditi pravnu prirodu ugovora između davatelja medicinske usluge i pacijenta, odnosno prirodu obveza koje iz njega nastaju. U pravnoj teoriji ne postoji apsolutna suglasnost povodom ovog problema budući da ugovor može sadržavati različite elemente. U pravilu u ugovoru između pacijenta i davatelja medicinske usluge prevladavaju elementi ugovora o pružanju usluge, no u nekim slučajevima prevladavaju elementi ugovora o djelu.⁶⁰ Razlikovanje ova dva tipa ugovornog odnosa bitno je stoga što je njihov predmet različit. U ugovoru o pružanju usluge predmet obveze dužnika je funkcija rada, a u ugovoru o djelu predmet obveze je izvršeni rad.⁶¹

a) Obveza sredstva

Ako se ugovor između liječnika i pacijenta promatra kao ugovor o uslugama,⁶² to znači da preuzimanjem ugovorne obveze pružanja medicinskog tretmana davatelj medicinske usluge preuzima samo obvezu sredstva, a ne i obvezu rezultata. Ugovorom se obvezuje uz naplatu ili besplatno pružiti medicinsku uslugu, što znači da se ne obvezuje, kao kod ugovora o djelu, na postizanje određenog objektivnog cilja, već se dugovana prestacija sastoji u određenom postupanju koje mora biti usmjereno prema postizanju objektivnog cilja (izlječenja, nekog posebnog medicinskog tretmana, otkrivanja bolesti i sl.), ali se dužnik u pravilu ne obvezuje da će taj cilj zaista i postići.⁶³

Kod ugovora o pružanju medicinskih usluga takvo se rješenje pokazuje kao opravdano ili, čak u većini slučajeva, kao jedino moguće stoga što realizacija objektivno postavljenog cilja ne ovisi isključivo od ponašanja dužnika, nego i od drugih okolnosti, prvenstveno od prirodnog razvoja bolesti, ponašanja i osobnih svojstava pacijenta i sl., tj. od čimbenika koji se nalaze izvan sfere utjecaja medicinskog djelatnika.⁶⁴ Stoga ugovorom o pružanju medicinske usluge medicinski

⁶⁰ Više o teorijskim dvojabama oko pravne prirode ugovora o medicinskom tretmanu vidi: KLARIĆ, 2003., str. 383.-386.

⁶¹ Treba napomenuti da se spor o pravnoj prirodi ovog ugovora ne vodi samo u okviru dileme između ugovora o uslugama (službi) i ugovora o djelu. U nekim pravnim sustavima smatra se ugovorom o nalogu ili pak ugovorom *sui generis*. Vidi: PENNEAU, 1985., str. 180.

⁶² Tj. ugovor o službi (*locatio conductio operarum*).

⁶³ Više o razlici obveze cilja (rezultata) i obveze sredstva vidi: MEZAUD, H. ET L. – TUNC, A., *Traite théorique et pratique de la responsabilité civile*, tome I, Dalloz, Paris, 1965., str. 187. sq.

⁶⁴ Ova bitna karakteristika obveze medicinskog djelatnika proizlazi jednim dijelom i iz činjenice da medicinska profesija spada u tzv. intelektualne profesije. Obveza medicinskog profesionalca sastoji se u izvršenju prestacije pretežito intelektualnog karaktera, a intelektualni karakter prestacije zahtijeva, između ostaloga, da je profesionalac u načelu slobodan u izboru sredstava i načina izvršenja svoje obveze, tj. zbog specifičnosti svoje prestacije mora imati široko polje slobode u određivanju načina na koji će pokušati ostvariti postavljeni cilj.

djelatnik ili medicinska ustanova preuzima samo obvezu da će postupati u skladu s pravilima medicinske struke i medicinske znanosti, te da će postupati s pažnjom koji se od medicinskog profesionalca očekuje. To znači da je dužan upotrijebiti sva sredstva koja su prema stanju medicinske znanosti i prakse u određenom trenutku potrebna i pogodna da se postigne rezultat kojeg pacijent očekuje od tretmana, kao i da je dužan pratiti razvoj znanstvenih dostignuća u oblasti medicine kojom se bavi i, ukoliko su u konkretnom slučaju adekvatna, upotrijebiti ih u pružanju medicinske usluge. Ako se pri pružanju medicinske usluge služi pomoćnim osobljem ili uslugama drugih pripadnika profesije, dužan je u skladu s pravilima struke i primjereno ispunjenju postavljenog cilja izabrati osobe čije usluge koristi, organizirati i nadgledati njihov rad, upućivati ih i sl. Ako je pri tome pokazivao dužnu pažnju, ali i pored toga rezultat koji je pacijent očekivao nije ostvaren, on je ipak ispunio svoju preuzetu obvezu sredstva i ne odgovara za nepostizanje cilja.⁶⁵

Drugim riječima, u ugovorima kod kojih dužnik preuzima obvezu sredstva, a ne rezultata, rizik neispunjenja očekivanog cilja pada na vjerovnika, a ne na dužnika, ali to naravno samo pod uvjetom da je dužnik zaista ispunio obvezu sredstva. Jedino ako nije poštovao pravila medicinske struke i deontologije u odabiru i primjeni sredstava za ostvarenje cilja, te ako nije pokazao dužnu pažnju, povrijedio je obvezu sredstva i odgovara za neispunjenje te obveze. Kao dužnik obveze koja je samo u funkciji postizanja cilja, ali ne obuhvaća i sam cilj (rezultat), on ne odgovara za rezultat, što znači da ima pravo na naknadu i kada cilj nije postignut, te da ne odgovara za štetu koja je vjerovniku (pacijentu) nastala zbog nepostizanja cilja, ako se ne može dokazati da je izostanak očekivanog rezultata posljedica upravo njegove povrede profesionalnih obveza i dužne pažnje.⁶⁶

⁶⁵ Obveza koju preuzima pripadnik bilo koje intelektualne profesije smatra se u pravilu obvezom sredstva, a ne obvezom rezultata. Više vidi: CLERK & LINDSELL, *On Torts*, Eighteenth edition, General Editor: Anthony M. Dugdale; Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 442. sq.; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo II, Cedam, Padova, 1990., str. 63. sq.; RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1982., str. 653. sq.

⁶⁶ Da se radi o ugovoru o pružanju usluga te da je obveza liječnika kao i drugih pripadnika medicinske profesije u pravilu obveza sredstva, smatra se u većini pravnih sustava. Za francusko pravo vidi: MÉMETEAU, o. c., str. 76. sq.; PENNEAU, 1985., str. 180.-181.); za belgijsko pravo: DALCQ, o.c., str. 82. sq.; za talijansko pravo: BALDASSARI, A. – BALDASSARI, S., *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè editore, Milano, 1993., str. 135.-161.; BUSNELLI – ZANA, o. c., str. 380. sq.; za nizozemsko pravo: LEENEN, H. J. J. – GEVERS, J. K. M., *Netherlands*; DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985., str. 427. sq.; za englesko pravo: KENNEDY, o. c., str. 134. sq.; NELSON-JONES, R., *Medical Negligence Case Law*, Fourmat Publishing, London, 1990., str. 14. sq.; za njemačko pravo: DEUTSCH, E., *Medizinrecht*, Berlin, 1999., str. 48.; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61. neubearbeitete Auflage; Verlag C.H. Beck, München, 2002., str. 736. sq.; za španjolsko pravo: SANTOS-BRIZ, J., *Spain*; DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985., str. 648.

To ujedno znači da se kod obveze sredstva koja je karakteristična za ugovor o pružanju medicinskih usluga teret dokaza prebacuje s vjerovnika (medicinskog djelatnika) na dužnika (pacijenta). Naime, ako se radi o obvezi rezultata, vjerovnik koji zahtijeva od dužnika naknadu štete zbog povrede ugovora mora dokazati samo činjenicu da rezultat nije postignut, jer to znači povredu preuzete ugovorne obveze, a vjerovnik se oslobađa odgovornosti ako dokaže da na njemu nema krivnje za nepostizanje rezultata, tj. za neizvršenje obveze. No, kako se kod obveze sredstva izvršenje preuzete obveze sastoji u poštovanju i adekvatnoj primjeni pravila struke i poštovanju odgovarajućeg stupnja pažnje, da bi dokazao da obveza nije izvršena ili da nije izvršena kako treba, vjerovnik mora dokazati povredu pravila struke, odnosno povredu postojećeg standarda kompetentnosti i profesionalne pažnje koja se od dužnika zahtijeva. Samo ako dokaže te činjenice, dokazuje neizvršenje ili neuredno izvršenje obveze sredstva.

b) Obveza rezultata

No, ugovor između pacijenta i davatelja medicinske usluge može u određenim slučajevima imati i karakteristike ugovora o djelu. To se dešava u prvom redu kada davatelj usluge izričito preuzme obvezu kojom garantira ispunjenje cilja. Ovakava garancija nije uobičajeni dio ugovora o medicinskoj usluzi i smatra se da bez izričitog preuzimanja takve obveze sud mora obvezu liječnika smatrati obvezom sredstva. Postojanje takve izričite obveze rezultata dužan je dokazati vjerovnik (pacijent).⁶⁷

U sudskoj se praksi i pravnoj teoriji ističe da i obvezivanje na izvršenje nekih specifičnih medicinskih usluga znači preuzimanje obveze ostvarenja određenog rezultata, tj. da je u takvim slučajevima riječ o ugovoru o djelu a ne o ugovoru o usluzi. Za određene usluge (kao što je primjerice obveza laboratorijskog ispitivanja krvi ili tkiva; obveza transfuzije krvi; obveza određivanja krvne grupe; obveza izrade rentgenskog snimka; obveza izrade zubne proteze i sl.)⁶⁸ takav je stav nesporan jer se radi o postupcima koji se, prema sadašnjem stanju medicinske znanosti i dostupne tehnologije, mogu izvoditi s potpunom sigurnošću i bez ikakvog rizika od greške, naravno pod uvjetom da se poštuju pravila struke i uporabi potrebna pažnja.⁶⁹

⁶⁷ U engleskoj sudskoj praksi se ističe da razuman čovjek ne može predmijevati da je liječnik ili drugi pripadnik medicinske struke zaključujući ugovor o medicinskoj usluzi implicate preuzeo obvezu da garantira za uspjeh intervencije. Takav je stav zauzet u slučaju *Thake v. Maurice* (1986) 2 WLR povodom zahtjeva za naknadu štete nastale stoga što je i nakon kirurškog zahvata vazektomije pacijent ostao plodan.

⁶⁸ Vidi: *Jurisprudence française en matière de droit civil; Responsabilité civile; L'infirmier qui fait une piqûre intramusculaire contracte-t-il une obligation de résultat?*; Revue trimestrielle de droit civil, 1981/1.; *Jurisprudence française en matière de droit civil; Responsabilité contractuelle; La nature de l'obligation du dentiste qui réalise une prothèse*; Revue trimestrielle de droit civil 1974/1; *Jurisprudence française en matière de droit civil; Responsabilité contractuelle; La nature de l'obligation des laboratoires d'analyses*, Revue trimestrielle de droit civil 1974/4; PALANDT, o. c., str. 794.

Ali, takav se stav zauzima u dijelu sudske prakse i teorije i povodom zahvata u estetskoj kirurgiji, te u dentalnoj protetici i kirurgiji.⁷⁰ Iako se radi o zahvatima koji su relativno jednostavni i u pravilu ne predstavljaju veći rizik za pacijenta, ovakvo je stanovište ipak sporno. Naime, i ovi oblici medicinskog tretmana ipak uvijek nose u sebi određeni element rizika kojega je nemoguće unaprijed isključiti, pa nužno i ugovor sadrži karakteristiku aleatornosti. Stoga držimo da je pravilnije zauzeti stav da se i u ovim slučajevima radi o preuzimanju obveze sredstva, a ne obveze rezultata. Jedino ako je davatelj medicinske usluge u ugovoru izričito garantirao postizanje predviđenog cilja može se govoriti o obvezi rezultata.⁷¹

4.2. Izvanugovorni odnos

Iako u pravilu nastaje na temelju ugovora, odnos između davatelja medicinske usluge i pacijenta može biti i izvanugovorni odnos. To se u praksi najčešće dešava u slučaju hitnih medicinskih intervencija prilikom kojih pacijent, stoga što nije pri svijesti ili stoga što nema dovoljnu sposobnost za zaključenje ugovora, nije u stanju izraziti svoj pristanak na zaključenje ugovora o medicinskoj usluzi. U teoriji se smatra da se u takvim slučajevima radi o kvazikontraktnom odnosu, odnosno da su ispunjene pretpostavke za nastanak nužnog posloводства bez naloga.⁷² Naknadni pristanak pacijenta ili osobe koja je za poslovno nesposobnog pacijenta ovlaštena sklopiti ugovor o medicinskoj usluzi dovodi do zaključenja ugovora koji može imati djelovanje samo za ubuduće ili *ex tunc*.⁷³ O izvanugovornom odnosu riječ je i u situaciji kada je ugovor o medicinskoj usluzi zbog bilo kojeg razloga ništavan.⁷⁴ Jednako tako, ako davatelja medicinske usluge bez izričitog ili prešutnog pristanka pacijenta u obavljanju usluge predviđene ugovorom zamijeni drugi pripadnik profesije, radi se,

⁶⁹ Treba napomenuti da i u okviru ugovora o medicinskoj usluzi koji stvara u pravilu obvezu sredstva a ne rezultata, liječnik može u pogledu pojedinih elemenata obveze preuzeti obvezu da postigne točno definirani rezultat. Primjerice, kirurg koji je preuzeo obvezu da pacijenta operira u točno određeno vrijeme vrijeda obvezu rezultata ako pacijent pretrpi štetu zbog njegovog zakašnjenja, osim ako dokaže da do zakašnjenja nije došlo njegovom krivnjom.

⁷⁰ Takav je stav povodom usluge vađenja korijena zuba zauzeo i Vrhovni sud Republike Hrvatske (Rev – 2156/1991., 8. siječnja 1992.), koji izričito navodi da se radi o ugovoru o djelu.

⁷¹ Iako u francuskoj sudskoj praksi postoje i drukčiji stavovi, ipak prevladava mišljenje da, u odsutnosti izričito preuzete garancije za uspjeh, obavljanje estetskog kirurškog zahvata ili dentističke usluge treba smatrati obvezom sredstva. Više vidi: PENNEAU, 1985., str. 181.-182.

Isto gledište povodom zahvata estetičke kirurgije brani se u njemačkom pravu: LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II: Besonderer Teil, 12., München, 1981., str. 251.; 277. Isto i: RADIŠIĆ, J., *Kozmetička operacija i odgovornost operatera*, Pravni život, 9/2002. (dalje: RADIŠIĆ, 2002.), str. 173.-181.

⁷² Tako vidi: KLARIĆ, 2003., str. 384.; PENNEAU, 1985., str. 180.

⁷³ Vidi: čl. 228., ZOO.

⁷⁴ Npr. zbog nesposobnosti stranke, najčešće pacijenta, da valjano očituje volju, zbog mana volje, nedopuštenosti predmeta ugovora ili zbog nedostatka posebne forme kada je zakon zahtijeva.

u pravilu, o izvanugovornom odnosu.⁷⁵ Drugim riječima, svaki medicinski tretman kojemu je bilo koja osoba podvrgnuta bez svog pristanka ili pristanka za to ovlaštene osobe stvara između nje i davatelja usluge izvanugovorni odnos. Ako je iz takvog postupanja nastala šteta, nastaje deliktna odgovornost.

4.3. Odnos ugovorne i izvanugovorne odgovornosti u medicinskom pravu

Očito je da odgovornost pripadnika medicinske profesije može biti ugovorna i izvanugovorna. I ovdje se polazi od općih pravila o odgovornosti za štetu u civilnom pravu. Ako se usluga obavlja na temelju ugovora i u okviru ugovorenog, odgovornost za štetu je ugovorna odgovornost. Ako ugovora nema, odgovornost se temelji na općem načelu *neminem laedere*, tj. odgovara se za civilni delikt. U kontinentalnoeuropskim pravnim sustavima načelno se odgovornost pripadnika medicinskih profesija temelji na povredi ugovorne obveze, ali ako nema ugovora, svi pravni sustavi dopuštaju da se odgovornost temelji na pravilima o deliktu.

No, specifičnost ove odgovornosti je u tome što je povreda profesionalne dužnosti (bez obzira postoji li ugovorni odnos), uvijek povreda ne samo načela zabrane nanošenja štete drugome,⁷⁶ nego i opće zakonske obveze na poštivanje određenog standarda ponašanja, stručnosti i kompetentnosti, odnosno brige za interese pacijenta, pa i trećih osoba. Posebna priroda medicinske djelatnosti kao djelatnosti od općeg interesa i djelatnosti koja se temelji na povjerenju javnosti uopće u profesionalne sposobnosti subjekta, nameće pripadniku medicinske profesije određene dužnosti i kada nema ugovorne veze. To znači da se njegova obveza ne sastoji samo u pasivnoj obvezi suzdržavanja od nanošenja štete drugome, nego u određenoj mjeri postaje obveza činjenja i kada nema prethodno nastale ugovorne veze. Kao pozitivne obveze koje bi se moglo nazvati obvezama zaštite, one su neovisne o postojanju ugovora, ali se ne mogu izjednačiti ni s negativnom obvezom suzdržavanja od nanošenja štete.⁷⁷

⁷⁵ No, ako liječnika koji u okolnostima konkretnog slučaja ocijeni da nema dovoljno znanja i sposobnosti da se adekvatno brine o interesima pacijenta zamijeni odgovarajući liječnik - specijalist kojemu je liječnik povjerio brigu o pacijentu i ako je takva zamjena nužna, smatra se da ugovor sadrži prešutni pristanak na takvu zamjenu i da je pacijent sada u ugovornom odnosu sa specijalistom. Vidi: PENNEAU, 1985., str. 180.

⁷⁶ Čl. 16., ZOO.

⁷⁷ Tako je za neke zemlje angloameričkog pravnog sustava karakteristično da pripadnicima medicinske profesije, pored odgovornosti za delikt i za povredu ugovorne obveze, nameću i obvezu poštovanja tzv. fiducijarnih obveza koje izviru iz pravičnosti, tj. sustava *equity law*. Smatra se da je odnos liječnik - pacijent prvenstveno zasnovan na povjerenju, te da iz specijalnih karakteristika tog odnosa proizlaze posebne dužnosti lojalnosti liječnika prema interesima pacijenta. Fiducijarni odnos je neovisan o postojanju i sadržaju ugovora, radi se o obvezama koje proizlaze neposredno iz prava (*equity* pravila), ali je istovremeno neovisan i o postojanju deliktne odgovornosti. Povjerenje kao temelj odnosa zahtijeva od liječnika (fiducijara) takav stupanj lojalnosti prema interesima pacijenta koji njegovu dobrobit uvijek stavlja ispred svih drugih interesa, pa čak i vlastitih. Fiducijarne su obveze najčešće negativne, tj. od fiducijara se traži da se suzdrži od svake djelatnosti koja može

To se posebno jasno očituje u situaciji kada pripadnik medicinske profesije usluge obavlja na temelju radnog odnosa sa zdravstvenom ustanovom. Ugovorni odnos u tom slučaju u pravilu postoji između pacijenta i ustanove, a ne između pacijenta i pojedinog medicinskog djelatnika. Prema općim pravilima, djelatnik ne može pacijentu odgovarati na temelju ugovora jer s njim nije u ugovornom odnosu, njegova odgovornost može biti samo deliktna.⁷⁸ Po općim pravilima o deliktnoj odgovornosti to bi značilo da odgovara samo ako se ne suzdrži od nanošenja štete, dakle da ima samo negativnu obvezu. No, u pravnoj teoriji i u sudskoj praksi nekih zemalja ističe se da specifičnost medicinske djelatnosti nameće i takvom pripadniku profesije pozitivne obveze brige o dobrobiti pacijenta. To stoga što je pacijent sklopio ugovor sa zdravstvenom ustanovom prvenstveno zato što ima povjerenja u profesionalne sposobnosti njenih djelatnika. Tako se u talijanskom pravu smatra da, iako nema ugovorne veze između pacijenta i medicinskog djelatnika, između njih postoji pravna veza koja proizlazi iz posebnog statusa medicinskog profesionalca i povjerenja pacijenta u njegove sposobnosti. Ako propusti mjere potrebne za zaštitu pacijenta, i na njemu osobno, a ne samo na ustanovi, leži tzv. *culpa in non faciendo*.⁷⁹

Prema tome, za profesionalnu odgovornost medicinskih djelatnika karakteristično je da se stroga granica između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti na određeni način gubi, jer pravo nameće pripadniku profesije dužnosti i obveze neovisne o postojanju ugovora, a mnogo šire od opće dužnosti *neminem laedere*, kao temelja deliktne odgovornosti. Osim toga, i kada postoji ugovor o medicinskoj usluzi, ove su zakonske dužnosti poštivanja pravila struke i deontologije, te standarda profesionalne pažnje, njegov implicitni dio. Obveza se ni tada ne svodi na izvršenje samo onoga što je ugovoreno, već je liječnik ili drugi pripadnik medicinske profesije obavezan poštovati i različite akcesorne obveze usmjerene s jedne strane na izvršenje

vrijedati interese pacijenta, ali to mogu biti i pozitivne obveze, tj. dužnost činjenja. Posebna podvrsta fiducijarnih obveza (iako se u dijelu teorije izdavaju kao posebna grupa *equity* obveza) čija povreda dovodi do odgovornosti za štetu jesu obveze čuvanja tajne (*duty of confidence*). Obveza čuvanja tajnosti svih podataka o svim okolnostima vezanim za odnos liječnik – pacijent smatra se bitnim dijelom profesionalne dužnosti. I kada ugovorom nije posebno definirana ili kada ugovora nema, ova obveza izvire neposredno iz *equity* pravila. Mora se raditi o informacijama koje su po svojoj prirodi povjerljive ili su liječniku prenesene kao takve. Iznimke od ovog načela dopuštaju se samo kada to posebni zakon ili sudska odluka zahtijeva, te radi zaštite javnog interesa važnijeg od interesa pacijenta da zadrži tajnost informacije. O pojmu fiducijarnih obveza i o fiducijarnim obvezama pripadnika medicinske profesije više vidi: CLERK & LINDSELL, o. c., str. 1541.-1555.; 451.-456.

⁷⁸ U hrvatskom je pravu, štoviše, ta odgovornost veoma ograničena jer prema odredbama čl. 170. st. 2., ZOO radnik koji je štetu počinio na radu ili u svezi s radom može, pored poslodavca, neposredno odgovarati oštećeniku samo ako je štetu uzrokovao namjerno.

⁷⁹ Iz toga se izvlači zaključak da i odgovornost zaposlenika medicinske ustanove treba prosuđivati prema pravilima o ugovornoj, a ne deliktnoj odgovornosti. O praksi talijanskih sudova vezanoj za ovaj problem više vidi: CASTRONOVO, o. c., str. 219.-225.

ugovorne prestacije, ali isto tako i na zaštitu zdravlja i dobrobiti pacijenta u najširem smislu riječi. Smatra se da predstavljaju autonomne obveze koje nastaju i opstaju neovisno o ugovoru. Takav se odnos prema problemu odgovornosti za štetu u medicini može uočiti u većini suvremenih pravnih sustava, iako uz određene specifičnosti. Naime, gotovo se u svim pravima priznaje konkurencija osnova odgovornosti, no u nekim se pravnim sustavima ipak prednost daje ugovornoj, a u nekima deliktnoj odgovornosti.

4.3.1. *Gledišta u usporednom pravu*

Za moderno **francusko i belgijsko** pravo karakteristično je da naglasak stavljaju na ugovornu odgovornost, odnosno da ugovorna odgovornost apsorbira deliktну. No, treba napomenuti da se do kraja tridesetih godina prošlog stoljeća u ovim sustavima odgovornost pripadnika medicinske profesije shvaćala prvenstveno kao deliktна odgovornost i kada je postojao ugovor. Ali, kako se ovaj ugovor smatrao ugovorom koji stvara obvezu rezultata, a ne obvezu sredstva, pacijentu je bilo dovoljno dokazati da cilj ugovora nije postignut, a liječnik je morao dokazivati da rezultat nije ostvaren zbog okolnosti koje mu se ne mogu pripisati u krivnju. Taj je dokaz kod ugovora o medicinskim uslugama u pravilu veoma težak, i stoga je sudska praksa inzistirala na primarno deliktnoj odgovornosti. Tek od presude u slučaju *Mercier*,⁸⁰ kojom se ugovor o pružanju medicinskih usluga proglašava ugovorom iz kojega nastaje obveza sredstva, francuska sudska praksa počinje ugovornu odgovornost smatrati primarnom vrstom odgovornosti u ovoj oblasti. Ona se temelji na odredbama čl. 1147. *Code civil*. Deliktна odgovornost, koja se temelji na odredbama čl. 1382.-1384. *Code civil*, primjenjuje se samo ako ugovora nema, ako je ništav, te ako je šteta nanesena trećim osobama.⁸¹

U **talijanskom** se pravu načelno priznaje konkurencija osnova odgovornosti, iako se u sudskoj praksi najčešće govori o povredi ugovorne obveze.⁸² Kako je već naglašeno, smatra se da iz ovog ugovora nastaje obveza sredstva, a ne obveza rezultata. No, uvijek se priznaje i mogućnost deliktne odgovornosti, i to ne samo onda

⁸⁰ *Cour de Cassation*, 20 mai 1936, S. 1937. I. 321, D. 1936. I.

⁸¹ Za francusko pravo vidi: KORNPROBST, L., *Responsabilités du médecin*, Dalloz, Paris, 1957.; SAVATIER, R., *Securité humaine et responsabilité civile du médecin*, Dalloz, Paris, 1967.; LEMAIRE, J. F. – IMBERT, J. L., *La responsabilité médicale*, Paris, 1985.; PENNEAU, 1985., str. 179.-186. Za belgijsko pravo vidi: Vidi: ZEPOS, P. J. – CHRISTODOULOU, P., *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI: Torts; Professional Liability*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) – Tübingen, 1978., str. 13. sq.; DALCQ, o.c., str. 82.-86.

⁸² Talijanski *Codice civile* u poglavlju posvećenom obavljanju usluga tzv. intelektualnih profesija, u koje svakako spada i medicinska, odnos između profesionalca i korisnika usluge uređuje kao ugovorni odnos (čl. 2229.-2238. *Codice civile*).

kada ugovora nema, nego i ako je djelovanje koje znači povredu ugovora istovremeno povrijedilo neko subjektivno pravo ili interes zaštićen pravilima civilnog prava.⁸³

Štoviše, i kada se odgovornost zasniva na pravilima o deliktu, ponašanje pripadnika medicinske profesije prosuđuje se prema kriterijima postavljenim za ugovornu odgovornost. Ističe se da i u okviru deliktne odgovornosti moraju biti odlučujući isti kriteriji koji definiraju obvezu sredstva kao ugovornu obvezu.⁸⁴ To znači da ni kod deliktne odgovornosti nije dovoljno da oštećenik dokaže štetu i uzročnu vezu, već mora dokazati da je šteta posljedica povrede pravila medicinske struke, odnosno propusta pažnje koja se očekuje od pripadnika medicinske profesije.⁸⁵

I njemačko pravo prvenstveno polazi od ugovorne odgovornosti, ali dopušta konkurenciju osnova odgovornosti. Ugovor između pacijenta i davatelja medicinske usluge smatra se ugovorom o pružanju usluga (službi),⁸⁶ a izuzetno ugovorom o djelu. Ako nema ugovora, moguća je deliktna odgovornost, ali i kada ugovor postoji, njemačka sudska praksa dopušta pozivanje na povredu pravnih interesa zaštićenih odredbama čl. 823. i 826. BGB-a, dakle deliktnu odgovornost. Takav je stav posljedica činjenice što se u njemačkom odštetnom pravu uopće, pa tako i u ovoj oblasti, deliktna i ugovorna odgovornost smatraju samo oblicima jedinstvenog pojma obveze na naknadu štete.⁸⁷

To najbolje ilustrira u sudskoj praksi i pravnoj teoriji široko prihvaćen koncept tzv. *Verkerspflichten*, prema kojemu je svaka osoba koja svojim djelovanjem stvara ili održava izvor opasnosti dužna poduzeti sve mjere da bi trećeg zaštitila od rizika kojeg je stvorila, a ako tako ne postupi, odgovara za štetu.⁸⁸ To znači nametanje posebnih, direktno na zakonu zasnovanih pozitivnih obveza, nezavisnih od obveza preuzetih ugovorom, ili od opće obveze nenanošenja štete drugome. Povreda ovih zakonskih obveza pažnje je protupravno ponašanje koje rezultira odgovornošću za štetu.⁸⁹ One se tretiraju kao posebne obveze, što znači da se ustanovljava identitet

⁸³ Više vidi: MONATERI, P. G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, CEDAM, Padova, 1989.; GAUDINO, o. c., str. 282. sq.; BUSNELLI, – ZANA, o. c., str. 380.

⁸⁴ Vidi: BALDASSARI – BALDASSARI, o. c., str. 420. sq.

⁸⁵ Jedna od posljedica ovakvog stava je i primjena odredaba čl. 2236. *Codice civile* u oblasti deliktne odgovornosti, iako se radi o pravilu koje postavlja kriterije za definiranje krivnje kod povrede ugovora. Prema čl. 2236. *Codice civile*, ako se radi o slučaju koji zahtijeva rješavanje veoma teških tehničkih problema, profesionalac odgovara za štetu samo ako je postupao s težim oblicima krivnje, tj. namjerno ili s krajnjom nepažnjom.

⁸⁶ *Dienstvertrag* - čl. 611. njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliche Gesetzbuch*, dalje: BGB).

⁸⁷ Više vidi: VON CAEMMERER, E., *Wandlungen des Deliktsrechts*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift (1860-1960), 1960.; DEUTSCH, E., *Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände*, Juristenzeitung, 1963., str. 385. sq.

⁸⁸ Više o pojmu *Verkehrspflichten* vidi: VON BAR, C., *Verkehrspflichten*, Köln-Berlin, 1980.; PALANDT, o. c. str. 1090.-1105.

⁸⁹ Vidi: VON BAR, o. c., str. 164. sq., 180.

pravila koja vrijede za povredu obveza iz ugovora i povredu ovih obveza koje proizlaze iz zakona.

U oblasti profesionalnih, a posebno medicinskih djelatnosti, one dobivaju posebno na značenju jer iz same prirode takve djelatnosti proizlazi da se obveza dužne pažnje ne svodi na opću zabranu nanošenja štete, već se sastoji u pozitivnim dužnostima činjenja koje postoje neovisno od ugovorom preuzete obveze. Kako je povreda *Verkerspflichten* osnova deliktne odgovornosti, a radi se o samostalnim obvezama, deliktna se odgovornost izjednačava s ugovornom, pošto se u oba slučaja radi o povredi prava da se zahtijeva izvršenje pozitivne obveze, u jednom slučaju ugovorene prestacije, a u drugom obveza zaštite od rizika štete. To ujedno znači da se izjednačava kriterij po kojem se procjenjuje standard dužne pažnje pri izvršenju ugovorne obveze sa standardom pažnje koja je povrijeđena time što je propušteno izvršenje *Verkerspflichten*.⁹⁰

Za zemlje koje pripadaju *common law* sustavu također je karakteristično da načelno dopuštaju konkurs deliktne i ugovorne odgovornosti. No, kako je deliktna odgovornost moguća u svakom slučaju, tj. kada postoji ugovor i kada ga nema, a ugovorna samo ako ugovor postoji, u teoriji se smatra da je za angloameričko pravo svojstveno da prednost daje deliktnoj odgovornosti.⁹¹ U engleskom pravu konkurencija osnova odgovornosti oduvijek je nesporna, velikim dijelom zbog toga što se deliktna odgovornost za štetu nanесenu u obavljanju medicinske djelatnosti u pravilu temelji na deliktu *negligence*,⁹² kao povredi opće zakonske obveze pažljivog postupanja. Smatra se da preuzimanje posebne ugovorne obveze ne isključuje na konceptu *negligence* zasnovanu zakonsku dužnost da se vodi računa o interesima drugoga, što znači da pacijent može birati između pravila o ugovornoj odgovornosti i pravila o *negligence*.⁹³

⁹⁰ Više o takvim stavovima povodom odgovornosti liječnika, vidi: CASTRONUOVO, o. c., str. 216.; PALANDT, o. c., str. 1092.

⁹¹ Vidi: ZEPOS - CHRISTODOULOU, o. c., str. 4.; KENNEDY, o. c., str. 134.; NELSON-JONES, o. c., str. 14.

⁹² Pod pojmom *negligence* podrazumijeva se svako aktivno ili pasivno ponašanje koje vrijeđa na pravu zasnovane dužnosti štetnika da vodi računa o interesima određenog oštećenika (*duty of care*). Ova dužnost postoji pod uvjetom da oštećenik pripada određenom krugu osoba prema kojemu štetnik, odnosno krug osoba kojima štetnik pripada, ima obvezu pažljivog postupanja (tzv. *neighbour principle* ili *proximity principle*), odnosno da postoji pravom priznata bliska veza između štetnika i oštećenika. To ujedno znači da mora postojati tzv. *foreseeability* ili predvidivost, odnosno da je šteta od povrede *duty of care* za štetnika, prema njegovim sposobnostima, znanju i okolnostima, razumno predvidiva kao posljedica njegovog djelovanja ili propusta. U novije vrijeme ovim se kriterijima dodaje i kriterij *fairness, justice and reasonableness*, tj. sud slobodno procjenjuje je li utvrđivanje štetnikove odgovornosti u skladu sa zahtjevima razuma i pravičnosti, ne samo u odnosu na stranke, nego posebno u odnosu na javni interes i temeljna pravna načela. Više o pojmu *negligence* vidi: CLERK & LINDSELL, o. c., str. 273.-440.

⁹³ U angloameričkom pravu u obzir dolazi i odgovornost na temelju delikta *the tort of battery*, koji se definira kao namjerno zadiranje u tuđi tjelesni integritet bez pristanka oštećenika. Ukoliko

O bliskosti ugovorne odgovornosti i koncepta *negligence* govori i jedno od temeljnih načela ugovornog prava prema kojemu svaki ugovor o obavljanju usluga implicate sadrži odredbu koja obvezuje profesionalca na razumnu pozornost i kompetentnost u izvršenju preuzete obveze, a ta se pozornost i kompetentnost prosuđuje po kriterijima ustanovljenim u sudskoj praksi u definiranju delikta *negligence*. To znači da svaka povreda ovakvog ugovora predstavlja tzv. *professional negligence*.⁹⁴ Ovo načelo, nastalo djelovanjem sudske prakse, postalo je donošenjem *The Supply of Goods and Services Act 1982.* zakonski princip jer čl. 13. tog zakona određuje da svaki ugovor o obavljanju usluga implicate sadrži odredbu da će profesionalac svoju obvezu iz ugovora izvršiti s razumnom pažnjom i stručnošću (*reasonable care and skill*). Djelovanje ove odredbe zakona ne može se sporazumom stranaka unaprijed isključiti⁹⁵

U pravu **Sjedinjenih Američkih Država**, u većini saveznih država, također se načelno priznaje konkurencija osnova odgovornosti za *medical malpractice* ako postoji ugovor. No, treba naglasiti da se američka sudska praksa u ovoj oblasti mijenjala tijekom vremena, te da je osjetno različita u različitim saveznm državama. Nekada je prevladavao stav da je odgovornost liječnika u pravilu utemeljena na izričitom ili preušetnom⁹⁶ ugovoru s pacijentom, no uvijek se priznavala i mogućnost deliktne odgovornosti, u pravilu za *tort of common law negligence*.⁹⁷ Od polovine 20. st., bez obzira što se i dalje smatra da je odnos liječnik – pacijent u pravilu utemeljen na ugovoru, prevladava stav da je riječ o deliktnoj odgovornosti. Smatra se da odgovornost ne zavisi od postojanja ugovora, tj. ugovor nije nužan za postojanje pravnog odnosa. To znači da je povreda liječnikove obveze prema pacijentu, i onda kada ta obveza proizlazi iz ugovora, u biti delikt koji se sastoji u povredi obveze dužne pažnje koja je neovisna o postojanju ugovora.⁹⁸

dokaže postojanje pretpostavki za nastanak ovog delikta (tj. namjerno postupanje štetnika i nepostojanje pristanka ovlaštene osobe), oštećenik ima pravo na određenu nominalnu naknadu, s tim da ne mora dokazati da mu je ikakva šteta zaista nastala. No, u praksi se ova odgovornost izuzetno rijetko pojavljuje jer sudovi veoma široko tumače pojam pristanka oštećenika. Više vidi: KENNEDY, o. c., str. 135.

⁹⁴ Više vidi: NELSON-JONES, o. c., str. 16.; MCHALE – FOX – MURPHY, o. c., str. 148. sq.

⁹⁵ *The Unfair Contract Terms Act, 1977*, čl. 2.

⁹⁶ Smatralo se da je preuzimanje brige o pacijentu od strane liječnika ili drugog pripadnika medicinske profesije preušetno zaključenje ugovora i kada izričitog ugovaranja nije bilo.

⁹⁷ Koncept *tort of common law negligence* gotovo je identičan pojmu *tort of negligence* u engleskom pravu. No, moguća je odgovornost i na temelju drugih oblika delikata priznatih *common law* sustavom ili u zakonodavstvu pojedinih država, kao što je primjerice, *fraud, abuse, battery* i sl.

⁹⁸ To jasno pokazuje da je u pravu SAD-a u oblasti odgovornosti za *medical malpractice*, kao i u ostalim oblastima profesionalne odgovornosti za štetu, granica između ugovorne i deliktne odgovornosti vrlo «tank». Više vidi: PROSSER, *The Borderline of Tort and Contract, Selected Topics of the Law of Torts*, A. Arbor, 1953., str. 450. sq.

S druge strane, u nekim se situacijama pacijent može pozvati samo na povredu ugovora, npr. ako je ugovorom liječnik preuzeo obvezu da postigne točno definirani rezultat, obvezu da će određene radnje obaviti u određeno vrijeme ili s određenim osobama i sl., drugim riječima ako se obvezao poduzeti radnje koje prelaze okvire pravno definirane *professional duty of care*. No, i u američkoj se sudskoj praksi ugovor o medicinskim uslugama smatra u pravilu ugovorom koji stvara obvezu sredstva a ne rezultata i stoga postojanje ovakve izričite garancije mora nesumnjivo dokazati oštećenik. U nekim se saveznm državama za valjanost takvog ugovora zahtijeva pisana forma. Smatra se da razuman liječnik neće ugovorom preuzeti obvezu rezultata i stoga su sudovi neskloni ne samo na takav način tumačiti pojedine odredbe ugovora, nego su i prilično rezervirani prema priznavanju ugovorne odgovornosti uopće. To je svakako jedan od razloga koji objašnjava prijelaz s ugovorne na dominantno deliktnu odgovornost za *medical malpractice* u američkoj sudskoj praksi.⁹⁹

I u **hrvatskom** je pravu jedini ispravan odnos prema problemu odnosa deliktne i ugovorne odgovornosti priznavanje konkurencije pravnih osnova odgovornosti. Takvo je tumačenje jedino moguće u svjetlu ustavnih normi koje život i zdravlje proglašavaju apsolutno zaštićenim dobrima, zatim općih pravila ZOO-a o ugovornoj i deliktnoj odgovornosti za štetu, te posebnih pravila zakona koji reguliraju medicinsku djelatnost. Istina, u po opsegu relativno skromnoj dosadašnjoj sudskoj praksi iz ove oblasti, uočava se da sudovi u pravilu ne raspravljaju o pravnoj prirodi ove odgovornosti, te da najčešće svoje odluke temelje na odredbama o deliktnoj odgovornosti. Vjerojatno je glavni razlog takve prakse činjenica što je sustav zdravstvene zaštite tako organiziran da ugovorna priroda odnosa s pacijentom nije, barem do sada, dolazila u prvi plan.¹⁰⁰ Osim toga, prednosti koje pravila o deliktnoj odgovornosti donose oštećeniku u mnogim slučajevima uzrokuju da se on izričito poziva na deliktnu, a ne na ugovornu odgovornost.¹⁰¹

⁹⁹ Više vidi: FURROW, B. R. – JOHNSON, S. H. – JOST, T. S. – SCHWARTZ, R. L., *Health Law, Cases, Materials and Problems*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1991., str. 283. sq.

¹⁰⁰ Ne začuđuje stoga što se jedino u odnosu na štete uzrokovane u okviru obavljanja privatne prakse govori o ugovornoj osnovi odgovornosti. Vidi: Sentenca VSRH Rev 2156/1991.: «Zubar koji ima privatnu ordinaciju, koji je prilikom vađenja zuba povrijedio pacijenta (prijelom donje vilice), odgovara za štetu nastalu povredom ugovorne obveze, a ne na temelju izvanugovorne odgovornosti za štetu.» No, bez obzira što se apostrofira ugovorna priroda odnosa liječnik – pacijent, ne smije se (kao što bi moglo proizlaziti iz doslovnog tumačenja ove odluke) isključiti mogućnost izvanugovorne odgovornosti, naravno ako pacijent želi svoj zahtjev bazirati na pravilima o deliktu.

¹⁰¹ To se posebno odnosi na pravilo po kojem je jedino kod deliktne odgovornosti moguće istaknuti zahtjev za naknadu nematerijalne štete, a u sporovima povodom odgovornosti u medicini takvi su zahtjevi u našoj sudskoj praksi relativno česti, posebno u odnosu na nematerijalne štete uslijed pretrpljene fizičke boli.

5. *Subjektivna i objektivna odgovornost*

Bez obzira temelji li se odgovornost za štete u medicini na ugovoru ili na deliktu, u pravilu je u svim pravnim sustavima riječ o subjektivnoj odgovornosti, tj. za odgovornost se pored općih pretpostavki zahtijeva i krivnja štetnika. U većini pravnih sustava na oštećeniku je i teret dokaza krivnje,¹⁰² dok se u hrvatskom pravu krivnja pretpostavlja, što umnogome olakšava položaj oštećenika.

Inzistiranje na subjektivnoj odgovornosti za štete u medicini posljedica je s jedne strane prirode ove djelatnosti u kojoj se profesionalcu ne može nametnuti dužnost garancije za uspjeh intervencije, budući da taj uspjeh samo jednim dijelom zavisi od njegovog ponašanja. On u pravilu intervenira u situaciji u kojoj pacijentu već prijete rizik od prirodnih posljedica oboljenja i ne može objektivno odgovarati za radnje kojima pokušava otkloniti taj rizik. Stoga se ni argument da je medicinska djelatnost po svojoj prirodi opasna djelatnost ne može prihvatiti kao temelj za uvođenje objektivne odgovornosti jer se ne radi o opasnosti koju je stvorio liječnik.¹⁰³ U teoriji se ističe da je suština i svrha medicinske intervencije u tome da se jedan rizik (rizik oboljenja) zamjenjuje drugim (rizikom intervencije) stoga što on ima više izgleda da osigura dobrobit pacijenta. Ako bi postojala objektivna odgovornost za štetu, to bi se nužno negativno reflektiralo na interes pacijenta jer bi se liječnici u strahu od stroge odgovornosti okretali defanzivnoj medicini.¹⁰⁴

S druge strane, priroda profesionalnih usluga općenito, pa time i u oblasti medicine, tj. pretežito intelektualni karakter medicinske usluge, zahtijeva da se poštuje načelo autonomije profesionalca,¹⁰⁵ što je nespojivo s objektivnom odgovornošću. Osim toga, kako je već naglašeno, u medicini ima vrlo malo pravila koja se mogu smatrati apsolutno važećim i nepromjenjivima bez obzira na konkretnu situaciju. To znači da nedostaju apsolutno objektivni kriteriji po kojima bi se mogla procjenjivati djelatnost liječnika, što je nužno ako se odgovornost ne temelji na krivnji. Konačno, medicinske se usluge često pružaju u iznimnim situacijama u kojima se zahtijeva brza i učinkovita reakcija na prijeteću opasnost, uvjeti u kojima se pomoć pruža mogu biti takvi da ne dopuštaju primjenu optimalnih rješenja i sl.¹⁰⁶

¹⁰² U skladu s općim načelima odgovornosti za štetu takav stav načelno zauzima primjerice francusko pravo (vidi: PÉNNEAU, o. c., str. 183.), englesko pravo (vidi: KENNEDY, o. c., str. 135.-144.), njemačko pravo (vidi: DEUTSCH, 1999. str. 121.), talijansko pravo (vidi: BUSNELLI – ZANA, o. c., str. 388.-389.).

¹⁰³ Tako: CATTANEO, G., *Alcune questioni in tema di responsabilità professionale*, Temi, 1967., str. 2991.

¹⁰⁴ O takvim stavovima u pravnoj teoriji usporednog prava više vidi: KLARIĆ, 2003., str. 391.; RADIŠIĆ, 1986., str. 104.-10.

¹⁰⁵ Prevladavajući intelektualni karakter dugovane prestacije zahtijeva po prirodi stvari da profesionalac ima široko polje slobode u određivanju tehnika i sredstva pomoću kojih će ostvariti postavljeni cilj.

¹⁰⁶ Time kriterij pažnje postaje zapravo jedini mogući u ocjeni (ne)dopuštenosti njegovog ponašanja.

No, u pravnoj teoriji mnogih zemalja sve su češći zahtjevi za uvođenjem objektivne odgovornosti, a u pravilu se temelje na konstataciji da je medicinska djelatnost po svojoj prirodi opasna djelatnost.¹⁰⁷ Osim toga, ističe se da je dokazivanje krivnje liječnika kao i uzročne veze između štetne radnje i štete za pacijenta kao laika veoma teško, a često i gotovo nemoguće.¹⁰⁸ Uvođenje objektivne odgovornosti, barem u nekim oblastima medicinskih usluga, svakako bi značilo bolju zaštitu interesa pacijenata.

Ali, usprkos određenoj uvjerljivosti argumenata onih koji se zalažu za uvođenje objektivne odgovornosti, u svim pravnim sustavima u pravilu je odgovornost za štete u medicini subjektivna. Iznimno se u nekim situacijama priznaje objektivna odgovornost, u pravilu kada šteta potječe od uporabe opasne stvari u medicinskom tretmanu, no ni tada stavovi u svim pravima nisu isti.

U talijanskoj se sudskoj praksi tako zastupa stanovište da liječnik ili ustanova može odgovarati za štete koje potječu od stvari koje stvaraju značajniji rizik štete,¹⁰⁹ ako ne dokažu da su poduzeli sve što je u njihovoj moći da rizik otklone ili da je šteta posljedica slučaja.¹¹⁰ Iako se dopušta obaranje pretpostavke krivnje, u sudskoj praksi ovakvi zahtjevi redovito vode osuđujućoj presudi jer je dokazivanje navedenih činjenica za liječnika (ustanovu) veoma teško. Ne radi se dakle o «pravoj» objektivnoj odgovornosti, no s obzirom na opća pravila talijanskog prava o odgovornosti profesionalca za štetu, ovo je svakako praksa koja izrazito ide *in favorem* pacijenta. Naime, prema odredbama čl. 2236. *Codice civile*, za odgovornost medicinskog (i svakog drugog) profesionalca u slučaju da se radi o rješavanju posebno teških tehničkih problema, zahtijeva se gruba nepažnja ili namjera. Rukovanje ovakvim opasnim stvarima u pravilu se smatra «rješavanjem teških tehničkih problema», što znači da bi po općim pravilima stupanj zaštite prava pacijenta bio obrnuto proporcionalan opasnosti stroja koji se upotrebljava.¹¹¹

¹⁰⁷ Što je u velikoj mjeri točno, posebno u nekim oblastima medicinske zaštite kao što je kirurgija, nuklearna medicina i sl. Osim toga, sve šira uporaba medicinskih aparata i složenih tehnoloških postupaka u dijagnostici, liječenju i rehabilitaciji čini medicinu djelatnošću kod koje je izuzetno povećan rizik od štete.

¹⁰⁸ To pogotovo stoga što se sudovi u ocjenjivanju (ne)postojanja krivnje (osim u slučajevima koji predstavljaju očigledno i grubo kršenje temeljnih pravila medicinske djelatnosti) moraju osloniti na mišljenja medicinskih vještaka koji nerijetko pokazuju sklonost da suviše široko štite pripadnike svog staleža.

¹⁰⁹ Npr. stroj za nuklearnu magnetsku rezonancu, svi strojevi čija se uporaba u terapiji ili dijagnostici bazira na računalnim programima, strojevi za radiološku terapiju i sl.

¹¹⁰ Riječ je o primjeni pravila o odgovornosti za štete od stvari koja pada na onoga tko stvar ima na čuvanju (čl. 2051. *Codice civile*).

¹¹¹ Treba napomenuti da se u dijelu talijanske teorije predlaže da se medicinska djelatnost tretira kao opasna djelatnost i da se na nju primjenjuju odredbe čl. 2050. *Codice civile* koji predviđa praktički objektivnu odgovornost. No, sudska praksa za sada odbija prihvatiti takve stavove. Više vidi: BUSNELLI – ZANA, o. c., str. 402.-403.

I u **francuskom** je pravu, ako se radi o šteti koja potječe od opasne stvari, položaj pacijenta olakšan utoliko što se, pozivom na odredbe čl. 1384. al. 1. *Code civil*, krivnja predmnijeva a ne dokazuje, kako je to po općim pravilima o odgovornosti. Štetnik se može osloboditi krivnje samo ako dokaže da šteta potječe od slučaja ili više sile. No, to vrijedi samo pod pretpostavkom da nema ugovornog odnosa između pacijenta i liječnika, jer prema vladajućem stavu u francuskom pravu ugovorna odgovornost apsorbira deliktnu, što znači da se u slučaju postojanja ugovora primjenjuju opća pravila o teretu dokaza.¹¹²

U pravu **Sjedinjenih Američkih Država** sudska je praksa različita, ali postoji relativno velik broj odluka u kojima je ustanovljena objektivna odgovornost za štete od opasnih stvari. No, u takvim se slučajevima odgovornost temelji na pravilima o odgovornosti za proizvod s nedostatkom.¹¹³ To znači da je objektivna odgovornost ograničena samo na štete koje potječu od medicinske opreme, strojeva, medikamenata i sl. koji imaju nedostatak, a ne odnosi se na štete od stvari koje se mogu smatrati opasnim po svojim redovitim svojstvima ili uporabi. Da bi ustanovila odgovornost za ovakve štete, sudska je praksa u SAD-u zauzela stav da se bolnica može smatrati prodavateljem stvari, iako to nije njena glavna djelatnost, kako bi pružila zaštitu pacijentima u okolnostima kada medicinska djelatnost sve više ovisi o uporabi različitih tehničkih pomagala.¹¹⁴ Smatra se da medicinska ustanova koja raspolaže profesionalnim znanjem ima prema pacijentu obvezu izabrati proizvod koji nije opasan, odnosno da preuzima implicitnu garanciju za ispravnost proizvoda.¹¹⁵

No, dio američke prakse ne prihvaća takve stavove, posebno u svezi s mogućom odgovornošću zdravstvene ustanove za štete od transfuzije krvi zaražene HIV-virusom. Ako bolnica nije ujedno i proizvođač krvi, smatra se da nije dužna naknadno provjeravati njenu ispravnost i da se može osloniti na testove koje je proveo proizvođač.

U **hrvatskom** pravu sudska praksa redovito primjenjuje pravila subjektivne odgovornosti na štete u zdravstvu. Prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, radi se o subjektivnoj odgovornosti kod koje se krivnja predmnijeva, a ne o kauzalnoj

¹¹² Stoga se ovaj oblik odgovornosti češće javlja u sudskoj praksi u pogledu šteta koje su pretrpjele treće osobe, a ne pacijenti (npr. duševne boli bliske osobe zbog smrti pacijenta uzrokovane opasnom stvari). No, u pravnoj teoriji se čak ističe da i u slučaju kada se odgovornost ne temelji na ugovoru nego na deliktu, posebna priroda medicinske djelatnosti zahtijeva da liječnik uvijek uživa relativni imunitet od odgovornosti, tj. da ni u takvom slučaju ne bi trebao odgovarati ako mu se ne dokaže krivnja. Više vidi: PENNEAU, o. c., str. 198.-200.

¹¹³ Čl. 402A i 519. i 520. *Restatements (Second) of Tort*.

¹¹⁴ U nekim slučajevima u kojima se radilo o vrjednijoj tehničkoj opremi bolnica je odgovarala iako nije bila vlasnik nego zakupac stvari.

¹¹⁵ Više vidi: FURROW – JOHNSON – JOST – SCHWARTZ, o. c., str. 242.-252.

odgovornosti.¹¹⁶ Ističe se da mnogi medicinski tretmani nose u sebi određeni rizik za pacijentovo zdravlje, ali ako je takvo liječenje prihvaćeno u medicini, zbog mogućnosti nastupanja štetnih posljedica ne može zdravstveni djelatnik ili ustanova odgovarati po načelu objektivne odgovornosti.

No, čak i u slučaju da šteta nastane od opasne stvari koja se upotrebljava u medicinskom tretmanu, hrvatski sudovi zauzimaju stajalište da posebna priroda medicinske djelatnosti zahtijeva da odgovornost prema pacijentu bude subjektivna.¹¹⁷ Ističe se da zdravstvena ustanova (liječnik) objektivno odgovara za takve štete samo ako su nastale trećim osobama ili radnicima u ustanovi. Smatra se da pacijent sam snosi rizik štete od opasne stvari ako pravila medicinske struke zahtijevaju uporabu opasne stvari radi otklanjanja rizika bolesti. Kako sam zahtijeva liječenje takvim sredstvima jer mu to donosi korist, mora sam snositi i rizik štete. Time se poziva na načelo da onaj tko ostvaruje korist od opasne stvari ne može zahtijevati naknadu štete koja mu je od stvari nastala.¹¹⁸

No, takav se stav izlaže kritici i opravdano se upozorava da se ne mogu štete od iste opasne stvari tretirati različito, a posebno ne isključivo po subjektivnom kriteriju. Ako se utvrdi da stvar treba smatrati opasnom, odredba čl. 154. st. 2. ZOO-a kao kogentna norma nalaže da za sve štete koje su trećim osobama nastale od takve stvari, njen imatelj odgovara bez obzira na krivnju. Osim toga, ističe se da se pacijent ne može smatrati osobom koja je ostvarila korist od opasne stvari ukoliko je rezultat uporabe stvari šteta po njegovo zdravlje, dok je ustanova nesumnjivo korisnik stvari.¹¹⁹

U ovom kontekstu vrijedno je napomenuti i da je u presudi broj: Gzz-249/03-2 Vrhovni sud Republike Hrvatske odbacio stav da se krvni pripravak zaražen virusom hepatitisa C može smatrati opasnom stvari, a time i mogućnost da se raspravlja o

¹¹⁶ Takav je stav veoma jasno izražen u presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj: Rev 3118/1993-2.: *«Zatim treba imati u vidu da mnogi medicinski tretmani pretpostavljaju određeni rizik i da mogu uzrokovati štetu pacijentu i njegovu zdravlju. Ako međutim, pravila medicinske nauke odnosno struke usprkos predvidivosti mogućeg rizika u vidu štetnih posljedica za zdravlje pacijenta, dopuštaju takav način liječenja (kao što je u ovom slučaju resekcija i ugradnja umjetnog lakt), ako je on opće prihvaćen u medicini, onda je očevidno da za izuzetno nastupanje štetnih posljedica bolnica ne može odgovarati po osnovi objektivne odgovornosti, bez obzira na krivnju.»* Isto mišljenje izražava se i u presudi Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj: Rev 6/02-2: *«Prema pravnom shvaćanju ovoga suda, bez obzira što je operacija kakva je bila izvršena na tužitelju 11. siječnja 1995. u sebi nosila stanoviti rizik nastupanja štetnih posljedica za njegovo zdravlje, radilo se, kako to proizlazi iz provedenog medicinskog vještačenja, o standardnom medicinskom zahvatu izvršenom u skladu sa suvremenom medicinskom strukom, zbog čega bolnica za eventualne štetne posljedice takvog zahvata odgovara za propuste pri njegovom poduzimanju, kako glade izbora tako i sredstava kojima se zahvat vrši, dakle po načelu krivnje na temelju čl. 154. st. 1. ZOO, a ne uzročnosti u smislu čl. 173. ZOO.»*

¹¹⁷ Više vidi: KLARIĆ, 2002., str. 67. sq.

¹¹⁸ Više o takvim stavovima u sudskoj praksi i pravnoj znanosti vidi: KLARIĆ, 2003., str. 392.-395.

¹¹⁹ KLARIĆ, 2003., ibidem.

objektivnoj odgovornosti bolnice prema pacijentu koji je primanjem pripravka zaražen virusom.¹²⁰

6. Krug osoba koje mogu odgovarati za štetu

U određivanju kruga osoba koje mogu pacijentu i trećim osobama odgovarati za štetu u svim se pravnim sustavima primjenjuju opća pravila o ugovornoj i deliktnoj odgovornosti, no respektiraju se i neke posebnosti medicinske djelatnosti.

U **francuskom** pravu zbog već spomenutih specifičnosti sustava zdravstvene zaštite, za štetu koja je nastala djelovanjem u okviru javnog zdravstvenog sektora načelno postoji isključivo odgovornost javne ustanove (tj. države). Liječnik ili drugi medicinski djelatnik zaposlen u takvim ustanovama ne može odgovarati za štetu na temelju ugovorne odgovornosti jer između pacijenta i njega nema ugovora. Isto tako, ni po osnovu delikta za štetu ne odgovara neposredno liječnik jer se smatra javnim službenikom i moguća je samo odgovornost javne ustanove, tj. države.¹²¹

No, ako liječnik uslugu pruža u okviru zdravstvenih ustanova u privatnom sektoru, načelno je moguća samo odgovornost pojedinog liječnika, a ne i odgovornost ustanove. To se objašnjava posebnom osobnom prirodom odnosa liječnik – pacijent, činjenicom da liječnik ima legalni monopol na obavljanje usluga profesije, a posebno time što deontološka načela medicinske profesije zahtijevaju da se apsolutno poštuje neovisnost liječnika i sloboda u izboru načina i tehnika pružanja usluge.¹²² No, u sudskoj praksi se u posljednje vrijeme ponekad odstupa od takvog stava i ustanovljava se ugovorna odgovornost privatne ustanove za rad njenih liječnika. Osim toga, privatna ustanova može odgovarati za rad liječnika i po načelima izvanugovorne odgovornosti za drugoga,¹²³ a isto tako može odgovarati za vlastitu grešku u izboru liječnika ili za propust da liječniku osigura potrebne uvjete za rad i stavi na raspolaganje sredstva adekvatna za izvršenje usluge. Odgovornost ustanove i liječnika je u takvim situacijama solidarna. Konačno, ustanova uvijek odgovara za rad pomoćnog medicinskog osoblja kojeg zapošljava.

S druge strane, u **talijanskom** pravu načelno ista pravila koja vrijede za odgovornost privatne medicinske ustanove vrijede i za odgovornost javne ustanove,

¹²⁰ Budući da u ovom slučaju bolnica nije bila proizvođač krvnog pripravka već ga je dobila od ustanove ovlaštene za proizvodnju, takav je stav u skladu s praksom koja postoji u nekim zemljama u usporednom pravu. Smatra se naime da se bolnica može pouzdati u to da je krv testirana, ali da je dužna brižljivo izabrati svog dobavljača. (Vidi: *Presuda Zemaljskog suda u Düsseldorfu* od 28.6.1990., *Neue Juristische Wochenschrift*, 37/90, str. 2325.)

¹²¹ Pojedini medicinski djelatnik može direktno i pored ustanove (države) odgovarati samo izuzetno. Vidi poglavlje 3.1.

¹²² Više vidi: PENNEAU, 1985., str. 195. sq.

¹²³ Čl. 1384. al. 5. Code civil.

no ipak uz neke manje razlike.¹²⁴ Ako se radi o privatnoj klinici, smatra se da između nje i pacijenta postoji ugovorni odnos i da ustanova odgovara po načelima ugovorne odgovornosti za radnje svojih liječnika,¹²⁵ osim ako iz ugovora proizlazi da se obvezala isključivo na osiguravanje prostora za rad, opreme i pomoćnog osoblja kojeg stavlja na raspolaganje tzv. vanjskom liječniku.¹²⁶ U posljednjem slučaju ugovor o liječničkim uslugama postoji samo između pacijenta i liječnika. Ako odgovara za radnje svojih liječnika, ustanova se može pozivati na pravila o ograničenju odgovornosti liječnika.¹²⁷ Naravno, i liječnik – zaposlenik uvijek može neposredno odgovarati pacijentu prema pravilima o deliktnoj odgovornosti.

Ako se radi o javnoj medicinskoj ustanovi, ona odgovara za radnje svojih zaposlenika po načelima ugovorne i izvanugovorne odgovornosti, dakle uvijek po pravilima civilnog prava. Pored ustanove za štetu može odgovarati neposredno i liječnik, ali samo pod uvjetom da je štetu uzrokovao namjerno ili krajnjom nepažnjom. No, prema stavovima izraženim u pravnoj znanosti, za razliku od privatne ustanove javna se ustanova ne može pozivati na ograničenja odgovornosti iz čl. 2236. *Codice civile*.¹²⁸

U engleskom pravu ako se usluga obavlja u okviru sustava NHS, za štetu odgovara pojedina ustanova tog sustava.¹²⁹ Ustanove odgovaraju za svo medicinsko osoblje, bez obzira radi li na temelju radnog odnosa ili u svojstvu tzv. *visiting staff*,¹³⁰ trajno ili privremeno, za plaću ili besplatno, pod uvjetom da rade u okviru povjerene službe. Odgovornost ustanove ne ovisi o njenoj krivnji, tj. dovoljno je da ponašanje osobe za koju odgovara udovoljava pretpostavkama za *professional negligence*. No, zdravstvena ustanova neposredno odgovara i za vlastite propuste, tj. za propuste u organizaciji rada, izboru stručnog osoblja, administrativnim poslovima, kontroli rada osoblja, nabavci odgovarajuće opreme i sl.¹³¹ Ova se odgovornost temelji na «krivnji

¹²⁴ Više o subjektima odgovornosti za štete u medicini u talijanskom pravu vidi: BALDASSARI – BALDASSARI, o. c., str. 385.-399.; 687.-741.

¹²⁵ Isto vrijedi i u slučaju da liječnik nije zaposlenik ustanove, već rad u njoj obavlja na temelju nekog drugog ugovornog odnosa. On se tada smatra pomoćnikom ustanove koji nije u ugovornom odnosu s pacijentom i ustanova odgovara za njegov rad.

¹²⁶ U tom slučaju odgovara samo za propuste u izvršenju navedenih obveza.

¹²⁷ Tj. na pravila čl. 2236. *Codice civile* prema kojima liječnik odgovara samo za namjeru i grubu nepažnju ako se radi o posebno teškom tehničkom problemu.

¹²⁸ Više vidi: BUSNELLI – ZANA, o. c., str. 397.- 399.

¹²⁹ Tzv. *NHS Trusts*, formirani odredbama *National Health Service and Community Care Act 1990*.

¹³⁰ Smatra se da i osobe koje nisu službenici NHS, već usluge obavljaju na temelju nekog drugog ugovora s NHS, predstavljaju agente kojima se NHS služi u obavljanju usluga i stoga za njih mora odgovarati. Njihova je obveza na pružanje adekvatne medicinske usluge neprenosiva i zato se primjenjuju opća pravila o odgovornosti poslodavca za zaposlenika. Više vidi: CLERK & LINDSELL, o. c., str. 478. sq.

¹³¹ Ističe se da je obveza ustanove osigurati «razumno sigurno okruženje za pružanje zdravstvene zaštite».

u organizaciji» na strani ustanove, a ne na propustu i nepažnji pojedinog medicinskog djelatnika.

Teorijski uvijek postoji i neposredna deliktna odgovornost samog liječnika ili drugog pripadnika struke, no u praksi se gotovo bez iznimke tužba podiže protiv ustanove. No, ako je pacijent koji boravi u NHS bolnici sam izabrao liječnika i s njim sklopio ugovor, postoji samo ugovorna ili deliktna odgovornost liječnika, ali ne i ustanove jer se takav pacijent smatra privatnim pacijentom. Zdravstvena ustanova u tom slučaju odgovara samo za rad svojih liječnika i pomoćnog osoblja koji mogu biti angažirani kao pomoć pri pružanju usluge privatnom pacijentu.

Liječnici opće prakse (tzv. *general practitioners*) usluge primarne zdravstvene zaštite pružaju na temelju odnosa s *Health Authority*, koja je obvezna osigurati primarnu zaštitu u određenom području time što zaključuje ugovore s liječnicima opće prakse. Pravna priroda odnosa liječnika i *Health Authority* sporna je, no u svakom slučaju postoji suglasnost da nije riječ o radnom odnosu. Smatra se da je liječnik u odnosu na *Health Authority* nezavisan sugovaratelj i stoga ne postoji odgovornost *Health Authority* za propuste liječnika. *General practitioners* se nerijetko udružuju u partnerstvo i tada postoji solidarna odgovornost svakog od partnera za propuste ostalih.¹³² No, ako je *general practitioner* imenovao zamjenika (*locum*) za obavljanje usluge ili dijela usluge, za njegove propuste ne odgovara jer se i zamjenik smatra neovisnim ugovarateljem. Odgovara jedino za loš izbor zamjenika.

Ako se usluga obavlja u okviru ustanova privatne medicinske zaštite, ustanova je odgovorna za rad svog osoblja po načelima odgovornosti za drugoga.¹³³ Naravno, uvijek postoji i osobna odgovornost pripadnika medicinskog osoblja. Prema oštećeniku oni odgovaraju solidarno, a u internom odnosu štetu raspoređuju prema dogovoru, a ako se dogovor ne može postići, štetu snose na jednake dijelove.¹³⁴

Prema pravilima hrvatskog prava, ako se odgovornost temelji na ugovornom odnosu odgovara zdravstvena ustanova kao ugovorna strana, a ako je ugovor zaključen sa zdravstvenim djelatnikom u privatnoj praksi,¹³⁵ on odgovara za sebe i za svoje zaposlenike, te za osobe koje su po njegovom nalogu izvršavale obveze iz ugovora (suradnike) kao da ih je sam izvršio (čl. 611., ZOO).

¹³² Naravno, ako *general practitioner* zapošljava pomoćno osoblje, odgovara za njega kao poslodavac.

¹³³ U engleskoj se praksi najčešće između liječnika koji pruža usluge u okviru privatnih zdravstvenih ustanova i pacijenta zaključuje poseban ugovor, tako da ustanova ne odgovara za rad liječnika već postoji samo njegova direktna odgovornost. No, ustanova odgovara za ostalo osoblje.

¹³⁴ Više o subjektima odgovornosti u engleskom pravu vidi: KENNEDY, o. c., str. 154.-157.; KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 446.-459.

¹³⁵ Prema odredbama ZZZ-a, u Hrvatskoj privatnu praksu mogu obavljati: doktor medicine i doktor stomatologije, magistri farmacije, diplomirani inženjeri medicinske biokemije, te zdravstveni radnici više ili srednje stručne spreme, i to medicinske sestre, viši zubari, zubni tehničari i fizioterapeuti. (čl. 140. i 141., ZZZ).

Ako je riječ o deliktnoj odgovornosti, a usluga se obavlja u okviru privatne prakse, za štetu odgovara liječnik ili drugi pripadnik medicinske profesije koji tu praksu obavlja. On odgovara i za radnje svojih zaposlenika, a odgovornosti se može osloboditi ako dokaže da je zaposlenik u danim okolnostima postupao onako kako je trebalo (čl. 171. st. 1., ZOO u svezi s čl. 170. st. 1., ZOO). Zaposlenik također može neposredno odgovarati oštećeniku, ali samo pod uvjetom da je štetu nanio namjerno (čl. 170. st. 2., ZOO). Liječnik i zaposlenik oštećenom odgovaraju solidarno. Liječnik ima pravo u roku od šest mjeseci od isplate zahtijevati regres od zaposlenika ako je štetu počinio namjerno ili s krajnjom nepažnjom (čl. 171. st. 2., ZOO). Po istim pravilima liječnik ili drugi medicinski djelatnik privatne prakse odgovara i za radnje drugih osoba čijim se uslugama služi na temelju nekog drugog ugovornog odnosa, a ne ugovora o radu.¹³⁶ Ako pak odredi zamjenika koji će usluge obavljati za vrijeme njegove odsutnosti ili privremene obustave rada,¹³⁷ kako se ne radi o osobi za koju se odgovara po pravilima čl. 171., ZOO, liječnik odgovara samo za pravilan izbor zamjenika i za instrukcije koje mu je dao. Naravno, u svakom slučaju postoji i neposredna odgovornost zamjenika za vlastite radnje, a odgovara solidarno s liječnikom.

Ista pravila vrijede i za deliktnu odgovornost zdravstvene ustanove i trgovačkog društva za obavljanje zdravstvene djelatnosti, te moguću paralelnu odgovornost njihovih zaposlenika. Ustanova i trgovačko društvo odgovaraju za rad svojih zaposlenika ako ne dokažu da su zaposlenici u svemu postupali kako je trebalo, a zaposlenici neposredno i solidarno s ustanovom ili trgovačkim društvom odgovaraju samo ako su postupali namjerno.¹³⁸ Isto tako, i u našem pravu medicinska ustanova može odgovarati za propuste u organizaciji rada.¹³⁹

¹³⁶ Iako se ne radi o radnom odnosu i u ovoj situaciji treba analogno primijeniti odredbe čl. 171. i 170. st. 2., ZOO. Tako vidi: KLARIĆ, 2003., str. 396.

¹³⁷ Doktor privatne prakse koji obavlja djelatnost kao izabrani doktor obavezan je u slučaju odsutnosti ili privremene obustave rada osigurati za opredijeljene osigurane osobe zamjenu ugovorom s drugim zdravstvenim radnikom iste struke i specijalizacije koji obavlja privatnu praksu ili sa zdravstvenom ustanovom primarne zdravstvene zaštite, odnosno trgovačkim društvom koje obavlja zdravstvenu djelatnost, koji će za to vrijeme umjesto njega pružati zdravstvenu zaštitu tim osobama (čl. 148., ZZZ).

¹³⁸ U našoj sudskoj praksi najčešći su zahtjevi protiv medicinske ustanove (trgovačkog društva) upravo stoga što za ustanovu (trgovačko društvo) vrijedi načelo predmnijevane krivnje, dok je za aktiviranje direktne odgovornosti pojedinog zaposlenika potrebno dokazati da je postupao namjerno, što je u praksi veoma rijetko i izuzetno je teško dokazati.

¹³⁹ Presudom Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj: Rev 1619/1992-2 bolnica je proglašena odgovornom za štetu zato što je (između ostalog) zahvat obavljen od strane nestručne osobe (trebao ga je obaviti liječnik, a obavio ga je zdravstveni radnik nižeg stupnja stručnosti). Radi se o propustu u organizaciji rada u ustanovi.

7. Protupravnost radnje i krivnja

U raspravljanju o protupravnoj radnji kao elementu odgovornosti za štete u medicini, bez obzira misli li se pri tom na povredu ugovorne obveze ili na protupravnu radnju kao pretpostavku izvanugovorne odgovornosti, potrebno je voditi računa o specifičnostima medicinske djelatnosti.¹⁴⁰ S jedne strane, radi se o djelatnosti kojoj je po prirodi stvari imanentan visoki stupanj rizika. Svaki medicinski zahvat, i onaj najbezazledniji, uvijek sadrži mogućnost nastanka štete, ponekad s veoma ozbiljnim ili čak fatalnim posljedicama po zdravlje ili život pacijenta. Prema tome, prakticiranje medicinskih usluga samo po sebi uvijek predstavlja, nekada minimalan, ali nekada vrlo visoki rizik od nastupanja štete za pacijenta, a u nekim situacijama i za treće osobe.

Opća pravna zabrana nanošenja štete drugome stoga se u oblasti medicinskih djelatnosti ne može tretirati na isti način kao u ostalim djelatnostima. Nastupanje štete na pravno zaštićenim dobrima često je prirodna i neizbježna posljedica medicinskog tretmana koju liječnik ne može predvidjeti ni izbjeći zbog specifičnosti objekta njegovog djelovanja, tj. ljudskog organizma koji može različito i neočekivano reagirati na tretman. Zbog niza faktora koji utječu na tijek razvoja bolesti i na tijek tretiranja bolesnika, a nalaze se izvan kontrole medicinskog djelatnika, prakticiranje medicine uvijek sadrži element aleatornosti. Zatim, u medicini kao znanosti, a posebno kao praksi, postoji relativno mali broj čvrstih i nepromjenjivih pravila na koje se medicinski djelatnik može osloniti kao na «zakone» koji su bez ikakvog rizika primjenjivi u svakoj situaciji, tj. glede svakog pacijenta. To znači da i postupanje u svemu u skladu s pravilima medicinske nauke, te s najvećim stupnjem pozornosti, može rezultirati štetom, odnosno medicinskom greškom.

Osim toga, svrha medicinske djelatnosti je liječenje ili sprječavanje razvoja bolesti, dakle zla koje prijeto pravno zaštićenim dobrima pacijenta. Stoga liječnik ne može, da bi izbjegao rizik od štete koji je inherentan svakom zahvatu u ljudsko tijelo, uskratiti obavljanje usluge. Svrha intervencije jest sprječavanje zla koje već postoji ili je izvjesno da će postojati u zdravstvenom stanju pacijenta, što znači da se mora prihvatiti rizik od moguće štete kao posljedice intervencije, kao rizik manji od rizika prirodnog razvoja bolesti. Konačno, u nekim se slučajevima mora svjesno i namjerno oštetiti određeni aspekt zdravlja pacijenta da bi se spriječilo veće zlo koje prijeto.¹⁴¹

¹⁴⁰ Kako se ističe u pravnoj i medicinskoj znanosti, medicina nije egzaktna znanost kao ostale prirodne znanosti, ona se može u određenom smislu definirati čak kao vještina ili kao umijeće koje se stalno razvija i mijenja.

¹⁴¹ Npr. amputacija dijela tijela da bi se spriječilo širenje oboljenja, uporaba radiološke ili kemijske terapije koja oštećuje neke važne funkcije organizma, ali je nužna da bi se spriječio razvoj opasnijeg oboljenja, provođenje invazivnih dijagnostičkih postupaka da bi se otkrilo oboljenje na koje se sumnja i sl.

Zbog svega je toga pojam štetne radnje i njene objektivne protupravnosti u oblasti medicinske odgovornosti specifičan i usko je povezan s pojmom krivnje. No, moderna pravna teorija ipak inzistira na tome da se greška u medicinskom tretmanu, tj. štetna radnja, definira objektivno, što znači kao ponašanje koje je protivno medicinskim standardima, odnosno pravilima medicinske struke i deontologije, te da se odvoji od pojma krivnje. Smatra se da se protupravna radnja i krivnja kao subjektivni element odgovornosti ne mogu izjednačavati jer protupravna radnja ne mora istovremeno biti i skrivljena radnja.¹⁴² S pravnoteorijskog stajališta to je svakako ispravno jer se radi o dvije pretpostavke koje se po općim načelima odštetnog prava moraju kumulativno ispuniti kada se radi o subjektivnoj odgovornosti, a u oblasti odgovornosti za štete u medicini odgovornost je u svim pravnim sustavima u načelu subjektivna.

No, posebnosti medicinske djelatnosti uzrokuju da strogo razdvajanje protupravne štetne radnje kao povrede pravila struke i krivnje kao povrede obveze pažljivog postupanja nije uvijek jednostavno. Veza između krivnje i štetne radnje posebno je vidljiva iz načina na koji se u pravnoj literaturi i sudskoj praksi često definira pojam onog oblika štetne radnje u medicini koji je u praksi najčešći, a to je liječnička greška¹⁴³ ili greška u medicinskom tretmanu. Pod liječničkom greškom podrazumijeva se svako postupanje zdravstvenog djelatnika koje je s medicinskog stanovišta nepravilno i stoga štetno za pacijenta. Prema tome, radi se o protupravnoj radnji kojom se vrijeđa neko pravilo medicinske struke ili pravilo medicinske etike i deontologije.¹⁴⁴ U ovaj širi pojam liječničke greške ulaze i posebne kategorije protupravnih postupanja. Prema klasifikaciji koja je predložena u našoj znanstvenoj literaturi, štetna radnja u medicini može, pored greške u medicinskom tretmanu ili liječničke greške u užem smislu, biti i povreda tjelesnog integriteta osobe (liječenje bez pristanka pacijenta ili za to ovlaštene osobe), povreda obveze pružanja hitne medicinske pomoći i povreda obveze sklapanja ugovora o zdravstvenoj usluzi.¹⁴⁵ Iako je element povrede dužne pažnje prisutan i u definiranju svih ovih oblika štetnih radnji, pri definiranju liječničke greške u užem smislu ili greške u medicinskom tretmanu, na njega se stavlja poseban naglasak.

¹⁴² Iako je radnja protivna pravilima koja određuju način postupanja liječnika, njegova krivnja može biti isključena primjerice zbog zablude, neznanja, posebnih okolnosti slučaja i sl.

¹⁴³ Naziv liječnička greška uobičajen je u većini pravnih sustava, iako se izlaže kritici kao preuzak i donekle kontradiktoran. Više vidi: KLARIĆ, 2003., str. 398.; RADIŠIĆ, 1986., str. 125. sq.

¹⁴⁴ I postupak koji je potpuno u skladu s pravilima medicinske struke može predstavljati liječničku grešku ako je šteta nastala zbog povrede etičkih i deontoloških pravila ponašanja u odnosu liječnik – pacijent, jer i kod nas i drugdje u svijetu, pravo obvezuje pripadnike struke da poštuju ova pravila.

¹⁴⁵ Vidi: KLARIĆ, 2003., str. 397.-410.

Razloga za to ima više. S jedne strane, zbog specifičnosti obveze liječnika koja je u pravilu obveza sredstva, a ne rezultata, ova su dva elementa isprepletana.¹⁴⁶ Obveza sredstva je po definiciji obveza koja ne zahtijeva samo poštivanje pravila struke,¹⁴⁷ nego obuhvaća i obvezu uporabe dužne pažnje. To znači da povreda obveze sredstva (dakle protupravna radnja) postoji i ako je povrijeđen standard pažnje. Time je nužno u pojam protupravne radnje «uvučen» i subjektivni element, tj. skrivljenost ponašanja.

Kako je već napomenuto, specifičnost je medicinske djelatnosti i u tome što pravila struke u najvećem broju slučajeva nisu strogo kanonizirana.¹⁴⁸ S jedne strane, ona su s razvojem znanosti i prakse podložna stalnom mijenjanju, a s druge često imaju samo relativno značenje jer ne predstavljaju čvrste norme koje neizostavno vrijede u svakoj konkretnoj situaciji.¹⁴⁹ Zatim, u mnogim oblastima postoji više različitih pristupa tretiranju istog medicinskog problema, prihvaćenih od strane priznatih autoriteta i dokazanih u praksi, dakle više različitih «pravila struke». Autonomija profesije liječnika i vrhunsko pravilo kojim se u radu mora rukovoditi, a to je dobrobit pacijenta, nalaže da on mora imati slobodu izbora između tih mogućnosti i da kršenje jednog pravila prihvaćanjem drugog ne može samo po sebi biti protupravno postupanje. Jedini kriterij kojim se u takvom slučaju može ustanoviti radi li se o liječničkoj grešci ili ne, jest kriterij profesionalne pažnje, tj. da li je postupajući s pažnjom koja se od njega zahtijeva, izabrao za konkretni slučaj najpodesnije pravilo struke. Isto vrijedi i u situaciji kada nema nikakvog u struci priznatog pravila za rješavanje određenog aspekta problema. I tada se postupanje liječnika može procjenjivati isključivo s aspekta dužne pažnje.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Kako je gore objašnjeno, ugovorna obveza liječnika ili drugog pripadnika medicinske struke u pravilu rađa obvezom sredstva, a ne rezultata. No, u većini se pravnih sustava i izvanugovorna odgovornost ovih osoba procjenjuje u skladu s tom doktrinom, tj. smatra se da i kada ugovora nema, odgovornost može postojati samo ako liječnik nije poduzeo sve u skladu s pravilima struke i standardom dužne pažnje da pomogne pacijentu.

¹⁴⁷ Pravila medicinske nauke i struke su pravila koja mora poštovati pripadnik profesije u svom radu. Postupanje protivno tim pravilima dovodi dakle do objektivne protupravnosti radnje. (vidi: čl. 120., ZZZ: «Obveza je zdravstvenih radnika da pri pružanju zdravstvene zaštite postupaju prema pravilima zdravstvene struke...»).

¹⁴⁸ Isto vrijedi i za pravila medicinske etike i deontologije. Etički kodeksi se naime ne smiju razumjeti kao «zatvoreni» i konačni popisi pravila ponašanja, već kao opća načela u čijem duhu treba ocjenjivati etičku ispravnost ponašanja liječnika.

¹⁴⁹ Primjena utvrđenih i priznatih pravila struke može u konkretnom slučaju biti neprimjerena zbog posebnih okolnosti, kao što je npr. postojanje nekog drugog oboljenja, posebno psihičko stanje pacijenta, potreba hitne intervencije koja nalaže da se ne poštuju sve faze postupka, nedostatak potrebne opreme, potreba da se hitno pomogne drugom pacijentu kojemu prijeti veća šteta i sl.

¹⁵⁰ U literaturi se ističe da bi svako strogo kanoniziranje pravila struke kao apsolutno važećih pravila, čija povreda uvijek znači protupravnu radnju, uništilo autonomiju medicinske profesionalne djelatnosti, a u krajnjoj liniji bi štetilo interesima pacijenta jer bi vodilo ka prakticanju defanzivne medicine. Vidi: MÉMETEAU, o.c., str. 93. sq.

Iako se u pravnoj teoriji obično greška u tretmanu, tj. objektivno protupravna radnja, definira kao odstupanje od standarda medicinske znanosti, u praksi je centralno pitanje utvrditi sadržaj tog apstraktno postavljenog standarda. Naravno, za utvrđivanje pravila struke mjerodavna je isključivo medicina, a ne pravo. No, pravo mora utvrditi povlači li za sobom kršenje pravila i odgovornost, a to je moguće samo prema kriteriju dužne pažnje.¹⁵¹ Time se pravilu struke, koje je s aspekta prava vrijednosno neutralno, daje ocjena vrijednosti, a time i pravno značenje. Pridržavanje ustaljenih i široko priznatih pravila medicinske struke (tzv. školske medicine) načelna je obveza liječnika i svakog drugog zdravstvenog djelatnika i ako tako postupa, postoji pretpostavka da je postupao s dužnom pažnjom. Ali, kako su pravila medicinske struke vrlo promjenjiva i ovise o okolnostima slučaja, kršenje određenog pravila medicinske struke ne mora značiti da je počinjena greška u tretmanu, kao što ni pridržavanje pravila ne mora značiti da greška nije počinjena. Prema tome, u određivanju sadržaja «standarda medicinske struke» kao ponašanja koje se očekuje od pripadnika struke, nije dostatno samo utvrditi ustaljena i priznata pravila medicinske nauke nego treba ocijeniti ponašanje liječnika u konkretnim okolnostima slučaja. To znači da jedini «zajednički nazivnik» za utvrđivanje postojanja greške u medicinskom tretmanu može biti povreda dužne pažnje.

Najbolje to ilustrira način na koji se u pravnoj teoriji i sudskoj praksi u većini pravnih sustava definira greška u medicinskom tretmanu, odnosno činjenica da se svugdje naglasak stavlja na povredu pažnje kao temeljni kriterij za utvrđivanje postojanja greške.

U **francuskom** se pravu, u raspravama o odgovornosti u medicini, gotovo uopće ne odvaja pojam štetne radnje od pojma krivnje.¹⁵² Liječnička greška se definira kao odstupanje od ponašanja uobičajeno pažljivog (razumnog) i kompetentnog pripadnika struke u istim okolnostima u kojima je i liječnik o čijoj je eventualnoj odgovornosti riječ.¹⁵³ Standard dužne pažnje je objektivno postavljen kao ponašanje dobrog medicinskog profesionalca određene kategorije i ranga, što znači da se uzima u obzir radi li se primjerice o specijalisti ili o liječniku opće prakse, liječniku s dugogodišnjim iskustvom ili početniku i sl.

Naravno, kompetentno ponašanje zahtijeva poznavanje i poštivanje pravila medicinske struke i nauke, prema stanju znanosti i prakse u vrijeme izvršenja usluge.

¹⁵¹ Kako se ističe u pravnoj teoriji, kršenje pravila struke indicija je da je liječnik povrijedio standard dužne pažnje, ali vrednovanje radnje liječnika samo s aspekta medicinske (ne)opravdanosti takvog postupka nije dovoljno da se s pravnog aspekta utvrdi i postojanje krivnje. Više o takvim stavovima vidi: RADIŠIĆ, 1986., str. 132.-140.

¹⁵² To je velikim dijelom posljedica činjenice da se u francuskom pravu prednost daje ugovornoj odgovornosti pred deliktnom, što znači da se uvijek ima na umu struktura i posebnosti liječnikove obveze kao obveze sredstva.

¹⁵³ Više vidi: PENNEAU, J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, 1973.; MALHERBE, J., *Médecine et droit moderne*, Lyon, 1969., str. 77.-110.; PENNEAU, 1985., str. 179.-186.

Ali se isto tako naglašava da se ne radi o apsolutnom principu, tj. da poštivanje utvrđenih pravila struke ne mora u svakom slučaju osloboditi liječnika odgovornosti. Ako su okolnosti konkretnog slučaja zahtijevale da od tih pravila odstupi da bi postupio u najboljem interesu pacijenta, on će za štetu odgovarati ako se njegov postupak može ocijeniti kao povreda standarda dužne pažnje. Isto tako, odstupanje od priznatih pravila struke i prihvaćanje novih, makar i nedovoljno ispitanih metoda, ne mora nužno značiti protupravnu radnju ako se utvrdi da su okolnosti to opravdavale, tj. da je liječnik postupao kao razuman, mudar i pažljiv profesionalac.¹⁵⁴ Iz svega proizlazi da je za odgovornost liječnika u francuskom pravu u pravilu dovoljno da je postupao s običnom nepažnjom koja postoji ako je povrijedio ovako definirani standard pažnje. No, kako je već spomenuto, ako je šteta počinjena u radu javne zdravstvene ustanove, prema pravilima francuskog prava o odgovornosti države za rad njenih tijela, za odgovornost ustanove (tj. države) potrebna je gruba nepažnja liječnika.¹⁵⁵

Slični stavovi zastupaju se i u drugim pravnim sustavima. U engleskom pravu smatra se da je liječnička greška počinjena ako su zadovoljena dva kriterija. U prvom redu, potrebno je da liječnik nije postupao u skladu sa standardom prosječno obrazovanog i vještog pripadnika svoje profesije s odgovarajućom specijalizacijom i u istom rangu.¹⁵⁶ Osim toga, zahtijeva se i da nije postupao u skladu s prihvaćenom, potvrđenom i suvremenom (tekućom) medicinskom praksom.¹⁵⁷ Činjenica da postoji i drukčija prihvaćena praksa ne znači da je liječnik povrijedio svoju obvezu pažnje prema pacijentu, štoviše, može se raditi o stavu kojeg zastupa relativno mala grupa medicinskih djelatnika. Takav stav sudske prakse može biti veoma otežavajući za oštećenika jer da bi dokazao krivnju liječnika, mora dokazati da nitko u medicinskoj struci ne zastupa stajališta kojima se liječnik rukovodio. No, u novije vrijeme sudovi su skloni da ovaj nedostatak otklone time što zahtijevaju da se radi o respektabilnoj, odgovornoj i logičnoj praksi. Drugim riječima, temeljno pitanje nije više da li je liječnik postupao u skladu s nekom postojećom medicinskom praksom, već sud procjenjuje da li je ta praksa na koju se liječnik poziva u skladu sa standardom razumnosti i pažnje kojeg nameće zakon (pravo).¹⁵⁸ Promatrani zajedno ovi kriteriji

¹⁵⁴ Vidi: PENNEAU, 1985., str. 184.

¹⁵⁵ Vidi poglavlje 3.1.

¹⁵⁶ U pravilu se osobne karakteristike, kao što je primjerice neiskustvo, trenutna fizička ili mentalna indisponiranost i sl., ne uzimaju u obzir, dužna pažnja se procjenjuje objektivno, u skladu s mjestom koje liječnik zauzima s obzirom na svoju specijalizaciju i hijerarhijski ustroj zdravstvene ustanove. Samo se iznimno odstupa od ovakvog stava jer se smatra da uvođenje subjektivnog kriterija znači ozbiljno ugrožavanje prava pacijenata. Više vidi: NELSON-JONES, o. c. str. 36.-37.

¹⁵⁷ Ovi kriteriji za utvrđivanje postojanje *medical negligence*, odnosno povredu *duty of care* koju liječnik i drugi pripadnik medicinske profesije ima prema pacijentu (poznati u engleskom pravu kao tzv. «*Bolam test*»), postavljani su u presudi *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, (1957) 1 W.L.R. 290.

¹⁵⁸ Više vidi: CLERK & LINDSELL, o. c. str. 463.-464.

zapravo znače da će liječnik odgovarati ako se dokaže da u konkretnim okolnostima ni jedan razuman i pažljiv pripadnik profesije ne bi postupio onako kako je on postupio.¹⁵⁹

U pravu SAD-a smatra se da liječnik koji prihvati pružanje usluge pacijentu preuzima na sebe objektivnim pravom utvrđenu obvezu čija povreda predstavlja *medical negligence* ili *medical malpractice*. Ta se obveza sastoji u pružanju medicinske zaštite (skrbi) u skladu sa standardom koji je postavljen dosta nisko, tj. liječnik je dužan postupati kako bi postupao razumno pažljiv pripadnik profesije iste specijalizacije u istim okolnostima.¹⁶⁰ To znači da je liječnik udovoljio obvezi ako je pokazao minimum profesionalne kompetentnosti i pažnje koji se u profesionalnoj usluzi određene vrste u to vrijeme pokazuje. Standard obuhvaća ne samo poznavanje i poštovanje pravila medicinske nauke i vještine, nego i stupanj pažnje koju je dužan iskazati, ali su ta dva elementa tako međusobno isprepletana da se shvaćaju kao jedinstvo. Interesantno je da se u starijoj sudskoj praksi u određivanju ovog standarda uzimalo u obzir tzv. *locality rule*, tj. standard se postavljao u odnosu na postojeću praksu u određenom mjestu.¹⁶¹ No, novija praksa odustaje od toga i inzistira da svaki liječnik bilo gdje u SAD-u mora imati onu minimalnu razinu znanja i kompetencije koja je moguća na temelju razumno dostupnih izvora medicinskog obrazovanja.¹⁶²

I u hrvatskom pravu zakon propisuje da je obveza zdravstvenih radnika «...da postupaju prema pravilima zdravstvene struke, na način da svojim postupcima ne ugroze život i zdravlje ljudi.» (čl. 120. st. 3., ZZZ), te «...promicanje dostojanstvenog i odgovornog profesionalnog ponašanja poštivanjem u radu propisa, pravila struke te kodeksa medicinske etike i deontologije.» (čl. 2. st. 2. t. 5. Zakona o liječništvu). Povreda ovih pravila znači grešku u medicinskom tretmanu, odnosno povredu dužne pažnje koja povlači za sobom odgovornost. To proizlazi i iz pravila čl. 18. st. 2. ZOO-a koji definira pažnju dobrog stručnjaka tj. profesionalca, i naglašava da je profesionalac u izvršavanju svojih obveza dužan «...postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima svoje struke i običajima.» Naše pravo dakle svakom profesionalcu, pa time i zdravstvenim radnicima, nameće viši stupanj pažnje od onog koji se očekuje od neprofesionalca (pažnja dobrog privrednika ili domaćina). Dužan je poštovati standard dobrog, a ne prosječnog medicinskog djelatnika, dakle posebno pažljivog i kompetentnog pripadnika svoje struke. Standard pažnje je postavljen apstraktno i objektivno, što znači da se načelno ne uzimaju u obzir posebna svojstva subjekta, kao neiskustvo i sl.¹⁶³ Ali stručnost i kompetentnost svakako treba procjenjivati u skladu

¹⁵⁹ Više vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 335.-391.; MCHALE - FOX – MURPHY, o. c. str. 147.-167.; NELSON-JONES, o. c. str. 24.-40.; KENNEDY, o. c., str. 135.-138.

¹⁶⁰ Vidi: FURROW – JOHNSON – JOST – SCHWARTZ, o. c., str. 125. sq.; 235. sq.

¹⁶¹ U određenoj saveznoj državi, gradu ili čak konkretnoj medicinskoj ustanovi.

¹⁶² Pod obrazovanjem se naravno ne podrazumijeva samo formalno obrazovanje na medicinskim učilištima, nego i svako daljnje usavršavanje i stjecanje novih znanja, tj. praćenje razvoja medicinske znanosti i prakse, što se smatra stalnom obvezom liječnika.

¹⁶³ No, ako su individualne sposobnosti konkretnog zdravstvenog radnika veće od ovako

sa specijalizacijom i rangom kojega konkretni pripadnik struke ima.

U poblizem definiranju sadržaja ovog standarda, a u nedostatku opsežnije sudske prakse, i u našem pravu treba prihvatiti mnoge od stavova koji su izraženi u sudskoj praksi u usporednom pravu. Spominjemo samo neke.

Standard dužne pažnje mora se ocjenjivati u trenutku nastanka štete, odnosno, kasniji napredak medicinske znanosti ne može biti odlučujući za procjenjivanje odgovornosti zdravstvenog djelatnika.¹⁶⁴

Standard dužne pažnje isto tako zahtijeva da liječnik ili drugi pripadnik struke ne precjenjuje svoje sposobnosti, tj. da ne poduzima zahvate za koje nije sposoban i da konzultira specijaliste iz određene oblasti.¹⁶⁵ Na mišljenja ili nalaze drugog liječnika može se osloniti, ali ako postoje razlozi da posumnja u ispravnost tog mišljenja, postupa nepažljivo ako ne provjeri njihovu točnost.

Za ocjenjivanje postojanja nužne pažnje bitno je uzeti u obzir sve posebne okolnosti slučaja. Primjerice, ako se radi o intervenciji koja je hitna, a pacijentovom životu ili zdravlju prijeti velika opasnost, dopušteno je poduzimanje riskantnijih zahvata ili odustajanje od određenih utvrđenih pravila struke. To znači da pažljivo postupa onaj pripadnik struke koji ispravno procjenjuje odnos rizika i moguće koristi u konkretnim okolnostima.¹⁶⁶

Zatim, nužno je liječniku prepustiti slobodu izbora između više mogućih metoda i pravila priznatih u medicini, ali u izboru se pažljiv stručnjak mora rukovoditi isključivo interesom pacijenta i okolnostima slučaja. Ako okolnosti ne daju prednost nekoj od metoda, dužan je izabrati manje rizičan postupak.

Jedan od aspekata standarda dužne pažnje jest i zakonom utvrđena obveza zdravstvenog radnika da se stalno stručno usavršava i prati razvoj medicinske oblasti kojom se bavi.¹⁶⁷

definiranog standarda, u teoriji se ističe da se i standard po kojem je on dužan postupati podiže. Vidi: RADIŠIĆ, 1986., str. 163.

¹⁶⁴ Tako: CLERK & LINDSELL, o. c., str. 468..

¹⁶⁵ Na to ga obvezuje i pravilo iz čl. 2. t. 1. Kodeksa medicinske etike i deontologije: *«Ako potrebe liječenja bolesnika prelaze liječnikove mogućnosti, znanje ili vještine, on će se pobrinuti da bolesnika preda na skrb drugom liječniku koji takve uvjete može ostvariti. Ako sam bolesnik isto zatraži predat će ga na skrb drugom liječniku. Ako liječnik ocijeni da su mu u brizi za bolesnika potrebni stručni savjeti drugih liječnika, predložiti će sazivanje liječničkog konzilija.»*

¹⁶⁶ Tako: DALCQ, o. c., str. 84.

¹⁶⁷ Ova je obveza utvrđena odredbama čl. 132. st. 1., ZZZ: *«Zdravstveni radnici imaju pravo i obvezu stručno se usavršavati radi održavanja i unapređivanja kvalitete zdravstvene zaštite.»*, te odredbama čl. 14. Zakona o liječništvu: *«Liječnici imaju pravo i obvezu stručno se usavršavati radi održavanja i unapređivanja kvalitete liječničke djelatnosti. Liječnici su obvezni svakih šest godina proći provjeru stručnosti pri Hrvatskoj liječničkoj komori u cilju obnavljanja odobrenja za samostalan rad na poslovima liječničke djelatnosti.»*

8. Odgovornost prema trećim osobama

Jedan od problema kojim se sudska praksa i pravna znanost bave u oblasti odgovornosti za štete u zdravstvu jest i pitanje određivanja kruga osoba koje se mogu pojaviti kao oštećenici. U pravilu zahtjev za naknadu štete pripada pacijentu, tj. osobi na kojoj je medicinska intervencija izvršena ili je trebala biti izvršena ali je izostala.

No, u suvremenom su pravu sve češći slučajevi proširenja odgovornosti pripadnika medicinske profesije prema sve širem krugu trećih osoba. Potrebno je napomenuti da se ovdje ne radi o razlikovanju odgovornosti prema pacijentu s kojim je liječnik ili drugi zdravstveni djelatnik u ugovornom odnosu, od njegove odgovornosti prema osobama koje su neposredni objekt liječničkog tretmana, iako između njih i zdravstvenog djelatnika (ustanove) nema ugovora.¹⁶⁸ U takvim slučajevima nije moguća ugovorna, ali postoji deliktna odgovornost, odnosno i takva se osoba smatra pacijentom, a ne trećom osobom. Između nje i liječnika (ustanove), prema općim pravilima odštetne odgovornosti, postoji pravni odnos. Ovdje je pak riječ o situacijama kada je zbog greške liječnika u tretmanu pacijenta ili zbog pogrešnog odnosa prema pacijentu i njegovoj bolesti nastala šteta trećim osobama, tj. onima koji nisu neposredno obuhvaćeni medicinskim tretmanom, ali su poradi liječničke greške pretrpjeli štetu. Kako se ističe u pravnoj teoriji, ne radi se o odgovornosti liječnika da liječi ili na bilo koji drugi način medicinski tretira treću osobu, nego o njegovoj odgovornosti za propust dužne pažnje prema interesima trećih koji mogu biti povrijeđeni zbog stanja njegovog pacijenta ili zbog njegovih grešaka u liječenju pacijenta.¹⁶⁹ U najvećem broju slučajeva liječnička je greška uzrokovala primarnu štetu pacijentu, a onda je primarna šteta dovela do oštećenja pravno zaštićenih dobara treće osobe, odnosno do tzv. sekundarne štete.¹⁷⁰ Primjerice, izazivanje, neotkrivanje ili neadekvatno liječenje zaraznog oboljenja može uzrokovati štetu trećim osobama na koje je bolest prenesena.

U hrvatskom pravu, prema odredbama ZOO-a, u krug trećih koji mogu biti oštećeni ponašanjem medicinskih djelatnika spadaju u prvom redu članovi uže obitelji pacijenta koji u slučaju njegove smrti¹⁷¹ ili teškog tjelesnog invaliditeta¹⁷² imaju pravo na naknadu nematerijalne štete izazvane duševnim bolima. Zatim, u slučaju smrti pacijenta osobe koje je umrli uzdržavao ili redovito pomagao, kao i

¹⁶⁸ Primjerice, odgovornost liječnika čijim je propustom prilikom liječenja ili drugog medicinskog tretmana majke nanesena šteta njenom nerođenom djetetu; odgovornost liječnika zbog nepružanja stručne pomoći u hitnim slučajevima osobama kojima je ona neophodna, i sl.

¹⁶⁹ Vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 307.

¹⁷⁰ No, potrebno je naglasiti da za odgovornost liječnika prema trećima nije u svakom slučaju nužno da je i sam pacijent pretrpio štetu zbog liječničke greške.

¹⁷¹ Bračni drug, roditelji, djeca, te vanbračni drug i braća i sestre, ako je između njih i preminulog postojala trajnija zajednica života (čl. 201. st. 1., 2. i 4., ZOO).

¹⁷² Bračni drug, roditelji, djeca, te izvanbračni drug ako je između njega i povrijeđenog postojala trajnija zajednica života (čl. 201. st. 3. i 4., ZOO).

osobe koje su po zakonu imale pravo tražiti uzdržavanje od preminulog, imaju pravo tražiti naknadu štete koju trpe gubitkom uzdržavanja odnosno pomaganja (čl. 194. st. 1., ZOO).¹⁷³

No, u sudskoj praksi i pravnoj znanosti u usporednom pravu krug trećih koji se mogu pojaviti kao oštećenici s pravom na naknadu znatno je širi, a takva su stajališta potpuno prihvatljiva i za našu praksu, budući da su u skladu s osnovnim načelima i pravilima odštetne odgovornosti u hrvatskom pravu. Temeljni problem s kojim se pravna praksa u ovoj oblasti susreće jest određivanje kruga osoba kojima pripadnik medicinske profesije mora odgovarati za sekundarne štete, kao i određivanje šteta za koje može odgovarati, drugim riječima određivanje granica ove odgovornosti. To je pitanje od prvorazrednog značaja jer je moguće da se sekundarne štete protežu na veoma široki krug osoba.¹⁷⁴

8.1. Teorijske osnove odgovornosti zdravstvenih radnika prema trećim osobama

a) Teorija adekvatne uzročnosti i teorija zaštitnog cilja norme

Jasno je da liječnik ne može odgovarati za sve sekundarne štete i da se rješenje problema mora prvenstveno tražiti u domeni uzročnosti. Uvijek se polazi od stava da liječnik može odgovarati samo za one daljnje (sekundarne) štete koje su prema pravno definiranoj uzročnosti posljedica njegove greške u tretmanu pacijenta. Temeljno je načelo u modernim pravnim sustavima da samo faktična ili prirodna uzročnost nije dovoljna za ustanovljavanje odštetne odgovornosti u bilo kojem slučaju, pa tako ni kod sekundarnih šteta. Prema stajalištima prihvaćenim u većini kontinentalno-europskih prava, potrebno je da postoji tzv. adekvatna uzročnost, tj. da je šteta adekvatna štetnoj radnji (liječničkoj greški). To znači da po redovitom tijeku stvari upravo ta protupravna radnja (liječnička greška) dovodi do upravo takve štete. Drugim riječima, liječnička greška mora biti normalan, tipičan i objektivno podesan uzrok sekundarne štete, odnosno iz okolnosti slučaja mora jasno proizlaziti da se šteta ne može pripisati nekim drugim uzrocima ili izvanrednim okolnostima.¹⁷⁵

¹⁷³ O etičkim obvezama liječnika prema članovima obitelji i bližnjima pacijenta govore i odredbe čl. 2. t. 8. Kodeksa medicinske etike i deontologije: «Obveza je liječnika da pokaže razumijevanje za zabrinutost bolesnikovih bližnjih, da ih o bolesnikovu stanju ispravno obavješćuje te da s njima surađuje u bolesnikovu korist.» Jednako tako, čl. 2. st. 2. t. 2. Zakona o liječništvu, kao jednu od obveza liječnika navodi i «održavanje i promicanje povjerenja između liječnika i pacijenata te članova njihovih obitelji.»

¹⁷⁴ Primjerice, štete nastale od širenja zarazne bolesti pacijenta koja krivnjom liječnika nije otkrivena ili nije izliječena, mogu poprimiti veoma široke razmjere ako se radi o lako prenosivom oboljenju.

¹⁷⁵ Općenito o teorijama uzročnosti u usporednom pravu više vidi: HONORE, A. M., *International Encyclopedia of Comparative Law; Vol. XI: Torts; Chapter 7.: Causation and Remoteness of Damage*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen – Paris - New York, 1984.; BLAGOJEVIĆ, B. – KRULJ, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, SA, Beograd, 1983., str. 90 sq.

Ova se teorija dopunjava shvaćanjem o tzv. pravno adekvatnoj uzročnosti, odnosno teorijom o zaštitnom cilju prekršene norme. Cilj norme koja je prekršena mora (između ostaloga) biti i zaštita upravo te osobe ili tog kruga osoba kojem oštećeni pripada, odnosno cilj prekršene norme mora biti sprječavanje upravo te štete koja je nastupila.¹⁷⁶ Norma koja je prekršena je u ovom slučaju pravilo medicinske struke ili deontologije, što znači da treba ispitivati da li tzv. zaštitno područje upravo te norme obuhvaća i određenu sekundarnu štetu, te spada li oštećenik u krug osoba na koje je usmjeren zaštitni cilj norme. U svjetlu takvog shvaćanja pravne uzročnosti ograničava se krug sekundarnih šteta za koje medicinski djelatnik može odgovarati.

b) Institut ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećemu

Odgovornost profesionalnog medicinskog poslenika prema trećim osobama u teoriji i u sudskoj praksi temelji se i na nekim drugim pravnim koncepcijama koje su po svom *ratio legis* bliske razmišljanjima iz kojih je potekla teorija uzročnosti utemeljenoj na zaštitnom cilju norme. Tako se, posebno u njemačkom i austrijskom pravu, odgovornost prema trećima zasniva i na institutu poznatom kao ugovor sa zaštitnim djelovanjem prema trećima (*Die Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte*). Radi se o institutu nastalom u novijoj sudskoj praksi,¹⁷⁷ koji osobi koja nije stranka u ugovoru daje pravo na naknadu štete zbog dužnikove povrede ugovora.

No, takvo se proširenje djelovanja ugovora prema trećima dopušta samo ako iz izričito izjavljene volje stranaka ili iz sadržaja i smisla ugovora nesumnjivo proizlazi

¹⁷⁶ Drugim riječima, pravno su relevantni jedino oni uzroci koji istovremeno predstavljaju povredu pravne norme, odnosno njenog cilja, što znači da ih pravna norma s obzirom na svoj cilj smatra uzrocima štete. Radi se zapravo o nastojanju da se teorija adekvatne uzročnosti korigira i dopuni time što se stavlja naglasak na teleološko tumačenje norme kao temeljni kriterij adekvatnosti štete protupravnoj radnji štetnika. Ova je teorija kauzaliteta posebno razrađena u njemačkom pravu. Govori se o zaštitnom cilju norme (*Schutzweck der Norm*) odnosno o području zaštite norme (*Schutzbereich der Norm*). Nastala je u okviru definiranja ugovorne odgovornosti (prvi ju je u njemačkom pravu definirao RABEL, *Das Recht der Warenkaufs*, Berlin, 1936., str. 495.), a kasnije je prihvaćena i u materiji delikata (više vidi: STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, 1968.; SOURLAS, *Adäquanztheorie und Normzwecktheorie bei der Begründung der Haftung nach § 823 I BGB*, 1974.).

¹⁷⁷ Naravno, ovaj se koncept ne ograničava samo na oblast medicinske odgovornosti za štetu nego ima opće značenje u njemačkom pravu. Nastao je uglavnom zbog jednog od ograničenja deliktne odgovornosti prema pravilima njemačkog Građanskog zakonika (BGB). Naime, čl. 823. st. 1., BGB eksplicitno određuje krug dobara i interesa čija povreda rezultira deliktnom odgovornošću (život, tijelo, zdravlje, sloboda, vlasništvo). Ne predviđa mogućnost naknade tzv. čiste ekonomske štete (*reiner Vermögensschaden*), tj. umanjenja imovine koje se ne sastoji u povrede ili uništenja postojećih pravom zaštićenih dobara. Naknada takve štete moguća je samo ako je neposredna posljedica štete na navedenim dobrima. No, ugovorna odgovornost nije na ovaj način ograničena i stoga je sudska praksa izlaz tražila u proširenju ugovorne odgovornosti i na osobe koje nisu stranke u ugovoru, ali su zbog neispunjenja ili neadekvatnog ispunjenja ugovorne obveze pretrpjele štetu. Više o osnovama odgovornosti za štetu u njemačkom pravu vidi: KLARIĆ, 2003., str. 26.-50.

da je cilj ugovora (bilo da je to isključivi cilj ili samo jedan od ciljeva ugovora) zaštititi interese određene treće osobe. Treći mora biti u određenoj vezi s činidbom koja se duguje na temelju ugovora, iako se u pravilu ta veza ostvaruje preko vjerovnika iz ugovora. Zahtijeva se, pored toga, i da je dužnik koji je povrijedio ugovornu obvezu bio dužan predvidjeti da povredom obveze prema vjerovniku iz ugovora može dovesti do nastanka štete za treću osobu, te u pravilu da je znao ili morao znati identitet trećega kojemu može uzrokovati štetu.¹⁷⁸ Dakle, prema trećemu dužnik nema obvezu izvršenja ugovorne prestacije, ali ima obvezu zaštite, tj. pažljivog ponašanja prema njihovim interesima. Ako povrijedi takvu obvezu, direktno odgovara trećemu, i to ne samo na temelju deliktne, nego i ugovorne odgovornosti.¹⁷⁹

U oblasti medicinskog prava to znači da liječnik ili drugi pripadnik profesije odgovara trećoj osobi za štetu ako je treća osoba obuhvaćena zaštitnim djelovanjem ugovora, tj. ako je cilj liječenja ne samo zaštita zdravlja pacijenta nego i treće osobe (osoba), te ako je liječnik u vrijeme zaključenja ugovora znao ili mogao znati da postoji opasnost da i zdravlje određenog trećeg bude oštećeno zbog njegovog propusta.¹⁸⁰

c) *Koncept «duty of care» kao osnova odgovornosti prema trećima*

I u zemljama *common law* sustava postoji široka mogućnost deliktne odgovornosti pripadnika medicinske profesije prema trećima. To je posljedica konstrukcije delikta *tort of negligence* koja dopušta da se u relativno velikom broju slučajeva ustanovi odgovornost i prema osobama koje nisu pacijenti, a pretrpjeli su štetu zbog propusta liječnika. Dovoljno je da treći pripada krugu osoba prema čijim interesima pripadnik medicinske profesije ima obvezu pokazati dužnu pažnju, tj. da je zadovoljen zahtjev bliske veze između liječnika i trećeg (*proximity*), te da je šteta koja je nastala povredom te obveze (*duty of care*) za liječnika razumno predvidiva u konkretnim okolnostima, a prema njegovim profesionalnim sposobnostima i

¹⁷⁸ U sudskoj se praksi uglavnom smatra da je dovoljno da mu je bilo poznato kako oštećenik pripada grupi osoba za koje bi iz njegovog djelovanja mogla nastati šteta.

¹⁷⁹ Institut ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećemu osobito je pogodno sredstvo za ustanovljavanje odgovornosti pripadnika intelektualnih profesija za propuste u izvršenju ugovorne obveze koji su doveli do oštećenja treće osobe. Više o institutu vidi: ZEPOS - CHRISTODOULOU, o. c., str. 56.; LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrecht*, 8. Auflage, Berlin, 1992., str. 180.; MEDICUS, D., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München, 1992., str. 350. sq.; MARKESINIS, B., *The German Law of Obligations, Vol. II: The Law of Torts: A comparative Introduction*, Clarendon Press, Oxford, 1997., str. 282.; 293. sq.; SONNENSCHNEIN, A., *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – und immer neuen Fragen*, Juristische Arbeitsblätter, 1979.

¹⁸⁰ Veoma sličan institutu ugovora sa zaštitnim djelovanjem prema trećima je i institut *Dritteschadensliquidation*, prema kojemu dužnik odgovara za štetu zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora, iako štetu nije pretrpio vjerovnik nego treća osoba. Za ovakvo djelovanje ugovora zahtijeva se postojanje posebnog odnosa između trećeg i dužnika, koji opravdava prenošenje odgovornosti. Više vidi: RIES, *Grundprobleme der Dritteschadensliquidation und des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*, Juristische Arbeitsblätter, 1982.

znanju (*foreseeability*). No, ova odgovornost u pravilu nije pokrivala štete koje se u engleskom pravu označavaju kao *pure economic loss* i koje se mogu naknaditi samo u okviru ugovorne odgovornosti, dakle, ne i trećim osobama. Preokret u engleskoj sudskoj praksi nastaje nakon presude *Hedley Byrne v. Heller* (1964) A.C. 456., koja određuje da osoba koja je dala pogrešan savjet, informaciju ili izjavu može odgovarati za *negligence* svakoj osobi koja je oslanjajući se na takvu izjavu, savjet ili informaciju, pretrpjela štetu, uključujući i *pure economic loss*.¹⁸¹ Ovakav se stav opravdava činjenicom da priroda intelektualnih profesija zahtijeva visoku stručnost i kompetenciju, a time stvara osnovano i razumno povjerenje, ne samo suugovaratelja nego i trećih osoba, u točnost takvog savjeta ili informacije. Za odgovornost prema trećima u medicini posebno je značajno da su ova načela, koja su u presudi *Hedley Byrne v. Heller* postavljena u pogledu šteta nastalih od lošeg savjeta ili informacije, djelovanjem sudske prakse proširena na sve profesionalne, a time i na medicinske usluge.

Smatra se da preuzimanjem obveze da se obavi određena usluga koja zahtijeva profesionalno znanje, stručnost i kompetenciju, davatelj usluge prešutno preuzima odgovornost ne samo prema stranci u odnosu, nego i prema svim trećima koji bi od povrede njegove obveze mogli pretrpjeti štetu. Ali, da bi takva odgovornost prema trećima postojala, potrebno je da se ispune dosta stroge pretpostavke. Potrebno je da između štetnika i oštećenika postoji poseban odnos koji opravdava oslanjanje oštećenoga na ispravnost djelovanja štetnika. Smatra se da takav odnos postoji ako je oštećenik mogao razumno očekivati od štetnika poštovanje stručnosti i potrebne pažnje, te ako je štetnik znao ili morao znati da će se oštećenik osloniti na njegov savjet ili informaciju, odnosno na njegovo djelovanje.¹⁸² To znači da se u načelu ne priznaje odgovornost prema neograničenom broju osoba, nego samo prema onima koje su obuhvaćene ovim zahtjevom «predvidivosti». Konačno, u pravilu se odgovornost prema trećem ne priznaje ako nije moguće pomiriti zahtjev da se zaštite interesi stranke sa zahtjevom da se zaštite interesi treće osobe, tj. načelno se u slučaju sukoba interesa prednost daje interesu stranke (pacijenta).

8.2. Neki značajniji slučajevi odgovornosti prema trećim osobama

U mnogim zemaljama postoji ustaljena sudska praksa vezana za problem odgovornosti medicinskih djelatnika za pojedine oblike sekundarnih šteta. Odnos

¹⁸¹ To znači ne samo ugovorna strana, nego i treća osoba. Isto tako, odgovornost postoji i ako je izjava ili informacija dana bez prethodnog postojanja ugovora, kao i u slučaju da je ugovorom ovakva odgovornost izričito isključena.

¹⁸² Pri ocjenjivanju dužuje li profesionalac obvezu pažnje prema trećemu uzimaju se u obzir i druge okolnosti, primjerice, priroda odnosa između onoga kome je savjet ili informacija dana i trećega, razlog zbog kojega je prenesena, cilj radi kojega je izjava dana i sl. Više o različitim stavovima engleske sudske prakse povodom ovog problema vidi: CLERK & LINDSELL, o. c., str. 340. sq.; 447. sq.

sudske prakse prema ovim problemima često odražava shvaćanja konkretnog pravnog sustava prema pitanju uzročnosti u materiji odgovornosti za štetu uopće, ali istovremeno uzima u obzir i specifičnosti medicinske djelatnosti.

8.2.1. Štete koje su treći pretrpjeli od prenošenja zaraznih bolesti

Jedan od tipičnih oblika sekundarnih šteta široko prihvaćen u usporednom pravu jesu štete koje nastaju uslijed prenošenja infektivne bolesti s pacijenta na treću osobu. Ukoliko je liječnik ili ustanova kriva za izazivanje infektivne bolesti kod pacijenta,¹⁸³ pored odgovornosti prema pacijentu, postoji i odgovornost prema svim trećim osobama kojima je pacijent prenio bolest. Radi se o primjeni opće zabrane *neminem laedere*, odnosno o deliktnoj odgovornosti zbog nesuzdržavanja od djelovanja kojim se nekome može nanijeti šteta. No, naravno, i na ovakve se štete primjenjuju opća pravila o adekvatnoj uzročnosti. To znači da će uzročna veza između liječničke greške (izazivanje zarazne bolesti kod pacijenta) i štete za trećega biti prekinuta ukoliko je pacijent bio upozoren na mogućnost prenošenja bolesti, ali se nije pridržavao liječničkih uputa usmjerenih na sprječavanje širenja zaraze. Isto vrijedi i ako takvo ponašanje postoji na strani trećega kao oštećenika.

Isto tako, liječnik ili ustanova odgovorna je trećim osobama ako liječničkom greškom nije otkrivena zarazna bolest pacijenta, pa je došlo do prenošenja bolesti na treće osobe. No, prema nekim stajalištima u usporednom pravu, u tom slučaju ne postoji odgovornost prema neograničenom krugu trećih, već samo prema osobama s kojima zaraženi pacijent živi u zajednici ili redovito dolazi u kontakt.¹⁸⁴

Odgovornost postoji i ako infekcija nije skrivljena liječničkom greškom, niti ju je liječnik skrivljeno previdio, ali nije učinio sve u skladu s pravilima struke da spriječi širenje bolesti na treće osobe koje dolaze u kontakt s pacijentom. Obveza zdravstvenog djelatnika sastoji se s jedne strane u dužnosti informiranja pacijenta o zaraznoj prirodi oboljenja i upozoravanja na mjere koje pacijent mora poduzeti da ne bi došlo do širenja bolesti, a s druge u dužnosti upozoravanja trećih na opasnost. No, u većini pravnih sustava postoji tendencija da se obveza obavješćavanja trećih, a time i odgovornost liječnika za štetu, ograniči na osobe koje redovito dolaze u kontakt s pacijentom, odnosno na osobe koje su u bliskom odnosu s pacijentom. Smatra se da

¹⁸³ Primjerice, jedna od najčešćih ijtrogenih bolesti u sustavu suvremene medicinske zaštite su infektivna oboljenja kojima je pacijent zaražen za vrijeme boravka u medicinskim ustanovama. Isto tako, putem transfuzije krvi ili krvnih preparata pacijent može biti zaražen, npr. virusom hepatitisa-C ili HIV-virusom. Ukoliko je bolnica ujedno i proizvođač krvi ili krvnih preparata, a po zakonu je u vrijeme transfuzije postojala obveza ispitivanja krvi na navedene uzročnike bolesti, bolnica odgovara za štetu. Stav o odgovornosti bolnice prema pacijentu u takvom slučaju prihvaćen je i u hrvatskoj sudskoj praksi (vidi: presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Broj: Rev-1918/01-2). Iako u ovom slučaju nije bila riječ o zahtjevu za naknadu sekundarne, nego primarne štete, isto bi gledište trebalo zauzeti i u takvim situacijama.

¹⁸⁴ VON GERLACH, J., *Die Haftung des Arztes für Fernwirkungschaden*, Festschrift für Erich Steffen, Berlin – New York, 1995., str. 155.

prema tom krugu osoba liječnik ima istu obvezu kao i prema pacijentu da spriječi nastanak, odnosno širenje bolesti, no da se odgovornost ne može priznati u odnosu na treće koje je nemoguće unaprijed identificirati. No, osobama iz grupe koju je liječnik dužan informirati ne smatraju se samo članovi obitelji s kojima pacijent živi, nego i treće osobe, pod uvjetom da između njih i pacijenta postoji bliska, intimna veza koja omogućava prenošenje zaraze.¹⁸⁵

Posljednjih desetljeća naročito značajno postaje pitanje obveze zdravstvene ustanove, odnosno liječnika, da spriječi širenje zaraze HIV-virusom na treće osobe. Ako se otkrije da je pacijent zaražen HIV-virusom, a odbija o tome obavijestiti osobe na koje može prenijeti infekciju, liječnik je obavezan sam poduzeti mjere da se obavijeste sve osobe koje su u opasnosti. Povreda takve obveze rađa odgovornošću za štetu. Dužnost obavještavanja postoji usprkos suprotnoj obvezi liječnika da, ako to izričito zahtijeva pacijent, čuva ovu informaciju kao liječničku tajnu. To stoga što postoji stanje nužde i što se infekcija ne može spriječiti drugim sredstvima.

Tako se u njemačkom pravu smatra da, iako čl. 203. Kaznenog zakonika zabranjuje odavanje tajne o HIV-infekciji pacijenta trećim osobama, davanje podataka o infekciji nije zabranjeno ako postoji očito ugrožavanje drugih osoba od strane pacijenta,¹⁸⁶ tj. obveza čuvanja tajne prestaje ako postoji stanje nužde. I pravna teorija stoji na stanovištu da kršenje liječnikove obveze čuvanja tajne može biti opravdano stanjem nužde. No, to vrijedi samo pod uvjetom da se opasnost od prenošenja zaraze na treću osobu ne može otkloniti na drugi način.¹⁸⁷

I u pravu SAD-a se na temelju poštivanja pacijentovog prava na privatnost načelno zabranjuje otkrivanje informacija o zaraženosti pacijenta HIV-virusom.¹⁸⁸ No, ako se dokaže da postoji nužnost otkrivanja informacije, liječnik ima obvezu obavijestiti treće osobe.¹⁸⁹ Ako je treći predvidiva žrtva infekcije, liječnik koji je

¹⁸⁵ Više vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 307. sq.; FURROW, G. – GREANEY, T. – JOHNSON, S. – STOLTZFUS JOST, T. – SCHWARTZ, R. *United States of America, International Encyclopaedia of Law, Medical Law*, Vol. 3., Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1998., str. 105.

¹⁸⁶ To je moguće na temelju odredaba čl. čl. 34. njemačkog Krivičnog zakonika.

¹⁸⁷ Više vidi: GEHRING, U., *Haftpflicht - und Haftpflichtversicherungsrechtliche Fragen bei HIV-Infektionen (AIDS)*, Mannheim, 1996., str. 238.-239.; 242.; MEURER, D., *AIDS und Strafrecht, Aids und Recht*, Stuttgart-Weimar, 1992, str. 126.-127.

¹⁸⁸ U gotovo svim saveznm državama usvojeni su zakonski ili administrativni propisi koji detaljno reguliraju odnos prava na privatnost pacijenta zaraženog HIV-virusom i prava trećih da budu obaviješteni o zarazi. Iako se načelno garantira pravo na tajnost podataka, postoji široka lepeza izuzetaka. U pravilu postoji obveza liječnika ili ustanove da obavijesti zdravstvene vlasti, a u mnogim državama i pravo da obavijesti seksualne partnere zaraženog i osobe ugrožene od tzv. *needle-sharing contact* sa zaraženim. U nekim je državama liječnik obavezan da detaljnim uputama upozori pacijenta na opasnosti od širenja zaraze i da upozori treće ugrožene osobe da se podvrgnu potrebnim testiranjima. Više vidi: FURROW – GREANEY – JOHNSON – STOLTZFUS JOST – SCHWARTZ, o. c, str. 106. sq.

¹⁸⁹ Pravu na privatnost suprotstavlja se pravo na znanje osoba koje su na bilo koji način izložene zarazi, što znači da se u odmjerenju važnosti interesa u pravilu važnijim smatra interes zaštite zdravlja trećega.

uskratio informaciju poštujući pravo pacijenta na čuvanje tajne, u pravilu odgovara trećem za štetu.¹⁹⁰ Pojam predvidive žrtve tumači se dosta široko, pa je tako u slučaju *Reisner v. Regents of the University of California* liječnik proglašen odgovornim ne samo prema sadašnjim, nego i prema budućim, seksualnim partnerima pacijenta. Liječnik je uskratio pacijentici obavijest o stanju njenog zdravlja, te je ona nekoliko godina nakon toga, ne znajući da je zaražena, infekciju prenijela na drugu osobu. No, zauzeto je stajalište da liječnik ne odgovara i trećim osobama koje su se nakon toga zarazile od osobe na koju je njegova pacijentica prenijela HIV-virus, i to zbog nedovoljno čvrste uzročne veze, tj. nepostojanja bliske veze između štete tog trećega i obveze liječnika na informiranje pacijentice (tzv. *remoteness principle*). U slučaju *Bain v. Wells et al.*¹⁹¹ sud je tužitelju dosudio naknadu štete uzrokovane psihičkim bolom i strahom zbog opasnosti od zaraze HIV-virusom, iako do zaraze nije došlo, ali je bio izložen realnoj opasnosti od zaraze.¹⁹² No, treba napomenuti da u američkoj sudskoj praksi postoje i drukčije odluke u kojima sud daje prednost pravu pacijenta na zaštitu privatnosti pred pravom trećega da bude informiran.¹⁹³

I u Velikoj je Britaniji načelno zabranjeno otkrivanje tajne u vezi s zaraženošću HIV-virusom.¹⁹⁴ Čak i ako pacijent, i pored toga što je liječnik poštovao pravnu obvezu da ga obavijesti i pruži mu iscrpne upute o načinu zaštite drugih od infekcije, odbija o tome obavijestiti osobe koje bi mogle biti izložene zarazi, te ako postoji vjerovatnost da se neće pridržavati liječničkih uputa, njegova se volja da podatke o svom oboljenju zadrži kao povjerljive, načelno mora poštovati. Od toga pravila dopušta se iznimka samo ako bi zbog takvog ponašanja pacijenta život ili zdravlje

¹⁹⁰ Vidi: *Die Rechtsentwicklung im Haftungsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika im Jahre 1995 (Teil 2)*, Versicherungsrecht 4/97, str. 155.; Slučajevi: *Garcia v. Santa Rosa Health Care Corp.* No. 13-94-482-CV, 1996 Tex. App. LEXIS 824 (Tex. App.13 Dist. 1996), substituted opinion upon reg, 1996 Tex. App. LEXIS 2513 (Tex. App. 13 Dist. June 20, 1996); *Reisner v. Regents of Univ. of Cal.* Rptr.2d 348 (Cal. Ct. App.1995), http://hivinsite.ucsf.edu/social/kaiser_family_found/2098.2858.html. U ovim slučajevima sud smatra da je prekršena obveza informiranja osoba za koje postoji realna opasnost zaraze, a tu spadaju posebno seksualni partneri inficirane osobe.

¹⁹¹ Slučaj: *Bain v. Wells et al.*, Appeal No. 01-A-01-9503-CV-00120, 1995. Tenn. App. LEXIS 763 (Tenn. App. Mid. Dist. 1995), http://hivinsite.ucsf.edu/social/kaiser_family_found/2098.2858.html.

¹⁹² Oštećeni je u bolnici kao pacijent bio smješten u istoj sobi s HIV-pozitivnim pacijentom, a o tome nije bio obaviješten.

¹⁹³ Tako vidi: *N.O.L. v. District of Columbia*, 674 A.2d 498 (D.C.App.1996), *Doe v. Shady Grove Adventist Hosp.*, 598 A.2d 507 (Md.App.1991) http://hivinsite.ucsf.edu/social/kaiser_family_found/2098.2858.html. Smatra se da bolnica nije obvezna obavijestiti čak ni bračnog druga zaražene osobe bez njene pisane suglasnosti ili sudskog naloga.

¹⁹⁴ Zabrana je određena pravilima koje je utvrdio britanski *General Medical Council* pod nazivom *Serious Communicable Diseases*, (1998., London). Više vidi: STAUCH, M. - WHEAT, K. - TINGLE, J., *Sourcebook on Medical Law*, Cavendish Publishing Limited, London - Sidney, 1999., str. 247.-248.

drugog liječnika, drugog pacijenta, bračnog druga ili seksualnog partnera pacijenta bili ozbiljno dovedeni u opasnost.¹⁹⁵

8.2.2. Štete uzrokovane od strane psihijatrijskih pacijenata

Drugu grupu slučajeva odgovornosti za sekundarne štete čine štete koje uzrokuju psihijatrijski pacijenti trećim osobama. U pravu SAD-a tako se smatra da je psihijatar obavezan upozoriti treću osobu (tzv. *duty to warn*) na opasnost koja joj prijete od psihijatrijskog pacijenta. No, sudska praksa nije ujednačena. Sudovi i jurisdikcije koje prihvaćaju ovaj oblik odgovornosti prema trećima¹⁹⁶ slažu se u tome da opasnost mora biti razumno predvidljiva iz ponašanja pacijenta, odnosno da se mora raditi o realno postojećoj opasnosti. No, značajne razlike postoje u definiranju kruga trećih osoba prema kojima postoji obveza obavještanja, a time i odgovornost za štetu zbog propusta obavijesti. U nekim se presudama ova obveza ograničava samo na točno određenog trećeg za kojega je liječnik iz ponašanja i izjava pacijenta mogao zaključiti da mu neposredno prijete opasnost.¹⁹⁷ Drugi odgovornost protežu na sve točno odredive treće osobe kojima prijete opasnost od nasilnog psihijatrijskog pacijenta, ili čak na čitave grupe osoba za koje se može pretpostaviti da im prijete rizik štete. U nekim saveznm državama zakon taksativno nabroja osobe koje liječnik mora upozoriti na opasnost u slučaju da je pacijent opasan.¹⁹⁸ Takav razvoj sudske prakse kreće se zapravo od postojanja obveze upozoravanja (*duty to warn*) prema nastanku obveze potpune zaštite (*duty to protect*).

U engleskom pravu pak, u skladu s načelima postavljenim u već spomenutom slučaju *Hedley Byrne*, sudska praksa strogo zahtijeva da se radi o točno određenoj osobi kojoj prijete opasnost štete, ili u najboljem slučaju o maloj i točno određivoj grupi osoba.¹⁹⁹

Jedan od značajnijih pravnih problema koji se u ovom kontekstu javljaju jest sukob prava pacijenta na zaštitu privatnosti i prava trećih da budu zaštićeni od opasnosti. Naime, u ovakvim slučajevima sudovi moraju uzimati u obzir postojanje dužnosti liječnika prema pacijentu da kao tajnu čuva sve što je u tijeku liječenja saznao od pacijenta. U procjenjivanju koji je od ova dva suprotstavljena interesa značajniji i

¹⁹⁵ Slučaj *Re C (A Minor) (Evidence: Confidential Information)*, 1991 7 BMLR 138; više vidi: STAUCH- WHEAT - TINGLE, o. c., str. 248.

¹⁹⁶ U nekim slučajevima sudovi su potpuno odbacili mogućnost postojanja obveze na upozoravanje od opasnosti. Vidi: *Brady v. Harper*, 570 F. Supp. 1333 (D. Colo. 1983), aff'd 751 F.2d 329 (1984).

¹⁹⁷ Takve su okolnosti postojale u slučaju *Tarasoff v. Regents of the University of California* (1976) 551 P 2d 334 (Cal. Sup. Ct). (više o okolnostim slučaja vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str., 310.) Neki sudovi su smatrali da dužnost obavještanja treba biti ograničena samo na takve situacije.

¹⁹⁸ O sudskoj praksi i stavovima zakonodavstva više vidi: FURROW – GREANEY – JOHNSON – STOLTZFUS JOST – SCHWARTZ, o. c., str. 104. sq.

¹⁹⁹ Vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str., 116. sq.

kojemu treba dati prednost, u pravu SAD-a naglasak se stavlja na ozbiljnost i realnu ostvarljivost prijetnje po interese trećega. Engleska praksa je sklonija zaštititi načelo povjerljivosti i smatra da je najbolje rješenje dopustiti liječniku da u slučaju ozbiljne opasnosti prekrši obvezu povjerenja (tj. osloboditi ga odgovornosti za povredu te obveze), ali ne i obvezati ga na odavanje liječničke tajne.²⁰⁰

U ovoj grupi slučajeva su i sekundarne štete koje su trećima nastale kada je psihijatrijski pacijent opasan po okolinu, zbog propusta medicinske ustanove u izvršavanju obveze čuvanja, pobjegao iz ustanove.²⁰¹

U istu grupu ulaze i slučajevi u kojima je zbog greške u dijagnozi opasan psihijatrijski pacijent pušten iz ustanove zatvorenog tipa na kućno liječenje ili uključen u sustav psihijatrijskih ustanova otvorenog tipa. Zatim, liječnik ili psihijatrijska ustanova može odgovarati za štete koje je opasan mentalni bolesnik nanio drugim pacijentima ili zaposlenicima u ustanovi, a koje su nastale kao posljedica propusta u postavljanju dijagnoze, u terapijskim mjerama ili u izvršavanju obveze čuvanja i nadgledanja pacijenta.²⁰²

8.2.3. Štete u imovini treće osobe zbog pogrešne procjene zdravstvenog stanja pacijenta

Sekundarnim štetama smatraju se i štete u imovini trećega koje su nastale zbog pogrešne procjene zdravstvenog stanja pacijenta od strane liječnika. Radi se o slučajevima kada ustanova ili liječnik izdaje medicinsko izvješće (potvrdu) o stanju zdravlja pacijenta koja je namijenjena trećoj osobi, najčešće osiguravajućem društvu ili budućem poslodavcu pacijenta. U engleskoj sudskoj praksi ovaj se problem rješava po načelima koja su definirana u presudi *Hedley Byrne v. Heller*, tj. zahtijeva se da je liječnik preuzeo obvezu znajući kome je njegova izjava (izvješće) namijenjena,²⁰³

²⁰⁰ Za sudsku praksu u SAD vidi: *Hopewell v. Adebimpe*, 130 Pitt. L. J. 107. No Gd 78-2875 (Pa. Ct. Comm. pleas, June 1, 1981); Za sudsku praksu u Velikoj Britaniji vidi: *W. v. Edgel and Others*, (1989, Ch.D.) 2 W. L. R. 689.

²⁰¹ I u hrvatskoj sudskoj praksi priznata je odgovornost bolnice trećoj osobi za materijalnu štetu koju je počinio pacijent koji je skočio kroz prozor i pao na parkirano vozilo pred bolničkom zgradom. Radilo se o pacijentu koji je liječen od alkoholizma i osoblje bolnice ga nije uspjelo savladati. Sud odluku temelji na odredbama čl. 170. st. 1. i 171. st. 1., ZOO (Presuda Županijskog suda u Zagrebu, Gž-1436/99.).

²⁰² Odnos pravnih sustava prema ovakvim štetama je ponekad osjetno različit. Stavovi se kreću od objektivne odgovornosti (primjerice u francuskom pravu postoji objektivna odgovornost državnih psihijatrijskih ustanova za ovakve štete nanesene trećima) do veoma restriktivne odgovornosti koja zahtijeva postojanje bliskog odnosa između štetnika i oštećenika i strogu predvidivost štete. Više o sudskoj praksi američkih, engleskih, njemačkih, talijanskih i francuskih sudova koja se odnosi na rješavanje ovog problema, vidi: ALLETO, F. – CITARELLA G., *Infermità di mente e responsabilità civile davanti alle corti: Esperienze italiane e straniere a confronto; La responsabilità extracontrattuale*, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 1994., str. 357.-390.

²⁰³ No, u skladu s načelima *Hedley Byrne*, ne zahtijeva se da je znao za točan identitet ove osobe, već je dovoljno da je znao u koju svrhu se potvrda izdaje jer je time mogao identificirati grupu trećih osoba koje mogu biti povrijeđene njegovim propustom.

te da će se ta osoba osloniti na točnost izvješća.²⁰⁴ Ako su ti uvjeti ispunjeni, smatra se da duguje *duty of care* i prema imovinskim interesima trećega iako s njim nije u ugovornom odnosu.²⁰⁵

8.2.4. Duševne boli zbog smrti ili teškog invaliditeta bliske osobe

Veoma značajnu grupu sekundarnih šteta čine duševni bolovi koje su treće osobe pretrpjele zbog smrti ili teške bolesti (invaliditeta) pacijenta. Ovaj se oblik štete vrlo različito tretira u različitim pravnim sustavima. Primjerice, u engleskom pravu ovaj se oblik štete pojavljuje pod nazivom *psychiatric injury*, dakle mora se raditi o povredi duševne ravnoteže, odnosno šoku uzrokovanom saznanjem o smrti ili povredi zdravlja drugoga. No, pravo na naknadu štete priznaje se samo ako su ispunjeni veoma strogi uvjeti. Potrebno je da postoji bliski odnos između pacijenta i oštećenika,²⁰⁶ tako da štetnik može predvidjeti da će takvoj osobi nastupiti šteta zbog psihičke boli. Zatim, smatra se da je *psychiatric injury* nastupila samo ako je oštećenik vremenski i prostorno neposredno povezan s nastupom štete za pacijenta, odnosno da je prisustvovao nastupu štete ili barem da je svjedočio događaju neposredno nakon njegovog nastupanja.²⁰⁷ Dakle inzistira se na kriteriju «iznenađenja» i «nepripremljenosti», «šokantne situacije».²⁰⁸ I konačno, oštećenik mora dokazati da je zbog toga pretrpio patološko stanje živčanog šoka ili bola, dakle da se radi o psihijatrijskom oboljenju.²⁰⁹

Ni u njemačkom pravu sudska praksa ne priznaje pravo na duševne boli zbog smrti bliske osobe u svakom slučaju, već jedino pod uvjetom da je oštećenik pretrpio teški šok, odnosno da je zbog toga došlo do trajnog oštećenja njegovog zdravlja.²¹⁰

U hrvatskom pravu, kako je već spomenuto, ZOO priznaje pravo na naknadu duševnih boli zbog smrti ili teškog tjelesnog invaliditeta točno određenom krugu osoba, ako to opravdava jačina bolova i njihovo trajanje (čl. 201. u svezi s čl. 200., ZOO). No, u sudskoj praksi povodom šteta u medicini relativno su rijetki ovakvi

²⁰⁴ Više vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 119.-120.; 128.-134.

²⁰⁵ Naravno da, argumentom od manjeg na veće, tu dužnost ima i u slučaju kada je treći ugovorna stranka.

²⁰⁶ U praksi sudova to se tumači veoma restriktivno tako da se postojanje bliskog odnosa predmnijeva primjerice za roditelje i djecu, dok se bliska veza između braće i sestara mora dokazati.

²⁰⁷ Tako se pravo na naknadu štete ne priznaje ako je osoba bila upoznata s mogućnošću ili čak neizbježnošću nastupa smrti pacijenta tijekom liječenja u bolnici ili kod kuće.

²⁰⁸ U situacije koje daju pravo na naknadu zbog *psychiatric injury* zato spada i nepažljivo priopćavanje vijesti o smrti bliske osobe koje je izazvalo šok, naravno pod pretpostavkom da su ispunjeni i ostali navedeni uvjeti.

²⁰⁹ Više vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 119.-126.

²¹⁰ Tako vidi: DEUTSCH, E., *Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz und Schmerzensgeld*, 3. Auflage, Köln, 1995., str. 230.

zahtjevi. Pažnje je vrijedna presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske (Broj: Rev-442/02-2) u kojoj je izražen stav da roditelji djeteta rođenog s malformacijama imaju pravo na naknadu duševnih boli zbog trajnog i teškog invaliditeta djeteta, pod uvjetom da se utvrdi da postoji uzročna veza između liječničke greške i rođenja djeteta s malformacijama.²¹¹

8.2.5. *Genetske štete*

Treba spomenuti i posebnu kategoriju sekundarnih šteta, tzv. genetske štete. S razvojem biologije i medicinske znanosti i prakse neslučenom se brzinom povećava krug mogućih sekundarnih šteta iz ove grupe. Ukoliko liječnik tretirajući pacijenta otkrije neku genetičku informaciju koja je relevantna ne samo za pacijenta, nego i za stanje zdravlja članova njegove obitelji (tj. na pacijentu dijagnosticira postojanje nekog oboljenja koje spada u grupu genetski nasljedivih stanja), postavlja se pitanje postoji li obveza liječnika da o tome informira one članove obitelji pacijenta koji mogu imati genetsku predispoziciju za razvoj bolesti. Jer, ukoliko se ustanovi da i oni imaju isto genetski uvjetovano stanje, pravovremeno upozorenje im omogućava da poduzmu preventivne mjere koje mogu spriječiti razvoj oboljenja ili minimalizirati rizik od oboljenja.

U sudskoj praksi u SAD-u zauzet je stav da takva obveza postoji. Rezoniranje sudova temelji se na paraleli s obvezom informiranja ugroženih osoba o infektivnom oboljenju pacijenta ili s obvezom upozoravanja na mogućnost nastanka štete od opasnog psihijatrijskog pacijenta. No, u jednom od slučajeva sud je stao na stanovište da je ova obveza liječnika izvršena ukoliko je upozorio pacijenta na genetsku prirodu oboljenja ili stanja, a pacijent je dužan informaciju prenijeti ugroženim članovima svoje obitelji.²¹² Stajalište se temelji na poštivanju obveze čuvanja liječničke tajne i zaštiti privatnosti pacijenta.²¹³ Osim toga, ističe se da bi obvezivanje liječnika da traži sve članove obitelji koji bi mogli imati istu genetsku predispoziciju za razvoj bolesti, predstavljalo suviše težak teret za liječnika i da bi u mnogim situacijama izvršenje obveze bilo teško ili čak nemoguće. No, u većini slučajeva sudovi su zauzeli stav da je obveza liječnika neposredno obavijestiti članove tzv. uže obitelji (*immediate family*) jer se radi o ugroženoj grupi osoba koja se lako može identificirati. Osim toga,

²¹¹ Predmet je vraćen na ponovni postupak da se utvrdi je li liječnica zaposlena kod tuženika prilikom pregleda ultrazvukom skrivljeno propustila dijagnosticirati malformacije ploda i obavijestiti o tome tužitelje. Prema mišljenju suda šteta koju roditelji trpe može biti posljedica propusta liječnice, pogotovo stoga što tužitelji u tužbi tvrde da bi prekinuli spornu trudnoću da su na vrijeme saznali za teške malformacije djeteta.

²¹² Vidi: *Pate v. Threlkel*, (1995) 661 So 2d 278 (Fla SupCt).

²¹³ Iako se radi o području koje je još uvijek opterećeno neslaganjima i kontroverzama, genetska informacija se smatra privatnom informacijom, tj. dijelom strogo zaštićene privatnosti osobe. Više vidi: PARTLETT, D. E., *Misuse of Genetic Information: The Common Law and Professional Liability*, Washburn Law Journal, vol 42., June 2003.

uglavnom se smatra da interes pacijenta na zaštitu privatnosti ne može prevladati nad interesom ugroženih članova obitelji da spriječe razvoj genetski uvjetovanog oboljenja.²¹⁴

U genetske štete koje mogu nastupiti trećim osobama spadaju i štete na potomstvu zbog oštećenja spolnih stanica oca ili majke, npr. zbog ionizirajućih zračenja²¹⁵ ili primjene kemijskih supstancija. No, kako ove štete mogu nastupiti i pri dopuštenoj uporabi navedenih sredstava, ova je odgovornost sporna i u praksi ponekad teško utvrdiva. Osim toga, u genetske štete spadaju i štete koje su nastupile na potomku pacijenta uslijed zahvata čija je svrha izazivanje promjena na ljudskom genomu.

No, u svim se ovim situacijama genetske mutacije mogu pojavljivati ne samo na djeci pacijenta, nego se mogu prenositi i na daljnje potomstvo, tako da je krug mogućih oštećenika unaprijed nesaznatljiv. Konačno, javlja se i problem zbog toga što liječničkom greškom nije povrijeđeno dijete (potomak), jer nije postojalo niti kao nasciturus u trenutku štetne radnje, već je oštećen genetski materijal njegovog roditelja (pretka). Drugim riječima postavlja se pitanje pruža li se pravna zaštita i još nezačetom djetetu, ili je za postojanje odgovornosti potrebno da subjekt postoji u trenutku izvršenja štetne radnje.²¹⁶ U njemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi prihvaća se stajalište da je ovakva odgovornost moguća.²¹⁷ U hrvatskom pravu čl. 22. Zakona o zaštiti prava pacijenata propisuje da se zahvat usmjeren na promjenu ljudskoga genoma može poduzeti samo za preventivne, dijagnostičke ili terapijske svrhe, pod uvjetom da cilj promjene nije uvođenje bilo kakvih preinaka u genomu potomka pacijenta. Isto tako, testovi koji ukazuju na genetske bolesti ili služe za identifikaciju pacijenta, kao nositelja gena odgovornog za bolest ili za otkrivanje genetske dispozicije ili podložnosti na bolest, mogu se obavljati samo u zdravstvene svrhe ili radi znanstvenog istraživanja vezanog uz zdravstvene svrhe i uz odgovarajuće genetsko savjetovanje. Na temelju ovih odredaba može se zaključiti da i

²¹⁴ S druge strane, kako se ističe u pravnoj teoriji (KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 113.), u engleskom pravu će ova obveza postojati samo ako su ispunjene stroge pretpostavke za *professional negligence* utvrđene u slučaju *Caparo Industries plc v. Dickman* (1990) 2 A.C. 605, tj. da je zadovoljen tzv. *three stage test* za utvrđivanje postojanja odgovornosti. Oštećenik mora pripadati određenom krugu osoba prema kojemu štetnik ima obvezu pažljivog postupanja (*neighbour principle*), tj. mora postojati pravom priznata bliska veza između liječnika i oštećenika; nastupanje štete mora za liječnika prema njegovim sposobnostima, znanju i okolnostima slučaja biti razumno predvidivo kao posljedica njegovog propusta informiranja (*foreseeability*); priznavanje odgovornosti mora biti u skladu s pravičnošću, kako s aspekta položaja stranaka u sporu, tako i u odnosu na javni interes (*fairness, justice and reasonableness*).

²¹⁵ Prilikom rentgenske dijagnostike, terapijskih zračenja i sl.

²¹⁶ Time se postavlja i jedno od temeljnih etičkih i pravnih pitanja, a to je - može li se subjektu priznati pravo da ne bude rođen, odnosno pravo na naknadu štete zbog tzv. neželjenog života. Više vidi: KLARIĆ, P., *Građanskopravna odgovornost liječnika s posebnim osvrtom na područje ginekologije i porodništva*, Informator, broj 5203, 17. 1. 2004.

²¹⁷ Više vidi: SCHRAMM, S., *Der Schutzbereich der Norm im Artzhafungsrecht, Karlsruhe*, 1992., str. 117.

u hrvatskom pravu postoji pravna osnova za naknadu štete koju je treća osoba, tj. potomak pacijenta, pretrpjela zbog zahvata na ljudskom genomu.

Osim ovih postoje i drugi oblici sekundarnih šteta koje se priznaju u sudskoj praksi kao reparabilne. Tako treba spomenuti štete nastale zbog dobrovoljnog doniranja organa i tkiva bliskoj osobi radi transplantacije. Ako je potreba za transplantacijom organa ili tkiva uzrokovana liječničkom greškom u sudskoj se praksi smatra da postoji uzročna veza između štete koju je pretrpio donator i liječničke greške, jer je upravo greška uzrokovala stanje nužde u kojoj je bliska osoba pristala na takvo oštećenje svog tjelesnog integriteta.²¹⁸ Njen pristanak na doniranje organa ili tkiva ne može isključiti protupravnost radnje liječnika. Takav je stav zauzet u sudskoj praksi u SAD-u, Kanadi²¹⁹ i u Njemačkoj,²²⁰ a prihvatljiv je i za naše pravo.

Isto tako, u sudskoj praksi, posebno u SAD-u, priznaje se odgovornost liječnika za štete koje je trećim osobama uzrokovao vozač nesposoban za sigurno upravljanje vozilom zbog određenog medicinskog stanja.²²¹ Zahtjevi se priznaju ukoliko je liječnik stvorio opasnost, primjerice, propisivanjem lijeka koji smanjuje sposobnost za upravljanje vozilom, a nije na to upozorio pacijenta, kao i kada je bio svjestan njegovog stanja, a nije ga na to upozorio.²²²

9. Zaključne napomene

Rasprava o nekim problemima građanskopravne odgovornosti zdravstvenih djelatnika (zdravstvenih ustanova) za štete koje pacijentima, a pod određenim uvjetima i trećim osobama, nastanu u okviru obavljanja medicinske djelatnosti pokazuje da se radi o pravnom području iznimne složenosti. U ovom su radu zbog ograničenog prostora samo dotaknuti neki od aspekata instituta čije je detaljnije razjašnjenje nužno za stjecanje cjelovite slike o stanju medicinske odgovornosti u suvremenom građanskom pravu, kod nas i u usporednom pravu. Tako ostaje da se raspravlja o različitim specifičnim problemima utvrđivanja kauzalne veze između greške u medicinskom tretmanu i štete. Posebnu pozornost zaslužuje i ispitivanje različitih pristupa problemu tereta dokazivanja pojedinih elemenata odgovornosti za štetu u ovoj oblasti odštetnog prava i posljedicama koje te razlike imaju za položaj stranaka u postupku. Za pravilno razumijevanje instituta potrebno je isto tako detaljno analizirati sve pravne probleme vezane za pristanak pacijenta ili druge ovlaštene osobe na medicinsku intervenciju, kao i za obvezu zdravstvenog djelatnika da obavještava

²¹⁸ Da bi zaštitila zdravlje bliske osobe koje je bilo ugroženo liječničkom greškom, pristala je na doniranje organa ili tkiva, tj. žrtvovala je vlastito dobro u stanju nužde.

²¹⁹ Vidi: NELSON-JONES, o. c., str. 27.

²²⁰ Vidi: DEUTSCH, E., *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Berlin, 1992. str. 256.

²²¹ Npr. epileptičkog napada, dijabetičkog šoka, smanjenja motoričkih i drugih funkcija izazvanih uporabom lijekova i sl.

²²² Više vidi: KENNEDY – GRUBB, o. c., str. 311.-312.

pacijenta o svim aspektima medicinskog tretmana. Naravno, otvara se i ogroman broj specifičnih problema, kao što je opseg dužnosti zaštite prava na privatnost i čuvanje liječničke tajne, problem prava na smrt i (ne)dopuštenosti eutanazije, odgovornost za neželjeno začecje i rođenje, problem dopuštenosti medicinskih istraživanja i ispitivanja lijekova na pacijentu, problemi vezani uz transplantaciju tkiva i organa, itd.

No, rezultati analize najvažnijih aspekata instituta odgovornosti za štete u medicini pokazuju da se i u našem i u usporednom pravu sudska praksa suočava s nekoliko temeljnih problema. Najsloženiji je svakako problem preciznog određivanja sadržaja standarda dužne pažnje zdravstvenog djelatnika. Kroz njega se prelamaju sve specifičnosti medicinske djelatnosti kao djelatnosti od posebnog društvenog interesa koja zadire u najvažnija dobra čovjeka, život i zdravlje. Rješenja koja se u tom segmentu nude pokušavaju pomiriti dva na određeni način suprotstavljena zahtjeva. S jedne strane postoji težnja da se interpretiranjem sadržaja dužnosti zdravstvenog djelatnika prema pacijentu omogući što šira zaštita prava pacijenata i da se što veći broj šteta učini reparabilnima u civilnom pravu. No, s druge strane, suviše strogo tumačenje standarda dužne pažnje ne samo da je s pravnog aspekta teško braniti jer je nespojivo s načelom autonomije profesionalca i prirodom njegove obveze, nego u krajnjoj liniji proizvodi negativne posljedice i po interese pacijenta. Naime, strah od odgovornosti rezultira bijegom zdravstvenih djelatnika i ustanova u «sigurnu» medicinsku praksu, a time i snižavanjem kvalitete zdravstvene zaštite. Tako se zahtjev za proširenjem odgovornosti pokazuje kao opasnost za interese onih čijoj boljoj zaštiti teži.

Isto tako, dvojba između inzistiranja na subjektivnoj odgovornosti i mogućeg proširenja uporabe kauzalne odgovornosti u nekim oblastima medicinskog odštetnog prava uvijek se mora rješavati respektirajući posebnosti zdravstvene djelatnosti, ali i općih načela odgovornosti za štetu. Specifičnost medicinske djelatnosti kojoj je svojstven ponekad i vrlo visoki stupanj rizičnosti, zahtijeva određeni prostor imuniteta od odgovornosti jer bi drukčije stanovište paraliziralo obavljanje medicinskih usluga. No, u onim slučajevima u kojima je objektivna odgovornost prema općim pravilima civilnog prava nesumnjiva, ni medicinska djelatnost ne može uživati drukčiji položaj.

U hrvatskom je pravu sudska praksa u ovoj oblasti još uvijek relativno siromašna, no i kod nas se zapaža trend povećanja broja odštetnih zahtjeva povodom šteta uzrokovanih djelovanjem zdravstvenih radnika. Postojeća je praksa konzistentna u inzistiranju na subjektivnoj odgovornosti, a u definiranju greške u medicinskom tretmanu oslanja se na stajališta medicinske struke o ispravnosti djelovanja liječnika. Takva je suradnja prava i medicine u ovoj oblasti nužna, no sudovi će morati, pogotovo ako se budu više susretali sa složenijim etičkim i pravnim dilemama koje donosi razvoj medicinske prakse, izgraditi čvrste i ujednačene pravne stavove o određivanju standarda pažljivosti. Pri tome treba uvijek nastojati održati ravnotežu između, s jedne strane zahtjeva da se medicinskoj struci osigura potreban stupanj profesionalne autonomije i da se respektira složenost djelatnosti koja u sebi uvijek nosi rizik oštećenja pravno zaštićenog dobra, a s druge strane zahtjeva za širokom

zaštitom prava pacijenata od nemarnog ili nestručnog postupanja. Iskustva koja su u ovoj oblasti prikupljena u usporednom pravu, kao i novija hrvatska pravna regulativa medicinske djelatnosti, a posebno ZZZ i Zakon o zaštiti prava pacijenata, za to daju sasvim solidnu osnovu.

Popis korištene literature:

1. ABDEL-WAHAD, A. R., *Les consours des responsabilités contractuelle et delictuelle en droit français et en droit suisse*, Geneve, 1963.
2. ADRIANSON, A., *Behind the malpractice crisis - Why doctors are quitting medical practice?*, Consumers Research, June 2003.
3. ALLETO, F. – CITARELLA G., *Infermità di mente e responsabilità civile davanti alle corti: Esperienze italiane e straniere a confronto; La responsabilità extracontrattuale, a cura di Paolo Cendon*, Giuffrè Editore, Milano, 1994.
4. ALPA, G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.
5. BALDASSARI, A. – BALDASSARI, S., *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè editore, Milano, 1993.
6. BEAUCHAMP, T. I. - CHILDERS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2001.
7. BLACKMAN, N. S. – BAILEY, C. P., *Liability and Medical Malpractice*, HAP, London – Paris – New York – Melbourne, 1990.
8. BLAGOJEVIĆ, B., - KRULJ, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, SA, Beograd, 1983.
9. BUSNELLI, F. – ZANA, M., Italy; DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
10. CASTRONUOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.
11. CLERK & LINDSELL, *On Torts*, Eighteen edition, General Editor: Anthony M. Dugdale; Sweet & Maxwell, London, 2000.
12. DALCQ, R. O., Belgium; DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
13. DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
14. DEUTSCH, E., *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Berlin, 1992.
15. DEUTSCH, E., *Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände*, Juristenzeitung, 1963.
16. DEUTSCH, E., *Medizinrecht*, Berlin, 1999.
17. FLUSS, S.S., *From Bioethics to Biolaw; An International Overview of Developments in Certain Areas, 1984-1994*, International Conference on Legal Regulation of Bioethics, Siena, 9.-11. june, 1994.
18. FURROW, B. R. – JOHNSON, S. H. – JOST, T. S. – SCHWARTZ, R. L., *Health Law, Cases, Materials and Problems*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1991.
19. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, tomo II, Cedam, Padova, 1990.
20. GAUDINO, L., *Gli interessi protetti nell'Art. 2043. C.C.*, *La responsabilità extracontrattuale*, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 1994.
21. GEHRING, U., *Haftpflicht- und Haftpflichtversicherungsrechtliche Fragen bei HIV-Infektionen (AIDS)*, Mannheim, 1996.

22. HARRIS, D., Remedies in Contract and Tort, Weidenfield and Nicholson, London, 1988.
23. HAUGH, R., Surviving medical malpractice madness, Hospitals & Health Networks, Vol. 77, Issue 5, 2003.
24. HONORE, A. M. International Encyclopedia of Comparative Law; Vol. XI: Torts; Chapter 7.: Causation and Remoteness of Damage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen – Paris - New York, 1984.
25. JOURDAIN, Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1999/4.
26. KENNEDY, I. – GRUBB, A., Principles of Medical Law, Oxdord University Press, 1998.
27. KENNEDY, I., England, DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., Medical Responsibility in Western Europe, Springer Verlag, Berlin- Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
28. KLARIĆ, P., Građanskopravna odgovornost liječnika s posebnim osvrtom na područje ginekologije i porodništva, Informator, broj 5203, 17. 1. 2004.
29. KLARIĆ, P., Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja, Pravo u gospodarstvu, 4/2002.
30. KLARIĆ, P., Odštetno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2003.
31. KOHN – CORRIGAN – DONALDSON, To Err is human: building a safer Health system, 2000.
32. KOHN, C. – HENDERSON, S., Soaring malpractice insurance squeezes out doctors, Managed care Weekly Digest, August, 2002.
33. KORNPORBST, L., Responsabilités du médecin, Dalloz, Paris, 1957.
34. LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrecht, 8. Auflage, Berlin, 1992.
35. LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band II: Besonderer Teil, 12., München, 1981.
36. LE TOURNEAU, P., La responsabilité civile, 3. ed. Dalloz, Paris, 1982.
37. LEENEN, H. J. J. – GEVERS, J. K. M., Netherlands; DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., Medical Responsibility in Western Europe, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
38. LEMAIRE, J. F. – IMBERT, J. L., La responsabilité médicale, Paris, 1985.
39. MARKESINIS, B., The German Law of Obligations, Vol. II: The Law of Torts: A comparative Introduction, Clarendon Press, Oxford, 1997.
40. MCHALE, J., - FOX, M. – MURPHY, J., Health Care Law, Sweet & Maxwell, London, 1997.
41. MEDICUS, D., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München, 1992.
42. MÉMETEAU, G., International Encyclopedia of Laws, Medical Law, Supplement 12: France, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, april, 1998.
43. MEURER, D., AIDS und Strafrecht, Aids und Recht, Stuttgart-Weimar, 1992.
44. MEZAUD, H. ET L. – TUNC, A., Traite théorique et pratique de la responsabilité civile, tome I, Dalloz, Paris, 1965.
45. MONATERI, P. G., Cumulo di responsabilità contratuale ed extracontratuale, CEDAM, Padova, 1989.
46. MOQUET-ANGER, M. L., Le status des médecins hospitaliers public, PUF, Paris, 1994.
47. NELSON-JONES, R., Medical Negligence Case Law, Fourmat Publishing, London, 1990.
48. OGILVIE, M. H., Concurrent Liability in Contract and Tort: Cautionary Tales from the Supreme Court of Canada, The Journal of Business Law, July 1997.

49. PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. neubearbeitete Auflage; Verlag C.H. Beck, München, 2002.
50. PARTLETT, D. E., Misuse of Genetic Information: The Common Law and Professional Liability, Washburn Law Journal, vol 42., June 2003.
51. PENNEAU, J. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, Paris, 1973.
52. PENNEAU, J., France, DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., Medical Responsibility in Western Europe, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
53. POTTER, V.R., Bioethics, Bridge to the Future, Englewood Cliffs, 1971.
54. PROSSER, The Borderline of Tort and Contract, Selected Topics of the Law of Torts, A. Arbor, 1953.
55. RABEL, Das Recht der Warenkaufs, Berlin, 1936.
56. RADIŠIĆ, J., Kozmetička operacija i odgovornost operatera, Pravni život, 9/2002.
57. RADIŠIĆ, J., Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika, Beograd, 1986.
58. RESCIGNO, P., Manuale di diritto privato italiano, Jovene, Napoli, 1982.
59. RIES, Grundprobleme der Dritteschadensliquidation und des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, Juristische Arbeitsblätter, 1982.
60. SANTOS-BRIZ, J., Spain; DEUTSCH, E. – SCHREIBER, H. L., Medical Responsibility in Western Europe, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1985.
61. SAVATIER, R., Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin, Dalloz, Paris, 1967.
62. SCHRAMM, S., Der Schutzbereich der Norm im Artzhafungsrecht, Karlsruhe, 1992.
63. SCOGNAMIGLIO, R., Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Novissimo Digesto italiano, tomo XV, Torino, 1968.
64. SLOAN A.F.,– BOVBJERG, R.R., Insuring medical malpractice, Oxford University Press, New York, Oxford, 1991.
65. SONNENSCHIN, A., Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – und immer neuen Fragen, Juristische Arbeitsblätter, 1979.
66. SOURLAS, Adäquanztheorie und Normzwecktheorie bei der Begründung der Haftung nach § 823 I BGB, 1974.
67. SPICER, C. M., Nature and Role of Codes and Other Ethics Directives, u: REICH, W. T., Encyclopedia of Bioethics, Simon & Schuster MacMillan, New York, 1995.
68. STAUCH, M. - WHEAT, K. - TINGLE, J., Sourcebook on Medical Law, Cavendish Publishing Limited, London - Sidney, 1999.
69. STOLL, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968.
70. THOUVENIN, D., De l'éthique aux lois "bioethiques", Revue trimestrielle de droit civil, 1994/4.
71. VISKOVIĆ, N., Bioetika i biomedicinsko pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 32.; br. 39-40/, 1995.
72. VON BAR, C., Verkehrspflichten, Köln-Berlin, 1980.
73. VON CAEMMERER, E., Wandlungen des Deliktsrechts, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift (1860-1960), 1960.
74. ZEPOS, P. J. – CHRISTODOULOU, P., International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI: Torts; Professional Liability, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) – Tübingen, 1978.

Summary

CIVIL LIABILITY OF MEDICAL STAFF

The article is dedicated to studying of certain important aspects of civil liability for possible damage caused to patients and third persons in the course of providing medical services. This is a part of tort law, but also a part of so called medical law that takes into consideration numerous specific characteristics of the medical activity as an activity of special interest not only for individual patients, but also for a society as a whole. Comparative overview of the related issues, such as definition of legal nature of this liability, determination of basic characteristics of obligation imposed by the law on medical staff, determination of persons held liable for damage caused in medical activity, determination of illegal act (i.e., mistake in medical treatment), determination of standards and levels of due care for medical staff, and legal basis for liability toward third persons, demonstrates that a number of not only legal, but also ethical dilemmas, have not yet been finally resolved.

Key words: *damage caused in medical activity, liability for damage.*

Zusammenfassung

ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG VON IM GESUNDHEITSWESEN TÄTIGEN

Die Arbeit ist der Untersuchung einiger wichtiger Aspekte der zivilrechtlichen Haftung für Schäden, die Patienten oder Dritten bei der Darbringung von ärztlichen Hilfeleistungen entstehen können. Es ist vom Gebiet des Schadensrechts und gleichzeitig einem Teil des sog. medizinischen Rechts die Rede, in dem zahlreiche Besonderheiten medizinischer Tätigkeit sowie Tätigkeiten von besonderem Interesse nicht nur für den einzelnen Patienten sondern die gesamte Gesellschaft betrachtet werden. Die rechtsvergleichende Darstellung von Problemen wie Definition der Rechtsnatur dieser Haftung - Bestimmung der Hauptmerkmale der Haftung, die das Recht den Angehörigen des medizinischen Faches auferlegt - Bestimmung des Kreises möglicher verantwortlicher Personen für medizinische Schäden - Festlegung des Begriffs rechtswidrige Tätigkeit (d.h. Fehler in der medizinischen Behandlung) - Festlegung des Standards pflichtgemäßer Sorgfalt der Angehörigen medizinischer Berufe - und Definition der Rechtsgrundlagen der Haftung gegenüber Dritten, zeigt eine Reihe nicht nur juristischer sondern auch ethischer Dilemmas in diesem Bereich, die noch nicht endgültig gelöst wurden.

Schlüsselwörter: *Schaden bei der Ausübung medizinischer Tätigkeiten, Haftung für Schaden.*

Sommario

RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI OPERATORI SANITARI

Il lavoro è dedicato allo studio di alcuni importanti aspetti della responsabilità civile per possibili danni causati a pazienti e terze persone nelle procedure di somministrazione di servizi sanitari. Questa è una parte del diritto extracontrattuale, ma anche una parte del cosiddetto diritto sanitario che prende in considerazione numerose specifiche caratteristiche dell'attività sanitaria come attività di particolare interesse non solo per i singoli pazienti, ma pure per la società nel suo insieme. Lo sguardo comparativo alle questioni correlate, come la definizione della natura giuridica delle persone ritenute responsabili per danno nell'esercizio dell'attività sanitaria, la determinazione dell'atto illecito (cioè l'errore nel trattamento sanitario), la determinazione degli standards e dei livelli di cura dovuta dagli operatori sanitari, e le basi giuridiche per la responsabilità nei confronti delle terze persone, dimostra che un numero di dilemmi non solo legali, ma anche etici, non sono ancora stati definitivamente risolti.

***Parole chiave:** danno nell'esercizio dell'attività sanitaria, responsabilità per danno.*

POVRAT U PRIJAŠNJE STANJE U HRVATSKOM PARNIČNOM POSTUPKU

Dr. sc. Jozo Čizmić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.93(497.5)
Ur.: 28. listopada 2004.
Pr.: 24. prosinca 2004.
Izvorni znanstveni članak

Donošenjem i stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku («Narodne novine», br. 117/03.), u naš parnični postupak uvodi se niz bitnih promjena i novina s temeljnim ciljem da se parnična procedura pojednostavi i učini efikasnijom, da svi sudionici u postupku svojim aktivnim djelovanjem pridonese da se što prije rasprave sporne činjenice i donese odluka u sporu, čime bi se povećala opća razina pravne zaštite. Među ostalim, redefinirane su i odredbe o povratu u prijašnje stanje. U tom smislu, uz prikaz temeljnih obilježja instituta povrata u prijašnje stanje, autor se u radu posebno osvrnuo i na izmjene i novine koje se odnose na uređenje toga instituta prema odredbama spomenutog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku.

Ključne riječi: *propuštanje rokova i ročišta, povrat u prijašnje stanje.*

I. Uvod

1. Propuštanje u parničnom postupku (njem. *Versäumung*) jest nepoduzimanje procesnih radnji u određeno vrijeme (u roku, na ročištu, tijekom stadija postupka).

Parnicu čini niz parničnih radnji stranaka i suda koje se odvijaju po redosljedu i na način određen postupovnim pravilima, sa svrhom da se utvrdi je li tužitelj zahtjev utemeljen ili nije. Parnične radnje obavljaju se na određenim ročištima i u propisanim rokovima. Uobičajeno je da stranke poduzimaju parnične radnje na način i u vrijeme kako je to zakonom, ili odlukom suda u skladu sa zakonom, određeno. No, to nije uvijek slučaj jer stranke katkad ne poduzimaju parnične radnje na vrijeme ili ih uopće ne poduzimaju, pa time otežavaju pružanje tražene pravne zaštite.

Parnična je radnja propuštena ako se ne obavi na propisanom ročištu ili u propisanom roku. Instituti rokova, ročišta i stadija u kojima se određene procesne radnje, u pravilu, mogu poduzimati determiniraju čvrstinu okvira procesnih

aktivnosti.¹ Ako je za poduzimanje određene parnične radnje određeno ročište, onda je parnična radnja propuštena u slučaju kad stranka koja je uredno pozvana, ne dođe na to ročište do njegova zaključenja, ili dođe, ali se ne želi upustiti u raspravljanje.²

Redovita posljedica propuštanja rokova ili ročišta jest gubitak prava na poduzimanje radnje koju je stranka morala izvršiti na propuštenom ročištu. To vrijedi poglavito s obzirom na propuštanje zakonskih rokova za izvršenje određene procesne radnje, a u manjoj mjeri za propuštanje sudskih rokova i ročišta.^{3,4}

U pravilu posljedice propuštanja nastupaju *ipso iure*, bez prethodnog prijedloga protivne stranke i druge opomene suda. Zakon o parničnom postupku (dalje – ZPP) izričito predviđa kada posljedice propuštanja nastupaju tek na prijedlog suprotne stranke (*accusatio contumaciae*). Propuštanje stranaka u parnici ne bi smjelo spriječiti razvitak parnice u cilju donošenja sudske odluke. U cilju što djelotvornije zaštite prava, odredbama ZPP-a određuje se kako je procesno relevantno i nepoduzimanje određenih parničnih radnji.⁵

Povrat u prijašnje stanje (njem. *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*) jest pravno sredstvo⁶ kojim se stranci koja je iz opravdanih razloga propustila poduzeti

¹ Tako TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., (dalje – TRIVA), str. 306.

² Potanje o tome kod POZNIĆ, B. – RAKIĆ VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999., (dalje – POZNIĆ), str. 168.-170.; STAROVIĆ, B. – KEĆA, R., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 1999., str. 202.-204.

³ Vidi ZUGLIA, S., *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., (dalje – ZUGLIA), str. 277.; JUHART navodi kako su posljedice propuštanja procesni instituti koji omogućuju da se postupak pravilno razvija i pruži djelotvornu zaštitu prava i kad se jedna stranka ne želi pridržavati pravila postupka. JUHART, J., *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961., str. 218.

⁴ Osim prekluzije, propuštanje često dovodi i do drugih posebnih posljedica, koje se, primjerice, sastoje u tome da se protivnikovim parničnim radnjama pridaje pojačana važnost, kakvu inače te radnje nemaju same po sebi. Katkad se određenim propuštanjima pridaje značenje konkludentne izjave volje, pribjegava se zakonskim presumpcijama da je stranka propuštanjem htjela manifestirati određeno aktivno držanje. TRIVA, str. 307. Katkad je, pak, procesno pravo indiferentno prema pasivnosti stranaka, primjerice kada stranke propuste izjasniti se o pravnim pitanjima.

⁵ U teoriji procesnog prava ima mišljenja da se parničnom radnjom smatra i namjerno propuštanje poduzimanja parnične radnje, tzv. negativna parnična radnja. Potanje o tome kod MARKOVIĆ, M., *Građansko procesno pravo*, knj. 1/2, Niš, 1982., str. 10.

⁶ Dvojbeno je u pravnoj znanosti spada li povrat u prijašnje stanje u pravne lijekove ili ne spada. Na to pitanje jedni odgovaraju afirmativno, jer smatraju da je svrha povrata u prijašnje stanje poništaj onih nezakonitih odluka koje su posljedica opravdanih propuštanja stranaka. Usp. STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1989., str. 233. Drugi, pak, tvrde da povrat u prijašnje stanje ne spada u pravne lijekove, jer mu svrha nije ispitivanje zakonitosti sudske odluke, a često taj prijedlog nije ni upravljan protiv neke postojeće sudske odluke. Tako Zuglia drži da povrat u prijašnje stanje nije pravni lijek, nego pravno sredstvo *sui generis*, iako su ga neki autori, zbog stanovitih dodirnih točaka, svrstavali u (izvanredne) pravne lijekove. Uostalom, povrat u prijašnje stanje uređen je u ZPP-u izvan odredaba o pravnim lijekovima. Ipak treba napomenuti da povrat u prijašnje stanje po svom učinku ima sličnosti sa slučajevima kada je na temelju pravnog lijeka ukinuta pobijana odluka. No, on je u biti različit od pravnog lijeka. Za razliku od pravnih lijekova kojima se odluka napada zbog grešaka u suđenju i/ili postupanju, povratom u prijašnje stanje samo

radnju na nekom ročištu ili u nekom roku i zbog toga izgubila pravo na njezino poduzimanje, na njezin prijedlog dopušta naknadno obavljanje te radnje vraćanjem postupka u stanje prije propuštanja i ukidanjem svih odluka koje je sud zbog propuštanja donio. Dakle, povrat u prijašnje stanje (*restitutio in integrum ob terminem elapsum*) pravno je sredstvo kojim se, kada su ispunjeni zakonski uvjeti, otklanjaju štetne posljedice nastale za stranku zbog propuštanja ročišta ili roka za poduzimanje neke parnične radnje,⁷ odnosno povrat u prijašnje stanje jest vraćanje parnice u stanje prije opravdanog propuštanja roka ili ročišta za poduzimanje određene parnične radnje, zbog čega je stranka izgubila pravo na naknadno poduzimanje te propuštene radnje.⁸ *Ratio* ovog procesnog instituta nije i ne može biti ispitivanje zakonitosti odluke suda.⁹

2. Hrvatski sabor na sjednici održanoj 14. srpnja 2003. godine donio je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku («Narodne novine», br. 117/03., dalje - **Novela**), a koji je stupio na snagu 1. prosinca 2003. godine (Novela, čl. 287.).

Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske (dalje - **ZPP**), kojim se uređuju pravila postupka na temelju kojih sud raspravlja i odlučuje u građanskopravnim sporovima, jest zapravo bivši savezni zakon SFR Jugoslavije iz 1976. godine, koji je, nakon državnopravnoga osamostaljenja 1991. godine, preuzet Zakonom o preuzimanju Zakona o parničnom postupku («Narodne novine», broj 53/91.), uz određene intervencije koje su trebale otkloniti sustavne protivnosti s novim ustavnopravnim uređenjem. Naknadnim novelama iz 1992. i 1999. godine («Narodne novine» broj: 53/91., 91/92. i 112/99.), ostvarena su tek neka dodatna, ponajviše terminološka usklađenja. Usprkos tome što se ZPP može u osnovi smatrati relativno modernim i učinkovitim postupovnim instrumentom za rješavanje građanskopravnih sporova, dosadašnja primjena ZPP-a pokazala je da je potrebno izmijeniti neke njegove odredbe jer¹⁰ postupci predugo traju; sudovi su preopterećeni brojem parničnih predmeta do mjere da se može govoriti o blokadi njihova rada; kvaliteta je donesenih odluka često problematična, što potvrđuje velik broj ukinutih odluka nižih sudova; stranke često

se traži dopuštenje za naknadno izvršenje propuštene radnje, a odluka se ukida jer je donesena zbog tog propuštanja i pri tome se ne ulazi u njezinu utemeljenost po materijalnom pravu. Zbog toga povrat u prijašnje stanje i jest posebno pogodno pravno sredstvo protiv presude zbog izostanka, jer se ona ne može pobijati pravnim lijekovima zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Tako i detaljnije o tome kod ZUGLIA, str. 515.; POZNIĆ, str. 170.-171., ŽIVANOVIĆ, M., *Povračaj u pređašnje stanje u parničnom postupku – Restitutio in integrum*, Banja Luka, 2001., str. 21.; BAZALA, B., *Povračaj u prijašnje stanje*, «Odvjetnik», IX (XXIV), 1959., br. 5.-6., str. 113. i dalje.

⁷ Tako JANKOVIĆ, M. - JANKOVIĆ, Ž. - KARAMARKOVIĆ, H. - PETROVIĆ, D., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 1990., (dalje – **JANKOVIĆ**), str. 164.

⁸ Usp. TRIVA, str. 311.

⁹ Vidi HRVATIN, B., *Povrat u prijašnje stanje u parničnom i ovršnom postupku*, «Informator», br. 4742.-4743. od 18. i 21. kolovoza 1999. god., str. 19.

¹⁰ Detaljnije o tome zborniku radova «Novine u parničnom postupku», Inženjerski biro, Zagreb, 2003., *Uvod* (I. Crnić), str. 3.-6. i *Predgovor* (V. Belajec), str. 273.-274.

zlorabe svoja procesna ovlaštenja u postupku; sudovi nemaju efikasnih instrumenata za suzbijanje takvih zloraba; dostavna služba ne funkcionira na zadovoljavajući način; neka su procesna rješenja nepotrebno formalistička i često se iz čisto proceduralnih ili kompetencijskih razloga pojedini postupci nepotrebno odugovlače; institut sudaca porotnika u parničnom postupku nije našao svoje opravdanje; institut državnoodvjetničke intervencije pokazao se suvišnim, te da se može postaviti pitanje opravdanosti daljnjeg zadržavanja instituta zahtjeva za zaštitu zakonitosti; nisu osigurani instrumentalni uvjeti da Vrhovni sud Republike Hrvatske ostvari u parničnom postupku svoju Ustavom Republike Hrvatske utvrđenu zadaću osiguranja jedinstva u primjeni prava i ravnopravnosti građana i sl. Zbog navedenoga, 2002. god. izrađen je Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (dalje – **Prijedlog Novele**), kako bi se pojednostavnila i učinila efikasnijom parnična procedura te povećala opća razina pravne zaštite, što bi se, među ostalim, postiglo i redefiniranjem instituta povrata u prijašnje stanje.¹¹

Napominjemo da rad pišemo neposredno nakon stupanja na snagu Novele, pa u radu nismo ni mogli ukazati na opsežniju sudsku praksu ili stajališta teorije utemeljena na odredbama Novele. Usto, u radu se pozivamo na sudsku praksu i stajališta pravne teorije utemeljena na odredbama parničnih postupnika bivše Jugoslavije iz 1957. i 1977. godine, i to tamo gdje su odredbe o povratu u prijašnje stanje identične s odredbama ZPP-a, koji, uostalom još uvijek, i nakon donošenja Novele, sadrži veliki broj odredbi preuzetog Zakona o parničnom postupku bivše Jugoslavije.

II. Pretpostavke za dopuštanje povrata u prijašnje stanje

1. Ako stranka **propusti ročište ili rok** za poduzimanje kakve radnje u postupku i zbog toga **izgubi pravo** na poduzimanje te radnje, sud će toj stranci na **njezin prijedlog** dopustiti da **naknadno obavi** tu radnju (povrat u prijašnje stanje) ako ocijeni da postoje **opravdani razlozi** za propuštanje (ZPP, čl. 117. st. 1.).

Zakonski zastupnik i punomoćnik stranke mogu pod istim uvjetima kao i stranka tražiti povrat u prijašnje stanje. Držimo da to može i **umješač** (v. ZPP, čl. 208. st. 4.).¹²

¹¹ Vidi Prijedlog Novele - "Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom, te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteći", str. 1.-2.

¹² U pravnoj je teoriji bilo mišljenja da umješač ne bi mogao umjesto stranke predložiti povrat u prijašnje stanje jer bi takva njegova parnična radnja bila u suprotnosti s radnjom stranke koja je propustila ročište ili rok za poduzimanje neke parnične radnje. Usp. BAZALA, B., *Zakon o parničnom postupku s objašnjenjima i sudskim odlukama*, Zagreb, 1969., str. 78. Držimo da takvo stajalište nije prihvatljivo jer je traženje povrata samo po sebi povoljna parnična radnja i na nju bi umješač stoga bio ovlašten po prirodi svoje funkcije. Usto, opravdano propuštanje stranke da poduzme parničnu radnju ne može se smatrati njezinom namjernom radnjom kojoj bi umješač kontradikirao

2. Za uspješnu primjenu ovog pravnog sredstva moraju se ispuniti sljedeće pretpostavke:

2.1. da je stranka propustila **rok** ili **ročište** za poduzimanje neke procesne radnje.¹³

Kako saslušanje stranaka u svrhu dokaza nije parnična radnja koju stranka poduzima u postupku, zbog propuštanja toga ročišta nema mjesta za povrat u prijašnje stanje.¹⁴

Povrat u prijašnje stanje nije dopušten zbog propuštanja radnje čije je izvođenje vezano uz određeni **stadij u postupku** nezavisno od proteka određenog roka ili ročišta.¹⁵ Usto, povrat u prijašnje stanje može se tražiti i dopustiti samo zbog propuštanja prekluzivnih rokova. Nadalje, povrat u prijašnje stanje može se dopustiti samo zbog propuštanja procesnih, a ne i meterijalnopравnih rokova.¹⁶

2.2. da je stranka zbog propuštanja **izgubila pravo** na poduzimanje te procesne radnje.

Dakle, povrat u prijašnje stanje može se dopustiti samo ako je stranka propuštanjem ročišta ili roka za poduzimanje neke radnje u postupku izgubila pravo na poduzimanje radnje,¹⁷ a u protivnom stranka ne bi imala pravnoga interesa za traženje povrata.¹⁸ Je li, pak, stranka izgubila pravo na poduzimanje parnične radnje, ocjenjuje se prema tome može li ona tu radnju još poduzeti u konkretnoj parnici, a nije, primjerice, odlučujuće što to može učiniti u novoj parnici, tj. ponovno ustati tužbom.¹⁹ Tako, primjerice, tužitelj može tražiti povrat u prijašnje stanje i onda kad je u smislu odredbe čl. 465. st. 1. ZPP-a doneseno rješenje o presumiranom povlačenju tužbe zbog propuštanja ročišta.²⁰ Iako se to u ZPP-u izričito na navodi, treba uzeti da je povrat u prijašnje stanje dopušten i kad je zbog propuštanja nastupilo mirovanje

podnoseći zahtjev za povrat. Umješač bi zapravo samo «tehnički» poduzimao radnju za koju se može očekivati da bi je htjela poduzeti i sama stranka.

¹³ Povrat u prijašnje stanje može se tražiti i zbog propuštanja propisanog roka za podnošenje tužbe. Vrhovni sud Hrvatske (dalje – VSH), Rev- 1007/95. od 13. travnja 1995., Izbor odluka VSH (dalje – IO), 1/96-161.

¹⁴ U tom je smislu stajalište Županijskog suda (dalje – ŽS) u Koprivnici, Gž- 1336/01. od 2. studenoga 2001., IO- 1/02-191.

¹⁵ Tako i detaljnije o tome kod ŽIVANOVIĆ, M., o. c., str. 22.; TRIVA, str. 311.

¹⁶ U tom je smislu Viši sud u Subotici zauzeo stajalište da je zahtjev za naknadu troškova meterijalnopравne naravi, pa se zbog njegova zakašnjelog podnošenja ne može tražiti povrat. Viši sud u Subotici, Gž- 128/78., Zbirka sudskih odluka (dalje – ZSO), 1/82-124.; v. odluku Vrhovnog suda Srbije (dalje – VSSr), U- 3399/70., JANKOVIĆ, str. 165.

¹⁷ Vidi odluku ŽS u Rijeci, Gž- 1228/97. od 22. listopada 1998., Pregled sudske prakse (dalje – PSP), 1998/8-177.; Okružni sud (dalje – OS) u Beogradu, Gž- 8943/73. od 2. studenoga 1973., objavljena kod ČOŠIĆ, R. – KRSMANOVIĆ, T., *Aktualna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000, str. 51.

¹⁸ Usp. TRIVA, str. 311.

¹⁹ Tako GRBIN, I., *Parnične radnje stranaka*, rad u zborniku “Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse”, Opatija-Zagreb, 1999.-2000., str. 339.

²⁰ U tom je smislu odluka Privrednog suda Hrvatske (dalje – PSH), Pž- 3531/90. od 19. prosinca 1990. god., PSP- 48/133.

postupka jer bi, u protivnom, stranka propuštenu radnju mogla poduzeti tek po isteku roka od tri mjeseca.²¹

2.3. da je zbog **prekluzije** nastala za stranku **određena šteta** zbog toga što je stranka (bila) u nemogućnosti da na drugi način ostvari cilj koji je namjeravala ostvariti propuštenom radnjom.²²

2.4. da postoje **opravdani razlozi** za propuštanje.

Što se smatra opravdanim razlogom za propuštanje, kao uvjetom za dopuštanje povrata u prijašnje stanje, nije u ZPP-u ni primjerice navedeno i obrazloženo. Sadržaj ovog pravnog standarda - "opravdani razlog" - sud bi trebao prosuđivati u svakom pojedinom slučaju, uzimajući pri tome u obzir kako osobna svojstva stranke, tako i sve ostale važne okolnosti.²³ Iako je sudu ostavljena najšira mogućnost da te razloge procjenjuje promatrajući ih kao objektivne smetnje i kao smetnje u odnosu na konkretnu stranku,²⁴ postojanje opravdanog razloga za propuštanje ne bi se smjelo tumačiti ni previše ekstenzivno ni previše restriktivno, jer bi se na taj način deplasirao taj institut i ugrozila pravna sigurnost.²⁵

U **pravnoj teoriji** opravdanim razlozima za propuštanje rokova i ročišta drže se oni događaji koje stranka nije skrivila svojim ponašanjem, odnosno koji se mogu

²¹ Tako POZNIĆ, str. 171.; v. TRIVA, str. 311.

²² Do stupanja na snagu Novele, nakon čega je odredbom čl. 353. ZPP-a zabranjeno iznošenje novota u žalbi protiv kontradiktorne presude, tuženik koji bi propustio ročište na kojemu je, nakon provedenog dokaznog postupka, donesena presuda na temelju raspravljanja, nije mogao tražiti povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja tog ročišta jer je činjenice koje se tiču biti spora, koje bi iznio na ročištu koje je propustio, mogao iznijeti na drugi način - u žalbi protiv prvostupajnske presude. Vidi u tom smislu odluku OS u Zagrebu, Gž- 6426/82. od 2. studenoga 1982. god. i odluku VSH, Gž- 746/68. od 16. travnja 1968. god., obje objavljene u Okružni sud Zagreb – Informacija br. 17/88-447.

²³ Iako postojanje opravdanih razloga za povrat u prijašnje stanje, ocjenjuje sud, on, primjerice, ne bi smio bez provođenja dokaza cijeliti karakter bolesti punomoćnika (Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, dalje - VTSH, Pž- 2859/93. od 15. ožujka 1994., Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova, br. 2/94-87.). Sud bi kod ocjene opravdanosti razloga trebao uzeti u obzir je li do bolesti došlo iznenada, je li izabrano pogodno prijevozno sredstvo, je li se stranka promišljeno stavila u stanje koje je spriječilo da poduzme radnju i sl. STAROVIĆ, B. – KEČA, R., o. c., str. 205.

²⁴ Potanje kod ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, Beograd, 1965., str. 101. U tom se smislu i u praksi Općinskog suda u Splitu mogu naći različiti "opravdani razlozi" zbog kojih je podnesen prijedlog za povrat u prijašnje stanje protiv presude zbog izostanka. Npr., punomoćnik tuženika tvrdi da je "zamijenio vrijeme održavanja pripremnog ročišta s raspravljanjem u drugom predmetu istog suda" (I P-1306/91), "punomoćnik tuženika tri je minute zakasnio na polazak autobusa pa je na sud morao pješice" (I P-1109/91), "tuženica nije došla zbog bolesti" (II P-2481/91), "tuženik nije mogao pristupiti zbog znaka opće opasnosti" (II P-628/90-3) i sl.

²⁵ Usp. TONČIĆ, T., *Povrat u prijašnje stanje (čl. 117. ZPP-a)*, "Odvjetnik", 61, 1988., br. 3-4, str. 49.

pipisati slučaju koji se stranci dogodio (viša sila),²⁶ kao primjerice: zakašnjenje na ročište zbog zastoja u prometu, prometna nesreća, iznenadna bolest zbog koje stranka nije bila u mogućnosti poduzeti parničnu radnju ili ovlastiti drugu osobu za poduzimanje te radnje, smrtni slučaj u obitelji, nestanak ili uništenje podneska predatog pošti; elementarna nepogoda, i sl.²⁷

Sudska je praksa stajališta da razlog za povrat u prijašnje stanje čini događaj koji je stranku spriječio da pristupi ročištu ili učini u propisanom roku određenu radnju u postupku i zbog toga izgubi pravo na poduzimanje te radnje,²⁸ a **opravdani razlog** za dopuštanje povrata u prijašnje stanje na primjer: kvar na automobilu u kojem se stranka vozi na sud;²⁹ ako stranka, čije je sjedište izvan mjesta sjedišta suda, pravovremeno, preporučenom pošiljkom pošalje punomoć odvjetniku u sjedištu suda, a ova pošiljka ne bude uručena zbog odsutnosti odvjetnika i stranka za to dozna nakon održanog ročišta,³⁰ ako se žalba zbog pogreške u poslovanju odvjetničkog ureda uputi sudu običnom poštanskom pošiljkom umjesto preporučenom, što je inače uobičajeno, pa se zbog toga propusti rok za žalbu;³¹ bolest stranke³² zbog koje je vezana uz postelju izvan sjedišta suda,³³ i sl.

Međutim, **suprotno**, odricanje ili odustanak od žalbe u sporu ne može se opozvati niti se zbog toga može dopustiti povrat u prijašnje stanje;³⁴ činjenica što punomoćnik

“Sredstva za obranu materijalnih prava trebala bi biti izvjesnija i nesumnjivog efekta. Ovako zavise od nahođenja određenog suca jesu li razlozi za propuštanje zaista opravdani. Zavisi dakle od suca hoće li stranka konačno izgubiti pravo koje joj inače najvjerojatnije pripada. Ipak, može se kazati da postoji žalba protiv odluke kojom se prijedlog za povrat odbija. Žalba zaista postoji, ali je s njom skopčano odugovlačenje postupka koje se, sasvim opravdano, nastoji izbjeći. Ako se, međutim, institut povrata, barem u odnosu na propuštanje ročišta koje je dovelo do presude zbog izostanka, shvati sasvim blago, pa ga sudska praksa počne gotovo redovito primjenjivati, ostane li se kod povrata, oni izuzetni slučajevi kod kojih zahtjevu za povrat nije udovoljeno, još će više stršati svojim ipak nepravičnim rezultatom”. TRIVA, S., *Pravni lijekovi protiv presude zbog izostanka*, “NZ”, 10, 1956., br. 1, str. 20.

²⁶ Tako TRIVA, str. 312.; vidi i RAJOVIĆ, V. – ŽIVANOVIĆ, M. – MOMČILOVIĆ, R., *Građansko procesno pravo*, Banja Luka, 2001., str. 114.

²⁷ HRVATIN, B., *Povrat u prijašnje stanje u parničnom i ovršnom postupku*, «Informator», br. 4742.-4743. od 18. i 21. kolovoza 1999., str. 19.; POZNIĆ, str. 171.; JANKOVIĆ, str. 164.

²⁸ Takvo je stajalište zauzeo OS u Osijeku, u odluci GŽ- 1359/86. od 22. svibnja 1986., PSP- 31/88.

²⁹ Vidi odluku OS u s Bjelovaru, GŽ- 1896/73., PSP 5/1974-149.

³⁰ Stajalište s XVI. koordinacijskog sastanka delegacija viših privrednih sudova i privrednih odjeljenja vrhovnih sudova republika i pokrajina, održanog 6-8. travnja 1983. god. u N. Sadu.

³¹ Vidi odluku VSH, GŽ- 596/80. od 27. kolovoza 1980., PSP- 18/132.

³² Prema stajalištu sudske prakse, za ocjenu postojanja bolesti kao opravdanog razloga za propuštanje nije sama za sebe odlučujuća priroda bolesti, već je li stranka mogla pristupiti na ročište, a da svojim dolaskom ne ugrozi zdravlje. ŽS u Zagrebu, GŽ- 4483/97. od 19. listopada 1999., PSP 2000-8-100.

³³ Usp. odluku VSSr., GŽ- 4551/62.

³⁴ Tako i Vrhovni sud Jugoslavije u odluci Rev-108/67.

tuženika nakon primitka prvostupanjske presude nije mogao stupiti u kontakt s tuženikom, **ne predstavlja opravdan razlog** za propuštanje roka;³⁵ odsutnost s posla jednoga od više zamjenika državnog odvjetnika (javnog pravobranitelja) i preopterećenost poslom ostalih zamjenika ne predstavlja objektivnu spriječenost za poduzimanje parničnih radnji u smislu čl. 117. ZPP-a, pa se stoga ne može smatrati opravdanim razlogom zbog kojega se može dopustiti povrat u prijašnje stanje;³⁶ ni subjektivni razlozi koje je stranka skrivila ne mogu biti opravdanim razlogom za povrat u prijašnje stanje;³⁷ ako stranka propusti ročište zbog toga što je nepravovremeno dostavila spis svom punomoćniku, to nije opravdan razlog za propuštanje;³⁸ propuštanje roka za žalbu do kojega je došlo samo zbog toga što između punomoćnika stranke koji je odvjetnik i same stranke nije mogao biti ostvaren kontakt radi dogovora o tome, ne predstavlja opravdan razlog propuštanja zbog kojeg bi se mogao dopustiti povrat u prijašnje stanje,³⁹ jer kad je riječ o komunikaciji između stranaka u svezi s dostavom podnesaka vezanih uz prekluzivni rok, tužitelj treba u pravu provjeriti je li njegov punomoćnik poruku uredno primio;⁴⁰ propuštanje stranke da obavijesti sud o promjeni adrese nije opravdani razlog pa ne može biti ni razlogom za povrat u prijašnje stanje, ako je sud daljnju dostavu vršio pribijanjem pismena na oglasnoj tabli;⁴¹ ako stranka propusti ročište jer nije stigla izabrati odvjetnika koji će je zastupati na ročištu,⁴² odnosno ako stranka propusti ročište zbog toga što nije pravodobno dostavila spis svom punomoćniku, to nije opravdan razlog za propuštanje.⁴³ Nije opravdan razlog za propuštanje roka godišnji dopust punomoćnika stranke;⁴⁴ smrtni slučaj daljnjeg rođaka punomoćnika;⁴⁵ radna nesposobnost jednog od više punomoćnika stranke.⁴⁶ Usto, nije opravdan razlog za dopuštanje povrata u prijašnje stanje ako je rok za žalbu propušten omaškom ekspeditora pisarnice državnog organa.⁴⁷ Propusti samih radnika parnične stranke ne mogu biti opravdan razlog za povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog roka jer su subjektivne prirode i njihovo uzimanje

³⁵ U tom je smislu odluka ŽS u Koprivnici, Gž- 768/98. od 22. listopada 1998., IO- 1/99-147.

³⁶ Vidi odluku Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine (dalje – VS BiH), Rev- 192/82. od 21. srpnja 1982. god., JANKOVIĆ, str. 167.

³⁷ Usp. VS BiH, Pž- 472/81. od 8. prosinca 1981. god., JANKOVIĆ, str. 167.

³⁸ Tako VSH, Pž- 809/80. od 3. lipnja 1980. god., PSP- 18/219.

³⁹ Vidi odluku VS BiH, Gž- 171/79. od 15. ožujka 1979. god., JANKOVIĆ, str. 166.

⁴⁰ U tom je smislu odluka Trgovačkog suda (dalje – TS) u Osijeku, P- 929/95. od 20. prosinca 1996. god.

⁴¹ Tako Vrhovni sud Kosova u odluci Gž- 39/73. od 30. ožujka 1973., JANKOVIĆ, str. 165.

⁴² Vidi odluku ŽS u Zagrebu, Gž- 1401/99. od 18. travnja 2000., PSP 2000-8-100.

⁴³ U tom je smislu stajalište Višeg privrednog suda Hrvatske (dalje - VPSH), Pž- 809/80. od 3. lipnja 1980., JANKOVIĆ, str. 166.

⁴⁴ Usp. odluku VSH, Gž- 3742/75. od 13. studenoga 1975., PSP- 9/76

⁴⁵ Tako i VSH, u odluci Gž- 4194/75. od 4. studenoga 1975., PSP- 9/7.

⁴⁶ Usp. odluku ŽS u Zagrebu, Gž- 10613/99, PSP 2000-8-34.

⁴⁷ Vidi odluku Vrhovnog vojnog suda, br. 69/77. od 15. travnja 1977., JANKOVIĆ, str. 166.

⁴⁸ Usp. odluku VS BiH, Pž- 110/87. od 21. listopada 1987., podatak kod RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Praktikum za parnicu*, Beograd, 1989., str. 69.

u obzir dovelo bi u pitanje pravnu sigurnost subjekata u ostvarivanju sudske zaštite.⁴⁸ Ni okolnost da se stranka za vrijeme žalbenog roka nalazila na liječenju u bolnici, a u parnici je zastupao odvjetnik, ne predstavlja opravdani razlog za propuštanje roka za izjavljivanje žalbe.⁴⁹ Nepoznavanje propisa također nije opravdan razlog za propuštanje roka,⁵⁰ kao ni okolnost da je supruga tuženika zaboravila obavijestiti ga o primljenom pozivu za ročište.⁵¹

2.5. da stranka izričito **predloži** da joj se dopusti naknadno izvršenje propuštene procesne radnje.

Povrat u prijašnje stanje u parničnom postupku dopušta se samo na prijedlog zainteresirane stranke, a ne po službenoj dužnosti.⁵²

Usto, da bi se mogao dopustiti povrat u prijašnje stanje, potrebno je da se ispune **još dva uvjeta**, o kojima će više riječi biti u nastavku rada. Kao prvo, potrebno je da je povrat zatražen u zakonskom roku. Drugo, ZPP ne smije izričito isključivati dopustivost povrata u prijašnje stanje.⁵³

Priznanje ili pristanak protivne stranke da se dopusti povrat u prijašnje stanje bez značenja su jer dispozicija stranaka nije pravno relevantna,⁵⁴ i ne oslobađa sud dužnosti da ispita postoje li svi potrebni uvjeti za povrat.

3. Kad se dopusti povrat u prijašnje stanje, parnica se **vraća u ono stanje u kojem se nalazila prije propuštanja i ukidaju se sve odluke** koje je sud zbog propuštanja donio (ZPP, čl. 117. st. 3.).

Odluka suda o dopuštanju povrata ima konstitutivno značenje - parnica se "vraća" u stanje u kome se nalazila prije propuštanja, a odluke koje je sud donio nakon propuštanja ukidaju se po sili zakona.⁵⁵ Tako kada je povrat dopušten zbog propuštanja roka, propuštena parnična radnja smatra se pravovremenom, a kad je on dopušten zbog propuštanja ročišta, ono će se ponovno održati.⁵⁶

⁴⁹ Vidi odluku VSH, Gž- 4468/75. od 15. siječnja 1976. god., PSP- 9/76.; te OS u Zagrebu, Gž- 6128/84. od 23. listopada 1984., Izv., podatak kod CRNIĆ, I., *Parnični postupak u praksi – primjeri, sudska praksa, objašnjenja*, Zagreb, 1998., str. 136

⁵⁰ Tako VSH, Rev- 549/88. od 5. listopada 1988., PSP- 46/140.

⁵¹ Vidi odluku ŽS u Zagrebu, Gž- 5666/97. od 29. studenoga 1998., PSP- 8/99-24.

⁵² U tom je smislu odluka VPSSr., Pž- 738/82., objavljena kod KRSMANOVIĆ, T. – BOGDANOVIĆ, Ž., *Najnovija sudska praksa iz parničnog postupka*, Beograd, 1999., str. 91.

⁵³ ZPP izričito isključuje dopustivost povrata: ako je propušten rok za podnošenje prijedloga da se dopusti povrat u prijašnje stanje; ili ako je propušteno ročište određeno u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje (ZPP, čl. 119.), te ako se propuštanje stranke može pripisati bitnoj povredi postupka zbog koje se može izjaviti pravni lijek (ZPP, čl. 117. st. 2.).

⁵⁴ Usp. TRIVA, str. 313.

⁵⁵ Tako POZNIĆ, str. 172.; TRIVA, str. 313.; ČALIJA, B., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 1986., str. 396.

⁵⁶ Vidi GRBIN, I., *Parnične radnje stranaka*, rad u zborniku "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse", Opatija-Zagreb, 1999.-2000., str. 341.

Kad je na ročištu s kojega je stranka izostala donesena presuda ili rješenje o mirovanju postupka, ako se dopusti povrat u prijašnje stanje, te se odluke ukidaju.⁵⁷

4. Odredbom čl. 58. Novele u čl. 117. ZPP-a iza stavka 1. dodan je novi stavak 2. prema kojemu **povrat u prijašnje stanje nije dopušten ako se propuštanje stranke može pripisati bitnoj povredi postupka zbog koje se može izjaviti pravni lijek** (ZPP, čl. 117. st. 2.). Dopuna članka 117. stavkom 2. predviđena je radi jasnog razgraničenja između razloga za povrat u prijašnje stanje i onih za pravne lijekove, u prvom redu za žalbu. Predlagatelj je držao da se povrat u prijašnje stanje može tražiti zbog propuštanja do kojih je došlo zbog razloga koji su se dogodili stranci, ali ako je do propuštanja stranke došlo zbog greške suda, tada je posljedice toga propuštanja potrebno sanirati pravnim lijekovima u povodu kojih će viši sud sankcionirati grešku nižeg suda, ostvarujući pritom kontrolu njegova postupanja i utječući time na zakonitu primjenu procesnoga prava.⁵⁸

U tom smislu, prema stajalištu sudske prakse, okolnost da je stranka izostala s ročišta zbog toga što nije primila poziv, ne predstavlja razlog za povrat u prijašnje stanje, već može predstavljati samo razlog za žalbu (protiv presude zbog izostanka).⁵⁹ Naime, razlog za povrat u prijašnje stanje čini događaj koji je stranku spriječio da pristupi ročištu ili učini u propisanom roku određenu radnju u postupku i zbog toga izgubi pravo na poduzimanje te radnje, a takav razlog ne može biti povreda postupka koju je učinio sud u vidu nepravilnog dostavljanja.⁶⁰ Ako bi sud prijedlog za povrat u prijašnje stanje usvojio, iako se radi o bitnoj povredi odredaba parničnog postupka zbog koje se može izjaviti pravni lijek, tada bi bila dopuštena žalba protiv rješenja kojim se taj prijedlog usvojio.⁶¹

⁵⁷ Usp. JANKOVIĆ, str. 164.

⁵⁸ Vidi *Obrazloženje pojedinih odredaba Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku*, str. 98.

⁵⁹ Takvo je stajalište zauzeo i ŽS u Zagrebu, Gž- 7622/98. od 16. studenoga 1999., PSP 8/2000-33.; VS BiH, Pž- 457/89. od 22. ožujka 1990., Bilten VS BiH, br. 2/90.; VS BiH, Pž- 827/89. od 18. listopada 1990., objavljena kod POROBIĆ, M. – POROBIĆ, V. – POROBIĆ, J., *Zakoni o parničnom postupku (Federacija BiH, Republika Srpska i Brčko Distrikt BiH) sa komentarom i sudskom praksom*, Sarajevo, 2004., (dalje – POROBIĆ), str. 741.; VS BiH, Pž- 379/88. od 31. svibnja 1989., Bilten VS BiH, br. 2/89.

⁶⁰ Vidi odluku OS u Osijeku, Gž- 1359/86. od 22. svibnja 1986., PSP- 31/88.

⁶¹ Tako i podrobnije o nekim posebnostima povrata u prijašnje stanje u radnim sporovima kod GOVIĆ, I., *Odras Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku na rokove u radnom pravu*, «Pravo i porezi», god. XII, 2003., br. 7, str. 45.-46.

III. Nadležnost i rokovi za odlučivanje o prijedlogu za upis

1. Prijedlog za povrat u prijašnje stanje **podnosi se** sudu kod kojega je trebalo obaviti propuštenu radnju (ZPP, čl. 118. st. 1.).

Parnične radnje stranaka u pravilu se poduzimaju kod prvostupanjskog suda. Prvostupanjskom sudu podnose se i pravni lijekovi o kojima odlučuje viši sud (v. ZPP, čl. 357.). Zato se prijedlog za povrat u prijašnje stanje u pisanom obliku podnosi prvostupanjskom sudu koji i odlučuje o prijedlogu, jer prijedlog za povrat u prijašnje stanje je remonstrativno pravno sredstvo.

U prijedlogu se mora navesti razlog propuštanja, a ako se ne radi o općepoznatoj činjenici, moraju se predložiti i odgovarajući dokazi (npr. liječničko uvjerenje o bolesti).

2. Odredbama st. 2.-4. čl. 118. ZPP-a uređen je režim **zakonskih rokova** za podnošenje prijedloga za povrat u prijašnje stanje.

Pravo na podnošenje prijedloga za povrat vezano je uz subjektivni i objektivni rok.

2.1. Što se subjektivnoga roka tiče, prijedlog se mora podnijeti u **roku od petnaest dana**, računajući od dana kad je prestao razlog koji je uzrokovao propuštanje, a ako je stranka tek kasnije saznala za propuštanje - od dana kad je za to saznala (ZPP, čl. 118. st. 2.).⁶²

Odredbom čl. 59. Novele, u čl. 118. ZPP-a iza st. 2. dodan je novi st. 3. prema kojemu u slučaju da je stranka u pozivu za poduzimanje neke parnične radnje ili **u pozivu za ročište bila upozorena na posljedice propuštanja, smatrat će se da je saznala za propuštanje onoga dana kojega je istekao rok u kojemu je radnju trebala poduzeti, odnosno onoga dana kojega je održano ročište na koje je pozvana (ZPP, čl. 118. st. 3.).**⁶³ Kao što predlagatelj tvrdi, dopunom članka 118. predloženom odredbom stavka 3. nastoji se korigirati praksa po kojoj se rok za povrat u prijašnje stanje računao tek od dana kad bi stranci bila dostavljena odluka donesena u povodu propuštanja, jer se uzimalo da je tek tada saznala za posljedice propuštanja. Utvrđeno je da je takva praksa pridonosila bitnom odugovlačenju postupka i slabljenju procesne stege.⁶⁴ Unošenjem predložene zakonske predmnjeve o saznanju

⁶² Prema stajalištu sudske prakse, "kad je protiv tuženika donesena presuda zbog izostanka, kao dan saznanja za propuštanje ročišta uzima se najkasnije dan kad je tuženiku dostavljena presuda zbog izostanka" (VSH, Gž- 2955/78. od 26. rujna 1978. god., JANKOVIĆ, str. 168.). Isto tako, "rok za podnošenje prijedloga za povrat u prijašnje stanje računa se od dana primitka odluke koju je sud radi propuštanja donio, a ne od dana propuštanja" (Općinski sud u Titogradu, P- 1736/76. od 5. srpnja 1977. god.).

⁶³ Odredba st. 3. čl. 118. ZPP-a primjenjuje se u slučajevima kad je poziv stranci dostavljen nakon 1. prosinca 2003.

⁶⁴ Usp. *Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteći*, str. 7.

za propuštanje nastoji se prisiliti stranku da bitno prije reagira u povodu propuštanja, što bi svakako trebalo pridonijeti ubrzanju procedure, smanjenju mogućnost evazivnih i dilatornih postupanja, te općem povećanju efikasnosti postupka.⁶⁵

U tom smislu treba napomenuti da se **do stupanja na snagu Novele** subjektivni rok za povrat u prijašnje stanje protiv **presude zbog izostanka** računao od dana dostave presude,⁶⁶ a ne od dana njezina izricanja, jer je tuženik tek od tog trenutka saznao za posljedice propuštanja ročišta.⁶⁷ Naime, iako se u u čl. 118. st. 2. ZPP-a govori o "saznanju za propuštanje", u judikaturi je upravo kod presude zbog izostanka bilo uvriježeno da se početak subjektivnog roka računa od "dana saznanja za pravne posljedice propuštanja". Takvo stajalište imalo je ozbiljne implikacije, a opravdavalo se time da je tuženik, doduše, (sa)znao za propuštanje roka ili ročišta već onoga dana kad ga je propustio, ali to saznanje nije sadržavalo i znanje o gubitku prava na novote u žalbi, jer do te posljedice dolazi samo nakon donošenja presude zbog izostanka.⁶⁸ Stupanjem na snagu Novele došlo je do **izmjene** odredbe čl. 284. ZPP-a na način da sud, ako smatra da se na temelju tužbe može dalje postupati, prema odredbama st. 1. izmijenjenoga čl. 284. ZPP-a, treba narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku radi podnošenja pisanog odgovora na tužbu. Sud je dužan u pozivu **upozoriti tuženika na pravne posljedice** nedavanja odgovora na tužbu u predviđenom roku. Poziv nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na posljedice propuštanja,⁶⁹ odnosno da u određenom roku iz čl. 285. st. 2. ZPP-a odgovori na tužbu, ili se u suprotnom protiv njega donosi presuda zbog ogluhe.⁷⁰ Usto, u iznimnoj situaciji kada tuženiku nije dostavljena tužba na odgovor već mu je samo dostavljena s pozivom za ročište, i dalje je moguće donošenje presude zbog izostanka (arg. iz novoga čl. 332. st. 1. ZPP-a). Sud je inače dužan u pozivu osobito upozoriti na zakonske posljedice izostanka s ročišta (ZPP, čl. 114., st. 4.).

⁶⁵ Vidi Obrazloženje pojedinih odredaba Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, str. 98.)

⁶⁶ "Rok za povrat u prijašnje stanje protiv presude donesene zbog izostanka računa se od dana dostave presude, a ne od njenog izricanja". Vrhovni sud Vojvodine (dalje – VSV), Gž-891/58., «Glasnik», br. 7/59.

⁶⁷ Usp. HRVATIN, o. c., str. 19. I prema stajalištu sudske prakse, kad je protiv tuženika donesena presuda zbog izostanka, kao dan saznanja za propuštanje ročišta uzima se najkasnije dan kad je tuženiku dostavljena presuda zbog izostanka (VSH, Gž- 2955/78, od 26. IX 1978., JANKOVIĆ, str. 168.); kad tuženik popusti ročište i bude donesena presuda zbog izostanka, rok za podnošenje prijedloga za povrat u prijašnje stanje teče od dana dostavljanja presude tuženiku, jer je on od tog dana doznao za posljedice propuštanja ročišta (VSH, Gž-1612/74 od 8. V. 1974. i Gž-1877/74 od 21. V. 1974., JANKOVIĆ, str. 165.).

⁶⁸ Tako TRIVA, str. 313. U tom smislu i odluka VS BiH, Gž- 1439/67, objavljena u ZSO, 1/68, str. 179.

⁶⁹ U judikaturi je neprijeporno da poziv nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na posljedice izostanka i propuštanja. U tom je smislu i Vrhovni sud Slovenije zauzeo stajalište da "sodba zaradi izostanka tudi ni mogoča, če vabilo na narok ni redno; redno pa med drugim ni, če v njem posledice izostanka niso napovedene" (VS Slovenije, Pž-518/63, objavljena u Poročilu o sodni praksi VS SRS, civilno pravo, zv.1963/II, str. 23., št. 19.), te da "če v vabilu na narok

I presuda zbog izostanka može se donijeti samo ako je, među ostalim, tuženik bio uredno pozvan, a poziv tuženiku za pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na moguće posljedice njegovog izostanka (ZPP, čl. 332.).⁷¹ Kako je razvidno da bez upozorenja tuženika na pravne posljedice nedavanja odgovora na tužbu u predviđenom roku, odnosno na posljedice izostanka s ročišta, nije moguće valjano donošenje presude zbog ogluhe i presude zbog izostanka, možemo zaključiti da se nakon stupanja na snagu Novele, u smislu nove odredbe st. 3. čl. 118. ZPP-a, početak subjektivnog roka za ponošenje prijedloga za povrat u prijašnje stanje računa od **dana isteka roka u kojemu je tuženik trebao podnijeti odgovor na tužbu, odnosno od dana održavanja (pripremnog ili prvog) ročišta s kojega je izostao.**

2.2. Što se objektivnog roka tiče, nakon proteka tri mjeseca od dana propuštanja ne može se tražiti povrat u prijašnje stanje (ZPP, čl. 118. st. 4.).

Iznimno od ove odredbe st. 4. čl. 118. ZPP-a, u postupku pred trgovačkim sudovima objektivni rok za podnošenje prijedloga za povrat u prijašnje stanje iznosi trideset dana (v. ZPP, čl. 500. st. 1.).

Objektivni rok računa se uvijek od dana propuštanja. Nakon proteka objektivnog roka povrat u prijašnje stanje ne može se više tražiti.

Ako je prijedlog podnesen nakon proteka subjektivnoga ili objektivnog roka iz čl. 118. ZPP-a, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća odbacit će ga rješenjem kao nepravovremenog (arg. ZPP, čl. 121. st. 1.).

3. Ako se povrat u prijašnje stanje predlaže zbog propuštanja roka, predlagač je dužan istovremeno s podnošenjem prijedloga obaviti i propuštenu radnju (ZPP, čl. 118. st. 5.).

Rokovi su predviđeni za poduzimanje pisanih radnji stranaka. Stoga je u st. 5. predviđeno da je stranka istovremeno s prijedlogom za povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja roka, dužna izvršiti i propuštenu radnju. Primjerice, ako je propušten rok za žalbu, istovremeno s prijedlogom za povrat u prijašnje stanje podnijet će se i žalba. Prema stajalištu sudske prakse, smatra se da je podnositelj prijedloga za povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja roka za žalbu obavio propuštenu radnju ako je u podnesku koji je označen kao prijedlog za povrat u prijašnje stanje naveo

ni opozorila na posledice izostanka, sodišće ne more izdati sodbe zaradi izostanka, čeprav sicer obstajajo drugi pogoji iz 332. čl. ZPP" (VS LR Sl., Pž-504/62., objavljena u Poročilu o sodni praksi VS LRS, civilno pravo, zvezek 1962/II, str. 75., št. 71.).

⁷⁰ Vidi potanje kod ČIZMIĆ, J., *O dostavi tužbe na odgovor i presudi zbog ogluhe u svjetlu Novele ZPP-a*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", (1991.) v. 24, 2003., br. 1, str. 413.-466.

⁷¹ Osobit značaj ima upozorenje tuženiku u pozivu na pripremno ročište da će sud, ako izostane a prethodno ne ospori tužbeni zahtjev, odlučiti na podlozi tužiteljevih činjeničnih tvrdnji i usvojiti zahtjev koji se pokazuje kao osnovan. POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1982., str. 167.

sve elemente koje žalba mora sadržavati.⁷² Radnja će se držati poduzetom samo pod uvjetom da sud prihvati prijedlog za povrat.⁷³

Ako uz prijedlog nije priložen podnesak koji sadrži propuštenu parničnu radnju, takav bi podnesak sud morao vratiti radi dopune (arg. ZPP, čl. 109. st. 1.).

IV. *Restitutio restitutionis non datur*

Sud neće dopustiti povrat u prijašnje stanje ako je **propušten rok za stavljanje prijedloga da se dopusti povrat** u prijašnje stanje ili ako je propušteno ročište određeno u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje (ZPP, čl. 119.).⁷⁴ Odredba čl. 119. ZPP-a odraz je načela *restitutio restitutionis non datur*.

Spomenutom odredbom se, naime, isključuje mogućnost da stranka traži povrat u prijašnje stanje zbog toga što je propustila rok za stavljanje prijedloga da se dopusti povrat u prijašnje stanje ili ako je propustila ročište određeno u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje, jer bi se u suprotnom postupak mogao produžavati u nedogled. Bez ovako formulirane odredbe postojala bi mogućnost da se unaprijed neodređeni broj puta dovodi u pitanje pravomoćnost sudskih odluka.⁷⁵ S druge strane, smisao ove odredbe je u tome da se ne može zahtijevati povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog ročišta određenog povodom prijedloga za povrat u prijašnje stanje, ali se ne može ovaj propis shvatiti tako da je ovim propuštanjem postao neutemeljen ili nedopušten sam prijedlog za povrat u prijašnje stanje o kojem se raspravlja na ročištu s kojeg je predlagatelj izostao,⁷⁶ jer je sud i pored toga dužan ocijeniti opravdanost razloga za povrat iznesenih u prijedlogu i o tome donijeti odluku.⁷⁷

Treba napomenuti da je u ZPP-u odnedavno predviđen još jedan razlog zbog kojega se ne bi mogao dopustiti povrat u prijašnje stanje. Vidjeli smo da je odredbom čl. 58. Novele u čl. 117. ZPP-a iza stavka 1. dodan je novi stavak 2. prema kojemu povrat u prijašnje stanje nije dopušten ako se propuštanje stranke može pripisati bitnoj povredi postupka zbog koje se može izjaviti pravni lijek.

Prilikom eventualnih budućih reformi odredbi čl. 119. ZPP-a možda bi trebalo imati u vidu i odredbe čl. 330. Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine («Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine», br. 53/03., dalje

⁷² U tom je smislu odluka Suda udruženog rada Hrvatske, SŽ- 5040/83. od 25. travnja 1984., Zbornik sudske prakse SURH, Zagreb, 1986., str. 668/1186.

⁷³ Triva drži da ovo pravilo predstavlja relikv načela eventualnosti, te da je rezultat težnje za ostvarenje ekonomičnosti. TRIVA, str. 155. i 313.

⁷⁴ Prema stajalištu Suda udruženog rada BiH, neće se dopustiti povrat u prijašnje stanje ako sudionik u postupku propusti ročište određeno povodom podnesenog prijedloga za povrat" (SurBiH, ž- 1492/78. od 4. lipnja 1980., JANKOVIĆ, str. 169.).

⁷⁵ STAROVIĆ, B. – KEĆA, R., o. c., str. 206.

⁷⁶ Vidi odluku VS BiH, Gvl- 9/80. od 20. ožujka 1980., JANKOVIĆ, str. 169.

⁷⁷ Usp. odluku OS u Zagrebu, GŽ- 6516/86. od 11. studenoga 1986., PSP 35/161.

– **FZPP**),^{78,79} koji je u cijelosti preuzeo odredbu čl. 108. prethodnog Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine Federacije BiH”, broj 42/98, dalje – **SFZPP**),⁸⁰ a kojima se redefinirao sadržaj odredbe čl. 119. preuzetoga Zakona o parničnom postupku bivše SFR Jugoslavije («Službene novine FBiH», br. 42/98. i 3/99., dalje - **SJZPP**),⁸¹ koja je opet po svom sadržaju (bila) identična odredbi ZPP-a. Naime, odredbom čl. 108. SFZPP-a, a takvo je rješenje u potpunosti prihvaćeno i u odredbi čl. 330. sada važećeg FZPP-a, predviđalo se da se “ne može **zahtijevati**” povrat u prijašnje stanje ako je propušten rok za stavljanje prijedloga da se dopusti povrat u prijašnje stanje ili ako je propušteno ročište određeno u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje, dok je u odredbi čl. 119. SFZPP-a bilo određeno da se “**neće dopustiti** povrat u prijašnje stanje...”. Držalo se da je prvi dio odredbe čl. 119. SFZPP-a, «ako je propušten rok za stavljanje prijedloga da se dopusti povrat u prijašnje stanje», potpuno jasan, dok je drugi dio, koji se odnosi na ročište, pogrešno shvaćan u praksi, pa je prijedlog za povrat u prijašnje stanje odbijan ako stranka koja ga je podnijela, ne bi došla na ročište. Dakle, pogrešno se smatralo da je dolazak na ročište

⁷⁸ Držimo značajnim napomenuti da se izradi Zakona o parničnom postupku pristupilo istovremeno u oba entiteta u Bosni i Hercegovini, s tim što su radnu verziju pojedinih zakona sačinile posebne radne grupe u entitetima, uz izravno sudjelovanje predstavnika Neovisne pravosudne komisije i američke organizacije ABACILLI, te da je u konačno ponuđenom tekstu u entitetima postignut visok stupanj harmonizacije. Podrobnije o tome kod ALEKSIĆ, R., *Novine u Nacrtu ZPP Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, Zbornik radova s međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, održanog u Neumu od 6.-8. lipnja 2003., Mostar, 2003., str. 347.-390.

⁷⁹ Detaljnije o tome kod OMANOVIĆ, S., *Draft novog Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine s komentarom*, Sarajevo, 2003., str. 140.-142.

⁸⁰ Podrobnije o tome kod KODEK, G. E., *Komentar o Nacrtu Zakona o građanskom postupku Federacije BiH*, rad u zborniku “Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije”, Sarajevo, 1998., ZELIĆ, P., *Zakon o parničnom postupku - prikaz sa uvodnim objašnjenjima*, rad u zborniku radova “Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije”, Sarajevo, 1998., DEMAJO, G. C., *Komentar na Nacrt Zakona o parničnom postupku Federacije*, rad u zborniku radova “Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije BiH”, Sarajevo, 1998., ČIZMIĆ, J., *Novo građansko procesno pravo Federacije Bosne i Hercegovine*, “Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu”, vol. 50, 2000., br. 1-2, str. 143-181.

⁸¹ Treba se podsjetiti kako je nakon osamostaljenja, na temelju Amandmana LI točka 5. stavak 3. na Ustav BiH, Predsjedništvo BiH, na prijedlog Vlade BiH, donijelo vrlo bitnu Uredbu - Uredbu sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u BiH primjenjuju kao republički zakoni («Službeni list BiH», br. 2/92 od 11. travnja 1992. godine). Tako je preuzet i primjenjivao se u BiH kao republički zakon i spomenuti Zakonom o parničnom postupku bivše SFR Jugoslavije. Odredbe preuzetog Zakona o parničnom postupku doživjele su ponajviše terminološke izmjene, sukladno izmjenama društvenoga i političkog sustava. Treba napomenuti da je za područje ex HR H-B donesen Zakon o preuzimanju Zakona o parničnom postupku, kao zakona HRHB («Narodni list HR H-B», br. 26/95), koji isto tako nije predvidio nekakve suštinske izmjene.

podnositelja prijedloga uvjet dopuštanja povrata u prijašnje stanje, a takvo rješenje proturiječi i ostalim odredbama (S)FZPP-a o povratu. Naime, propuštanje ročišta zakazanog u povodu prijedloga, od bilo koje stranke, nije uvjet njegova održavanja pa ni dopuštanja povrata, jer se takvo ročište može održati i sa samo jednom strankom. Ova odredba zabranjuje samo povrat propuštenog ročišta i ta se zabrana odnosi na obje stranke u postupku.⁸² Drugim riječima, ročište određeno povodom prijedloga za povrat u prijašnje stanje može se održati u odsutnosti predlagatelja i sud može dopustiti povrat u prijašnje stanje ako na temelju dokaza utvrdi da je propuštanje nastalo iz opravdanih razloga. Međutim, ako stranka uz prijedlog nije podnijela dokaze, a izostane s ročišta povodom prijedloga i prijedlog bude odbijen, ne može zbog propuštanja ročišta tražiti povrat u prijašnje stanje, bez obzira na razloge zbog kojih je to ročište propustila.⁸³ U tom smislu i sudska praksa je mišljenja da se ne može odbiti niti odbaciti prijedlog za povrat u prijašnje stanje samo stoga što je predlagatelj propustio pristupiti na ročište zakazano radi raspravljanja o prijedlogu.⁸⁴ Dakle, izostanak predlagatelja s ročišta određenog u povodu njegova prijedloga za povrat u prijašnje stanje nije samo po sebi razlog za odbijanje prijedloga,⁸⁵ odnosno nije samo po sebi razlog da sud ne dopusti povrat u prijašnje stanje,⁸⁶ nego je sud dužan ocijeniti navode stranke o opravdanosti prijedloga,⁸⁷ i odlučiti o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje.⁸⁸ Samo ako bi stranka tražila da se dopusti povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog ročišta određenog u povodu podnesenog prijedloga za povrat u prijašnje stanje, tada sud na temelju te zakonske odredbe ne bi mogao taj povrat dopustiti.⁸⁹

Nedopušteni prijedlog za povrat u prijašnje stanje sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća trebao bi odbaciti rješenjem (arg. ZPP, čl. 121. st. 1.).

V. Prekid postupka zbog prijedloga za povrat u prijašnje stanje

1. Prijedlog za povrat u prijašnje stanje, u pravilu, ne utječe na tijek parnice, ali sud može odlučiti da se **postupak prekine** do pravomoćnosti rješenja o prijedlogu (ZPP, čl. 120. st. 1.).

Odredbama čl. 120. st. 1. ZPP-a predviđa se, dakle, mogućnost prekida postupka do pravomoćnosti rješenja o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje. Pri

⁸² Tako ZELIĆ, P., *Zakon o parničnom postupku - prikaz sa uvodnim objašnjenjima*, rad u zborniku radova "Nova rješenja u Zakonu o parničnom postupku i Zakonu o ovršnom postupku Federacije", Sarajevo, 1998., str. 8.

⁸³ Usp. JANKOVIĆ, str. 169.

⁸⁴ Tako Vs BiH, u odluci Pž- 302/98. od 9. veljače 1998.

⁸⁵ Vidi odluku Visokog trgovačkog suda Hrvatske (dalje – VTSH), Pž- 1948/94. od 21. lipnja 1994. god., Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova, br. 2/94-88.

⁸⁶ Tako ŽS u Rijeci, u odluci Gž- 539/98. od 15. travnja 1998., IO 1/98-157.

⁸⁷ Vidi odluku VS Crne Gore, Pž- 163/79., JANKOVIĆ, str. 169.

⁸⁸ Usp. odluku PSH, Pž- 2251/91. od 15. listopada 1991., Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova, br. 1/94-189.

⁸⁹ Tako ŽS u Rijeci, u odluci Gž- 539/98. od 15. travnja 1998.

tome nisu određeni uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi sud donio odluku o prekidu postupka, ni kriteriji za ocjenu utemeljenosti prekida postupka, niti se upućuje na odredbe drugoga članka ZPP-a koje bi sud morao uzeti u obzir prilikom odlučivanja o prekidu. U pravnoj teoriji drži se da bi se za određivanje prekida trebala kumulativno ispuniti tri uvjeta: postojanje opasnosti da će se bez prekida osujetiti svrha povrata; vjerojatnost da će prijedlog za povrat u prijašnje stanje biti usvojen; nenastupanje znatne štete predlagateljovom protivniku.⁹⁰ Pri odlučivanju sud bi trebao imati u vidu i to bi li i kakve bi posljedice mogle nastati za stranke ako se postupak ne prekine do pravomoćnosti rješenja o prijedlogu, odnosno ako se postupak nastavi. To zavisi i od faze u kojoj se postupak nalazi i od toga koja je radnja propuštena, odnosno kakve posljedice nastaju za predlagatelja zbog te radnje.⁹¹

Odluku o prekidu u glavnoj stvari sud može donijeti na prijedlog stranke, ali i po službenoj dužnosti.

Postupak u glavnoj stvari nastaviti će se kad rješenje o prijedlogu postane pravomoćno.

U praksi se ovaj članak rijetko primjenjuje jer postupak po prijedlogu u pravilu kratko traje, pa nema potrebe prekidati postupak.⁹²

2. Ako je sud donio odluku da se postupak prekine, a pred višim je sudom u tijeku postupak u povodu žalbe, **o toj odluci treba obavijestiti viši sud** (ZPP, čl. 120. st. 2.).

Naime, kada se predmet nalazi kod višeg suda po žalbi protivne stranke, a prijedlog se odnosi na povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja roka za žalbu, svrsishodno je prekinuti postupak do pravomoćnosti rješenja o prijedlogu da bi viši sud mogao odlučivati istovremeno o oba pravna lijeka, ako se prijedlog za povrat u prijašnje stanje usvoji.

Kad viši sud od prvostupanjskoga suda primi obavijest o prekidu postupka, trebao bi zastati s rješavanjem o pravnom lijeku dok odluka po prijedlogu za povrat u prijašnje stanje ne postane pravomoćna.

VI. Odlučivanje o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje

1. Nepravodobne i nedopuštene prijedloge za povrat u prijašnje stanje **odbaciti će sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća** rješenjem (ZPP, čl. 121. st. 1.). Kad sud, pak, ocijeni da se nisu ostvarile pretpostavke za povrat u prijašnje stanje, **odbiti će**

⁹⁰ Usp. ZUGLIA, S. - TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 271.

⁹¹ Vidi JANKOVIĆ, str. 170.

⁹² JURIC, I., *Zakon o parničnom postupku – pročišćeni tekst sa komentarom i sudskom praksom*, Zagreb, 2004., str. 162.

a ne odbaciti prijedlog za takav povrat u prijašnje stanje.⁹³

Odredba čl. 121. st. 1. ZPP-a izmijenjena je odredbom čl. 60. Novele na način da su se u čl. 121. stavku 1. iza riječi: “će”, dodale riječi: “sudac pojedinac, odnosno”. Naime, izmjena stavka 1. članka 121. uvjetovana je uvođenjem načela monokratskog suđenja u parničnom postupku, kojim, međutim, nije u cijelosti isključena mogućnost kolegijalnog odlučivanja, zbog čega je bilo nužno izrijeком naglasiti da određene ovlasti u postupku, uz suca pojedinca, ima i predsjednik vijeća (a ne cijelo vijeće).⁹⁴

Prijedlog za povrat u prijašnje stanje je **nepravovremen** ako je podnesen nakon proteka subjektivnog roka, računajući od dana kada je prestao razlog koji je prouzročio propuštanje, ili ako je podnesen nakon proteka objektivnog roka od tri mjeseca od trenutka propuštanja, bez obzira je li i kada je prestao razlog propuštanja. Prijedlog za povrat u prijašnje stanje je **nedopušten** ako stranka zbog propuštanja roka ili ročišta nije izgubila mogućnost da u kasnijoj fazi postupka poduzme propuštenu parničnu radnju.⁹⁵

Nepravovremene, odnosno nedopuštene prijedloge odbacit će sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća bez održavanja ročišta, ali sud to može učiniti i na ročištu ako je prethodno potrebno da se na ročištu utvrde činjenice od kojih zavisi pravovremenost, odnosno dopuštenost prijedloga.

Kad će se prijedlog za povrat u prijašnje stanje smatrati nepravodobnim, odnosno nedopuštenim, trebalo bi ocjenjivati shodnom primjenom zakonskih odredaba o nepravodobnoj odnosno nedopuštenoj žalbi (ZPP, čl. 358. st. 2. i 3.).⁹⁶

Sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća ovlašten je odbaciti nepravovremen i nedopušten prijedlog za povrat u prijašnje stanje bez održavanja ročišta.⁹⁷ Ali, ako je prijedlog pravovremen i dopušten, sud (sudac pojedinac odnosno vijeće u onima sporovima u kojima je za suđenje vijeće nadležno) ne može odbiti prijedlog ako prethodno nije održano ročište radi raspravljanja o prijedlogu.⁹⁸

2. U svezi s prijedlogom za povrat u prijašnje stanje **sud treba zakazati ročište**, osim ako su činjenice na kojima se prijedlog temelji **općepoznate** (ZPP, čl. 121. st. 2.).⁹⁹

Sudu su općepoznate činjenice koje se mogu sa sigurnošću utvrditi (pr., poplava ili epidemija) ili one koje je sud prilikom svoga službenog posla utvrdio. U takve činjenice ne spadaju primjerice neukost, zabuna odnosno greška stranke, bez obzira

⁹³ U tom je smislu stajalište VSH, u odluci Gž-11/93. od 15. travnja 1993., IO - 1/95-107.

⁹⁴ Vidi Obrazloženje pojedinih odredaba Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, str. 98.

⁹⁵ Vidi JANKOVIĆ, str. 170.

⁹⁶ Tako GRBIN, I., *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, prilogima i abecednim kazalom*, Zagreb, 2004., str. 114.

⁹⁷ Usp. odluku OS u Zadru, Gž- 1109/87. od 18. studenoga 1987., PSP 37/66.

⁹⁸ Vidi odluku VPSSr., Pž- 1510/80.; VS BiH, Gž- 305/58., JANKOVIĆ, str. 170.

⁹⁹ Općepoznate, notorne činjenice (njem. *die offenkundige Tatsachen*) su one činjenice koje su

predstavljaju li opravdane ili neopravdane razloge za propuštanje.¹⁰⁰ Tek ako su činjenice na kojima se temelji prijedlog općepoznate, sud odlučuje o prijedlogu bez održavanja ročišta, ali ovakvom postupku ima mjesta samo ako općepoznate činjenice govore u prilog dopuštanja povrata u prijašnje stanje.¹⁰¹ Ako, pak, okolnosti navedene u prijedlogu za povrat u prijašnje stanje nisu općepoznate, sud je dužan zakazati ročište radi utvrđenja postoje li ove okolnosti.¹⁰²

Odlučivanje o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje bez održavanja glavne rasprave (restitucijskog ročišta) predstavlja relativno bitnu povredu odredaba parničnog postupka,¹⁰³ osim iznimno u slučaju kad su općepoznate činjenice na kojima se temelji prijedlog za povrat u prijašnje stanje.¹⁰⁴

Na ročište na kojemu se raspravlja o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje, poziva se i protivna stranka, kako bi eventualno mogla opovrgnuti tvrdnje predlagatelja. O osnovanosti prijedloga za povrat u prijašnje stanje sud je dužan odlučiti i kad **stranke** nisu pristupile ročištu koje je zakazano povodom tog prijedloga,¹⁰⁵ a izostanak obje stranaka nema za posljedicu ni mirovanje postupka (v. ZPP, čl. 216. st. 1.).¹⁰⁶ Sud je dužan odlučiti o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje i u slučaju kada **predlagatelj** nije pristupio na ročište koje je zakazano u povodu prijedloga za povrat.¹⁰⁷ Izostanak predlagatelja s ročišta određenog povodom njegovog prijedloga za povrat u prijašnje

poznate širem krugu ljudi u sredini u kojoj se obavlja suđenje (TRIVA, str. 399; odluka VSH, Rev-668/80. od 29. travnja.1987., PSP 34/142.) ili koje se bez teškoća mogu u svako doba pouzdano opaziti. Tu bi svakako spadale činjenice koje su poznate iz općeg obrazovanja. Pojam notornosti se različito određuje u sudskoj praksi. Tako se pravni tretman predviđen za općepoznate činjenice primjenjuje i na činjenice koje su poznate sudu koji sudi iz njegova službenog opažanja ili koje su bez daljnjega vidljive iz spisa toga suda. S onime što je sudski (opće)poznato ne treba miješati privatno znanje suca. Takvo ga znanje pretvara u svjedoka (Usp. TRIVA, str. 144.), zbog čega bi se morao izuzeti. Međutim, ako ga privatno znanje pretvara u vještaka, dakle ako raspolaze znanjem koje se može objektivno provjeriti, to svoje znanje može iskoristiti prigodom suđenja. Tako i podrobnije o tome kod DIKA, M. – ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 395.

¹⁰⁰ Tako OS u Zagrebu, Gž-6931/83. od 17. 4. 1984., Izv., podatak kod CRNIĆ, I., *Parnični postupak u praksi – primjeri*, sudska praksa, objašnjenja, Zagreb, 1987., str. 216.

¹⁰¹ Usp. odluku OS u Sisku, Gž- 503/82-3. od 15. ožujka 1982., JANKOVIĆ, str. 170.

¹⁰² Tako VPSSr., u odluci Pž- 3481/88., objavljena kod ČOSIĆ, R. – KRSMANOVIĆ, T., *Aktualna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000. str. 53.; vidi i odluku VSV, Gž- 490/61.

¹⁰³ U tom je smislu odluka VS BiH, Pž- 516/90. od 13. prosinca 1990., Bilten VS BiH, br. 4/90.

¹⁰⁴ Takvo je stajalište zauzeo VPSH, u odluci Pž- 756/82. od 28. rujna 1982., objavljena u «Odvjetniku», br. 5.-6/84.

¹⁰⁵ Vidi odluku PSH, Pž-1853/91. od 9. srpnja 1991.

¹⁰⁶ GRBIN, I., *Parnične radnje stranaka*, rad u zborniku «Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse», Opatija-Zagreb, 1999.-2000., str. 340.

¹⁰⁷ Tako PSH, u odluci Pž- 225/91. od 15. listopada 1991.

stanje nije, dakle, samo po sebi razlog za odbijanje prijedloga,¹⁰⁸ odnosno nije zapreka da sud odluči o prijedlogu. Tek ako bi stranka podnijela novi prijedlog za povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja ročišta određenog po prijašnjem prijedlogu, sud ne bi smio dopustiti povrat bez obzira na opravdanost razloga za propuštanje.¹⁰⁹

Samo zbog propuštanja ročišta zakazanog radi raspravljanja o prijedlogu, ne može se odbiti prijedlog za povrat u prijašnje stanje. Odredbe čl. 119. ZPP-a ne daju ovlaštenje sudu da samo zbog izostanka predlagatelja s ročišta ne dopusti povrat u prijašnje stanje ako su, po ocjeni suda, razlozi zbog kojih je predlagatelj propustio ročište opravdani (ZPP, čl. 117.). Odredbe čl. 119. ZPP-a imaju u vidu slučajeve kad je prijedlog za povrat u prijašnje stanje nedopusšten zbog propuštanja roka za stavljanje prijedloga da se dopusti povrat u prijašnje stanje ili zbog propuštanja ročišta određenog povodom prijedloga za povrat u prijašnje stanje, zbog kojih je stranka izgubila pravo na poduzimanje određene parnične radnje. O takvom prijedlogu odlučuje se u smislu odredbe čl. 121. st. 1. ZPP-a.¹¹⁰

Sud je vezan rješenjem kojim je dopustio povrat u prijašnje stanje jer se ne radi o rješenju o upravljanju parnicom (v. ZPP, čl. 343. st. 3.).¹¹¹ Ako sud na ročištu usvoji prijedlog za povrat u prijašnje stanje, može na istom ročištu nastaviti s raspravljanjem o glavnoj stvari, pod uvjetom da su stranke u pozivu na ročište na to bile upozorene. Rješenje kojim se odbija prijedlog stranke za povrat u prijašnje stanje mora sadržavati obrazloženje.¹¹² Rješenjem o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje odlučit će se i o troškovima toga postupka.

VII. Žalba protiv rješenja kojim se prihvaća prijedlog za povrat u prijašnje stanje

Protiv rješenja kojim se **prihvaća prijedlog** za povrat u prijašnje stanje nije dopuštena žalba, osim ako je prijedlog prihvaćen protivno članku 117. stavku 2. i članku 119. ZPP-a ili ako je prijedlog nepravodobno podnesen (ZPP, čl. 122.).

Odredbom čl. 61. Novele u čl. 122. ZPP-a iza riječi: "protivno" dodane su riječi: "članku 117. stavku 2. i". Predloženom izmjenom odredbe članka 122. ZPP-a ta se odredba uskladila s izmijenjenom odredbom članka 117. stavka 2. ZPP-a.¹¹³

Dakle, protiv rješenja kojim se prihvaća prijedlog za povrat u prijašnje stanje nije,

¹⁰⁸ Vidi odluke VTSH, Pž-1948/94. od 21. lipnja 1994., Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova, br. 2/94-88.; VS BiH, Pž- 507/90. od 18. travnja 1991., Bilten VS BiH, br. 2/91.

¹⁰⁹ U tom je smislu odluka VTSH, Pž- 1435/94. od 5. srpnja 1994., Zbirka rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova – 3/129.

¹¹⁰ Vidi odluku VS Federacije BiH, Pž- 199/97. od 30. rujna 1997.

¹¹¹ U tom je smislu i presuda ŽS u Zagrebu, Gž- 6711/98. od 8. rujna 1998., PSP 8/98-182.

¹¹² Takvo je stajalište zauzeo OS u Zagrebu, Gž- 172/87. od 3. veljače 1987., PSP 35/160.

¹¹³ Vidi *Obrazloženje pojedinih odredaba Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku*, str. 98.

u pravilu, dopuštena žalba. Međutim, i protiv rješenja o usvajanju prijedloga žalba je dopuštena u tri slučaja: ako je povrijeđeno načelo *restitutio restitutionis non datur* (ZPP, čl. 119.), ako je prijedlog za povrat u prijašnje stanje nepravodobno podnesen (v. ZPP, čl. 121.), te ako je prijedlog prihvaćen protivno članku 117. stavku 2. ZPP-a. Drugim riječima, protiv rješenja kojim se prijedlog usvaja žalba je dopuštena samo ako je: **a/** prijedlog usvojen u slučaju kad se nije mogao zahtijevati povrat u prijašnje stanje zbog toga što je propušten rok za stavljanje prijedloga da se dopusti povrat u prijašnje stanje ili je propušteno ročište određeno u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje;¹¹⁴ **b/** ako je usvojen nepravovremeni prijedlog, odnosno onda kada je sud dopustio povrat u prijašnje stanje iako je prijedlog trebalo odbaciti kao nepravodoban ili nedopušten (ZPP, čl. 121. st. 1.); te, **c/** ako je prijedlog prihvaćen, iako se propuštanje stranke moglo pripisati bitnoj povredi postupka zbog koje se može izjaviti pravni lijek.

A contrario, protiv rješenja prvostupanjskog suda kojim se prijedlog **odbacuje** (v. ZPP, čl. 121. st. 1.), kao i protiv rješenja kojim se prijedlog **odbija**, dopuštena je posebna žalba (v. ZPP, čl. 378. st. 1.).

Dopuštenost žalbe ocjenjuje se prema razlozima koji su u žalbi navedeni.¹¹⁵

Ako je rješenje donio drugostupanjski sud povodom prijedloga za povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja radnje na raspravi pred drugostupanjskim sudom (ZPP, čl. 362. st. 2.), protiv takvog rješenja može se izjaviti **revizija** (ZPP, čl. 400.). Međutim, revizija nije dopuštena protiv rješenja o odbacivanju prijedloga za povrat u prijašnje stanje,¹¹⁶ te nije dopuštena protiv drugostupanjskog rješenja kojim je potvrđeno rješenje prvostupanjskog suda o odbacivanju prijedloga za povrat u prijašnje stanje,¹¹⁷ odnosno protiv drugostupanjskog rješenja kojim je potvrđeno prvostupanjsko rješenje o odbijanju prijedloga za povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog roka, jer se takvim rješenjima postupak pravomoćno ne završava.¹¹⁸

¹¹⁴ Usp. GRBIN, I., *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom*, Zagreb, 2004., str. 114.

¹¹⁵ Drugostupanjski sud nije ovlašten ocjenjivati pravovremenost žalbe protiv prvostupanjske presude u slučaju kad je prvostupanjski sud pravomoćnim rješenjem dopustio povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog roka za podnošenje žalbe i time održao rok za žalbu (VSH, Rev- 1454/84. od 24. studenoga 1984., PSP 27/125.).

¹¹⁶ U tom je smislu odluka VSSr., Rev- 5515/97. od 27. siječnja 1998., objavljena kod ČOSIĆ, R. – KRSMANOVIĆ, T., *Aktualna sudska praksa iz građansko-procesnog prava*, Beograd, 2000. str. 51.

¹¹⁷ Usp. odluku VSH, Rev- 1460/93. od 26. kolovoza 1993., IO 1994./315.

¹¹⁸ Vidi odluke VSH, Rev- 179/79. od 6. ožujka 1979., PSP 15/255. i Rev- 3761/94. od 26. ožujka 1998., IO 2/98-222.; VSH, Rev- 35/83., SP 3/84-55.

VIII. Troškovi postupka izazvani traženjem povrata u prijašnje stanje

Odredbama članka 156. ZPP-a uređeno je načelo *culpa*e kao korektivno načelo u nadoknađivanju troškova postupka. Po načelu odgovornosti za krivnju (načelo *culpa*e) stranka je, pored svojih troškova, dužna, neovisno od ishoda parnice, dakle i kad potpuno uspije u parnici, pa i prije nego se donese odluka o glavnoj stvari, naknaditi protivniku troškove koje mu je tijekom ili u povodu parnice prouzročila svojom krivnjom ili slučajem koji joj se dogodio.¹¹⁹ Tako stranka nema pravo ni na naknadu troškova parničnog postupka u povodu prijedloga za povrat u prijašnje stanje,¹²⁰ bez obzira na konačni uspjeh u postupku.¹²¹

Odredbom novoga čl. 122.a ZPP-a, uređen je posebni slučaj prava na naknadu parničnih troškova kod povrata u prijašnje stanje po načelu *culpa*e, na način da je stranka koja traži povrat u prijašnje stanje dužna protivnoj stranci naknaditi troškove postupka izazvane propuštanjem i odlučivanjem o prijedlogu za povrat u prijašnje stanje neovisno o ishodu spora, a o zahtjevu protivne stranke za naknadu troškova postupka sud je dužan odlučiti rješenjem bez odgode, neovisno o odluci o glavnoj stvari. Protiv toga rješenja posebna žalba nije dopuštena, a ovrha se na temelju njega može tražiti prije njegove pravomoćnosti.¹²² Novi čl. 122.a u ZPP je unesen temeljem odredbe čl. 62. Novele. Predlagatelj je držao da je tako formulirana odredba izraz općeg nastojanja da se procesna stega ostvari i otvaranjem mogućnosti izravnog sankcioniranja posljedica propuštanja stranke koje je dovelo do povrata u prijašnje stanje, te da će se time destimulirati stranke da taj institut koriste u evazivne i dilatorne svrhe, što će pridonijeti i jačanju procesne stega.¹²³

IX. Umjesto zaključka

1. Odredbom čl. 281. Novele utvrđeno je pravilo glede prijelaznog režima za odredbe Novele, koje se, u pravilu, primjenjuju od stupanja na snagu Novele,¹²⁴ odnosno od 1. prosinca 2003. godine, osim ako je Novelom drukčije određeno.

¹¹⁹ Usp. TRIVA, str. 382. U tom je smislu i odluka OS u Zagrebu, Gž- 4198/81. od 9. lipnja 1981., PSP 19/196.

¹²⁰ Vidi detaljnije kod ČIZMIĆ, J., *Naknada parničnih troškova u postupku pred hrvatskim sudovima*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol. 23, 2002., br. 1, str. 226.-227.

¹²¹ Takvo je stajalište OS u Zagrebu, u odluci Gž- 4198/81. od 9. lipnja 1981., PSP – 19/82-137.

¹²² Usp. ŠUMANOVIĆ, M., *Parnični troškovi*, rad u Zborniku CRNIĆ, I. – DIKA, M. – GRBIN, I. – HRVATIN, B. – JELČIĆ, O. – SESSA, Đ. – ŠUMANOVIĆ, M., *Novote u parničnom postupku*, Zagreb, 2003., str. 176.

¹²³ Vidi *Obrazloženje pojedinih odredaba Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku*, str. 98.-99.

¹²⁴ Usp. DIKA, M., *Prijelazni režim prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003.*, «Informator», br. 5180-5181. od 29. listopada i 1. studenoga 2003., str. 17.

Jedna od iznimki odnosi se upravo na uređenje instituta povrata u prijašnje stanje. Naime, odredbom čl. 59. Novele u ZPP-u je iza čl. st. 2. čl. 118. dodan novi stavak 3., kojim se propisuje od kojeg se momenta računa da je stranka saznala za razlog za povrat u prijašnje stanje. Tako ako je stranka u pozivu za poduzimanje neke parnične radnje ili u pozivu za ročište bila upozorena na posljedice propuštanja, smatrat će se da je saznala za propuštanje onoga dana kojega je istekao rok u kojemu je radnju trebala poduzeti, odnosno onoga dana kojega je održano ročište na koje je pozvana. Spomenuta odredba članka 59. Novele primjenjuje se samo ako je poziv stranci, s odgovarajućim upozorenjem, dostavljen nakon stupanja na snagu Novele, odnosno nakon 1. prosinca 2003. godine.¹²⁵ U suprotnom bi bila povrijeđena stečena procesna prava stranke jer je ona propuštajući nešto učiniti bila ovlaštena očekivati da će je, u najgorem slučaju, pogoditi pravne posljedice koje su bile predviđene u vrijeme propuštanja. Dakle, neposredna primjena novog strožeg režima značila bi da bi se stranci zbog određenog propuštanja izricale sankcije koje nisu bile predviđene u vrijeme kad je do propuštanja došlo.¹²⁶

2. Povrat u prijašnje stanje pravno je sredstvo kojim se mogu otkloniti i nepravedne posljedice **presude zbog ogluhe** (ZPP, čl. 331.b) i **presude zbog izostanka** (ZPP, čl. 332.), u slučajevima kada nije bila ispunjena njihova temeljna pretpostavka - da tuženik priznaje činjenično stanje u tužbi, jer je on nekom opravdanom okolnošću bio spriječen osporiti tužbeni zahtjev i to činjenično stanje.¹²⁷ U nedostatku remonstrativnog pravnog lijeka i nemogućnosti da prvostupanjski sud koji je donio presudu zbog ogluhe i presudu zbog izostanka odlučuje o prigovoru, odnosno protivljenju tuženika, sudovi se oslanjaju na primjenu posebnog pravnog sredstva koje je predviđeno ZPP-om za poništavanje negativnih posljedica propuštanja - povratom u prijašnje stanje.

Naime, kada sud donese presudu zbog ogluhe ili presudu zbog izostanka, tuženik ima mogućnost izjaviti **žalbu** protiv te presude ili podnijeti prijedlog za

¹²⁵ Vidi *Prijedlog Nacrta – Obrazloženje pojedinih odredaba*, obrazloženje uz čl. 283., str. 139.

¹²⁶ Tako DIKA, M., *Prijelazni režim prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003.*, rad u Zborniku CRNIĆ, I. – DIKA, M. – GRBIN, I. – HRVATIN, B. – JELČIĆ, O. – SESSA, Đ. – ŠUMANOVIĆ, M., *Novote u parničnom postupku*, Zagreb, 2003., str. 330.

¹²⁷ Prema izvješću Okružnog suda u Varaždinu od 23. X. 1955. Državnom sekretarijatu za pravosudnu upravu NRH, "tuženici su redovito podnosili protiv presuda zbog izostanka prijedlog za povrat u prijašnje stanje. Time su željeli u činjeničnom pogledu osporiti osnovanost tužbenog zahtjeva, jer njihov izostanak nije rezultat priznanja, već nečeg drugoga". Je li se radilo uvijek o opravdanim uzrocima izostanka, u to se može opravdano posumnjati, kad se u izvješću kaže da se povrat dosta "široko" dopušta. Podatak kod TRIVA, S., *Pravni lijekovi protiv presude zbog izostanka*, "NZ", 10, 1956., br. 1, str. 21., bilješka 21. U tom smislu, "kad je u žalbi zbog presude zbog izostanka naveden razlog koji ukazuje da tuženi u stvari želi povrat u prijašnje stanje drugostupanjski sud u povodu žalbe treba da vrati spis prvostupanjskom sudu da sa žalbom postupi kao s prijedlogom za povrat u prijašnje stanje" (ŽS u Slavonskoj Požezi, br. Gž-23/90 -2 od 12. siječnja 1990.).

povrat u prijašnje stanje. Ako tuženik ne učini ni jedno ni drugo, presuda postaje pravomoćna.¹²⁸

Ako su tuženika opravdani razlozi spriječili da ospori tužbeni zahtjev poričući istinitost činjeničnih navoda u tužbi, treba mu priznati pravo da prijedlogom za povrat u prijašnje stanje otkloni štetu koju na drugi način ne bi mogao izbjeći, jer se žalba protiv ovih presuda ne može podnijeti zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja (arg. ZPP, čl. 353. st. 2.), pa tuženik nije više ni na koji način u mogućnosti u nastavku postupka iznijeti novote u pogledu merituma stvari. Zbog toga bi trebalo dopustiti povrat u prijašnje stanje zbog propuštanja roka za odgovor na tužbu (v. ZPP, čl. 285. st. 2. i 434. st. 2.),¹²⁹ odnosno ročišta na kome je donesena presuda zbog izostanka, ako je tuženik namjeravao osporiti istinitost činjeničnih navoda u tužbi.¹³⁰ S druge strane, nepravilnost presude prema odredbama materijalnog prava te bitne povrede odredaba parničnog postupka mogu se istaknuti kao žalbeni razlog u žalbi protiv presude zbog ogluhe i presude zbog izostanka. Zbog toga se povrat u prijašnje stanje ne bi mogao s uspjehom istaknuti zbog navedenih povreda.¹³¹

Zanimljivo je da u **bosanskohercegovačkom parničnom postupku** protiv presude zbog propuštanja uopće nije dopuštena žalba, već tuženik može samo podnijeti suspenzivni **prijedlog za povrat u prijašnje stanje** (arg. iz čl. 180. st. 1.

¹²⁸ U pravnim sustavima u kojima se kontumacijska presuda može pobijati prigovorima, tu, naravno, nije potrebno da se protiv nje dopusti povrat u prijašnje stanje. Naprotiv, kad se takva presuda može pobijati samo žalbom, u kojoj se ne mogu iznositi nove činjenice i novi dokazi za utvrđivanje osnovanosti ili neosnovanosti tužbenog zahtjeva, tu pored žalbe mora biti dopušteno i traženje povrata u prijašnje stanje. ZUGLIA, str. 458.

¹²⁹ Odredbama čl. 145. Novele predviđa se izmjena odredaba čl. 284. ZPP-a na način da sud, ako smatra da se na temelju tužbe može dalje postupati, prema odredbama st. 1. izmijenjenoga čl. 284. ZPP-a, treba narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku radi podnošenja pisanog odgovora na tužbu. Sud je dužan u pozivu upozoriti tuženika na pravne posljedice nedavanja odgovora na tužbu (v. ZPP, čl. 331b.). Usto, sud može samo iznimno, ako to zahtijevaju posebne okolnosti pojedinog slučaja, a osobito ako je to potrebno radi odlučivanja o prijedlogu za određivanje privremenih mjera, odmah zakazati ročište i narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku (v. odredbe novoga čl. 284. st. 2.). Izmijenjenim čl. 284. ZPP-a uvodi se, dakle, kao pravilo dostava tužbe na odgovor (st. 1.), dok se zakazivanje ročišta prije dobivanja odgovora na tužbu utvrđuje kao iznimka od toga pravila (st. 2.). Usp. obrazloženje Novele, str. 115. Tako i detaljnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Presuda zbog ogluhe – nova presuda u hrvatskom parničnom postupku*, "Hrvatska pravna revija", god. III., 2003., br. 9, str. 85.-103.

¹³⁰ Tako i TRIVA, str. 311.

¹³¹ Prema stajalištu sudske prakse, prijedlog za povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog ročišta ne može se s uspjehom temeljiti na tvrdnji da tuženik uz tužbu nije primio i poziv za ročište na kojem je donesena presuda zbog izostanka, jer ta okolnost predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. t. 7. ZPP, koja se može istaći kao žalbeni razlog u žalbi protiv presude zbog izostanka (OS u Osijeku, Gž-3875/87-2 od 17. prosinca 1987., PSP- 39/115.); kad tuženik tvrdi da je dao odgovor na tužbu kojim je osporio tužbeni zahtjev, tada je u pitanju žalbeni razlog kojim osporava pravilnost donesene presude zbog izostanka, a ne razlog za povrat u prijašnje stanje zbog propuštenog ročišta na kojem je donesena presuda zbog izostanka (OS u Splitu, Gž-941/82 od 23. IV 1982.).

FZPP-a).¹³² Na ovaj se način željelo premostiti problem dualiteta pravnih sredstava protiv kontumacijskih odluka iz sada važećeg FZPP-a.¹³³ Pravovremeno podneseni prijedlog za povrat u prijašnje stanje sprječava nastupanje pravomoćnosti donesene presude zbog propuštanja (FZPP, čl. 180. st. 2.). Ako sud udovolji prijedlogu za povrat u prijašnje stanje, tuženik je dužan snositi sve troškove postupka koji su nastali do donošenja presude zbog propuštanja (FZPP, čl. 180. st. 3.).¹³⁴

Nešto apriorna, a nešto iskustvom opravdana odbojnost sudske prakse prema presudi zbog izostanka rezultira krajnje tolerantnim stavom prema prijedlozima za povrat u prijašnje stanje i prema žalbenom razlogu koji se oslanja na tezu da utemeljenost zahtjeva ne proizlazi iz navoda u tužbi.¹³⁵ Udovoljavanje zahtjevu za povrat u prijašnje stanje i u slučajevima kada razlozi za propuštanje roka odnosno ročišta nisu bili u dovoljnoj mjeri uvjerljivi, pravdalo se strahom da bi viši sudovi odluke o odbijanju prijedloga u postupku po žalbi ukidali čime bi se postupak nepotrebno odugovlačio.¹³⁶ **Bez obzira na to što zbog nedavnog uvođenja presude zbog ogluhe u naš parnični postupak još uvijek nema određenijih stajališta sudske prakse, nema razloga ne vjerovati da će se slično stajalište zauzeti i prema presudi zbog ogluhe.** Sudska praksa ukazuje na to da je danas prisutna praktična primjena pravnog sredstva povrata u prijašnje stanje protiv presude zbog izostanka, te stanovita, uvjetno rečeno, blagonaklonost sudova prema prihvaćanju ovoga pravnog sredstva kao pravnog lijeka o kojemu odlučuje sud koji je donio presudu zbog izostanka.¹³⁷ Štoviše, ima slučajeva da sud prethodno

¹³² Prema mišljenju sutkinje Selimović, u slučaju da je sud pogrešno ocijenio da odgovor nije očevidno neutemeljen, može se postaviti pitanje opravdanosti nedopuštenosti žalbe s aspekta zakonitosti odluke.

¹³³ Tako *Komentari na nacрте Zakona o parničnom postupku i Zakona o izvršnom postupku*, Sarajevo, 2002., str. 64.

¹³⁴ Usp. OMANOVIĆ, S., *Draft novog Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine s komentarom*, Sarajevo, 2003., str. 78.-79.; ČIZMIĆ, J., *O dostavi tužbe na odgovor i presudi zbog ogluhe u svjetlu Novele ZPP-a*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", (1991.) v. 24, 2003., br. 1, str. 432.-434.

¹³⁵ Tako TRIVA, str. 503. Vidi i str. 123.

¹³⁶ Vidi RISTIĆ, V. – RISTIĆ, M., *Praktikum za parnicu*, Beograd, 1989., str. 58.-59.

¹³⁷ Prema stajalištu jednih, sudovi su naklonjeni prihvaćanju prijedloga za povrat u prijašnje stanje "jer na to upućuje potreba da se ostvari svrha i cilj postupka koji se vodi kod suda, odnosno da se sudska zaštita pruži brzo, efikasno, zakonito a da se osigura ekonomičnost i svrsishodnost postupka za sve sudionike u postupku", (tako DELJA, ž., *Presuda zbog izostanka*, "PŽ", 38, 1989., br. 11 - 12, str. 1642.), dok drugi, suprotno, smatraju da će u onim slučajevima u kojima je tuženik tražio povrat u prijašnje stanje, doći do razvlačenja umjesto ubrzanja postupka (tako POZNIĆ, B., *Povodom izmena i dopuna Zakona o parničnom postupku*, "Anali", 20, 1972., br. 5-6, str. 970.). Povrat bi se uskraćivao onda kad bi stranka namjerno zanemarila ročište u cilju zatezanja. Kako to nijedna stranka ne bi priznavala, a dokaz za to gotovo nije bilo moguće polučiti, to su štetne posljedice presude zbog izostanka stizale stranku načelno samo onda ako ona nije tražila povrat. Tako, s jedne strane, nesavjesni tuženik (dužnik), služeći se institutom povrata, može znatno odugovlačiti ispunjenje dužne činidbe. S druge strane, zbog čestih prijedloga za povrat u prijašnje stanje, sudovi se bave provođenjem postupka o povratu, a na štetu ostalog dijela parničnog postupka. MUHA, M., *Reforma propisa građanskog parničnog postupka o presudi zbog izostanka ili propuštanja*, Spomenica kongresa pravnika u Novom Sadu 1938., Beograd, 1938., str. 171.

rješenjem utvrdi da se žalba protiv presude zbog izostanka smatra prijedlogom za povrat u prijašnje stanje, pa nakon toga postupak teče s ciljem da se utvrdi utemeljenost takva prijedloga.¹³⁸ Sud na ovaj način postupao čak i u slučajevima kada tuženik pobija presudu zbog izostanka zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja, dakle s razloga zbog kojih se ta presuda ne može pobijati, te kada je sud dužan utvrditi da je takva žalba nedopuštena u smislu odredaba čl. 358. ZPP-a i rješenjem je odbaciti bez održavanja ročišta. Dakle, prvostupanjski sud, u pravilu,¹³⁹ postupao kao da je podnesen prijedlog za povrat u prijašnje stanje. Prilikom odlučivanja o utemeljenosti prijedloga za povrat u prijašnje stanje sud uzima u obzir gotovo svaki razlog koji tuženik istakne. Vrlo često se sud uopće ne upušta u utvrđivanje opravdanosti prijedloga za povrat u prijašnje stanje, nego rješenjem dopušta povrat u prijašnje stanje i ukida presudu zbog izostanka.¹⁴⁰ U praksi su poznati i brojni slučajevi da sud prethodno rješenjem utvrdi da se žalba protiv presude zbog izostanka smatra prijedlogom za povrat u prijašnje stanje, pa nakon toga postupak teče s ciljem da se utvrdi utemeljenost takva prijedloga. Sud je na ovaj način postupao i postupao čak i u slučajevima kada tuženik pobija presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja, dakle zbog razloga zbog kojih se takva presuda ne može pobijati,¹⁴¹ a vjerujemo da će se slična praksa provoditi i u svezi s pobijanjem presude zbog ogluhe.

Držimo da ne bi trebalo omogućiti napadanje presude zbog ogluhe i presude zbog izostanka primjenom propisa o povratu u prijašnje stanje na način da se povrat u prijašnje stanje redovito dopušta. Kada bi se eliminiralo takvo tumačenje propisa i sudska praksa o povratu u prijašnje stanje protiv spomenutih presuda, sama od sebe bi se nametnula potreba uvođenje novoga pravnog lijeka/sredstva protiv presude zbog ogluhe i presude zbog izostanka – odnosno **instituta prigovora**. Gdje se oglušna i kontumacijska presuda može pobijati prigovorom, tu, dakako, nije potrebno protiv nje dopuštati povrat u prijašnje stanje. Naprotiv, ako se takva presuda može pobijati samo žalbom, u kojoj se ne mogu iznositi nove činjenice i novi dokazi za utvrđivanje utemeljenosti ili neutemeljenosti tužbenog zahtjeva, pored žalbe mora se dopustiti i traženje povrata u prijašnje stanje. U hrvatskom pravu ne postoji remonstrativni pravni lijek sličan prigovoru (opoziciji, kontradikciji), kojim bi se mogle pobijati presuda zbog ogluhe i presuda zbog izostanka, kao što je to slučaj u parničnim

¹³⁸ U judikaturi je bilo i suprotnih stajališta. Tako prema stajalištu OS u Nišu, ako tuženik u žalbi protiv presude zbog izostanka ne traži povrat u prijašnje stanje, ne može sud sam žalbu smatrati takvim prijedlogom, pa se ne može dopustiti povrat u prijašnje stanje. OS u Nišu, Gž- 1916/84., JANKOVIĆ, str. 167.

¹³⁹ Ukazali bi ipak i na primjer suprotnog stajališta judikare prema kojemu ako tuženik u žalbi protiv presude zbog izostanka ne traži povrat u prijašnje stanje, ne može sud sam žalbu smatrati takvim prijedlogom, pa se ne može dozvoliti povrat u prijašnje stanje". Odluka Okružnog suda u Nišu, Gž- 1916/84.

¹⁴⁰ Tako BRKIĆ, S., *Presuda zbog izostanka u parnici radi dečijeg izdržavanja*, "GAKV", god. 38., 1989., br. 6, str. 25-26.

¹⁴¹ *Ibid.*, str. 26.

postupcima nekih drugih država.¹⁴² Ne treba posebno dokazivati koliki gubitak vremena, uz opterećenost sudova, prouzročuje čekanje da proteknu žalbeni rokovi i rok za odgovor na žalbu, šetanje spisa od prvostupanjskoga do drugostupanjskog suda i natrag, zakazivanje novog ročišta i sl. Da se sve to izbjegne, trebalo bi odrediti da o pravnom lijeku odlučuje prvostupanjski sud koji je napadanu presudu donio. Pritom nema opasnosti da bi taj sud mogao pristrano prići utvrđivanju činjeničnoga stanja, jer odstupanje od prijašnje odluke ne bi trebalo opravdavati sada drukčijim shvaćanjem problema, nego drukčijim činjeničnim i dokaznim materijalom, koji je prije bio krnj zbog jednostrane informacije dobivene od tužitelja.¹⁴³

Summary

RESTITUTION IN INTEGRUM IN THE CROATIAN CIVIL PROCEDURE

Enacted amendments to the Law on Civil Procedure (Official Gazette No. 117/03) entered into force and introduced in our civil procedure a series of significant changes and novelties in order to simplify the procedure and render it more efficient, to trigger active contribution of all participants in the proceedings toward speedy resolution of disputed facts and final solution of a dispute, that would in turn increase the general level of legal protection.

Among others, provisions on *restitution in integrum* have been redefined. In that respect, together with an overview of fundamental characteristics of this legal institute, the author pays special attention to changes and novelties related to *restitutio in integrum* introduced by the amendments to the Law on Civil Procedure.

Key words: *failure to meet time limit, failure to act in proceedings, restitution in integrum.*

¹⁴² Podrobnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Presuda zbog izostanka u građanskom parničnom postupku*, (doktorska disertacija), Split, 2001., str. 260.-274.

¹⁴³ Opravdano se može prigovoriti da uvođenje prigovora, ako i odgovara za slučaj pobijanja presude zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, nije prikladno kad se pravnim lijekom pobija samo pravna osnova spora. Prihvaćajući taj prigovor, moglo bi se odrediti da pravni lijek koji se ograničava na pobijanje presude zbog pogrešne primjene materijalnog zakona treba shvatiti kao žalbu (falsa nominatio non nocet) i uputiti ga drugostupanjskom sudu na rješavanje. Takvom bi se solucijom izbjeglo odugovlačenje koje bi moglo nastati zbog toga što bi iudex a quo kod raspravljanja povodom prigovora mogao (i zbog tvrdoglavosti) ostati kod svog ranijeg pravnog shvaćanja, pa time ipak učiniti nužnim i devolutivni pravni lijek. TRIVA, S., *Pravni lijekovi protiv presude zbog izostanka*, "NZ", 10, 1956., br. 1, str. 21.

Zusammenfassung

WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND IM KROATISCHEN GERICHTSVERFAHREN

Mit der Verabschiedung und dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Abänderung und Ergänzung des Gesetzes zum Gerichtsverfahren (Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, «Narodne novine», br. 117/039) werden in das Gerichtsverfahren eine Reihe wichtiger Veränderungen und Neuheiten mit dem Ziel eingeführt, die Prozedur des Gerichtsverfahrens zu vereinfachen und wirkungsvoller zu machen indem alle Teilnehmer am Verfahren aktiv dazu beitragen, dass die strittigen Tatsachen so schnell wie möglich diskutiert und im Verfahren Entscheidungen gefällt werden womit das allgemeine Niveau des Rechtsschutzes angehoben würde.

Unter anderem wurden auch die Bestimmungen über die Rückkehr in den vorigen Stand redefiniert. In diesem Sinne bezieht sich der Autor neben der Darlegung der Hauptmerkmale des Instituts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besonders auf die Änderungen und Neuheiten, die sich auf die Regulierung dieses Instituts nach den Bestimmungen des oben erwähnten Gesetzes beziehen.

Schlüsselwörter: Versäumung von Fristen und Gerichtsverhandlungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Sommario

RESTITUZIONE ALLA CONDIZIONE PRECEDENTE NEL PROCESSO CIVILE CROATO

L'approvazione e l'entrata in vigore della Legge sulle modificazioni e integrazioni della Legge sul processo civile («Narodne novine», n. 117/2003) ha introdotto nel nostro processo civile una serie di significativi cambiamenti e novità per semplificare la procedura e renderla più efficiente, per spingere il contributo attivo di tutti i partecipanti al procedimento verso la rapida risoluzione dei fatti contesi e la decisione finale della disputa, che dovrebbe conseguentemente accrescere il livello generale della tutela legale.

Tra le altre, sono state ridefinite le disposizioni sulla restituzione alla condizione precedente. A questo riguardo, insieme con un'esposizione delle caratteristiche fondamentali di questo istituto giuridico, l'Autore pone particolare attenzione ai cambiamenti e alle novità correlate alla restituzione alla condizione precedente introdotte dalla Legge sulle modificazioni e integrazioni della Legge sul processo civile.

Parole chiave: omissione del termine e dell'udienza, restituzione alla condizione precedente.

ZAŠTITA POTROŠAČA KOD POJEDINIH BANKOVNIH UGOVORA - USKLAĐENOST S EUROPSKIM PRAVOM

Dr. sc. Edita Čulinović – Herc, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 366:336.77(497.5)
336.77::061.1EU
Ur.: 8. studenog 2004.
Pr.: 1. prosinca 2004.
Izvorni znanstveni članak

U radu se ispituje stupanj zaštite potrošača u hrvatskom pravu kod pojedinih bankovnih ugovora: potrošačkog kredita, novčanog depozita te ugovora koje banke kao izdavatelji kartica sklapaju s korisnicima – potrošačima. Vršiti se usporedba s izvorima europskog prava, relevantnim za promatrane ugovore, ali i šire – za ugovore kojima se koriste tzv. financijske usluge. Konstatira se harmonizacija propisa hrvatskog prava s europskim kada je u pitanju potrošački zajam / kredit putem recepcije Smjernice o potrošačkim kreditu iz 1987. godine. Ukazuje se na modalitete implementacije u odnosu na zakonodavni uzor te se pri tom ti propisi dovode u vezu s ranijim propisima o zaštiti potrošača koje sadrži Zakon o bankama i neki propisi Hrvatske narodne banke, koji se mjestimično razlikuju. Kod bankovnog novčanog depozita upućuje se na propise Zakona o bankama s obzirom da se taj ugovor ne regulira hrvatskim potrošačkim zakonodavstvom. Ukazuje se na postojanje instituta osiguranja štednih uloga građana što je važan faktor zaštite potrošača od insolventnosti banke. Iznose se rješenja iz Smjernice EZ-a o garancijama na depozite iz 1994. godine, koja harmonizira ovo pitanje u pravu zemalja EU. Upućuje se na moguće pravce usklađenja s ovom smjernicom. Kada su u pitanju ugovori koje banke sklapaju s korisnicima pri izdavanju sredstava elektroničkog plaćanja, iznose se rješenja dviju preporuka europskog prava koje reguliraju ovu materiju. Konstatira se nedostatna pravna regulacija djelatnosti kartičara u hrvatskom pravu. Zaključno se daje opća ocjena normativnog nivoa zaštite potrošača u promatranim bankovnim ugovorima kao i prijedlozi njezina poboljšanja te upozorava na potrebu implementacije Smjernice o marketingu financijskih usluga na daljinu iz 2002. godine.

Ključne riječi: zaštita potrošača, bankarski ugovori, bankarske usluge, financijske usluge, potrošački zajam, kartično poslovanje, novčani depozit, način obračuna kamatne stope.

1. Uvod - potrošači i bankovne usluge

Korištenje bankovnih usluga od strane potrošača svakodnevna je pojava. Broj bankovnih usluga iz dana u dan sve više raste, što prati i broj korisnika tih usluga. To je osobito pospjela informatizacija bankovnih usluga. Dovoljno je samo spomenuti Internet-bankarstvo, m-pay i slične usluge. Bez obzira na činjenicu pojave novih usluga, istraživanja poput Izvješća grupe eksperata iz područja bankovnog prava iz 2004. godine o integriranosti europskog tržišta bankovnih usluga pokazalo je da su potrošači još uvijek tradicionalno orijentirani na lokalne banke te da preferiraju izravni fizički kontakt. Alternativni kanali «isporuke» financijskih proizvoda, poput Internet-bankarstva, tek su ukras, a ne zamjena za fizičko bankarstvo.¹ Stoga u jezgri bankovnih usluga ostaju usluge koje čine hard core bankovnog poslovanja – odobravanje kredita i primanje depozita. Čl. 3. Zakona o bankama (dalje u tekstu: ZB)², osim ovih, u tipično bankovne usluge ubraja «i izdavanje sredstava plaćanja u obliku elektronskog novca», dok sve ostale usluge smatra «ostalim financijskim uslugama».³

Imajući u vidu širok raspon tih usluga sljedeće pitanje je tko se sve može smatrati potrošačem bankovnih usluga? Jesu li to samo fizičke osobe koje od (banaka) pozajmljuju novac ili se njima mogu smatrati i osobe koje ulažu svoj novac u banku, odnosno osobe koje koristeći se «brokerskim» uslugama banke⁴ ulažu svoj novac u vrijednosne papire? Polazna premisa ovog rada je da se potrošačem smatra svatko tko kupuje proizvode ili koristi usluge pod uvjetom da ta osoba zadovoljava

¹ *Financial services Action Plan: Progress and Prospects, Expert group on Banking, Final Report, May 2004*, str. 6. Nije isključeno da se ti pokazatelji mogu vrlo brzo izmijeniti.

² NN, br. 84/02.

³ Vidi čl. 6. st. 2. ZB: «1) izdavanje garancija ili drugih jamstava, 2) factoring, 3) financijski najam (leasing), 4) kreditiranje, uključujući potrošačke kredite, hipotekarne kredite i financiranje komercijalnih poslova (uključujući forfeiting), 5) trgovanje u svoje ime i za svoj račun ili u svoje ime i za račun klijenta: a) instrumentima tržišta novca i ostalim prenosivim vrijednosnim papirima, b) stranim sredstvima plaćanja uključujući mjenjačke poslove, c) financijskim terminskim ugovorima i opcijama, d) valutnim i kamatnim instrumentima, 6) obavljanje platnog prometa u zemlji i s inozemstvom sukladno posebnim zakonima, 7) prikupljanje, izrada analiza i davanje informacija o kreditnoj sposobnosti pravnih i fizičkih osoba koje samostalno obavljaju djelatnost, 8) posredovanje i zastupanje u prodaji polica osiguranja, u skladu sa zakonom koji uređuje osiguranje, posredovanje i zastupanje u osiguranju, 9) izdavanje i upravljanje instrumentima plaćanja, 10) iznajmljivanje sefova, 11) posredovanje pri sklapanju financijskih poslova, 12) usluge vezane uz vrijednosne papire, u skladu sa zakonom koji uređuje izdavanje vrijednosnih papira i trgovanje tim papirima, 13) upravljanje mirovinskim ili investicijskim fondovima, u skladu sa zakonom koji uređuje mirovinske odnosno investicijske fondove, 14) savjetovanje u pogledu strukture kapitala, poslovne strategije i sličnih pitanja kao i pružanje usluga koje se odnose na stjecanje dionica i poslovnih udjela u drugim društvima i druga značajna ulaganja, 15) druge slične usluge koje su navedene u odobrenju za rad banke.»

⁴ Vidi čl. 6. st. 2. t. 12 ZB. Banka može biti društvo ovlašteno za trgovanje vrijednosnim papirima prema čl. 35. st. 1. ZTVP-a ako za to dobije dozvolu Komisije za vrijednosne papire RH. Vidi Zakon o tržištu vrijednosnih papira, NN 84/02.

personalne kriterije potrošača.⁵ S druge strane, kako potrošači ne konzumiraju usluge kao što konzumiraju proizvode, primjerenije je govoriti o korisniku ili primatelju usluge. Ipak neki autori potrošače proizvoda jednako kao i korisnike usluga nazivaju potrošačima, ubrajajući u njih čak i pacijente.⁶

Zadatak je ovog rada ispitati stupanj zaštite potrošača u hrvatskom pravu u ugovorima koje potrošači sklapaju s bankama, i koji se razmjerno najčešće pojavljuju – potrošački zajam, poslovi novčanog depozita i bankovne usluge vezane uz izdavanje elektroničkih sredstava plaćanja (kartično poslovanje). Prije izlaganja rješenja sadržanih u našem pravu daje se pregled smjernica europskog prava relevantnih za zaštitu potrošača u domeni financijskih usluga, a koje treba implementirati u naše pravo. Naime činjenica je da je veći broj smjernica tzv. europskog ugovornog potrošačkog zaštitnog zakonodavstva već pretočen u naše pravo.⁷ Time je hrvatsko pravo harmonizirano s većinom, ali ne sa svim obvezujućim izvorima europskog prava. Među već preuzetim izvorima koji se odnose na bankovne ugovore ističe se Smjernica o potrošačkim kreditu iz 1987. godine.⁸ Osim što je potrebno istaknuti na koji način je ona implementirana i u čemu se razlikuje od svog zakonodavnog uzora, potrebno je također utvrditi novi odnos ZZP-a i propisa o zaštiti potrošača koje sadrži ZB te propisa koje je temeljem ZB-a donijela Hrvatska narodna banka. Za bankovni novčani depozit ne postoji posebna smjernica koja bi harmonizirala sam potrošački depozit, ali je vrlo važan segment zaštite uloga riješen Smjernicom

⁵ CARTWRIGHT, P. *Consumer Protection in Financial Services: Putting the law in Context*, u: Cartwright (ed.) *Consumer protection in Financial Services*, Kluwer 1999, str. 4.

⁶ KENNEDY, I. *The Unmasking of Medicine* (the 1980 Reith lectures), Allen & Unwin 1981, str. 7-8.

⁷ To su: Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises; Directive 97/7/EC of the European parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distant contracts; Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning consumer credit; Directive 90/88/EEC amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning consumer credit; Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member states concerning consumer credit; Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; 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; Council Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a time-share basis. Općenito o njihovoj recepciji: BARETIĆ, M. *Implementacija prava EZ o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo*, Zbornik XLI susreta pravnika Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu 2003, str. 227-233. Ukratko o samim smjernicama: BENNACCHIO, G.A. *La protezione del consumatore nella Comunità Europea con particolare riguardo ai contratti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991) Vol. 22 Br. 1, str. 209-227.

⁸ Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ 1987 L 42/48.

EZ-a o garancijama na depozite iz 1994. godine⁹, koja uređuje pitanje osiguranja štednih uloga, odnosno garanciju države za štedne uloge. Iako naše pravo poznaje koncept osiguranja štednih uloga potrebno je ispitati je li naše pravo usklađeno te što bi još na tom planu trebalo poduzeti. Kada su u pitanju ugovori koje banke sklapaju s korisnicima pri izdavanju sredstava elektroničkog plaćanja, u europskom pravu ne postoje smjernice, ali postoje dvije preporuke¹⁰ koje su znakovit pokazatelj pravca u kojem treba doradivati i mijenjati naše pravo. Zaključno se daje opća ocjena normativnog nivoa zaštite potrošača u promatranim bankovnim ugovorima kao i prijedlozi njezina poboljšanja te se ukazuje na nove izvore europskog prava financijskih usluga koje će u ovoj domeni trebati implementirati, kao što je to Smjernica o marketingu financijskih usluga na daljinu iz 2002.¹¹

2. Zajednički problemi potrošača bankovnih usluga

Da bismo mogli utvrditi stupanj zaštite potrošača u domeni bankovnih usluga, potrebno je raspoznati probleme s kojima se potrošači susreću. Pri tom se kreće od postavke da je «savršeno tržište», bilo roba bilo usluga, ono na kojem su svi njegovi sudionici, uključujući potrošače, u potpunosti informirani o naravi i vrijednosti roba/usluga kojima se na tržištu trguje.¹² Pri kreiranju potrošačke politike upravo se najviše vodi računa o ispravljanju tog deficita: (ne)informiranosti potrošača. Informiranost za potrošača znači da je on u stanju identificirati svojstva bankovne usluge prije njezine kupnje. Da bi mogao donijeti odluku o kupnji nekog bankovnog «proizvoda», informacije sadržane u ponudi za sklapanje ugovora moraju biti usporedive kako bi potrošač bio u stanju odabrati primjerice najpovoljniji bankovni kredit. Pogotovo se to odnosi na one podatke iz ponude koji su ključni pri donošenju potrošačeve odluke, kao što je to, primjerice, podatak o kamatnoj stopi kod kreditnih i depozitnih poslova, odnosno o sredstvima osiguranja kod kreditnih poslova. Prema tome, usporedivost podataka u ponudama banaka jedan je problem s kojim se susreću potrošači bankovnih usluga u okolnostima kada postoji tržište, tj. više ponuđača.

Razvoj europskog prava pokazuje upravo tendenciju povećanja usporedivosti podataka ključnih za donošenje potrošačeve odluke o odabiru nekog financijskog

⁹ Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, OJ L 135 , 31/05/1994 P. 0005 – 0014.

¹⁰ Commission Recommendation 88/590/EEC of 17 November 1988 concerning payment systems, and in particular the relationship between card-holder and card-issuer, OJ L 317, 24.11.1988. str. 55-58 i Commission recommendation of 30 July 1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder, OJ L 208 2.08.1997 str. 52-58.

¹¹ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, OJ L 271/16 od 9.10.2002.

¹² TRUCHET, V. *Le concept du «consommateur informé» en droit européen*, Bern 2000. Vidi još: WEATHERHILL, S. *The Role of the Informed Consumer in European Community Law and Policy* (1994) 2 Consumer Law Journal 49.

proizvoda. Primjerice, u prijedlogu nove Smjernice o potrošačkom kreditu¹³ upravo najznačajnije izmjene idu za tim da se što transparentnije iskaže cijena kredita kako bi se potrošaču olakšala usporedba i odabir. Iako je u europskom pravu tendencija što transparentnijeg iskazivanja cijena važna ne samo zbog zaštite potrošača već i zbog toga da se bankama koje pružaju svoje usluge u drugim državama članicama olakša pristup do klijenta i omogući slobodno tržišno natjecanje u odnosu na domicilne banke, nema sumnje da takav pristup dovodi i do svojevrsne paneuropske unifikacije prava, bez obzira na različite stupnjeve zaštite koje uživaju potrošači po nacionalnom pravu.

Tako na primjer važeća Smjernica o potrošačkom kreditu¹⁴ uvodi pojam *annual percentage rate - APR*. U njemu je iskazana ukupna cijena kredita kroz tzv. godišnju kamatnu stopu. To je ukupna cijena kredita koju potrošač plaća banci bez obzira na to da li se taj iznos plaća zajmodavcu, posredniku, poreznim organima ili nekoj trećoj osobi. U nas se za taj pojam rabi izraz *efektivna kamatna stopa*. U najnovijem prijedlogu izmjene smjernice uvode se još dva dodatna termina, koje bi također morala sadržavati svaka ponuda upućena potrošaču. To su: *SLC (sum levied by the creditor)*, kojim se izračunava iznos kojeg potrošač plaća banci, dok *TLR (total lending rate)* izražava to u postotku. Cilj je, dakle, izdvojiti naknadu koju za kredit dobiva sama banka. Ispitivanja europskog javnog mijenja pokazala su poražavajuće rezultate - svaki drugi potrošač misli kako «nikad unaprijed nije poznato kolika će u stvari biti cijena pozajmljenog novca».¹⁵

Međutim, čak i kada postoji usporedivost, odnosno standardizacija podataka o «bankovnim proizvodima», za potrošače ostaje problem složenosti bankovnih usluga. Naime, i u potpunosti informiran potrošač neće ponekad biti u stanju razumjeti informaciju, pogotovo ako se radi o osobi koja ne razumije kamatni račun, odnosno ne shvaća različite načine njegova obračuna, za čije razumijevanje osim matematičkih znanja često nedostaju i znanja o elementarnim ekonomskim pojmovima.

Dalje, vrijednost informacije koju je potrošač bio u mogućnosti razumjeti umanjena je činjenicom da na svojstva nekog financijskog proizvoda često djeluju različiti vanjski faktori, odnosno rizici čije djelovanje je tim značajnije što su odnosi u koje stupaju potrošači trajnije naravi. To pogotovo dolazi do izražaja kod raznih oblika životnog osiguranja, osiguranja imovine ili dugoročnih kredita. Osim rizika immanentnih samim novčanim obvezama (promjene kamatnih stopa, valutnih tečajeva) dovoljno je spomenuti rizik insolventnosti bilo potrošača bilo njegove banke. Stoga ne začuđuje da «informirana odluka» koju donose potrošači često biva intuitivna i nema uvijek racionalnu podlogu.¹⁶ Savjeti prijatelja, poznanstvo s djelatnikom u

¹³ Vidi IP/02/1289, Brussels, 11 September 2002: *Consumer credit rules for the 21st century*.

¹⁴ Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ 1987 L 42/48.

¹⁵ *op.cit.* u bilj. 11. Upućuje na istraživanje Eurobarometar 56.

¹⁶ Vidi CARTWRIGHT, *op.cit.* u bilj. 5., str. 11.

banci i dalje mogu biti ako ne odlučujući, a onda bitni faktor pri donošenju odluke. Stoga i potrošačka politika usmjerena prema povećanju informiranosti ima ograničeni domet.

Konačno, s obzirom da su bankovne usluge kompleksne, potrošači nisu uvijek u stanju procijeniti je li banka povrijedila ugovor, odnosno da li je nastupio trenutak u kojem bi potrošač bio ovlašten zahtijevati pravosudnu ili neku drugu pravu zaštitu.

3. Smjernice europskog prava relevantne za zaštitu potrošača kod bankovnih ugovora

U europskom pravu svijest o potrebi povećanja zaštite potrošača unutar EU u domeni financijskih usluga postojala je već u prvom akcijskom planu (1990. – 1993.) u kojem je to pitanje označeno kao jedno od glavnih područja djelovanja, a također je bilo prioritetom u dva iduća akcijska plana (1993. – 5. i 1996. – 8.).¹⁷ Kao rezultat europsko pravo je iznjedrilo nekoliko «potrošačkih» smjernica, koje su danas implementirane u propise prava država, ali i nekoliko preporuka.¹⁸ Te smjernice pripadaju u grupu onih smjernica kojima se štite ekonomski interesi potrošača. Najznačajnija od njih je svakako Smjernica o ujednačavanju prava država članica u pogledu potrošačkih kredita iz 1987.¹⁹ koja je već u dva navrata izmijenjena, pri čemu je posljednja izmjena poduzeta s nakanom da se postave osnove za jednaki izračun efektivne kamatne stope.²⁰ Ona ujednačava pravo za jedan bankovni ugovor.²¹ Osim toga postoje i druge smjernice u oblasti financijskih usluga koje služe zaštitu potrošača iako nisu dio ciljanog europskog potrošačkog zaštitnog zakonodavstva.²²

¹⁷ O ostalim prioritetima iz akcijskih planova sumarno vidi kod POŠČIĆ, A. *Europsko pravo ugovora i zaštita potrošača*, magistrarski rad, Rijeka, 2003., str. 14-16.

¹⁸ Recentni pregled razvoja od Smjernice o prodaji na kućnim vratima do Smjernice o marketingu financijskih usluga na daljinu uz relevantnu sudsku praksu vidi kod: KARSTEN, J. / SINAI, A.R. *The Action Plan on European Contract law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law*, Journal of Consumer Policy 26: 159-195, 2003.

¹⁹ Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ 1987 L 42/48.

²⁰ Prva izmjena bila je 1990. godine. Vidi Council Directive 90/88/EEC of 22 February 1990 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ L 061, 10.03.1990 str. 14-18. Druga izmjena bila je 1998. godine. Vidi Directive of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit, OJ L 1.4.1998 101/17.

²¹ U europskom pravu harmonizirani su različiti segmenti bankovnog poslovanja. Više o područjima harmonizacije raznih aspekata bankovnog poslovanja vidi EGAN/LOCKETT/RUSHBROOKE *EC Financial Services Regulation*, Wiley 1994. Vidi još o područjima harmonizacije kreditnog poslovanja: SCHNEIDER, U. *Europäische und internationale Rechtangleichung und ihre Bedeutung für Kreditwirtschaft*, u: HADDING/SCHNEIDER *Rechtsfragen bei Bankleistungen im Europäischen Binnenmarkt*, ERA Köln 1994. str. 11 i dalje.

²² O zaštiti potrošača kroz europsko harmonizirano pravo financijskih usluga vidi: ALPA, G.

Smjernica je preuzeta u naše pravo odredbama ZZP-a (u daljnjem tekstu: ZZP).²³ Trenutno je ova smjernica u stadiju temeljite izmjene.²⁴ Osim što će se proširiti polje primjene, na način da će biti obuhvaćeni svi potrošački krediti neovisno u kojem obliku se pojavljuju (zakup s opcijom kupnje, revolving kredit, financijski leasing), ali i ugovori o osiguranju tražbina (garancija,²⁵ prijenos vlasništva radi osiguranja), predviđeno je transparentnije prikazivanje cijene kredita. Osim termina «efektivne kamatne stope» uvode se novi pojmovi pomoću kojih potrošač treba zaključiti koliki se iznos plaća izravno zajmodavcu (SLC) kako bi potrošač mogao izvršiti valjanu usporedbu ponuda različitih kreditora. Očekuje se i uvođenje mogućnosti da potrošač odustane od ugovora u roku od 14 dana bez navođenja razloga i bez naknade.²⁶ Ovo je bilo naročito osjetljivo područje s obzirom da su nacionalna prava država članica sadržavala različite rokove odustanka od ugovora.²⁷ Osobito je interesantno što prijedlog smjernice sadrži i posebnu crnu listu nepoštenih ugovornih odredbi upravo vezanu za potrošačke kredite.²⁸

Novijeg je datuma Smjernica o marketingu financijskih usluga na daljinu iz 2002.²⁹ Ona predstavlja regulatornu dopunu Smjernice 97/7/EC o sklapanju ugovora na daljinu, s obzirom da se ta smjernica ne primjenjuje na financijske usluge. Kako je Smjernica o sklapanju ugovora na daljinu već preuzeta u naše pravo, isto isključenje iz predmetnog polja primjene vrijedi i za nas. Smjernica o marketingu financijskih usluga na daljinu iz 2002. nije preuzeta u naše pravo. Inače rok za njezinu implementaciju u

The Harmonization of the EC Law of Financial Market in the Perspective of Consumer Protection, (2002) European Business Law Review 523-540.

²³ NN 96/03. Iako terminološki ZZP odstupa od smjernice rabeći pojam «zajam», a ne «kredit» način na koji je kreditor definiran smjernicom govori o tome da je odabir tog termina opravdan. Vidi čl.1.par.2 (b): «*Creditor means natural or legal person who, grants credit in the course of his trade, business or profession, or a group of such persons*» U nas se ugovor o kreditu po zakonskoj definiciji odnosi na banku (čl.1065. ZOO), pa je ovaj terminološki odmak bio u potpunosti opravdan.

²⁴ Vidi IP/02/1289. Detaljnije, vidi *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonization of the laws, regulations and administrative provisions of the Member states concerning credit for consumers*, COM(2002) 443 final

²⁵ Interesantno je da je Europski sud u predmetu *Berliner Brauerei AG v. Andreas Seipert* ECJ C -208/98 od 23. ožujka, ECR 2000, I-01741, presudio da ugovor o garanciji koji sklapaju osobe koje djeluju izvan svoje komercijalne ili profesionalne djelatnosti ne spada u polje primjene Smjernice o potrošačkim kreditima, uz obrazloženje da je smjernicom doduše predviđeno da države članice mogu prilikom implementacije kao bitni sastojak ugovora propisati da ugovor o kreditu sadrži i podatke o garanciji, ali da iz toga ne proizlazi da se Smjernica primjenjuje na ugovore o garanciji. Očekivane izmjene u polje primjene smjernice vjerojatno su rezultat i takvih praktičnih problema u primjeni.

²⁶ Čl. 11. st. 1. *Proposal...*, *op.cit.* u bilj. 24, str. 41.

²⁷ Vidi objašnjenje u *Proposal...*, *op.cit.* u bilj. 24, str. 6.

²⁸ Vidi čl.15. *Proposal...*, *op.cit.* u bilj. 24, str. 46.

²⁹ *Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC*, OJ L 271/16 od 9.10.2002.

državama članicama je nedavno istekao (9.10.2004.).³⁰ Smjernica polazi od toga da potrošača prije sklapanja ugovora treba informirati o obilježjima financijske usluge kako bi je ispravno procijenio i donio informiranu odluku.³¹ Predviđen je visok stupanj zaštite od neželjenih usluga (*unsolicited services*) kao i pravo opoziva prihvata ponude financijske usluge (*right of withdrawal*). Potrošač ima pravo odustati od ugovora u roku od 14 dana od dana sklapanja ugovora bez navođenja razloga, a kada je u pitanju ugovor o životnom osiguranju, ili ako se radi o mirovinskom osiguranju, tada je rok 30 dana. Ako su opći uvjeti poslovanja bili dostavljeni potrošaču naknadno, tada se početak roka računa od toga dana. Pravo opoziva prihvata ponude ne može se realizirati u slučajevima kad se radi o financijskim uslugama za koje cijena usluge ovisi o cjenovnoj fluktuaciji na financijskom tržištu koja je izvan kontrole osobe koja pruža usluge, ako se te usluge odnose, primjerice, na valutne tečajeve, instrumente tržišta novca, vrijednosne papire, udjele u investicijskom fondu ili se radi o različitim terminskim poslovima i sl. Predviđen je i specifičan način rješavanja sporova kada se radi o rješavanju sporova iz ugovora u kojima su potrošači korisnici financijskih usluga iz druge države članice (FIN-NET).

Iduća Smjernica o osiguranju tražbina putem financijskih instrumenata iz 2002. godine³² nije dio potrošačkog zaštitnog zakonodavstva jer već po personalnom polju primjene isključuje potrošače, s obzirom da davatelj osiguranja (tražbine) kao i primatelj osiguranja moraju biti ili državni organ, središnja banka, financijska institucija koja je podvrgnuta nadzoru (primjerice banke i društva za poslovanje s vrijednosnim papirima, osigurateljska društva, investicijski fond) depozitarna agencija, odnosno klirinška kuća, a fizičke osobe su po definiciji isključene iz polja primjene.³³ Financijski instrument kojim se osigurava tražbina jest novac ili vrijednosni papir (dionice, obveznice te ostali instrumenti kojim se trguje na tržištu vrijednosnih papira uključujući opcije, udjele u investicijskom fondu i sl.).³⁴ Smjernica se primjenjuje na uvjetne (*security financial collateral arrangements*) i bezuvjetne prijenose vlasništva (*title transfer financial collateral arrangements*), bez obzira postoje li master ugovori, odnosno opći uvjeti poslovanja. Drugom skupinom obuhvaćeni su i repo poslovi.

Kartično poslovanje, odnosno elektronička sredstva plaćanja nisu do te mjere harmonizirana u europskom pravu jer su kao sredstvo harmonizacije korištene preporuke. Dva su moguća razloga za to. Prvi je tijesna veza ovih preporuka s tehnološkim supstratom transakcija, čije bi neprekidno usavršavanje uzrokovalo brzo zastarijevanje smjernica, a drugi je taj što nije postojao potreban politički konsenzus

³⁰ Vidi čl. 21. Smjernice, *op.cit.* u bilj. 28. str. 24.

³¹ Vidi preambulu Smjernice, par.(21), *op.cit.* kao i u bilj. 28, str. 17.

³² *Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements*, OJ L 27.06.2002, 168/43.

³³ Vidi čl. 1. st. 2. (e) Smjernice

³⁴ Čl. 2. st. 1. (e) Smjernice

među državama članicama pri njihovu donošenju.³⁵ S obzirom da iz preporuka ne slijedi nužno obveza njihove implementacije, one su zapravo «*soft law*» s kojim bi ipak države članice trebale uskladiti svoje pravo. To su: Preporuka Komisije EZ-a 88/590/EEC o sustavu plaćanja s posebnim osvrtom na odnos između korisnika i izdavatelja kartice³⁶ te Preporuka Komisije EZ-a 97/489/EC o plaćanju elektroničkim putem s posebnim osvrtom na odnos između izdavatelja i korisnika kartice.³⁷

Postoji još i Odluka Vijeća EZ-a 2001/C 364/01 od 26.11.2001. o potrošačkim kreditima i prezaduženosti³⁸, kojom je Vijeće obvezalo Komisiju i države članice da razmotre modalitete praćenja rastuće prezaduženosti potrošača uz razmjenu podataka na europskoj razini.

4. Zaštita potrošača kod bankovnih usluga – personalne i predmetne odrednice hrvatskog prava

Hrvatsko pravo zaštite potrošača prošlo je dugačak put od vremena kada je jedina zaštita potrošača bila sadržana u odredbama općeg obveznog prava.³⁹ Većina autora kojima je bila bliska ova materija u svojim je radovima važnim pitanjem smatrala ostvarenje učinkovite kontrole općih uvjeta poslovanja, odnosno sankcioniranja nevaljanih klauzula koje takvi opći uvjeti poslovanja eventualno sadrže.⁴⁰ U današnjem složenom i donekle zaokruženom sustavu zaštite potrošača (prvenstveno u domeni ugovornog prava) raspoznaju se novi instituti koji se nalaze u ZZP-u, ali interferiraju i s drugim, ranijim propisima. Stoga je pred autorima koji se bave ovom

³⁵ Tako EGAN/LOCKETT/RUSHBROOKE EC *Financial Services Regulation*, Wiley 1994. Vidi par. 12.42.

³⁶ *Commission Recommendation 88/590/EEC of 17 November 1988 concerning payment systems, and in particular the relationship between card-holder and card-issuer*, OJ L 317, 24.11.1988. str. 55-58.

³⁷ *Commission recommendation of 30 July 1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder*, OJ L 208 2.08.1997 str. 52-58.

³⁸ OJ C 364/1 od 20.12.2001.

³⁹ O zaštiti potrošača od općih uvjeta poslovanja u komparativnom i domaćem pravu nakon donošenja ZOO-a vidi monografiju LEDIĆ, D. *Kontrola općih uvjeta poslovanja i zaštita potrošača u ugovorima o prodaji*, Banjaluka 1987., 446 str. Vidi još rad istog autora u kojem se anticipira potreba osuvremenjivanja hrvatskih propisa o zaštiti potrošača. Vidi LEDIĆ, D. *Pravo zaštite potrošača – zasebna grana novog pravnog sustava Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1992) 13, str. 145-169.

⁴⁰ Vidi GOLDŠTAJN, A. *Trgovačko ugovorno pravo*, Zagreb 1991, posebno str. 118 i dalje. Isto SLAKOPER, Z. *Nevaljanost pojedinih odredbi općih uvjeta ugovora s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (2001) v. 22, br. 1, str. 181-208. ČIZMIĆ, J. *Zakonska i sudska kontrola ugovaranja klauzula o isključenju u ograničenju odgovornosti u formularnim ugovorima s posebnim osvrtom na zaštitu potrošača*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu God. 30 (1993) br. 2. ŠARČEVIĆ, P. *Standard Forms and General Conditions*, u: *Essays in Private International Law and Comparative Law*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka 2004., str. 261-276.

problematikom u kontekstu harmonizacije hrvatskog prava s europskim nimalo lagan zadatak, s jedne strane, ocijeniti recepciju, a s druge strane dovesti nove propise u vezu s postojećim lateralnim propisima koji mogu divergirati.⁴¹ Takav je slučaj i u polju bankovnog ugovornog prava. Ono je mozaične strukture.

Kod bankovnih potrošačkih ugovora potrošače u prvom redu štiti ZZP kao *lex generalis* za potrošače. U tom zakonu posebno je reguliran potrošački zajam, pa njegovi propisi vrijede kao *lex generalis* za sve potrošačke zajmove neovisno o tome tko ih predumjluje (banka ili, primjerice, prodavatelj). S druge strane, zaštitom potrošača bavi se i Glava XVI. ZB-a, često uz odstupanja u odnosu na ZZP. Pri tom ne treba izgubiti iz vida zaštitu koju potrošači uživaju prema ZOO-u, koji je *lex generalis* za ugovorno pravo, bilo da je ona sadržana u općem bilo u posebnom dijelu. Propisi ZB-a po mišljenju autorice predstavljaju *lex specialis* za sve ugovore što ih *banke* sklapaju s potrošačima, neovisno o kojem ugovornom tipu se radi. Kako su u navedenim zakonima mjestimično sadržani različiti propisi (počevši od same definicije potrošača), potrebno je uspostaviti određena interpretativna pravila o čemu se u nastavku govori.

U širem smislu u ovaj sustav ulaze i propisi koji nemaju zaštitu potrošača kao primarni zakonodavni cilj, ali *de facto* najviše pogoduju potrošačima, kao što su propisi o osiguranju štednih uloga građana⁴² ili kartično poslovanje o kojem postoje propisi europskog prava, dok ih u hrvatskom pravu uopće nema. Kartično poslovanje u nas i dalje je regulirano pretežno temeljem autonomnih izvora prava – tj. putem općih uvjeta poslovanja izdavatelja kartica koje banke nude svojim klijentima uz korektiv prisilnih propisa općeg obveznog prava.

Ako je riječ o personalnom određenju potrošačkih transakcija, treba uzeti u

⁴¹ Od radova koji se bave problemima implementacije propisa o zaštiti potrošača treba istaknuti: BARETIĆ, M. *Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo*, Zbornika radova 41. susret pravnika, Opatija 2003, str. 223-260. Posebno o smjernici o nepoštenim odredbama vidi kod PETRIĆ, S. *O nepravičnim klauzulama općih uvjeta ugovora u pravu Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2002, br. 1-2. (65-66), str. 59-83. Vidi još BARETIĆ, M. *Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava*, Narodne novine, Zagreb 2003., str. 55-94. kao i MILADIN, P. *Ugovaranje klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete i klauzula o ugovornoj kazni (PLD- klauzule) putem općih uvjeta poslovanja i među trgovcima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6/2002, str. 1291-1295. O smjernici o distancijskim ugovorima, vidi NIKŠIĆ, S. *Smjernica EU o zaštiti potrošača u distancijskim ugovorima*, Godišnjak br. 7 Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti i praksu 2000., str. 571-577. PETRIĆ, S. *Zaštita potrošača u bankovnim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2002, br. 1-2 (65-66), str. 115-150. PETRIĆ, S. *Odgovornost proizvođača za štete od nedostataka na proizvodu u hrvatskom pravu i pravu Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 2001/4 (64), str. 371-396. PETRIĆ, S. *Tumačenje općih uvjeta ugovora i njihov odnos s posebno ugovorenim klauzulama u hrvatskom i europskom pravu*, Hrvatska pravna revija, 2001/12., str. 26-36. BUKOVAC-PUVAČA, M. *Zaštita kupaca u time-sharing ugovorima prema Smjernici 94/47/EC*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (2003) Vol. 24, br. 1. str. 311-337.

⁴² Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, *OJ L 135*, 31/05/1994 P. 0005 – 0014.

obzir da je prema čl. 3. t. 1. ZZZP potrošač «svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao na tržištu, u svrhe koje nisu namijenjene njegovom zanimanju niti njegovoj poslovnoj aktivnosti ili poduzetničkoj djelatnosti». Baretić⁴³ ističe da motiv sklapanja pravnog posla (zarada) nije odlučujući za određenje nekog posla fizičke osobe kao potrošačkog, pa stoga, prema njemu «i ugovor o kupnji dionica trgovačkog društva može biti potrošački ugovor pod pretpostavkom da kupnja dionica nije stalna poduzetnička djelatnost ili poslovna aktivnost kupca». Ono što, dakle, može utjecati na gubitak svojstva potrošača jest činjenica da on sklapa pravni posao sa svrhom obavljanja neke poslovne aktivnosti, odnosno da ne čini to u osobne svrhe.

Skrećemo pozornost da pojam potrošača uređuje i čl. 171. ZB-a. Prema tom propisu, potrošačem se smatra samo *fizička osoba – građanin* neovisno o tome s kojom svrhom sklapa pravne poslove, što znači da je pojam potrošača širi od onog prema ZZZP-u. Dalje, fizička osoba jednako se smatra potrošačem bez obzira koristi li bankovne usluge (čl. 3. ZB) ili ostale financijske usluge iz čl. 6. ZB-a, pod uvjetom da «ostale financijske usluge» pruža banka. Jasno je da fizičke osobe koje su sklopile ugovor s bankom uživaju zaštitu potrošača i kada nisu potrošači u smislu čl. 3. ZZZP-a (npr. odvjetnik koji od banke uzima kredit radi kupnje poslovnog prostora ne bi se prema ZZZP-u smatrao potrošačem, dok on to jest prema ZB-u). Kako sam ZZZP u čl. 2. st. 1. propisuje da njegova primjena *ne utječe* na prava koja potrošači imaju na temelju drugih zakona, valja u nedostatku prijelaznih i završnih odredbi zaključiti da će za bankovne ugovore vrijediti definicija potrošača prema ZB-u, jer to potrošačima pogoduje.

Iduće pitanje koje se postavlja jest pitanje u kojoj mjeri se ostali propisi ZZZP-a primjenjuju na bankovne ugovore s potrošačima. U ZZZP-u postoji nekoliko tematskih cjelina u kojima se odgovarajuća pozornost upravo posvećuje određenim pitanjima zaštite potrošača koja se pojavljuju i pri sklapanju bankovnih ugovora s potrošačima: sklapanje ugovora na daljinu,⁴⁴ pitanje nepoštenih ugovornih odredbi.⁴⁵ Sve te oblike zaštite uživaju i potrošači bankovnih usluga, osim kada ZZZP to izričito isključuje. Tako primjerice čl. 30. st. 1. ZZZP-a uređuje da se odredbe Glave VI. (ugovori sklopljeni izvan poslovnih prostorija trgovca) ne primjenjuju na *ugovore o osiguranju i o prodaji vrijednosnih papira*. Iako je teorijski moguće da se bankovni ugovori sklapaju izvan poslovnih prostorija banke, u praksi će to biti rijetkost. Međutim, kako banka može djelovati i na tržištu vrijednosnih papira kao ovlašteno društvo, valja tu odredbu uzeti u obzir. Dalje, iz polja primjene propisa iz Glave VII. ZZZP (ugovori sklopljeni na daljinu), zakonodavac je isključio sve ugovore koji se odnose na financijske usluge, primjerično navodeći «*investicijske usluge, usluge osiguranja i reosiguranja, bankovne usluge, trgovanje opcijama*». Ovo se izuzimanje dakle ima primijeniti na bankovne usluge.

⁴³ Vidi BARETIĆ, M. *Nepoštene odredbe...* str. 63, bilješka 28 i tamo citirani autori.

⁴⁴ NIKŠIĆ, S. *Smjernica EU...* str. 571-577.

⁴⁵ Ove odredbe ZZZP-a rezultat su recepcije drugih smjernica EU koje se odnose na potrošače. Više o problematici nepoštenih odredbi ugovora: PETRIĆ, S. *O nepravičnim klauzulama...* str. 59-83. Vidi još BARETIĆ, M. *Nepoštene odredbe...* str. 55-94.

5. Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora – hrvatsko pravo i usklađenost s europskim pravom

5.1. Potrošački zajam / potrošački kredit

Potrošački zajam je jedina financijska transakcija koju sustavno uređuje ZZP (Glava VIII.). To je rezultat recepcije europskog prava, točnije već spomenute Smjernice o potrošačkim kreditima. Niti jedan drugi ugovorni tip bankovnog prava nije harmoniziran smjernicom. To je razumljivo jer je pri ugovoru o kreditu fizičku osobu – potrošača potrebno najviše zaštititi s obzirom da se nalazi u «zajmovnoj potrebi», a nivo zaštite koju pružaju nacionalna zakonodavstva bio je vrlo neujednačen.⁴⁶

Pri tome treba naglasiti da ZZP zajmodavcem smatra ne samo banku već i «svaku osobu ili skupinu osoba koja u okviru svoje djelatnosti ili svoga zanimanja sklapa s potrošačima ugovore o zajmu». To će, dakle, najčešće biti banka (u kojem slučaju se radi o kreditu), ali može biti i druga (pravna ili fizička) osoba. Definicija zajmodavca je u skladu sa Smjernicom.⁴⁷

S druge strane, prema čl. 56. st. 1. ZZP-a, klasičan potrošački zajam proširuje se i predmetno jer je njime obuhvaćen i ugovor o kupnji proizvoda i usluga, s obročnom otplatom cijene kod kojeg je iznos svih obroka viši od cijene proizvoda ili usluge. Čl. 57. ZZP-a pored toga navodi na koje se zajmove neće primjenjivati odredbe VIII. Glave ZZP-a⁴⁸. Ograničenja u predmetnom polju primjene u skladu su sa smjernicom, osim što naše pravo *ne poznaje kreditne limite kao razloge isključenja*. Naime, prema čl. 2. st. 1. (f) Smjernice ako je iznos odobrenog kredita manji od 200 ECU-a, odnosno veći od 20000 ECU-a, tada se na takav ugovor ne primjenjuje Smjernica.⁴⁹

Kako zaštitu potrošača uređuje i ZB, potrebno je te propise dovesti u vezu da bi

⁴⁶ Vidi prikaz rješenja poredbenopravnih razlika u pravu Njemačke, Francuske, Belgije i Velike Britanije kada je u pitanju zaštita potrošača kod ugovora o kreditu: *Verbraucherschutz bei der Kreditvergabe, insbesondere bei grenzüberschreitenden Geschäften*, u: HADDING/SCHNEIDER Rechtsfragen bei Bankleistungen im Europäischen Binnenmarkt, ERA Köln 1994. str. 273-367. (HABERSACK, M. - Länderbericht Deutschland / DIAMOND, A. Länderbericht Vereinigtes Königreich / HOFFMANN, E. Länderbericht Belgien / Länderbericht Frankreich WITZ, C.)

⁴⁷ Vidi čl. 1. st. 2. (b) Smjernice *op.cit.* u bilj. 8.

⁴⁸ Prema čl. 57. ZZP-a odredbe o potrošačkom zajmu ne primjenjuju se na: ugovore o zajmu namijenjene zakupu stvari, osim ako je ugovorom o zakupu predviđeno da će na kraju ugovorenog roka zakupa stvar prijeći u vlasništvo zakupnika; ugovore o zajmu kojima je predviđeno da se kamate ne plaćaju ako potrošač isplati kredit odjednom; ugovore o dopuštenom prekoračenju na tekućem računu; ugovore o zajmu kojima se potrošač obvezuje vratiti zajam u razdoblju kraćem od 3 mjeseca; ugovore o zajmu kojima se potrošač obvezuje vratiti zajam u najviše 4 obroka u razdoblju kraćem od 12 mjeseci. Primjena nekih odredbi je isključena kada postoji osiguranje tražbine na nekretnini i sl.

⁴⁹ Vidi konsolidirani tekst Smjernice u CONSLEG: 1987L0102 – 21/04/1998, str. 6. Razlike u ECU se od 1999. godine referiraju na EUR prema Vidi Council Regulation (EEC) No. 3308/80 (OJ L 345, 20.12.1980) i No. 1103/97 (OJ L 162, 19.06.1997).

se mogao ocijeniti stupanj zaštite koju uživaju potrošači.⁵⁰ Dvojbe oko stupnja zaštite svakako nastaju kada ti propisi odstupaju. Stoga je potrebno odrediti i redosljed njihove primjene. ZZP smatramo, vrijedi kao *lex generalis* za sve potrošačke zajmove, a kada su zajmodavci banke treba još primijeniti i ZB kao *lex specialis*. Pri tom *lex specialis* ne bi mogao mijenjati prava potrošača koja mu priznaje *lex generalis*, na njihovu štetu.

5.1.1. Oblik ugovora

I ZB i ZZP sukladno zahtijevaju pisanu formu ugovora s potrošačem te predaju primjerka ugovora potrošaču (čl. 58. st. 1. i 2. ZZP-a i čl. 172. st. 3. ZB-a). Nota bene, pisanu formu ugovora zahtijeva i ZOO, ali samo ako je sukontrahtent zajmoprimca banka (čl. 1065. ZOO-a). Dodatno, ZB dopušta sklapanje ugovora uporabom elektroničkog potpisa (čl. 172. st. 4. ZB-a), kao alternativu pisanoj formi. To je u skladu sa Zakonom o elektroničkom potpisu⁵¹ (u daljnjem tekstu: ZEP). Naime čl. 6. st. 1. t. 1. ZEP-a navodi neke ugovore koji se ne mogu sklopiti primjenom elektroničkog potpisa. Ugovor o (potrošačkom) kreditu ne bi se mogao sklopiti primjenom elektroničkog potpisa samo ako bi tražbina iz tog ugovora bila osigurana prijenosom vlasništva ili zasnivanjem nekog drugog stvarnog prava na nekretnini.

5.1.2. Opći uvjeti poslovanja

Iduće vrlo bitno pitanje za potrošače jest upoznavanje sa sadržajem općih uvjeta poslovanja banke. Ova pitanja regulira i čl. 142. ZOO-a, kao *lex generalis* za sve ugovore koji se sklapaju primjenom općih uvjeta poslovanja, dakle i one kada druga strana nije potrošač, stoga taj propis treba koristiti kao regulatornu dopunu za one potrošačke zajmove gdje zajmodavac nije banka.

Kada je zajmodavac banka, treba uzeti u obzir posebne propise iz čl. 172. st. 2. ZB. Prije zaključivanja ugovora «banka je dužna potrošaču predočiti, odnosno učiniti dostupnim sve bitne uvjete ugovora iz kojih su jasno vidljiva prava i obveze ugovornih strana». Banka je dužna objaviti opće uvjete poslovanja na pogodnom mjestu u svojim poslovnim prostorijama, a pored toga banka može i na drugi prikladan način iste informacije učiniti dostupnim (primjerice na Internet stranicama banke).

ZZP ovu problematiku dodiruje kada regulira oglašavanje, odnosno reklamiranje potrošačkog zajma. Tako, prema čl. 63. ZZP-a «svako oglašavanje, bez obzira radi

⁵⁰ O hrvatskom pravu u odnosu na europsko prije donošenja ZZP-a: PETRIĆ, S. *Zaštita potrošača u bankovnim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2002. br. 1-2 (65-66), str. 115-150.

⁵¹ NN br. 10/02 Vidi i radove: MATIĆ, T. *Primjena Zakona o elektroničkom potpisu*, Pravo u gospodarstvu, 4/2002., str. 266. MAUROVIĆ, Lj. *Zakon o elektroničkom potpisu – početak izgradnje prava elektroničke trgovine Republike Hrvatske*, Hrvatska pravna revija, 4/2002., str. 1. i dalje. MAUROVIĆ, Lj. *Uspostavljanje uvjeta za primjenu Zakona o elektroničkom potpisu Republike Hrvatske – provedbeni propisi*, Hrvatska pravna revija, 9/2002., str. 46.

li se o ponudi za sklapanje ugovora ili ne, istaknuto u poslovnim prostorijama ili dostavljeno potrošaču na neki drugi način, a kojim netko nudi odobravanje potrošačkog zajma, bilo neposredno ili putem neke druge osobe, mora sadržavati godišnju kamatnu stopu, navod o svim drugim troškovima zajma te navod o realnim godišnjim kamatama.» ZZP dakle ne uređuje bitne sastojke općih uvjeta poslovanja zajmodavaca, osim ovih prethodno navedenih. Međutim, ZZP se problematikom (nedopustivog) sadržaja općih uvjeta poslovanja bavi u Glavi X., koja nosi naslov «Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima». Iako bi ti propisi trebali djelovati i preventivno, na način da sastavljači općih uvjeta poslovanja usklade svoje klauzule s prisilnim propisima, činjenica je da će ovaj oblik zaštite potrošača imati više represivan oblik, realizirat će se u sklopu parničnog postupka u kojem će potrošač (ili neki drugi aktivno legitimirani subjekt) zahtijevati utvrđenje ništavosti nepoštene klauzule (i zabranu njezine primjene).

ZB, naprotiv, precizira koji se sve podaci moraju obuhvatiti općim uvjetima poslovanja, i to posebno ako se radi o kreditiranju potrošača,⁵² a posebno ako se potrošači pojavljuju kao deponenti.⁵³ Međutim *sadržaj* općih uvjeta poslovanja nije podložan prethodnoj kontroli. Naime, Hrvatska narodna banka, ima prema čl. 176. st. 2. ZB nadzornu ovlast provjeriti pridržava li se banka «...objavljenih općih uvjeta poslovanja...», ali ih ona ne odobrava. Valja zaključiti da preventivna kontrola ne postoji, već samo posteriorna tj. sudska. Prednosti preventivne kontrole u odnosu na posteriornu jasno su vidljive. Sudska kontrola osim što je posteriorna, ona je uvijek i pojedinačna, i djeluje samo između stranaka (subjektivne granice pravomoćnosti).

Kada bi HNB preuzela preventivnu kontrolu općih uvjeta poslovanja banaka, to bi omogućilo, ne samo eliminaciju nepoštenih ugovornih klauzula već selekciju dobre bankovne prakse. Pri tom se može posegnuti za sivom listom nepoštenih odredbi iz čl. 82. ZZP-a, ali i za posebnom crnom listom sadržanom u čl.15. Prijedloga Smjernice

⁵² Čl. 173. st. 3. ZB-a. Kod kredita moraju se objaviti: važeće nominalne godišnje stope redovne i zatezne kamate, način obračuna kamate (primjena relativnog ili konformnog kamatnjaka), uvjeti pod kojima se mogu mijenjati stope redovne i zatezne kamate tijekom korištenja, odnosno otplate kredita, naknade, odnosno provizije koje (osim kamata po deklariranoj nominalnoj stopi) banka zaračunava korisniku kredita, efektivne kamatne stope koje odražavaju ukupnu cijenu kredita, izračunate sukladno propisima Hrvatske narodne banke, iznos otplate glavnice i kamate (uključujući i druge troškove) za pretpostavljeni iznos kredita, rokovi otplate, broj i visina otplatnih obroka, uvjeti štednje ili novčanog pologa kod banke ako je to uvjet za odobravanje kredita, mogućnosti i uvjeti prijeboja kredita i štednog uloga, odnosno novčanog pologa iz prethodne točke, instrumenti osiguranja otplate kredita i drugi uvjeti koje postavlja banka.

⁵³ Čl. 173. st. 4. Kod depozita to su: 1) važeće nominalne godišnje kamatne stope, 2) način obračuna kamate (primjena relativnog ili konformnog kamatnjaka), 3) uvjeti pod kojima se mogu mijenjati kamatne stope, 4) naknade za vođenje računa i druge slične naknade odnosno provizije ako ih banka zaračunava na teret deponenta, 5) efektivne kamatne stope koje odražavaju ukupan prinos na depozit, izračunate sukladno propisima Hrvatske narodne banke, 6) osnovne informacije o osiguranju uloga odnosno depozita.

o potrošačkim kreditima⁵⁴. Takvim se ugovornim odredbama primjerice smatraju uglavci kojima se obvezuje potrošača pri sklapanju ugovora o kreditu da sklopi drugi ugovor s kreditorom, posrednikom kreditora ili trećom osobom koju odredi kreditor, osim u slučaju da su troškovi toga ugovora uključeni u tzv. ukupnu cijenu kredita. Takvi su slučajevi bili zabilježeni u našoj bankovnoj praksi, a na to su reagirale i udruge za zaštitu potrošača. Isti značaj imaju uglavci kojima se određuje varijabilnost kamatne stope koja je diskriminirajuća za potrošača i sl. Mišljenja sam da ovaj oblik kontrole ne bi utjecao na slobodu kreiranja općih uvjeta poslovanja od strane banke, već bi, naprotiv banke ponukao na to da u svojim općim uvjetima poslovanja oblikuju nove točke atrakcije potrošača, što bi u konačnici podiglo opću kvalitetu financijskih usluga.

Međutim, kada je riječ o onim elementima ugovora temeljem kojih potrošač mora izvršiti odabir ponuda, tu je nužna potpuna uniformnost. Predvidjevši to zakonodavac je ovlastio HNB da donosi propise iz oblasti bankovnog poslovanja, a najvažniji je u ovoj domeni Odluka o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite⁵⁵.

5.1.3. Bitni sastojci ugovora

ZB ne uređuje bitne sastojke ugovora o kreditu kojeg banka dodjeljuje potrošačima. Bitni sastojci ugovora o kreditu nisu propisani ni čl.1065-1068. ZOO. Međutim, bitne sastojke potrošačkog zajma uređuje čl. 59. ZZP-a.⁵⁶ Taj propis obvezuje i banke kao *lex specialis* za potrošačke kredite. Prema čl. 59. ZZP-a, osim podataka potrebnih za identifikaciju ugovora, ugovor treba naročito sadržavati:

- odredbu o iznosu zajma,
- odredbu o godišnjoj kamatnoj stopi i pretpostavkama pod kojima se godišnja kamatna stopa može promijeniti,

⁵⁴ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonization of the laws, regulations and administrative provisions of the memberstates concerning credit for consumers COM (2002) 443 final od 11.9.2002.*

⁵⁵ NN, 74/03.

⁵⁶ Za razliku od toga, slovenski Zakon o potrošačkim kreditima (čl. 7.) predviđa sljedeće podatke: čistu vrijednost kredita ili kreditni limit, ako taj postoji; efektivnu kamatnu stopu i uvjete, pod kojima je dozvoljeno promijeniti efektivnu kamatnu stopu; način kamatiranja, učestalost kapitalizacije, način prilagođavanja kamatne stope i korišten indeksacijski mehanizam, troškove, koji nisu obuhvaćeni u izračunavanju efektivne kamatne stope; uvjete plaćanja, koji su određeni potrošaču, naročito predviđeni iznosi pojedinih uplata, broj uplata, točan datum dospelosti uplata te, ako je moguće, ukupan iznos uplata; osiguranje, koje mora osigurati potrošač; pravo, da potrošač otplati kredit prije dospijea i pravo, da u takvom slučaju zahtijeva smanjenje iznosa; pravo, da potrošač može odustati od ugovora i obaveze potrošača, ako to pravo iskoristi; kod kreditnih uvjeta, gdje je obračun vezan na korištenje strane valute, navesti stranu valutu i vrstu tečaja, po kojem se izračunava vrijednost u domaćoj valuti. Vidi Zakon o potrošniških kreditih, Uradni list RS 70/2000.

- odredbu o troškovima koji se u vrijeme sklapanja ugovora naplaćuju te pretpostavkama pod kojima se ti troškovi mogu promijeniti,
- odredbu o realnim godišnjim kamatama na zajam (efektivnoj kamatnoj stopi),
- odredbu o pretpostavkama pod kojima realna godišnja kamata na zajam može biti promijenjena,
- odredbu o iznosu, broju i razdoblju ili datumu otplate pojedinih obroka zajma,
- odredbu o ukupnom trošku zajma,
- odredbu o obvezi i uvjetima štednje ili pologa novca, ako je to pretpostavka za odobrenje zajma,
- godišnji kamatnjak za zajam i kamatnjak za sredstva pologa ako je polog pretpostavka za odobrenje zajma,
- odredbu o sredstvima osiguranja plaćanja,
- odredbu o pretpostavkama i postupku raskida ugovora o zajmu.

U odnosu na bitne sastojke označene Smjernicom postoji sukladnost, osim što je Smjernicom predviđeno da u ugovoru mora postojati odredba o razmjernom smanjenju troška kredita vrati li potrošač kredit prije ugovorenog roka.⁵⁷ Iako naše pravo navodi u čemu se sastoji razmjerno sniženje troška zajma ako potrošač vrati zajam prije dospelosti (čl. 64. ZZP-a), taj podatak nije bitni sastojak ugovora. Također, naše pravo ne poznaje tzv. *cooling off* period u kojem potrošač može odustati od ugovora.

S druge strane, nije jasno kakva je sudbina ugovora koji ne sadrži bitne sastojke. Hoće li nedostatak kojeg od bitnih sastojaka rezultirati ništavošću samog ugovora? Slovenski zakonodavac⁵⁸ na primjer u tom slučaju predviđa pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora. Ono je vremenski je ograničeno (u roku od mjesec dana «od uplate prve obveze iz ugovora»). U tom slučaju moraju se vratiti sve uplate u roku od 8 dana od primitka izjave potrošača, kao i primljeni kredit.

Zakon sadrži niz presumpcija (čl. 60. ZZP-a) koje su zapravo «pretpostavljeni bitni elementi» potrošačkog zajma. Primjerice, ako u ugovoru ne postoji podatak o iznosu odobrenog zajma, tada se za potrebe izračuna realne godišnje kamate smatra da je odobren zajam u iznosu od 15.000,00 kuna (čl. 60. st. 5. ZZP-a). Prema drugoj presumpciji, ako u ugovoru o zajmu nije izričito navedeno vrijeme na koje je odobren zajam, niti se ono može odrediti na temelju ostalih odredaba ugovora za potrebe izračuna realne godišnje kamate, smatra se da je kredit odobren na godinu dana (čl. 60. st. 6. ZZP-a.) Dakle, ova je presumpcija oboriva, jer se taj podatak može izvoditi iz ostalih odredbi ugovora. Čini se da je zakonodavac išao na «omekšanje» bitnih elemenata ugovora o potrošačkom zajmu imajući u vidu da se kao zajmodavac može pojaviti i prodavatelj, koji uslugu kreditiranja kupca ne pruža kao glavnu uslugu,

⁵⁷ Vidi Annex I Smjernice, CONSLEG, *op.cit.* u bilj. 49., str. 11.

⁵⁸ Čl. 10. Zakon o potrošačkim kreditih, Uradni list RS 70/2000.

kao što to čini banka kao kreditor po definiciji. Ipak nesankcioniranje povreda bitnih sastojaka ugovora o potrošačkom zajmu unosi značajnu eroziju u tek uspostavljeni sustav, pogotovo ako se ima u vidu da se na bankovne kredite primjenjuju još i Odluka HNB-a o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite,⁵⁹ (dalje: Odluka HNB-a) koja zapravo postojećim bitnim elementima dodaje još neke sastojke odnosno predradnje koje obvezuju banku.

5.1.4. Kamatne stope i njihovo iskazivanje kod potrošačkog zajma

Kamatna stopa kao cijena kredita često je odlučujući faktor potrošačeve odluke da s nekim zajmodavcem (bankom) sklopi ugovor. Taj podatak mora se na isti način iskazivati u svim ugovorima kako bi bio usporediv te kako bi potrošaču olakšao donošenje odluke. Čl. 174. ZB-a ovlastio je HNB da donese propis o jedinstvenom načinu izračunavanja i iskazivanja cijene kredita i depozita.⁶⁰

Odluka se dakle primjenjuje na sve ugovore (o kreditu, ali i o depozitu) koje banke sklapaju sa svojim klijentima. Banka je dužna izračunati efektivnu kamatnu stopu i predočiti je javnosti i klijentu (pravnim osobama na njihov zahtjev). Svaki oglas ili ponuda za sklapanje ugovora, bilo u prostorijama banke bilo u medijima, koji izravno ili neizravno predočuju kamatnu stopu ili neki drugi iznos koji se smatra dijelom cijene kredita moraju sadržavati podatak i o efektivnoj kamatnoj stopi. Taj podatak *ne smije biti manje uočljiv* od drugih, iako se može koristiti kratica. Iskaz o efektivnoj kamatnoj stopi banka treba dati *u pisanom obliku*, osim ako nije riječ o komunikaciji putem telefona. Ona se klijentu predočava *unaprijed*: prije sklapanja ugovora o kreditu, odnosno prije primanja zahtjeva za odobrenje kredita. Iako su bitni sastojci ugovora o potrošačkom kreditu propisani čl. 59. ZZP-a, ova širi listu minimuma podataka, s obzirom da kod ugovora o kreditu (isto vrijedi i za depozit) u ugovoru mora postojati odgovarajuća odredba iz koje će biti razvidno da je klijent upoznat s uvjetima kredita i efektivnom kamatnom stopom *te da mu je uručena oplatna tablica*.

Što se tiče samog načina obračuna efektivne kamatne stope, prema istoj odluci mjerodavan je složeni kamatni račun. To znači da se kamate izračunavaju od promjenjive glavnice, tj. od glavnice koja se uvećava za kamate iz prethodnog obračunskog razdoblja.⁶¹ Nadalje, primjenjuje se tzv. dekurzivni način obračuna kamata. Kod takvog obračuna kamata se obračunava i pribraja glavnici na kraju obračunskog razdoblja. Kamata se obračunava od početne vrijednosti, tj. od glavnice

⁵⁹ NN br. 74/03.

⁶⁰ O tim aspektima i drugim pitanjima vezanim za način obračuna kamata vidi kod: GIUNIO, M.A. *Zatezne kamate u hrvatskom pravu, sudskoj praksi i u projekciji*, Zbornik radova, 42. susret pravnika Opatija 2004., str. 111-146, posebice 134-136, te 140-145. Vidi i raniji rad istog autora: GIUNIO, M.A. *Ugovorne i zatezne kamate (propisi, praksa i problemi)* Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991) Vol. 22 Br. 1, str. 433-469.

⁶¹ Za razliku od toga o jednostavnim kamatama radi se ako se u obračunskom razdoblju kamate izračunavaju uvijek od iste glavnice.

s početka osnovnog razdoblja kapitalizacije (obračunskog razdoblja). Kada se primjenjuje složeno ukamaćivanje, moguće je primijeniti onu istu kamatnu stopu koja se primjenjuje kod jednostavnog ukamaćivanja (proporcionalni kamatnjak) ili pak konformni kamatnjak. Konformni kamatnjak je povoljniji za dužnika (tj. potrošača kod ugovora o kreditu) ako se kamate obračunavaju za razdoblja kraća od razdoblja na koje se odnosi nominalni kamatnjak (npr. kamatnjak je izražen na godišnjoj razini, a obračun kamata je mjesečni). Tada je potrebno nominalni kamatnjak preračunati u kamatnjak za kraće vremensko razdoblje, zbog čega dolazi do njegova smanjenja.⁶²

Odluka rješava pitanje iskazivanja efektivne kamatne stope koju se razumije kao razliku između zbroja konačnih vrijednosti uplata kreditoru (primatelju depozita) i zbroja početnih vrijednosti isplata korisniku kredita, iskazanu kao postotni udio u zbroju početnih vrijednosti isplata korisniku kredita (deponentu) izraženu na godišnjoj razini.

Sasvim drugim putem išao je ZZP. Prema čl. 60. st. 1. ZZP-a efektivna kamatna stopa je ukupan trošak zajma, izražen u ukupnom godišnjem postotku odobrenog zajma. Međutim, čl. 60. ZZP-a ovlašćuje Ministra gospodarstva da u suglasnosti s Ministrom financija propiše jedinstvenu metodu obračuna realne godišnje kamate, tj. efektivne kamatne stope. Izgubilo se iz vida da propis o načinu obračuna već postoji te je samo trebalo preispitati njegovu usklađenost sa smjernicom. Donošenje propisa o kojim će se uvesti neki drugi način obračuna kamate koji će vrijediti samo za potrošačke ugovore (oni koji to jesu prema ZZP-u) dovesti će sigurno u pitanje opstojnost Odluke HNB-a i otvoriti mnoge dileme u primjeni. Naime, hoće li se jedinstvena metoda obračuna realne godišnje kamate koju propiše ministarstvo gospodarstva primjenjivati samo sve potrošačke zajmove, odnosno hoće li obvezivati banke? Ako da, to bi značilo da bi banka za kredite gospodarstvenicima trebala primjenjivati jedan način obračuna a za potrošače drugi. Zatim, po kojim će se kriterijima procjenjivati je li netko potrošač – prema onima iz ZB-a ili iz ZZP-a ako se ugovor o kreditu sklapa s bankom.

Posebno je problematično pitanje kamata u fazi izvršenja ugovora. Kasni li dužnik s isplatom, tada banka temeljem čl. 277. st. 2. ZOO-a može zaračunati i stopu ugovorne kamate ako je ona veća od stope zatezne kamate. Problem nastaje u primjeni načina obračuna ugovorne kamatne stope koja će primjenjivati u fazi zakašnjenja umjesto zatezne. Kako su odredbe o zateznoj kamati prisilne naravi, banke će kod zakašnjenja s ispunjenjem dospjelih obveza za razdoblje duže od godine dana morati primjenjivati prosti način obračuna kamata, bez obzira što će stopa biti ugovorna, s obzirom da tako slijedi iz kritiziranog «vjerodostojnog tumačenja» Zakona o zateznim kamatama.⁶³

⁶² Konformni kamatnjak je onaj kamatnjak koji za istu glavniciu daje jednaki iznos kamata bez obzira vrši li se obračun u vremenskim razdobljima dužim ili kraćim od razdoblja na koje se odnosi nominalni kamatnjak.

⁶³ NN 58/04. Vidi kritiku kod GIUNIO, *Zatezne kamate...* str. 136-146.

5.1.5. Ukupni troškovi zajma (kredita)

Iako je u kamatnoj stopi izražena cijena korištenja tuđeg novca, potrošač je pri sklapanju ugovora o potrošačkom zajmu izložen i drugim troškovima. Od tih troškova najčešće se u našoj bankovnoj praksi pojavljuju: naknada za vođenje računa,⁶⁴ transakcijska naknada,⁶⁵ naknada za stavljanje kredita na raspolaganje,⁶⁶ koja se još naziva i naknada za kredit i sl. Svi ti troškovi moraju biti jasno iskazani u ugovoru o potrošačkom zajmu (kreditu).

Naš zakonodavac u čl. 61. st. 2. ZZP-a navodi troškove koji ne ulaze u pojam «ukupnih troškova zajma», replicirajući čl. 1a. st. 2. Smjernice. Tim troškovima nisu obuhvaćeni iznosi *ugovornih kazni* koje je potrošač dužan platiti u slučaju neispunjenja neke od odredaba ugovora o zajmu, zatim troškovi «*transfera novca na račun potrošača*, te inače *novčanih doznaka*». Osim toga time ne bi bili obuhvaćeni niti troškovi računa na koji je potrošač dužan uplaćivati obroke zajma, osim ako potrošaču nije bila ostavljena mogućnost odabira želi li otvaranje takvog posebnog računa, a troškovi tog računa nerazumno su visoki. Dalje, ukupnim troškom zajma nisu obuhvaćeni ni troškovi članarina za sudjelovanje u određenim udrugama ili skupinama koji ne proizlaze iz ugovora o zajmu, a utječu na uvjete ugovora o zajmu. U pogledu troškova *osiguranja isplate zajma*, oni također ne ulaze u ukupni trošak, osim iznimno troškova osiguranja ugovorenog za slučaj smrti, bolesti ili gubitka zaposlenja potrošača, ali pod uvjetom da je iznos troškova osiguranja ugovorenog za te slučajeve, uključujući kamate i druge troškove, jednak ili manji od ukupnog iznosa kredita te ako je to osiguranje bilo uvjet za odobrenje zajma. Konačno, ako je riječ o potrošačkom zajmu za kupnju proizvoda ili usluge, tim troškovima nisu obuhvaćeni troškovi različiti od prodajne cijene proizvoda ili usluge za čiju se kupnju zajam odobrava, a koje bi potrošač, na temelju ugovora o kupnji tih proizvoda ili usluga, ionako bio dužan platiti bez obzira plaća li ih svojim ili pozajmljenim novcem.

5.1.6. Obveza obavještanja potrošača (prije i) nakon sklapanja ugovora

Već je naprijed bilo govora o podacima o kojima zajmodavac mora obavijestiti potrošača prije samog sklapanja ugovora. Spomenuta Odluka HNB-a zahtijeva da banka efektivnu kamatnu stopu predoči klijentu prije primanja njegova zahtjeva za odobrenje kredita kao i prije sklapanja ugovora o kreditu. Taj iskaz prema istom propisu treba dati u pisanom obliku, osim ako se ne radi o komunikaciji telefonom. Slično propisuje čl. 62. ZZP-a, šireći spektar podataka o kojima mora zajmodavac pisanim putem obavijestiti potrošača i to “u razumnom roku prije sklapanja ugovora”. To su podaci “o najvišem iznosu zajma, ako takav postoji, o godišnjoj kamatnoj stopi te pretpostavkama pod kojima se ona može promijeniti, o troškovima koji se u vrijeme

⁶⁴ Npr. 4 EUR godišnje za stambeni kredit Wustenrot stambene štedionice.

⁶⁵ Npr. 0,40% od iznosa uplate za stambeni kredit Wustenrot stambene štedionice.

⁶⁶ 1,00% za stambeni kredit Wustenrot stambene štedionice.

sklapanja ugovora naplaćuju te pretpostavkama pod kojima se oni mogu promijeniti, kao i o *pretpostavkama i postupku raskida ugovora*».

Kada je zajmodavac banka, bančina obveza obavještanja potrošača o stanju njegova kreditnog (ili depozitnog) računa, prema čl. 175. st. 1. ZB, izvršava se na ugovoreni način, a *najmanje jednom godišnje*. U pogledu obveze zajmodavca da obavijesti potrošača o promjenama u kamatnoj stopi ili trošku, čl. 175. st. 2. ZB-a zahtijeva od banke da potrošača obavijesti o promjeni kamatne stope (kada je ona promjenjiva) prije nego što se one počnu primjenjivati, dok čl. 62. st. 2. ZZP-a govori o obavijesti o promjeni kamate ili troška «u razumnom roku nakon izvršene promjene». S obzirom da se propisi međusobno razlikuju, treba *in favorem* potrošača, kod potrošačkih kredita primjenjivati propis ZB.

5.1.7. Posebna prava potrošača

Naše pravo ne predviđa poseban tzv. *cooling-off* period tj. vremenski ograničen period unutar kojeg potrošač može odustati od ugovora, ali to pravo potrošaču pripada već prema čl. 1068. ZOO-a, dogod nije počeo koristiti kredit.⁶⁷ Nije, međutim, jasno ima li banka pravo obračunati neke troškove potrošaču kada je on odustao od ugovora prije nego što je počeo koristiti kredit. Slovenski zakonodavac daje mogućnost davatelju kredita da u tom slučaju obračuna naknadu troškova odobrenja kredita i troškova rezervacije sredstava, što se čini razumnim rješenjem (čl. 11. st. 4. SZPK).

Iduće pravo potrošača vezano je za mogućnost ispunjenja ugovora o zajmu prije roka. To propisuje i čl. 1068. ZOO-a. Prema ZOO-u korisnik kredita može vratiti kredit i prije roka određenog za vraćanje, ali je dužan o tome unaprijed obavijestiti banku, i u tom je slučaju dužan banci naknaditi štetu. Da banke mogu potraživati samo *stvarnu štetu*, vidljivo je iz čl. 1068. st. 4. ZOO-a, prema kojem banka nema pravo obračunati kamate od dana stvarnog vraćanja kredita do dana kada je kredit trebalo vratiti, što je zapravo bančina izgubljena dobit.

Prema čl. 64. st. 2. ZZP-a isto pravo vrijedi i za potrošača. Kako taj propis ne mijenja bit čl. 1068. st. 4. ZOO-a, taj prisilni propis i dalje ostaje na snazi, a potrošač pored toga ima pravo na razmjerno sniženje ukupnog troška zajma koji se sastoji u razlici iznosa kamata od trenutka plaćanja do trenutka u kojem je, prema ugovoru, trebalo izvršiti plaćanje. Slovensko pravo primjerice predviđa (čl. 12. SZPK-a) da davatelj kredita ima pravo naplatiti troškove obračuna prijevremene otplate kredita, ali ti troškovi ne mogu biti viši od polovice troškova nastalih pri odobravanju kredita (čl. 12. st. 3. SZPK-a).

Iako to proizlazi i iz općih propisa obveznog prava, u slučaju cesije na aktivnoj strani potrošač ima pravo istaknuti novom zajmodavcu sve prigovore koje bi imao i prema starom zajmodavcu, osim osobnih prigovora (čl. 65. ZZP-a).

⁶⁷ Slovenski zakonodavac primjerice taj period ograničava na 5 dana od dana zaključenja ugovora pod uvjetom da se nije započeo koristiti kredit, što je nepovoljnije za potrošača. Vidi Zakon o potrošačkim kreditima, Uradni list RS 70/2000.

5.1.8. Ostale odredbe koje štite potrošače kod potrošačkog zajma

Čl. 66. ZZP-a regulira situaciju u kojoj se otplata zajma predviđa sredstvima bezgotovinskog plaćanja. Radi se o mjenici ili čeku (bankovnoj kartici) i sl. U tom slučaju, zajmodavac je dužan koristiti ta sredstva plaćanja isključivo za otplatu zajma, u protivnom odgovara za štetu. Ovaj propis replicira čl. 10. Smjernice.⁶⁸

Idući, čl. 67. ZPP-a regulira situaciju u kojoj su potrošaču povrijeđena prava iz osnovnog ugovora koji je bio kauzom sklapanja ugovora o potrošačkom zajmu sa zajmodavcem. Radi se o situaciji u kojoj osnovni ugovor nije uredno ispunjen ili nije uopće ispunjen od strane potrošačeva sukontrahenta. Ugovorom o potrošačkom zajmu zabranjeno je da se potrošača obvezuje da na zajmodavca ili neku treću osobu prenese ili u njihovu korist ograniči svoja prava koja mu prema sukontrahentu pripadaju u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja osnovnog ugovora.

S time u vezi potrebno je primijetiti da će ovakav sastojak ugovora biti tipičan za opće uvjete poslovanja u ugovoru o leasingu. Međutim, prema čl. 57. ZZP-a odredbe ZZP-a o potrošačkom zajmu ne primjenjuju se *na ugovore o zajmu namijenjene zakupu stvari, osim ako je ugovorom o zakupu predviđeno da će na kraju ugovorenog roka zakupa stvar prijeći u vlasništvo zakupnika*. Ovo predmetno ograničenje polja primjene ZPP-a, odnosno njegovih odredbi o potrošačkom zajmu nije sasvim jasno. Vjerojatno se misli na takav ugovor o leasingu (zakup stvari) u kojem vlasništvo na predmetu leasinga prelazi s otplatom posljednje leasing naknade. Međutim, tu se gubi iz vida da do prijenosa vlasništva ne dolazi po automatizmu (inače bi se radilo o ugovoru o prodaji stvari uz zadržanje prava vlasništva) već je to (financijski) leasing s opcijom kupnje koja se može, ali i ne mora realizirati. Stoga se postavlja pitanje ulaze li primjerice ugovori o leasingu s opcijom kupnje u polje primjene glave VIII. ZZP-a (potrošački zajam). Radi zaštite potrošača bilo bi dobro da su i ti ugovori obuhvaćeni ZZP-om.

Posebnu zaštitu prema ZZP-u (i Smjernici)⁶⁹ uživa potrošač koji je sklopio ugovor o zajmu sa zajmodavcem radi kupnje nekog proizvoda ili usluge kada je zajmodavac različit od prodavatelja, pri čemu prethodno postoji sporazum prodavatelja i zajmodavca prema kojem se zajmodavac obvezuje potrošačima odobravati zajam *isključivo za kupnju proizvoda ili usluga tog prodavatelja*. Tada, potrošač može, ne uspije li ostvariti prava koja ima prema prodavatelju zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji, zahtijevati od zajmodavca nadoknadu štete koju je pretrpio zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji. U slučaju raskida osnovnog ugovora (o prodaji) raskida se i ugovor o zajmu, a da pritom zajmodavac ne može od potrošača zahtijevati naknadu štete koju je zbog toga pretrpio. Osim toga zajmodavac koji naknadi štetu potrošaču ima pravo regresa prema prodavatelju (iznos isplate, uvećan za kamate od dana isplate, troškove iz spora s potrošačem od trenutka kada je obavijestio prodavatelja o tom sporu, kao i nadoknadu vlastite štete).

⁶⁸ Vidi CONSLEG, *op.cit.*, u bilj. 49., str. 8.

⁶⁹ Vidi čl. 11. Smjernice.

5.1.9. Zakonsko založno pravo zajmodavca

Prema čl. 69. ZZP-a zajmodavac koji je s potrošačem sklopio ugovor o potrošačkom zajmu ima, radi osiguranja naplate svojih tražbina iz ugovora o zajmu, zakonsko založno pravo na stvari koju je potrošač kupio pozajmljenim novcem. Za razliku od Smjernice,⁷⁰ naš zakonodavac ne rješava pitanje može li i pod kojim uvjetima zajmodavac uzeti u posjed stvar za čiju je kupnju predumjmljen kredit i koja se nalazi kod potrošača, pogotovo ako potrošač nije na to pristao. Očito će predaju u posjed trebati tražiti sudskim putem.

5.1.10. Zajam u obliku dopuštenog prekoračenja na tekućem računu

U čl. 57. ZZP-a isključuje primjenu odredbi Glave VIII. ZZP-a na «ugovore o dopuštenom prekoračenju» s jedne strane, a da istodobno u čl. 70.-71. ZZP-a regulira situacije dopuštenog prekoračenja. Riječ je o redakcijskoj nepreciznosti koja je rezultat nepotpunog prijevoda smjernice. Naime Smjernica također iz polja primjene isključuje ugovore o dopuštenom prekoračenju na tekućem računu (osim za dopuštena prekoračenja po računima kreditnih kartica), ali predviđa da će se na te ugovore primjenjivati čl. 6. kojim se uređuje o čemu se potrošača mora pri takvim kreditima obavijestiti u vrijeme ili prije sklapanja ugovora.⁷¹ U tom smislu je ZZP slijedio smjernicu, ali se u čl. 57. ZZP-a zaboravilo propisati da će se na te ugovore primjenjivati odredbe čl. 70. ZZP-a.

Kod tih ugovora potrošač mora *prije ili u trenutku sklapanja ugovora* biti informiran o dopuštenoj gornjoj granici prekoračenja na tekućem računu, o godišnjoj kamatnoj stopi te pretpostavkama pod kojima se ona može promijeniti, o troškovima koji se u vrijeme sklapanja ugovora naplaćuju te pretpostavkama pod kojima se oni mogu promijeniti, kao i o pretpostavkama i postupku raskida ugovora.

Nakon sklapanja ugovora o zajmu, zajmodavac je dužan obavijestiti potrošača o svakoj promjeni godišnje kamatne stope ili bilo kojeg drugog troška, u razumnom roku nakon izvršene promjene. Ovaj rok je zapravo blaži od onog koji je propisan ZB-om. Stoga, kada je ovaj oblik kreditiranja predumjmla banka (a to će redovito biti slučaj), treba primjenjivati odredbu čl. 175. st. 2. ZB-a. Prema toj odredbi banka je dužna obavijestiti potrošača o promjeni tih (promjenjivih) kamatnih stopa prije nego se one počnu primjenjivati. U pogledu načina obavješćavanja ZB određuje sredstva javnog informiranja ili neki drugi odgovarajući način, dok ZZP predviđa dostavu obavijesti u izvješću o stanju računa, u obliku pisane obavijesti ili na drugi način koji su stranke ugovorile.

U slučaju da je ugovor o dopuštenom prekoračenju sklopljen prešutno, prema čl. 71. ZZP-a, banka je također dužna potrošača obavijestiti o godišnjoj kamatnoj stopi i ostalim troškovima kojima će teretiti tekući račun potrošača zbog prekoračenja, kao i o promjeni visine kamatne stope ili troškova u slučaju da prekoračenje traje duže od tri mjeseca. Predviđen je isti način obavješćavanja.

⁷⁰ Čl. 7. Smjernice CONSLEG, str. 8.

⁷¹ Vidi čl. 2. st. 1. (e) Smjernice, CONSLEG, str. 6.

5.2. Bankovni (novčani) depozit odnosno štedni ulog

Potrošačko zaštitno zakonodavstvo nema posebnih propisa koji bi vrijedili za bankovne (novčane) depozite. Kako se radi o pasivnom bankovnom poslu, naizgled se zaštita ne čini u toj mjeri potrebnom, međutim drukčiji pristup ima ZB, koji s nekoliko propisa regulira i depozitne poslove s potrošačima, pri čemu se većina propisa koji vrijede za kreditne poslove *mutatis mutandis* primjenjuje i na poslove depozita (definicija potrošača, pisani oblik ugovora). ZB-om su propisani i bitni sastojci općih uvjeta poslovanja banke za poslove depozita, i to u čl. 173. st. 4 t. 1-6 ZB-a. Ti su sastojci opsegom manji od onih koje je obvezatno navesti u općim uvjetima poslovanja banke za kredite, što je uvjetovano samom naravi depozitnog posla.

Podatak o nominalnoj godišnjoj kamatnoj stopi, o načinu obračuna kamata, o uvjetima pod kojima se mogu mijenjati kamatne stope te o efektivnoj kamatnoj stopi koja odražava ukupan prinos (na depozit) podaci su koji moraju biti iskazani jednako u općim uvjetima poslovanja za kredite i za depozite. U općim uvjetima poslovanja i za kredite i za depozite na sličan se način iskazuje naknada i eventualne provizije. Ono po čemu se njihovi bitni sastojci razlikuju jesu osnovne informacije o *osiguranju uloga odnosno depozita*, koje postoje kod depozitnih poslova.

U promatranim općim uvjetima poslovanja nekih banaka, uočeno je da niti jedna od banaka nije iskazala podatke o osiguranju uloga odnosno depozita. Smatram da je to jedna od vrlo bitnih informacija koju treba potrošačima učiniti dostupnom prije sklapanja ugovora, obzirom da okolnost da RH osigurava štedne uloge građana jest jedan od rijetkih, ali učinkovitih primjera zaštite štednje građana.

Naime, osiguranje štednih uloga obavezno je za sve banke i štedionice koje posluju u Republici Hrvatskoj i koje imaju odobrenje za rad Hrvatske narodne banke.⁷² Za osiguranje štednih uloga banke i štedionice plaćaju Državnoj agenciji za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka (DAB) premiju u visini propisanoj Pravilnikom o osiguranju štednih uloga.⁷³ DAB provodi isplatu osiguranih štednih uloga u slučaju stečaja banke ili štedionice. Pod pojmom štednog uloga podrazumijevaju se *novčana sredstva građana u kunama ili stranoj valuti položena na račun temeljem ugovora o depozitu ili kao polog na štednu knjižicu*. Iznos osiguranog štednog uloga obračunava se kao ukupan iznos pologa jedne osobe, bilo da je položen na jednom ili više računa, u domaćoj i/ili stranoj valuti, s tim da ukupan iznos ne može prijeći osigurani iznos. U osigurani iznos uključuju se i kamate na štedne uloge obračunate do datuma stečaja. Kamate na osigurane uloge u slučaju stečaja banke ili štedionice obračunavaju se u visini kamatne stope po viđenju te banke ili štedionice od dana zadnjeg pripisa kamata do dana pokretanja stečajnog postupka.

⁷² Vidi Zakon o Državnoj agenciji za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka (NN 44/94, 79/98, 19/99 i 35/00). Visinu osiguranog štednog uloga svojom Odlukom propisuje Ministar financija (NN 88/98).

⁷³ (NN 65/97, 105/98)

Osigurani štedni ulog propisan Odlukom Ministra financija iznosi 100.000,00 kn. U slučaju stečaja banke ili štedionice DAB isplaćuje svakom štediši osigurani štedni ulog do visine 100.000,00 kn, a ukoliko ukupan iznos štednog uloga prelazi propisani osigurani iznos, razliku iznad 100.000,00 kn do ukupnog iznosa uloga štediša prijavljuje u stečajnu masu banke ili štedionice. Štedni ulozi u stranoj valuti u slučaju stečaja banke ili štedionice naknađuju se u kunama.

De lege ferenda trebalo bi poduzeti određene izmjene navedenih propisa kako bi se osigurala sukladnost standardima EU sadržanima u Smjernici EZ-a o garancijama na depozite.⁷⁴ Smjernica je donesena kako bi se na paneuropskoj osnovi ujednačilo i povećalo zaštitu uloga deponiranih kod banaka. Naime, ako deponenti kao (neosigurani) vjerovnici banke pretrpe štetu zbog toga jer je banka postala insolventna, učinak te štete može se odraziti na cjelokupni nacionalni bankovni sektor, jer će kao rezultat gubitka povjerenja doći do povlačenja bankovnih depozita, ne samo iz banke koja je insolventna već iz svih bankovnih institucija.

Razlike između zemalja članica nisu samo u iznosu osiguranog uloga već i u činjenici da u određenim državama članicama takvi oblici osiguranja nisu uopće postojali.⁷⁵ Zbog toga smjernica predviđa da iznos pokriva kojeg deponent treba dobiti u slučaju da isplata depozita postane nedostupna (*unavailable*), mora minimalno iznositi 20 000 ECU (sada EUR-a).⁷⁶ Do ovog iznosa došlo se nakon brižljive procjene, s jedne strane interesa potrošača i interesa financijske stabilnosti, a s druge strane se vodilo računa da bi previsoki iznos osiguranog uloga mogao potaknuti nesavjesno upravljanje bankom. S druge strane, iznos nije fiksna već će se prilagoditi u skladu s rastom dohotka i drugim faktorima. Prva revizija upravo pada u vrijeme pisanja ovog rada (31.12.2004.) i obavlja ju Komisija EZ-a. Minimalni iznos osiguranja uloga ne sprečava države članice da zadrže viši iznos osiguranja. S druge strane, postoji mogućnost da se za neke vrste depozita zbog socijalnih faktora pridrži osiguranje u cijelosti.

Pri tom je važna definicija depozita. U čl. 1. st. 1. Smjernice on je definiran kao pozitivan saldo na računu kojeg je banka dužna isplatiti te dug banke sadržan u ispravi koju je izdala banka. Da bi se došlo do pojma pozitivnog salda, treba primijeniti pravila o prebijanju tražbina, što se čini prema zakonskim i ugovornim odredbama koje se primjenjuju na depozit. Tu se zapravo upućuje na nacionalno pravo. Smjernica sadrži i veliki broj iznimaka, tj. onih depozita koji nisu pokriveni osiguranjem. Razlikuju se tri vrste depozita koji su apsolutno isključeni (*must*). To su: vlastiti depoziti drugih kreditnih institucija kod depozitara, instrumenti koji se

⁷⁴ Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, *OJL 135*, 31/05/1994 P. 0005 – 0014

⁷⁵ Kao primjerice Portugal i Grčka. Vidi поближе EGAN/LOCKETT/RUSHBROOKE *EC Financial Services Regulation*, Wiley 1994. par. 8.33-8.35. Tako npr. od zemalja članica koje poznaju osiguranje štednih uloga najniži iznos pokriva bio je u Španjolskoj (11 700 ECU), dok je vrlo visok bio u Italiji (500 000 ECU), odnosno u Njemačkoj za koju stoji da postoji virtualno potpuno pokriva.

⁷⁶ Čl. 7. Smjernice, *op.cit.* u bilj. 74.

smatraju vlastitim sredstvima te depoziti koji su nastali kao posljedica pranja novca. S druge strane smjernica sadrži i brojne izuzete slučajeve koje države članice mogu isključiti iz pojma osiguranog uloga (*may*). Nije jasno radi li se o primjeričnoj ili taksativnoj listi. Osiguranjem uloga tako ne moraju biti pokriveni:

- depoziti osigurateljskih društava,
- depoziti vlade i organa uprave,
- depoziti organa lokalne samouprave,
- depoziti investicijskih fondova,
- depoziti mirovinskih fondova,
- depoziti članova uprave te osoba koje osobno odgovaraju za obveze banke, kao i depoziti osoba koje imaju više od 5% temeljnog kapitala banke, te depoziti ovlaštenih revizora banke ili povezanih društava čiji je banka član,
- depoziti bliskih osoba koje djeluju za račun prethodno navedenih osoba,
- depoziti drugih društava unutar povezanih društava,
- depoziti koji ne glase na ime,
- depoziti koje je deponent na individualnoj osnovi i pod povoljnim uvjetima dobio od iste kreditne institucije te je zbog tih financijskih ustupaka došlo do pogoršanja situacije kreditne institucije,
- obveznice odnosno zadužnice same banke, odnosno odgovornost koja proizlazi iz mjenice,
- depoziti koji nisu u valuti zemlje članice niti u ECU,
- depoziti društava koja ne mogu prema propisima četvrtе smjernice europskog prava izrađivati skraćenu bilancu.⁷⁷

Iako je depozit detaljno definiran, to nije slučaj s osobom deponenta. Ovo se rješenje kritiziralo upravo zbog toga što će se na taj način osiguranjem uloga moći koristiti i pravne osobe, što će osobito pogodovati malim i srednjim poduzećima. U pogledu deponenta smjernica sadrži još neke propise o postupanju s depozitima na tzv. zajedničkim računima. U slučaju da postoji više ovlaštenika na računu, a ne postoje posebne odredbe, načelo je da se minimum osiguranog uloga primjenjuje na svakog deponenta, tj. da se depozit dijeli na osobe i svaki deponent ostvaruje iznos osiguranja. Ipak zemlje članice mogu unijeti različita ograničenja tog pravila, posebice ako se radi o *partnership*-u ili drugom entitetu bez pravne osobnosti – tada mogu tretirati račun kao jedinstven, radi izračuna iznosa pokrivača.

Smjernica smatra bitnim elementom informiranje deponentata o tome da postoji osiguranje uloga. Prilikom informiranja mora postojati naznaka iznosa osiguranog uloga. Podaci o postupku ostvarivanja zahtjeva dostavljaju se na zahtjev deponenta.

⁷⁷ RUŽIĆ, T. *Korporativno financijsko izvješćivanje Europske unije – od direktiva do uredbe*, RRiF, br. 4/2003., str. 51-55. Vidi kako je došlo do povećanja pragova za mala i srednja društva još RUŽIĆ, T. *Izmjene u korporativnom financijskom izvješćivanju EU – iznimke za mala i srednja društva*, RRiF, br. 7/2003., str. 57-59. Vidi općenito o obvezi financijskog izvješćivanja ČULINOVIĆ-HERC, E. *Financijska transparentnost (javnih) dioničkih društava – trendovi u europskom pravu društava i mogući utjecaj na hrvatsko pravo*, Zbornik PFZ, 53 (6) 1475-1499 (2003)

Iz ovog prikaza smjernice vidljivo je da hrvatsko zakonodavstvo treba uskladiti prvenstveno u pogledu iznosa osiguranog uloga. Međutim, poželjno bi bilo propisati izuzete slučajeve. S druge strane, naše zakonodavstvo je na dobrom tragu što ovu mogućnost predviđa samo za uloge građana, što je bila prvotna intencija smjernice. U pogledu zahtjeva transparentnosti naše pravo već predviđa isticanje tog podatka u općim uvjetima poslovanja banke. Činjenica je da banke u svojim općim uvjetima poslovanja ne ističu taj podatak.

5.3. *Kartično poslovanje*

Kartično poslovanje važan je segment (bezgotovinskog) platnog prometa, iako ga Zakon o platnom prometu u zemlji (dalje: ZPPZ)⁷⁸ posebno ne imenuje. Platni promet u RH se počevši od donošenja ZPPZ-a sve više vraća u ruke banaka, posebice kada je riječ o tzv. poslovnim subjektima.⁷⁹ Građani, odnosno potrošači kao korisnici usluga plaćanja orijentirani su još uvijek na plaćanje putem pošte (gotovinske uplate ili isplate), koja djeluje kao zastupnik - Hrvatske poštanske banke, odnosno neke druge banke. To znači da Hrvatska pošta ne obavlja poslove platnog prometa na temelju zakonske ovlasti već samo temeljem ugovornog odnosa s bankama.

Kod plaćanja putem plastičnih kartica,⁸⁰ korisnik kartice (dužnik) preuzima obvezu da će određenu svotu novca platiti izdavatelju kartice, pri čemu vjerovnik korisnika (prodavatelj robe ili usluge) stječe pravo da taj novčani iznos naplati od izdavatelja kartice.⁸¹ Svojim potpisom na slipu – tj. autorizacijom elektroničke platne transakcije, korisnik kartice potvrđuje nastanak odnosa iz kojeg nastaje njegova obveza isplate. Pri tom je izdavatelj kartice u ugovornom odnosu s korisnikom kartice, ali i u ugovornom odnosu s prodajnim mjestom. Od korisnika kartice naplaćuje članarinu (u pravilu u paušalnom iznosu), dok od prodajnog mjesta naplaćuje proviziju (u pravilu u postotku vrijednosti dobara i usluga naplaćenih karticom).

Razlikuju se kreditne kartice koje izdaju trgovačka društva registrirana za djelatnost posredovanja u plaćanju (AMEX, Diners club), kao i kreditne kartice koje izdaju banke.⁸²

Iako kartično poslovanje opsegom transakcija po broju korisnika i prodajnih mjesta ne zaostaje za razvijenijim zemljama, a u posljednje vrijeme istiskuje i plaćanje čekom, pravni propisi našeg prava ne prate na zadovoljavajući način ovu materiju.

⁷⁸ NN 117/2001., stupio na snagu 1. siječnja 2002.

⁷⁹ Vidi čl. 2. st. 4., ZPPZ.

⁸⁰ Pregledno o kartičnom poslovanju ZUBER, M. *Plastične kartice kao sredstvo plaćanja*, u: Načini plaćanja i instrumenti osiguranja plaćanja, Zagreb 2000., str. 119-144.

⁸¹ Osim kreditnih kartica koje su kod nas najraširenije postoje još i debitne kartice odnosno *prepaid* kartice.

⁸² Dok kod prethodnih izdavatelji kartica naplaćuju porez na dodanu vrijednost korisnicima kartica na iznos godišnje članarine, a prodajnim mjestima na iznos provizije, kod bankovnih kartica (VISA MasterCard) to nije slučaj, s obzirom da banke prema odredbama čl. 11. ZPDV-u obavljaju promet oslobođen PDV-om.

Za ugovore koje sklapaju korisnici kartica s izdavateljima vrijede samo propisi općeg obveznog prava. Ugovorni sadržaj vidljiv je pak iz općih uvjeta poslovanja izdavatelja kartice (u ovom slučaju banke), te se zaštita potrošača može ocijeniti jedino uvidom u različite opće uvjete poslovanja.

U europskom pravu za sada ne postoji niti jedna smjernica koja bi harmonizirala uvjete pod kojima kartičari obavljaju svoje usluge. Međutim, postoje dvije preporuke od kojih je jedna adresirana na izdavatelje kartica, a druga na države članice.

U Preporuci iz 1988.⁸³ godine kojom se pozvalo izdavatelje kartica da usklade svoje poslovanje s Preporukom, naglasak je bio na unošenju transparentnosti u odnos između izdavatelja i korisnika kartice. Tako je osim naznake cijene usluge koja se nudi korisniku kartice, u ugovoru između izdavatelja i korisnika trebalo naznačiti i radi li se o transakciji koja se izvršava trenutno ili uz odgodu te u kojem periodu se korisniku ispostavlja račun (ako se radi o takvim transakcijama). Korisnika kartice mora se ugovorom upozoriti na sigurnosne mjere čuvanja kartice i PIN-a. Također korisnik mora biti upoznat s time da u najkraćem roku od saznanja o gubitku kartice / ili njenoj krađi / pogrešnom vođenju računa korisnika - treba obavijestiti izdavatelja. Važno je pravilo da u slučaju spora radi odgovornosti zbog neautorizirane transakcije, izdavatelj kartice ima teret dokaza o tome da je transakcija uredno zaprimljena i uredno izvršena te da neautorizirana transakcija nije uzrokovana greškama tehničke naravi. Odgovornost korisnika kartice u slučaju gubitka ili krađe ograničena je iznosom do 150 ECU-a, po transakciji. Ta odgovornost prestaje nakon što korisnik obavijesti izdavatelja. Do gubitka ograničenja odgovornosti može doći ako je korisnik djelovao grubom nemarnošću ili prijevarno. Opseg odgovornosti ocjenjuje se prema pravu mjerodavnom za ugovor između korisnika i izdavatelja kartice.

Preporuka iz 1997. godine,⁸⁴ upućena je *državama članicama* koje se pozivaju da donesu odgovarajuće mjere kako bi izdavatelji kartica uskladili s njome svoje poslovanje. Preporuka se primjenjuje na elektroničko plaćanje (EFT) koje ne izvršavaju financijske institucije, podizanje gotovog novca putem bankomata (*cash dispenser machines and automated teller machines*) koji se nalaze u poslovnom prostoru izdavatelja kartice ili institucije koja mora primiti sredstvo plaćanja. Ugovorom između izdavatelja i korisnika mora se označiti mjerodavno pravo. Ugovor mora biti pisan jednostavnim jezikom. Preporuka sadrži i bitne sastojke ugovora. Među njima su:

- opis elektroničkog sredstva plaćanja,
- međusobna prava i obveze (posebno u pogledu sigurnosnih mjera pri držanju elektroničkog sredstva plaćanja),

⁸³ *Commission Recommendation 88/590/EEC of 17 November 1988 concerning payment systems, and in particular the relationship between card-holder and card-issuer*, OJ L 317, 24.11.1988. str. 55-58.

⁸⁴ *Commission recommendation of 30 July 1997 concerning transactions by electronic payment instruments and in particular the relationship between issuer and holder*, OJ L 208 2.08.1997 str. 52-58.

- vrijeme izvršenja transakcije, datum valute ili datum ispostavljanja računa, ako korisnik nema račun kod izdavatelja,
- naknade korisnika izdavatelju (inicijalna odnosno godišnja članarina, posebne provizije, kamatna stopa i način njezina izračuna),
- vrijeme u kojem se može osporiti transakcija te postupak reklamacije.

Predviđena je i izdavateljeva obveza izvještavanja korisnika po izvršenju transakcije (izvod). Obavijest mora najmanje sadržavati: podatke pomoću kojih će korisnik identificirati transakciju, iznos transakcije, transakcijski trošak (provizija i sl.) Ako se radi o transakciji u inozemnoj valuti, izdavatelj je dužan korisnika izvjestiti i o valutnom tečaju koji je primijenjen kod obračuna u domaću valutu. S druge strane, korisnik ima obvezu izvještavanja izdavatelja o krađi, gubitku kartice, neovlaštenom knjiženju na njegov račun te o bilo kojoj drugoj nepravilnosti u vođenju njegova računa. Odgovornost je ograničena (150 ECU-a), a traje do obavještavanja izdavatelja, osim ako se ne radi o prijevnom postupanju ili gruboj nemarnosti. Međutim, važan je propis prema kojem korisnik kartice nije odgovoran ako je sredstvo plaćanja korišteno bez fizičke prezentacije osobe, odnosno bez elektroničke identifikacije (samog instrumenta). Činjenica da je neka druga osoba koristila tajni kod nije sama po sebi dovoljna da bi rezultirala odgovornošću korisnika (čl. 6. st. 3. Preporuke). S druge strane, izdavatelj kartice ne smije drugoj osobi razotkriti korisnikov PIN ili drugi kod, ne smije dostavljati netražena elektronička sredstva plaćanja, osim ako ona nisu zamjena za sredstva koje je korisnik već imao. Također postoji njegova obveza čuvanja dokumentacije o provedenim transakcijama kako bi se mogle utvrditi i ispraviti pogreške u knjiženju, osigurati korisniku odgovarajuća sredstva radi izvještavanja izdavatelja o događajima o kojim ga je dužan izvjestiti.

Uvidom u opće uvjete poslovanja izdavatelja nekih kartica u nas vidljivo je da pojedini izdavatelji kartica predviđaju odgovornost korisnika kartice i nakon što on prijavi njezin nestanak, što je u potpunoj suprotnosti sa smislom preporuke, koja ograničava korisnikovu odgovornost vremenski (do prijave nestanka) i iznosom (do 150 ECU-a po neovlaštenoj transakciji). Odgovornost korisnika nakon podnošenja prijave prema preporuci postoji samo u slučaju grube nemarnosti ili prijevornog postupanja. Isto tako može se zapaziti da izdavatelj kartice pridržava sebi pravo raskida ugovora čak i u slučaju da korisnik kartice u potpunosti ispunjava svoje obveze iz ugovora. Također, osim sudske posteriorne kontrole, ne postoji preventivna kontrola općih uvjeta poslovanja kartičara.

6. Zaključak

S recepcijom Smjernice o potrošačkim kreditima iz 1987. godine u ZZP, u hrvatskom je pravu znatno ojačan položaj potrošača kod tzv. potrošačkog zajma, bez obzira radi li se o zajmu banke ili nekog drugog subjekta. Veće obveze zajmodavca u predugovornoj fazi, preciziranje bitnih elemenata ugovora te posebna prava potrošača postaju novom polugom pomoću koje se nastoji ostvariti ravnoteža položaja ugovornih strana. Ipak, dugačka lista bitnih sastojaka ugovora, bez preciziranja sankcija u slučaju

njihova izostavljanja te veći broj zakonskih presumpcija relativiziraju «bitnost» tih elemenata. Posebno zbog toga što posebni propisi koje je donijela Hrvatska narodna banka šire listu podataka i radnji koje je potrebno obaviti prije sklapanja ugovora kada se radi o ugovoru o kreditu koji se sklapa s potrošačem (dostava otplatne tablice, način iskazivanja efektivne kamatne stope). Prema ZZP-u nejasne su i posljedice izostavljanja bitnih sastojaka. Rezultira li to ništavošću ugovora o kreditu ili su moguće neke blaže sankcije? Slovenski je zakonodavac ovu situaciju sankcionirao na način da je pridržao pravo da potrošač odustane od ugovora. S druge strane ZB, s obzirom da propisuje minimalni sadržaj općih uvjeta poslovanja banaka, djeluje također u pravcu povećanja zaštite potrošača. Bez obzira na propisivanje minimuma sastojaka u općim uvjetima poslovanja, opći uvjeti poslovanja banaka ne prolaze tzv. preventivnu kontrolu, već samo posteriornu sudsku kontrolu. Autorica je mišljenja da bi zbog djelovanja posteriorne sudske kontrole (*inter partes*) preventivna kontrola općih uvjeta poslovanja banaka bila poželjna, i to od strane HNB-a u sklopu svojih nadzornih ovlasti. Ta bi se kontrola mogla obavljati testiranjem općih uvjeta poslovanja na sivu listu klauzula iz čl. 82. ZZP-a ili na crnu listu klauzula iz prijedloga nove Smjernice o potrošačkom kreditu. U kontekstu propisa koje tek treba donijeti skrenuta je pozornost na pitanje propisivanja jedinstvene metode obračuna realne godišnje kamate odnosno efektivne kamatne stope za potrošače. Kako to pitanje već rješava Odluka HNB-a za banke, a ovlast propisivanja metode obračuna stope za potrošačke ugovore prema ZZP-u pripada ministru financija i ministru gospodarstva, valja voditi računa o kompatibilnosti tih dvaju provedbenih propisa, inače će banke morati obračunavati na različit način kamatnu stopu kada je riječ o potrošačkim ugovorima u odnosu na ugovore s poslovnim subjektima. *De lege ferenda* predlaže da se ZZP-om riješi situacija u kojoj je potrošač odustao od ugovora prije nego što ga je počeo koristiti, u kojem slučaju je sporno ima li banka pravo obračunati troškove te koji su to troškovi. Ovo pitanje rješava primjerice slovenski zakonodavac (troškovi odobrenja kredita i rezervacije sredstava).

Kako ZZP ne predviđa neki poseban oblik zaštite potrošača za bankovni depozit, u radu su istaknuti propisi koje o tome sadrži ZB, koji uglavnom upućuje na analognu primjenu propisa što vrijede za ugovor o kreditu. Međutim, iako ZB zahtijeva da se u opće uvjete poslovanja banaka unesu elementarni podaci o osiguranju štednih uloga, ti se podaci u praksi banaka ne iskazuju. Analizirajući odredbe Smjernice o osiguranju uloga iz 1994. godine dolazi se do zaključka da će se hrvatsko pravo morati uskladiti s europskim u pogledu iznosa osiguranog uloga (20000 EUR-a). Autorica predlaže da se novim zakonom kojim se bude ovo pitanje usklađivalo s pravom EU unesu i dopune u smislu da se određene vrste depozita isključe (depoziti koji ne glase na EUR ili valutu države članice, depoziti koji ne glase na ime). Ostala ograničenja koja se predviđaju smjernicom neće u našem pravu doći u obzir, s obzirom da je osiguranje štednih uloga u nas predviđeno samo za uloge građana.

U domeni kartičnog poslovanja rješenja iz dviju preporuka europskog prava koja su iznesena u ovom radu mogla bi poslužiti kao podloga za reguliranje ovog segmenta platnog prometa, s obzirom da u našem pravu osim propisa općeg obveznog prava ne postoje posebni propisi koji bi se primjenjivali na kartičare, pa

tako i na banke. Iz općih uvjeta poslovanja izdavatelja kartičara vidljivo je da pojedini izdavatelji kartica predviđaju odgovornost korisnika kartice i nakon što on prijavi njezin nestanak, što je u potpunoj suprotnosti sa smislom preporuke, koja ograničava korisnikovu odgovornost vremenski (do prijave nestanka) i iznosom (do 150 ECU-a po neovlaštenoj transakciji).

Također valja istaknuti da se u naše pravo treba implementirati i Smjernica o marketingu financijskih usluga na daljinu iz 2002. čiji je rok za implementaciju u državama članicama već istekao (9.10.2004.) Tom se smjernicom predviđa visok stupanj zaštite od neželjenih usluga kao i pravo opoziva prihvata ponude financijske usluge. Novina za naše pravo bit će *cooling off* period - pravo odustanka od ugovora u roku od 14 dana od dana sklapanja ugovora bez navođenja razloga, a kada je u pitanju ugovor o životnom osiguranju, ili ako se radi o mirovinskom osiguranju, tada je rok 30 dana. Također će novost predstavljati i uvođenje specifičnog načina rješavanja sporova kada se radi o rješavanju sporova iz ugovora u kojima su potrošači korisnici financijskih usluga iz druge države članice (FIN-NET).

Summary

CONSUMER PROTECTION IN CERTAIN BANK CONTRACTS – HARMONIZATION WITH EUROPEAN LAW

The article analyses level of consumer protection in the Croatian law in individual bank contracts: consumer loan, monetary deposit and contract between a bank as the issuer of a card, and a card user – consumer. Comparison is made with relevant sources of the European law, but also sources that relate to a wider category of contracts, including so called financial services. Croatian law is harmonized with the European law in the field of consumer loan/credit due to reception of the 1987 Directive on Consumer Loan. Modalities of its implementation are being presented and compared with previous rules on consumer protection contained in the Law on Banks and some regulations of the Croatian National Bank. The latter two sources contain different solutions in certain issues. In relation to monetary deposit, rules of the Law on Banks are examined since this contract is not regulated by the Croatian consumer legislation. Insurance of citizens' deposit is an important factor of consumer protection against bank insolvency. Solutions of the 1994 EC Directive on Deposit Guarantees, that harmonizes this issue in legal orders of the EU Member States, are presented. Possible directions of harmonization with this Directive are pointed out. In relation to contracts concluded between banks and card users when issuing instruments of electronic payment, solutions of the two EU law recommendations are explained. Card issuers activities are insufficiently regulated in the Croatian law. Finally, the author gives a general evaluation of a normative level of consumer protection in elaborated bank contracts, offers proposals for its improvement and emphasizes the necessity of implementation of the 2002 Directive on Distant Financial Services Marketing.

Key words: *consumer protection, bank contracts, bank services, financial services, consumer loan, cards business, monetary deposit, calculation of interest rate.*

Zusammenfassung

VERBRAUCHERSCHUTZ BEI EINZELNEN BANKVERTRÄGEN – ÜBEREINSTIMMUNG MIT DEM EUROPARECHT

In der Arbeit wird der Grad des Verbraucherschutzes im kroatischen Recht bei einzelnen Bankverträgen untersucht: Personalkredit, Gelddepositum sowie Verträge, die die Banken als Herausgeber von Kreditkarten mit den Nutzern – Verbrauchern abschließen. Es wird ein Vergleich mit den Quellen des Europarechts angestellt, die für die betrachteten Verträge und darüber hinaus die Verträge, die bei den sog. finanziellen Dienstleistungen benutzt werden, relevant sind. Es wird die Harmonisierung der Vorschriften des kroatischen Rechts mit denen des Europarechts konstatiert, wenn es sich um Verbraucherkredite durch die Rezeption der Richtlinien über Personalkredite aus dem Jahre 1987 handelt. Es wird auf die Modalitäten der Implementation bezüglich des gesetzgeberischen Vorbildes hingewiesen wobei diese Vorschriften in Verbindung mit früheren Vorschriften zum Verbraucherschutz gesehen werden, die das Bankengesetz und einige Vorschriften der Kroatischen Nationalbank enthalten, die sich stellenweise voneinander unterscheiden. Bei Bank-Gelddepositen wird auf die Vorschriften des Bankengesetzes verwiesen, da dieser Vertrag nicht durch die kroatische Verbrauchergesetzgebung geregelt wird. Es wird auf das Bestehen des Instituts der Versicherung von Bankeinlagen der Bürger hingewiesen, das ein wichtiger Faktor beim Schutz des Verbrauchers vor der Insolvenz einer Bank ist. Es werden Lösungen aus den Richtlinien der EU zur Garantie auf Depositen von 1994 angeführt, die diese Frage im Europarecht harmonisieren und auf mögliche Richtungen zur Angleichung an diese Richtlinie. Hinsichtlich der Verträge, die Banken mit ihren Nutzern bei der Ausgabe von elektronischen Zahlungsmitteln schließen, werden zwei Empfehlungen des Europarechts präsentiert, die diese Materie regeln. Es wird das Fehlen einer Regulative zur Tätigkeit des Herausgebers von Kreditkarten im kroatischen Recht konstatiert. Abschließend wird das normative Niveau des Verbraucherschutzes in den betrachteten Bankverträgen allgemein bewertet und es werden Verbesserungsvorschläge unterbreitet sowie auf die Notwendigkeit der Implementation der Richtlinien über Distanz-Marketing von finanziellen Dienstleistungen von 2002 hingewiesen.

Schlüsselwörter: *Verbraucherschutz, Bankverträge, Bankdienste, finanzielle Dienste, Verbraucherkredit, Kreditkartenverkehr, Gelddeposit, Abrechnung des Zinssatzes.*

Sommario

TUTELA DEL CONSUMATORE IN PARTICOLARI CONTRATTI BANCARI – ARMONIZZAZIONE CON IL DIRITTO EUROPEO

Nell'articolo si analizza il livello di tutela del consumatore nel diritto croato nei contratti bancari individuali: prestito di consumo, deposito monetario e contratto tra una banca come emittente di una carta e un utilizzatore – consumatore. È realizzata una comparazione con le fonti rilevanti del diritto europeo, ma anche con fonti che riguardano una più ampia categoria di contratti inclusi i cosiddetti servizi finanziari. Il diritto croato è armonizzato con il diritto europeo nel campo del prestito/credito di consumo a causa del recepimento della Direttiva sul prestito di consumo del 1987. Le modalità della sua implementazione sono presentate e comparate con le precedenti regole sulla tutela del consumatore contenute nella Legge sulle banche e alcune regolazioni della Banca Nazionale Croata. Le ultime due fonti contengono soluzioni differenti in determinate questioni. In relazione al deposito monetario, sono esaminate le regole della Legge sulle banche poiché questo contratto non è regolato dalla legislazione sul consumatore croata. L'assicurazione del deposito dei cittadini è un importante fattore della tutela del consumatore contro l'insolvenza della banca. Sono presentate le soluzioni della Direttiva UE sulle garanzie di deposito del 1994, che armonizzano questa questione negli ordinamenti giuridici degli stati membri dell'UE. Sono illustrate le possibili direzioni di armonizzazione con questa Direttiva. Sono spiegate le soluzioni delle due raccomandazioni legali dell'UE in relazione ai contratti conclusi tra banche e utilizzatori di carte come strumenti di pagamento elettronico. Le attività degli emittitori di carte sono insufficientemente regolate nel diritto croato. Infine, l'Autrice effettua una valutazione generale del livello normativo della tutela del consumatore nei contratti bancari elaborati, offre proposte per il suo miglioramento ed evidenzia la necessità dell'implementazione della Direttiva sul mercato dei servizi finanziari a distanza del 2002.

***Parole chiave:** tutela del consumatore, contratti bancari, servizi bancari, servizi finanziari, prestito di consumo, affare cartolare, deposito monetario, modo di conteggio del tasso di interesse.*

ZEMLJIŠNI DUG U USPOREDNOM PRAVU¹

Dr. sc. Meliha Powlakić, docentica
Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
BiH

UDK: 347.735
347.27
Ur.: 2. studenog 2004.
Pr.: 24. prosinca 2004.
Izvorni znanstveni članak

U sklopu reforme prava osiguranja kredita transformacijske zemlje pokazuju interes za preuzimanje iz njemačkog prava instituta zemljišnog duga, kao neakcesornog sredstva osiguranja. Također u Europskoj Uniji, gdje se zbog razlike u nacionalnim pravima ispoljavaju poteškoće kod prekograničnog osiguranja kredita, postoje razmišljanja o uvođenju «europske hipoteke» koja bi bila neakcesorno imobilijarno sredstvo osiguranja.

Prvi dio rada posvećen je pitanju da li je zemljišni dug zbog svojih odlika neakcesornosti i apstraktnosti dogmatski prihvatljiv u zemljama bivše SFRJ. Novodoneseni zakoni koji reguliraju hipoteku pokazuju značajna odstupanja od načela akcesornosti, što ukazuje da moderna kreditna privreda treba neakcesorna sredstva osiguranja. U radu su pokazane prednosti zemljišnog duga kao neakcesornog sredstva osiguranja. Odlika apstraktnosti je posljedica neakcesornosti i uopće nije nužno posebna odlika zemljišnog duga. Opovrgnuti su prigovori da apstraktnost zemljišnog duga znači preuzimanje principa apstraktnosti stjecanja stvarnih prava njemačkog prava. Autor vidi probleme kod preuzimanja ovog instituta u fiducijarnom karakteru zemljišnog duga, te naznačava probleme preosiguranja vjerovnika, nepravičnih klauzula u formularnim ugovorima banaka, kao i probleme zaštite potrošača.

U drugom dijelu rada izvršena je analiza rješenja njemačkog i slovenskog prava. Zakonska je regulativa skromna, ali je u njemačkom pravu detaljno regulirana hipoteka, a bankarska i sudska praksa i doktrina su u potpunosti uobličile ovaj institut. Za uspješno funkcioniranje u tranzicijskim zemljama nužno je detaljno urediti hipoteku, te u zakonske odredbe o zemljišnom dugu ugraditi pravila prihvaćena u njemačkoj praksi. Složenost problema s kojima se suočila njemačka kreditna praksa i doktrina, izazivaju sumnju da su kreditne privrede u zemljama bivše SFRJ trenutno u stanju primijeniti ovaj institut.

Ključne riječi: *zemljišni dug, neakcesorno sredstvo osiguranja, osiguranje kredita.*

¹ Rad je rezultat istraživanja provedenih u okviru studentskog boravka na Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht u Hamburgu u vremenu septembar-novembar 2004.

1. Uvod

Tržišna privreda je privreda kredita i kamate, tako da je razumljivo da je pravo osiguranja kredita jedna od prvih oblasti koja biva reformirana u transformacijskim zemljama bivše Istočne i Jugoistočne Evrope. Kvalitet sredstava osiguranja kredita nije samo stvar naučnog interesa već je centralno privredno pitanje jedne zemlje.² Pravci reforme su u pojedinim zemljama navedenih regiona različiti, inspirirani različitim pravnim modelima koji su služili kao uzor, a primarno su zahvatili mobilijarna sredstva osiguranja. Imobilijarno osiguranje kredita bilo je predmetom manje radikalnih promjena. Takav je slučaj i u zemljama nastalim disolucijom bivše SFRJ. U principu je zadržano hipotekarno osiguranje, kome se nastojala poboljšati infrastruktura – doneseni su novi propisi o javnim registrima nekretnina,³ reformiran je ovršni postupak u cilju veće zaštite ovršnog vjerovnika i u tom smislu jednostavnije realizacije hipoteke.⁴ U ovom kontekstu je i uvođenje instituta javnog bilježništva, kome je manje ili više data nadležnost za sačinjavanje ili ovjeru isprava o pravnim poslovima koji imaju za predmet nekretnine, te je predviđena mogućnost ovrhe na osnovu ovršne javnobilježničke isprave, što generalno može olakšati položaj vjerovnika, pa i osiguranih vjerovnika.⁵

U nekim je bivšim socijalističkim zemljama pored hipoteke na nekretninama moguć i fiducijarni prijenos vlasništva, pri čemu njemačko pravo, koje je poslužilo za uzor, poznaje samo fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima.⁶

² DROBNIG, U., *Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, materielles Recht*, in: DROBNIG, U., ROTH, M., TRUNK, A. (Hrsg.), *Mobiliarsicherheiten in Osteuropa*, Berlin, 2002., str. 1.

³ Zakon o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske (Narodne novine 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04. - u daljem tekstu ZZK RH), Zakon o zemljišnim knjigama Republike Slovenije (Uradni list 58/2003. - u daljem tekstu ZZK Slo), Zakon za premer, katastar i zapišivanje na pravata na nedviznostite Služben vesnik Republike Makedonije 27/86., 17/91.), Zakon o zemljišnim knjigama Federacije BiH (Sl.n. F BiH 58/02.), Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske (Službeni glasnik RS 74/02.) – budući identični oba u daljem tekstu kao ZZK BiH.

⁴ Ovršni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine 57/96., 29/99., 173/2003., 174/2003. - u daljem tekstu: OZ), Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list Republike Slovenije 51/98, 11/99, 11/2001., 75/02., 40/2004.- u daljem tekstu ZIZ-UPB1), Zakonot na izvršnata postupka Republike Makedonije (Služben vesnik 53/97., 59/00., 64/03. - ZIP M), Zakon o izvršnom postupku SR Jugoslavije (Sl.l. SRJ 28/00., 73/00., 71/01. - ZIP SCG), Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH (Sl.n. 32/03.), Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske (Sl.gl. 59/03., 85/03.) – oba u daljem tekstu kao ZIP BiH.

⁵ Članak 4. Zakona o notarijatu Republike Slovenije (Uradni list 13/94., 48/94., 82/94., 41/95., 83/01., 73/2004.), članak 54. Zakona o javnim bilježnicima Republike Hrvatske (N.n. 78/93., 29/94.), članak 22. Zakona za dogovoren zalog Republike Makedonije (Sl.v. 5/2003. - u daljem tekstu ZDZ) i članak 4/3. i 42. Zakona o notarskoj raboti (Sl.v. 59/96., 50/98., 37/99., 6/2002.), članak 90. Zakona o notarima Federacije BiH (45/2002.).

⁶ Tako Republika Hrvatska, Makedonija, Crna Gora. Takođe Gruzija - navedeno prema BÖLLING, H., *Das Sicherungseigentum an Immobilien nach dem georgischem ZGB (Teil 1)*, WiRO 1/2004., str. 2. i dalje. Kritiku vidjeti kod POVLAKIĆ, M., *Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ*, objavljeno u: *Gesellschaft*

Pored prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja (Sicherungsübereignung) jedan drugi institut njemačkog prava pobuđuje interes doktrine, ali i zakonodavstva postsocijalističkih zemalja, a to je zemljišni dug. BGB regulira založna prava na nekretninama (Grundpfandrechte) koja obuhvaćaju hipoteku, zemljišni i rentni dug. Zemljišni dug je u Njemačkoj samo jedno od tri moguća založna prava na nekretninama i mada je zakonodavac više prostora posvetio hipoteci, danas je zemljišni dug kao neakcesorno sredstvo osiguranja u njemačkom pravu potpuno potisnuo hipoteku.⁷ Zemljišni dug poznaje i švicarsko pravo (Schuldbrief), a od postsocijalističkih zemalja uređen je u Sloveniji, Mađarskoj, Estoniji i na izvjestan način i u BiH. U Poljskoj postoje planovi u tom pravcu.⁸ Ipak se smatra da se zemljišni dug još nije potvrdio u tranzicijskim zemljama.⁹

Zemljišni dug pobuđuje interes i u okviru Evropske Unije. Različitost nacionalnih prava zemalja EU u pogledu hipoteke, načina stjecanja stvarnih prava i registracije nekretnina ozbiljna su prepreka prekograničnom hipotekarnom kreditu u mjeri u kojoj je moguće vidjeti ograničenje slobode pružanja usluga. Unifikacija nacionalnih prava nije realistična, te se još u okviru EZ-a razmišljalo o uvođenju jedinstvenog neakcesornog sredstva osiguranja na nekretninama,¹⁰ po ugledu na njemački zemljišni dug ili švicarski Schuldbrief u cilju stvaranja unutarnjeg tržišta

für technische Zusammenarbeit (Hrsg.), Das Budapester Symposium, Beiträge zur Rechtsreform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas/ Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama Jugoistočne Evrope, Bremen, 2003., str. 243 (u daljem tekstu citirano kao: Budimpeštanski simpozijum).

⁷ Smatra se da 80% kredita, i to pretežno kratkoročnih i srednjoročnih, biva osigurano zemljišnim dugom, a samo 20% hipotekom. Tako WESTERMANN, H., Sachenrecht, 7. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1998., str. 807., BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, 17. neubearbeitete Auflage, München, 1999., § 44 I 5, str. 506., EICKMANN u MÜNCHENER KOMMENTAR, Sachenrecht, 4. Auflage, München, 2004., § 1191 Rn 5, str. 2086. Prema drugim podacima je samo 3% kredita u Njemačkoj osigurano hipotekom. Tako BECK'SCHES NOTARHANDBUCH, 2. Auflage, München, 1997., str. 438. Vidjeti takođe STÖCKER, O. M., Die „Eurohypothek“, Berlin, 1992., str. 26., bilješka 9.

⁸ SOERGEL/STÖCKER, EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts – Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck, ZBB-Report, 5/02, str. 417., bilješka 12.

⁹ BEUTLER, J. E., Kreditsicherheiten in osteuropäischen Ländern aus deutscher Sicht in: HORN, N., PLEYER, K. (Hrsg.), Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, Berlin-New York, 1977., str. 207.

¹⁰ Više o tome WEHRENS, H., Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage, in HARTKAMP et al (Edit.), Towards a European Civil Code, Second Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 1998., str. 556.

za hipotekarni kredit.¹¹ Na evropskom nivou je evidentna potreba harmonizacije sredstava osiguranja; nije isključeno da ona krene u pravcu prihvaćanja neakcesornih i apstraktnih sredstava osiguranja.¹²

Prihvaćanje ovog instituta u nekim transformacijskim zemljama i europska perspektiva dovoljni su razlozi koji opravdavaju rad koji ima za predmet zemljišni dug. Cilj ovog rada je da pokuša dati odgovor na pitanje da li kreditna praksa postsocijalističkih zemalja (konkretno zemalja bivše SFRJ) ima potrebu za zemljišnim dugom kao imobilijarnim sredstvom osiguranja, kao i na pitanje da li postoje dogmatske prepreke da se on uvede u pravni sistem ovih zemalja, čemu će biti posvećen prvi dio rada. Otpori uvođenju zemljišnog duga u transformacijskim zemljama dijelom su posljedica i nedovoljne dogmatske jasnoće i nedovoljno konzekventnog razlikovanja načela kauzaliteta i apstraktnosti, akcesornosti,¹³ te će upravo ovim pitanjima u radu biti posvećeno dosta prostora – usporednopravna analiza ne bi imala smisla bez prethodne jasnoće o nekim osnovnim doktrinarnim nedoumicama koje prate zemljišni dug. Prvi dio rada će analizom akcesornosti hipoteke u navedenim zemljama pokušati pokazati prednosti neakcesornog zemljišnog duga u savremenoj kreditnoj privredi. U tom dijelu rada će se takođe suočiti s prigovorom protiv apstraktnog sredstva osiguranja kao što je zemljišni dug. Drugi dio rada će biti posvećen usporednopravnoj analizi izabranih pravnih poredaka – njemačkog i slovenskog, uz kratak osvrt na mađarsko i bosanskohercegovačko pravo. Razlog za ovakav izbor leži u činjenici da je ovaj institut u njemačkom pravu potpuno uobličen, a osnove njemačkog pravnog poretka poznate na prostoru bivše SFRJ i kompatibilne sa pravnim porecima tog područja. Rješenja slovenskog prava su relevantna budući da je to jedina zemlja s područja bivše SFRJ koja je u kodifikaciju stvarnog prava uvrstila ovo sredstvo osiguranja.¹⁴ Analiza švicarskih rješenja bila bi u svakom slučaju interesantna, ali bi to prelazilo okvire ovog rada. Rad bi trebao dati odgovor na pitanje da li je ovaj institut prihvatljiv na području bivše SFRJ.

¹¹ Vidjeti npr. Segre Bericht iz 1966. godine koji se zalagao za jedinstveni institut osiguranja kredita na nekretnini, koji je bio orijentiran na njemački zemljišni dug, čije su prednosti označene kao jednostavnost, pravna sigurnost, niski troškovi. Vidjeti STÖCKER, O., Die «Eurohypothek», str. 216. - 217.

Takođe je Unija latinskog notarijata predlagala uvođenje tzv. Evropske hipoteke koja bi se orjentisala na švajcarski Schuldbrief, kao neakcesorno sredstvo osiguranja. Vidjeti STÖCKER, O. M., Die «Eurohypothek», str. 228. – 229. Uporediti WEHRENS, H., Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage, str. 553.

¹² CABRILLAC/MOULY, Droit des sûretés, cinquième édition, Paris, 1999., str. 622.

¹³ SOERGEL/STÖCKER, EU-Erweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts – Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck, str. 412.

¹⁴ Prije donošenja hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima bilo je razmišljanja u pravcu da će privredni razvoj neminovno zahtijevati odstupanja ili napuštanje načela akcesornosti i da će biti nužno posebnim propisima urediti nove vrste hipoteke. Tako GAVELLA, N., Uloga hipoteke u aktiviranju vrijednosti dužnikove imovine, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995., 7-8, str. 538. Međutim, takva razmišljanja nisu našla odjeka u hrvatskoj kodifikaciji stvarnog prava ni u nekim drugim pozitivnim propisima.

2. Prigovori protiv zemljišnog duga

2.1. Postavljanje problema

U transformacijskim zemljama se zemljišni dug susreće često sa sumnjama, a one su uvjetovane upravo njegovim osnovnim odlikama – neakcesornošću, i kako se često smatra, apstraktnošću. Kao neakcesorno i apstraktno sredstvo osiguranja zemljišni dug može biti veoma nepovoljan za vlasnika opterećene nekretnine. U osnovi načela akcesornosti založnog prava je ideja o zaštiti dužnika od dvostrukog plaćanja;¹⁵ kod neakcesornog sredstva osiguranja ova zaštita može biti uskraćena. Analiza propisa o hipoteci na prostoru bivše SFRJ ima zadatak da pokaže u kojoj mjeri je danas hipoteka uopće akcesorno pravo, te da se situacije u kojima postoji neakcesorna hipoteka kompariraju s neakcesornim zemljišnim dugom (2.2.).

Osim navedenog socijalnog razloga protiv uvođenja zemljišnog duga ističu se i određeni dogmatski razlozi. Neki autori karakteriziraju zemljišni dug i kao apstraktno sredstvo osiguranja.¹⁶ Apstraktnost zemljišnog duga povezuje se s načinom stjecanja stvarnih prava kakav postoji u njemačkom pravu i kakav u evropskim zemljama uglavnom nije prihvaćen, što se ističe kao prigovor protiv uvođenja zemljišnog duga u pravne poretke transformacijskih zemalja. Smatramo da je to pogrešan način promatranja i u ovom dijelu rada će se pokušati otkloniti ovaj prigovor. Zbog toga je nužno prethodno osvrnuti se na neka temeljna pitanja stjecanja stvarnih prava u njemačkom pravu, ali samo u mjeri koja je neophodna da se razjasne neka osnovna doktrinarna pitanja vezana za zemljišni dug (2.3).

2.2. Problem neakcesornosti zemljišnog duga

2.2.1. Akcesornost hipoteke u zemljama sa područja bivše SFRJ

Historijski i dogmatski se akcesornost smatra temeljnim načelom založnog prava, koje ima svoje korijene još u rimskom pravu.¹⁷ Akcesornost bi se mogla definirati kao jednostrana zavisnosti založnog prava od tražbine,¹⁸ koja proizlazi iz pravne norme, a ne iz sporazuma i volje stranaka.¹⁹ Jednostrana zavisnost znači da

¹⁵ MEDICUS, D., *Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht*, Juristische Schulung, 10/1971., str. 503.

¹⁶ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, München, 1994., str. 226., RIEDEL, H., *Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten*, Wiesbaden-Stuttgart, 1982., str. 451., FASSBENDER, H., J. et al. *Notariatskunde*, 12. Auflage, Rinteln, 1997., str. 392.

¹⁷ STOJANOVIĆ/PAVIČEVIĆ, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997., str. 252., GAMS, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1980., str. 150., GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998. (u daljem tekstu GAVELLA et al., *Stvarno pravo*), str. 732.

¹⁸ MEDICUS, D., *Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht*, str. 497.

¹⁹ MINCKE, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, Berlin, 1987., str. 14.

se promjene u tražbini odražavaju na promjene u založnom pravu, ali ne i obrnuto.²⁰ Založno pravo i tražbina imaju isti hodogram i to je moguće pratiti putem niza «tačaka vezivanja» – kod nastanka, obima, pripadanja, realizacije i prestanka ovih prava.²¹

U doktrini s prostora bivše SFRJ ovo načelo nije dovodeno u pitanje niti se ona njime detaljnije bavila. Akcesornost se navodi kao osnovni princip koji regulira odnos tražbine i založnog prava i koji ima određene izuzetke.²² Neki autori čine refleksije u pogledu uloge koje u modernoj tržišnoj privredi imaju sredstva osiguranja kao samostalna vrijednost čemu akcesornost može biti prepreka.²³

Nasuprot tome, u njemačkoj doktrini je pitanje akcesornosti izazvalo veći naučni interes i živo se diskutiralo u mnogim udžbenicima posvećenim stvarnom pravu,²⁴ ali i bilo predmetom posebnih²⁵ pa čak i monografskih radova.²⁶ Njemačka doktrina (pretežno sredine 20. stoljeća) konfrontirala se s «dogmom akcesornosti».²⁷ Razlog za navedeni živi interes naučne misli za pitanje akcesornosti prava osiguranja sigurno je bio potaknut činjenicom da upravo u njemačkom pravu postoje različite vrste hipoteke s različitim stupnjem akcesornosti, kao i zemljišni dug, kao neakcesorno sredstvo osiguranja, pri čemu BGB sve te vrste osiguranja na nekretninama obuhvaća višim rodnim pojmom «Grundpfandrechte» (založna prava na nekretninama). «Dogma o akcesornoj prirodi založnog prava stvara neprevladive teškoće ispravnom uvrštavanju zemljišnog duga u sistem.»²⁸ U njemačkoj doktrini bilo je i mišljenja da akcesornost ne znači odnos i povezivanje dva prava već stvaranje jednog novog prava,²⁹ kao i mišljenja koja potpuno negiraju postojanje akcesornosti,³⁰ smatrajući

²⁰ MINCKE, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, str. 14.

²¹ MEDICUS, D., *Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht*, str. 498. i dalje.

²² GAVELLA, N., *Kreditsicherung in der Republik Kroatien: Hypothekenrecht, Arbeitspapier Nr. 37*, FOWI, Wien, 1996., str. 5., RIJAVEC, V., VRENČUR, R., KERESTEŠ, T., *Immobilienrecht in Slowenien*, Center of Legal Competence/ FOWI, Wien, 2001., (dalje citirano kao: RIJAVEC, Vesna et al., *Immobilienrecht in Slowenien*), str. 125, GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, str. 727, 730.-731., STANKOVIĆ/ORLIĆ, Beograd, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, 1986., str. 374., STOJANOVIĆ/PAVIČEVIĆ, *Pravo obezbeđenja kredita*, str. 243.

²³ Tako GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, str. 732., SAJOVIC, B., *Osnove civilnoga prava, Stvarno pravo I*, Ljubljana, 1992., str. 125., STOJANOVIĆ/PAVIČEVIĆ, *Pravo obezbeđenja kredita*, str. 252. i dalje, RAŠOVIĆ, Z. P., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002., str. 350. i dalje.

²⁴ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 36 III, str. 401 – 405., WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 681. i dalje, LWOWSKI, H. J., *Das Recht der Kreditsicherheiten*, Berlin, 2000., str. 42. i dalje, str. 196. i dalje, str. 211. i dalje.

²⁵ MEDICUS, D., *Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht, Juristische Schulung*, 10/1971., v. LÜBTOW, U., *Konstruktion des Pfandrechts und der Reallast*, in: *Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Band I, 1956.

²⁶ MINCKE, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, Berlin, 1987., FÜCHTENBUSCH, D., *Der Akzessorietätsgedanke in der modernen Entwicklung des Hypothekenrechts*, Münster, 1960., BECKER – EBERHARD, E., *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld, 1993.

²⁷ Shvatanje akcesornosti je Heck okarakterisao kao dogmu – navedeno prema MINCKE, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, str. 28. i BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 36 III 81, str. 404.

²⁸ v. LÜBTOW, U., *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten*, str. 336.

da je BGB preuzeo akcesornost iz općeg prava, a da je klasično rimsko pravo nije poznavalo.³¹

U većini novonastalih država sa područja bivše SFRJ doneseni su propisi koji znače ozbiljniju reformu stvarnog prava uopće ili hipotekarnog prava.³² Ako se sačini presjek zakonskih rješenja o hipoteci u zemljama nastalim disolucijom SFRJ, može se konstatirati da je hipoteka određena kao akcesorno pravo i da se akcesornost ispoljava kod nastanka, obima, prijenosa i prestanka tražbine, kao i da u tim osnovnim rješenjima ne postoje suštinske razlike među zakonskim rješenjima tih zemalja koje su u pogledu hipoteke baštinile istu pravnu tradiciju. U principu je prihvaćeno rješenje da se hipoteka osniva zbog osiguranja određene tražbine.³³ U pogledu obujma standardno je rješenje po kome cijela hipoteka osigurava tražbinu vjerovnika do njegovog potpunog namirenja i to kako glavnice, tako i sporednih prava i troškova.³⁴ Hipoteka se ne može prenijeti samostalno na drugo lice, već samo sa prijenosom tražbine.³⁵ U svim zakonima može se pratiti manje ili više precizno formulirano rješenje da se prestanak hipoteke, odnosno brisanje nepokretnosti iz javnih registara, može tražiti nakon što se ispune određeni uvjeti u pogledu prestanka tražbine, odreknuća hipotekarnog vjerovnika, propasti objekta ili konsolidacije, te da hipoteka prestaje tek brisanjem iz odgovarajućih javnih registara.³⁶ Osim ove zajedničke osnove navedeni zakoni sadrže rješenja koja znače napuštanje dogme o akcesornosti hipoteke.

²⁹ Tako RAISER/WOLF, navedeno prema MINCKE, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, str. 21.

³⁰ Tako HECK, Ph., *Grundriß des Sachenrechts*, Neudruck, Aalen 1960, § 78 I 2, navedeno prema MINCKE, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, str. 26., v. LÜBTOW, Ulrich, *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten*, str. 330.

³¹ v. LÜBTOW, Ulrich, *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten*, str. 328.

³² To je slučaj sa Republikom Hrvatskom (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/2001. - u daljem tekstu ZV), s Republikom Makedonijom (Zakon za sopstvenost i drugi stvari prava, Služben vesnik 18/2001. i ranije pomenuti Zakon za dogovoren залог), s Republikom Slovenijom (Stvarnopravni zakonik, Uradni list 87/2002. - u daljem tekstu SPZ) i s Republikom Crnom Gorom - Zakon o hipoteci (Sl. l. RCG 52/2004. - u daljem tekstu ZH CG). Nasuprot tome u Srbiji, Republici Srpskoj i Federaciji BiH nije izvršena reforma stvarnog ni hipotekarnog prava. U Srbiji i Republici Srpskoj je još na snazi Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO) iz 1980.g., od koga vrlo malo odstupa Zakon o vlasničkopravnim odnosima Federacije BiH (Sl.n. Federacije BiH 6/98 - u daljem tekstu: ZOVO).

³³ Crna Gora: 1. ZH CG, Federacija BiH: 68/1. i 3. ZOVO, Hrvatska: 307/1. ZV, Makedonija: 225/1. Zakona na sopstvenost i drugi stvari prava, 2/1 ZDZ, Republika Srpska, Srbija: 63/1. i 3. ZOSPO, Slovenija: 128/1. i 2. SPZ.

³⁴ Hrvatska: 346. ZV, Crna Gora: 7. ZH CG, Federacija BiH: 68/4. ZOVO, Republika Srpska, Srbija: 63/4. ZOSPO, Makedonija: 45/1 ZDZ.

³⁵ Crna Gora: 16/1. ZH CG, Federacija BiH: 71/1. ZOVO, Hrvatska: 319. ZV, Makedonija: 233. Zakona za sopstvenost i drugi stvari prava, Republika Srpska i Srbija: 65/1. ZOSPO, Slovenija: 148/1. SPZ.

³⁶ Crna Gora: 39. ZH CG, Hrvatska: 347/1. ZV, Slovenija: 154/2. alineja 1. i 2. SPZ, Makedonija: 42/1 ZDZ, Federacija BiH: 73. ZOVO, Republika Srpska: 67. ZOSPO.

2.2.2. Odstupanja od načela akcesornosti hipoteke u zemljama bivše SFRJ

2.2.2.1. Nastanak hipoteke neovisno od tražbine

U doktrini s područja bivše SFRJ se kao odstupanje od načela akcesornosti navodi nastanak hipoteke prije nastanka tražbine i u tom smislu hipoteka za buduće i uvjetne tražbine, kauciona i kreditna hipoteka, maksimalna hipoteka.³⁷ Odstupanje od načela akcesornosti ogleda se u tome što hipoteka nastaje prije tražbine koju osigurava. ZOSPO nije regulirao ove vrste hipoteke,³⁸ dok novodoneseni zakoni iz ove oblasti izričito predviđaju mogućnost osnivanja hipoteke za osiguranje budućih i uvjetnih tražbina,³⁹ kao i osnivanje maksimalne,⁴⁰ kreditne i kaucione hipoteke.⁴¹

Niti u jednom od navedenih pravnih poredaka nije riješeno pitanje karaktera upisanog prava prije nastanka tražbine. Da li je hipoteka odista nastala? Hipotekarni vjerovnik ne bi mogao tražiti realizaciju hipoteke od vlasnika nekretnine, što govori u prilog negativnog odgovora. Budući da je hipoteka akcesorno pravo, vlasnik bi mogao istaći prigovor nepostojanja tražbine. Upisom ove hipoteke zemljišna je knjiga postala netočna, neistinita. Međutim, nakon što nastupe učinci zaštite povjerenja u istinitost zemljišne knjige, hipoteka postoji u odnosu na treće savjesno

³⁷ Vidjeti kod GAVELLA, N., Založno pravo, Zagreb, 1992., str. 131., RIJAVEC, V. et al., *Immobilarsachenrecht in Slowenien*, str. 135 - 136., STANKOVIĆ/ORLIĆ, *Stvarno pravo*, str. 375., 384. Uočljiva su određena terminološka kolebanja, ali je suština da se kreditna i kauciona hipoteka mogu takođe posmatrati kao hipoteka za uvjetnu i buduću tražbinu, jer se hipoteka zasniva ili prije zaključenja kreditnog ugovora ili prije valutiranja kredita. One se koriste kao sinonimi, ali neki autori striktno odvajaju kaucionu od kreditne hipoteke – kauciona se hipoteka osniva za tražbinu čiji je iznos određen, ali nije izvjesno da će sama tražbina nastati. STANKOVIĆ/ORLIĆ, *Stvarno pravo*, str. 384. Prema drugim stanovištima kod kaucione hipoteke nije izvjesno da li će tražbina uopće nastati, a ne zna se ni točan iznos koji bi tražbina imala, ako nastane. U tom smislu GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, str. 728. Hrvatski zakonodavac koristi naziv kreditna ili kauciona hipoteka kao sinonime, crnogorski ih sadržajno razlikuje. Praktično ovo razlikovanje nema većeg značaja – problematika odnosa tražbina – hipoteka je identična u ovim slučajevima. Kreditna i kauciona hipoteka su ujedno maksimalna hipoteka – u neizvjesnosti kolika će biti visina tražbine određuje se maksimalni iznos za kojeg jamči nekretnina.

³⁸ Izuzetak je predstavljalo zakonsko reguliranje založnog prava na pokretnim stvarima za buduće i uvjetne tražbine (971., ZOO), što se analogno moglo primijeniti i na hipoteku. Tako STANKOVIĆ/ORLIĆ, *Stvarno pravo*, str. 375. Takođe se iz pravnih pravila zemljišnoknjižnog prava mogao izvući zaključak o postojanju maksimalne hipoteke. Tako RIJAVEC, V. et al., *Immobilarsachenrecht in Slowenien*, str. 135.

³⁹ 7/2 ZH CG, 301/2 ZV, 129. SPZ.

⁴⁰ 146 SPZ. Vidjeti i JUHART, M., *Stvarnopravni zakonik*, uvodna pojasnila, Ljubljana, 2002., str. 59.

⁴¹ 36/4., ZZK RH, i 263a OZ u vezi sa 301/1 ZV. Vidjeti JOSIPOVIĆ, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001., str. 168, Rn. 254. U crnogorskom pravu povlači se razlika između kreditne hipoteke, koja je regulirana po uzoru na hrvatsko pravo i određena kao maksimalna hipoteka (8/2., ZH CG) i kaucione hipoteke (8/1., ZH CG).

lice. Ovaj zaključak slijedi na osnovi principa zemljišnoknjižnog prava. Je li u ovoj «hipoteci» moguće vidjeti samo osiguranje prvenstvenog reda za osiguranje buduće ili uvjetne tražbine? Ovakav način promatranja krio bi u sebi određene opasnosti. Prvo, ti se efekti mogu postići zabilježbom prvenstvenog reda. Drugo, hipotekarni vjerovnik nije stekao hipoteku i ne bi u ovršnom postupku imao prednost u namirenju ni razlučno pravo u stečajnom postupku, kao što to nema ni onaj u čiju je korist izvršena navedena zabilježba. Dalje se postavlja pitanje mogu li vjerovnici slabijeg ranga zahtijevati brisanje hipoteke ako tražbina ne nastane? Pravni interes u tom pravcu im se ne može odreći, ali niti jedan zakon s navedenog područja to pitanje ne rješava.⁴² Radi se o pitanjima koja imaju izuzetnu praktičnu važnost i koja su trebala biti regulirana uz navedene vrste hipoteke. Ova se pitanja i ne postavljaju u njemačkom pravu. Ukoliko je hipoteka upisana, a tražbina nije nastala, nastaje vlasnički zemljišni dug.⁴³ Nenastanak tražbine sprječava samo nastanak hipoteke, ali ne i opterećenja kao takvog. Ako su stranke željele nastanak zemljišnog duga koji bi osiguravao određenu tražbinu, ali do njenog nastanka nije došlo, zemljišni dug je valjano nastao kao nevlasnički zemljišni dug u korist lica za koje je osnovan.⁴⁴ Vlasnik ima prema njemu zahtjev iz stjecanja bez osnove za povratni prenos zemljišnog duga (v. infra 2.3.2). Prema trećim licima vlasnik nema taj zahtjev.

Praktični bi značaj kreditna, kauciona, maksimalna hipoteka trebala imati kod osiguranja kredita iz određenog kontokorent odnosa koji postoji između dužnika i založnog vjerovnika, ali se može desiti da ona u zemljama bivše SFRJ ne ispuni tu ulogu. U njemačkom pravu ovakva hipoteka nema nikakvu praktičnu vrijednost i njenu funkciju je preuzeo zemljišni dug.⁴⁵ Jedan od uzroka koji je doveo do toga, jeste problem ovršnog naslova za ovakvu hipoteku. Ovršni naslov mora biti upravljani na određeni iznos, što je upravo kod ove hipoteke problematično.⁴⁶ Sa ovom poteškoćom će u primjeni maksimalne hipoteke morati računati i zemlje bivše SFRJ.⁴⁷ U cilju stjecanja ovršnog naslova hipoteka će se u ovim zemljama zasnivati na osnovu ovršnog javnobilježničkog akta ili sporazuma stranaka pred sudom. Ukoliko vjerovnik ne bude mogao dobiti ovršni naslov prilikom zasnivanja hipoteke,

⁴² Članci 347. i 348. ZV-a odnose se samo na slučaj da je tražbina prestala.

⁴³ § 1163 Abs. 1 BGB određuje da u slučaju nenastanka tražbine hipoteka pripada vlasniku, ali iz veze sa § 1177 može se zaključiti da se radi o vlasničkom zemljišnom dugu. Za vlasnički zemljišni dug PALANDT, § 1163 Rn 5, str. 1530., FÜCHTENBUSH, D., *Der Akzessorietätsgedanke in der modernen Entwicklung des Hypothekenrechts*, str. 6., JAUERNIG, BGB, § 1163 Rn 9, str. 1137.

⁴⁴ PALANDT, § 1191 Rn 14, str. 1550., BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 44 II 8, str. 507.

⁴⁵ REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, Neuwied, Kriftel, Berlin, 1994., str. 292.

⁴⁶ REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, str. 292 – 293., LWOWSKI, H. J., *Das Recht der Kreditsicherheiten*, str. 699. Rn 896.

⁴⁷ To isto važi za kontinuiranu hipoteku crnogorskog prava.

ovi modaliteti hipoteke se neće potvrditi u praksi.⁴⁸ Kada je u pitanju zemljišni dug, nema prepreke da se već pri njegovom zasnivanju da izjava o pristajanju na ovršenje za iznos zemljišnog duga – kolika će biti visina tražbine, da li će ona uopće nastati nije relevantno, jer je ovo neakcesorno sredstvo osiguranja.

2.2.2.2. Razlika u obujmu hipoteke i tražbine

Akcesornost hipoteke u obujmu bi značila da iznos hipoteke prati iznos osigurane tražbine, da jamči za tražbinu i kamate u cjelini, ali ne i preko toga. Propisi zemalja bivše SFRJ uopće ne nude takvu sliku.

U pravu bivše SFRJ smatra se da je jedno od osnovnih načela založnog prava općenito, pa i hipoteke, načelo nedjeljivosti.⁴⁹ Do potpune isplate za dug jamči cijela nekretnina. Otplatom tražbine, smanjenjem duga ne smanjuje se iznos hipoteke,⁵⁰ niti se ona u slučaju simultane hipoteke može ograničiti samo na neke nekretnine. Tek prestankom tražbine u cjelini prestaje i založno pravo, osim ako zakonom nije šta drugo određeno.⁵¹ Primjena načela nedjeljivosti uzrokuje da obujam tražbine i založnog prava nisu isti, što predstavlja odstupanje od načela akcesornosti.

Sljedeće odstupanje proizlazi iz pravila prema kojem hipoteka jamči ne samo za glavni dug, već i za kamate, sporedna prava i troškove,⁵² čija visina u momentu zasnivanja hipoteke ne mora biti poznata.⁵³ Sa izuzetkom kamata, sporedna prava i troškovi su «naknadne akcesije»,⁵⁴ i to nepredviđene akcesije glavne tražbine.

Osim toga akcesornost u obimu napuštena je i zbog određenih rješenja ovršnog prava koje u pravilu u zemljama bivše SFRJ na ovom mjestu bivaju zaboravljene kod interpretacije normi stvarnog prava. U ovršnom postupku prvenstveni red namirenja kao hipoteka imaju samo troškovi i kamate koji su dospjeli u posljednje tri godine do donošenja rješenja o dosudi nekretnine kupcu. Takvo je rješenje zadržano u svim

⁴⁸ Problem se već pojavio u praksi kod zasnivanja hipoteke na osnovu sporazuma stranaka pred sudom za buduće i uvjetne tražbine, budući da 1990. novelirani Zakon o izvršnom postupku u odredbama članka 251.a – 251.f nije predviđao ovu mogućnost. Novo slovensko izvršno pravo nastojalo je dati rješenje tako što se u ovom slučaju vršila predbilježba založnog prava (252., ZIZ). Više o tome RIJAVEC et al. *Immobilarsachenrecht in Slowenien*, str. 136. U kasnijim izmjenama ovog zakona odredba je brisana, što je ispravno. Predbilježba založnog prava ne daje povjericu zaštitu koju daje uknjižba založnog prava.

⁴⁹ GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, str. 735., RIJAVEC, Vesna et al., *Immobilarsachenrecht in Slowenien*, str. 128., STANKOVIĆ/ORLIĆ, *Stvarno pravo*, str. 385., GAMS, A., *Osnovi stvarnog prava*, str. 139., STOJANOVIĆ/PAVIĆEVIĆ, *Pravo obezbeđenja kredita*, str. 256 – 257., RAŠOVIĆ, Z. P., *Stvarno pravo*, str. 360., SIMONETTI, P., *Hipotekarno zalaganje nekretnina u pravu Federacije BiH*, *Pravna misao*, 1-2/99., str. 34.

⁵⁰ 301/5 ZV.

⁵¹ 346. ZV.

⁵² Hrvatska: 346. ZV, Crna Gora: 7/1 ZH, Slovenija: 128/1 SPZ, Makedonija: 45/1 ZDZ. ZOVO/ZOSPO ne sadrže identičnu odredbu, moguća analogna primjena odredbe članka 984. ZOO.

⁵³ GAVELLA, et al., *Stvarno pravo*, str. 728.

⁵⁴ RAŠOVIĆ, Z. P., *Stvarno pravo*, str. 355.

zakonima zemalja bivše SFRJ koji reguliraju ovršni postupak.⁵⁵ Navedena norma procesnog prava biva zanemarena kada se hipoteka regulira normama materijalnog prava.⁵⁶ Izuzetak je hrvatsko zemljišnoknjižno pravo.⁵⁷ U drugim zemljama iz sastava bivše SFRJ propisi koji reguliraju javne knjige o nekretninama ne sadrže sličnu odredbu, ali, kako je rečeno, ograničenje odgovornosti hipoteke za kamatu postoji u propisima ovršnog prava.

U vezi sa odgovornošću hipoteke za kamate postavljaju se i dalja pitanja – da li se odredba o redu prvenstva odnosi i na ugovorne i na zakonske kamate te da li hipoteka osigurava i ugovorne kamate koje nisu upisane u zemljišnu knjigu.⁵⁸ Iz izvršnih, zemljišnoknjižnih ili pak stvarnopravnih propisa koji su na snazi u zemljama bivše SFRJ ne proizlazi izričito rješenje ove dileme. Treba se zalagati za tumačenje po kome hipoteka osigurava ugovorne kamate samo ako su upisane u zemljišnu knjigu, jer to proizlazi iz načela povjerenja u zemljišne knjige. Time se odstupa od paralelizma založnog prava i tražbine i podcrtava da obim hipoteke i osigurane tražbine nisu isti – prvo, isti rang prvenstva kao i glavna tražbina imaju samo kamate dospjele za posljednje tri godine, samo se one namiruju u rangu koji ima hipoteka⁵⁹ i, drugo, hipoteka osigurava ugovorne kamate samo ako su upisane u zemljišnu knjigu.

Akcesornost hipoteke u pogledu obima ne postoji;⁶⁰ još manje treba očekivati vezu između zemljišnog duga i tražbine. U njemačkom pravu su kamate osigurane zemljišnim dugom samo pod uvjetom da su upisane u zemljišnu knjigu.⁶¹ Međutim, to nisu kamate iz tražbine, to su kamate zemljišnog duga.⁶² Kamatna stopa po osnovu tražbine i zemljišnog duga se razlikuju – ugovara se viša kamatna stopa uz zemljišni

⁵⁵ Federacija BiH i Republika Srpska: 99/3. ZIP, Hrvatska: 107/4. OZ, Slovenija: 198/3 ZIZ-UPB1, Makedonija: 173/3 ZIP Mak, Srbija i Crna Gora: 164/3 ZIP SCG.

⁵⁶ Pri tome ova norma ima dugu tradiciju u našem pravu pod utjecajem austrijskog prava. U Kraljevini Jugoslaviji bila je sadržana u § 180. Zakona o izvršenju i obezbjeđenju i § 17. Zakona o zemljišnim knjigama.

⁵⁷ 38/2. ZZK RH.

⁵⁸ Austrijsko pravo određuje da se ugovorne kamate dospjele u posljednje tri godine naplaćuju s redom prvenstva hipoteke samo ako su upisane u zemljišne knjige (MINI, H., *Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften*, Wien, 2000., str. 179. Takođe § 216 Abs. 2. Exekutionsordnung). Također, njemačko pravo (§ 1115 BGB-a). U jugoslavenskom je pravu prije Drugog svjetskog rata prevladavalo stanovište da se trogodišnje ugovorne kamate namiruju sa redom prvenstva iako nisu upisane u zemljišnoj knjizi, a ugovorne kamate dospjele ranije samo ako su upisane. Tako ČULINOVIĆ, F., *Komentar zemljišnoknjižnih zakona*, Beograd, 1931., str. 83.

⁵⁹ Niti jedan ovršni zakon sa područja bivše SFRJ ne regulira pitanje kako se namiruju ranije dospjele kamate, sa kojim redom prvenstva. Iskustva ovršnih sudova u Federaciji BiH govore o tome da se u praksi ova odredba uopće ne primjenjuje! U njemačkom pravu ranije dospjele kamate imaju red namirenje nakon svih drugih tražbina. Uporediti GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, Stuttgart, 2000., str. 136., Rn 282.

⁶⁰ Tako Mincke, W., *Die Akzessorietät des Pfandrechts*, str. 32.

⁶¹ Analogna primjena pravila o hipoteci - § 1115 BGB.

⁶² GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 135., Rn 279.

dug.⁶³ Na taj način se banka osigurava od rizika promjena na tržištu kapitala. U internom odnosu vjerovnik ima pravo na kamatu u skladu sa sporazumom o svrsi osiguranja (v. 3.1.4.).⁶⁴ Kod osiguranja hipotekom hipotekarni dužnik i vjerovnik bi morali, u slučaju da je došlo do promjena u kamatnoj stopi, izričito ponovo ugovoriti višu kamatnu stopu, ona bi morala biti upisana u zemljišne knjige, ali samo uz saglasnost naknadnih vjerovnika. Kod zemljišnog duga se ovaj problem uopće ne javlja.

2.2.2.3. *Prijenos tražbine bez prijenosa hipoteke*

Uobičajen iskaz da se hipoteka prenosi zajedno sa tražbinom nailazi na određene teškoće budući da tražbina i hipoteka imaju različitu pravnu narav i da za njihov prijenos i stjecanje važe različita pravila. U doktrini je zastupljeno shvatanje da hipoteka prelazi na cesionara tek sa upisom u javni registar,⁶⁵ a zakonodavstvo na području bivše SFRJ se razišlo po tom pitanju. U članku 319. ZV-a određeno je da prijenos tražbine dovodi ipso iure do prijelaza hipoteke, bez posebnog pravnog temelja i bez posebnog načina stjecanja, čime je izražena ideja apsolutne akcesornosti. Nasuprot tome, odredba članka 148. st. 2. SPZ-a određuje da se prijenosom osigurane tražbine prenosi i hipoteka, ali da učinci prijenosa hipoteke ne nastupaju ipso jure prijenosom tražbine već upisom u zemljišnu knjigu. Takođe i crnogorsko pravo, za razliku od hrvatskog, traži poseban modus acquirendi za hipoteku (16/4 ZH). Na ovom su mjestu u sukobu dva pravna načela – načelo upisa zemljišnih knjiga i načelo akcesornosti založnog prava. Rješenje prema kome se tražbina i hipoteke ne prenose istovremeno predstavlja odstupanje od načela akcesornosti i takav je slučaj u crnogorskom i slovenskom pravu.

Pažnju zaslužuje i jedna odredba SPZ-a prema kojoj je u slučaju prijenosa tražbine osigurane maksimalnom hipotekom isključen prijenos hipoteke, što predstavlja još jedan proboj načela akcesornosti – tražbina se prenosi bez prijenosa hipoteke! Odredba je pod direktnim utjecajem njemačkog prava.⁶⁶ Njemačka doktrina daje objašnjenje – visina tražbine i upisanog maksimalnog iznosa hipoteke ne podudaraju se; hipoteka se ne može prenijeti sa tražbinom jer dijelom ona postoji kao vlasnički zemljišni dug i uopće ne pripada vjerovniku tražbine.⁶⁷ Maksimalna hipoteka određuje samo jedan okvir u kojem se u stalno promjenjivom odnosu smjenjuju hipoteka (za dio nastale tražbine) i vlasnički zemljišni dug (za razliku između upisane maksimalne

⁶³ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 137., Rn 284., BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 44 III 12, str. 508.

⁶⁴ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, loc.cit.

⁶⁵ STANKOVIĆ/ORLIĆ, *Stvarno pravo*, str. 428., RIJAVEC, Vesna i dr., *Immobiliarsachenrecht in Slowenien*, str. 140. Do donošenja ZV i GAVELLA, N., *Založno pravo*, str. 23.

⁶⁶ § 1190 Abs. 4. BGB.

⁶⁷ Vidjeti JAUERNIG, Othmar in Jauernig u.a., BGB (u daljem tekstu: JAUERNIG, BGB), § 1190 Rn 8 i 9, str. 1156.

visine hipoteke i stvarno nastale tražbine).⁶⁸ Iz ovog slijedi da je samu maksimalnu hipoteku teško objasniti ukoliko pravni poredak na poznaje zemljišni dug ili pak vlasničku neakcesornu hipoteku. Objašnjavajući odvajanje sudbine tražbine koja se prenosi kao neosigurana tražbina i hipoteke slovenska doktrina će ovo pitanje morati dovesti u vezu sa zemljišnim dugom.

Vezano za prijenos tražbine i hipoteke postavlja se jedno značajno pitanje – da li je moguće stjecanje hipoteke u dobroj vjeri, odnosno da li će treće lice kojem je prenesena uknjižena hipoteka postati hipotekarni povjerilac, iako je tražbina, a time i hipoteka, prethodno već bila cedirana. Ovo se pitanje postavlja i u situaciji kada je osigurana tražbina nevaljana, prestala ili nije ni nastala.⁶⁹

Pitanje je izazvalo veliki interes u njemačkoj doktrini. U njemačkom pravu postoji više vrsta hipoteka sa različitim stupnjem akcesornosti.⁷⁰ Antipodi su osiguravajuća hipoteka (Sicherheitshypothek),⁷¹ gdje postoji potpuna vezanost za osiguranu tražbinu, i prometna hipoteka (Verkehrshypothek), gdje je ta veza mnogo slabija.⁷² Kod osiguravajuće hipoteke § 1137 BGB-a određuje da vlasnik nepokretnosti može isticati prigovore koje ima lični dužnik u odnosu na tražbinu (npr. prigovor poboynosti, kompenzacije, prestanka). Stjecatelj hipoteke nije zaštićen načelom povjerenja u zemljišne knjige u pogledu tražbine, te bi morao provjeriti da li i u kom iznosu postoji tražbina.⁷³ Nasuprot tome § 1138 BGB-a se odnosi samo na prometnu hipoteku i njome se djelovanje načela povjerenja proteže i na tražbinu,⁷⁴ ali samo utoliko «koliko je njeno postojanje potrebno da bi se hipoteka mogla prenijeti».⁷⁵

⁶⁸ JAUERNIG, BGB, § 1190 Rn 6, str. 1156.

⁶⁹ Ovo se pitanje kod cesije postavlja za hrvatsko pravo, ali ostala se pitanja postavljaju na isti način i u drugim pravnim porecima.

⁷⁰ Vidjeti BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 36 III 5, str. 405., BOECKERS, Th., EITEL, G., WEINBERG, M., Kreditsicherheiten, Wiesbaden, 1997., str. 67., PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. neubearbeitete Auflage, München, 2004., § 1113 Rn 2, str. 1503. (dalje citirano kao PALANDT).

⁷¹ Neki autori kritiziraju pojam osiguravajuća hipoteka, jer svaka hipoteka osigurava tražbinu i shodno tome je osiguravajuća. Ovim se nazivom želi označiti strogo akcesorno vezivanje za tražbinu. Tako LWOWSKI, H.-J., Das Recht der Kreditsicherheiten, str. 671., Rn 843.

⁷² Tako GAVELLA, N., Uloga hipoteke u osiguranju vjerovnika i aktiviranju vrijednosti dužnikove imovine, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995., 7-8, str. 538., BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 36 III 80, str. 403.

⁷³ BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 36 III 80, str. 403.

⁷⁴ BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 36 III 80, str. 404.

⁷⁵ § 1138 važi samo za hipoteku, ali ne i za tražbinu. Ova se odredba primjenjuje samo onda kada akcesornost stvarnog prava ne igra nikakvu ulogu te je isključena kod osiguravajuće hipoteke. Hipotekarnom se povjeriocu ne mogu uspješno staviti prigovori u pogledu tražbine, a ličnom mogu, tako da stvarnopravna tužba može imati uspjeha, a obligacionopravna ne. Vidjeti EICKMAN u MÜNCHENER KOMMENTAR § 1138 Rn 1 i 15, str. 1879. i 1880., JAUERNIG, BGB, § 1138 Rn 1, str. 1123., PALANDT, § 1138 Rn 1, str. 1518., LWOWSKI, H.-J., Das Recht der Kreditsicherheiten, str. 654. i 655., BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 38 IV 1, str. 435., WESTERMANN, Sachenrecht, str. 749.

Stjecalac stječe samo hipoteku, ali ne i tražbinu, za koju se fingira da postoji samo u jednoj logičnoj sekundi kako bi uopće moglo doći do prenosa hipoteke.⁷⁶

Zakoni zemalja bivše SFRJ ne nude direktan odgovor na prethodno postavljeno pitanje. Izuzetak predstavlja hrvatsko stvarno pravo. Članak 318. ZV-a određuje da se na zaštitu povjerenja u zemljišne knjige glede založnih prava na nekretninama (hipoteka) na odgovarajući način primjenjuju odredbe članka 122. do 125. toga Zakona, ako nisu suprotne pravnoj naravi tih prava. Raspravljajući o djelovanju načela povjerenja u zemljišne knjige hrvatska doktrina ne pravi razliku između stvarnih prava. U odnosu na poštenog stjecatelja smatra da je njegov prethodnik stvarni nositelj zemljišnoknjižnog prava, premda on to nije, da za njega pravo postoji sa onim sadržajem, opsegom, redom prvenstva kako je upisano u zemljišnoj knjizi, naravno pod uvjetom da su nastupili pravni učinci zaštite povjerenja u istinitost zemljišne knjige.⁷⁷ I slovenska se doktrina izjašnjava za dosljedno poštovanje principa zemljišnih knjiga.⁷⁸ Konzekvenca je priznanje prometne hipoteke, a prometna hipoteka je neakcesorna hipoteka.

Da li se odista radi o pravoj prometnoj hipoteci, koja u dobroj mjeri odstupa od načela akcesornosti, zavisit će dalje i od tumačenja pojma savjesnosti. Hrvatsko pravo ima izričitu odredbu prema kojoj se jedna osoba ne može smatrati nesavjesnom samo zato što nije istraživala vanknjižno stanje (8/3. ZZK, RH), a odredba identičnog sadržaja planirana je i za novo stvarno pravo u BiH.⁷⁹ Ovakvo shvaćanje savjesnosti neće tražiti od lica na koje se prenosi hipoteka da provjerava saldo dugovanja dužnika tražbine osiguranog hipotekom. U onim zemljama bivše SFRJ gdje nema sličnih odredaba u zemljišnoknjižnom i stvarnom pravu, moguće je da će sudovi i dalje slijediti sudsku praksu koja se ustalila na području bivše SFRJ, prema kojoj se ne smatra savjesnim onaj ko nije istražio i vanknjižno stanje.⁸⁰ U tom bi smislu sudovi uvažavali prigovor dužnika istaknut novom titularu hipoteke koji nije provjerio da li tražbina postoji. Tada se ne može govoriti o prometnoj hipoteci i pravni poreci će nužno poznavati samo knjižnu, strogo osiguravajuću hipoteku, koja se u literaturi označava kao «praforma» (Urform) hipoteke⁸¹ i koja nije dorasla potrebama suvremene kreditne privrede. Nasuprot tome, prometna hipoteka i zemljišni dug su

⁷⁶ Ova fikcija je nužna jer § 1153 Abs. 2. BGB određuje da je prijenos hipoteke moguć samo sa prijenosom tražbine, a 404. onemogućava savjesno stjecanje tražbine. EICKMAN u MÜNCHENER KOMMENTAR § 1138 Rn 1, str. 1879. i Rn 15, str. 1880.

⁷⁷ JOSIPOVIĆ, Tatjana, Zemljišnoknjižno pravo, str. 243–244, Rn 407 i 408.

⁷⁸ RIJAVEC i dr., Immobiliarsachenrecht in Slowenien, str. 142.

⁷⁹ Članak 53. st. 3. Radnog nacrtu Stvarnopravnog zakonika, stanje: septembar 2004. Radi se o harmoniziranoj verziji zakonskih tekstova za oba entiteta.

⁸⁰ O navedenoj praksi više kod STANKOVIĆ/ORLIĆ, Stvarno pravo, str. 574. i dalje, POVLAKIĆ, Meliha, Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišno-knjižnog prava, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu XLII/1999., str. 262–263.

⁸¹ LWOWSKI, H.-J., Das Recht der Kreditsicherheiten, str. 43., Rn 18.

na ovom mjestu identični – savjesna treća osoba stječe prometnu hipoteku i zemljišni dug onako kako su upisani u zemljišnoj knjizi odnosno u pismu zemljišnog duga i njoj se ne mogu isticati nikakvi prigovori u odnosu na tražbinu; pitanje postojanja tražbine se uopće i ne postavlja. Samo pod ovim uvjetima jedno sredstvo osiguranja podobno je za pravni promet.

2.2.2.4. *Hipoteka kao samostalna vrijednost*

Hipoteka ne prestaje ipso iure prestankom tražbine, već tek brisanjem iz zemljišne knjige. Kao i kod prijenosa i na ovom je mjestu jedan princip zemljišnih knjiga spriječio djelovanje principa akcesornosti. U citiranim zakonskim tekstovima, ali ni u literaturi sa područja bivše SFRJ, nema odgovora na pitanje kakvo je pravo hipoteka koja kao prazna opna samo zemljišnoknjižno egzistira. Neki autori negiraju postojanje vlasničke hipoteke, neki upravo ovdje vide vlasničku hipoteku. Ali ako je hipoteka akcesorno pravo, onda je vlasnička hipoteka, hipoteka na svojoj stvari bez postojanja tražbine *contradictio in adjecto*. Njemačka doktrina smatra da prestankom tražbine prestaje hipoteka, ali ne opterećenje nepokretnosti kao takvo – nastaje vlasnički zemljišni dug.⁸² Bez konstrukcije vlasničkog zemljišnog duga teško se mogu objasniti rješenja novih zakona sa područja bivše SFRJ koja tretiraju hipoteku kao samostalnu vrijednost i omogućavaju raspolaganja takvom hipotekom.

Vlasnička hipoteka je neakcesorno sredstvo osiguranja, situacija u kojoj je založno pravo osamostaljeno u odnosu na tražbinu.⁸³ U zemljama nasljednicama bivše SFRJ pod utjecajem austrijskog prava negira se mogućnost njenog postojanja, čak i u situaciji u kojoj postoje slični pozitivnopravni instituti (npr. u hrvatskom pravu raspolaganje neizbrisanom hipotekom).⁸⁴ Prema drugim mišljenjima ona može postojati i u «našem» pravu,⁸⁵ ali ne izvorno.⁸⁶ Vlasnik nekretnine ne može svoju nekretninu opteretiti na taj način da zasnuje hipoteku u svoju korist, ali vlasnička hipoteka može nastati naknadno npr. konsolidacijom, sjedinjenjem u jednoj ličnosti vlasnika nekretnine i hipotekarnog vjerovnika. Takvom hipotekom vlasnik može raspolagati, npr. može ustupiti neizbrisanu hipoteku za osiguranje slijedećeg kredita.⁸⁷ Bez izričite zakonske norme o tome ne bi se moglo prihvatiti navedeno stajalište, ali ono pokazuje otvorenost za prihvaćanje neakcesornog sredstva osiguranja koje se može upotrijebiti za osiguranje više tražbina. Upravo je to osnovna prednost zemljišnog duga.⁸⁸ Uz to zemljišni dug daje vlasniku nekretnine veću slobodu – on može nastati i izvorno, kao opterećenje vlastite stvari.

⁸² Vidjeti bilješku br. 43.

⁸³ GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, str. 732.

⁸⁴ GAVELLA et al., *Stvarno pravo*, str. 822.

⁸⁵ Ova se razmišljanja odnose na zemlje gdje je ZOSPO odnosno ZOVO još na snazi.

⁸⁶ Tako STANKOVIĆ/ORLIĆ, *Stvarno pravo*, str. 376.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ V. bilješku 136.

Novo hrvatsko stvarno pravo dopušta mogućnost **raspolaganja neizbrisanom hipotekom** i njenog prijenosa na novu tražbinu koja nije veća od one koja je prestala (347., ZV).⁸⁹ Hrvatska doktrina smatra da se kod raspolaganja neizbrisanom hipotekom ne radi o vlasničkoj hipoteci, već o ovlaštenju da se već isplaćena hipoteka prenese na novog vjerovnika.⁹⁰ Osim te mogućnosti vlasnik nekretnine može prilikom brisanja hipoteke za rok od tri godine pridržati prvenstveni red za upis nove hipoteke (348/1., ZV). Sličnu mogućnost on ima i dok je stara hipoteka još upisana jer može tražiti da se paralelno sa postojanjem stare upiše nova hipoteka koja će proizvoditi učinke ukoliko se stara hipoteka izbriše u roku od godine dana (348/2., ZV). Takođe i ZZK RH predviđa mogućnost pridržaja reda za novu hipoteku (72/2., ZZK RH).⁹¹ U hrvatskom pravu postoje različite mogućnosti zadržanja prvenstvenog reda i od strane vlasnika opterećene nekretnine i od strane titulara hipoteke, kao i raspolaganja neizbrisanom hipotekom, što svjedoči o novom pristupu hipoteci i shvaćanju da ona može postojati kao samostalna vrijednost, kao i o potrebi moderne kreditne privrede za fleksibilnijom upotrebom jednom upisane hipoteke.

Sličnu mogućnost poznaje i makedonsko pravo. Ako tražbina u cijelosti bude namirena, a hipoteka nije brisana iz javnog registra, vlasnik nekretnine može uz dokaz da je prestala osigurana tražbina hipoteku prenijeti na novu tražbinu čiji je iznos jednak iznosu prethodne tražbine (45/2., ZDZ). Rješenja makedonskog zakona su u izvjesnoj mjeri neusklađena. Propisano je da pravo zahtijevati brisanje zaloga imaju i založni vjerovnik i založni dužnik (42/2., ZDZ). Pravo hipotekarnog vjerovnika da zahtijeva brisanje hipoteke i vlasnika da dalje raspolaze tom hipotekom mogu kolidirati. Dalje, čini se da se ipak ne koristi neizbrisana hipoteka, već se upisuje nova, koja može imati red prvenstva stare samo ako se stara hipoteka izbriše ili se saugovarači slože da se prvenstvo prenese na novi zalog (45/3., ZDZ). Ova odredba poništava pozitivne efekte mogućnosti upotrebe neizbrisane hipoteke, a i nepraktična je zbog nužnosti dvostrukog upisa u zemljišne knjige i dokazivanja prestanka tražbine.

Zajednički nedostatak hrvatskog i makedonskog prava je u činjenici da se hipoteka može ponovo upotrijebiti tek po prestanku prvobitno osigurane tražbine; nasuprot tome zemljišnim dugom se može paralelno osigurati više nastalih tražbina.⁹²

⁸⁹ Ovdje je novo hrvatsko pravo slijedilo ista rješenja kao III. novela na Austrijski građanski zakonik iz 1916. Tek je tom novelom u austrijskom pravu uvedena mogućnost raspolaganja sa neizbrisanom hipotekom kao surogat za vlasničku hipoteku. Predosnova za građanski zakonik Kraljevine Jugoslavije također je sadržavala ovo rješenje - §§ 470.a-470.d. Usporediti ČULINOVIĆ, F., Komentar zemljišno-knjižnih zakona, Beograd, 1931., str. 206.

⁹⁰ GAVELLA, N. i dr., Stvarno pravo, str. 821-822.

⁹¹ Šteta je što su neka od ovih sredstava predviđena u ZZK RH a neka u ZV-u, čime je razbijeno jedinstvo i preglednost regulative. Doktrina vidi u pridržaju prvenstvenog reda propisanom ZV-om i ZZK RH dva različita instituta. Tako JOSIPOVIĆ, T., Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Zagreb, 1998., str. 178.

⁹² STÖCKER, O. M., Die „Eurohypothek“, str. 32. i dalje.

Crnogorsko pravo regulira **kontinuiranu hipoteku** (9., ZH CG). Uzor za kontinuiranu hipoteku dijelom je bez sumnje bila odredba članka 972. ZOO-a prema kojoj se zalog na pokretnoj stvari proteže i na osiguranje tražbina koje bi nastale nakon sklapanja ugovora o zalogu, a koje bi dospjele prije namirenja obaveze za čije je osiguranje dat zalog. Upravo tako i glasi odredba stavka 1. članka 9. ZH CG-a i u ovom rješenju je vidljivo još jedno odstupanje od načela akcesornosti – hipoteka nije ekskluzivo rezervirana za osiguranje tražbine zbog čijeg je osiguranja osnovana. Ali u drugom stavu zakonodavac čini još jedan korak dalje – nastala hipoteka može osiguravati tražbine iz novog ugovornog odnosa nastalog nakon izmirenja obaveza za čije je osiguranje hipoteka nastala do iznosa utvrđenog ugovorom o hipoteci (točnije bi bilo do iznosa hipoteke upisanog u katastru nepokretnosti). Iz navedene odredbe zaključuje se sljedeće – hipoteka ne prestaje isplatom ili prestankom tražbine koju je prvobitno osiguravala. Vlasnik pored prava da briše hipoteku ima pravo neizbrisanu hipoteku dalje upotrijebiti za osiguranje tražbine iz novog ugovornog odnosa, nastalog nakon prestanka prvobitno osigurane tražbine. Kontinuiranom hipotekom željeli su se postići isti efekti kao zemljišnim dugom.

Iz odredaba o mogućnosti korištenja neizbrisane hipoteke vidljivi su manje ili više uspješni pokušaji u zemljama s područja bivše SFRJ da se «iskoristi» jednom upisana hipoteka za osiguranje novih tražbina. Upravo je to jedna od prednosti zemljišnog duga – zemljišni dug se može višekratno iskoristiti i pri tome se ne javljaju problemi koji proizlaze iz rješenja na tlu bivše SFRJ – vlasnik nekretnine bi zemljišni dug mogao «čuvati u rezervi» duže od tri godine, uvjet za raspolaganje zemljišnim dugom ne bi bio dokaz da je prestala prvobitno osigurana tražbina, već bi se paralelno mogla osigurati i nova tražbina, ne bi bio potreban novi upis u zemljišne knjige, ne bi bilo bitno da li su stara i nova tražbina istog iznosa, odnosno da nova nije višeg iznosa, ne bi bile nužne korekcije u zemljišnoj knjizi u pogledu visine iznosa tražbine. Niti u jednom ovdje spomenutom zakonskom tekstu nije riješeno pitanje da li se podvrgavanje ovršnosti za isplatu prvobitne tražbine proteže i na nove tražbine, a to je pitanje koje će odlučiti o prihvaćanju ovih modaliteta u praksi. U njemačkom pravu, a nema razloga da odgovor ne bude isti i za ovdje analizirane pravne poretke, ukoliko dolazi do promjene tražbine kod hipoteke, vjerovnik se mora podvrgnuti ponovo neposrednoj ovrši, sada za novu tražbinu, a nužan je i novi upis zabilježbe ovršnosti u zemljišnoj knjizi.⁹³ Kod zemljišnog duga ovo nije potrebno. Vlasnik nekretnine podvrgnuo se ovrši za iznos zemljišnog duga upisanog u zemljišnoj knjizi, a isplata tražbine ne utječe na egzistenciju zemljišnog duga (v. 3.1.6.) Iz navedenih razloga u njemačkoj praksi prevladava zemljišni dug.

⁹³ Uporediti PALANDT, § 1180 Rn 3, str. 1543.

2.3. Problem apstraktnosti zemljišnog duga

2.3.1. Sistem apstraktnosti kod stjecanja stvarnih prava u Njemačkoj

U evropskim zemljama postoje značajne razlike u pogledu koncepta stjecanja stvarnih prava, što je jedna od smetnji stvaranju evropskog civilnog kodeksa. Rješenja u evropskim zemljama razlikuju se u tri nivoa⁹⁴ – da li je za prenos dovoljan samo ugovor između stranaka, kao npr. u francuskom pravu i pravima koja su stajala pod njegovim utjecajem, kao i u poljskom pravu, ili su za prenos vlasništva osim ugovora nužne i dodatne činjenice, koje neki autori slikovito nazivaju »aktom objavljivanja«, a to su tradicija ili upis u registar.⁹⁵ Prvi sistem naziva se principom konsenzualnosti, drugi tradicionalnim principom. Druga točka razlikovanja se odnosi na pitanje da li je pored osnovnog, obligacionog ugovora koji stvara prava i obaveze među strankama, potreban poseban pravni posao koji je upravljen na prenos vlasništva ili zasnivanje nekog stvarnog prava. Ako je taj pravni posao sastavni dio osnovnog pravnog posla, govori se o principu jedinstva (Einheitsprinzip), a ako se zaključuje kao pravni posao jasno odvojen od prvog, govori se o principu podjele (Trennungsprinzip).⁹⁶ Ugovor upravljen na prenos vlasništva naziva se stvarnopravni posao (dinglicher Vertrag, Einigung, real agreement).⁹⁷ Sistem podjele (Trennungsprinzip) može imati dvije varijante, koje se tiču odnosa dva pravna posla i ovdje se radi o trećem nivou razlikovanja.⁹⁸ U jednoj varijanti valjanost stvarnopravnog pravnog posla zavisi od valjanosti obligacionog ugovora i tada se govori o principu kauzalnosti, gdje je causa stvarnopravnog posla osnovni, obligacioni posao⁹⁹ (takva rješenja poznaje holandsko pravo). Druga varijanta je zastupljena u njemačkom pravu – pravna sudbina stvarnopravnog ugovora ne zavisi od osnovnog, obligacionog ugovora i tada se govori o principu apstraktnosti, kakav se sreće u njemačkom pravu.¹⁰⁰

U njemačkom je pravu za prenos vlasništva ili za konstituiranje drugih stvarnih prava pored obligacionog ugovora (Verpflichtungsgeschäft), koji stvara prava i obaveze između ugovornih strana¹⁰¹ i načina stjecanja (predaja, kod pokretnih stvari, uknjižba kod nekretnina), potreban i stvarnopravni ugovor.¹⁰² BGB označava ovu izjavu volje kao Einigung i ne definira je kao stvarnopravni posao, ali o tome nema

⁹⁴ Prema DROBNIG, U., *Transfer of Property in: Towards a European Civil Code* (u daljem tekstu: DROBNIG, U., *Transfer of Property*), str. 496.

⁹⁵ JAUERNIG, O., *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, *Juristische Schulung*, 9/1994., str. 722.

⁹⁶ Vidjeti BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 5 IV 40, str. 47.

⁹⁷ Vidjeti BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 5 II 5, str. 37.

⁹⁸ Tako DROBNIG, U., *Transfer of Property*, str. 496 – 497.

⁹⁹ JAUERNIG, O., *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, str. 722.

¹⁰⁰ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 10, str. 2086., SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 414.

¹⁰¹ SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 412.

¹⁰² §§ 873 i 925 BGB (za nekretnine), § 929 BGB (za pokretne stvari).

spora u njemačkoj doktrini. Stvarnopravni pravni posao može biti i klauzula osnovnog ugovora.¹⁰³ Da se radi o dva pravna posla, jasno slijedi iz sljedećih činjenica – ova dva pravna posla imaju različite nazive (Vertrag i Einigung), obligacioni ugovor reguliran je u dijelu BGB-a koji regulira obligaciono pravo, a Einigung u dijelu BGB-a koji regulira stvarno pravo. Do određenog momenta (predaje, uknjižbe) je Einigung jednostrano opoziv pravni posao.¹⁰⁴ Ovaj stvarnopravni ugovor neki autori nazivaju raspoložućim pravnim poslom (Verfügungsgeschäft),¹⁰⁵ a neki ispunjavajućim pravnim poslom (Erfüllungsgeschäft).¹⁰⁶ I jedan i drugi naziv potječu od efekata tog pravnog posla. Prenosom prava vlasništva ili zasnivanjem nekog drugog stvarnog prava određeno lice ispunjava svoju ugovornu obavezu (npr. prodavac da prenese vlasništvo, zajmoprimac da zasnuje zemljišni dug), a istovremeno mijenja pripadnost stvari.¹⁰⁷ Raspoložujući stvarnopravni posao je u dvostrukom smislu apstraktan – u ovom pravnom poslu ne mora doći do izraza u kojem se cilju on poduzima, šta je razlog npr. prenosa vlasništva ili zasnivanja drugog stvarnog prava (sadržajna apstraktnost). Ovaj pravni posao ne ovisi o postojanju ili punovažnosti obligacionog ugovora (vanjska apstraktnost).¹⁰⁸ Isključivi cilj ovog pravnog posla je prenos prava vlasništva, odnosno konstituiranje nekog drugog stvarnog prava.¹⁰⁹ Nevaljanost obavezujućeg pravnog posla ne sprječava valjan nastanak stvarnog prava.

Razlikovanje osnovnog, obligacionog ugovora (Verpflichtungsgeschäft), od stvarnopravnog pravnog posla (Verfügungsgeschäft, Einigung) najmarkantnija je karakteristika njemačkog stvarnog prava,¹¹⁰ koja ima za cilj zaštitu sigurnosti pravnog prometa. Nema sumnje da je princip stjecanja stvarnih prava kakav postoji u njemačkom pravu stran pravnim porecima sa područja bivše SFRJ, i da ne može i ne treba biti preuzet s nekim drugim institutima gdje njemačko pravo ostvaruje znatan utjecaj (npr. fiducijarno vlasništvo). On je izložen kritici i u njemačkoj doktrini, kao vještački princip koji je stran životu.¹¹¹ Čak ga eminentni njemački autori ne predlažu kao princip stjecanja vlasništva za budući evropski civilni kodeks.¹¹²

¹⁰³ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, str. 505.

¹⁰⁴ Ibidem. Takođe JAUERNIG, BGB, § 873 Rn 17, str. 961.

¹⁰⁵ JAUERNIG, O., *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, str. 721. Za neke autore tek Einigung (stvarno pravni pravni posao) i upis u zemljišne knjige zajedno predstavljaju «raspolaganje». V. JAUERNIG, BGB, § 873 Rn 13, str. 961.

¹⁰⁶ SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 413.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ovako JAUERNIG, O., *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, str. 722.

¹⁰⁹ § 929. Abs. 1. BGB. Takođe KASPAR, M., *Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?*, Berlin 2003., str. 149.

¹¹⁰ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 10, str. 2086., DROBNIG, U., *Transfer of Property*, str. 508.

¹¹¹ Navedeno prema JAUERNIG, O., *Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip*, str. 723.

¹¹² DROBNIG, U., *Transfer of Property*, str. 508.

2.3.2. Kompatibilnost zemljišnog duga s pravnim porecima koji ne poznaju apstraktnost kod stjecanja stvarnih prava

Kod odgovora na pitanje da li je zemljišni dug u suglasnosti s pravnom tradicijom zemalja koje pripadaju drugačijem sistemu stjecanja, odnosno bivših jugoslavenskih zemalja, koje prema gore navedenoj klasifikaciji pripadaju tradicionalnom sistemu, bitno je uočiti da preuzimanje ovog instituta ne znači i preuzimanje njemačkog načina stjecanja stvarnih prava, što je glavni prigovor protiv zemljišnog duga u zemljama koje ne poznaju apstraktni stvarnopravni ugovor njemačkog prava. Kada se govori o apstraktnosti zemljišnog duga u njemačkom pravu, neki autori govore u biti o apstraktnosti stvarnopravnog posla,¹¹³ a ne nekoj posebnoj odlici samog zemljišnog duga.

Zemljišni dug je apstraktno sredstvo osiguranja jer vlasniku opterećene nekretnine ne pripadaju određena sredstva obrane prema licu na koje je prenesen zemljišni dug; on ne može isticati prigovore nepostojanja, nedospjelosti, prestanka tražbine. Međutim, to je upravo ono u čemu se ogleda neakcesornost zemljišnog duga. Neovisnost o tražbini posljedica je neakcesorne prirode zemljišnog duga, a ne načina stjecanja prava. Cijeli problem bi se mogao zaključiti i jednom jedinom rečenicom – apstraktnost zemljišnog duga nema ništa zajedničko s apstraktnošću stjecanja – njemačko pravo kod istog principa stjecanja koji važi za sva stvarna prava paralelno poznaje i hipoteku kao akcesorno i zemljišni dug kao neakcesorno i «apstraktno» sredstvo osiguranja tražbina. U njemačkom pravu nije samo zemljišni dug apstraktan i time različit od hipoteke, «svako stvarno pravo je (dakle i hipoteka) apstraktno naspram osnovnog kauzalnog pravnog posla.»¹¹⁴ Apstraktnost uopće ne treba isticati kao posebnu karakteristiku zemljišnog duga. Odlika neakcesornosti je sasvim dovoljna da objasni odnos između ovog prava osiguranja i osigurane tražbine. Načelo kauzalnosti ili apstraktnosti koje regulira odnos između obligacionog ugovora i stvarnopravnog pravnog posla u njemačkom pravu nema ništa zajedničko s načelom akcesornosti koje regulira odnos između prava osiguranja i osigurane tražbine.¹¹⁵

U njemačkom pravu nevažnost osnovnog ugovora odnosno nenastanak tražbine uslijed djelovanja načela apstraktnosti ne sprječava nastanak zemljišnog duga, ali ni hipoteke. Kada je u pitanju hipoteka, nenastanak tražbine dovodi, kako je rečeno, do nastanka vlasničkog zemljišnog duga, te bi vlasnik imao pravo da traži ispravku zemljišne knjige. Nenastanak tražbine ne sprječava valjan nastanak zemljišnog duga, i to ne vlasničkog zemljišnog duga, u korist lica upisanog u zemljišnu knjigu. Vlasnik nekretnine nije bez zaštite – on ima pravo zahtijevati od tog lica povratni prenos

¹¹³ Tako WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 226.

¹¹⁴ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 10, str. 2086.

¹¹⁵ SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 415., WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 683. Akcesornost se odnosi na odnos stvarnopravnog ugovora odnosno prava koje je na osnovu njega nastalo i tražbine. EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 11, str. 2087.

zemljišnog duga, po principima stjecanja bez osnove (§ 812 Abs. 1 BGB).¹¹⁶ U datoj situaciji načelo apstraktnosti stvarnopravnog posla omogućilo je opstanak oba prava, ali su nastale različite situacije, budući da je jedno pravo akcesorno, a drugo ne. Akcesorna hipoteka nije nastala za vjerovnika, utoliko je zemljišna knjiga netočna, i vlasnik može tražiti ispravku zemljišne knjige. Djelovanjem načela povjerenja u zemljišne knjige hipoteka međutim postoji za treće savjesne osobe i one je mogu steći u dobroj vjeri od upisanog vjerovnika. Neakcesorni zemljišni dug je nastao i za upisanog vjerovnika, uz obavezu povratnog prenosa na vlasnika, ako je u pitanju osiguravajući zemljišni dug. Također je zemljišni dug nastao za treće osobe. Načelo apstraktnosti možemo apstrahirati iz razmatranja o zemljišnom dugu, budući da u njemačkom pravu djeluje isto kod obje vrste osiguranja i da se ne odnosi na zemljišni dug kao takav, već na stvarnopravni posao kojim se osniva.

U pravima bivše SFRJ za stjecanje stvarnih prava ne važi načelo apstraktnosti, ali principi zemljišnih knjiga i principi vrijednosnih papira (ako se pismu zemljišnog duga da karakter vrijednosnog papira, kao što je slučaj u Sloveniji) će u zemljama nasljednicama bivše SFRJ proizvesti za treće savjesne osobe iste efekte kao Einigung njemačkog prava. U odnosima prema trećima zemljišni dug postoji bez obzira kakva je sudbina osnovnog pravnog posla i iz njega proizašle tražbine, kao što je slučaj i s hipotekom (supra 2.2.2.3.). Zemljišni dug će međutim postojati i u internom odnosu vlasnika nekretnine i lica za koje je on osnovao zemljišni dug; ovi odnosi mogu se riješiti kondikcijskim zahtjevom.¹¹⁷

3. Usporednopravni prikaz

3.1. Zemljišni dug u njemačkom pravu

3.1.1. Uvodne napomene

Zemljišni dug je u BGB-u definiran kao stvarno pravo na tuđoj stvari koje svom titularu daje pravo da se u visini zemljišnog duga naplati iz opterećene nekretnine. Unovčenjem i naplatom određenog iznosa kod hipoteke se podmiruje osigurana

¹¹⁶ JAUERNIG, BGB, § 1191 Rn. 3, str. 1157., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 10, str. 2086. Vidjeti infra 3.1.4.

¹¹⁷ Budući da se radi o potpuno novom institutu, ovo pravilo koje je izvedeno iz određenih principa građanskog prava može biti ponovljeno u zakonu. Zakonodavac bi mogao izričito propisati da je zemljišni dug moguće osnovati i za osiguranje tražbine (na taj način se zakonski fiksira osiguravajući zemljišni dug, ali ostavlja mogućnost zasnivanja zemljišnog duga i bez tražbine i ne denaturira se osnovna ideja zemljišnog duga), te da u tom slučaju nastanak i postojanje zemljišnog duga ne ovisi o nastanku i postojanju tražbine (na taj način se samo zakonski precizno izražava neakcesornost ovog sredstva osiguranja). Dalje bi zakonodavac trebao odrediti izričito da u slučaju da je zemljišni dug konstituiran za osiguranje tražbine njen nenastanak ili prestanak ovlašćuju vlasnika da traži povratni prenos zemljišnog duga od lica u čiju korist je osnovao zemljišni dug (primjena principa stjecanja bez osnova), ako nije nešto drugo ugovoreno (ovim se dopušta uređenje odnosa ugovorom o svrsi osiguranja – v. 3.1.4.).

tražbina, kod zemljišnog duga to ne mora biti slučaj – tako da se naplata može promatrati kao sama sebi svrhom.¹¹⁸

Njemačko pravo pod višim rodnom pojmom «Založna prava na nekretninama» (Grundpfandrechte) poznaje hipoteku, kojoj posvećuje najveću pažnju (§§ 1113 – 1190 BGB), zemljišni dug (§§ 1191 – 1198 BGB) i rentni dug (§§ 1199 – 1203 BGB).¹¹⁹ Ovaj je institut bez ikakve praktične važnosti.¹²⁰ Za razliku od hipoteke koja je regulirana iscrpno sa 87 paragrafa, BGB regulira zemljišni dug u samo 8 paragrafa. Praktični značaj ovih instituta obrnuto je proporcionalan obimu regulative.

O zemljišnom dugu iz odredaba BGB-a direktno proizlazi sljedeće: data je zakonska definicija iz koje proizlazi neakcesorni karakter ovog instituta (§ 1191 BGB), na zemljišni dug se primjenjuju odredbe kojima je regulirana hipoteka, ako nisu nespojive sa njegovom neakcesornošću (§ 1192 Abs. 1 BGB), u pogledu kamata zemljišnog duga važe propisi o kamati hipoteke (§ 1192 Abs. 2 BGB). Dispozitivna je zakonska odredba da je pretpostavka za dospelost i naplatu zemljišnog duga otkaz, te da je otkazni rok šest mjeseci (§ 1193 BGB). Također je dispozitivna odredba prema kojoj je mjesto plaćanja zemljišnog duga, kamate i drugih sporednih obaveza mjesto u kome zemljišnoknjižni sud ima svoje sjedište (§ 1194 BGB). Zakon dopušta mogućnost da se pismo zemljišnog duga izda na donosioca (§ 1195 BGB), ali ova odredba nema nikakvu praktičnu važnost.¹²¹ § 1196 BGB regulira vlasnički zemljišni dug. Vlasnik koji je ujedno i vjerovnik zemljišnog duga ne može pokrenuti ovršni postupak u svrhu namirenja (§ 1197). Zemljišni dug se može pretvoriti u hipoteku i obrnuto (§ 1198 BGB).

Tvorci BGB-a imali su u vidu primarno hipoteku kao sredstvo osiguranja na nekretninama i nisu mogli predvidjeti ekspanziju zemljišnog duga kao sredstva osiguranja. Ovako skromna regulativa, pri čemu su neke odredbe dispozitivne, a neke nemaju više nikakav praktični značaj, sigurno nije razlog za enormni praktični značaj ovog instituta. Njega su oblikovale doktrina i praksa. Ovdje slijedi sumaran prikaz ovog instituta u njemačkom pravu; radi se o institutu kojem je posvećena izuzetno obimna literatura, tako da je teško o njemu reći nešto novo, kao što je teško tu obimnu građu komprimirati na obim koji odgovara ovom radu.

3.1.2. Neakcesornost zemljišnog duga

Hipoteka i zemljišni dug su dva slična pravna instituta – radi se u oba slučaja o ograničenim stvarnim pravima na tuđoj stvari koja titularu daju pravo na namirenje iz

¹¹⁸ WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 806., *Motivi III S. 779 za donošenje BGB*. Navedeno prema EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 1, str. 2084.

¹¹⁹ Rentni dug je posebna vrsta zemljišnog duga, pri čemu je diferentia specifica – novčana suma koja se plaća u ravnomjernim vremenskim razmacima. Plaćanja ne znače ni otplatu glavnice ni otplatu kamata.

¹²⁰ Tako JAUERNIG, BGB, *Vorbemerkung uz § 1199 Rn. 1*, str. 1164.

¹²¹ JAUERNIG, BGB, § 1195 Rn 1, str. 1162., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1195 Rn 1, str. 2124.

vrijednosti stvari (Verwertungsrecht).¹²² Svrha oba instituta može biti ista – osiguranje tražbine. Vjerovnik zemljišnog duga namiruje se kao i vjerovnik hipoteke. Pretvaranje jednog prava u drugo je moguće, nije ograničeno i nije uvjetovano saglasnošću vjerovnika slabijeg ranga (§ 1198 BGB).¹²³ Ova dva instituta razlikuje odnos prema tražbini.¹²⁴ BGB daje zakonsku definiciju hipoteke i zemljišnog duga, pri čemu su one potpuno identične, osim što u definiciji zemljišnog duga nije navedeno da se on osniva za osiguranje tražbine.¹²⁵ Neki autori slikovito označavaju zemljišni dug kao hipoteku bez tražbine.¹²⁶ BGB određuje da se na zemljišni dug shodno primjenjuju odredbe o hipoteci, ukoliko iz činjenice da zemljišni dug ne pretpostavlja tražbinu ne proizlazi drukčije (§ 1192 Abs. 1).¹²⁷ Njemačka doktrina je već postavila pravila koje se odredbe mogu, a koje ne mogu primijeniti.¹²⁸

Nastanak ili prestanak zemljišnog duga nisu uvjetovani nastankom ili prestankom osigurane tražbine, zemljišni dug može se prenijeti samostalno, bez prenosa tražbine.¹²⁹ Također je moguće da vjerovnik prenese tražbinu jednoj osobi, a zemljišni dug drugoj.¹³⁰ Budući da je neovisno o tražbini ovo pravo može se zasnovati i kada ona ne postoji. Vlasnik može osnovati u svoju korist zemljišni dug na vlastitoj nekretnini i upisati ga u zemljišnu knjigu. Svrha ovog zemljišnog duga može biti osiguranje ranga prvenstva za budući kredit. Vlasnik nekretnine može legatom ili poklonom osnovati zemljišni dug u korist nekog lica. Osnivanje zemljišnog duga u korist društva s ograničenom odgovornošću može predstavljati članski udjel u tom društvu.¹³¹ U navedenim situacijama zemljišni dug je valjano zasnovan, a da za podlogu nema tražbinu. Njemačka doktrina ovu situaciju naziva «izolirani zemljišni dug». Izolirani zemljišni dug je «čista» forma zemljišnog duga,¹³² ali se značaj zemljišnog duga ne iscrpljuje u ovoj mogućnosti. Iako je neakcesorne prirode, zamisliv i bez

¹²² WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 225.

¹²³ WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 807.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ § 1113 Abs. 1 BGB glasi: «Jedno zemljište može biti opterećeno na način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno treba platiti određenu novčanu sumu iz vrijednosti zemljišta za namirenje tražbine koja mu pripada (hipoteka).»

§ 1191. Abs. 1 BGB glasi: «Jedno zemljište može biti opterećeno na način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno treba platiti određenu novčanu sumu iz vrijednosti zemljišta (zemljišni dug).»

¹²⁶ Tako LWOWSKI, H. J., *Das Recht der Kreditsicherheiten*, str. 703. Rn. 902.

¹²⁷ Tako WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 807., JAUERNIG, BGB, § 1192 Rn 1, str. 1161.

¹²⁸ WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 809., JAUERNIG, BGB, § 1192 Rn 2 i 3, str. 1161., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1192 Rn 2 – 4, str. 2121.

¹²⁹ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 36 III 77, str. 402.

¹³⁰ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 230 – 231., PALANDT, § 1191 Rn 26, str. 1551.

¹³¹ Vidjeti WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 806., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 6, str. 2086.

¹³² SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 418.

postojanja tražbine koju treba osigurati, u praksi se zemljišni dug u pravilu osniva za osiguranje tražbine, tzv. osiguravajući zemljišni dug (Sicherungsgrundschuld).¹³³ U pogledu samog naziva osiguravajući zemljišni dug postoje kritike, budući da on asocira na osiguravajuću hipoteku, koja je strogo akcesorno sredstvo osiguranja.¹³⁴ Osnivanje zemljišnog duga radi osiguranja tražbine označava samo cilj zbog kojeg je on osnovan, ali ga ne čini akcesornim sredstvom osiguranja, zavisnim od tražbine (v. 3.1.4.); i osiguravajući zemljišni dug je neovisan o tražbini.¹³⁵ Daljnja izlaganja će se, ako nešto drugo nije naznačeno, odnositi na osiguravajući zemljišni dug.

Neakcesornost zemljišnog duga u modernoj kreditnoj privredi uvjetuje određene prednosti pred hipotekom – zemljišni dug može služiti osiguranju novih tražbina pored prvobitne ili nakon što se ona ugasi, a bez potrebe novog upisa u zemljišnu knjigu. Može služiti za dopunu već djelimično otplaćenog kredita, može osiguravati nove tražbine koje bi u budućnosti nastale između vjerovnika i vlasnika. On je pogodan za osiguranje promjenjivih tražbina različitog iznosa koje proizlaze iz kontokorent-odnosa dviju strana i u tom je smislu potisnuo maksimalnu hipoteku (v. 2.2.2.1.).¹³⁶

3.1.3. Osnivanje zemljišnog duga

Njemačko pravo ne regulira nikakve specifičnosti osnivanja zemljišnog duga u odnosu na osnivanje hipoteke. Ako je u pitanju osiguravajući zemljišni dug, davalac kredita i korisnik kredita zaključuju ugovor o kreditu kojim reguliraju pitanje iznosa kredita, uvjeta vraćanja, kamata itd.¹³⁷ Ugovor o kreditu stvara prava i obveze među strankama – obvezu davaoca kredita da valutira kredit, korisnika kredita da ga vrati prema ugovorenim uvjetima i sl., te da zasnje hipoteku ili zemljišni dug. Nema prepreka da izjava volje o osnivanju zemljišnog duga bude sastavni dio ugovora o kreditu. U njemačkoj bankarskoj praksi se, međutim, ugovor o zajmu i pravni posao o osnivanju zemljišnog duga zaključuju odvojeno. Prvi zaključuju stranke

¹³³ Tako WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 807, GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, Stuttgart, 2000., str. 245. Rn. 561, WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 225-226.

¹³⁴ LWOWSKI, H. J., *Das Recht der Kreditsicherheiten*, str. 703., Rn 902.

¹³⁵ PALANDT, § 1191 Rn 1, str. 1549.

¹³⁶ STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 31- 42. U razvijenijoj kreditnoj privredi kakva je njemačka postoje i dalje prednosti zemljišnog duga nad hipotekom kod osiguranja konzorcijalnog kredita (tražbine više vjerovnika prema istom dužniku se osiguravaju u korist jednog trusta), kod tzv. međufinansiranja, kod globalnih zaduženja kod stambene izgradnje za prodaju preko nosioca gradnje itd. Detaljnije kod STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 48., 58., 63. i dalje.

¹³⁷ Prilikom reforme BGB-a iz 2002. godine bilo je pokušaja da se zakonski termin «zajam» zamijeni terminom «kredit», ali je kritika u doktrini uzrokovala zadržavanje starog termina. Inače je zajam do navedene reforme bio veoma skromno reguliran (5 zakonskih odredaba); kreditna privreda je regulirala pitanja vezana za ovaj institut u općim uvjetima poslovanja banaka i kreditnih instituta. Vidjeti KÖNDGEN, J., *Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlannonce* in: ERNST, W., ZIMMERMANN, R. (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001, str. 465 i 469.

bez sudjelovanja javnog bilježnika i bez upisa u zemljišnu knjigu, i za njega nije propisana obavezna forma¹³⁸ niti je propisana obveza da mora sadržavati klauzulu o osnivanju osiguranja.¹³⁹ Izjavu o zasnivanju zemljišnog duga (Einigung, stvarnopravni posao) vlasnik nekretnine daje u formi javnobilježničkog akta, gdje se podvrgava i neposrednom izvršenju. Davalac kredita uopće ne mora sudjelovati u postupku pred javnim bilježnikom. Causa osnivanja hipoteke ili zemljišnog duga leži u obveznom ugovoru; u njemačkoj doktrini postoje divergencije o pitanju koji je obvezni ugovor causa stvarnopravnog posla kojim se osniva zemljišni dug. Prema jednom mišljenju to je ugovor o kreditu,¹⁴⁰ a prema drugom, više zastupljenom, to je ugovor o svrsi osiguranja (v. 3.1.4.).¹⁴¹ Neovisno o navedenom, nema spora o tome da osnivanje hipoteke ili zemljišnog duga znači ispunjenje ugovorne obveze, ali i stvarnopravni pravni posao (Einigung). Valjanost pravnog posla kojim su osnovani hipoteka ili zemljišni dug neovisna je o valjanosti ugovora o kreditu odnosno ugovora o svrsi osiguranja, što je posljedica načela apstraktnosti, koje djeluje na isti način i kod hipoteke i kod zemljišnog duga, kao i kod prenosa vlasništva (v. 2.3.2.).

Za valjan nastanak zemljišnog duga je pored Einigunga nužan i upis u zemljišne knjige, a ako je u pitanju zemljišni dug, uz pismo i izdavanje pisma zemljišnog duga (primjena odredbe § 1117 Abs. 1 BGB koja regulira hipoteku). Do predaje pisma smatra se da postoji (privremeni) vlasnički zemljišni dug (§ 1163 Abs. 2 BGB – pravilo koje važi za hipoteku).¹⁴² Predaja ili zadržavanje pisma ima značajne pravne posljedice. Do predaje pisma je zaštićen vlasnik nekretnine i na taj način on ima sredstvo pritiska prema davaocu kredita da mu valutira, stavi na raspolaganje kredit. Za to vrijeme vjerovnikovo pravo nije nastalo, jer ono nastaje tek predajom pisma, što je faktor nesigurnosti za vjerovnika u slučaju da prije predaje pisma nekretnina bude predmetom ovrhe ili da nad imovinom vlasnika bude pokrenut stečajni postupak. Uobičajeno se ugovara da zemljišnoknjižni sud pismo predaje direktno vjerovniku.¹⁴³

¹³⁸ Drugačije kada su u pitanju potrošački krediti - § 492 Abs. 1. BGB.

¹³⁹ Drugačije ako se radi o potrošačkim kreditima kada obaveza na osnivanje sigurnosti mora biti sastavni dio ugovora o kreditu – ranije § 4 Abs. 1 Verbraucherkreditgesetz, a nakon reforme BGB-a iz 2002. g., § 492. Abs. 1 Nr. 7 BGB. Takođe vidjeti GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 250., Rn 566.

¹⁴⁰ Tako GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 247., Rn 566., SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 416.

¹⁴¹ Tako WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 810., JAUERNIG, BGB, § 1191 Rn 5, str. 1157., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 10, str. 2086., NEUHOF/RICHRATH, *Rückabwicklung nichtiger Kreditsicherungsverträge nach der Lehre von Doppelcausa*, NJW, 44/96., str. 2895.

¹⁴² Vidjeti BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 44 II 8, str. 507.

¹⁴³ Tako, FAßBENDER, H., J. u.a., *Notariatskunde*, 12. Auflage, Rinteln, 1997., str. 391., BECK'SCHES NOTARHANDBUCH, 2. Auflage, München, 1997., str. 449.

U zemljišnu knjigu se upisuje ime lica na koje glasi zemljišni dug (vlasnik nekretnine ili treće lice), iznos zemljišnog duga i kamate,¹⁴⁴ ali ne i osigurana tražbina. Važno je uočiti da se upisuje iznos zemljišnog duga, a ne tražbine, kao i kamate zemljišnog duga, a ne one koje daje tražbina. U praksi je pravilo da se uz tražbinu ugovara jedna kamatna stopa, a za zemljišni dug druga. Vidjeti 2.4.2.

3.1.4. Sporazum o svrsi osiguranja

Za razumijevanje funkcioniranja osiguravajućeg zemljišnog duga u njemačkoj bankarskoj praksi ključan je osiguravajući ugovor, sporazum o osiguranju (Sicherungsvertrag, Sicherungsabrede). Ovaj ugovor nije zakonska kategorija – u BGB-u nije ni pomenut. Nastao je u bankarskoj praksi, sastavni je dio formularnih ugovora ili općih uvjeta poslovanja.¹⁴⁵ U međuvremenu su se njemačka doktrina i njemačka praksa višekratno i detaljno bavile problemima vezanim za ovaj ugovor.¹⁴⁶

Iako je neakcesorno sredstvo osiguranja, zemljišni dug u formi osiguravajućeg zemljišnog duga dovodi se u određeni odnos zavisnosti prema tražbini koju osigurava, ali ne na osnovu zakona već na osnovu volje stranaka, odnosno osiguravajućeg ugovora. Davalac kredita i korisnik kredita ili vlasnik nekretnine, ako se ne radi o istim osobama, zaključuju osiguravajući ugovor uz ugovor o kreditu ili kao njegov sastavni dio, kojim reguliraju svrhu osiguranja i međusobne odnose.¹⁴⁷ Akcesornost hipoteke nastupa ex lege, a osiguravajući ugovor uspostavlja međusobni odnos tražbine i zemljišnog duga na obveznopravnoj razini.¹⁴⁸ Time zemljišni dug ne postaje akcesorno pravo u smislu zavisnosti od tražbine, ali njegova realizacija biva otežana jer je vjerovnik zemljišnog duga vezan obveznim ugovorom, fiducijarnim uglavkom, kao što je to slučaj kod prenosa vlasništva ili tražbine u svrhu osiguranja.¹⁴⁹ U prirodi

¹⁴⁴ BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 44 II 10, str. 507.

¹⁴⁵ LWOWSKI, H. J., Das Recht der Kreditsicherheiten, str. 97., Rn 107, BROIHAN, U., Die Rechtsweite formularmäßiger Sicherungsabreden bei Bürgschaft und Grundschuld, Frankfurt a.M., 1992, str. 3.

¹⁴⁶ Osim što niti jedno razmatranje o zemljišnom dugu ne biva bez osvrta na ovaj institut, on je i monografski obrađen: OTTEN, M., Sicherungsvertrag und Zweckerklärung, Köln, 2003., PUPLOCK, G. A., Rechtsprobleme der Sicherungsvereinbarungen bei Grundschuld, Frankfurt a.M., 1988., BROIHAN, U., Die Rechtsweite formularmäßiger Sicherungsabreden bei Bürgschaft und Grundschuld.

¹⁴⁷ LWOWSKI, H. J., Das Recht der Kreditsicherung, str. 97., Rn 106.

¹⁴⁸ U tom smislu SOERGEL/STÖCKER, EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck, str. 416., WESTERMANN, H., Sachenrecht, str. 807., WEBER, H., Kreditsicherheiten, str. 228., NEUHOF/RICHRATH, Rückabwicklung nichtiger Kreditsicherungsverträge nach der Lehre von Doppelcausa, str. 2895.

¹⁴⁹ BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, § 45 II 9, str. 515., JAUERNIG, BGB, § 1191 Rn 6, str. 1158. Sigurnosni ugovor je fiducijarni ugovor koji obavezuje korisnika osiguranja da štiti interese davaoca osiguranja. Tako WESTERMANN, H., Sachenrecht, str. 811.

fiducijarnih osiguranja je da vjerovnik u odnosu prema trećima dobiva višak pravne moći; sporazumom o svrsi osiguranja se u internom odnosu ograničavaju ovlaštenja vjerovnika.¹⁵⁰

Davalac osiguranja je najčešće vlasnik nekretnine, pri čemu treba diferencirati situacije da li je vlasnik istovremeno i lični dužnik ili ne, a korisnik osiguranja je uvijek vjerovnik zemljišnog duga.¹⁵¹ U slučaju da vlasnik opterećuje nekretninu za tuđi dug, ugovorna strana u sigurnosnom ugovoru može biti lični dužnik,¹⁵² ali je u praksi to najčešće vlasnik nekretnine bez obzira na to da li je ujedno i lični dužnik.¹⁵³ Predmet osiguravajućeg ugovora je svrha zbog koje se zasniva zemljišni dug (određuje se koje su tražbine osigurane zemljišnim dugom tzv. izjava o svrsi, Zweckserklärung),¹⁵⁴ uvjeti realizacije zemljišnog duga (npr. da se dospjeli zemljišni dug može naplatiti samo ako je dospjela i tražbina), obveza povratnog prenosa zemljišnog duga na vlasnika nekretnine,¹⁵⁵ sudbina zemljišnog duga u slučaju nenastanka ili prestanka tražbine,¹⁵⁶ obveza da neće bez saglasnosti vlasnika nekretnine prenijeti zemljišni dug na treće lice, da neće odvojeno prenijeti zemljišni dug i tražbinu,¹⁵⁷ naplata kamata itd.¹⁵⁸ Osiguravajući ugovor je neformalan ugovor, a njegova sadržina se ne upisuje u zemljišnu knjigu.¹⁵⁹

Budući da se ugovor o kreditu i ugovor o svrsi osiguranja zaključuju odvojeno od pravnog posla kojim se osniva zemljišni dug, ugovorne strane ga mogu mijenjati u svako doba nakon nastanka zemljišnog duga.¹⁶⁰ Za promjenu osiguravajućeg ugovora se ne zahtijeva forma potrebna za poslove raspolaganja (javnobilježnička ovjera ili forma javnobilježničkog akta) i ona ne uzrokuje potrebu ispravke zemljišne knjige. Na taj način se može dogovarati zamjena osigurane tražbine, dodatna odgovornosti za druge tražbine,¹⁶¹ na osnovu čega zemljišni dug predstavlja fleksibilnije sredstvo

¹⁵⁰ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 246., Rn 563., NEUHOF/RICHRATH, *Rückabwicklung nichtiger Kreditsicherungsverträge nach der Lehre von Doppelcausa*, str. 2895.

¹⁵¹ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 20, str. 2089.

¹⁵² GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 245., Rn 562 i 276. i dalje, Rn 637-646.

¹⁵³ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 22, str. 2090, REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, str. 337., PALANDT § 1191 Rn 18, 1550.

¹⁵⁴ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 10, str. 515., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 24, str. 2090.

¹⁵⁵ SOERGEL/STÖCKER, *EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts - Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck*, str. 418.

¹⁵⁶ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 10, str. 515.

¹⁵⁷ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 231.

¹⁵⁸ BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 44 III 12, str. 508.

¹⁵⁹ PALANDT, § 1191 Rn 15, str. 1550.

¹⁶⁰ PALANDT, § 1191 Rn 19, str. 1550.

¹⁶¹ WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 807., STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str.

osiguranja nego hipoteka. Sporazum o svrsi osiguranja (Sicherungsvertrag) je obvezni ugovor između davaoca osiguranja (najčešće vlasnika nekretnine) i vjerovnika, kao takav on stvara prava i obaveze samo između ugovornih strana, prenosom nekretnine ili zemljišnog duga stjecatelj ne stupa i u ovaj ugovorni odnos, osim ako je izričito ugovoreno da se prenose prava i preuzimaju obaveze.¹⁶²

Kao što je zahtjevom iz neosnovanog bogaćenja zaštićen prema prvom vjerovniku u slučaju da je kauzalni pravni posao nevaljan, tako je prema njemu zaštićen i ugovorom o svrsi osiguranja. Opasnosti koje proizlaze iz apstraktnog i akcesornog sredstva osiguranja reducirane su kada se radi o odnosu vlasnika nekretnine i vjerovnika u čiju korist je osnovao zemljišni dug. Opasnosti dolaze do izražaja kod prenosa zemljišnog duga na treće lice.¹⁶³ Mogućnost da titular zemljišnog duga prenese zemljišni dug na treće lice nakon njegove isplate ne može se potpuno spriječiti klauzulom osiguravajućeg ugovora. Time bi vjerovnik povrijedio osiguravajući ugovor i davalac osiguranja bi prema njemu imao obveznopravni zahtjev, ali novom imaocu zemljišnog duga ne bi mogao staviti nikakve prigovore i dužan bi bio platiti iznos zemljišnog duga. Zbog navedenih razloga se u Njemačkoj zemljišni dug konstituira samo osobama između kojih vladaju odnosi povjerenja, a najčešće u korist banaka ili drugih financijskih institucija. Ova opasnost proizlazi iz fiducijarnog karaktera osiguravajućeg zemljišnog duga i identična je kod svih fiducijarnih sredstava osiguranja.

U osiguravajućem ugovoru treba ipak samo ograničeno vidjeti zaštitu vlasnika nekretnine odnosno davaoca osiguranja. Realnost je u njemačkom pravu da ovaj ugovor ne nastaje slobodnim pregovaranjem dva ravnopravna partnera već da je sastavni dio standardiziranih ugovora odnosno općih uvjeta poslovanja jedne ugovorne strane – financijskog instituta koji odobrava kredit. Iz ove činjenice nastaju određena pitanja – da li u obzir dolazi primjena propisa koji sankcioniraju «nepravične» klauzule¹⁶⁴ kad je u ugovoru o svrsi osiguranja moguće vidjeti potrošački ugovor, odnosno kada su ispunjene personalne i druge pretpostavke za primjenu odgovarajućih propisa o zaštiti potrošača.^{165,166} U formularnim osiguravajućim ugovorima se često nalaze za vlasnika veoma restriktivne klauzule – u njemačkoj sudskoj praksi, ali i doktrini, posebnu je

¹⁶² WESTERMANN, H., Sachenrecht, str. 815., GABARDIEL, H., Kreditsicherung durch Grundschulden, str. 245., Rn 562.

¹⁶³ Interesantno je da novija njemačka bankarska praksa preferira zasnivanje knjižnog zemljišnog duga i da nije zainteresirana za olakšanje prometnosti koje pruža zemljišni dug sa pismom. Navedeno prema STÖCKER, O. M., Die "Eurohypothek", str. 27, bilješka 12. Na osnovu toga bi se moglo zaključiti da primarni cilj vjerovnika (banaka) nije da prometuju zemljišnim dugom već da iskoriste druge njegove prednosti.

¹⁶⁴ U radu se koristi termin «nepravične» klauzule prema MISITA, N., Uz desetogodišnjicu Direktive 91/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br.1, 2004., str. 21.

¹⁶⁵ BÜLOW, P., Sicherungsgeschäfte als Haustür- oder Verbraucherkreditgeschäfte, NJW, 44/96., str. 2889., 2991.

pažnju izazvala tzv. široka izjava o cilju osiguranja (*weite Sicherungsabrede*), prema kojoj zemljišni dug jamči za sve postojeće, buduće i uvjetne tražbine iz odnosa vjerovnika sa dužnikom¹⁶⁷ i to posebno u situaciji kada vlasnik nekretnine koji je stranka u osiguravajućem ugovoru nije i lični dužnik.¹⁶⁸ Njemačka sudska praksa se višekratno izjašnjavala povodom pitanja da li odredbe formularnih ugovora podliježu sadržinskoj kontroli u skladu s propisima koji reguliraju opće uvjete poslovanja.¹⁶⁹ Savezni sud je sklon da negira potrebu kontrole određenih klauzula u osiguravajućem ugovoru u skladu sa § 9 Zakona o općim uvjetima poslovanja, a sada § 307 BGB, što je u doktrini sporno.¹⁷⁰

O navedenim aspektima osiguranja putem zemljišnog duga (opasnost preosiguranja i zloupotrebe koje su posljedica fiducijarnog karaktera zemljišnog duga, ugovaranje «nepravičnih» klauzula, potreba zaštite potrošača) nužno je voditi računa u zemljama koje bi ga željele preuzeti, a naročito ukoliko obvezno pravo odnosno pravo zaštite potrošača još nisu uskladile sa evropskim direktivama.¹⁷¹

3.1.5. Vrste zemljišnog duga

BGB izričito regulira samo vlasnički dug, dok je ostale vrste zemljišnog duga sistematizirala doktrina, a na osnovu odredaba BGB-a.

¹⁶⁶ Do stupanja na snagu reformiranog BGB-a, ova je problematika bila regulirana Zakonom o potrošačkim kreditima i Zakonom o poslovima na kućnim vratima. Odredbom članka 229 § 5 Uvodnog zakona uz BGB (*Einführungsgesetz zu BGB*), na sve ugovore zaključene nakon 1.1.2002. godine se primjenjuju direktno odredbe BGB-a (§§ 488–498 BGB). Isti je slučaj sa Zakonom o općim uvjetima poslovanja (§§ 305-310 BGB). O opravdanosti i svrsishodnosti preuzimanja regulative općih uvjeta poslovanja i potrošačkih kredita u BGB-u vidjeti kod PFEIFFER, Th., *Die Integration von «Nebengesetzen» in das BGB*, in ERNST, W., ZIMMERMANN, R., *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001., str. 500 – 501., 521., KÖNDGEN, J., *Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlannonce*, str. 469. i dalje

¹⁶⁷ Tako STÖCKER, O. M., *Die «Eurohypothek»*, str. 35., BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 14, str. 516.

¹⁶⁸ Vidjeti EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 27-38, str. 2091. i dalje, WESTERMANN, H., *Sachenrecht*, str. 811.

¹⁶⁹ Naročito značaj ima presuda Saveznog suda od 29.1.1982.g. o široko određenoj svrsi osiguranja. Vidjeti detaljnije kod BROIHAN, U., *Die Rechtsweite formularmäßiger Sicherungsabreden bei Bürgschaft und Grundschuld*, str. 5. Takođe PALANDT, § 1191 Rn 51-54, str. 1553.

¹⁷⁰ Više o tome EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 38, str. 2093., CLEMENTE, C., *Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis*, Köln, 1985., str. 15., Rn 50 i dalje., BÜLOW, P., *Sicherungsgeschäfte als Haustür- oder Verbraucherkreditgeschäfte*, str. 2893. O primjeni zakonskih odredaba o općim uvjetima poslovanja i sadržinskoj kontroli odredaba osiguravajućeg ugovora vidjeti detaljnije kod LWOWSKI, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, str. 104 i dalje, Rn. 108-119.

¹⁷¹ O ograničenjima takve zaštite kod MISITA, N., *Uz desetogodišnjicu Direktive 91/13/EEC o nepravičnim ugovornim odredbama*, str. 25., 40. i dalje.

Primjenom odredaba o hipoteci zemljišni dug se može osnovati kao **knjižni zemljišni dug** (Buchgrundschuld) i kao **zemljišni dug sa pismom** (Briefgrundschuld). Izdavanje pisma povećava prometnost hipoteke odnosno zemljišnog duga. Pismo zemljišnog duga je od važnosti za stjecanje zemljišnog duga (nastaje tek kada se pismo preda vjerovniku, do tog momenta postoji vlasnički zemljišni dug),¹⁷² prenos (knjižni zemljišni dug se prenosi upisom u zemljišnu knjigu, a zemljišni dug uz pismo se ne mora prenijeti upisom u zemljišnu knjigu, već i vanknjižno. Upis biva supstituiran izjavom titulara o prenosu pisma i predajom pisma¹⁷³), realizaciju zemljišnog duga (samo onaj na koga je pismo preneseno i uz prezentaciju pisma može zahtijevati isplatu). Sva navedena pravila izvode se primjenom odredaba o hipoteci.¹⁷⁴ Zakonska je pretpostavka da se radi o zemljišnom dugu sa pismom, ali se izdavanje pisma može isključiti (shodna primjena § 1116 BGB).

Nema jedinstvenog stava o tome koja vrsta zemljišnog duga u praksi ima više prednosti, odnosno koji se više primjenjuje. Zastupljena su mišljenja da je zemljišni dug uz izdavanje pisma pravilo.¹⁷⁵ Čini se da novija bankarska praksa više koristi knjižni zemljišni dug – manji su troškovi, promjene ne moraju biti upisane u pismu, nema problema oko čuvanja pisma. Za prednosti pisma koje se ogledaju u olakšanju prometnosti banke nisu zainteresirane.¹⁷⁶

Kada se sadržaj zemljišne knjige i pisma zemljišnog duga razlikuju, prednost se daje sadržini pisma. U njemačkoj doktrini se to objašnjava na način da javno povjerenje uživa samo zemljišna knjiga, a ne pismo, ali da pismo znači odstupanja od načela povjerenja («Zemljišnoknjižno pismo može razoriti povjerenje u zemljišnu knjigu»).¹⁷⁷ Iz samog BGB-a slijedi da se pravila o zaštiti povjerenja u ovom slučaju ne primjenjuju i da prigovor vlasnika na odstupanja pisma od stanja u zemljišnoj knjizi ima isti efekat kao da je upisana zabilježba prigovora, odnosno spora u zemljišnim knjigama (§ 1140 BGB).

Vlasnički zemljišni dug se osniva jednostranom izjavom volje vlasnika nekretnine i upisom u zemljišnu knjigu.¹⁷⁸ BGB određuje da se zemljišni dug može takođe osnovati i u korist vlasnika, čime ostavlja mogućnost da se zemljišni dug već prilikom osnivanja osnuje u korist drugog lica (nevlasnički zemljišni dug,

¹⁷² REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, str. 334.

¹⁷³ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 230., REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, str. 334.

¹⁷⁴ §§ 1117, 1163 Abs. 2, 1154, 1069 BGB. U ovom smislu JAUERNIG, BGB § 1116 Rn 2, str. 1113.

¹⁷⁵ JAUERNIG, BGB, § 1192 Rn. 2, str. 1161. smatra da se zemljišni dug u pravilu zasniva uz izdavanje pisma.

¹⁷⁶ Navedeno prema STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 27., bilješka 12.

¹⁷⁷ Tako npr. u pismu može biti označen drugi iznos zemljišnog duga nego u zemljišnoj knjizi, zemljišni dug može biti djelomično isplaćen, što je zabilježeno na pismu, ali ne i u zemljišnoj knjizi. JAUERNIG, BGB, § 1140 Rn 2, str. 1124.

¹⁷⁸ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 9, str. 2086.

Fremdgrundschuld). Ovaj zemljišni dug nastaje jednostranom izjavom volje vlasnika, upisom u zemljišnu knjigu i izdavanjem pisma, ako vlasnik svojom jednostranom izjavom volje nije isključio tu mogućnost.¹⁷⁹ Inače su vlasnički i nevlasnički zemljišni dug sadržajno identični.¹⁸⁰ U momentu svoga nastanka vlasnički je dug izolirani zemljišni dug;¹⁸¹ prenosom zemljišnog duga ili vlasništva na nekretnini na drugo lice on postaje nevlasnički zemljišni dug (Fremdgrundschuld), pri čemu može ostati izolirani zemljišni dug ili postati osiguravajući zemljišni dug (npr. vlasnik proda nekretninu drugom licu, a zemljišni dug osigurava pravo prodavca na naplatu cijene). Specifičnost vlasničkog duga ogleda se u nemogućnosti da vlasnik vodi izvršni postupak za svoje vlastito namirenje. Također, on nema pravo ni na kamate zemljišnog duga (§ 1197 BGB). Na ovaj se način sprječavaju zloupotrebe vlasnika, koji bi se u ovršnom postupku zlonamjerno mogao naplatiti i time ugroziti vjerovnike lošijeg ranga.¹⁸²

Osiguravajući zemljišni dug ima najveći praktični značaj, ali ovdje neće biti posebno izložen, jer se sva ostala izlaganja odnose na njega.

Izolirani zemljišni dug je dogmatski «čisti» oblik zemljišnog duga, ali je rijedak u praksi.¹⁸³ Izolirani zemljišni dug ne pretpostavlja postojanje tražbine. U mehanizmu njegovog osnivanja izostaje sporazum o svrsi osiguranja. Namjera vlasnika nekretnine može biti da svoju nekretninu optereti zemljišnim dugom da bi na neko drugo lice prenio određenu imovinsku vrijednost. Ovo lice nije ničim ograničeno u raspolaganju i realizaciji zemljišnog duga. Međutim, izolirani zemljišni dug može se osnovati uz poseban fiducijarni uglavak, npr. samo u cilju čuvanja mjesta u zemljišnoj knjizi.¹⁸⁴ Takav imalac zemljišnog duga ograničen je u pogledu prenosa ili naplate. Međutim, kako je ograničenje samo obveznopravne naravi titular zemljišnog duga može nesavjesno prenijeti zemljišni dug na treće lice, za koje navedena ograničenja ne važe.¹⁸⁵ Vlasnik nekretnine može prema prvom imaocu izoliranog zemljišnog duga isticati samo prigovore koji se tiču postojanja samog stvarnog prava kao i prigovore iz posebnog odnosa koji postoji između vlasnika nekretnine i titulara zemljišnog duga.¹⁸⁶ Prigovori vezani za tražbinu ne mogu se

¹⁷⁹ JAUERNIG, BGB, § 1196 Rn 2, str. 1162.

¹⁸⁰ JAUERNIG, BGB, § 1197 Rn 1, str. 1163.

¹⁸¹ To ne sprječava podvrgavanje vlasnika ovrsi i upis ovršnosti vlasničkog zemljišnog duga u zemljišne knjige.

¹⁸² REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherungsrecht*, str. 390.

¹⁸³ REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherungsrecht*, str. 333., STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 31., EICKMANN in *MÜNCHENER KOMMENTAR*, § 1191 Rn 6, str. 2086.

¹⁸⁴ U ovu se svrhu odmah osniva nevlasnički zemljišni dug. Čuvanje prvenstvenog reda putem vlasničkog duga nosi određene rizike – ako takav zemljišni dug, nakon što je pripadao trećem, ponovo postane vlasnički dug, dolazi pod udar odredbe § 1179a BGB. To znači da naknadni vjerovnici imaju pravo zahtijevati brisanje takvog zemljišnog duga. Više o tome STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 68. i dalje.

¹⁸⁵ EICKMANN in *MÜNCHENER KOMMENTAR*, § 1191 Rn 176., str. 2120.

¹⁸⁶ REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherungsrecht*, str. 334.,

isticati, jer tražbina i ne postoji. Ukoliko dođe do prenosa zemljišnog duga prema savjesnom trećem, vlasnik nekretnine ne može isticati te prigovore.¹⁸⁷ U ovršnom postupku na opterećenoj nekretnini lice koje je vezano fiducijarnim sporazumom s vlasnikom ne može se naplatiti (npr. radi se samo o čuvanju budućeg reda), a također ni u stečajnom postupku ne bi uživao pravo prvenstva. Pravilo ne važi za titulara koji nije vezan fiducijarnim uglavkom odnosno za treće lice na koga je prenesen zemljišni dug. Takvo lice ima pravo naplate u izvršnom postupku i razlučno pravo u stečajnom postupku (§ 49 InsO). Ne naplati li se u izvršnom postupku realizacijom zemljišnog duga, titular izoliranog zemljišnog duga nema nikakvih prava prema vlasniku.¹⁸⁸ U stečajnom je postupku razlučni vjerovnik, ali nije stečajni.¹⁸⁹

3.1.6. Isplata i prestanak zemljišnog duga

Uvjet za namirenje imaoca zemljišnog duga jest dospelost i otkaz zemljišnog duga, a ne tražbine. Realizacija zemljišnog duga može se tražiti neovisno o postojanju i dospelosti tražbine koju osigurava.¹⁹⁰ Strogo treba voditi računa da se ne radi o otkazu tražbine, već zemljišnog duga.¹⁹¹ Od navedene zakonske odredbe se u praksi redovno odstupa i u ugovoru o svrsi osiguranja određuje zasnivanje zemljišnog duga koji odmah dopijeva ili naplativost zemljišnog duga bez otkaznog roka,¹⁹² ali se također ugovara da se naplata može tražiti tek s dospelošću tražbine, odnosno kad nastupi osigurani slučaj.¹⁹³

Isplata otvara specifične probleme kod osiguravajućeg zemljišnog duga i predstavlja jedno od neriješenih pitanja, budući da BGB o tome ne sadrži nikakve odredbe.¹⁹⁴ Isplata se može promatrati dvojako – kao isplata zemljišnog duga ili kao isplata tražbine, što ima različite pravne posljedice. Da li se isplata vrši na ime zemljišnog duga ili tražbine zavisi prvenstveno od dogovora stranaka u sigurnosnom ugovoru.¹⁹⁵ U pravilu se ugovara plaćanje tražbine iz ugovora o kreditu, a ne isplata zemljišnog duga.¹⁹⁶ Također je od utjecaja činjenica da li je isplatu izvršio vlasnik ili

¹⁸⁷ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR § 1191 Rn 175 i 176., str. 2120., REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherungsrecht*, str. 334.

¹⁸⁸ REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherungsrecht*, str. 333.

¹⁸⁹ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR § 1191 Rn 180 i 181, str. 2120 - 2121.

¹⁹⁰ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 245., Rn 561.

¹⁹¹ WEBER, *Kreditsicherheiten*, str. 229.

¹⁹² EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1193 Rn 2, str. 2122., WEBER, *Kreditsicherheiten*, str. 234.

¹⁹³ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 234.

¹⁹⁴ Vidjeti BLAUROCK, U., *Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht*, Köln, 1990., str. 169.-170.

¹⁹⁵ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 111, str. 2108., BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 44, str. 523.

¹⁹⁶ STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 33.

dužnik, ako oni nisu jedna osoba.¹⁹⁷ Njemačka praksa i doktrina su ovdje izgradile određene principe. Ukoliko vlasnik plati zemljišni dug, a nije istovremeno i dužnik, zemljišni dug isplatom ne prestaje već prelazi na vlasnika kao vlasnički zemljišni dug.¹⁹⁸ Ako plati lični dužnik, on u pravilu plaća tražbinu,¹⁹⁹ tako da ona prestaje, ali to nema utjecaja na zemljišni dug. Ako je jedna osoba i vlasnik i lični dužnik, onda su posljedice plaćanja zavisne od toga da li je on platio na ime zemljišnog duga ili na ime isplate potraživanja.²⁰⁰ U prvom slučaju stječe zemljišni dug kao vlasnički, a u drugom stječe pravo prema vjerovniku da traži povratni prenos zemljišnog duga, ukoliko o tome postoji odredba u sigurnosnom ugovoru.²⁰¹ Sigurnosni ugovor može predvidjeti pravo vlasnika da traži povratni prenos zemljišnog duga od vjerovnika, pri čemu ovakva klauzula naravno obvezuje samo ugovorne strane. Vlasnik koji ima pravo na povratni prenos ima ujedno i pravo na izbor; on ne mora zahtijevati povratni prenos zemljišnog duga, on može zahtijevati odreknuće vjerovnika od zemljišnog duga, pri čemu nastaje vlasnički zemljišni dug, ali je nužna ispravka zemljišne knjige, ili može zahtijevati brisanje zemljišnog duga.^{202,203} Sigurnosni ugovor u praksi najčešće ne sadrži navedenu odredbu. U tom slučaju i kod potpune isplate tražbine i dalje postoji zemljišni dug u korist vjerovnika, kao nevlasnički zemljišni dug,²⁰⁴ te ovakav način dogovaranja upravo omogućava višekratnu upotrebu zemljišnog duga.

3.1.7. *Prinudno namirenje zemljišnog duga*

U pogledu stjecanja ovršnog naslova kao i u pogledu unovčenja zemljišnog duga ne postoje razlike u odnosu na hipoteku, osim kada je u pitanju vlasnički zemljišni dug (3.1.6).²⁰⁵ U njemačkoj je praksi pravilo da se prilikom zasnivanja zemljišnog

¹⁹⁷ Uporediti EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 115, str. 2109., WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 231 – 233., BLAUROCK, U., *Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht*, str.177.

¹⁹⁸ Sporno je kakva je u tom slučaju sudbina osigurane tražbine. Prema jednom mišljenju vlasnik ima pravo da mu se cedira osigurana tražbina, a sporno je za slučaj da se ličnom dužniku obvezao na ispunjenje. REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, str. 373. Prema drugom shvatanju vlasnik nema na osnovu zakona pravo na cesiju tražbine, jer je ona prestala. WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 231.

¹⁹⁹ EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rd 120, str. 2110.

²⁰⁰ Tako BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 41, str. 523.

²⁰¹ Više o tome WEBER, *Kreditsicherheiten*, str. 232 - 233., EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 123, str. 2110.

²⁰² EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn 123, str. 2110., WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, str. 233., STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 34.

²⁰³ U slučaju da zemljišni dug postane vlasnički zemljišni dug, nakon što je pripadao trećoj osobi, ispunjene bi bile pretpostavke iz § 1179a prema kojima bi osigurani vjerovnici slabijeg ranga imali pravo da traže brisanje zemljišnog duga. Uporediti JAUERNIG, *BGB § 1179a* Rn 13, str. 1150.

²⁰⁴ STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 33.

²⁰⁵ REINICKE/TIEDTKE, *Kreditsicherung*, str. 390.

duga, pa i vlasničkog zemljišnog duga, vlasnik nekretnine podvrgne neposrednoj ovrši iz opterećene nekretnine na osnovu ovršnog javnobilježničkog akta.²⁰⁶ Samo javnobilježnička ovjera potpisa nije dovoljna. Budući da javnobilježnički akt prouzrokuje više troškove nego javnobilježnička ovjera, u njemačkoj se praksi razvilo tzv. djelimično podvrgavanje ovrši.²⁰⁷ Zemljišni dug se dijeli; vlasnik nekretnine podvrgava ovrši u javnobilježničkom aktu za samo manji dio iznosa zemljišnog duga i, u pravilu, taj se ovršni zemljišni dug upisuje na prvo mjesto, a neovršni na sljedeće mjesto u zemljišnoj knjizi.²⁰⁸ Kod neovršnog zemljišnog duga vrši se samo javnobilježnička ovjera potpisa. Pokretanje ovrhe za ovršni zemljišni dug nužno znači naplatu svih osiguranih vjerovnika. Utoliko su rješenja slovenskog prava o obveznom sačinjavanju javnobilježničkog akta kritizirana (v. 3.2.3). Dok se kod hipoteke vlasnik nekretnine podvrgava ovrši za naplatu tražbine, kod zemljišnog duga se podvrgavanje odnosi na iznos zemljišnog duga. Podvrgavanje neposrednoj ovrši upisuje se odmah u zemljišnu knjigu u skladu sa § 800 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO), i to tako da je izvršenje dopušteno prema svakodobnom vlasniku nekretnine.²⁰⁹ Na navedeni način je titular zemljišnog duga stekao ovršni naslov na nekretnini prema njenom svakodobnom vlasniku.

Sam ovršni naslov je ovršni otpravak javnobilježničkog akta kojeg izdaje javni bilježnik koji je akt sačinio (§ 797 Abs 2 ZPO) kada se dokaže dospelost zemljišnog duga. U praksi se u pravilu ugovara²¹⁰ da se vjerovniku može odmah izdati ovršni otpravak, kao i da je zemljišni dug odmah dospio. To vodi promjeni tereta dokazivanja – vlasnik nekretnine bi morao dokazati da zemljišni dug nije dospio.²¹¹

Na osnovu ugovora o kreditu i po osnovu zemljišnog duga vjerovnik ima dva zahtjeva prema vlasniku nekretnine. U bankarskoj praksi u pravilu vjerovnik stječe i treći zahtjev prema vlasniku nekretnine na osnovu preuzimanja lične odgovornosti.²¹² U formularnim ugovorima banaka kojima se osniva zemljišni dug i koji se sačinjavaju u formi javnobilježničkog akta je, u pravilu, sadržana klauzula kojom vlasnik nekretnine koji osniva zemljišni dug izjavljuje da priznaje dug u visini zemljišnog duga i da se za taj iznos podvrgava neposrednoj ovrši na svojoj cjelokupnoj imovini.²¹³ Novija njemačka doktrina i sudska praksa u preuzimanju

²⁰⁶ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 149, Rn 304., STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 75., JAUERNIG, BGB, § 1196 Rn 2, str. 1162.

²⁰⁷ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 158. i dalje, Rn 326-329.

²⁰⁸ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 155., Rn 320.

²⁰⁹ WEBER, *Kreditsicherheiten*, str. 235., STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 72.,

²¹⁰ Preciznije bi bilo reći da se takve odredbe nalaze u formularnim ugovorima ili općim uvjetima poslovanja banaka.

²¹¹ GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 151., Rn 309., STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 71-73.

²¹² CLEMENTE, C., *Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis*, str. 37, MARBURGER, Ch., *Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung*, Berlin, 1998., str. 15. Ovaj autor govori o «sigurnosnom paketu» koji stječe kreditni institut.

²¹³ STÖCKER, O. M., *Die "Eurohypothek"*, str. 73., PALANDT, § 1191 Rn. 2., str. 1549.,

osobne odgovornosti vide jedan jednostrano obvezujući, apstraktni pravni posao, koji se naziva apstraktno obećanje ili priznanje duga (abstraktes Schuldversprechen, abstrakte Schuldanerkennung).²¹⁴ Poseban problem u vezi sa apstraktnim obećanjem duga nastaje u situaciji kada vlasnik, koji nije ujedno i lični dužnik, da ovakvu izjavu volje i podvrgne se ovrši na svojoj cjelokupnoj imovini. Budući samo stvarnopravni dužnik, on bi po prirodi stvari morao trpjeti ovrhu samo na opterećenoj nekretnini. U posljednjoj deceniji Savezni sud Njemačke se višekratno izjašnjavao o pitanju odnosa zemljišnog duga i preuzimanja osobne odgovornosti. Pitanja koja su se postavljala bila su da li vjerovnik može kumulativno upotrijebiti oba ovršna naslova,²¹⁵ može li tražiti namirenje iz apstraktnog obećanja duga, ako je otpalo namirenje iz zemljišnog duga.²¹⁶ Pošto je klauzula o preuzimanju osobne odgovornosti dio formularnih ugovora, odn. općih uvjeta poslovanja, postavilo se i pitanje sadržinske kontrole ovih klauzula i pitanja njihove «pravičnosti».²¹⁷ Za zemlje koje odlučuju uvesti ovo sredstvo osiguranja ne bi trebalo preporučiti da u ovom pravcu slijede njemačku bankarsku praksu, naročito ukoliko ne postoji identitet vlasnika i osobnog dužnika.²¹⁸

GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, str. 149., Rn 304, BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 15, str. 517.

²¹⁴ MARBURGER, Ch., *Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung*, str. 25., 34. U starijoj literaturi bilo je diskutirano pitanje pravne prirode ovog ugovora – da li se radi o garanciji, jamstvu ili pristupanju dugu. Navedeno djelo, str. 119-123.

²¹⁵ Negativan odgovor GABARDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 144., Rn 297, MARBURGER, Ch., *Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung*, str. 56., BLAUROCK, U., *Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht*, str. 176. Ovaj autor ne odriče mogućnost kumulativnog korištenja osiguranja ako o tome postoji izričit dogovor stranaka u osiguravajućem ugovoru.

²¹⁶ Presude navedene kod MARBURGER, *Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung*, str. 18. – 26.

²¹⁷ Vidjeti kod BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 45 II 23, str. 518., CLEMENTE, C., *Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis*, str. 45, tač. 119 i dalje.

²¹⁸ Radi se o jednoj pravnoj konstrukciji u kojoj vjerovnik zemljišnog duga ima dva apstraktna sredstva osiguranja – stvarnopravno (zemljišni dug) i osobno (apstraktno priznanje duga). Vidjeti MARBURGER, Ch., *Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung*, str. 123. Navedena je konstrukcija nastajala tijekom jednog stoljeća u Njemačkoj i nije jednostavan «izvozni artikal». Zemljišni dug može ispuniti svoju funkciju i bez ovog dodatnog osiguranja za vjerovnika. U slučaju da je vlasnik koji opterećuje nekretninu ujedno i lični dužnik nema prepreke da se on podvrgne ovrši na nekretnini za iznos zemljišnog duga i ovrši na cjelokupnoj imovini za iznos tražbine. Takvo rješenje predlaže za njemačko pravo MARBURGER, Ch., *Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung*, str. 135. Ono je moguće u pravima koja poznaju podvrgavanje ovrši na osnovu javnobilježničkog akta, a to je slučaj sa svim zemljama bivše SFRJ, osim Srbije i Crne Gore. U slučaju da se radi o zasnivanju zemljišnog duga za osiguranje tuđeg duga navedeni autor predlaže da vlasnik nekretnine preuzme jamstvo za osobni dug ili pristupi dugu. Ovom rješenju ne bi trebalo stremiti u zemljama bivše SFRJ. Dovoljno je da se lični dužnik podvrgne ovrši za iznos dugovane tražbine, a vlasnik nekretnine za iznos zemljišnog duga.

U ovršnom postupku titular zemljišnog duga ima pravo da se naplati za cijeli iznos zemljišnog duga, bez obzira kolika je visina tražbine, jer je zemljišni dug neakcesorno sredstvo osiguranja. To ne znači da bi smjelo doći do neosnovanog obogaćenja.²¹⁹ Višak iznad iznosa stvarnog dugovanja imalac zemljišnog duga dužan je vratiti vlasniku ili licu koje ima pravo da traži da se na njega prenese zemljišni dug.

3.2. Zemljišni dug u Republici Sloveniji

3.2.1. Uvodne napomene

Republika Slovenija je jedina od zemalja bivše SFRJ koja je uredila izričito zemljišni dug kao posebno sredstvo osiguranja na nekretninama. Zemljišni dug je uvršten u listu stvarnih prava (2. SPZ); članak 201. – 209. SPZ-a daju relativno skromnu regulativu ovog instituta. Za razliku od njemačkog prava, slovensko pravo nije izgradilo opći pojam koji bi obuhvatio sredstva osiguranja na nekretninama – hipoteku i zemljišni dug. Zemljišni dug se tretira kao posebno stvarno pravo.²²⁰ Zemljišni dug je u slovenskom pravu definiran kao pravo zahtijevati plaćanje određenog novčanog odnosa iz vrijednosti nekretnine, s pravom prvenstva prema vjerovnicima slabijeg ranga. Od početka primjene Stvarnopravnog zakonika protekle su nepune dvije godine, a još manje od stupanja na snagu novog zemljišnoknjižnog prava²²¹ i Pravilnika o pismu zemljišnog duga,²²² nakon čega je uopće bila moguća praktična primjena ovog instituta, tako da bi bila preuranjena ocjena o tome da zemljišni dug još nije prihvaćen u praksi.

3.2.2. Neakcesorni karakter zemljišnog duga

SPZ je definirao zemljišni dug kao posebno stvarno pravo, predviđevši supsidijarnu primjenu odredaba o hipoteci (193., SPZ). Izostavljena je pri tome formulacija da se odredbe koje reguliraju hipoteku primjenjuju «shodno» ili «na odgovarajući način» ili samo ako je to moguće budući da zemljišni dug ne pretpostavlja postojanje tražbine, kao što je slučaj u njemačkom pravu (v. 3.1.2.). I pored ovog propusta u zakonu, u doktrini se ova odredba tumači tako da se odredbe o hipoteci primjenjuju supsidijarno i na odgovarajući način.²²³ Zbog prirode zemljišnog duga neće biti moguća primjena svih odredaba o hipoteci; na pravnoj znanosti je da odredi koje odredbe mogu biti primijenjene.²²⁴ Slovenski zakonodavac je ovdje

²¹⁹ Tako STÖCKER, O. M., Die "Eurohypothek", str. 76.

²²⁰ Založno pravo je regulirano u VI. dijelu, a zemljišni dug u VII. dijelu Stvarnopravnog zakonika.

²²¹ Zakon o zemljišnim knjigama stupio je na snagu u julu 2003.g.

²²² Pravilnik o zemljiškom pismu, Uradni list 15/03, stupio na snagu u martu 2003. g.

²²³ Tako KERESTEŠ, T., Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije u: Budimpeštanski simpozijum, str. 133.

²²⁴ U tom smislu postavljena pravila kod KERESTEŠ, T., Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije, str. 138.

trebao podcrtati suštinsku razliku između ova dva prava i odrediti zemljišni dug kao neakcesorno pravo, odrediti mogućnost primjene odredaba o hipoteci samo ako tome na putu ne stoji neakcesorni karakter zemljišnog duga, ali to nije učinio, čime je u izvjesnoj mjeri karakter ovog prava ostao nejasan.

O neakcesornom karakteru zemljišnog duga nije moguće, kao u njemačkom pravu, zaključiti poređenjem zakonske definicije hipoteke i zemljišnog duga. SPZ ne daje usporedivu zakonsku definiciju hipoteke i zemljišnog duga; hipoteka je definirana samo kao založno pravo na nekretninama (138., SPZ). Akcesornost hipoteke proizlazi iz niza zakonskih odredaba koje daju jasnu sliku da je hipoteka u slovenskom pravu u pravilu akcesorno pravo uz ranije navedena odstupanja (v. 2.2.2.).²²⁵ Gore navedena zakonska definicija zemljišnog duga otvara određena pitanja. Zakon je definirao zemljišni dug kao pravo naplatiti se iz vrijednosti nepokretnosti sa pravom prvenstva pred drugim vjerovnicima koji imaju slabiji rang. Iz navedene zakonske formulacije bi se posredno moglo zaključiti da je i sam titular zemljišnog duga vjerovnik. Kako su izlaganja posvećena njemačkom pravu pokazala, titular zemljišnog duga je u pravilu i vjerovnik, ali to obilježje ne može biti sastavni dio definicije koja definira jedno neakcesorno pravo. Sama zakonska definicija zemljišnog duga ne upućuje direktno na zaključak da se radi o neakcesornom pravu.

U slovenskoj doktrini, međutim, nije sporno da je zemljišni dug neakcesorno pravo.²²⁶ Uporište za navedeno shvaćanje je odredba članka 192/2. SPZ-a prema kojoj plaćanje zemljišnog duga ne smije biti vezano za uvjet. U doktrini se navedena odredba tumači tako da se realizacija zemljišnog duga ne može usloviti neplaćanjem osigurane tražbine.²²⁷ Odredba prema kojoj se plaćanje zemljišnog duga mora izvršiti bezuvjetnom, veoma je opasna; ona oduzima vlasniku nekretnine svako sredstvo obrane prema titularu zemljišnog duga. Izlaganja njemačkih rješenja pokazala su da zemljišni dug nije u toj mjeri strog, da su vlasnik nekretnine i prvi titular zemljišnog duga vezani obveznim ugovorom u kojem je definirana svrha zemljišnog duga, kao i da u slučaju nenastanka tražbine vlasnik ima prema imaocu zemljišnog duga kondikijski zahtjev. Prema prvom imaocu zemljišnog duga vlasnik nekretnine može istaći prigovore koji proizlaze iz sporazuma o svrsi osiguranja kao i prigovor stjecanja bez osnove.

O neakcesornosti zemljišnog duga u slovenskom pravu može se zaključiti i iz odredaba o prenosu (197., SPZ) i zalaganju zemljišnog duga. Zemljišni dug se prenosi zajedno sa zemljišnim pismom bez prenosa tražbine.²²⁸ Odredba članka 198. SPZ-a određuje da se zemljišni dug može samostalno založiti. Zemljišni dug se ispoljava

²²⁵ Vidjeti 128/2., 129/1., 137/1., 141/3., 148/1., 150., 154/2. al. 1. i 2. SPZ.

²²⁶ Vidjeti JUHART, M., *Stvarnopravni zakonik, Uvodna pojašnjenja*, str. 69, KERESTEŠ, T., *Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije*, str. 133., RIJAVEC, V. *Civilno izvršilno pravo*, Ljubljana, 2003., str. 129.

²²⁷ U tom smislu KERESTEŠ, T., *Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije*, str. 137.

²²⁸ KERESTEŠ, T., *Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije*, str. 140.

kao samostalna imovinska vrijednost, kao poseban objekt i zalaganje zemljišnog duga ne znači zalaganje osigurane tražbine.

Pismo zemljišnog duga je vrijednosni papir koji se prenosi indosiranjem (196/2., SPZ), tako da se prijenos zemljišnog duga bitno razlikuje od prijenosa hipoteke budući da se odvija vanknjižno. Ova osobina zemljišnog duga čini ga podobnijim za pravni promet, nego je to slučaj sa hipotekom. Prijenos pisanog zemljišnog duga je drugačije uređen nego u njemačkom pravu. Umjesto pismene izjave o prijenosu i prijenosa pisma, vrši se samo indosiranje pisma zemljišnog duga. Na ovaj je način u slovenskom pravu prijenos zemljišnog duga pojednostavljen u poređenju sa njemačkim pravom i bliži švicarskom pravu. I u švicarskom pravu se Schuldbrief prenosi po pravilima koja važe za vrijednosne papire.²²⁹

Zemljišni dug je i u slovenskom pravu apstraktno sredstvo osiguranja – između zemljišnog duga i tražbine je odnos apstraktnosti, ali ova konstatacija nije podrobije razrađena.²³⁰ Ukoliko je došlo do prijenosa zemljišnog duga, novi imalac zemljišnog duga legitimira se vrijednosnim papirom i njemu se već i s tog razloga ne mogu staviti prigovori iz odnosa izdavaoca pisma i imaoca kojem je on prvobitno ustupio vrijednosni papir, osim ukoliko je novi imalac pisma znao ili mogao znati da mu prethodnik predao vrijednosni papir da bi izbjegao prigovor koji izdavalac ima prema njemu.²³¹ Odvajanje od potraživanja ovdje je posljedica principa apstraktnosti vrijednosnih papira, a ne nužno neakcesornosti i apstraktnosti zemljišnog duga.

Bez obzira što se posredno može izvesti zaključak o neakcesornosti zemljišnog duga, propust je zakonodavca što nije na nesumnjiv način izrazio ideju o neakcesornosti zemljišnog duga, tim prije što se radi o jednom potpuno novom institutu u slovenskom pravu. Propust predstavlja i nedostatak odredbi u zakonu koje bi precizirale odredbu prema kojoj se plaćanje zemljišnog duga ničim ne može uvjetovati. Trebalo je precizno regulirati prigovore koje vlasnik ima prema prvom imaocu zemljišnog duga kao i prema trećim osobama.

3.2.3. Osnivanje zemljišnog duga

Iz povezanog tumačenja odredaba članka 194/2. i 196/2. in fine SPZ proizlazi da je titulus, pravni osnov, za osnivanje zemljišnog duga jednostrani pravni posao. Promatrane zajedno dvije odredbe kažu da vlasnik svoju nekretninu može opteretiti izjavom o zasnivanju zemljišnog duga. Navedenu izjavu vlasnik nekretnine daje u formi javnobilježničkog akta.²³² Prilikom osnivanja zemljišni dug se može osnovati

²²⁹ Uporediti TOUR/SCHNIEDER/SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Auflage, Zürich, 1995., str. 867. Razlika u odnosu na švicarsko pravo postoji u tome što Schuldbrief može glasiti i na donosioca, a ne samo po naredbi, i što je nedopušten bjanko indosament.

²³⁰ JUHART, M., *Stvarnopravni zakonik*, str. 69.

²³¹ 233/3 ZOO Republike Slovenije (Uradni list 83/2001.).

²³² Slovenski zakonodavac koristi termin notarski zapis koji odgovara ustanovi javnobilježničkog akta hrvatskog prava, i notarski obrađene isprave u pravu BiH – vidjeti čl. 3. Zakona o notarima Republike Slovenije. Također RIJAVEC, V., *Civilno izvršilno pravo*, str. 125. U njemačkom pravu je to notariele Urkunde.

samo u korist samog vlasnika, kao vlasnički zemljišni dug (v. infra 3.2.4.). Zakonit način stjecanja zemljišnog duga razlikuje se od načina stjecanja drugih stvarnih prava na nekretninama na osnovu pravnog posla, gdje je dovoljan upis u zemljišnu knjigu.²³³ Pored upisa u zemljišnu knjigu za nastanak zemljišnog duga nužno je i izdavanje pisma zemljišnog duga (čl. 194/1 SPZ). Zakon o zemljišnim knjigama određuje da se na upis zemljišnog duga u zemljišnu knjigu shodno primjenjuju odredbe o upisu maksimalne hipoteke – upisuje se iznos za kojeg jamči nepokretnost (20/1. u vezi sa 18. ZZK Slo). Zemljišni dug se upisuje u korist svakodobnog imaoca zemljišnoknjižnog pisma (20/2. ZZK Slo).

Za razliku od njemačkog prava, SPZ različito regulira nastanak dobrovoljne hipoteke i zemljišnog duga. U novom slovenskom pravu predviđeno je da dobrovoljna hipoteka nastaje na osnovu pravnog posla (u tom slučaju nije moguće neposredno izvršenje) ili neposredno izvršnog javnobilježničkog akta (u tom slučaju je moguće neposredno izvršenje). Navedeno rješenje nije, na žalost, identično provedeno kod zasnivanja zemljišnog duga. SPZ određuje da se zemljišni dug zasniva na osnovu jednostranog pravnog posla koji mora imati formu javnobilježničkog akta. Budući da je kod zemljišnog duga zakonodavac izričito odredio da se on zasniva u formi javnobilježničkog akta, a izostavio formulaciju «neposredno izvršnog» javnobilježničkog akta, kao što je izostavio i mogućnost zasnivanja na osnovu pravnog posla bez javnobilježničke forme, postavlja se pitanje da li je zakonodavac time želio izričito podcrtati razliku u odnosu na hipoteku, ili se radi o propustu, pa je moguća primjena odredaba o zasnivanju hipoteke. U pitanju je prvo – SPZ je ovdje odista napravio razliku između ova dva sredstva osiguranja na nekretninama, a argument za ovakvo shvaćanje daje odredba članka 199. st. 2., prema kojoj, za razliku od hipoteke, izvršni naslov nije izvršna javnobilježnička isprava, već samo pismo zemljišnog duga. Do ove disharmonije propisa o hipoteci i zemljišnom dugu uopće nije trebalo doći; ni njemačko pravo ne pravi nikakvu razliku između zemljišnog duga i hipoteke u pogledu nastanka ili stjecanja ovršnog naslova. SPZ je napravio propust što i kod zemljišnog duga izbor forme nije prepustio strankama; sa ovim izborom povezano je i pitanje troškova (v. 3.1.7). Imperativno je propisano zasnivanje zemljišnog duga izjavom datom u formi javnobilježničkog akta. Smatramo da se radi o nepotrebnom opterećenju stranaka, naročito vlasnika nekretnine koji će, u pravilu, i snositi troškove javnobilježničkog akta. Ovo rješenje bi imalo smisla samo onda ako bi se u tom aktu vršilo podvrgavanje ovrsi. Kod zemljišnog duga u Sloveniji to nije slučaj budući da je pismo ovršni titulus. Postavlja se pitanje čemu onda zakonski zahtjev za ovom strogom formom. Sa stanovišta zemljišnoknjižnog prava bila bi dovoljna i ovjera potpisa od strane javnog bilježnika (41., ZZK Slo). Mogući uzrok ovog rješenja je Zakon o potrošačkim kreditih, iz 2000. g., koji određuje da ugovor o kreditu, ako se radi o potrošačkoj hipotekarnoj pogodbi i potrošačkoj pogodbi o zasnivanju zemljišnog duga, mora biti zaključen u formi javnobilježničkog akta uz

²³³ Tako 49/1., 234/2., 251/1. SPZ-a.

pouku javnog bilježnika o posljedicama takvog ugovora;²³⁴ nije vidljiv razlog po kome ista forma mora biti poštovana i kod nepotrošačkih kredita.

3.2.4. Vrste zemljišnog duga

Iz odredaba SPZ-a direktno proizlazi mogućnost osnivanja zemljišnog duga uz pismo, vlasničkog i izoliranog zemljišnog duga. O postojanju nevlasničkog i osiguravajućeg zemljišnog duga zaključuje doktrina.

SPZ predviđa samo zemljišni dug u formi zemljišnog duga za koje je izdato pismo – pismeni zemljišni dug (194/1., SPZ). Prednosti zemljišnog duga, a prije svega olakšanje prometa, dolaze do izražaja naročito ako se radi o pismenom zemljišnom dugu, mada je kod izlaganja njemačkog prava bilo rečeno da bankarska praksa nije primarno zainteresirana za ovaj aspekt. Takav zemljišni dug je pogodan za promet i mobilizaciju kapitala.²³⁵ Pismo zemljišnog duga shvaća se kao vrijednosni papir po naredbi koji se prenosi indosiranjem.

U slovenskom pravu je u trenutku osnivanja moguć samo vlasnički i izolirani zemljišni dug. Prvi imalac zemljišnoknjižnog pisma je vlasnik nekretnine koji je osnovao zemljišni dug. Pismo zemljišnog duga koje izdaje zemljišnoknjižni ured mora glasiti na uspostavioca, a to je u pravilu vlasnik. Izuzetno zemljišni dug može izvorno nastati kao nevlasnički konverzijom hipoteke u zemljišni dug (194/3., SPZ).²³⁶ Prenosom na treće lice zemljišni dug postaje nevlasnički dug. Ovo rješenje može biti nepraktično. Ono omogućava vlasniku da unaprijed zasnuje zemljišni dug na svojoj stvari i da ga po potrebi prenese na vjerovnika. Međutim, moguće su i situacije u kojima je izvjesno tko je vjerovnik; ne bi trebalo biti nikakve prepreke da u zakonom propisanoj formi vlasnik – uspostavitelj ne može naložiti zemljišnoknjižnom sudu da direktno preda pismo vjerovniku. Na ovaj način je moguća ušteda u vremenu, što može biti odlučujuće kod dobivanja kredita. Oprezan vjerovnik neće nikada valutirati kredit prije nego u posjed dobije pismo zemljišnog duga.²³⁷

Osiguravajući zemljišni dug, koji je u njemačkoj praksi pravilo, u slovenskom pravu uopće ne može nastati izvorno. Tek prenosom zemljišnog duga na treće lice (u pravilu vjerovnika) zemljišni dug postaje nevlasnički i osiguravajući. Samo u

²³⁴ Članak 7a Zakona o potrošničkih kreditih, Uradni list Republike Slovenije 77/04. (prečišćeni tekst).

²³⁵ KERESTEŠ, T., Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije, str. 137.

²³⁶ KERESTEŠ, T., Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije, str. 139.

²³⁷ O problemima vezanim za primarno zasnivanje zemljišnog duga vidjeti bilješku 184. U slovenskom pravu nije predviđeno zakonsko pravo vjerovnika lošijeg ranga na brisanje isplaćene hipoteke/zemljišnog duga. To će se pitanje u praksi sigurno postaviti; naknadnim vjerovnicima ne može se osporiti pravni interes za navedeno brisanje. Ako bi razvoj išao u tom pravcu, tada bi sjedinjenje u jednoj ličnosti vlasnika i titulara zemljišnog duga značilo brisanje tog prava na zahtjev vjerovnika slabijeg ranga i negiranje mogućnosti višestrukog iskorištavanja zemljišnog duga.

slučaju da hipotekarni vjerovnik u sporazumu sa vlasnikom nepokretnosti napravi konverziju hipoteke u zemljišni dug, zemljišni dug od svog postanka egzistira kao osiguravajući.²³⁸ SPZ, za razliku od njemačkog prava, nije predvidio mogućnost pretvaranja zemljišnog duga u hipoteku.

3.2.5. *Isplata i prestanak zemljišnog duga*

U slovenskom pravu nema izričite odredbe o tome kakve su posljedice isplate zemljišnog duga, odnosno da li se isplaćuje potraživanje ili zemljišni dug, niti ima odredbe o obvezi titulara zemljišnog duga da ga prenese ponovo na vlasnika nakon isplate, ili pravu vlasnika nekretnine da umjesto povratnog prenosa može tražiti brisanje ili odustajanje vlasnika od zemljišnog duga. Ni njemački BGB ne sadrži ova pravila, što se pokazalo problematičnim. U međuvremenu je doktrina izgradila pravila o isplati zemljišnog duga (v. 3.1.6.). Slovenski je zakonodavac imao mogućnost da posegne za pravilima koja su u primjeni u njemačkoj praksi i uvrsti ih u zakon, ali je to propustio.

Plaćanje zemljišnog duga ne može biti vezano za uvjet, tako da vlasnik nekretnine ne može odbiti zahtjev zakonitog imaoca zemljišnog duga da plati dospjeli zemljišni dug prigovorom nedospjelosti ili nepostojanja tražbine. Navedeno rješenje bi proizlazilo iz odredba članka 192/2. SPZ-a. Ova je odredba već kritizirana kao i nedostatak ograničenja u SPZ-u. Odredbe članka 233/3. Obligacionog zakonika koje reguliraju pitanje prigovora zakonitog imaoca vrijednosnog papira mogu u izvjesnoj mjeri riješiti ovu situaciju.²³⁹ Nemogućnost isticanja prigovora vezanih za tražbinu trećem licu na koje je prenesen zemljišni dug krije u sebi određene opasnosti za vlasnika nekretnine, stoga je veoma važno kome se ustupa pismo zemljišnog duga. U slovenskom pravu nije uvedeno ograničenje, ali bi se prilikom uvođenja ovog sredstva osiguranja u tranzicijskim zemljama moglo zalagati za zakonodavno određeno prema kome vjerovnik zemljišnog duga može biti samo banka, osiguravajuće društvo ili druga financijska institucija čime bi bila isključena zloupotreba pisma.

Zakonom nije regulirano šta znači dospelost zemljišnog duga, samo je određeno da je dospelost bitni element pravnog posla o konstituiranju zemljišnog duga, te da mora biti upisana u pismo zemljišnog duga (195/2. i 196/1., SPZ).

3.2.6. *Prinudno namirenje zemljišnog duga*

Kod realizacije zemljišnog duga ne bi trebalo biti nikakve razlike u odnosu na realizaciju hipoteke, pa ipak se kod ovrhe na osnovu zemljišnog duga ispoljavaju

²³⁸ KERSTEŠ, T., *Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije*, str. 142.

²³⁹ Za primjenu odredaba ZOO o vrijednosnim papirima KERESTEŠ, T., *Zemljišni dug u novom stvarnopravnom uređenju Republike Slovenije*, str. 141.

neke razlike u odnosu na hipoteku. Ovršni postupak pokreće zakonit imalac pisma zemljišnog duga, a to će biti, u pravilu, vjerovnik osigurane tražbine. Zakoniti imalac zemljišnog duga ne mora voditi parnični postupak budući da je pismo zemljišnog duga ovršni naslov. Očita je namjera zakonodavca da olakša položaj vjerovnika odnosno imaoca pisma u ovršnom postupku. Kod zasnivanja hipoteke na osnovu neposredno ovršnog javnobilježničkog akta, vlasnik nekretnine pred javnim bilježnikom daje izjavu o zasnivanju hipoteke i pristajanju na ovrhu. Ovršnost javnobilježničkog akta zabilježuje se u zemljišnu knjigu, tako da bez obzira na kasniju promjenu vlasnika nekretnine vjerovnik ne mora pribavljati novi ovršni naslov. Javni bilježnik podnosi zahtjev kako za upis hipoteke tako i za upis njene ovršnosti (142., SPZ i 251/1., ZIZ-UPB1). Smatramo da nije bilo nikakvih prepreka da se na isti način regulira i pitanje ovršnog naslova kod zemljišnog duga. Ni u njemačkom pravu se ne pravi razlika između ova dva prava u pogledu njihove realizacije. Činjenica da je zakon usvojio drugačija rješenja za zemljišni dug i da je ovršni naslov samo pismo zemljišnog duga nameće određena pitanja.²⁴⁰

Sa stanovišta Zakona o izvršbi in zavarovanju ovo je rješenje moguće. Prema odredbi članka 17. st. 2. toč. 4. ovršni je naslov, pored onih koje nabraja taj zakon, i svaka druga isprava za koju posebni zakon određuje da je ovršni naslov.

Kod hipoteke upis zabilježbe ovrhe kod prava na namirenje odnosno upis zabilježbe neposredne ovršnosti javnobilježničkog akta ima učinak da je za vjerovnika promjena vlasnika nekretnine irelevantna – on ima ovršni naslov prema svakom novom vlasniku nekretnine (170/2., ZIZ, 142/2., SPZ). Kod zemljišnog duga mogućnost ovrhe prema svakodobnom vlasniku nekretnine mora biti riješena na drugačiji način. Bez obzira što ovršnost zemljišnog duga nije upisana u zemljišne knjige, svako lice koje stekne nekretninu na kojoj je upisan zemljišni dug ulazi u jednu zakonom propisanu situaciju. Saznanje za postojanje zemljišnog duga koji je upisan u zemljišnoj knjizi pretpostavlja i saznanje o činjenicama koje u zemljišnu knjigu nisu upisane – radi se isključivo i jedino mogućem pismenom zemljišnom dugu, a svako je pismo ovršni naslov. Na ovaj način se zakoniti imalac pisma zemljišnog duga stavlja u istu situaciju kao i hipotekarni vjerovnik prema svakodobnom vlasniku opterećene nekretnine. U slovenskoj doktrini se ovo pitanje ne problematizira već se konstatira da se ovdje na odgovarajući način primjenjuju odredbe o hipoteci.²⁴¹

Čini se da je izvršenjem na osnovu pisma zemljišnog duga u Sloveniji usvojeno jedno praktično rješenje, međutim ono će biti nepovoljno iz određenih razloga. Ako je samo pismo ovršni naslov, onda se podvrgavanje ovrsi ne vrši pred javnim bilježnikom i ovdje može biti propuštena prilika za zaštitu dužnika, budući da ga javni bilježnik ne upozorava na posljedice izdavanja pisma zemljišnog duga. Treba se zalagati da u praksi javni bilježnik prilikom sačinjavanja javnobilježničkog akta o osnivanju zemljišnog duga upozori vlasnika na sve posljedice koje iz toga proizlaze,

²⁴⁰ Pismo zemljišnog duga nema tu funkciju u njemačkom pravu.

²⁴¹ RIJAVEC, V., Civilno izvršilo pravo, str. 129.

pa i na činjenicu da je pismo ovršni titulus, iako se u tom aktu vlasnik ne podvrgava ovrši. Ova je pouka potrebija nego kod hipoteke, jer su opasnosti za dužnika veće. Također, može biti propuštena šansa i za efikasnije osiguranje vjerovnika. Pismo zemljišnog duga je ovršni naslov, ali samo za ovrhu na nekretnini koja je opterećena zemljišnim dugom. Bude li prodaja nekretnine nemoguća u ovršnom postupku ili se ne postigne iznos dovoljan za namirenja imaoca zemljišnoknjižnog pisma, ovo bi se lice kao lični vjerovnik moglo obratiti i dužniku. U tom slučaju vjerovnik nema ovršni naslov koji bi mu omogućavao namirenje iz cjelokupne dužnikove imovine. Ovakvim rješenjem je zakonodavac zatvorio put jednom razvoju, do kojeg je i u Njemačkoj došlo u javnobilježničkoj i bankarskoj praksi (3.1.7.).

Isplatu naznačene sume zemljišnog duga može zahtijevati svaki zakoniti imalac pisma zemljišnog duga. U određenim slučajevima imalac pisma će biti vlasnik nekretnine koji je isplatio dug i kome je vraćeno pismo zemljišnog duga. Ispravno određuje SPZ da vlasnik nema pravo da zahtijeva isplatu zemljišnog duga (član 199. st. 3.). Vlasnik ne može zahtijevati isplatu niti zbog neisplate pokrenuti ovršni postupak, što je rješenje analogno odredbi § 1197 BGB-a. Međutim, SPZ ne sadrži rješenje za situaciju da je ovršni postupak pokrenut od nekog drugog vjerovnika. U ovršnom se postupku namiruju i založni vjerovnici i vjerovnici zemljišnog duga koji nisu tražili namirenje,²⁴² te bi na taj način u namirenju učestvovao i imalac zemljišnog duga, tj. vlasnik nekretnine. Navedenu odredbu SPZ-a treba široko tumačiti – vlasnik nekretnine nema ni u ovom slučaju pravo na namirenje.

3.3. Kratki osvrt na pravo Mađarske i BiH

3.3.1. Samostalno založno pravo u mađarskom pravu

Po uzoru na njemačko pravo u Mađarskoj je još prije drugog svjetskog rata bio reguliran zemljišni dug na nekretninama,²⁴³ koji u socijalističkom periodu nije igrao nikakvu ulogu. Zakonom br. CXXXVII, od 19.12.2000. o izmjenama zakonskih odredaba koje se odnose na založno pravo izmijenjene su odredbe Mađarskog građanskog zakonika (u daljem tekstu: MGZ), iz 1959. g. koje su regulirale založno pravo i na njihovo mjesto su na snagu stupile nove odredbe §§ 251. - 269. Institut samostalnog založnog prava reguliran je odredbom § 260 MGZ-a. Samostalno založno pravo je neakcesorno pravo, koje u odnosu na tražbinu ima samostalnu egzistenciju. Zakonom je definirano kao pravo koje opterećuje založeni objekt i bez postojanja tražbine u visini koja je određena ugovorom o zalozi (§ 269/1., MGZ). Ova je odredba problematična jer uvjeti tog ugovora nisu poznati trećima – kada su nekretnine u pitanju, to ne bi trebao biti iznos određen ugovorom, već iznos upisan u

²⁴² Čl. 172. Zakona o izvršbi in zavarovanju.

²⁴³ Zakon XXXV iz 1927. g. Vidjeti ANDOVA, K., *Das Mobiliarpfandrecht*, str. 94. bilješka 613, HARMATHY, A., *Recht der Kreditsicherheiten in Ungarn*, in: HORN/PLEYER (Hrsg.) *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*, Berlin – New York, 1997., str. 191.

zemljišnu knjigu.²⁴⁴ Neakcesornost samostalnog založnog prava proizlazi i iz odredbe § 269/3., MGZ koja regulira mogućnost isticanja prigovora licu koje poziva na plaćanje samostalnog založnog prava. Vlasnik založene stvari može isticati prigovore iz osnovnog pravnog odnosa licu sa kojim je u direktnom odnosu (to je lice za koje je zasnovano založno pravo), trećem licu kome je založno pravo besplatno preneseno kao i trećem licu kome je naplatno preneseno založno pravo, a ovo treće lice zna za osnovni pravni odnos. Ovakvo rješenje štiti i vlasnika nekretnine i sigurnost pravnog prometa.

Institut samostalnog založnog prava ispoljava značajne razlike u odnosu na zemljišni dug u njemačkom i slovenskom pravu – to nije isključivo imobilijarno sredstvo osiguranja.

Iz zakonske odredbe ne proizlazi da se samostalno založno pravo može osnovati samo na nepokretnim stvarima. Takav zaključak ne može se izvući ni na osnovu sistematike Mađarskog građanskog zakonika, tako da je samostalno založno pravo moguće na svim objektima zaloge koje pozna MGZ (nekretnine, pokretne stvari, prava, cijela imovina). Postavlja se pitanje da li je to suprotno odredbi § 262/1. MGZ-a koja određuje da nekretnina može biti opterećena samo zasnivanjem hipoteke. Hipoteka je u mađarskom pravu, međutim, bezposjedovno založno pravo bez obzira o kojem se objektu radi,²⁴⁵ tako da bi nekretnina mogla biti opterećena samostalnim bezposjedovnim založnim pravom. Uz to se na samostalno založno pravo shodno primjenjuju sve odredbe MGZ-a koje reguliraju založno pravo – primjena odredaba o hipoteci nije isključena (§ 269/5.).

Kada su nekretnine predmet samostalnog založnog prava, shodna primjena odredaba o hipoteci bi nalagala da ugovor o osnivanju treba javnobilježničku formu i da je nastanak prava vezan za upis u zemljišne knjige (§ 262/1. i 2.). Izdavanje pisma samostalnog založnog prava nije predviđeno zakonom.

Da bi došlo do namirenja založnog povjerioca, nužan je otkaz samostalnog založnog prava u roku od šest mjeseci (§ 269/2., MGZ). Odredba je dispozitivnog karaktera kako u pogledu nužnosti otkaza tako i dužine roka. Neakcesornost samostalnog založnog prava dolazi do izražaja u činjenici da je ono samostalno prenosivo. Predviđena je mogućnost transformiranja samostalnog založnog prava u založno pravo koje osigurava tražbinu i obrnuto. Ukoliko se radi o založnom pravu upisanom u javni registar, ova promjena mora biti vidljiva i u registru (§ 269/4.).

Ovo pravo postoji u Mađarskoj još od novele MGZ-a iz 1996. g., ali nije doživjelo značajniju primjenu u praksi. Može se odista reći da se radi o jednom marginalnom institutu u mađarskom pravu.²⁴⁶

²⁴⁴ Shodna primjena § 262/3 MGZ.

²⁴⁵ Proizlazi iz cjelokupnih odredaba o hipoteci gdje se govori o opterećenoj stvari, a uvijek ističu posebnosti ako je predmet hipoteke nekretnina (z.B. 262/2., MGZ). Takođe vidljivo i kod ANDOVA, K., *Das Mobiliarpfandrecht*, str. 95.

²⁴⁶ Prema statističkim podacima u vremenu od 1997. do 2002.g. od ukupno 57.869 upisanih založnih prava samo se u 250 slučajeva radilo o samostalnom založnom pravu. Navedeno prema ANDOVA, K., *Das Mobiliarpfandrecht*, str. 94., bilješka 615.

3.3.2. *Opredjeljenje za zemljišni dug u pravu BiH*

Bilo bi preuranjeno i netočno reći da zemljišni dug postoji u pravu BiH. Stvarna situacija može se točnije opisati kao opredjeljenje zakonodavca da uvede ovo imobilijarno osiguranje u pravni poredak. Zemljišni dug je stvarno pravo, za koje važi princip numerus claususa, te se ne može osnovati a da ga zakon ne predvidi kao stvarno pravo i da mu zakon ne odredi sadržaj. Odredbe koje reguliraju stvarno pravo u BiH ne predviđaju zemljišni dug kao stvarno pravo, ali njega spominju neki drugi zakoni.

Transformacijski proces u BiH nije jedan cjelovit i osmišljen proces, on se odvija punktualno i inverzno. Za svaku transformacijsku zemlju je prvi logičan korak definiranje vlasničkog odnosa i donošenje propisa o denacionalizaciji, što je u BiH izostalo. Proces privatizacije, koji je prethodno pretpostavljao i denacionalizaciju (odnosno restituciju kako je zakonska terminologija u BiH), već je uznapredovao u dobroj mjeri i bez donošenja propisa o denacionalizaciji. Nisu doneseni propisi koji bi regulirali materiju vlasništva i stvarnog prava na novim osnovama, ali su doneseni neki prateći propisi – npr. Zakon o zemljišni knjigama, Zakon o građevinskom zemljištu. Neki novodoneseni materijalni i procesni zakoni predviđaju i zemljišni dug. Time oni anticipiraju rješenja budućeg stvarnog prava, što nije apsolutno neproblematičan pravnotehnički postupak. Ukoliko bude usvojen stvarnopravni zakonik i ukoliko on bude predvidio ustanovu zemljišnog duga, ove će norme dobiti svoju podlogu.²⁴⁷

Zakon o stečajnom postupku²⁴⁸ uvrštava zemljišni dug u razlučna prava (član 38.). Članovi 20. i 28. ZZK BiH predviđaju zemljišni dug kao jedno od zemljišnoknjižnih prava i reguliraju njegov opis. Regulirajući podvrgavanje neposrednom izvršenju na osnovu javnobilježničkog akta, Zakon o notarima Federacije BiH predviđa takvu mogućnost i kod hipoteke i kod zemljišnog duga (član 90.). Zakon o ovršnom postupku spominje ga samo na jednom mjestu određujući izuzetak od pravila da se pri namirenju u obzir uzimaju samo ona potraživanja po kojima je rješenje o ovrši postalo ovršno najkasnije na dan ročišta za diobu. Ta se odredba ne odnosi na vjerovnike osigurane hipotekom i zemljišnim dugom (član 109. st. 4., ZIP). Vrlo je nekonzekventno spominjanje zemljišnog duga na samo jednom mjestu u Zakonu o ovršnom postupku; ako se zakonodavac odlučio uopće da spomene ovo pravo, onda bi bilo nužno da ga je spomenuo na svim mjestima u zakonu gdje je spomenuta hipoteka.²⁴⁹

²⁴⁷ Svi zakonski propisi koji spominju zemljišni dug doneseni su uz podršku njemačke vladine organizacije Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ), što je i slučaj sa budućim stvarnopravnim zakonikom. Radni nacrt zakona predviđa ovaj institut.

²⁴⁸ Službene novine Federacije BiH 29/03.

²⁴⁹ Novelama na ZIZ Slo iz 2002. g., koje su donesene nakon donošenja Stvarnopravnog zakonika su u svim zakonskim odredbama koje su pominjale založno pravo na nekretninama dodate i riječi »zemljišni dug«.

4. Zaključak

Kratka usporednopravna analiza zakonskih rješenja na području bivše SFRJ, čemu je bio posvećen prvi dio rada, pokazala je da su se novodoneseni propisi koji reguliraju stvarno pravo, odnosno hipoteku, u dobroj mjeri udaljili od klasične strogo akcesorne hipoteke, čime je otvoren put uvođenju neakcesornog sredstva osiguranja na nekretninama. Očigledno je da praksa treba neakcesorna sredstva osiguranja i da ona nisu inkompatibilna sa navedenim pravnim sistemima. Zakonsko reguliranje situacija u kojima je hipoteka odvojena od tražbine, bilo da se radi o nastanku, prijenosu, prestanku ili raspolaganju upisanom hipotekom nakon prestanka tražbine, pokazuje u zemljama bivše SFRJ niz slabosti i potiče sumnju da različiti modaliteti neakcesorne hipoteke neće naći praktičnu primjenu (npr. problem ovršnog naslova kod maksimalne i kaucione hipoteke). S druge strane, u situacijama u kojima neakcesorna hipoteka s mukom savladava, ili uopće ne može savladati određene zadatke koje nameće suvremena kreditna privreda, zemljišni dug te zadatke rješava suvereno.

Apstraktnost zemljišnog duga također nije prepreka njegovom uvođenju u pravne sisteme zemalja nastalih disolucijom SFRJ. Prihvatanje ovog instituta ne znači da se u pravni poredak jedne zemlje, protivno njenoj tradiciji, uvode rješenja njemačkog prava o načinu stjecanja stvarnih prava. Apstraktnost zemljišnog duga je posljedica neakcesornosti. Ova karakteristika zemljišnog duga koja izaziva zabunu je čak nepotrebna; već kroz načelo neakcesornosti riješen je odnos zemljišnog duga prema osiguranoj tražbini. Analiza rješenja njemačkog prava pokazala je da su neakcesornost i apstraktnost kod osiguravajućeg zemljišnog duga relativizirane, da je odnos između vlasnika koji je zasnovao osiguravajući zemljišni dug i lica u čiju korist je to vlasnik učinio determiniran osnovnim obveznim odnosom. Ove odlike imaju svoje puno djelovanje u odnosima prema trećima. Pozitivni efekt je zaštita sigurnosti pravnog prometa (u tom smislu djeluje i prometna hipoteka). Negativni efekt predstavlja mogućnost zloupotrebe na štetu vlasnika opterećene nekretnine. Ova se opasnost da spriječiti konstituiranjem zemljišnog duga u korist subjekata za koje je sigurno da neće zloupotrijebiti svoj fiducijarni položaj.

Nema dogmatskih prepreka za uvođenje zemljišnog duga u pravne sisteme bivše SFRJ, a praksa očigledno treba neakcesorno sredstvo osiguranja. Problem može nastati na socijalnoj razini. Nije sporno da je vjerovnik neakcesornog sredstva osiguranja jače zaštićen, nego kod akcesornog osiguranja. Međutim, ova opasnost nije ekskluzivno vezana za zemljišni dug. Ona je imanentna svim fiducijarnim sredstvima osiguranja, gdje vjerovnik dobiva «višak pravne moći». Zemljišni dug je fiducijarno sredstvo osiguranja - sva fiducijarna sredstva osiguranja su po svojoj prirodi i neakcesorna²⁵⁰ i nose latentnu opasnost od «preosiguranja» vjerovnika, kao

²⁵⁰ Tako EICKMANN in MÜNCHENER KOMMENTAR, § 1191 Rn. 12, str. 2087., GABARDIEL, H., Kreditsicherung durch Grundschulden, str. 247, Rn. 565., LWOWSKI, H. J., Das Recht der Kreditsicherung, str. 43 – 44. Rn 19-20, MINCKE, W., Die Akzessorietät des Pfandrechtes, str. 205.

i od povrede fiducijarnog uglavka. Većina zemalja nastalih disolucijom bivše SFRJ već poznaje i široko prakticira fiducijarna sredstva osiguranja – socijalni razlozi nisu spriječili njihovo prihvaćanje u novonastalim pravnim porecima.²⁵¹ Utoliko nema razloga ni za otpor prema zemljišnom dugu. Realnost tranzicijskog statusa nas uči da je nastojanje da se vlasnik nekretnine odnosno dužnik efikasnije zaštititi, pogrešan cilj. Reforma kredita u tranzicijskim zemljama nema za cilj zaštitu dužnika već kreditora. Ipak i ovdje je poželjna i moguća ravnoteža. Ova je opasnost u njemačkom pravu u izvjesnoj mjeri reducirana jer su doktrina i judikatura izgradile standarde za zaštitu dužnika od preosiguranja vjerovnika, a u zakone su ugrađeni europski standardi sankcioniranjem «nepravilnih» klauzula, kontrolom općih uvjeta poslovanja i posebnom zaštitom dužnika potrošača. Preuzimanje ovog moćnog sredstva osiguranja vjerovnika iz njemačkog prava u postsocijalističkim zemljama mora biti praćeno i preuzimanjem njegovih korektiva.

Osim navedenih sumnji socijalne provenijencije, postoji još jedan problem kod preuzimanja instituta zemljišnog duga u prava bivše SFRJ, a on se ocrtao kod usporednopravne analize njemačkog i slovenskog prava i kratkog osvrtu na mađarsko pravo. U svim navedenim pravnim porecima regulativa zemljišnog duga je skromna. U njemačkom pravu, međutim, u pozadini stoji sveobuhvatna, detaljna i razrađena regulativa hipoteke, čija se pravila shodno primjenjuju i na zemljišni dug. Odredbe o hipoteci i zemljišnom dugu međusobno su usklađene. Preuzimanje određena zemljišnog duga njemačkog prava nije moguće bez preuzimanja ili usklađivanja određenog pravnog poretka sa odredbama njemačkog prava o hipoteci. Oprez je potreban i zbog činjenice da pretežni dio regulative zajma i zemljišnog duga nije zakonska materija. Skromna zakonska regulativa ugovora o zajmu dovela je do toga da je u Njemačkoj «law in action u pravu zajma odvajkada egzistirao jedino u formi prethodno formuliranih općih uvjeta zajma».²⁵² Isto se može reći za pravo osiguranja putem zemljišnog duga. Da bi zemljišni dug funkcionirao u drugim pravnim sistemima, nužno je preuzeti i u zakone ugraditi i rješenja izgrađena od strane njemačke doktrine i sudske prakse.

Zemljišni dug je u pravima Mađarske i Slovenije uveden, ali nije doživio potvrdu u praksi. To ne treba da čudi, jer je zakonska regulativa u obje zemlje vrlo oskudna. Radi se o institutu nepoznatom u pravnom životu tih zemalja – preuzimanje zemljišnog duga u jedan pravni poredak iziskuje i detaljniju regulativu, norme koje definiraju i interpretiraju. Na ovom mjestu je »hiper-reguliranost bolja nego »hipo-reguliranost«. Kratak prikaz njemačkog prava pokazao je sa kakvim složenim pitanjima su se u Njemačkoj konfrontirale judikatura i doktrina. Na području bivše SFRJ takvi problemi se još nisu ni pojavili u praksi, i prirodno je da za njih još ne postoje rješenja. Jedan je njemački autor knjižnu osiguravajuću (akcesornu) hipoteku nazvao predformom hipoteke (arhaičnom formom, Urform der Hypothek). Sa izuzecima novih rješenja koja znače proboj načela akcesornosti na području bivše

²⁵¹ Sve zemlje bivše SFRJ poznaju neki vid fiducijarnog osiguranja, sem BiH i Srbije.

²⁵² KÖNDGEN, J., *Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlanzeige*, str. 465.

SFRJ upravo postoji samo takva praforma hipoteke. Na tom području postoji i anti-forma hipoteke – vanknjižna hipoteka. Takva je realnost još daleko od artikuliranja potreba koje bi mogle biti riješene zemljišnim dugom.

Navedene sumnje ne znače protivljenje zemljišnom dugu na prostoru bivše SFRJ. Moguće je urediti ovaj institut pored hipoteke i bankarskoj praksi prepustiti izbor sredstva osigranja, pri čemu će zemljišni dug dobiti potvrdu u praksi samo ako ne bude »plakativno« reguliran, kao u slovenskom i mađarskom pravu, već ukoliko zakonom bude regulirana njegova priroda, odnos prema pravilima o hipoteci, ukoliko osiguravajući zemljišni dug bude reguliran kao i osiguravajući ugovor, ukoliko budu riješena pitanja otplate zemljišnog duga, prigovora vlasnika nekretnine, utjecaj prestanka tražbine na zemljišni dug, kao i mogućnost pojednostavljene ovrhe, te, naravno, ako budu funkcionirali javni registri nekretnina.

Summary

HYPOTHECARY DEBT IN COMPARATIVE LAW

Within reforms of loan security instruments law, transitional countries demonstrate interest for introducing institute of hypothecary debt as a non-accessory security instrument, present in the German law. Similarly, difficulties in securing loans given to a resident of another country arising from differences in national legal system trigger the EU to consider introduction of the so called “European Mortgage” as a non-accessory real estate security instrument.

The first part of this article deals with dogmatic acceptability of hypothecary debt in countries of the former SFRY due to its non-accessory nature and abstractness. The new laws on mortgage include significant deviations from the accessory principle pointing out that modern loan economy needs non-accessory security instruments. The article presents advantages of the hypothecary debts as a non-accessory security instrument. Abstractness is a consequence of non-accessory nature and thus it is not necessarily a separate characteristic of hypothecary debt. Objection that abstractness of a hypothecary debt demonstrates introduction of the principle of abstractness in real right acquisition from the German law has been refuted. The author points to several problems connected to introduction of this institute, such as fiduciary character of hypothecary debt, oversecurity of creditors, unfair clauses in formal bank contracts, as well as problems related to consumer protection.

The second part of the article contains analysis of the German and Slovenian law. Legal provisions are very scarce but the German law regulates mortgage in detail, while bank and court practice, and doctrine have completely shaped this institute. In order to make hypothecary debt an effective security instrument in transitional countries, it is necessary to regulate mortgage in detail and to introduce in provisions on hypothecary debt rules accepted in the German practice. Complexity of problems faced by the German loan practice and doctrine raises doubts as to the capability of loan economy in the former SFRY countries to implement this institute.

Key words: *hypothecary debt, non-accessory security instrument, loan security.*

Zusammenfassung

BODENKREDIT IM VERGLEICHENDEN RECHT

Im Rahmen der Reform des Kreditsicherungsrechts zeigen die Transitionsländer für die Übernahme des Instituts Bodenkredit als nicht akzessorisches Versicherungsmittel großes Interesse. Ebenfalls denkt man in der Europäischen Union, wo wegen der Unterschiede in den nationalen Rechtssystemen bei der überstaatlichen Kreditsicherung Schwierigkeiten auftreten, über die Einführung einer «Europäischen Hypothek» nach, die ein nicht akzessorisches und immobiles Versicherungsmittel wäre.

Der erste Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob der Bodenkredit wegen seiner Eigenschaft der Nicht-Akzessorietät und Abstraktheit in den Ländern der ehemaligen SFR Jugoslawien dogmatisch akzeptabel ist. Die neu verabschiedeten Gesetze über die Hypothek weisen bedeutende Abweichungen von dem Prinzip Akzessorietät auf, was zeigt, dass die moderne Kreditwirtschaft nicht akzessorische Versicherungsmittel braucht. In der Arbeit werden die Vorteile des Bodenkredits als nicht akzessorisches Versicherungsmittel aufgezeigt. Die Eigenschaft der Abstraktheit ist die Folge der Nicht-Akzessorietät und nicht notwendigerweise eine besondere Eigenschaft des Bodenkredits. Es werden die Einwände widerlegt, dass die Abstraktheit des Bodenkredits bedeutet, das Prinzip der Abstraktheit des Erwerbs von Sachenrechten aus dem deutschen Recht zu übernehmen. Der Autor sieht Probleme bei der Übernahme dieses Instituts im fiduziarischen Charakter des Bodenkredits und wirft folgende Probleme auf: Vorversicherung des Gläubigers, unrechtmäßige Klauseln in den Formularen der Vertragsbanken sowie auch das Problem des Verbraucherschutzes.

Im zweiten Teil der Arbeit wird eine Analyse von Fällen aus dem deutschen und slowenischen Recht durchgeführt. Die gesetzliche Regulative ist bescheiden und das deutsche Recht regelt detailliert die Hypothek, doch die Gerichtspraxis und -doktrin haben dieses Institut völlig verzerrt. Damit sie in den Transitionsländern erfolgreich funktioniert, ist es nötig die Hypothek detailliert zu regeln und in die Gesetzesbestimmungen über den Bodenkredit Regeln einzubauen, die in der deutschen Praxis akzeptiert wurden. Die Komplexität der Probleme mit denen sich die deutsche Kreditpraxis und -doktrin auseinandersetzen muss, lässt Zweifel aufkommen, ob die Kreditwirtschaft in den Ländern des ehemaligen Jugoslawien zur Zeit im Stande ist, dieses Institut anzuwenden.

Schlüsselwörter: *Bodenkredit, nicht akzessorisches Versicherungsmittel, Kreditsicherung.*

Sommaro

DEBITO FONDIARIO IN DIRITTO COMPARATO

All'interno delle riforme del diritto dei mezzi di assicurazione del credito, i paesi in transizione dimostrano interesse all'introduzione dell'istituto del debito fondiario come mezzo non-accessorio di assicurazione, presente nel diritto tedesco. Analogamente, le difficoltà nell'assicurare i crediti dati al residente di un altro paese sorgenti dalle differenze nei sistemi giuridici nazionali spingono l'UE a considerare l'introduzione della cosiddetta "ipoteca europea" come mezzo non-accessorio di assicurazione immobiliare.

La prima parte di questo articolo tratta dell'accettabilità dogmatica del debito fondiario nei paesi dell'ex RSFJ a causa della sua non-accessorietà e astrattezza. Le nuove leggi sull'ipoteca includono significative deviazioni dal principio dell'accessorietà illustranti che la moderna economia creditizia abbisogna di mezzi non-accessori di assicurazione. L'articolo presenta i vantaggi dei debiti fondiari come mezzo non-accessorio di assicurazione. L'astrattezza è una conseguenza della non-accessorietà e così non è necessariamente una caratteristica separata del debito fondiario. È confutata l'obiezione che l'astrattezza del debito fondiario dimostra l'introduzione del principio di astrattezza nell'acquisizione dei diritti reali dal diritto tedesco. L'Autrice illustra diversi problemi connessi all'introduzione di questo istituto, come il carattere fiduciario del debito fondiario, la riassicurazione dei creditori, clausole vessatorie in contratti bancari standardizzati, così come problemi correlati alla tutela del consumatore.

La seconda parte dell'articolo contiene l'analisi del diritto tedesco e sloveno. Le disposizioni legali sono molto scarse ma il diritto tedesco regola l'ipoteca in dettaglio, mentre la prassi e la dottrina bancaria e giudiziale hanno modellato compiutamente questo istituto. Per rendere il debito fondiario un effettivo mezzo di assicurazione nei paesi in transizione è necessario regolare l'ipoteca in dettaglio e introdurre nelle disposizioni sul debito fondiario regole accettate dalla prassi tedesca. La complessità dei problemi fronteggiati dalla pratica e dalla dottrina creditizia tedesca solleva dubbi sulla capacità dell'economia creditizia nei paesi ex RSFJ di implementare questo istituto.

Parole chiave: debito fondiario, mezzo non-accessorio di assicurazione, assicurazione del credito.

EUROPSKA UREDBA O INSOLVENCIIJSKIM POSTUPCIMA

Dr. sc. Jasnica Garašić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.427::061.1EU
Ur.: 4. veljače 2005.
Pr.: 15. veljače 2005.
Izvorni znanstveni članak

Europska Uredba o insolventijskim postupcima predstavlja u ovom trenutku jedan od najdorađenijih regulacijskih instrumenata na području međunarodnog insolventijskog prava. U radu se analiziraju njezina osnovna rješenja u odnosu na pretpostavke i način priznanja insolventijskopравnih odluka, u odnosu na određenje mjerodavnog prava za pojedine pravne posljedice otvaranja insolventijskog postupka, nadalje u odnosu na reguliranje tzv. partikularnih i sekundarnih insolventijskih postupaka, te u odnosu na odredbe koje bi, osobito stranim vjerovnicima, trebale olakšati saznanje za otvaranje insolventijskog postupka u nekoj državi članici, kao i prijavu njihovih tražbina u tom postupku.

Ključne riječi: *Europska konvencija o insolventijskim postupcima, priznanje stranih insolventijskih postupaka, mjerodavno pravo u međunarodnom insolventijskom pravu, glavni insolventijski postupak, partikularni insolventijski postupak, sekundarni insolventijski postupak.*

I. Uvod

Globalizacija i sve izraženija internacionalizacija gospodarstva u posljednjim su godinama iznimno povećale važnost međunarodnog insolventijskog prava. Naime, sve je veći broj gospodarskih subjekata koji u obavljanju svojih djelatnosti prekoračuju granice vlastite države, te je i sve veći broj insolventijskih postupaka u kojima insolventijski dužnik pored imovine u tuzemstvu ima i imovinu u inozemstvu, i u kojima pored domaćih sve češće sudjeluju i strani vjerovnici. Osnovno pitanje koje se postavlja u međunarodnom insolventijskom pravu jest treba li priznati ili ne odluku suda ili drugog nadležnog organa strane države o otvaranju insolventijskog postupka, te kakve pravne posljedice to za sobom povlači.

Nažalost, tek u posljednjih petnaestak godina javljaju se ozbiljniji pokušaji nacionalnih zakonodavaca da se međunarodno insolventijsko pravo kodificira. Pod načelom univerzalnosti smatra se stajalište nekog pravnog poretka prema kojem treba priznati učinke insolventijskom postupku i izvan države njegovog otvaranja, dok se pod načelom teritorijalnosti poima stajalište nekog pravnog poretka prema kojem

insolventijskom postupku izvan države njegovog otvaranja ne treba priznati učinke¹. Načelo teritorijalnosti povlači za sobom sljedeće posljedice: dužnik protiv kojeg je otvoren strani insolventijski postupak ostaje i dalje ovlašten upravljati i raspolagati svojom imovinom u tuzemstvu, jer ona nije zaplijenjena. No, to je suprotno jednom

¹ Vidi o sadržaju tih pojmova u *njemačkoj literaturi* primjerice: *Schmidt, Jürgen*, System des deutschen internationalen Konkursrecht, Frankfurt am Main, 1972, str. 48. i dalje; *Hanisch, Hans*, Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht (u daljnjem tekstu: SJIR), 1980, str. 111. i dalje; *isti*, Einheit oder Pluralität oder ein kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (u daljnjem tekstu: ZIP) 1994, str. 1.-2; *Drobnig, Ulrich*, Report for Germany, u: Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions, The Aberystwyth Insolvency Papers, United Kingdom National Committee of Comparative Law, edited by Ian F. Fletcher, London 1990, str. 103.-104; *Oertzen, Christian von*, Inlandswirkungen eines Auslandskonkurses, Dissertation Mainz, 1990, str. 3. i dalje; *Aderhold, Eltje*, Auslandskonkurs im Inland, Entwicklung und System des deutschen Rechts mit praktischen Beispielen unter besonderer Berücksichtigung des Konkursrechts der Vereinigten Staaten von Amerika, Englands, Frankreichs sowie der Schweiz, Berlin 1992, str. 28, 43. i dalje; *Summ, Cornelia*, Anerkennung ausländischer Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Darstellung am Beispiel englischer, italienischer und französischer Insolvenzverfahren, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Band 77, Berlin, 1992, str. 22. i dalje; *Metzger, Ingrid*, Die Umsetzung des Istanbuler Konkursübereinkommens in das neue deutsche Internationale Insolvenzrecht, Reihe Rechtswissenschaft, Band 172, Pfaffenweiler, 1994, str. 15, 19. i dalje; *Reinhart, Stefan*, Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht: eine vergleichende Untersuchung über die besonderen internationalrechtlichen Probleme liquidationsabwendender Insolvenzverfahren, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B, Rechtswissenschaft, Band 93, Berlin 1995, str. 66.-67; *Reisinger, Christine*, Die Anerkennung von Konkursverfahren im deutsch-ungarischen Rechtsverkehr, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Band 5, Hamburg, 196, str. 4; *Spahlinger, Andreas*, Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 64, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, 1998, str. 47. i dalje; *Trunk, Alexander*, Internationales Insolvenzrecht, Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, Jus privatum, Band 28, Tübingen, 1998, str. 10.-11; *Graf, Ulrike*, Die Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheidungen, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 113, Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Tübingen 2003, str. 10. i dalje. – *Švicarska literatura: Staehelin, Daniel*, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166ff. IPRG), Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen (SIRIB), Band 45, Basel, 1989, str. 1. i dalje; *Breitenstein, Stefan*, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten – Eine Rechtsvergleichende Darstellung, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 64, Zürich, 1990, rub.br. 35.-41; *Theus Simoni, Fabiana*, Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Band 102, hrsg. von der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht, Zürich, 1997, str. 1. i dalje. – *Austrijska literatura: Leitner, Robert*, Der grenzüberschreitende Konkurs, Lösungsmöglichkeiten und –modelle aus österreichischer Sicht, österreichische Rechtswissenschaftliche Studien öRSt., hrsg. von Heinz Mayer, Band 31, Wien, 1995, str. 21. i dalje; *Burgstaller, Alfred/Keppelmüller, Rudolf*, Universalität oder Territorialität – Wirkt der österreichische Konkurs ins Ausland, Juristische Blätter, 1996, str. 285, 287. i dalje; *Keppelmüller, Rudolf*, Österreichisches Internationales Konkursrecht, Wien, 1997, rub.br. 38.

od osnovnih pravila obveznog prava, prema kojem dužnik za svoje obveze odgovara čitavom svojom imovinom. Nadalje, takvo rješenje motivira dužnika da svoju imovinu iz inozemstva neposredno prije otvaranja stranog insolventnog postupka transferira u tuzemstvo kako bi se onemogućilo provođenje stranog insolventnog postupka ili barem insolventnoj masi oduzelo neke predmete. Nadalje, dužnik može po svojoj volji namirivati pojedine vjerovnike vrijednostima iz tuzemne imovine, a budući da se strani insolventni postupak ne priznaje, vjerovnici mogu i dalje voditi ovrhu na tuzemnoj imovini dužnika, čime se opet onemogućuje jedan od osnovnih insolventnopravnih principa, načelo jednakopravnog postupanja s vjerovnicima. Već na prvi pogled je jasno da se moderno međunarodno insolventno pravo, koje želi biti u skladu sa suvremenim kretanjima u gospodarstvu i doprinijeti njegovu razvoju, ne može zasnivati na načelu teritorijalnosti. Stoga ne čudi da su se u aktivnost izgradnje i razvoja suvremenog međunarodnog insolventnog prava utemeljenog na načelu univerzalnosti uključile brojne vrlo važne međunarodne institucije odnosno organizacije, primjerice Vijeće Europe², UNCITRAL³, Međunarodni monetarni fond⁴, Svjetska banka⁵, International Bar Association⁶, American Law Institute⁷, itd.

² U okviru Vijeća Europe donesena je *Europska konvencija o određenim međunarodnim aspektima stečaja* od 9. 6. 1990. (European Treaty Series/Séries des Traités européens, br. 136), koju su potpisale: Belgija, Njemačka, Francuska, Grčka, Italija, Luxemburg, Turska i Cipar. No, ona još nije stupila na snagu, jer su za to potrebne tri ratifikacije. Za sada je Konvenciju ratificirao samo Cipar. Informacije o tome su dostupne i na internetu: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm> (2. 2. 2005).

³ U okviru UNCITRAL-a (Povjerenstva Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo) izrađen je *Model-zakon o prekograničnoj insolventnosti (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)*. On je donesen na 30. sjednici UNCITRAL-a u svibnju 1997. (A/CN.9/442), a Glavna skupština Ujedinjenih naroda prihvatila ga je na svojoj 72. plenarnoj sjednici 15. 12. 1997. (A/RES/52/158 od 30. 1. 1998). Tekst Model-zakona je zajedno s Vodičem za njegovo usvajanje (*Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*) dostupan na internetu: <http://www.uncitral.org/english/texts/insolvent/insolvency.htm> (2. 2. 2005).

Osim toga, u okviru UNCITRAL-a je izrađen *Zakonodavni vodič insolventnog prava (Legislative Guide on Insolvency Law, A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I), A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II), A/CN.9/WG.V/WP.72)*, kojeg je odobrila Glavna skupština Ujedinjenih naroda na 37. sjednici od 14.-25. 6. 2004. On sadrži i neke kolizijskopravne odredbe. Navedeni tekstovi dostupni su na sljedećim stranicama: http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_il/wp-70-part1-e.pdf, http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_il/wp-70-part2-e.pdf, http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_il/wp-72-e.pdf, <http://www.uncitral.org/english/texts/insolvent/insolvencyindex.htm> (2. 2. 2005).

⁴ Međunarodni monetarni fond posvećuje mnogo pažnje reformi insolventnog prava u državama koje traže kredit. Između ostalog vidjeti dokument *Orderly and Effective Insolvency Procedures – Key Issues* Pravnog odjela Međunarodnog monetarnog fonda iz 1999. godine, koji je dostupan i na internetu: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/index.htm> (2. 2. 2005).

⁵ U okviru Svjetske banke izrađeni su *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* 2001, koji bi zemljama u razvoju trebali pomoći pri izradi njihovih insolventnih zakona i bankarskog sistema. Vidi: <http://worldbank.org/ifa/ipg-eng.pdf> (2. 2. 2005).

⁶ Odbor J (Insolventnost) Sekcije o gospodarskom pravu Međunarodne udruge odvjetnika

U okviru Europske unije donesena je Uredba Vijeća (EC) br. 1346/2000 od 29. 5. 2000. o insolventijskim postupcima⁸ (u daljnjem tekstu: EuUrIns ili Uredba), koju ćemo prikazati u ovom radu. Ta Uredba rezultat je napora koji su trajali desetljećima. Prvi radovi na konvenciji koja bi regulirala pitanja međunarodnog insolventijskog prava, a koja bi vrijedila između država Europske gospodarske zajednice, započeli su još šezdesetih godina prošlog stoljeća. Izrađeno je više nacрта te konvencije, no države članice tek su u rujnu 1995. godine uspjele postići suglasnost o sadržaju njezinih odredaba⁹. Konvenciju o insolventijskom postupku¹⁰ (u daljnjem tekstu: EuKonIns) potpisale su tijekom sljedećih mjeseci sve države članice izuzev Ujedinjenog Kraljevstva. U srpnju 1996. Izrađen je i *Razjašnjavajući izvještaj za Konvenciju o insolventijskim postupcima*¹¹ (u daljnjem tekstu: *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*), a koji prilično detaljno objašnjava većinu od predviđenih odredaba. Ujedinjeno Kraljevstvo odbilo je potpisati tu Konvenciju s jedne strane zbog tadašnjeg spora s Europskom unijom, koja je zabranila izvoz britanske govedine (uslijed goveđe zaraze BSE), a s druge strane zbog svoje ljutnje o izvodima *Razjašnjavajućeg izvještaja za EuKonIns* o prostornoj primjeni dotične Konvencije, prema kojem se ona ne bi primjenjivala na Gibraltar¹². Dakle, do odbijanja potpisivanja Konvencije došlo je zbog političkih razloga, a ne zbog neslaganja s njezinim rješenjima. Kako bi se reguliranje međunarodnog insolventijskog prava ipak ostvarilo, Vijeće Europske unije odlučilo je, na Inicijativu Savezne Republike Njemačke i Republike Finske¹³,

izradio je *Model International Insolvency Cooperation Act (MIICA)* 1988. godine. U okviru iste udruge izrađen je *Cross-Border Insolvency Concordat* 1995. godine. Poblize o tome *Omar, Paul J.*, *The Landscape of International Insolvency Law*, *International Insolvency Review*, 2002 (11), str. 173, 194.-195.

⁷ American Law Institute je 2000. godine izradio dokument *Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the North American Free Trade Agreement*, koji sadrži neslužbene preporuke za užu suradnju NAFTA-država na području međunarodnog insolventijskog prava.

⁸ *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities*, 2000, br. L 160/1; 2003, br. L. 236/1.

⁹ Poblize o tome umjesto svih *Spahlinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 162. i dalje, 247. i dalje.

¹⁰ Vijeće Europske unije, *Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, 9213/1/95 REV 1, DRS 19 (CFC) od 20. 9. 2005.

¹¹ Vijeće Europske unije, *Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, 6500/1/96 REV 1, DRS 8 (CFC) od 8. 7. 1996.

¹² Poblize o tome: *Fletcher, Ian F.*, *Insolvency in Private International Law, National and International Approaches*, *Oxford Monographs in Private International Law*, Oxford, 1999, str. 298. i dalje; *Wimmer, Klaus*, u: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, hrsg. von Klaus Wimmer, Neuwied, Kriftel, 1999, čl. 102. EGIInsO, rub.br. 69; *Homann, Stefan*, *System der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens und die Zulässigkeit der Einzelrechtsverfolgung. Eine Untersuchung der neuen Rechtslage unter Berücksichtigung des Europäischen Insolvenz-übereinkommens*, *Juristische Schriftenreihe*, Band 142, 2000, str.7.-8.

¹³ Ta je Inicijativa objavljena u *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities*, 1999, br. C 221/8.

a polazeći od čl. 61. sl. c) Ugovora o osnivanju Europskih zajednica, koji regulira mjere u području pravosudne suradnje u građanskim stvarima, preneti pravne norme Konvencije o insolventijskim postupcima u formu uredbe, te je tako 29. svibnja 2000. donijelo Uredbu o insolventijskim postupcima. Ta Uredba, kao sekundarni pravni akt prema čl. 249. st. 2. reč. 2. Ugovora o osnivanju Europskih zajednica, ima u državama članicama neposredni učinak, i to od 31. svibnja 2002. To ne vrijedi jedino za Dansku, koju u skladu s člancima 1. i 2. Protokola o poziciji Danske, što je priložen Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Europskih zajednica, ta Uredba ne vezuje¹⁴. Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska su u skladu s čl. 3. Protokola o poziciji Ujedinjenog Kraljevstva i Irske, što je priložen Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Europskih zajednica, izjavile da žele prihvatiti i primijenjivati navedenu Uredbu¹⁵.

EuUrIns obuhvaća 47 članaka, koji su raspodijeljeni u pet poglavlja: Poglavlje I – Opći propisi (čl. 1.-15.); Poglavlje II – Priznanje insolventijskih postupaka (čl. 16.-26.); Poglavlje III – Sekundarni insolventijski postupak (čl. 27.-38.); Poglavlje IV – Obavješćavanje vjerovnika i prijava njihovih tražbina (čl. 39.-42.); Poglavlje V – Prijelazne i završne odredbe (43.-47.). Ona sadrži i tri priloga: Prilog A, u kojem su navedeni insolventijski postupci u smislu čl. 2. sl. a) EuUrIns pojedinih država članica na odnosnim jezicima; Prilog B, u kojem su navedeni insolventijski postupci u smislu čl. 2. sl. c) EuUrIns država članica na odnosnim jezicima; Prilog C, u kojem su navedeni upravitelji insolventijskih postupaka u smislu čl. 2. sl. b) EuUrIns na odnosnim jezicima. Navedenim poglavljima prethode 33 *Razloga za EuUrIns*, koji trebaju olakšati tumačenje Uredbe. Kako je najveći dio odredaba iz EuKonIns sadržajno nepromijenjen prenesen u EuUrIns, pri čemu je zadržan čak i isti redni broj članaka, u tumačenju EuUrIns treba koristiti i opsežni *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, koji sadrži 324 točaka obrazloženja prihvaćenih rješenja, iako taj Izvještaj nema formalnopravnu obvezujuću snagu, s obzirom da su odredbe u konačnici donesene u formi uredbe.

Prema čl. 1. st. 1. EuUrIns Uredba se primjenjuje na kolektivne postupke koji pretpostavljaju insolventiju dužnika i koji imaju za posljedicu potpunu ili djelomičnu pljenidbu dužnikove imovine, kao i imenovanje upravitelja. Osim toga su obuhvaćeni “insolventijski” (čl. 2. sl. a) EuUrIns) i “likvidacijski postupci” (čl. 2. sl. c) EuUrIns), kao i “upravitelji” iz tih postupaka, kao što je već rečeno, pojedinačno navedeni u Prilozima A, B i C, kako bi se i na taj način isključile sumnje pri primjeni Uredbe. Uredba vrijedi za sve insolventijske postupke koji ispunjavaju navedene uvjete, a neovisno o tome radi li se kod dužnika o fizičkoj ili pravnoj osobi, o trgovcu ili privatnoj osobi¹⁶. Ipak Uredba ne vrijedi za insolventijske postupke

¹⁴ Vidi *Razlozi za EuUrIns*, br. 33.

¹⁵ Vidi *Razlozi za EuUrIns*, br. 32.

¹⁶ *Razlozi za EuUrIns*, br. 9. Tako i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 1, br. 53.

protiv osiguravajućih poduzeća, kreditnih instituta, investicijskih poduzeća koja obavljaju usluge, što obuhvaćaju držanje novca i vrijednosnih papira trećih, te protiv organizama za zajedničko ulaganje (čl. 1. st. 2. EuUrIns). Kao razlog takvog rješenja u Uredbi navedena je činjenica, da za takva poduzeća vrijede posebni propisi i da nacionalne nadzorne vlasti u odnosu na njih često imaju vrlo široke ovlasti¹⁷. U međuvremenu su donesene dvije važne smjernice koje se odnose na insolventiju spomenutih subjekata, a kojima se tako zatvara navedena praznina: Smjernica 2001/17/EG Europskog Parlamenta i Vijeća od 19. 3. 2001. o sanaciji i likvidaciji osiguravajućih poduzeća¹⁸ te Smjernica 2001/24/EG Europskog parlamenta i Vijeća od 4. 4. 2001. o sanaciji i likvidaciji kreditnih insituta¹⁹.

Prema izričitoj odredbi EuUrIns se odnosi samo na insolventijske postupke koji su otvoreni nakon njezina stupanja na snagu (čl. 43. st. 1. EuUrIns). U pogledu pravnih radnji dužnika prije stupanja na snagu ove Uredbe vrijedi i dalje pravo koje je bilo primjenljivo u trenutku kada su te radnje poduzete (čl. 43. st. 2. EuUrIns).

EuUrIns stupa na mjesto dosadašnjih eventualno postojećih bilateralnih ili multilateralnih međunarodnih ugovora između država članica koji su regulirali područje međunarodnog insolventijskog prava (čl. 44. st. 1. i 2. EuUrIns). No Uredba ne vrijedi u državi članici ukoliko bi to u stečajnim stvarima bilo nespojivo s obvezama iz nekog sporazuma koji je ta država članica prije njezina stupanja na snagu sklopila s jednom ili više trećih država (nečlanica) (čl. 44. st. 3. sl. a) EuUrIns). Isto tako ona ne vrijedi u Ujedinjenom Kraljevstvu i Sjevernoj Irskoj, ukoliko je to u stečajnim stvarima nespojivo s obvezama iz sporazuma koji su u okviru Commonwealtha zaključeni, a koji su imali učinak u trenutku stupanja na snagu Uredbe (čl. 44, st. 3. sl. b) EuUrIns). Uredba ne sadrži izričitu odredbu o odnosu države članice i treće države, ukoliko ne postoji međusobni ugovor na području međunarodnog insolventijskog prava. *Razlozi za EuUrIns* naglašavaju da Uredba vrijedi samo za postupke u slučaju kojih se središte glavnih interesa dužnika nalazi u Uniji²⁰. Isto naglašava *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, no s dodatkom, da Konvencija u tom slučaju učinke postupka prema trećim državama ne uređuje i da Konvencija ne sprečava države članice da u tom pogledu to samostalno reguliraju²¹. Prema vladajućem mišljenju u teoriji, EuUrIns ne regulira učinke insolventijskih postupaka u odnosu na treće države²².

¹⁷ Tako *Razlozi za EuUrIns*, br. 9. Slično i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 1, br. 54.-60.

¹⁸ *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities*, 2001, br. L 110/28.

¹⁹ *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities*, 2001, br. L 125/15.

²⁰ *Razlozi za EuUrIns*, br. 14.

²¹ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, br. 11.

²² Poblize o tome: *Leible, Stefan/Staudinger, Ansgar*, Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, *Zeitschrift für Insolvenzrecht*

Svrha je ovog rada hrvatskoj pravnoj javnosti prikazati osnovna rješenja ove Uredbe, ukazati na osnovne dileme u tumačenju pojedinih njezinih odredaba, te naglasiti njene dobre strane, ali i istaknuti njene nedostatke. Nakon uvoda (I.) prikazat će se kako je Uredba riješila pretpostavke i način priznanja stranih odluka koje su vezane za insolventijski postupak (II.), nadalje kako je odredila mjerodavno pravo za pojedine učinke insolventijskog postupka (III.), pod kojim se uvjetima može otvoriti tzv. posebni insolventijski postupak i koji se vjerovnici u njemu mogu namiriti (IV.), te kako je Uredba pokušala osigurati obavješavanje vjerovnika o otvaranju nekog insolventijskog postupka i prijavu njihovih tražbina u tom postupku (V.). Naime, kvaliteta nekog regulacijskog instrumenta na području međunarodnog insolventijskog prava upravo se može mjeriti zavisno od odgovora koje on daje na navedena pitanja. U zaključku (VI.) se sažimaju najvažniji rezultati ovog rada.

Spomenimo da je pri izradi ovog rada korišten njemački i engleski tekst Uredbe. I još jedna terminološka napomena. Za potrebe ovog rada pod pojmom glavni insolventijski postupak razumijeva se insolventijski postupak koji je otvoren na temelju primarne nadležnosti - kao npr. središta glavnih interesa dužnika, središta poslovnog djelovanja dužnika, prebivališta, uobičajenog boravišta odnosno sjedišta dužnika - a koji kao takav u pravilu želi obuhvatiti cjelokupnu imovinu dužnika i u tuzemstvu i u inozemstvu. Pod pojmom posebnog insolventijskog postupka razumijeva se postupak koji je otvoren na temelju neke supsidijarne nadležnosti - kao npr. podružnice ili pak samo dužnikove imovine u tuzemstvu - a koji kao takav (prema insolventijskom pravu europsko-kontinentalnih država) u pravilu želi obuhvatiti samo dužnikovu imovinu u državi otvaranja tog postupka. Pri tome se mogu razlikovati dvije vrste posebnih postupaka: partikularni i sekundarni. Pod pojmom *partikularnog insolventijskog postupka* razumijeva se posebni insolventijski postupak koji ne pretpostavlja otvaranje i priznanje stranog glavnog insolventijskog postupka i koji je od takvog postupka sasvim neovisan. Partikularni insolventijski postupak može se

(u daljnjem tekstu: KTS), 2000, str. 539.-540; *Eidenmüller*, Horst, *Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches Internationales Insolvenzrecht*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (u daljnjem tekstu: IPRax), 2001, str. 5; *Fritz*, *Daniel Friedemann/Bähr*, *Rainer M.*, *Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren – Herausforderung an Gerichte und Insolvenzverwalter*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* (u daljnjem tekstu: DZWIR), 2001, str. 221.-222; *Huber*, *Peter*, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (u daljnjem tekstu: ZZP), 2001 (114), str. 138; *Kolmann*, *Stephan*, *Kooperationsmodelle im Internationalen Insolvenzrecht: empfiehlt sich für das deutsche internationale Insolvenzrecht eine Neuorientierung?*, *Bielefeld*, 2001, str. 273; *Duursma-Kepplinger*, *Henriette-Christine*, u: *Europäische Insolvenzverordnung*, *Kommentar von Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst*, Wien, 2002, čl. 1, rub. br. 51. i dalje; *Morscher*, *Martin*, *Die europäische Insolvenzverordnung*, *Schriftenreihe Euro-Jus der Abteilung für europäische Integration Donau-Universität Krems*, Band 6, Wien, 2002, str. 19; *Graf*, op. cit. u bilj. 1, str. 206.-207; *Reinhart*, *Stephan*, u: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 3, par. 270.-335 InsO – *Internationales Insolvenzrecht*, *Insolvenzsteuerrecht*, hrsg. von Hans-Peter Kirchhof, Hans Jürgen Lwowski, Rolf Stürmer, München 2003, čl. 1. EuInsVO, rub.br. 8. i dalje.

otvoriti kako prije, tako i poslije otvaranja stranog glavnog insolventijskog postupka, ako posljednji u tuzemstvu nije priznat. Pod pojmom *sekundarnog insolventijskog postupka* podrazumijeva se posebni insolventijski postupak koji pretpostavlja otvaranje i priznanje stranog glavnog insolventijskog postupka i barem je u tom smislu o njemu ovisan. No, u pravilu on je glavnom insolventijskom postupku podređen i na temelju pravila o kooperaciji i koordinaciji tih dvaju postupaka. Sekundarni insolventijski postupak moguće je otvoriti tek nakon priznanja stranog glavnog insolventijskog postupka. Ove distinkcija pojmova nužna je s obzirom da se u literaturi i u različitim regulacijskim instrumentima međunarodnog insolventijskog prava upotrebljavaju vrlo različiti termini za navedene vrste postupaka.

II. Predmet priznanja u međunarodnom insolventijskom pravu, te pretpostavke i način priznanja

1. Općenito

Neposredni predmet priznanja u međunarodnom insolventijskom pravu mogu biti: a) odluka o otvaranju insolventijskog postupka; b) odluke koje su donesene u okviru otvorenog insolventijskog postupka, a u svrhu njegovog provođenja i okončanja, kao npr. odluka o postavljanju ili razrješenju insolventijskog upravitelja, odluka o osnivanju i imenovanju članova odbora vjerovnika, odluka o razrješenju nekog člana odbora vjerovnika, odluka o nagradi i naknadi za rad insolventijskog upravitelja ili članova odbora vjerovnika, odluka o potvrdi insolventijskog plana, odluka o zaključenju postupka, itd.; c) odluke koje su donesene izvan insolventijskog postupka, ali u uskoj vezi s njim, dakle odluke iz postupaka koji su pokrenuti zbog otvorenog insolventijskog postupka, a tiču se insolventijske mase i namirenja vjerovnika insolventijskog dužnika, kao npr. odluka parničnog suda o postojanju i visini osporene tražbine, odluka parničnog suda povodom tužbe radi pobijanja pravnih radnji insolventijskog dužnika, odluka parničnog suda u sporu koji se odnosi na neki ugovor, koji je dužnik prije otvaranja insolventijskog postupka zaključio, itd.; d) odluke iz prethodnog postupka, dakle postupka koji slijedi povodom prijedloga za otvaranje insolventijskog postupka i samom otvaranju insolventijskog postupka prethodi, kao npr. odluke o određivanju mjera osiguranja, imenovanja privremenog upravitelja i sl. Kako se sve te navedenene odluke ne priznaju radi njih samih, već radi pravnih učinaka koje one za sobom povlače, to se pravni učinci koji nastupaju po priznanju tih odluka mogu promatrati kao posredni predmeti priznanja u međunarodnom insolventijskom pravu.

Pogledajmo koje pretpostavke za priznanje tih odluka EuUrIns propisuje, te kako se ispituje postojanje tih pretpostavaka.

2. Odluka o otvaranju insolventijskog postupka

Prema čl. 16. st. 1. podst. 1. EuUrIns odluka o otvaranju insolventijskog postupka, koju je donio prema čl. 3. nadležan sud, odmah će se priznati u ostalim

državama članicama, čim je u državi otvaranja stekla pravni učinak. Ipak, prema čl. 26. EuUrIns svaka država članica može uskratiti priznanje insolventijskog postupka ili ovrhu neke od u tom postupku donesenih odluka, ukoliko bi to priznanje ili ta ovrha vodila rezultatu koji je očito nespojiv s njezinim javnim poretom, osobito s osnovnim načelima ili s ustavom garantiranim pravima i slobodama pojedinca.

Iz navedenih odredaba proizlazi da za priznanje moraju biti kumulativno ispunjene sljedeće pretpostavke: mora se raditi o insolventijskom postupku u smislu čl. 1. i čl. 2. sl. a) i sl. c) EuUrIns; sud koji je donio odluku o otvaranju mora biti međunarodno nadležan prema čl. 3. EuUrIns; dotična odluka u državi otvaranja mora već imati pravni učinak; dotična odluka ne smije biti suprotna javnom poretu države priznanja.

Pod pojmom insolventijskog postupka smatra se kolektivni postupak koji pretpostavlja insolventiju dužnika i ima za posljedicu potpunu ili djelomičnu pljenidbu dužnikove imovine te imenovanje upravitelja (čl. 1. st. 1. i čl. 2. sl. a) EuUrIns), a naveden je u Prilogu A EuUrIns. Pri tome se likvidacijski postupak smatra insolventijskim postupkom u smislu čl. 2. sl. a), koji vodi likvidaciji dužnikove imovine, i to čak i onda kada se taj postupak okončava nagodbom ili nekom drugom mjerom koja okončava insolventiju dužnika ili kada se okončava zbog nedostatnosti mase. Likvidacijski postupci navedeni su u Prilogu B EuUrIns.

U međunarodnom insolventijskom postupku od presudne je važnosti pravilno određenje međunarodne (internacionalne) nadležnosti. Naime, u pogledu pravnih posljedica otvaranja insolventijskog postupka osnovno je kolizijsko pravilo mjerodavnost prava države otvaranja postupka (*lex fori concursus*, kojeg slijedi i čl. 4. EuUrIns), a i u insolventijskom postupku u pogledu mjerodavnosti procesnog prava za provođenje postupka vrijedi *lex fori*. U čl. 3. EuUrIns određena je međunarodna nadležnost domaćih sudova odnosno organa za otvaranje insolventijskog postupka, koja se u teoriji naziva tzv. *direktnom međunarodnom nadležnošću*²³. Iz gore spomenutog čl. 16. st. 1. podst. 1. EuUrIns proizlazi da se međunarodna nadležnost stranog suda odnosno organa kao pretpostavka priznanja njegove odluke u tuzemstvu, koja se u teoriji naziva tzv. *indirektnom međunarodnom nadležnosti*, treba izvesti iz direktne međunarodne nadležnosti²⁴. To znači da se te dvije vrste međunarodne nadležnosti poklapaju, a to zbog načela ravnopravnosti domaćeg i stranog suda odnosno organa te načela pravednosti treba pozdraviti.

²³ *Chalupsky, Ernst*, Das europäische Übereinkommen über Insolvenzverfahren, u: Aktuelle Probleme des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, hrsg. von Carl Baudenbacher, Neuwied, 1998, str. 297, 335 i dalje; *Spahlinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 250. i dalje; *Fletcher*, op. cit. u bilj. 12, str. 259; *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 76; *Homann*, op. cit. u bilj. 12, str. 89; *Vogler, Daniela*, Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren, Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz (u daljnjem tekstu: ZIK), 2001, str. 189.-190; *Duursma-Keplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 3. EuInsVO, rub.br. 1; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 20, *Graf*, op. cit. u bilj. 1, str. 195, 294.

²⁴ Tako i *Graf*, op. cit. u bilj. 1, str. 294.

Prema čl. 3. st. 1. reč. 1. u povezanosti s čl. 17. st. 1. EuUrIns za otvaranje tzv. *glavnog insolventijskog postupka* (*Hauptverfahren, main proceedings*), koji obuhvaća svu imovinu insolventijskog dužnika, a ne samo onu u državi otvaranja, nadležan je sud države članice, na čijem području dužnik ima središte svojih glavnih interesa (*Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen, the centre of its main interests*). Kada je riječ o društvima i pravnim osobama, smatra se do dokaza o protivnom da se središte glavnih interesa dužnika nalazi u mjestu koje je (u skladu sa statutom) registrirano kao sjedište (čl. 3. st. 1. reč. 2. EuUrIns). Za druge kategorije insolventijskih dužnika ne predviđa se takva odgovarajuća oboriva presumpcija. Prema *Razjašnjavajućem izvještaju za EuKonIns* te *Razlozima za EuUrIns* pod pojmom *središte glavnih interesa dužnika* trebalo bi razumjeti mjesto na kojem on uobičajeno upravlja svojim interesima, a koje je time za treće osobe utvrdivo²⁵. Nažalost, engleski sudovi počeli su se smatrati nadležnim za otvaranje glavnog insolventijskog postupka prema čl. 3. st. 1. reč. 1. EuUrIns i protiv društva-kćeri, koje je samostalna pravna osoba i ima sjedište u nekoj drugoj državi članici, ako majka-društvo u Ujedinjenom Kraljevstvu ima sjedište i uprava koncerna određuje i usmjeruje djelatnosti društva-kćeri, premda se te djelatnosti društva-kćeri odvijaju u drugoj državi članici²⁶. Takvo tumačenje čl. 3. st. 1. reč. 1. EuUrIns naišlo je na oštru kritiku njemačkih autora²⁷. *Amtsgericht Düsseldorf* u svojoj odluci od 6. lipnja 2003.²⁸ zaključio je da na takvim kriterijima donesena pogrešna odluka engleskog *High Court of Justice in Leeds (Companies Court)*, od 16. svibnja 2003²⁹, a kojom je u Leedsu otvoren glavni insolventijski postupak protiv jednog njemačkog Holding d.o.o., ne sprečava otvaranje glavnog insolventijskog postupka protiv istog dužnika u Njemačkoj, te je takav postupak doista i otvorio. Time je došlo do pozitivnog sukoba nadležnosti, za koji EuUrIns, jednako kao ni za negativni konflikt, ne predviđa izričito rješenje. Tek *Razlozi za EuUrIns* određuju da bi u slučaju pozitivnog konflikta trebalo priznati odluku suda koji je prvi otvorio glavni insolventijski postupak, jer bi se priznanje odluka sudova država članica trebalo temeljiti na načelu međusobnog povjerenja³⁰. Nažalost

²⁵ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 3, br. 75; *Razlozi za EuUrIns*, br. 13.

²⁶ Vidjeti *High Court of Justice in Leeds (Companies Court)*, odluka od 16. 5. 2003. – No 861 – 876/03, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* (u daljnjem tekstu: EWiR), Art. 3 EuInsVO 2/03, str. 709 (*Paulus Christoph G.*); *Paulus, Christoph G., Zuständigkeitsfragen nach der Europäischen Insolvenzverordnung, Zugleich Besprechung High Court of Justice Leeds, Beschl. v. 16. 5. 2003* – No 861-876/03, ZIP 2003, 1362, ZIP, 2003, str. 1725 i dalje; *Smid, Stefan, Vier Entscheidungen englischer und deutscher Gerichte zur europäischen internationalen Zuständigkeit zur Eröffnung von Hauptinsolvenzverfahren, DZWIR 2003, str. 397. i dalje*. Vidi i odluke engleskih sudova spomenute kod *Sabel, Oliver, Hauptsitz als Niederlassung im Sinne der EuInsVO, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung* (u daljnjem tekstu: NZI), 2004, str. 126, bilj. 2.

²⁷ *Paulus*, op. cit. u bilj. 26, ZIP, 2003, str. 1725. i dalje; *Sabel*, op. cit. u bilj. 26, str. 126. i dalje.

²⁸ *AG Düsseldorf*, odluka od 6. 6. 2003. – 502 IN 126/03, ZIP, 2003, str. 1363=EWiR, Art. 3 EuInsVO 3/03, str. 767 (*Mankowski Peter*).

²⁹ Vidi bilješku br. 26.

³⁰ *Razlozi za EuUrIns*, br. 22.

i odluka *AG Düsseldorf* pogrešna je, jer EuUrIns nije predvidjela mogućnost da odluku o nadležnosti suda jedne države članice preispituje sud druge države članice. Ispravnost odluke o otvaranju insolventijskog postupka suda jedne države članice u pogledu nadležnosti može se preispitati samo u okviru pravnih lijekova koje predviđa insolventijsko pravo države suda koji je donio odluku o otvaranju insolventijskog postupka. S druge strane navedeno tumačenje čl. 3. st. 1. reč. 1. EuUrIns od strane engleskih sudova ne čini se prihvatljivim već i stoga što EuUrIns namjerno ne sadrži odredbe o insolventiji u slučaju koncerna. Tako dugo dok se ne razrade rješenja i ne donosu propisi o povezanim društvima, za svakog dužnika koji ima pravnu osobnost nadležnost se određuje zasebno u skladu s čl. 3. st. 1. reč. 1. EuUrIns³¹. Općenito, čini se da se u međunarodnom insolventijskom pravu ne bi smjelo prihvatiti rješenje prema kojem je za otvaranje glavnog insolventijskog postupka međunarodno nadležan sud na čijem se području nalazi mjesto iz kojeg se upravlja poslovima društva, ako se istovremeno u toj državi i stvarno ne obavljaju djelatnosti društva, te ako se u njoj ne nalazi većina imovine i većina vjerovnika tog društva. Naime, mjesto iz kojeg se upravlja poslovima može se mijenjati mnogo lakše no upisano sjedište, te za treće osobe često nije spoznatljivo, čime se dovodi u pitanje pravna predvidivost normi koje će vrijediti u slučaju otvaranja insolventijskog postupkom s obzirom na osnovno kolizijsko pravilo o mjerodavnosti legis fori concursus. Osim toga, voditi insolventijski postupak u državi u kojoj se ne nalazi većina dužnikove imovine i većina njegovih vjerovnika povezano je s brojnim teškoćama, počevši od jezičnih, praktičnih i pravnih u pogledu unovčenja insolventijske mase, organizacije skupštine vjerovnika, organizacije rada odbora vjerovnika i sl., a da se ne spominju u tom slučaju osjetno povećani troškovi postupka, koji bi u pravilu išli na teret vjerovnika! S obzirom da sudovi pojedinih država članica različito tumače čl. 3. st. 1. reč. 1. EuUrIns, očito će se o toj odredbi morati izjasniti *Europski sud*. U svakom slučaju međunarodna nadležnost u međunarodnom insolventijskom pravu morala bi biti tako određena da je na osnovi odabranog kriterija za tu nadležnost moguće glavni insolventijski postupak otvoriti samo u jednoj jedinjoj državi.

Međunarodnu nadležnost za otvaranje tzv. *posebnog insolventijskog postupka*, koji obuhvaća samo tuzemnu imovinu dužnika, EuUrIns odredila je kriterijem podružnice, pa je tako za otvaranje takvog postupka međunarodno nadležan sud svake državne članice na području koje se nalazi podružnica dužnika (čl. 3. st. 2.; čl. 16. st. 1. podst. 1. EuUrIns). Pretpostavka je, naravno, da se središte glavnih interesa dužnika nalazi u nekoj drugoj državi članici. Pojam podružnice (*Niederlassung, establishment*) određen je dosta široko radi kompromisa s državama koje su željele međunarodnu nadležnost već na temelju činjenice postojanja imovine dužnika u tuzemstvu³². Tako

³¹ Tako izričito *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 3, br. 76.

³² Vidi *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 2, br. 70; *Balz, Manfred*, Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP, 1996, str. 948.-949; *Wimmer, Klaus*, Die Besonderheiten von Sekundärinsolvenzverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Insolvenzübereinkommens, ZIP, 1998, str. 982, 985; isti, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 130.

se pod pojmom podružnice u skladu s čl. 2. sl. h) EuUrIns razumijeva svako mjesto djelovanja u kojem dužnik obavlja neku gospodarsku aktivnost koja nije prolazne prirode, a koja uključuje upotrebu personala i imovinskih vrijednosti (robe). Zbog toga što posebni insolventni postupak može imati različite funkcije, a o kojima će biti riječ u IV. dijelu rada, navedeno rješenje EuUrIns ipak ne zadovoljava sasvim, jer u životu ipak mogu postojati okolnosti kada insolventni dužnik u određenoj državi članici premda nema podružnicu, ima imovinu velike vrijednosti, kao npr.: tuzemna skladišta brodskih i drugih transportnih poduzeća, građevinski strojevi stranih građevinskih poduzeća, udjeli u domaćim trgovačkim društvima i sl.³³

Mjesnu nadležnost suda države članice koji je prema čl. 3. EuUrIns međunarodno nadležan bilo za otvaranje glavnog bilo za otvaranje posebnog insolventnog postupka određuje pravo dotične države članice u kojoj se otvara insolventni postupak³⁴.

U pogledu pretpostavke za priznanje, prema kojoj odluka o otvaranju insolventnog postupka mora proizvoditi pravni učinak da bi bila priznata u drugim država članicama (čl. 16. st. 1. podst. 1. EuUrIns), treba istaknuti da se ne zahtijeva da ta odluka ujedno bude i pravomoćna. To posredno proizlazi iz čl. 2. sl. f) EuUrIns koja "trenutak otvaranja postupka" određuje kao trenutak u kojem je odluka o otvaranju postupka učinkovita, neovisno o tome je li ta odluka konačna", a i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns* izričito je naglasio da pravomoćnost odluke o otvaranju insolventnog postupka nije pretpostavka za njezino priznanje³⁵.

U pogledu pretpostavke za priznanje, prema kojoj strana odluka o otvaranju insolventnog postupka ne smije biti protivna domaćem javnom poretku, *Razlozi za EuUrIns* naglašavaju da se razlozi za nepriznanje moraju ograničiti na bezuvjetno nužnu mjeru³⁶. Zapravo, kao što je to i inače slučaj u međunarodnom procesnom pravu, tako se i kad je riječ o međunarodnom insolventnom pravu, zagovara suzdržanost u primjeni odredbe o zaštiti javnog poretka države priznanja³⁷.

Činjenica što je strani insolventni dužnik osoba nad kojom se prema pravu države članice priznanja ne može otvoriti insolventni postupak, nije razlog zbog

³³ Tako *Hanisch*, op. cit. u bilj. 1, ZIP, 1994, 1, 3.

³⁴ Tako izričito *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 3, br. 72, te *Razlozi za EuUrIns*, br. 15; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 542; *Fritz/Bähr*, op. cit. u bilj. 22, str. 221, 225; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 3. EuInsVO, rub.br. 60.

³⁵ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 16, br. 147. te čl. 2, br. 68.

³⁶ *Razlozi za EuUrIns*, br. 22.

³⁷ Usporedi *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 567; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 289; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 26. EuInsVO, rub.br. 3; *Smid, Stefan*, *Europäisches Internationales Insolvenzrecht*, str. 72, rub.br. 20; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 26. EuInsVO, rub. br. 2.; *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 80; *Potthast, Klaus P.*, *Probleme eines europäischen Konkursübereinkommens: das internationale Insolvenzrecht in den Entwürfen der Europäischen Gemeinschaft für ein Abkommen über Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren*, *Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft, Band 1786*, Frankfurt am Main, 1995, str. 75.

kojeg bi se smjelo uskratiti priznanje odluke o otvaranju insolventijskog postupka donesenoj u drugoj državi članici (čl. 16. st. 1. podst. 2. EuUrIns).

EuUrIns nije predviđjela poseban postupak za priznanje strane odluke o otvaranju insolventijskog postupka. U skladu s čl. 17. st. 1. EuUrIns odluka o otvaranju tzv. glavnog insolventijskog postupka, koju je donio prema čl. 3. st. 1. EuUrIns međunarodno nadležni sud, ima u svakoj drugoj državi članici bez ikakvih daljnjih formalnosti učinke koje određuje pravo države otvaranja postupka, ukoliko EuUrIns nešto drugo ne određuje i ukoliko u državi članici priznanja nije otvoren tzv. posebni insolventijski postupak od strane suda koji je međunarodno nadležan prema čl. 3. st. 2. EuUrIns. Drugim riječima radi se o tzv. automatskom priznanju, priznanju po sili zakona, kako to izričito kaže *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*³⁸. O pitanju postojanja pretpostavaka za priznanje može se u nekom sudskom postupku u državama članicama odlučivati samo kao o prethodnom pitanju, s učinkom da odluka jednog suda o tom pitanju ne vezuje druge sudove, tako da postoji opasnost od različitih odluka u istoj državi članici o tome da li određena strana odluka o otvaranju insolventijskog postupka ispunjava pretpostavke za priznanje. Jedino ako odluka o otvaranju insolventijskog postupka ima ovršni sadržaj, pa se je želi ovršiti u drugoj državi članici, potrebno je u toj drugoj državi članici provesti pojednostavljeni egzektivni postupak u kojem će se ta odluka proglasiti ovršnom. Pri tome će se prema čl. 25. st. 1. podst. 1. reč. 2. EuUrIns primijeniti čl. 31. do 51. Briselske konvencije o sudskoj nadležnosti i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, i to prema tekstu koji je promijenjen pristupnim Konvencijama navedenoj Briselskoj konvenciji. No, kako je na mjesto ove Konvencije za sve države članice osim Danske 1. ožujka 2002. stupila na snagu Uredba Vijeća br. 44/2001 od 22. 12. 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrši odluka u građanskim i trgovačkom stvarima³⁹ (u daljnjem tekstu: EuUrSNPO), to će se primjenjivati odredbe čl. 38. do 58. te Uredbe. Naime, čl. 68. EuUrSNPO određuje da upute na Briselsku konvenciju vrijede kao upute na EuUrSNPO u mjeri u kojoj EuUrSNPO nadomještava odredbe Briselske konvencije među državama članicama.

3. Odluke koje su donesene u okviru otvorenog insolventijskog postupka, a u svrhu njegovog provođenja i okončanja

Odluke donesene radi provođenja i okončanja insolventijskog postupka od strane suda čija je odluka o otvaranju insolventijskog postupka prema čl. 16. EuUrIns priznata, kao i eventualna nagodba koju je taj sud potvrdio, također se u drugim državama članicama priznaju bez ikakvih formalnosti (čl. 25. st. 1. podst. 1. reč. 1. EuUrIns). No, ukoliko ih je potrebno ovršiti, mora se provesti pojednostavljeni egzektivni postupak, kao i u slučaju ovrhe odluke o otvaranju insolventijskog

³⁸ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, br. 19; vidi i čl. 16, br. 143. te čl. 17, br. 151. i dalje.

³⁹ *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities*, 2001, br. L 12/1.

postupka, pa će se primijeniti čl. 38. do 58. EuUrSNPO (čl. 25. st. 1. podst. 1. reč. 2. EuUrIns). Isto tako, kao i kod odluke o otvaranju insolventijskog postupka, svaka država članica može uskratiti priznanje ili ovrhu odluka donesenih u okviru insolventijskog postupka otvorenog u drugoj državi članici ako to priznanje ili ovrha vodi rezultatu koji je očito suprotan domaćem javnom poretku, posebno s osnovnim načelima ili s ustavom zagaraniranim pravima i slobodama pojedinca (čl. 26. EuUrIns). U čl. 25. st. 3. EuUrIns posebno je naglašeno da države članice nisu dužne priznati i izvršiti odluku neke druge države članice koja bi imala za posljedicu ograničenje osobne slobode ili službene poštanske tajne.

4. Odluke koje su donesene izvan insolventijskog postupka, ali u uskoj vezi s njim

Odluke do kojih dolazi neposredno temeljem otvorenog insolventijskog postupka i koje s njim stoje u uskoj vezi, pa čak i ako je takve odluke donio drugi sud, također se u drugim državama članicama priznaju bez daljnjih formalnosti. Jedino ako je potrebno izvršiti ovrhu, primijenit će se čl. 38. do 58. EuUrSNPO (čl. 25. st. 1. podst. 2. EuUrIns). Dakle, one su samo u pogledu ovrhe, ali ne i u pogledu pretpostavaka za priznanje podvrgnute EuUrSNPO. Riječ je o odlukama koje su tiču insolventijske mase i namirenja vjerovnika insolventijskog dužnika, ali su donesene izvan insolventijskog postupka.

Razlozi za EuUrIns ne sadrže pobliža objašnjenja o odlukama koje su u pogledu pretpostavaka priznanja izuzete iz područja primjene Briselske konvencije o sudskoj nadležnosti i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima odnosno sada važeće EuUrSNPO, te koje su podvrgnute EuUrIns. No, *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns* naveo je sljedeće primjere tužbi koje bi pripadale području insolventnog prava: pobjodne tužbe radi pravnih radnji koje su oštetile stečajne vjerovnike; na stečajnom pravu utemeljene tužbe po osnovi osobne odgovornosti poslovođe; tužbe koje se odnose na postojanje i visinu tražbine, sporovi između upravitelja i dužnika u pogledu pripadnosti nekog predmeta masi. S druge strane, sljedeće tužbe ne bi pripadale području insolventnog prava, što znači da bi odluke o njima potpadale u pogledu priznanja pod navedenu Briselsku konvenciju odnosno sada važeću EuUrSNPO: tužbe o postojanju i opsegu tražbine prema općem pravu (npr. ugovor) ili o postojanju i učinkovitosti nekog stvarnog prava; tužbe kojima se traži predaja stvari, koje se nalaze u posjedu dužnika, te sasvim općenito tužbe koje bi se moglo podići protiv dužnika, čak i ako stečajni postupak nije bio otvoren⁴⁰. Pitanje razgraničenja područja insolventijskog prava od područja primjene Briselske konvencije odnosno sada važeće EuUrSNPO u praksi je sporno, premda je *Europski*

⁴⁰ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 25, br. 196. Kritički o tom razgraničenju *Trunk*, op. cit. u bilj. 1, str. 361. i dalje, str. 418; *Lüke, Wolfgang*, *Das europäische internationale Insolvenzrecht*, ZZP, 1998 (111), str. 275, 291 i dalje.

sud još u slučaju *Gourdain/Nadler* pokušao razviti kriterije za to razgraničenje, no oni nažalost nisu dostatni⁴¹.

Daljnji problem koji postoji kod primjene EuUrIns sastoji se u tome što ona izričito ne regulira pitanje međunarodne nadležnosti za tužbe odnosno odluke koje pripadaju području insolventijskog prava. U teoriji se razmatraju i raspravljaju sljedeća rješenja: međunarodna nadležnost za navedene tužbe odnosno odluke prosuđuje se prema autonomnom pravu državu članica; odredbe Briselske konvencije odnosno sada važeće EuUrSNPO o međunarodnoj nadležnosti treba analogno primijeniti; EuUrIns sadrži u čl. 3. nepisano pravilo o općoj nadležnosti, što bi značilo da su isključivo nadležni sudovi u državi otvaranja insolventijskog postupka za postupke, koji pripadaju u područje primjene EuUrIns⁴². Da bi se izbjegle navedene nedoumice, europski uredbodavac bi to pitanje morao izričito regulirati.

Premda odluke do kojih dolazi neposredno temeljem otvorenog insolventijskog postupka (ali izvan njega), i koje s njim stoje u uskoj vezi, pa čak i ako je takve odluke donio drugi sud, nisu izričito navedene u čl. 26. EuUrIns, koji sadrži odredbu o javnom poretku, treba ipak uzeti da bi svaka država članica mogla uskratiti priznanje ili ovrhu navedenih odluka donesenih u drugoj državi članici ako to priznanje ili ovrha vodi rezultatu koji je očito suprotan domaćem javnom poretku, a posebno s osnovnim načelima ili s ustavom zagwarantiranim pravima i slobodama pojedinca (čl. 26. EuUrIns)⁴³.

Osim toga, iako to izričito ne piše u EuUrIns, trebalo bi uzeti da bi se odluke navedene kategorije, koje u pogledu pretpostavaka priznanja pripadaju u područje primjene EuUrIns, moglo priznati u određenoj državi članici samo pod uvjetom da se i odluka o otvaranju insolventijskog postupka na temelju kojeg je do tih odluka došlo, u istoj državi priznanja pod uvjetima navedenim u EuUrIns može priznati⁴⁴.

Jasno je po logici stvari da navedene odluke moraju biti učinkovite u državi

⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 22. 2. 1979, Rechtssache 133/78, Slg. 1979 I 733. Poblize o tome: *Kropholler, Jan*, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7. Aufl., Heidelberg, 2002, čl. 1. EuGVO, rub.br. 31. i dalje; *Graf*, op. cit. u bilj. 1, str. 174. i dalje; *Haas, Ulrich*, *Insolvenzverwalterklagen und EuGVÜ, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (u daljnjem tekstu: *NZG*), 1999, str. 1148. i dalje; *Lüke, Wolfgang*, *Europäisches Zivilverfahrensrecht – das Problem der Abstimmung zwischen EuInsÜ und EuGVÜ, u: Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, hrsg. von Geimer Reinhold, München 1999, str. 470 i dalje; *Haubold, Jens*, *Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren, IPRax*, 2002, str. 158.-159, 161. i dalje; *Schwarz, Christian Günther*, *Insolvenzverwalterklagen bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO), NZI*, 2002, str. 291. i dalje; *Bos, Titia M.*, *The European Insolvency Regulation and the Harmonization of Private International Law in Europe*, *Netherlands International Law Review* (u daljnjem tekstu: *NILR*), 2003, str. 41.-42.

⁴² *Vidi: Lüke*, op. cit. u bilj. 40, str. 291. i dalje; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 290. i dalje; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 25. EuInsVO rub.br. 22. i dalje; *Haubold*, op. cit. u bilj. 41, str. 160.-161; *Schwarz*, op. cit. u bilj. 41, str. 293.-294.

⁴³ Tako i *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 26. EuInsVO, rub.br. 13.

⁴⁴ Tako i *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 293.

članici u kojoj su donosene, da bi mogle biti priznate u državi članici priznanja, iako ni to izričito ne piše u EuUrIns⁴⁵.

5. Odluke iz prethodnog postupka, dakle postupka koji slijedi povodom prijedloga za otvaranje insolventijskog postupka i samom otvaranju insolventijskog postupka prethodi

Prema čl. 25. st. 1. podst. 3. EuUrIns odluke o mjerama osiguranja donesene nakon prijedloga za otvaranjem insolventijskog postupka također se u drugim državama članicama priznaju bez ikakvih formalnosti. Ako ih je potrebno izvršiti, primijenit će se čl. 38. do 58. EuUrSNPO.

Iako EuUrIns to izričito ne kaže, trebalo bi i u slučaju ovih odluka uzeti da moraju biti ispunjene određene pretpostavke priznanja, i to da ih je donio međunarodno nadležni sud, da su učinkovite u državi članici donošenja i da nisu protivne javnom poretku u drugoj državi članici u kojoj se zahtijeva njihovo priznanje.

Mogućnost priznanja odluka iz postupka koji prethodi otvaranju insolventijskog postupka treba pozdraviti, jer obično se radi o mjerama osiguranja koje služe zaštiti insolventijske mase i zaštiti opravdanih interesa vjerovnika dužnika.

6. Ostale odluke

Ostale odluke koje nisu spomenute u čl. 25. st. 1. EuUrIns ne podliježu pretpostavkama za priznanje prema EuUrIns, već prema Briselskoj konvenciji o sudskoj nadležnosti i ovrši sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima odnosno sada važećoj EuUrSNPO, ukoliko je navedena Briselska konvencija odnosno sada važeća EuUrSNPO na njih primjenljiva (čl. 25. st. 2. EuUrIns).

III. Mjerodavno pravo

Odredbe EuUrIns o mjerodavnom pravu vrijede ne samo u državi članici u kojoj je otvoren insolventijski postupak, već i u državi članici u kojoj je priznata odluka o otvaranju insolventijskog postupka iz druge države članice.

1. Osnovno kolizijsko pravilo – lex fori concursus

Prema čl. 4. st. 1. EuUrIns, ukoliko Uredba ništa drugo ne određuje, vrijedi za insolventijski postupak i njegove učinke insolventijsko pravo one države članice u kojoj je postupak otvoren, a koja se za potrebe Uredbe naziva “država otvaranja postupka”. Čl. 4. st. 2. reč. 1. EuUrIns pojašnjava da pravo države otvaranja postupka

⁴⁵ Tako i *Balz*, op. cit. u bilj. 32, str. 953; *Ahrens, Walter*, Rechte und Pflichten ausländischer Insolvenzverwalter im internationalen Insolvenzrecht, Schriften zum Prozessrecht, Band 170, Berlin, 2002, str. 293.

uređuje pod kojim se pretpostavkama insolvencijski postupak otvara, kako se on ima provoditi i kako okončati. Čl. 4. st. 2. reč. 2. EuUrIns primjerice navodi pitanja koja to pravo uređuje: a) u pogledu kojih vrsta dužnika je insolvencijski postupak dopušten; b) koje imovinske vrijednosti pripadaju masi i kako se treba postupati s imovinskim vrijednostima koje je dužnik stekao nakon otvaranja postupka; c) ovlaštenja dužnika i upravitelja; d) pretpostavke za učinkovitost prijeloja; e) kako se insolvencijski postupak odražava na "tekuće" ugovore (ugovore koje u potpunosti nije ispunila ni jedna strana); f) kako se otvaranje insolvencijskog postupka odražava na mjere ostvarivanja prava pojedinih vjerovnika (zapravo na postupke koje su vjerovnici pokrenuli), pri čemu su izuzeti učinci na tekuće parnice; g) koje se tražbine mogu prijaviti kao insolvencijske tražbine i kako treba postupati s tražbinama koje su nastale nakon otvaranja insolvencijskog postupka; h) prijavljivanje, ispitivanje i utvrđivanje tražbina; i) podjelu utška iz unovčenja imovine, rang tražbina te prava vjerovnika koji su nakon otvaranja insolvencijskog postupka temeljem nekog stvarnog prava ili po osnovi prijeloja djelomično namireni; j) pretpostavke i učinke okončanja insolvencijskog postupka, posebno putem nagodbe; k) prava vjerovnika nakon okončanja insolvencijskog postupka; l) tko mora snositi troškove insolvencijskog postupka uključujući izdatke; m) koje su pravne radnje ništave, pobjodne ili relativno bez učinka, jer oštećuju ukupnost vjerovnika.

U čl. 4. EuUrInsU riječ je o uputi na tzv. supstancijalna (stvarna, materijalna) pravila, a ne o uputi na kolizijska pravila određenog pravnog poretka⁴⁶. EuUrIns svojim kolizijskim pravilima nadomješta pravila o međunarodnom privatnom pravu država članica u području insolvencijskog prava⁴⁷. Time se postiže jedinstvenost u pravnoj primjeni i posredno zaštićuje načelo ravnopravnosti insolvencijskih vjerovnika u insolvencijskom postupku.

Dakle, mjerodavnost insolvencijskog prava države u kojoj je otvoren insolvencijski postupak, *lex fori concursus*, jest temeljno kolizijsko pravilo prema EuUrIns. To rješenje u međunarodnom insolvencijskom pravu treba pozdraviti, jer insolvencijsko pravo države otvaranja insolvencijskog postupka jest u pravilu pravo najuže veze u pravnim odnosima nastalim odnosno promijenjenim činjenicom otvaranja insolvencijskog postupka, naravno pod uvjetom da je postupak otvoren na temelju valjano određene međunarodne nadležnosti.

No, EuUrIns predviđa brojne iznimke od osnovnog kolizijskog pravila, pa pogledajmo te iznimke malo detaljnije i razmotrimo jesu li one opravdane.

2. Iznimke od osnovnog kolizijskog pravila o mjerodavnosti insolvencijskog prava države otvaranja insolvencijskog postupka (*lex fori concursus*)

a. Stvarna prava trećih

Prema čl. 5. st. 1. EuUrIns otvaranje insolvencijskog postupka ne utječe na

⁴⁶ Vidi Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns, čl. 4, br. 87.

⁴⁷ Tako izričito Razlozi za EuUrIns, br. 23.

stvarno pravo vjerovnika ili treće osobe na tjelesnim ili netjelesnim, pokretnim ili nepokretnim predmetima dužnika - kako na određenim predmetima, tako i na jednoj većini neodređenih predmeta, čiji se sastav mijenja - koja se u trenutku otvaranja insolventijskog postupka nalaze na području neke druge države članice. Pri tome se pod pojmom prava iz čl. 5. st. 1. prema čl. 5. st. 2. EuUrIns misli osobito: a) pravo unovčiti ili dati unovčiti predmet, te se iz utrška ili koristi tog predmeta namiriti, a posebno na temelju nekog založnog prava ili neke hipoteke; b) isključivo pravo naplatiti neku tražbinu, posebno na temelju nekog založnog prava na nekoj tražbini ili na temelju cesije te tražbine radi osiguranja; c) pravo od svakog zahtijevati predaju predmeta tko taj predmet protivno volji ovlaštenika posjeduje ili se njime koristi; d) stvarno pravo, uzimati plodove od nekog predmeta. Pravo upisano u javni upisnik i koje je protiv svakog valjano, a u cilju stjecanja stvarnog prava u smislu čl. 5. st. 1. EuUrIns (kao npr. predbilježba), izjednačeno je sa stvarnim pravom (čl. 5. st. 3. EuUrIns). No, čl. 5. st. 1. EuUrIns ne sprečava ništavost, poboynost ili relativnu neučinkovitost neke pravne radnje prema čl. 4. st. 2. sl. m) EuUrIns.

Pitanje koje bi pravo trebalo biti mjerodavno za sredstva stvarnopravnog osiguranja tražbina u slučaju otvaranja insolventijskog postupka, koja vjerovnicima u insolventijskom postupku u pravilu daju položaj tzv. razlučnog vjerovnika, jedno je od najspornijih u teoriji međunarodnog insolventijskog prava. Zagovaraju se različita rješenja: mjerodavnost insolventijskog prava države otvaranja insolventijskog postupka (*lex fori concursus*)⁴⁸, mjerodavnost insolventijskog prava države u kojoj se nalazi predmet na kojem postoji pravo kojim se osigurava tražbina (*lex rei*

⁴⁸ Primjerice: *Riegel Ralf*, *Grenzüberschreitende Konkurswirkungen zwischen der Bundesrepublik, Belgien und den Niederlanden: Anerkennung, anwendbares Recht, Tatbestandswirkungen, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, Band 283, München, 1991, str. 196. i dalje; *Favoccia, Daniela*, *Vertragliche Mobiliarsicherheiten im internationalen Insolvenzrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, str. 45. i dalje (ali samo u pogledu stvarnopravnih sredstava osiguranja na pokretnim predmetima); *Summ*, op. cit. u bilj. 1, str. 64, 66; *Hanisch, Hans*, *Die Wirkung dinglicher Mobiliarsicherungsrechte im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren*, u: *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, hrsg. von Faculte de Droit de l'Universite de Geneve, Institut universitaire de Hautes Etudes Internationales (Christian Dominice, Robert Patry, Claude Reymod), Basel, Frankfurt am Main, 1993, str. 66 (ali samo u pogledu stvarnopravnih sredstava osiguranja na pokretnim predmetima); *Kirchhof, Hans-Peter*, *Grenzüberschreitende Insolvenzen im Europäischen Binnenmarkt, Insbesondere unter Beteiligung von Kreditinstitute, Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (u daljnjem tekstu: WM), 1993, str. 1404; *Luer, Hans Jochem*, u: *Insolvenzordnung, Kommentar*, hrsg. Uhlenbruck Wilhelm, 12. Aufl., München, 2003, čl. 102. EGIInsO rub.br. 77. i dalje, rub.br. 146. i dalje; *Potthast*, op. cit. u bilj. 37, str. 153, *Reisinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 149.-151, 156.-158; *Herchen, Axel*, *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23. 11. 1995, Eine Analyse zentraler Fragen des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte*, Würzburger Rechtswissenschaftliche Schriften, Band 19, Würzburg, 2000, str. 129.-130; *Schack, Haimo*, *Internationales Zivilverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 3. Aufl., München 2002, rub.br. 1098 (govori samo o stvarnopravnim sredstvima osiguranja na pokretnim predmetima).

sitae)⁴⁹, kombinacija legis fori concursus i legis rei sitae⁵⁰ odnosno kombinacija legis fori concursus i tzv. zaštitnog statuta⁵¹. Iz čl. 5. st. 1. EuUrIns, *Razjašnjavajućeg izvještaja EuKonIns*, i *Razloga za EuUrIns*, proizlazi da se europski uredbodavac nije odlučio ni za jedno od najčešće spominjanih rješenja u teoriji, već da je u odnosu na prije otvaranja insolventijskog postupka nastala stvarna prava u svrhu osiguranja tražbina na predmetima koji pripadaju insolventijskoj masi, a koja se u trenutku otvaranja insolventijskog postupka ne nalaze u državi otvaranja insolventijskog postupka, već u nekoj drugoj državi članici, predvidio potpuno oslobađanje od bilo kakvih ograničenja koja u odnosu na predmete izlučnog ili razlučnog prava predviđa insolventijsko pravo bilo koje države članice (primjerice oduzimanje ili ograničenje prava na samostalno unovčenje predmeta stvarnopravnog osiguranja tražbine ili odgoda namirenja iz dotičnog predmeta za određeni period, zabrana izlučenja predmeta prije isteka određenog perioda i sl.)⁵².

Takvo rješenje Uredbe nije dobro, jer će u bitnome smanjiti mogućnost saniranja odnosno reorganizacije poduzeća insolventijskog dužnika ili pak samog

⁴⁹ Primjerice *Kleveman, Dirk*, Gesetzliche Sicherungsrechte im internationalen Privat- und Konkursrecht, Reihe Rechtswissenschaft, Band 98, Pfaffenweiler 1990, str. 154; *E. J. Habscheid*, Unterbrechung oder Aussetzung des Inlandsprozess bei ausländischen Konkursverfahren, KTS, 1990, str. 420.-421; *Aderhold*, op. cit. u bilj. 1, str. 282; *Hanisch*, op. cit. u bilj. 48, str. 61 (ali samo u odnosu na nekretnine); *Metzger*, op. cit. u bilj. 1, str. 127. i dalje; *Eidenmüller*, op. cit. u bilj. 22, str. 13.-14; *Geimer, Reinhold*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. Köln, 2001, rub.br. 3553; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 181, 549.-550.

⁵⁰ Primjerice *Drobnig, Ulrich*, Die in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren anwendbaren Rechtsordnungen, u: Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Insolvenzrechts, Hans Stoll, Fotios Karatzenis und Gerwin Janke, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 35, hrsg. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, 1992, str. 70; *Flessner, Axel*, Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform, IPRax 1997, str. 7.-8; *Kirchhof, Hans-Peter*, u: Heidelberger Kommentar zur InsO, Heidelberg, 1999, čl. 102. EGInsO, rub.br. 20; *Gottwald, Peter*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Europäische und weltweite Tendenzen und Lösungen, Schriften der juristischen Studiengesellschaft Regensburg, e.V., Heft 17, München 1997, str. 32.

⁵¹ Primjerice *Wilmowsky, Peter von*, Sicherungsrechte im Europäischen Insolvenzübereinkommen, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (u daljnjem tekstu: EWS) 1997, str. 299.-300; *Liersch, Oliver*, Sicherungsrechte im Internationalen Insolvenzrecht, NZI, 2002, 15, 18.-19.

⁵² Vidi *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 5, br. 94, 97, 98; *Razlozi za EuUrIns*, br. 25. Tako tumače čl. 5. EuUrIns primjerice i sljedeći autori: *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 552; *Deipenbrock, Gudula*, Das neue europäische Internationale Insolvenzrecht – von der „quantité négligeable“ zu einer „quantité indispensable“, Europäische Wirtschafts- und Steuerrecht (u daljnjem tekstu: EWS) 2001, str. 116.-117; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 157.-158; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 308; *Liersch, Oliver*, Sicherungsrechte im Internationalen Insolvenzrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Verreinbarkeit von Art. 5 und 7 der EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO) mit dem deutschen Insolvenzrecht, Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Band 3141, Frankfurt am Main, str. 42. i dalje; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 5. EuInsVO, rub.br. 18, 45; *Schack*, op. cit. u bilj. 48, rub.br. 1096; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 5. EuInsVO, rub.br. 1.

insolventijskog dužnika. Osim toga, dok su izlučni i razlučni vjerovnici podvrgnuti ograničenjima koje eventualno predviđa *lex fori concursus* u državi otvaranja insolventijskog postupka, ista kategorija vjerovnika, čiji se predmeti stvarnopravnog osiguranja tražbina u trenutku otvaranja postupka nalaze u drugim državama članicama nije podvrgnuta nikakvim ograničenjima, što je suprotno jednom od osnovnih načela insolventijskog prava, prema kojem se s istom kategorijom vjerovnika u istom insolventijskom postupku treba isto, ravnopravno postupati. Takvo rješenje prouzrokovat će da će se predmeti buduće insolventijske mase neposredno prije otvaranja insolventijskog postupka namjerno prebacivati u druge države članice kako bi se izbjegla eventualna ograničenja insolventijskog prava države otvaranja postupka, što će biti dalji razlog zbog kojeg će izrada i provedba eventualnog insolventijskog plana biti bitno otežana. Jedini način na koji bi se stvarna prava na predmetima stvarnopravnih sredstava osiguranja tražbina, a koji se nalaze u drugim državama članicama, mogla podvrgnuti insolventijskopравnim ograničenjima jest otvaranje tzv. sekundarnog insolventijskog postupka (čl. 27. EuUrIns), pod pretpostavkom da insolventijsko pravo države članice u kojoj se otvara takav postupak predviđa insolventijskopравna ograničenja za stvarnopravna sredstva osiguranja tražbina (čl. 28. EuUrIns). No, otvaranje takvog posebnog insolventijskog postupka neće uvijek biti isplativo za vjerovnike insolventijskog dužnika, pa ta mogućnost samo donekle ublažava loše rješenje čl. 5. EuUrIns⁵³.

Uzimajući u obzir potrebu zaštite povjerenja vjerovnika u stvarnopravne institucije osiguranja tražbine, potrebu zaštite pravne sigurnosti, nadalje činjenicu da su odredbe o stvarnim pravima u različitim pravnim porecima još uvijek vrlo različite, no s druge strane činjenicu da sanacija odnosno reorganizacija insolventijskog dužnika bez angažmana izlučnih, a posebno razlučnih vjerovnika u pravilu nema puno izgleda na uspjeh, čini mi se da je mjerodavnost prava države u kojoj se nalaze predmeti na kojima postoje stvarnopravna sredstva osiguranja tražbina u pogledu učinka otvaranja insolventijskog postupka na ta stvarnopravna sredstva osiguranja (*lex rei sitae*), u ovom trenutku, u međunarodnom insolventijskom pravu jedino realno rješenje, koje, nažalost, EuUrIns nije prihvatila.

b. Pravo pridržaja vlasništva

Pravo pridržaja vlasništva regulira se posebnim člankom. Prema čl. 7. st. 1. EuUrIns otvaranje insolventijskog postupka protiv kupca neke stvari ostavlja prava prodavatelja iz pridržaja prava vlasništva netaknutim ako se stvar u trenutku otvaranja postupka nalazila na području neke druge države članice, a ne one u kojoj

⁵³ Broj autora koji se izjašnjavaju protiv rješenja sadržanog u čl. 5. EuUrIns postepeno stalno raste: v. *Wilmowsky*, op. cit. u bilj. 51, str. 298.-299; *Ahrens*, op. cit. u bilj. 45, str. 304; *Herchen*, op. cit. u bilj. 48, str. 124.-130; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 552.-553; *Liersch*, op. cit. u bilj. 52, str. 42. i dalje; *isti*, op. cit. u bilj. 51, str. 16; *Smid*, op. cit. u bilj. 37, str. 144, rub.br. 15; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 5. EuInsVO, rub.br. 2.

se postupak otvorio. Prema čl. 7. st. 2. EuUrIns otvaranje insolventijskog postupka protiv prodavatelja neke stvari nakon njezine isporuke ne opravdava raskid ili završetak kupoprodajnog ugovora i ne protivi se stjecanju vlasništva kupca, ako se ta stvar u trenutku otvaranja postupka nalazila na području neke druge države članice, a ne one u kojoj se postupak otvorio. Navedeni stavci čl. 7. EuUrIns ne sprečavaju ništavost, pobojnost ili relativnu neučinkovitost neke pravne radnje prema čl. 4. st. 2. sl. m) EuUrIns. Rješenja čl. 7. EuUrIns odgovaraju rješenjima čl. 5. EuUrIns. Razlog za posebno reguliranje pridržaja prava vlasništva neki autori vide u tome što pisci EuKonIns odnosno EuUrIns pridržaj vlasništva nisu promatrali kao stvarno pravo, već kao aneks kupoprodajnom ugovoru⁵⁴. Čini se da se člankom 7. stavkom 2. EuUrIns htjelo zaštititi pravo kupca na traženje prava vlasništva⁵⁵. Šteta što se europski uredbodavac, ako ne već u samom tekstu čl. 7., a ono barem u *Razlozima za EuUrIns*, nije izričito izjasnio o tome odnosi li se čl. 7. samo na jednostavan pridržaj vlasništva ili i na tzv. proširene i produžene klauzule o pridržaju prava vlasništva⁵⁶.

c. Prijeboj tražbina

Prema čl. 4. st. 2. sl. d) EuUrIns pravo države otvaranja postupka uređuje pretpostavke za učinkovitost prijeboja. No, čl. 6. st. 1. EuUrIns određuje da otvaranje insolventijskog postupka ne utječe na ovlaštenje vjerovnika da svoju tražbinu prebije s tražbinom dužnika, ako je takav prijeboj prema pravu mjerodavnom za tražbinu insolventnog dužnika dopušten. No, navedeni stavak ne sprečava ništavost, pobojnost ili relativnu neučinkovitost neke pravne radnje prema čl. 4. st. 2. sl. m) EuUrIns (čl. 6. st. 2. EuUrIns).

Prijeboj jest jedan od načina ispunjenja obveze, a ovlaštenje na prijeboj predstavlja jednu vrstu osiguranja tražbine. Kako bi se izbjegli nesporazumi, tražbina vjerovnika koju on želi prebiti nazivat će se u ovom radu *protutražbina*, a tražbina insolventijskog dužnika s kojom vjerovnik želi prebiti svoju protutražbinu *glavna tražbina*. U slučaju otvaranja insolventijskog postupka prijeboj dobiva posebno na značenju, budući da se jedan insolventijski vjerovnik, koji je ujedno dužnik insolventijskog dužnika, putem prijeboja može namiriti u visini glavne tražbine, što zavisno od okolnosti može značiti i potpuno namirenje njegove protutražbine. Drugim riječima insolventijski vjerovnik koji je ovlašten izvršiti prijeboj ne mora se zadovoljiti samo s insolventijskom kvotom.

⁵⁴ Primjerice *Gottwald*, op. cit. u bilj. 50, str. 35; *Taupitz, Jochen*, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht –, *ZZP*, 1998 (111), str. 342; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 160; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 309.

⁵⁵ Vidi *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 7, br. 112; *Taupitz*, op. cit. u bilj. 54, str. 342.-343; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 160; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 39.

⁵⁶ Teorija smatra da se čl. 7. odnosi samo na jednostavan pridržaj vlasništva: *Herchen*, op. cit. u bilj. 48, str. 120.-121; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 553, bilj. 149; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 4. EuInsVO, rub.br. 38. i čl. 7. EuInsVO, rub.br. 32.-41; *Smid*, op. cit. u bilj. 37, str. 150, rub.br. 29.

Kako bi se izbjegle zloupotrebe i povreda načela ravnopravnosti vjerovnika, insolventijsko pravo mnogih država u pravilu sadrži posebne odredbe koje ovlaštenje na prijebaj što postoji izvan insolventijskog postupka, u slučaju otvaranja insolventijskog postupka ograničavaju⁵⁷, ali ponekad i olakšavaju⁵⁸. Tako u jednom pravnom poretku (pravu jedne države) možemo razlikovati neinsolventijskopravne (u pravilu građanskopravne) odredbe o prijebaju i insolventijskopravne odredbe o prijebaju.

Nedovoljna preciznost čl. 4. st. 2. sl. d) i čl. 6. EuUrIns dovodi do razmimoilaženja u njihovom tumačenju. Pojedini autori smatraju da čl. 4. st. 2. sl. d) treba tumačiti na način da pravo države otvaranja insolventijskog postupka treba primijeniti ne samo u pogledu njegovih insolventijskopravnih odredaba o prijebaju, već i u pogledu njegovih odredaba koje reguliraju prijebaj izvan insolventijskog postupka (neinsolventijskopravne odredbe o prijebaju)⁵⁹. Drugi autori smatraju da se čl. 4. st. 2. sl. d) odnosi samo na insolventijskopravne odredbe o prijebaju⁶⁰. Čl. 6. jedni autori

⁵⁷ Tako npr. prijebaj koji bi inače bio dopušten prema općim građanskopravnim odredbama u slučaju otvaranja insolventijskog postupka prema našem Stečajnom zakonu (u daljnjem tekstu: SZ, Narodne novine, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03) nije dopušten: 1. ako je obveza stečajnoga vjerovnika prema stečajnoj masi nastala tek nakon otvaranja stečajnog postupka; 2. ako je stečajni vjerovnik svoju tražbinu stekao od drugoga vjerovnika tek nakon otvaranja stečajnoga postupka; 3. ako je je stečajni vjerovnik tražbinu stekao ustupom (cesijom) za posljednjih šest mjeseci prije dana otvaranja stečajnoga postupka, a znao je ili morao znati da je dužnik postao nesposoban za plaćanje ili da je protiv njega podnesen prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka. Iznimno, prijebaj će biti dopušten ako se radi o tražbini koja je ustupljena u svezi s ispunjenjem neispunjenih ugovora, ili o tražbini koja je oživljela uspješnim pobijanjem pravnoga posla dužnika; 4. ako je stečajni vjerovnik mogućnost prijebaja stekao pobjinom pravnom radnjom; 5. ako vjerovnik čija se tražbina treba namiriti iz slobodne imovine dužnika duguje stečajnoj masi (čl. 105. SZ). Odgovarajuće odredbe postoje i u njemačkom Insolvenzordnungu (par. 96. st. 1. InsO, Bundesgesetzblatt-BGBl. 1994 I str. 2866, zadnja izmjena BGBl. 2003 I str. 345).

⁵⁸ Prema austrijskom Konkursordnungu (u daljnjem tekstu: KO, Reichsgesetzblatt - RGBl 1914/337, posljednja izmjena Bundesgesetzblatt - BGBl I 2002/75, BGBl I 2003/36) tražbine koje još nisu dospjele ili ne glase na novac, otvaranjem stečaja smatraju se dospjelim, te se pretvaraju u novčane tražbine (par. 19. st. 2. u vezi s par. 14. i 15. KO), te se kao takve mogu prebiti. Ovakva olakšanja u pogledu prijebaja tražbina ne postoje u hrvatskom, kao ni u njemačkom insolventijskom pravu, jer ako su u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka tražbine ili jedna od tražbina koje se imaju prebiti, još pod odgovdnim uvjetom ili još nisu dospjele ili tražbine nisu upravljene na istovrsne činidbe, do prijebaja će doći tek kada za to budu ispunjeni potrebni uvjeti (čl. 104. st. 1. reč. 1. i 2. SZ; par. 95. st. 1. reč. 1. i 2. InsO).

⁵⁹ *Gottwald*, op. cit. u bilj. 50, str. 36; *Taupitz*, op. cit. u bilj. 54, str. 343.-343; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 555; *Eidenmüller*, op. cit. u bilj. 22, str. 6, bilj. 33; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 161; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 6. EuInsVO, rub.br. 7.-8.

⁶⁰ *Trunk*, op. cit. u bilj. 1, str. 360; v. *Wilmowsky, Peter*, *Aufrechnung im internationalen Insolvenzfällen*, - *Das Kollisionsrecht der Insolvenzaufrechnung* - KTS, 1998, str. 358.-359; *Herchen*, op. cit. u bilj. 48, str. 135; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, 310. i dalje; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 4. EuInsVO, rub.br. 6; *Bork, Reinhard*, *Die Aufrechnung im internationalen Insolvenzverfahrensrecht*, ZIP, 2002, str. 694; *Schack*, op. cit. u bilj. 48, rub.br. 1099.

tumače na način da primjena statuta koji regulira glavnu tražbinu insolventijskog dužnika uključuje ne samo primjenu njegovih neinsolventijskopravnih, već i insolventijskopravnih odredaba⁶¹, dok drugi autori primjenu insolventijskopravnih odredaba navedenog statuta isključuju⁶².

Kako bi se izbjegle promjene statuta koji se odnosi na prijebaj i s time povezani "forum shopping", smatram da bi se trebalo opredijeliti za sljedeće tumačenje čl. 4. st. 2. sl. d) i čl. 6. EuUrIns: za dopuštenost insolventijskopravnog prijebaja načelno je mjerodavan *lex fori concursus*, pri čemu kod insolventijskopravnih odredaba koje otežavaju prijebaj mora biti ispunjena pretpostavka da je vjerovnik svoju protutražbinu protiv glavne tražbine insolventijskog dužnika prema statutu za prijebaj koji vrijedi izvan insolventijskog postupka (u pravilu pravo države čije je pravo kao *lex cause* mjerodavno za glavnu tražbinu insolventijskog dužnika) ovlašten prebiti. Takvo ovlaštenje ne mora postojati ako je riječ o insolventijskopravnim olakšanjima za prijebaj koje predviđa *lex fori concursus*. U slučaju u kojem insolventijskopravne odredbe prava države otvaranja insolventijskog postupka (*legis fori concursus*) prijebaj u određenom slučaju ne dopuštaju, dok insolventijskopravne odredbe prava države koje regulira mogućnost prijebaja glavne tražbine insolventijskog dužnika izvan insolventijskog postupka takav prijebaj dopuštaju, na prijebaj će se primijeniti insolventijskopravne odredbe posljednjeg pravnog poretka, dakle insolventijskopravne odredbe statuta koji regulira prijebaj izvan insolventijskog postupka.

No, u međunarodnom insolventijskom pravu svrsi osiguranja tražbina putem prijebaja i poštivanju načela ravnopravnosti insolventijskih vjerovnika još bolje bi odgovaralo rješenje prema kojem bi u pogledu insolventijskopravnih odredaba o prijebaju bilo mjerodavno pravo države otvaranja insolventijskog postupka. Pri tome bi insolventijskopravne odredbe o prijebaju prava države otvaranja insolventijskog postupka, koje u odnosu na neinsolventijskopravne odredbe statuta što regulira glavnu tražbinu insolventijskog dužnika izvan insolventijskog postupka otežavaju prijebaj, mogle doći do primjene samo ako je ovlaštenje na prijebaj prema neinsolventijskopravnim odredbama statuta koji regulira glavnu tražbinu insolventijskog dužnika izvan insolventijskog postupka već stečeno. Inače takvo ovlaštenje prema spomenutom statutu ne bi bilo potrebno, ako *lex fori concursus* u svom insolventijskom pravu predviđa olakšice u pogledu prijebaja.

⁶¹ *V. Wilmowsky*, op. cit. u bilj. 60, str. 360.-361; *Keppelmüller*, op. cit. u bilj. 1, rub.br. 402; *Herchen*, op. cit. u bilj. 48, str. 136; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 555.-556; *Eidenmüller*, op. cit. u bilj. 22, str. 7 bilj. 35. i str. 14; *Fritz/Bähr*, op. cit. u bilj. 22, str. 228; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 161; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 312.-313; *Bork*, op. cit. u bilj. 60, str. 694; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 6. EuInsVO, rub.br. 18; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 38; *Pannen, Klaus/Riedemann, Susanne/Kühnle, Tina*, Zur Stellung der Insolvenzgläubiger nach der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO), NZI, 2002, str. 305; *Schack*, op. cit. u bilj. 48, rub.br. 1099.

⁶² *Gottwald*, op. cit. u bilj. 50, str. 36; *Trunk*, op. cit. u bilj. 1, str. 360.

d. Ugovor o radu

Kao što je već spomenuto, u načelu *lex fori concursus* uređuje učinak otvaranja insolventijskog postupka na tekuće ugovore insolventijskog dužnika (čl. 4. st. 2. sl. e) *EuUrIns*). No, čl. 10. *EuUrIns* predviđa iznimku od toga pravila, jer određuje da za učinke insolventijskog postupka na ugovor o radu i radni odnos isključivo vrijedi pravo države članice koje se ima primijeniti na ugovor o radu.

Pravo koje se ima primijeniti na ugovor o radu utvrdit će se primjenom općih kolizijskih pravila koja vrijede za ugovor o radu⁶³. Postavlja se pitanje ne bi li bilo praktičnije da je europski uredbodavac kao mjerodavno pravo za učinke otvaranja insolventijskog postupka na ugovor o radu neposredno odredio pravo države članice u kojoj se rad uobičajeno obavlja, jer je to pravo u pravilu ono pravo kojem kao mjerodavnom podliježe ugovor o radu⁶⁴.

Treba naglasiti da čl. 10. *EuUrIns* ne uređuje pitanje isplatnog reda tražbina iz radnopravnog odnosa. To pitanje regulira *lex fori concursus* (čl. 4. st. 2. sl. i) *EuUrIns*).

e. Ugovor koji se odnosi na nekretnine

Daljnju iznimku od čl. 4. st. 2. sl. e) *EuUrIns* predviđa čl. 8. koji određuje da je za učinke insolventijskog postupka na ugovor koji ovlašćuje na stjecanje ili korištenje neke nekretnine isključivo mjerodavno pravo države članice na čijem se području ta nekretnina nalazi.

Kao razlog zbog kojeg se u ovom slučaju odstupilo od mjerodavnosti *legis fori concursus*, *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns* naveo je da ugovori o nekretninama i inače u pravima svih država članica podliježu posebnim normama, kako u pogledu mjerodavnog prava tako i u pogledu međunarodne sudske nadležnosti, a čime države članice štite različite interese – ugovornih strana (npr. najmoćnija kao slabije strane), ali i opće državne interese u odnosu na nekretnine na vlastitom području⁶⁵.

Iz formulacije čl. 8. *EuUrIns* jasno proizlazi da se on ne odnosi samo na ugovore o upotrebi odnosno korištenju nekretnina (ugovor o najmu, zakupu, leasing), već i na one koji su usmjereni na stjecanje nekretnina, kao što je to kupoprodajni ugovor⁶⁶.

⁶³ Tako izričito *Razlozi za EuUrIns*, br. 28.

⁶⁴ Vidi *Hanisch, Hans*, *Anwendbares Recht und Konkurswirkungen, Stellungnahme zu den Artt. 2, 17-19, 34-40, 53 und zur Anlage I des Entwurfs von 1980, u: Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens, Kegel, Gerhard/Thieme, Jürgen, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 32, hrsg. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, 1988, str. 336; Trunk, op. cit. u bilj. 1, str. 173. Rješenje predviđeno u čl. 10. *EuUrIns* brane primjerice: *Flessner*, op. cit. u bilj. 50, str. 8; *Taupitz*, op. cit. u bilj. 54, str. 344.*

⁶⁵ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 8, br. 118.

⁶⁶ Tako izričito i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 8, br. 119. Takvo rješenje odobravaju primjerice: *Hanisch*, op. cit. u bilj. 64, str. 338; *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. *EGInsO*, rub.br. 90; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 40. Kritično o tome *Trunk*, op. cit. u bilj. 1, str. 176.

Neki autori izričito naglašavaju da se čl. 8. EuUrIns odnosi i na ugovore o darovanju nekretnina⁶⁷.

f. Učinci na prava koja se moraju upisati u javne upisnike

Prema čl. 11. EuUrIns za učinke insolventijskog postupka na prava dužnika na nekretnini, brodu ili zrakoplovu, koji podliježu upisu u javni upisnik (registar), mjerodavno je pravo države članice pod čijim se nadzorom dotični upisnik (registar) vodi.

Budući da se u članku 11. za razliku od članka 8. i 10. EuUrIns pri određivanju mjerodavnog prava nije upotrijebila riječ “isključivo”, *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns* ističe da se u slučaju čl. 11. i dalje ostaje pri općoj mjerodavnosti prava države članice otvaranja insolventijskog postupka, tako da dolazi do jedne vrste kumulativne primjene legis fori concursus i prava države članice u kojoj se vodi upisnik⁶⁸.

Ipak, u literaturi postoji dilema o tome isključuje li čl. 11. EuUrIns one materijalnopravne posljedice stranog insolventijskog postupka koje su u pravu države u kojoj se vodi upisnik nepoznate, ili se tom odredbom samo htjelo učinke stranog insolventijskog postupka tako prilagoditi da se ne naruši domaći upisnik unošenjem upisa koji su domaćem upisniku nepoznati, dakle da se ovdje radi samo o prilagodbi unosivosti materijalnopravnih učinaka stranog insolventijskog postupka u domaći upisnik⁶⁹.

Treba naglasiti da se čl. 11. EuUrIns ne odnosi na stvari, nego samo na prava dužnika na nekretnini, brodu ili zrakoplovu, koja se moraju upisati u javni upisnik. Navedeni članak ne odnosi se na takva prava vjerovnika ili trećih.

g. Zaštita stjecatelja koji je treća osoba

Daljnja iznimka od mjerodavnosti prava države otvorenja insolventijskog postupka sadržana je u čl. 14. EuUrIns. Naime, ako dužnik nakon otvaranja insolventijskog postupka nekom pravnom radnjom naplatno raspolaze nekom nekretninom ili brodom ili zrakoplovom, koji podliježu upisu u javni upisnik, ili pak vrijednosnim papirima, čiji je upis u zakonom propisani upisnik pretpostavka za

⁶⁷ *Taupitz*, op. cit. u bilj. 54, str. 345; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 8. EuInsVO, Rdnr. 1; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 40.

⁶⁸ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 11, br. 130, a vidi i čl. 8, br. 118. te čl. 10, br. 127. Tako i: *Chalupsky*, op. cit. u bilj. 23, str. 358.-359; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 557; *Kemper, Jutta*, Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren, ZIP, 2001, str. 1616; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 11. EuInsVO, rub.br. 1, 7.

⁶⁹ Vidi diskusiju o tome: *Balz*, op. cit. u bilj. 32, str. 950; *Weinbörner, Udo*, Die neue Insolvenzordnung und das EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, Rpfleger, 1996, str. 499; *Taupitz*, op. cit. u bilj. 54, str. 346.-347; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 164; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 321; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 42; *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub. br. 94. i 95.; *Chalupsky*, op. cit. u bilj. 23, str. 359; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 11. EuInsVO, rub.br. 10; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 11. EuInsVO, rub.br. 1.-2.

njihovo postojanje, tada se učinkovitost te pravne radnje ravna prema pravu države na čijem se području nalazi nekretnina odnosno pod čijim se nadzorom vodi upisnik.

Prema *Razjašnjavajućem izvještaju za EuKonIns* ovakvim rješenjem željelo se postići da treći u slučaju otvaranja insolventijskog postupka u drugoj državi članici ne bude u pogledu svoje dobre vjere u lošijoj poziciji no što bi bio da je otvoren insolventijski postupak u tuzemstvu. Pri tome se pod pojmom "raspolaganja" iz navedenog članka treba razumijevati ne samo prijenos vlasništva, već i zasnivanje nekog stvarnog prava na navedenim imovinskim predmetima⁷⁰.

Čl. 14. EuUrIns ne regulira situaciju u kojoj je insolventijski dužnik neovlašteno raspolagao nekom pokretninom, kao i situaciju u kojoj je on neovlašteno, ali nekim besplatnim pravnim poslom raspolagao nekretninom. Čini se da je u tim dvjema situacijama ipak mjerodavan *lex fori concursus* (čl. 4. st. 1. u vezi s čl. 14. EuUrIns)⁷¹.

h. Platni sistemi i financijska tržišta

Za učinke insolventijskog postupka na prava i obveze članova nekog platnog ili likvidacijskog (poravnavajućeg) sistema ili nekog financijskog tržišta isključivo je mjerodavno, ne narušavajući čl. 5. EuUrIns, pravo države članice koje se primjenjuje na dotični sistem ili dotično tržište (čl. 9. st. 1. EuUrIns). Ta odredba ne sprečava ništavost, pobojnost ili relativnu neučinkovitost plaćanja ili transakcija prema propisima koji vrijede za dotični platni sistem ili za dotično financijsko tržište (čl. 9. st. 2. EuUrIns).

Razlozi za EuUrIns navode da se tim člankom željelo spriječiti da u slučaju insolventije nekog od poslovnih partnera članova određenog platnog ili prijebajnog sistema ili članova financijskog tržišta budu promijenjeni mehanizmi plaćanja i namirenja transakcija predviđeni dotičnim sistemom ili tržištem, što bi se dogodilo, ukoliko bi bio mjerodavan *lex fori concursus*⁷².

S tim u vezi treba spomenuti i Smjernicu 98/26/EG Europskog Parlamenta i Vijeća od 19. 5. 1998. o učinkovitosti poravnanja u sistemima platnih poravnanja i sistemima poravnanja isporukama vrijednosnih papira⁷³, koja sadrži posebne odredbe koje imaju prednost pred općim odredbama EuUrIns⁷⁴.

⁷⁰ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 14, br. 141.

⁷¹ Tako i *Herchen*, op. cit. u bilj. 48, str. 61.-62; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 14. EuInsVO, rub.br. 8. i 13; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 322.

⁷² *Razlozi za EuUrIns*, br. 27. Vidi i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 9, br.120.

⁷³ *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities*, 1998, Nr. L 166/ 45.

⁷⁴ *Razlozi za EuUrIns*, br. 27. Poblize o dotičnoj smjernici *Hasselbach, Kai*, *Insolvenzprivilegien für Kreditinstitute bei Zahlungssystemen?* ZIP, 1997, str. 1491. i dalje; *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 205. i dalje; *Keller, Christoph*, *Die EG-Richtlinie 98/26 vom 19. 5. 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen und ihre Umsetzung in Deutschland*, WM, 2000, str. 1269. i dalje.

i. Patenti i zaštitni znakovi registrirani u Europskoj uniji

Prema čl. 12. EuUrIns za potrebe ove Uredbe patent ili zaštitni znak registriran u Europskoj uniji ili svako drugo slično pravo utemeljeno propisima Europske unije može biti uključen samo u insolventijski postupak, koji je otvoren prema čl. 3. st. 1. EuUrIns, dakle, samo u jedan tzv. glavni insolventijski postupak, a ne i u tzv. posebni nezavisni partikularni ili sekundarni insolventijski postupak.

j. Mjerodavno pravo za pobijanje štetnih pravnih radnji

Pitanje o mjerodavnom pravu za pobijanje pravnih radnji kojima su oštećeni svi vjerovnici, pored pitanja o mjerodavnom pravu za stvarnopravna sredstva osiguranja tražbina, predstavlja jedno od najspornijih pitanja u međunarodnom insolventijskom pravu. Najčešće se predlažu sljedeća rješenja: mjerodavnost prava države otvaranja insolventijskog postupka⁷⁵; mjerodavnost prava koje uređuje pobjonu radnju stjecanja⁷⁶; kombinacija mjerodavnosti prava države otvaranja insolventijskog postupka i nekog drugog prava⁷⁷.

EuUrIns se opredijelila za sljedeća pravila. Prema čl. 4. st. 2. sl. m) pravo države otvaranja postupka uređuje koje su pravne radnje ništave, pobjodne ili relativno neučinkovite, jer oštećuju sve vjerovnike. No ta se odredba prema čl. 13. EuUrIns ne primjenjuje, ako osoba pogodovana radnjom kojom se oštećuju svi vjerovnici dokaže

⁷⁵ Primjerice *Hanisch, Hans*, Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, ZIP, 1985 str. 1238. i dalje; *Riegel*, op. cit. u bilj. 48, str. 184. i dalje; *Aderhold*, op. cit. u bilj. 1, str. 264. i dalje; *Drobnig*, op. cit. u bilj. 1, str. 106.-107; *Kirchhof*, op. cit. u bilj. 48, WM, 1993, str. 1404; *Trunk*, op. cit. u bilj. 1, str. 187.-188, 327.-328; *Pothast*, op. cit. u bilj. 37, str. 88; *Campe, Moritz von*, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich – Das neue Sach- und Kollisionsrecht (InsO und Loi n° 85-98), KTS Schriften zum Insolvenzrecht, Band 5, hrsg. von Meinhard Heinze/Rolf Stürner/ *Wilhelm Uhlenbruck*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, str. 375.-381, 395; *Reisinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 153; *Gottwald*, op. cit. u bilj. 50, str. 41; *Sonntag, Michael*, Auslandskonkurs und Anfechtung im Inland, IPRax, 1998, str. 330, 333, 337; *Schack*, op. cit. u bilj. 48, rub.br. 1104; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 102. EGInsO, rub.br. 142.

⁷⁶ *Henckel, Wolfram*, Die internationprivatrechtliche Anknüpfung der Konkursanfechtung, u: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, hrsg. von Walther J. Habschied und Karl Heinz Schwab, Münster, 1987, str. 93. i dalje; *Habscheid, Edgar J.*, Konkursstatut und Wirkungsstatut bei der internationalen und der künftigen innereuropäischen Insolvenzanfechtung, ZZP, 2001 (114), str. 172.

⁷⁷ *Stürner, Rolf*, u: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Baur, Fritz/Stürner, Rolf, Band. II, rub.br. 37.10, 37.34; *Turck, Iris-Claude*, Das Internationale Insolvenzrecht in Spanien im rechtsvergleichender Betrachtung, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Band 1816, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995, str. 64. i dalje, 156, 159; *Ahrens*, op. cit. u bilj. 45, str. 226, 232.-233; *Zeeck, Sebastian*, Das Internationale Anfechtungsrecht in der Insolvenz, Die Anknüpfung der Insolvenzanfechtung, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 108, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, 2003, str. 71. i dalje.

da je za tu radnju mjerodavno pravo neke druge države članice, a ne pravo države otvaranja insolventijskog postupka i da se u tom slučaju ta radnja ni na koji način ne može napasti (nijednim sredstvom pobiti).

Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns ističe da je cilj članka 13. zaštititi osnovano povjerenje vjerovnika odnosno trećih u pogledu valjanosti poduzete radnje prema uobičajeno mjerodavnom nacionalnom pravu, a u odnosu na insolventijsko pravo neke druge države⁷⁸.

S obzirom na činjenicu da svaki zakonodavac prilikom stvaranja insolventijsko-pravnih odredaba o pobijanju uzima u obzir ne samo interese insolventijskih vjerovnika, već isto tako i interese protivnika pobijanja, ne čini se potrebnim dodatnim normama o mjerodavnom pravu, kao što je čl. 13. EuUrIns, štititi povjerenje protivnika pobijanja. S obzirom da su protivnici pobijanja u većini slučajeva potencijalni insolventijski vjerovnici, navedeno rješenje ujedno je u protivnosti s načelom ravnopravnosti insolventijskih vjerovnika u insolventijskom postupku, jer će pobožnost pravnih radnji istog insolventijskog dužnika zavisiti od prava koje se izvan insolventijskog postupka primjenjuje na pojedinu radnju. Čl. 13. EuUrIns otežava pobijanje pravnih radnji insolventijskog dužnika koje su štetne za insolventijsku masu, što će ići na štetu interesa insolventijskih vjerovnika. Osim toga svaka kombinacija prava pri određivanju mjerodavnog prava u međunarodnom privatnom pravu kompliciranija je od kolizijskog pravila koje ne predviđa kombinaciju prava, pa kombinacije prava treba koristiti samo onda kada za to govore izuzetno važni razlozi. U slučaju insolventijskopravnog pobijanja u pravilu nema razloga da se odstupi od jednostavnog kolizijskog pravila koje kao mjerodavno određuje pravo najbliže veze, a to je mjerodavnost prava države otvaranja insolventijskog postupka.

k. Učinak insolventijskog postupka na tekuće parnice

Čl. 15. EuUrIns određuje da za učinke insolventijskog postupka na tekuću parnicu o nekom predmetu ili pravu mase vrijedi isključivo pravo države članice u kojoj parnica teče.

Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns kaže o navedenom rješenju da postupno pravo države u kojoj se parnica vodi odlučuje o prekidu ili nastavku pravnog spora, o formi njezinog nastavka i procesnim promjenama do kojih može doći, kako bi se uzelo u obzir oduzimanje ili ograničenje prava raspolaganja i upravljanja dužniku i stupanje upravitelja na njegovo mjesto⁷⁹.

U jednoj svojoj odluci njemačko *Savezno sudište* (Bundesgerichtshof) zastupalo je mišljenje da navedeno rješenje sadržano u čl. 15. treba tumačiti na način da svaka država članica koja za svoj tuzemni insolventijski postupak predviđa prekid tuzemne tekuće parnice, to mora predvidjeti i za tuzemnu tekuću parnicu u slučaju stranog

⁷⁸ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 13, br. 138.

⁷⁹ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 15, br. 142.

insolventijskog postupka, ako ovlaštenje za vođenje parnice prema pravu države otvaranja insolventijskog postupka prelazi na insolventijskog upravitelja⁸⁰. U literaturi se iznosi i mišljenje da čl. 15. u povezanosti s čl. 17. EuUrIns treba razumjeti na način da strani *lex fori concursus* i sam mora predviđati neku vrstu prekida tekuće parnice, dok *lex fori* države u kojoj parnica teče uređuje samo postupnopravni način prekida⁸¹. No, ako se držimo teksta čl. 15. EuUrIns, tada treba zaključiti da do prekida domaće parnice uvijek dolazi ako pravo države članice u kojoj parnica teče to predviđa, i to neovisno o tome predviđa li i pravo države otvaranja insolventijskog postupka prekid parnice ili ne⁸², kao i neovisno o tome predviđa li pravo države otvaranja insolventijskog postupka prelazak ovlaštenja za vođenje parnice s dužnika na insolventijskog upravitelja.

Nadalje, postavlja se pitanje treba li čl. 15. EuUrIns tumačiti na način da pravo države u kojoj teče parnica ujedno i određuje je li prekinutu parnicu dopušteno nastaviti. Ako čl. 15. povežemo s čl. 4. st. 2. sl. f) EuUrIns, prema kojem *lex fori concursus* uređuje kako se otvaranje insolventijskog postupka odražava na mogućnost stranaka da pravnim putem ostvare svoju tražbinu, pri čemu su izuzeti učinci na tekuće parnice, tada bi odgovor mogao biti potvrđan⁸³. S druge strane moglo bi se zastupati stajalište da postavljeno pitanje EuUrIns izričito ne uređuje, tako da bi temeljem čl. 4. st. 1. EuUrIns za to pitanje bio mjerodavan *lex fori concursus*. Pri tome treba upozoriti da je u pogledu pitanja je li dopušteno nakon otvaranja insolventijskog postupka pokrenuti neku novu parnicu koja se odnosi na insolventijsku masu, temeljem čl. 4. st. 2. sl. f) EuUrIns mjerodavan samo *lex fori concursus*. Ne čini se primjerenim u međunarodnom insolventijskom pravu za pitanje nastavka prekinute parnice kao mjerodavnim određivati pravo države u kojoj parnica teče, a u pogledu pitanja pokretanja nove parnice pravo države u kojoj je insolventijski postupak otvoren, jer se u oba slučaja radi o dopuštenosti pravnog ostvarivanja tražbina vjerovnika nakon otvaranja insolventijskog postupka. Stoga bi u odnosu na oba pitanja trebalo kao mjerodavno pravo zagovarati *lex fori concursus*.

EuUrIns ne sadrži posebnu odredbu o tome koje je pravo nakon otvaranja insolventijskog postupka mjerodavno za pitanje vođenja parnica koje se odnose na predmete insolventijske mase, dakle za pitanje procesne legitimacije. Stoga treba zaključiti da je u odnosu na to pitanje temeljem čl. 4. st. 2. sl. c) EuUrIns, koji propisuje da *lex fori concursus* određuje ovlaštenja dužnika i upravitelja, kao

⁸⁰ IX. Senat *Saveznog sudišta*, odluka od 13. 5. 1997, ZIP, 1997, str. 1245. i dalje. Tako i *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 559. – Protiv takvog tumačenja *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 301.

⁸¹ *Hanisch, Hans*, Kurzkomentar, BGH, Vorlagebeschl. v. 26. 11. 1997 – IX ZR 309/96, BGH EWIR, par. 240 ZPO 3/98, str. 477.- 478.

⁸² Tako i *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 15. EuInsVO, rub.br. 21.

⁸³ Za takvo tumačenje: *Chalupsky*, op. cit. u bilj. 23, str. 360; *Huber*, op. cit. u bilj. 22, str. 166; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 15. EuInsVO, rub.br. 4; *Liersch, Oliver*, *Deutsches Internationales Insolvenzrecht*, NZI, 2003, str. 308.

i temeljem čl. 4. st. 1. EuUrIns, koji kao generalno kolizijsko pravilo propisuje mjerodavnost legis fori concursus ako EuUrIns nešto drugo ne određuje, mjerodavan upravo lex fori concursus⁸⁴, i to neovisno o tome je li parnica pokrenuta prije ili nakon insolventijskog postupka.

3. Posebno pitanje pravnog položaja insolventijskog upravitelja

Pod pojmom insolventijskoga upravitelja prema definiciji iz čl. 2. sl. b) EuUrIns razumijeva se svaka osoba ili organ, čija je zadaća da upravlja masom ili da ju unovčava ili da nadzire poslovnu djelatnost dužnika. Te su osobe odnosno organi za svaku državu članicu navedeni u Prilogu C, koji je sastavni dio Uredbe.

Imenovanje upraviteljem dokazuje se putem ovjerene kopije odluke kojom je on imenovan ili putem neke druge potvrde koju izdaje nadležni sud (čl. 19. reč. 1. EuUrIns). Može se zahtijevati prijevod na službeni jezik ili jedan od službenih jezika države članice na čijem području upravitelj želi djelovati (čl. 19. reč. 2. EuUrIns). No, ne zahtijeva se legalizacija ili neka druga odgovarajuća formalnost (čl. 19. reč. 3. EuUrIns).

Budući da EuUrIns propisuje tzv. sistem automatskog priznanja insolventijskog postupka iz druge države članice, dakle bez potrebe vođenja posebnog postupka priznanja, insolventijski upravitelj može svoja ovlaštenja neposredno izvršavati u svakoj drugoj državi članici, čim odluka o otvaranju insolventijskog postupka u državi članici otvaranja postupka postane učinkovita (čl. 16. i 17. EuUrIns)⁸⁵.

Kao što je već spomenuto, pravo države otvaranja insolventijskog prava određuje u načelu koja ovlaštenja ima nakon otvaranja postupka insolventijski dužnik, a koja insolventijski upravitelj (čl. 4. st. 2. sl. c) EuUrIns), pri čemu je u ovom pravilu riječ o uputi na supstancijalna pravila države otvaranja insolventijskog postupka.

Dok postupak otvoren temeljem čl. 3. st. 1. EuUrIns, dakle glavni *insolventijski postupak*, obuhvaća cjelokupnu imovinu insolventijskog dužnika, postupak otvoren temeljem čl. 3. st. 2. EuUrIns, dakle *posebni insolventijski postupak*, ograničava svoje učinke samo na onu imovinu dužnika koja se nalazi u državi otvaranja tog postupka (vidi čl. 3. st. 2, reč. 2. EuUrIns). Otvaranje glavnog insolventijskog postupka proizvodi u drugim državama članicama bez ikakvih daljnjih formalnosti učinke koje mu pridaje pravo države članice otvaranja postupka, ukoliko sama Uredba što drugo ne određuje i ukoliko u drugoj državi članici nije otvoren posebni insolventijski postupak temeljem čl. 3. st. 2. EuUrIns (čl. 17. st. 1. EuUrIns). S druge strane učinci posebnoga insolventijskoga postupka ne smiju u drugim državama članicama biti dovedeni u pitanje (čl. 17. st. 2. reč. 1. EuUrIns). Svako ograničenje prava vjerovnika, osobito odgoda ili oslobođenje od obveze temeljem posebnog

⁸⁴ Tako i *Ahrens*, op. cit. u bilj. 45, str. 295.

⁸⁵ Tako i *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, op. cit. u bilj. 22, čl. 18. EuInsVO, rub.br. 6; *Smid*, op. cit. u bilj. 37, str. 82, rub.br. 45.

insolventijskog postupka, ima u pogledu imovine dužnika koja se nalazi u drugim državama članicama učinak samo prema vjerovnicima koji su se suglasili s odgovodno odnosno oslobođenjem od obveza insolventijskog dužnika (čl. 17. st. 2. reč. 2. EuUrIns). S obzirom na ove navedene različite učinke koje imaju otvoreni glavni i posebni insolventijski postupak u drugim državama članicama, jasno je da se i ovlaštenja upravitelja jednog glavnog i upravitelja jednog posebnog insolventijskog postupka u drugim državama članicama razlikuju.

Tako *upravitelj glavnog insolventijskog postupka* smije na području neke druge države članice ostvarivati sva ovlaštenja koja mu priznaje pravo države otvaranja postupka, ukoliko u drugoj državi nije otvoren daljni insolventijski postupak ili donesena neka suprotna mjera osiguranja po podnesenom prijedlogu za otvaranje insolventijskog postupka (čl. 18. st. 1. reč. 1. EuUrIns). On osobito može predmete koji pripadaju masi, a nalaze se na području druge države članice, iz te države članice iznijeti. No, on to ipak ne smije učiniti ako je riječ o predmetu na kojem postoji neko stvarno pravo u smislu čl. 5. EuUrIns ili pak pridržaj prava vlasništva u smislu čl. 7. EuUrIns (čl. 18. st. 1. reč. 2. EuUrIns). U pogledu *upravitelja posebnog insolventijskog postupka* EuUrIns određuje da on smije u svakoj drugoj državi članici sudski ili izvansudski ustvrditi da je neki pokretni predmet nakon otvaranja insolventijskog postupka iz područja države otvaranja postupka prenesen u područje dotične druge države članice (čl. 18. st. 2. reč. 1. EuUrIns). Nadalje on može podići poboju tužbu koja služi interesima vjerovnika (čl. 18. st. 2. reč. 2. EuUrIns). No, neovisno je li riječ o upravitelju glavnog ili posebnog insolventijskog postupka, upravitelj je dužan prilikom izvršavanja svojih ovlaštenja poštovati pravo druge države članice na čijem području želi djelovati, a osobito mora poštivati propise koji se odnose na način unovčenja nekog predmeta mase (čl. 18. st. 3. reč. 1. EuUrIns). Ta ovlaštenja ne smiju obuhvaćati primjenu prisilnih sredstava ili pravo odlučivati u pravnim postupcima i drugim sporovima (čl. 18. st. 3. reč. 2. EuUrIns). Ukoliko je u drugoj državi članici potrebno primijeniti prisilu, insolventijski upravitelj morat će se obratiti nadležnim organima dotične druge države članice⁸⁶.

Ako se neki vjerovnik nakon otvaranja glavnog insolventijskog postupka na bilo koji način, a posebno putem ovrhe potpuno ili djelomično namiri iz predmeta mase, koji se nalazi u nekoj drugoj državi članici, tada je on dužan stečeno izručiti upravitelju, izuzev ako je riječ o predmetu nad kojim postoji neko stvarno pravo u smislu čl. 5. ili pravo pridržaja vlasništva u smislu čl. 7. EuUrIns (čl. 20. st. 1. EuUrIns). Samo *upravitelj glavnog insolventijskog postupka* ima pravo zahtijevati da mu se predmet stečen na navedeni način izruči, jer posebni insolventijski postupak ograničuje, kao što je već rečeno, svoje učinke na predmete koji se nalaze u državi članici otvaranja insolventijskog postupka.

Kako bi se vjerovnike i poslovne partnere insolventijskog dužnika u drugim državama članicama obavijestilo o otvaranju insolventijskog postupka, čl. 21. st. 1.

⁸⁶ Vidi *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 18, br. 164. sl. a).

reč. 1. EuUrIns propisuje da će se u svakoj drugoj državi članici na prijedlog upravitelja objaviti bitni sadržaj odluke o otvaranju postupka, a po potrebi i odluka o imenovanju, i to prema odredbama odnosne druge države članice za javno objavljivanje. U objavi treba navesti upravitelja koji je imenovan, te da li se nadležnost temelji na čl. 3. st. 1. ili na čl. 3. st. 2. EuUrIns (čl. 21. st. 1. reč. 2. EuUrIns), dakle, je li riječ o tzv. glavnom ili posebnom (partikularnom) insolventijskom postupku. Država članica na čijem području dužnik ima podružnicu može predvidjeti obavezno objavljivanje (čl. 21. st. 2. reč. 1. EuUrIns). U tom slučaju mora upravitelj ili drugi za to ovlašteni organ države članice u kojoj je otvoren postupak temeljem čl. 3. st. 1. (glavni insolventijski postupak) poduzeti potrebne mjere za takvo objavljivanje (čl. 21. st. 2. reč. 2. EuUrIns). No, treba istaknuti, da takvo eventualno predviđeno obvezno objavljivanje nije ujedno i pretpostavka za priznanje insolventijskog postupka iz druge države članice⁸⁷. Prema *Razjašnjavajućem izvještaju za EuKonIns* pravo države članice koje je predvidjelo obvezno objavljivanje može predvidjeti i odgovornost stranog upravitelja koji nije poduzeo potrebne mjere za objavu⁸⁸. U svakom slučaju, troškovi javne objave prema čl. 21. smatraju se troškovima i izdacima postupka (čl. 23. EuUrIns). Kako to proizlazi iz čl. 21. EuUrIns, pravo zahtijevanja javne objave otvaranja insolventijskog postupka u kojem je imenovan u drugoj državi članici ima kako *upravitelj glavnog, tako i upravitelj posebnog insolventijskog postupka*.

No, samo upravitelj glavnog insolventijskog postupka ovlašten je zahtijevati upis otvaranja insolventijskog postupka u zemljišnu knjigu, u trgovački upisnik i druge javne upisnike u svim drugim državama članicama (čl. 22. st. 1. EuUrIns). Svaka država članica može predvidjeti i obvezni upis u svoje upisnike (čl. 22. st. 2. reč. 1. EuUrIns). U tom slučaju mora upravitelj ili drugi za to ovlašteni organ države članice u kojoj je otvoren glavni insolventijski postupak poduzeti potrebne mjere za takav upis (čl. 22. st. 2. reč. 2. EuUrIns). Ni obvezni upis, kao ni obvezna objava otvaranja insolventijskog postupka, ne predstavlja pretpostavku za priznanje insolventijskog postupka iz druge države članice⁸⁹. I u ovom bi slučaju pravo države članice koje je predvidjelo obvezni upis moglo propisati odgovornost upravitelja koji je propustio poduzeti potrebne mjere radi omogućenja upisa⁹⁰. Troškovi upisa u upisnike prema čl. 22. EuUrIns smatraju se troškovima i izdacima postupka (čl. 23. EuUrIns).

Posebnu odredbu EuUrIns predviđa i za situaciju u kojoj je određena osoba u nekoj državi članici ispunila činidbu dužniku protiv kojeg je otvoren insolventijski postupak u nekoj drugoj članici, premda je činidbu trebala ispuniti upravitelju (gla-

⁸⁷ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 21, br. 177, 180. Tako i *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 565; *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, op. cit. u bilj. 22, čl. 21. EuInsVO, rub.br. 1. i 14.

⁸⁸ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 21, br. 180.

⁸⁹ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 22, br. 182, 185. Tako i *Duursma-Kepplinger/Chalupsky*, op. cit. u bilj. 22, čl. 22. EuInsVO, rub.br. 1. i 14.

⁹⁰ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 22, br. 185.

vnog ili posebnog) insolventijskog postupka. U tom slučaju ta će se osoba osloboditi svoje obveze ako joj otvaranje postupka nije bilo poznato (čl. 24. st. 1. EuUrIns). Ako je činidba uslijedila prije gore prikazane javne objave prema čl. 21., tada se smatra, do dokaza o suprotnom, da navedenoj osobi nije bilo poznato otvaranje postupka (čl. 24. st. 2. reč. 1. EuUrIns). No, ako je činidba uslijedila nakon te javne objave, tada se smatra, do dokaza o suprotnom, da joj je otvaranje postupka bilo poznato (čl. 24. st. 2. reč. 2. EuUrIns). Odredbe članka 24. EuUrIns odnose se kako na *upravitelja glavnog, tako i upravitelja posebnog insolventijskog postupka*.

Treba istaknuti da do posredne promjene ovlaštenja koje upravitelj ima prema pravu države otvaranja insolventijskog postupka dolazi kod svih onih insolventijskopравnih instituta u pogledu kojih EuUrIns predviđa odstupanje od načelne mjerodavnosti legis fori concursus, kao primjerice kod: stvarnih prava trećih (čl. 5.), prijeboja (čl. 6.), pridržaja prava vlasništva (čl. 7.), ugovora o nekretnini (čl. 8.), platnih sistema i financijskih tržišta (čl. 9.), ugovora o radu (čl. 10.), prava koja podliježu obaveznom upisu u javne upisnike (čl. 11.), patenata i zaštitnih znakova registriranih u Europskoj uniji (čl. 12.), pobijanja štetnih pravni radnji za insolventijske vjerovnike (čl. 13.), zaštite stjecatelja trećih osoba (čl. 14.), učinka na tekuće parnice (15.), izručivanja stečenog nakon otvaranja insolventijskog postupka i uračunavanja (čl. 16.), ispunjenja činidbe insolventijskom dužniku (čl. 24.).

Naglasimo da EuUrIns priznaje i određene radnje privremenog upravitelja kojeg je sud nadležan prema čl. 3. st. 1. EuUrIns (glavni postupak) imenovao u svrhu osiguranja imovine dužnika nakon podnošenja prijedloga za otvaranje postupka, a prije no što je takav postupak otvoren. Prema čl. 38. EuUrIns takav privremeni upravitelj ovlašten je radi osiguranja i održanja imovine dužnika koja se nalazi u nekoj drugoj državi članici predložiti svaku mjeru koja je u pravu dotične druge države članice predviđena za vrijeme između stavljanja prijedloga za otvaranje likvidacijskog postupka i njegovog stvarnog otvaranja.

IV. Posebni insolventijski postupci

1. Općenito

U teoriji međunarodnog insolventijskog prava više se ne raspravlja toliko pitanje je li opravdano protiv istog insolventijskog dužnika voditi istovremeno u različitim državama više insolventijskih postupaka, već mnogo više pitanje kako treba urediti tzv. posebne insolventijske postupke kako bi se, s obzirom na različite funkcije koje te vrste insolventijskih postupaka mogu imati, osiguralo ostvarenje njihovih prednosti, a neutralizirale njihove mane.

Naime, u teoriji, a onda i u pravnim odredbama pojedinih regulacijskih instrumenata, prevladalo je najzad shvaćanje prema kojem se načelo univerzalnosti ne smije poistovjetiti sa zahtjevom da se protiv jednog insolventijskog dužnika istovremeno smije vodi samo jedan postupak, a načelo teritorijalnosti s činjenicom da se protiv jednog insolventijskog dužnika smije otvoriti više istovremenih insolventijskih postupaka. Načelo univerzalnosti može se smatrati ostvarenim i ako

je kao posljedica priznanja stranog glavnog insolventijskog postupka otvoren i jedan domaći posebni insolventijski postupak u državi priznanja⁹¹.

Primjerenost odnosno ispravnost uređenja posebnih insolventijskih postupaka može se u regulacijskim instrumentima relativno lako prikazati odnosno ocijeniti na temelju sljedećih elemenata: međunarodna nadležnost za otvaranje posebnog insolventijskog postupka; imovina koju posebni insolventijski postupak obuhvaća; insolventijski razlozi za otvaranje posebnog insolventijskog postupka; ovlaštenje na podnošenje prijedloga za otvaranje posebnog insolventijskog postupka; dodatne pretpostavke za otvaranje posebnog insolventijskog postupka; pravo sudjelovanja odnosno pravo na namirenje tražbine u posebnom insolventijskom postupku te kooperacija organa glavnog i posebnih insolventijskih postupaka.

Kao što je već u uvodu ovog rada rečeno, postoje dvije vrste posebnog insolventijskog postupka: neovisni partikularni insolventijski postupak, koji ne pretpostavlja otvaranje i priznanje strane odluke o otvaranju glavnog insolventijskog postupka i kao takav je potpuno neovisan, te sekundarni insolventijski postupak, koji upravo pretpostavlja otvaranje i priznanje strane odluke o otvaranju glavnog insolventijskog postupka, te je barem u tom pogledu zavisian od glavnog insolventijskog postupka. No, sekundarni postupak u pravilu je glavnom insolventijskom postupku podređen i temeljem odredaba o suradnji organa dvaju postupaka.

Pa pogledajmo u kojoj mjeri rješenja EuInsVO u pogledu uređenja posebnih insolventijskih postupaka - kako neovisnog partikularnog, tako i sekundarnog insolventijskog postupka - odgovaraju onome što bi bilo poželjno u modernom međunarodnom insolventijskom pravu.

2. Međunarodna nadležnost za otvaranje posebnog insolventijskog postupka

Ako dužnik ima središte svojih glavnih interesa na području neke države članice, tada su sudovi neke druge države članice ovlašteni otvoriti insolventijski postupak protiv tog dužnika samo ako on na području te druge države članice ima podružnicu (čl. 3. st. 2. reč. 1. EuUrIns).

Ako je glavni insolventijski postupak prema čl. 3. st. 1. EuUrIns već otvoren, tada je svaki kasniji, na temelju podružnice u nekoj drugoj državi članici otvoren insolventijski postupak tzv. sekundarni insolventijski postupak, pri čemu EuUrIns zahtijeva da se radi o likvidacijskom postupku u smislu čl. 2. sl. c) EuUrIns, a koji je

⁹¹ Tako primjerice u *njemačkoj literaturi*: Hanisch, op. cit. u bilj. 1, SJIR, 1980, str. 115. i dalje; isti, op. cit. u bilj. 1, ZIP, 1994, str. 1.-2; Drobniig, op. cit. u bilj. 1, str. 103; v.Oertzen, op. cit. u bilj. 1, str. 6.-7; Aderhold, op. cit. u bilj. 1, str. 64; Metzger, op. cit. u bilj. 1, str. 15.-16; Reisinger, op. cit. u bilj. 1, str. 5; Spahlinger, op. cit. u bilj. 1, str. 67.-68; Wimmer, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 26. i dalje; Graf, op. cit. u bilj. 1, str. 12. i dalje. Vidi u *švicarskoj literaturi*: Theus Simoni, op. cit. u bilj. 1, str. 2.-3. – Drugačije Staehelin, op. cit. u bilj. 1, str. 1.-2; Breitenstein, op. cit. u bilj. 1, rub.br. 36. Vidi u *austrijskoj literaturi*: Leitner, op. cit. u bilj. 1, str. 25.-26; Burgstaller/Keppelmüller, op. cit. u bilj. 1, str. 287.-288; Keppelmüller, op. cit. u bilj. 1, rub.br. 40.

i naveden u Prilogu B (čl. 3. st. 3. reč. 2. u vezi s čl. 2. sl. c). reč. 1. i 2. te čl. 27. reč. 1. i 2. EuUrIns).

Prije otvaranja glavnog insolventijskog postupka prema čl. 3. st. 1. može se u nekoj drugoj državi članici na temelju dužnikove podružnice otvoriti tzv. neovisni partikularni insolventijski postupak, i to samo u slučajevima: a) da otvaranje glavnog insolventijskog postupka u pogledu uvjeta koji su predviđeni u propisima države članice na čijem području dužnik ima središte svojih glavnih interesa nije moguće; b) da je otvaranje partikularnog postupka zatražio vjerovnik koji ima svoje prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište u državi članici u kojoj se nalazi odnosna podružnica ili čija se tražbina zasniva na obvezi koja je proizašla iz poslovanja (djelatnosti) te podružnice (čl. 3. st. 4. EuUrIns).

Partikularni insolventijski postupak ima važnu dopunsku odnosno nadomjesnu funkciju, i to u svim onim slučajevima u kojima se glavni insolventijski postupak zbog nekog razloga ne otvara, iako postoji insolventijski razlog, ili pak ako se on otvorio, ali se npr. zbog protivnosti javnom poretku druge države u toj drugoj državi ne može priznati. Naime, otvaranjem partikularnog insolventijskog postupka želi se u državi u kojoj se ne nalazi središte glavnih interesa dužnika spriječiti utruku vjerovnika u vođenju ovršnih postupaka nad dužnikovom imovinom, odnosno spriječiti radnje insolventijskog dužnika koje bi mogle štetiti njegovim vjerovnicima⁹². Rješenje EuUrIns prema kojem se partikularni insolventijski postupak u drugoj državi članici može otvoriti samo na temelju podružnice insolventijskog dužnika onemogućuje ostvarenje dopunske funkcije partikularnog postupka u svim onim situacijama u kojima dužnik nema podružnicu u drugoj državi članici, ali u njoj ima imovinu velike vrijednosti.

Sekundarnom insolventijskom postupku pripisuje se više funkcija. Budući da se u sekundarnom insolventijskom postupku primjenjuje domaći *lex fori concursus*, njime se osiguravaju u pravilu pravne pozicije domaćih vjerovnika s obzirom na njihovo pravo na sudjelovanje u postupku, nadalje u odnosu na njihova stvarnopravna sredstva osiguranja tražbina, njihova prava na privilegirano namirenje, kao i u odnosu na pravila koja se primjenjuju na pobijanje štetnih pravnih radnji insolventijskog dužnika, a koje se pravne pozicije u stranom glavnom insolventijskom postupku inače ne bi mogle ostvariti ili bi bile ugrožene. Ovdje je riječ o tzv. *zaštitnoj funkciji* domaćeg sekundarnog insolventijskog postupka⁹³. S druge strane, provođenje više postupaka može ponekad i sa stajališta svih vjerovnika biti povoljnije, kada je npr. insolventijsko pravo države priznanja povoljnije za insolventijsku masu, ili kada je jednostavnije provesti insolventijski postupak nad jednom tuzemnom

⁹² O dopunskoj, nadomjesnoj funkciji neovisnog partikularnog postupka: *Metzger*, op. cit. u bilj. 1, str. 146.-147; *Reisinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 170; *Spahlinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 126; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 102. EGInsO, rub.br. 204.

⁹³ Poblize o zaštitnoj funkciji sekundarnog postupka: *Hanisch*, op. cit. u bilj. 1, ZIP, 1994, str. 4; *Metzger*, op. cit. u bilj. 1, str. 149; *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 386; *Spahlinger*, 125, 135, 292. i dalje, 344.

podružnicom prema tuzemnom insolventijskom pravu odnosno uključiti mjesne insolventijskopravne organe, a da se upravitelj glavnog insolventijskog postupka ne mora upoznavati s insolventijskim pravom države priznanja, i, uopće, ako bi provođenje više postupaka s obzirom na vrstu imovine i prirodu pravnih odnosa iznimno bilo jednostavnije i jeftinije no provođenje jednog jedinstvenog postupka. U ovom slučaju radi se o tzv. *podupirućoj funkciji* sekundarnog insolventijskog postupka⁹⁴. Osim toga, sekundarni insolventijski postupak može imati i tzv. *pomoćnu funkciju* kada insolventijskim vjerovnicima, a posebno vjerovnicima s malim tražbinama koji svoju tražbinu ne bi mogli ostvarivati u inozemstvu, primjerice zbog nedostatnosti novčanih sredstava ili nepoznavanja jezika, omogućuje sudjelovanje u domaćem insolventijskom postupku i time barem djelomično namirenje svoje tražbine⁹⁵. U svim onim situacijama u kojima insolventijski dužnik nema podružnicu u drugoj državi članici, ali ima imovinu velike vrijednosti, navedene funkcije sekundarnog insolventijskog postupka prema EuUrIns neće se moći ostvariti.

3. Imovina koju posebni insolventijski postupak obuhvaća

Prema čl. 3. st. 2. reč. 2. EuUrIns ograničavaju se učinci postupka koji se otvara na temelju podružnice insolventijskog dužnika temeljem čl. 3. st. 2. reč. 1. na imovinu dužniku koja se nalazi u toj državi članici. To znači da posebni insolventijski postupak neovisno o tome, radi li se o neovisnom partikularnom ili sekundarnom insolventijskom postupku obuhvaća samo imovinu dužnika u državi otvaranja takvog postupka⁹⁶. To vrijedi, čak i ako bi autonomno, nacionalno pravo dotične države članice nešto drugo određivalo. Spomenuto pravilo još je jednom ponovljeno u odnosu na sekundarni insolventijski postupak u čl. 27. reč. 3. EuUrIns.

Posebni insolventijski postupak obuhvaća svu imovinu dužnika u državi članici otvaranja neovisno o tome da li se dotična imovina koristi u vezi s aktivnostima podružnice ili ne⁹⁷.

Utvrđivanje insolventijske mase posebnog postupka olakšavaju kriteriji za lokaliziranje predmeta imovine, koji su navedeni u čl. 2. sl. g) EuUrIns. Tako se pod pojmom "država članica, u kojoj se nalazi imovina" za potrebe EuUrIns smatra: u slučaju tjelesnih predmeta – država na čijem se području nalazi predmet; u slučaju predmeta ili prava kod kojih se vlasništvo ili pravno ovlaštenje mora upisati u javni upisnik – država pod čijim se nadzorom vodi upisnik; u slučaju tražbina – država

⁹⁴ Metzger, op. cit. u bilj. 1, str. 148; Wimmer, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 388; Schack, op. cit. u bilj. 48, rub.br. 1138; Kolmann, op. cit. u bilj. 22, str. 482. i dalje.

⁹⁵ Schack, op. cit. u bilj. 48, rub.br. 1044, 1045, 1138; Geimer, op. cit. u br. 49, rub.br. 3394.

⁹⁶ Trunk, op. cit. u bilj. 1, str. 361; Kolmann, op. cit. u bilj. 22, str. 339, Duursma-Kepplinger, op. cit. u bilj. 22, čl. 27. EuInsVO, rub.br. 66; Morscher, op. cit. u bilj. 22, str. 52.

⁹⁷ Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns, čl. 2, Rdnr. 71; Kolmann, op. cit. u bilj. 22, str. 339; Duursma-Kepplinger, op. cit. u bilj. 22, čl. 27. EuInsVO, rub.br. 67; Morscher, op. cit. u bilj. 22, str. 52.

na čijem području treći koji duguje činidbu ima središte svojih glavnih interesa u smislu čl. 3. st. 1. EuUrIns. Zapravo su u navedene definicije preuzeta za lokaliziranje predmeta već postojeća pravila međunarodnog privatnog prava, koja poznaju sve države članice⁹⁸.

Budući da se EuUrIns opredijelila za sistem automatskog priznanja odluka o otvaranju insolventijskih postupaka u drugim državama članicama, postoji opasnost da upravitelj glavnog insolventijskog postupka imovinu iz drugih država članica odmah po učinkovitosti odluke o svom imenovanju prenese u državu otvaranja glavnog insolventijskog postupka, te tako onemogućiti eventualno kasnije otvaranje sekundarnih insolventijskih postupaka.

4. Insolventijski razlozi za otvaranje posebnog insolventijskog postupka

Primjena EuUrIns pretpostavlja postojanje insolventije dužnika, no EuUrIns pojam insolventije ne određuje pobliže. Prema čl. 4. st. 2. reč. 1. EuUrIns pravo države otvaranja postupka uređuje pod kojim se pretpostavkama insolventijski postupak otvara. Ta formulacija uključuje u sebi i uređenje vrste insolventijskih razloga kao i kada i kako se postojanje tih razloga ima utvrditi⁹⁹. Navedena kolizijska norma primjenjuje se ne samo na glavni, već i na neovisni partikularni i sekundarni insolventijski postupak¹⁰⁰.

Poseban problem može se pojaviti pri neovisnom partikularnom insolventijskom postupku ukoliko pravo države otvaranja ne predviđa nikakve posebne odredbe. Naime, u teoriji je sporno bi li u slučaju ovog postupka insolventijski razlog prezaduženosti i nesposobnosti za plaćanje trebalo utvrditi samo u odnosu na imovinu u državi otvaranja tog postupka ili u odnosu na cjelokupnu imovinu dužnika¹⁰¹. S druge strane, postavlja se pitanje ne bi li bilo bolje da je Uredba to jedinstveno riješila za sve države članice, umjesto što je rješenje prepustila autonomnom pravu država članica.

U pogledu *sekundarnog insolventijskog postupka* EuUrIns predviđa još jednu dodatnu normu. Ako je sud nadležan prema čl. 3. st. 1. EuUrIns otvorio glavni insolventijski postupak koji je priznat u drugoj državi članici, tada sud te druge države članice, koji je nadležan prema čl. 3. st. 2. EuUrIns, može otvoriti sekundarni insolventijski postupak, a da se u toj drugoj državi članici ne ispituje insolventija dužnika (čl. 27. reč. 1. EuUrIns). Dakle, otvoreni i priznati glavni insolventijski postupak jedne države članice ima na neki način funkciju posebnog insolventijskog

⁹⁸ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 2, br. 69.

⁹⁹ U tom pravcu i *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 335.

¹⁰⁰ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 4, br. 89.

¹⁰¹ Detaljnije o tome primjerice: *Eidenmüller*, op. cit. u bilj. 22, str. 12; *Duursma-Kepplinger*, op. cit. u bilj. 22, čl. 3. EuInsVO, rub.br. 105, 108 te čl. 27, rub.br. 36; *Smid*, op. cit. u bilj. 37, str. 110, rub.br. 9; *Kolmann*, op. cit. u bilj. 22, str. 335. i dalje; *Morscher*, op. cit. u bilj. 22, str. 50; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 3. EuInsVO, rub.br. 11.

razloga za otvaranje sekundarnog insolventijskog postupka u drugim državama članicama. Insolventijski razlozi prema autonomnom pravu država članica u kojima se sekundarni insolventijski postupak želi otvoriti, ne moraju se utvrditi.

5. Ovlaštenje na podnošenje prijedloga za otvaranje posebnog insolventijskog postupka

U pogledu ovlaštenja na podnošenje prijedloga za otvaranje *partikularnog insolventijskog postupka* potrebno je razlikovati dvije situacije.

U situaciji u kojoj se glavni insolventijski postupak u državi u kojoj dužnik ima središte svojih glavnih interesa ne može otvoriti zbog uvjeta koji su u propisima te države članice predviđeni (čl. 3. st. 4. sl. a) EuUrIns) Uredba ne ograničava krug onih koji bi mogli zahtijevati otvaranje partikularnog insolventijskog postupka u nekoj drugoj državi članici. Stoga treba temeljem čl. 4. st. 2. reč. 1. EuUrIns – koji određuje da pravo države otvaranja postupka uređuje pod kojim pretpostavkama se postupak otvara, kako se provodi i kako se okončava - zaključiti da je pravo države članice u kojoj se u toj situaciji želi otvoriti partikularni insolventijski postupak mjerodavno odrediti tko može tražiti otvaranje takvog postupka.

U situaciji u kojoj glavni insolventijski postupak u državi u kojoj dužnik ima središte svojih glavnih interesa još nije otvoren, ali je njegovo otvaranje moguće, EuUrIns ograničava krug ovlaštenika na podnošenje prijedloga za otvaranje partikularnog insolventijskog postupka u drugim državama članicama. Otvaranje takvog postupka može tada tražiti samo vjerovnik koji ima prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište u državi članici u kojoj se nalazi podružnica i u kojoj se želi otvoriti partikularni insolventijski postupak ili vjerovnik čija se tražbina zasniva na obvezi koja je proizašla iz poslovanja (djelatnosti) te podružnice (čl. 3. st. 4. sl. b) EuUrIns).

Prema čl. 29. EuUrIns *otvaranje sekundarnog insolventijskog postupka* mogu predložiti: a) upravitelj glavnog insolventijskog postupka; b) svaka druga osoba ili organ, koja/koji pravo podnošenja tog prijedloga ima prema pravu države članice, na čijem se području želi otvoriti sekundarni insolventijski postupak.

6. Dodatne pretpostavke za otvaranje posebnog insolventijskog postupka

U pogledu drugih pretpostavaka za otvaranje posebnog insolventijskog postupka EuUrIns sadrži samo još jednu izričitu odredbu koja se odnosi na *sekundarni insolventijski postupak*: ako pravo države članice u kojoj je stavljen prijedlog za otvaranje sekundarnog insolventijskog postupka zahtijeva da su troškovi postupka, uključujući izdatke, u potpunosti ili djelomično pokriveni masom, tada sud kojem je takav prijedlog stavljen može od predlagatelja zahtijevati predujam troškova ili primjereno osiguranje (čl. 30. EuUrIns).

7. Pravo sudjelovanja odnosno pravo na namirenje tražbine u posebnom insolventijskom postupku te kooperacija organa glavnog i posebnih insolventijskih postupaka

a. Pravo sudjelovanja odnosno pravo na namirenje tražbine u posebnom insolventijskom postupku

Neovisno o tome je li riječ o *partikularnom ili sekundarnom insolventijskom postupku* pravo država otvaranja dotičnog postupka regulira koje se tražbine mogu prijaviti kao insolventijske, te kako treba postupati s tražbinama koje su nastale nakon otvaranja tog postupka (čl. 4. st. 2. sl. g); čl. 28. EuUrIns). Isto pravo regulira prijavu, ispitivanje i utvrđivanje tražbina (čl. 4. st. 2. sl. h); čl. 28. EuUrIns), kao i podjelu utška iz unovčene imovine, rang (isplatni red) tražbina te prava vjerovnika koji su nakon otvaranja insolventijskog postupka na temelju nekog stvarnog prava ili prijeba djelomično namireni (čl. 4. st. 2. sl. i); čl. 28. EuUrIns).

Ipak, EuUrIns predviđa nekoliko iznimaka od načelne primjene autonomnog, nacionalnog prava država članica u odnosu na navedena pitanja.

Tako čl. 39. EuUrIns propisuje da svaki vjerovnik koji svoje uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište nema u državi otvaranja postupka, već ga ima u nekoj drugoj državi članici, što uključuje i porezne vlasti i nositelje socijalnog osiguranja država članica, svoje tražbine u navedenom insolventijskom postupku može pismeno prijaviti. Ta se odredba odnosi ne samo na *glavni*, već i na *partikularni i sekundarni insolventijski postupak*. Suprotna prava autonomnog, nacionalnog prava države otvaranja postupka ne bi se smjela primijeniti¹⁰². Što se tiče prijave tražbina vjerovnika koji svoje uobičajeno boravište, prebivalište odnosno sjedište imaju u državi otvaranja postupka, za njih ostaje mjerodavno pravo te države (čl. 4. st. 2. sl. h); čl. 28. EuUrIns). Prijavljivanje tražbina vjerovnika koji svoje uobičajeno boravište, prebivalište odnosno sjedište imaju u državi koja nije članica Europske unije EuUrIns ne spominje, te treba zaključiti da će za to biti mjerodavno pravo države otvaranja postupka¹⁰³. S obzirom na uobičajenu međunarodnu praksu da se javnopravne tražbine strane države u domaćem insolventijskom postupku u pravilu uopće ne mogu prijaviti, čl. 39. EuUrIns vrlo je važan za države članice, jer s tom praksom među državama članicama Europske unije prekida. Navedeni članak ne govori ništa o isplatnom redu javnopravnih tražbina druge države članice u tuzemnom insolventijskom postupku, pa bi temeljem čl. 4. st. 2. sl. i) EuUrIns proizlazilo da o tome odlučuje pravo države otvaranja dotičnog postupka. No, ne bi li bilo bolje da je Uredba to osjetljivo pitanje jednom izričitom normom riješila jedinstveno za sve države članice, a koja bi došla do izražaja za slučaj da *lex fori concursus* predviđa više isplatnih redova?

¹⁰² Tako i *Wimmer*, op. cit. u bilj. 12, čl. 102. EGInsO, rub.br. 44. Vidi i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 39, br. 265.

¹⁰³ Tako i *Duursma*, op. cit. u bilj. 22, čl. 39. EuInsVO, rub.br. 2. Vidi i *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 39, br. 269.

Prijavu tražbina u *sekundarnom insolventijskom postupku* EuUrIns uređuje još jednom daljnjom važnom odredbom. Prema čl. 32. st. 1. EuUrIns svaki vjerovnik može svoju tražbinu prijaviti u glavnom i sekundarnom insolventijskom postupku. Odredba autonomnog, nacionalnog prava države članice otvaranja postupka, koja bi tom pravilu bila protivna, ne bi se smjela primijeniti¹⁰⁴. Za razliku od čl. 39. EuUrIns čl. 32. st. 1. EuUrIns ne ograničava polje svoje primjene samo na vjerovnike koji imaju svoje uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište u nekoj od država članica, pa bi se na osnovu toga moglo zaključiti da bi i ostali vjerovnici imali pravo prijaviti svoje tražbine i u glavnom i u sekundarnom insolventijskom postupku. Kako se čl. 32. st. 1. EuUrIns ne odnosi na partikularni insolventijski postupak, slijedilo bi da sudjelovanje vjerovnika koji nemaju uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište u nekoj od država članica podliježe ograničenjima koja eventualno u odnosu na njih predviđa pravo države članice u kojoj je otvoren partikularni insolventijski postupak. Jesu li ove zaključke autori EuUrIns imali u vidu, otvoreno je pitanje.

Kako sudjelovanje u više postupaka protiv istog dužnika vodi posredno do neravnopravnog namirenja između vjerovnika, čl. 20. st. 2. EuUrIns propisuje da, u svrhu ravnopravnosti vjerovnika, vjerovnik koji se kvotno namirio u jednom insolventijskom postupku, u diobi u drugom insolventijskom postupku može sudjelovati tek nakon što su vjerovnici istog ranga ili iste grupne pripadnosti u tom drugom insolventijskom postupku primili istu kvotu. Pravilo se primjenjuje kako u *glavnom*, tako i u *partikularnom i sekundarnom insolventijskom postupku*. Iz čl. 4. st. 1. i čl. 28. EuUrIns proizlazi da pravo države članice u kojoj je otvoren partikularni ili sekundarni insolventijski postupak uređuje kako će se ono što je vjerovnik stekao u ovršnom postupku, a što se prema čl. 20. st. 1. EuUrIns ne mora izručiti upravitelju glavnog insolventijskog postupka, uzeti u obzir pri diobi u partikularnom odnosno sekundarnom insolventijskom postupku.

b. Kooperacija organa glavnog i posebnih insolventijskih postupaka

Posebno treba istaknuti odredbe EuUrIns o kooperaciji organa glavnog i posebnih insolventijskih postupaka koji se vode protiv istog dužnika, jer se kvaliteta te kooperacije može odraziti i na namirenje vjerovnika u tim različitim postupcima.

Tako postoji obveza *upravitelja glavnog insolventijskog postupka i upravitelja sekundarnih insolventijskih postupaka* o međusobnom obavještanju, ali uz poštivanje propisa o ograničenju davanja informacija (čl. 31. st. 1. reč. 1. EuUrIns). Upravitelji su dužni jedan drugome neodgodivo dati sve obavijesti koje bi za odnosni postupak mogle biti od značenja, a osobito o stanju prijave i ispitivanju tražbina, kao i o svim mjerama za okončanje jednog insolventijskog postupka (čl. 31. st. 1. reč. 2. EuUrIns). Dužnost međusobnog obavještanja nadopunjena je jednom generalnom klauzulom o dužnosti suradnje. Naime, upravitelj glavnog insolventijskog postupka i upravitelji sekundarnih insolventijskih postupaka dužni su surađivati, uz

¹⁰⁴ Razjašnjavajući izvještaj za *EuKonIns*, čl. 32, br. 235.

poštivanje propisa koji vrijede za pojedine postupke (čl. 31. st. 2. EuUrIns). Iz navedene odredbe proizlazi da ne postoji obveza na suradnju samo između jednog upravitelja glavnog i jednog upravitelja sekundarnog insolventijskog postupka, već i da ta obveza postoji između upravitelja sekundarnih insolventijskih postupaka međusobno. Kao poseban oblik dužnosti obavještanja i suradnje, koja proizlazi iz nadređenosti glavnog insolventijskog postupka sekundarnom insolventijskom postupku, EuUrIns propisuje da je upravitelj sekundarnog insolventijskog postupka dužan upravitelju glavnog insolventijskog postupka pravovremeno dati mogućnost da iznese svoje prijedloge o unovčenju ili nekoj drugoj vrsti uporabe mase sekundarnog insolventijskog postupka (čl. 31, st. 3. EuUrIns). Nažalost, EuUrIns nije predvidjela obvezu međusobne suradnje upravitelja partikularnih insolventijskih postupaka. EuUrIns nije predvidjela ni obvezu suradnje sudova koji vode postupke protiv istog dužnika u različitim državama članicama, no, treba istaknuti da takvu suradnju nije ni zabranila¹⁰⁵.

Nadalje, EuUrIns predviđa da upravitelj izvršava određena prava vjerovnika. Naime, *upravitelj glavnog i upravitelji sekundarnih insolventijskih postupaka* prijavljuju u drugim postupcima tražbine koje su u postupku u kojem su oni imenovani već prijavljene, a ukoliko je to za vjerovnike posljednje spomenutog postupka svrhovito, i uz pridržaj prava tih vjerovnika, takvu prijavu odbiti ili je povući ako je takvo pravo zakonom predviđeno (čl. 32. st. 2. EuUrIns). Osim toga je upravitelj glavnog, kao i sekundarnog, insolventijskog postupka ovlašten kao vjerovnik sudjelovati u drugom insolventijskom postupku, a posebno na način da prisustvuje skupštini vjerovnika (čl. 32. st. 3. EuUrIns). Prema *Razjašnjavajućem izvještaju za EuKonIns* smisao je ove odredbe da se putem upravitelja osigura prisutnost vjerovnika i zagwarantira zaštita njihovih interesa u drugom insolventijskom postupku.¹⁰⁶ No, konkretan sadržaj prava sudjelovanja upravitelja jednog insolventijskog postupka u drugom insolventijskom postupku nije određen, tako da se postavlja pitanje je li upravitelj ovlašten umjesto vjerovnika i glasati u drugom insolventijskom postupku.¹⁰⁷

Kooperacija odnosno koordinacija postupaka otežava se kada bilo *glavni* bilo neki od *sekundarnih insolventijskih postupaka* nisu usmjereni na likvidaciju dužnikove imovine, već na pokušaj sanacije. Iako EuUrIns propisuje da se u slučaju sekundarnog insolventijskog postupka treba raditi o likvidacijskom postupku, treba podsjetiti da se pod pojmom likvidacijskog postupka za svrhe EuUrIns smatra "insolventijski postupak koji vodi likvidaciji dužnikove imovine, i to čak i onda ako se takav postupak okonča nagodbom ili nekom drugom mjerom kojom se

¹⁰⁵ Vidi detaljnije o tome *Herchen*, op. cit. u bilj. 48, str. 146. i dalje, 234; *Duursma-Kepplinger/Cahlupsky*, op. cit. u bilj. 22, čl. 31. EuInsVO, rub.br. 6; *Leible/Staudinger*, op. cit. u bilj. 22, str. 569.

¹⁰⁶ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 32, br. 240.

¹⁰⁷ Detaljnije o tome: *Ahrens*, op. cit. u bilj. 45, str. 312; *Smid*, op. cit. u bilj. 37, str. 126, rub. br. 45.-46; *Lüer*, op. cit. u bilj. 48, čl. 32. EuInsVO, rub.br. 4; *Reinhart*, op. cit. u bilj. 22, čl. 33. EuInsVO, rub.br. 4.

okončava insolventnost dužnika ili se okonča zbog nedostatnosti mase” (čl. 2. sl. c) EuUrIns). Osim toga, i iz čl. 34. st. 1. EuUrIns proizlazi da sekundarni postupak ne mora biti usmjeren na likvidaciju dužnikove imovine. Naime, prema čl. 34. st. 1, podst. 1. EuUrIns, kada se sekundarni insolventni postupak prema pravu koje je za taj postupak mjerodavno može okončati bez likvidacije putem sanacijskog plana, neke nagodbe ili slične mjere, tada takvu mjeru može predložiti upravitelj glavnog insolventni postupka. Prema *Razjašnjavajućem izvještaju za EuKonIns* takve mjere mogu predložiti sve osobe koje su na to ovlaštene nacionalnim insolventni pravom države članice u kojoj se dotični sekundarni insolventni postupak vodi, a navedena odredba osim toga ovlašćuje na to i upravitelja glavnog insolventni postupka.¹⁰⁸ S druge strane, da bi se zaštitili financijski interesi vjerovnika glavnog insolventni postupka, predviđeno je da okončanje sekundarnog insolventni postupka bez likvidacije dužnikove imovine na jedan od načina spomenutih u čl. 34. st. 1. podst. 1. EuUrIns može biti samo onda potvrđeno ako se upravitelj glavnog insolventni postupka suglasi, ili ako se on ne suglasi, ako financijski interesi vjerovnika glavnog insolventni postupka nisu oštećeni (čl. 34. st. 1. podst. 2. EuUrIns).

Ako je pak *sekundarni insolventni postupak* u konkretnom slučaju usmjeren na likvidaciju dužnikove imovine, to se može pokazati kao smetnja ukoliko se u glavnom insolventni postupku pokušava sanacija insolventnog dužnika, ili samo sanacija njegovog poduzeća (tzv. “prijenosna sanacija”) ili prodaja imovine u cijelosti s ciljem likvidacije. Stoga je u čl. 33. EuUrIns predviđena mogućnost prekida odnosno odgode unovčenja u sekundarnom insolventni postupku. Sud koji je otvorio sekundarni insolventni postupak na prijedlog upravitelja glavnog insolventni postupka prekinut će (odgoditi) u potpunosti ili djelomično unovčenje; ipak, nadležni sud je ovlašten u tom slučaju zahtijevati od upravitelja glavnog insolventni postupka sve primjerene mjere radi zaštite interesa vjerovnika sekundarnog insolventni postupka kao i pojedinih grupa vjerovnika (čl. 33. st. 1. reč. 1. EuUrIns). No, prijedlog upravitelja glavnog insolventni postupka može biti odbijen samo ako prekid očito nije u interesu vjerovnika glavnog insolventni postupka (čl. 33. st. 1. reč. 2. EuUrIns). Prekid unovčenja može biti određen najdulje za tri mjeseca (čl. 33. st. 1. reč. 3. EuUrIns). On se može produžiti ili obnoviti za isto razdoblje (čl. 33. st. 1. reč. 4. EuUrIns). Za vrijeme trajanja prekida unovčenja može samo upravitelj glavnog insolventni postupka te dužnik s njegovom suglasnošću u sekundarnom insolventni postupku predložiti sanacijski plan, nagodbu ili sličnu mjeru kojom se u smislu čl. 34. st. 1 sekundarni insolventni postupak okončava bez likvidacije (čl. 34. st. 3. polureč. 1. EuUrIns). Drugi prijedlozi za takvu mjeru u sekundarnom insolventni postupku ne smiju se staviti na glasovanje niti biti potvrđeni (čl. 34. st. 3. polureč. 2. EuUrIns). Sud će okončati prekid unovčenja u sljedećim slučajevima: na prijedlog upravitelja glavnog

¹⁰⁸ *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, čl. 34, br. 248.

insolventijskog postupka; po službenoj dužnosti, na prijedlog nekog vjerovnika ili na prijedlog upravitelja sekundarnog insolventijskog postupka ako se pokaže da se ta mjera više ne može opravdati, a posebno ne s interesom vjerovnika glavnog ili sekundarnog insolventijskog postupka (čl. 33. st. 2. EuUrIns).

Nažalost, EuUrIns se nije dovoljno određeno izjasnila o mogućnosti izrade jednog jedinstvenog plana koji bi obuhvatio i imovinu dužnika u glavnom i njegovu imovinu u sekundarnom insolventijskom postupku¹⁰⁹.

EuUrIns dopušta u *sekundarnom insolventijskom postupku* čak i oslobođenje od dugova. No, svako ograničenje prava vjerovnika, kao npr. odgoda ili upravo oslobađanje od dugova koje proizlazi iz neke od mjera predloženih u smislu čl. 34. st. 1. EuUrIns – dakle, sanacijskog plana, nagodbe ili slične mjere – može imati učinak na imovinu koja nije obuhvaćena sekundarnim insolventijskim postupkom samo ako su se svi vjerovnici time pogođeni s mjerom suglasili (čl. 34. st. 2. EuUrIns). S tim u vezi treba spomenuti i čl. 17. st. 2. EuUrIns, koji se po svojoj formulaciji odnosi i na *partikularni* i na *sekundarni insolventijski postupak*, a koji propisuje: učinci postupka prema čl. 3. st. 2. EuUrIns – dakle posebnog insolventijskog postupka - u drugim državama ne smiju se dovesti u pitanje (čl. 17. st. 2. reč. 1); svako ograničenje prava vjerovnika, a posebno odgoda ili oslobođenje od dugova temeljem postupka, ima učinak na imovinu koja se nalazi na području druge države članice samo u odnosu na vjerovnike koji su za to dali svoj pristanak (čl. 17. st. 2. reč. 2.). Šteta je što se ni *Razjašnjavajući izvještaj za EuKonIns*, a ni *Razlozi za EuUrIns* nisu pobliže izjasnili o rješenjima sadržanim u čl. 34. st. 2. i čl. 17. st. 2. reč. 2. EuUrIns te njihovom međusobnom odnosu.

Jedan vid kooperacije *glavnog i sekundarnog insolventijskog postupka* predstavlja i pravilo sadržano u čl. 35. EuUrIns: ako se pri unovčenju mase sekundarnog insolventijskog postupka mogu namiriti sve u tom postupku utvrđene tražbine, tada upravitelj imenovan u tom postupku preostali višak bez odlaganja predaje upravitelju glavnog insolventijskog postupka.

Člankom 36. EuUrIns uređuje se situacija u kojoj je prije otvaranja *glavnog insolventijskog postupka* u nekoj drugoj državi članici otvoren *partikularni insolventijski postupak*, a koji u trenutku otvaranja glavnog insolventijskog postupka još uvijek nije okončan. Tada se gore predstavljene odredbe o dužnosti kooperacije i obavještavanja (čl. 31. EuUrIns), o izvršavanju prava vjerovnika (čl. 32. EuUrIns), o prekidu unovčenja (čl. 33. EuUrIns), o mjerama kojima se okončava postupak (čl. 34. EuUrIns) te o višku u sekundarnom postupku (čl. 35. EuUrIns) primjenjuju i na *partikularni insolventijski postupak*, ako je to prema stanju tog postupka moguće (čl. 36. EuUrIns). Drugim riječima *partikularni insolventijski postupak* pretvara se u *sekundarni insolventijski postupak* u mjeri u kojoj je to moguće. Osim toga upravitelj glavnog insolventijskog postupka može predložiti da se *partikularni insolventijski*

¹⁰⁹ Pobliže o tome: *Reinhart*, op. cit. u bilj. 1, str. 309. i dalje; *Lüke*, op. cit. u bilj. 40, str. 308.-309; *Gottwald*, op. cit. u bilj. 50, str. 44; *Taupitz*, op. cit. u bilj. 54, str. 349; *Spahlinger*, op. cit. u bilj. 1, str. 257, 334.

postupak naveden u Prilogu A pretvori u likvidacijski postupak ako se pokaže da je ta pretvorba u interesu vjerovnika glavnog insolventijskog postupka (čl. 37. reč. 1. EuUrIns). Sud koji je nadležan prema čl. 3. st. 2. EuUrIns naredit će pretvorbu u jedan od u Prilogu B navedenih postupaka (čl. 37. reč. 2. EuUrIns)¹¹⁰.

8. Mjerodavno pravo u posebnom insolventijskom postupku

Prema čl. 28. EuUrIns na sekundarni insolventijski postupak primjenjuju se propisi države članice na čijem je području otvoren taj postupak, ukoliko EuUrIns nešto drugo ne određuje.

Isto rješenje proizlazi i iz čl. 4. st. 1. EuUrIns koji određuje da za insolventijski postupak i njegove učinke vrijedi insolventijsko pravo države članice u kojoj je postupak otvoren, ukoliko EuUrIns nešto drugo ne određuje. No, formulacija je čl. 4. st. 1. EuUrIns šira, jer se odnosi ne samo na *glavni*, već i *partikularni i sekundarni insolventijski postupak*.

Naknadno otvaranje *sekundarnog insolventijskog postupka* dovodi do promjene statuta u odnosu na predmete imovine insolventijskog dužnika koji ulaze u insolventijsku masu tog sekundarnog postupka, s obzirom da u odnosu na te predmete kao *lex fori concursus* više neće vrijediti pravo države članice u kojoj je otvoren glavni insolventijski postupak, već *lex fori concursus* države članice u kojoj je otvoren sekundarni insolventijski postupak. Time se otvara jedan čitav niz teško rješivih pitanja u pogledu svih onih insolventijskopравnih instituta u kojima se stari i novi statut razlikuju. Naime, nije jasno da li pravne radnje poduzete prema starom statutu gube učinak ako novi statut predviđa drugačija rješenja, kao i npr. da li masa glavnog ili sekundarnog insolventijskog postupka jamči za obveze mase koje su nastale u vremenu nakon otvaranja stranog glavnog insolventijskog postupka, ali prije otvaranja domaćeg sekundarnog insolventijskog postupka.

V. Obavještavanje vjerovnika i prijava njihovih tražbina

Pored već u ovom radu prikazanog čl. 21. i čl. 22. EuUrIns koji propisuju mogućnost odnosno obvezu javne objave bitnog sadržaja odluke o otvaranju insolventijskog postupka u drugim državama članicama, odnosno upisa otvaranja glavnog insolventijskog postupka u drugim državama članicama, EuUrIns predviđa u svom IV. poglavlju još nekoliko vrlo važnih odredaba o obavještavanju vjerovnika i prijavi njihovih tražbina, koje bi trebale osigurati odnosno olakšati njihovo

¹¹⁰ Portugal je Vijeću Europske unije predao jednostranu „Izjavu o primjeni čl. 26. i čl. 37. Uredbe (EG) Nr. 1346/2000 od 29. svibnja 2000. o insolventijskim postupcima“ (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Official Journal of the European Communities, 2000, br. C 183/1), a prema kojoj se čl. 37. EuUrIns treba tumačiti na način, da u njemu predviđena pretvorba ne isključuje sudsku ocjenu situacije koja se odnosi na mjesni postupak (kao u čl. 36. EuUrIns), a niti isključuje uzimanje u obzir interesa javnog poretka (na kojeg se ukazuje u čl. 26. EuUrIns).

sudjelovanje u insolventijskom postupku odnosno postupcima koji se vode protiv insolventijskog dužnika.

Već je spomenuta odredba čl. 39. EuUrIns prema kojoj svaki vjerovnik koji ima svoje uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište u nekoj drugoj državi članici, a ne državi otvaranja postupka, što uključuje i porezne vlasti i nositelje socijalnog osiguranja država članica, može svoje tražbine pismeno prijaviti u insolventijskom postupku.

Čim je u jednoj državi članici otvoren neki insolventijski postupak, nadležni sud te države ili upravitelj kojeg je taj sud imenovao bez odlaganja obavještava poznate vjerovnike koji u drugim državama članicama imaju svoje uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište (čl. 40. st. 1. EuUrIns). Obavještavanje se obavlja putem slanja individualne obavijesti u kojoj se posebno navodi koji se rokovi moraju poštivati, koje su posljedice propuštanja, koji organ je nadležan za prijem prijave i koje su druge mjere predviđene. U obavijesti se također mora navesti da li privilegirani i stvarnopravno osigurani vjerovnici svoje tražbine moraju prijaviti (čl. 40. st. 2. EuUrIns).

Člankom 41. EuUrIns propisan je sadržaj prijave tražbine. Vjerovnik šalje kopiju eventualno postojeće dokumentacije, navodi vrstu, trenutak nastanka i iznos tražbine, te navodi da li on za tu tražbinu zahtijeva prednost (privilegiju), je li ona stvarnopravno osigurana, kao i postoji li pridržaj prava vlasništva te navodi koje imovinske vrijednosti predstavljaju predmet osiguranja njegove tražbine.

Inače obavještavanje vjerovnika prema čl. 40. EuUrIns obavlja se na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika države otvaranja postupka. Pri tome treba primijeniti obrazac s riječima ispisanima na svim službenim jezicima tijela Europske Unije: "Poziv za prijavu tražbine. Rokovi koje treba poštivati!" (čl. 42. st. 1. EuUrIns).

Svaki vjerovnik, koji svoje uobičajeno boravište, prebivalište ili sjedište ima u drugoj državi članici, a ne u državi otvaranja postupka, može svoje tražbine prijaviti i na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika te druge države (čl. 42. st. 2. reč. 1. EuUrIns). No, u tom slučaju prijava mora barem imati naslov "Prijava tražbine" na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika države otvaranja postupka (čl. 42. st. 2. reč. 2. EuUrIns). Od vjerovnika se može tražiti prijevod prijave na službeni jezik ili jedan od službenih jezika države otvaranja postupka (čl. 42. st. 2. reč. 3. EuUrIns).

VI. Zaključak

EuUrIns predstavlja u ovom trenutku na svjetskoj razini jedan od najdetaljnijih instrumenata za reguliranje međunarodnog insolventijskog prava, no koji vrijedi samo između država članica Europske unije.

EuUrIns za sve predmete priznanja u međunarodnom insolventijskom pravu izričito određuje pretpostavke i način priznanja, što je sa stajališta pravne sigurnosti vrlo važno. Posebno treba istaknuti da ona dopušta i priznanje odluka iz tzv. prethodnog postupka koji prethodi otvaranju insolventijskog postupka, što je dosada bilo vrlo sporno, a čime se u većoj mjeri omogućuje zaštita insolventijske mase.

Poveznicu za određenje direktne i indirektna međunarodne nadležnosti za glavni insolventijski postupak – središte glavnih interesa insolventijskog dužnika (čl. 3. st. 1; čl. 16. st. 1. EuUrIns) – treba pozdraviti, no trebalo bi otkloniti pogrešnu praksu engleskih sudova u pogledu trgovačkih društava i zauzeti stajalište da je za otvaranje postupka nadležan sud odnosno odgovarajući organ države članice u kojoj se ne samo upravlja poslovima društva, već i u kojoj se istovremeno obavljaju djelatnosti trgovačkog društva, i u kojoj se nalazi većina imovine i većina vjerovnika tog društva. Određenje direktne i indirektna nadležnosti na temelju podružnice za posebni insolventijski postupak (čl. 3. st. 2. reč. 1; čl. 16. st. 1. EuUrIns) nije zadovoljavajuće, jer dopunska, zaštitna, podupiruća i pomoćna funkcija posebnih insolventijskih postupaka neće se moći ostvariti u svim onim situacijama u kojima dužnik u državi članici nema podružnicu, ali ima imovinu velike vrijednosti.

EuUrIns se u načelu opredijelila za sistem tzv. automatskog priznanja odluke o otvaranju insolventijskog postupka, zbog čega postoji opasnost da upravitelj stranog glavnog insolventijskog postupka tuzemnu imovinu legalno iznese u državu otvaranja postupka i tako onemogućiti eventualno kasnije otvaranje tuzemnog sekundarnog insolventijskog postupka.

Kasnije otvaranje tuzemnog sekundarnog insolventijskog postupka u odnosu na tuzemnu imovinu koja ulazi u njegovu insolventijsku masu prouzrokuje promjenu statuta, jer će mjerodavno insolventijsko pravo u odnosu na tu imovinu umjesto dosadašnjeg stranog legis fori concursus biti domaći lex fori concursus, a to za sobom povlači jedan čitav niz teško rješivih pravnih pitanja.

EuUrIns kao osnovno kolizijsko pravilo određuje mjerodavnost prava države otvaranja insolventijskog postupka (čl. 4. st. 1. i 2.). Rješenje je opravdano, jer lex fori concursus predstavlja u pravilu pravo najuže veze u odnosima nastalim ili promijenjenim povodom otvaranja insolventijskog postupka. No, EuUrIns predviđa jedan čitav niz iznimaka od navedenog pravila, pri čemu neka od predviđenih rješenja nisu uvjerljiva. Osobito je nezadovoljavajuće rješenje prema kojem se stvarnopravna sredstva osiguranja tražbina koja postoje na predmetima što se u trenutku otvaranja glavnog insolventijskog postupka nalaze u drugoj državi članici u potpunosti oslobađaju bilo kakvih insolventijskopravnih ograničenja (čl. 5. EuUrIns), jer će ono u bitnom smanjiti mogućnost sanacijskih rješenja u postupku. Isto tako je nezadovoljavajuće rješenje u pogledu insolventijskopravnog pobijanja kojim se kombinira lex fori concursus i pravo koje je inače izvan insolventijskog postupka mjerodavno za radnju koju se želi pobijati (čl. 4. st. 2. sl. m) u vezi s čl. 13. EuUrIns), jer će ono u bitnome otežati pobijanje radnji štetnih za insolventijsku masu. Formulacija čl. 6. u povezanosti s čl. 4. st. 2. sl. d) EuUrIns koji reguliraju insolventijskopravni prijeboj, zatim formulacija čl. 11. EuUrIns, koji regulira koje je pravo mjerodavno za učinke insolventijskog postupka na prava dužnika koja se moraju upisati u javne upisnike, kao i formulacija čl. 15. koji regulira koje je pravo mjerodavno za učinke insolventijskog postupka na tekuće parnice, nisu dovoljno precizne, što dovodi do njihovog vrlo različitog tumačenja u literaturi i praksi.

Kao posebnu prednost EuUrIns treba istaknuti detaljno reguliranje sekundarnog insolventijskog postupka (čl. 27.-38. EuUrIns), a posebno predviđenu suradnju

između upravitelja glavnog i sekundarnih insolventijskih postupaka, te mogućnost pretvaranja partikularnog insolventijskog postupka u sekundarni. Ipak, trebalo je preciznije odrediti sadržaj prava upravitelja jednog insolventijskog postupka da u izvršavanju vjerovničkih prava sudjeluje kao vjerovnik u drugom insolventijskom postupku koji se istodobno vodi protiv insolventijskog dužnika (čl. 32. st. 3. EuUrIns). Osim toga, trebalo je izričito, radi zaštite interesa vjerovnika, predvidjeti i suradnju upravitelja partikularnih insolventijskih postupaka, kao i suradnju sudova koji istovremeno vode protiv dužnika insolventijske postupke u različitim državama članicama. Isto tako bilo bi poželjno da je EuUrIns izričito dozvolila mogućnost izrade jedinstvenog insolventijskog plana koji bi obuhvaćao masu i glavnog i sekundarnog insolventijskog postupka.

Treba pozdraviti čl. 39. EuUrIns koji dopušta da u tuzemnom insolventijskom postupku svoje tražbine prijave i porezne vlasti te nositelji socijalnog osiguranja drugih država članica, no bilo bi još bolje, da se ujedno jedinstveno za sve države članice odredilo u koji ispladni red ulaze te tražbine, ako *lex fori concursus* predviđa ispladne redove.

Posebno treba istaknuti odredbe o obavještanju vjerovnika i prijavi njihovih tražbina (čl. 40.-42. EuUrIns), koje bi trebale olakšati osobito stranim vjerovnicima sudjelovanje u insolventijskom postupku/postupcima protiv dužnika.

Kada postanemo država članica Europske unije, EuUrIns će postati sastavni dio našeg međunarodnog insolventijskog prava. Eventualno će biti potrebne neke dodatne zakonske odredbe kojima će se olakšati provođenje, odnosno primjena te Uredbe na području Republike Hrvatske, a koje će se primjerice odnositi na mjesnu nadležnost domaćih sudova, izbjegavanje sukoba nadležnosti sa sudovima drugih država članica, upis stranih odluka o otvaranju insolventijskog postupka u domaće javne upisnike, javnu objavu tih odluka, ovrhu tih stranih odluka u tuzemstvu, obavještanje stranih vjerovnika o tuzemnom insolventijskom postupku i slično¹¹¹.

No, naše sadašnje odredbe o međunarodnom stečaju koje su sadržane u glavi X. Stečajnog zakona (čl. 301.-334.) trebalo bi zadržati u odnosu s trećim državama, dakle svim ostalim državama svijeta koje nisu članice Europske unije. Naime, s jedne strane ne treba zaboraviti da su rješenja EuUrIns napravljena polazeći od unaprijed poznatih standarda pravnih poredaka država članica, zbog čega ta rješenja nisu lako prenosiva na odnose s trećim državama. S druge strane, ne treba zaboraviti da su neka rješenja EuUrIns rezultat kompromisa u pregovorima između delegacija država članica, te da su zbog toga manje kvalitetna, no što bi to objektivno mogla biti s obzirom na dosegnuta saznanja u modernoj teoriji međunarodnog insolventijskog prava. Većinu od nedostataka EuUrIns koji su gore spomenuti naše hrvatsko

¹¹¹ Vidi primjerice čl. 102. par. 1.-11. njemačkog *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung* od 5. 10. 1994. (BGBl. 1994 I str. 2911, posljednja izmjena putem Zakona o novom reguliranju međunarodnog insolventijskog prava – *Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts* – od 14. 3. 2003, BGBl. 2003 I str. 345).

autonomno međunarodno insolventijsko pravo nema¹¹².

Summary

EUROPEAN REGULATION ON INSOLVENCY PROCEEDINGS

European Regulation on insolvency proceedings presently represents one of the most elaborate regulatory instruments in the field of international insolvency law. This paper analyses its basic solutions regarding the following issues: presumptions and modes of recognition of legal decisions related to insolvency law, conflict of laws in relation to legal consequences of starting of insolvency proceedings, regulation of the so called particular and secondary insolvency proceedings, and provisions that should, especially in relation to foreign creditors, enable access to information on starting of insolvency proceedings in a member state and enable report of their claims in such a proceedings. Positive solutions of the Regulation are emphasized, especially in relation to secondary insolvency proceedings. However, its numerous shortcomings are pointed out, especially in relation to establishment of applicable law for legal effects of starting of insolvency proceedings.

Key words: *European Regulation on insolvency proceedings, recognition of insolvency proceedings, applicable law, main insolvency proceedings, territorial insolvency proceedings, secondary insolvency proceedings.*

Zusammenfassung*

EUROPÄISCHE VERORDNUNG ÜBER INSOLVENZVERFAHREN

Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren (Nr. 1346/2000 vom 25. 5. 2000) stellt in diesem Moment eins der ausführlichsten Regelungsmodelle auf dem Gebiet des Internationalen Insolvenzrechts dar. In dem Aufsatz werden ihre grundlegenden Lösungen im Hinblick auf folgende Fragen analysiert: Voraus-

¹¹² Detaljno o usporedbi hrvatskog međunarodnog insolventijskog prava i EuUrIns kod *Garašić, Jasnica, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren: Ein Vergleich des kroatischen, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanbuler Übereinkommens und des UNCITRAL- Modellgesetzes, Teil I und Teil II, Schriftenreihe: Internationalrechtliche Studien, Beiträge zum Internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung, hrsg. von Ulrich Magnus, Band 36, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2005.*

* Übersetzung: Autorin.

setzungen und Art der Anerkennung der insolvenzrechtlichen Entscheidungen, Bestimmung des anwendbaren Rechts für die einzelnen rechtlichen Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, desweiteren die Ausgestaltung der sog. Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren, sowie die Bestimmungen, welche die rechtzeitige Unterrichtung der Gläubiger über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat gewährleisten und die Anmeldung ihrer Forderungen in diesem Insolvenzverfahren erleichtern sollen. Die guten, richtigen Lösungen der Verordnung werden hervorgehoben, insbesondere bei der Regelung eines Sekundärinsolvenzverfahrens, aber die Autorin weist auch auf ihre zahlreichen Mängel hin, insbesondere bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für die rechtlichen Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

Schlüsselwörter: *Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren, anwendbares Recht im Internationalen Insolvenzrecht, Hauptinsolvenzverfahren, Partikularinsolvenzverfahren, Sekundärinsolvenzverfahren.*

Sommario

REGOLAMENTO EUROPEO SUL PROCEDIMENTO DI INSOLVENZA

Il Regolamento europeo sul procedimento di insolvenza rappresenta attualmente uno dei più elaborati strumenti di regolazione nel campo del diritto di insolvenza internazionale. Questo lavoro analizza le sue soluzioni fondamentali riguardo le seguenti questioni: presunzioni e modi del riconoscimento delle decisioni legali relative al diritto di insolvenza, conflitto di leggi in relazione alle conseguenze legali dell'avvio del procedimento di insolvenza, regolazione dei cosiddetti procedimenti di insolvenza particolari e secondari, e disposizioni che dovrebbero, particolarmente in relazione ai creditori stranieri, consentire l'accesso alle informazioni sull'avvio del procedimento di insolvenza in uno stato membro e consentire la presentazione delle loro domande in un tale procedimento. Sono enfatizzate le soluzioni positive del Regolamento, particolarmente in relazione al procedimento di insolvenza secondario. Tuttavia sono indicate le sue numerose deficienze, particolarmente in relazione alla determinazione del diritto applicabile per gli effetti legali dell'avvio del procedimento di insolvenza.

Parole chiave: *Regolamento europeo sul procedimento di insolvenza, riconoscimento degli stranieri dei procedimenti di insolvenza, diritto applicabile nel diritto di insolvenza internazionale, procedimento di insolvenza principale, procedimento di insolvenza particolare, procedimento di insolvenza secondario.*

UGOVOR IZMEĐU LIJEČNIKA I PACIJENTA

Mr. sc. Marko Bevanda, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru
BiH

UDK: 614.253:347.4
Ur: 8. studenog 2004.
Pr.: 31. siječnja 2005.
Izvorni znanstveni članak

Moralni zakoni medicinske profesije, koji su čisti u svome izvoru, često gube tu osobinu i u praktičnom ostvarenju, odnosno oživotvorenju u praksi, te u velikoj mjeri ostaju papirne fasade koje obiluju frazama i praznim proklamacijama. U današnje vrijeme, proklamirana etička načela medicinske profesije i njihovo ostvarenje nisu u zadovoljavajućem odnosu, što je bitan problem i medicinskog prava. Medicina trećeg milenija zahvaćena je epidemijom medicinskih pogrešaka, te je stoga pravilna kvalifikacija i klasifikacija odnosa između liječnika i pacijenta jedno od bitnih pitanja medicinskog prava. Uspostavljanje i korištenje računalne i telekomunikacijske tehnologije u medicini, te hiperspecijalizacija, dovela je i do izvjesne depersonalizacije medicine, do promjene odnosa (gubitka osobnosti odnosa) između liječnika i pacijenta. Odnos između liječnika i pacijenta je odnos privatnopravne naravi, građanskopravni odnos, u pravilu, ugovorni odnos. Ugovorni odnos između liječnika i pacijenta je djelo i sinteza dva kulturna dobra: prava i morala. Ugovor između liječnika i pacijenta je neformalan, neimenovani, dvostranoobvezujući, intuitu personae, naplatan, konsenzualan ugovor. U članku su analizirana najvažnija prava i obveze pacijenta i liječnika iz ugovora o medicinskom tretmanu. Posebna pozornost posvećena je obvezi liječnika obavijestiti pacijenta i pristanku informiranog pacijenta na određenu medicinsku radnju, odnosno pravu pacijenta na samoodređenje u odnosu na vlastito tijelo. Sa stanovišta hrvatskog prava ugovor o medicinskom tretmanu trebalo bi prosuđivati kao ugovor o djelu. Ipak, iako prema svojim bitnim svojstvima predstavlja ugovor o djelu, ugovor o medicinskom tretmanu ima svoje posebnosti i izvjesnu autonomiju, odnosno vlastitu pravnu fizionomiju koja ga na određeni način razlikuje od klasičnog, odnosno općeg pojma ugovora o djelu.

Ključne riječi: *medicinsko pravo, pacijent, liječnik, kodeks medicinske etike, ugovor o medicinskom tretmanu.*

1. Uvodna razmatranja i napomene

Medicinom se naziva grana ljudske djelatnosti kojoj je zadatak liječenje i suzbijanje bolesti, omogućavanje bolesnicima povratak u normalan život, sprječavanje pojave bolesti i poboljšavanje zdravlja zdravih osoba.¹ Medicina primitivnih naroda, magično – religiozna, egipatska, indijska, kineska, antička grčka, rimska, bizantska, srednjovjekovna, moderna medicina itd. ima samo jedan interes - čovjek (pacijent).² Čovjek (čovjekov život, kao najveća vrijednost i najveće dobro) je osnovno opravdanje postojanja i razvoja medicine, ali u silnom zanosu detaljnih i strogo specijaliziranih analiza i terapija bolesti i pojedinih organa, brige za mnoge izdvojene vidike zdravlja i borbe protiv bolesti i smrti, medicina je u pogibelji da izgubi čovjeka, osobu.³ Paradoksalno, potaknuta spektakularnošću znanstvenih postignuća i otkrića koja su riješila stoljetne, a stvorila nove i neslućene teorijske i praktične (pravne, medicinske, socijalne, etičke itd.) probleme, suvremena medicina se, kao umijeće liječenja, umijeće služenja životu, umijeće u službi kulture života, sve više izokreće u umijeće manipulacije, eksperimentiranja i zloporabe ljudskog života, tijela, zdravlja i dostojanstva. Moramo biti svjesni činjenice da medicina trećeg milenija doživljava revoluciju (genomika i genski inženjering te mikroelektronička tehnologija) koja ima dalekosežne i složene posljedice te otvara brojne (etičke) dileme i kontroverze.⁴

¹ Grmek, M. D., Budak, A., *Uvod u medicinu*, Zagreb, 1996., str. 15. i 17.; Vidi: Staničić, Ž., *Suvremena medicina (p)ostaje puka "znanost o tijelu" ili "znanost o bolestima"*, Revija za sociologiju, no. 3 – 4., 2003., str. 207. – 217., <http://www.hsd.hr/revija/pdf/3-4-2003/06-suvremena-medicina-puka-3-4-2003.pdf>

² *Čovjek medicine je homo absconditus, skriveno biće.*, Orešković, S., *Novi društveni ugovor: Medicinska sociologija i znanosti o životu*, Zagreb, 1997., str. 14. (vidi: str. 13 – 35.)

³ Vidi: Pozaić, V., *Medicinska etika u svjetlu kršćanske antropologije*, u: *Medicinska etika*, Zagreb, 1996., str. 19. i 25.

⁴ *Kao što razvoj suvremene tehnologije podrazumijeva sve šire ovladavanje tehnologijom na molekularnom nivou (nanotehnologija), tako i u medicini trećeg milenija razumijevanje i djelovanje na molekularnoj razini funkcioniranja ljudskog tijela biva sve značajnije. Ovladavanje ljudskim genomom i molekularnim mehanizmima djelovanja gena omogućiti će rutinska genska testiranja koja će zarana pokazati sklonost bolesti. Mnoge potencijalne bolesti biti će suzbijene na molekularnom nivou prije nego što se manifestiraju (rak, dijabetes, metaboličke bolesti). Farmakogenomika (liječenje na temelju osobnog genoma) i genska terapija istisnut će mnoge današnje kurativne postupke. Uvođenjem osobne kartice s genskim profilom započeti će era osobne medicine (personalized medicine), umjesto da se terapijski postupci rutinski određuju temeljem vrste bolesti, određivati će se precizno prema genski predvidljivom odgovoru. Mikroelektronička tehnologija podrazumijeva razvoj i upotrebu kompjuterske i robotske nanotehnologije u medicini. Kao i u genomici, područja primjene biti će pretežno na dijagnostičkom i terapijskom području. Revoluciju u dijagnostici učiniti će osobni mikrokompjuteri (tzv. PDA personal digital assistants) koje će bolesnik nositi poput mobitela s elektroničkim elementima ugrađenim u tijelo za monitoriranje ugroženih organa. Osobni medicinski mikrokompjuter biti će bežičnim komunikacijama povezan s velikim bazama podataka koje će sustavno monitorirati i registrirati sve funkcije i alarmirati u slučaju poremećaja.*, <http://www.hrvatska21.hr/zdravstvo.pdf>; Vidi: Tomić, N., Tomić, S., *Etička dilema kloniranja*, Pravni život br. 9., Beograd, 2003., str. 307 – 316.

Također, razvoj medicinske informatike, telemedicine, telematike itd. (tzv. *tehnizirana medicina*), odnosno uspostavljanje i korištenje računalne i telekomunikacijske tehnologije u medicini otvara brojne i iznimno bitne ćudoredno-deontološke i pravne prijemore (npr. prijepori vezani za tvorbu, korištenje i pohranu obavijesti u medicini).⁵ Stoga je danas u cijelosti opravdano pitanje zadržavaju li *moralni zakoni* medicinske profesije (kodeksi medicinske etike), koji su čisti u svome (filozofskom) izvoru, tu osobinu i u praktičnom ostvarenju, odnosno oživotvorenju u praksi ili ostaju papirne fasade koje obiluju frazama i praznim proklamacijama. Nažalost, u današnje vrijeme, proklamirana etička načela medicinske profesije i njihovo ostvarenje nisu u zadovoljavajućem odnosu, što je slaba točka i bitan problem medicinskog prava.

Nedvojbeno, potreba za cjelovitim, sustavnim proučavanjem i sagledavanjem pravnih aspekata medicinske djelatnosti, odnosno potreba za pravnim reguliranjem problematike vezane za odnos između pacijenta i liječnika, nikada nije bila toliko jaka, jer je u današnje vrijeme *epidemije medicinskih grešaka*⁶ zadivljujući razvoj suvremene medicine istodobno postao i zastrašujući.⁷ Drugim riječima, pojačana pravna kontrola medicine (tzv. *juridizacija medicine*) je u velikoj mjeri opravdana i nužna.⁸ Međutim, pojačana pravna kontrola odnosa između liječnika i pacijenta opravdana je, ali je opravdanost *pretjerane juridizacije* navedenog odnosa upitna, jer ona u velikoj mjeri utječe na to da su danas mnogi liječnici više zainteresirani i zabrinuti za pravnu (ali i poslovnu) stranu medicinske prakse nego za njezine humane aspekte.⁹ Skup pravnih pravila koja uređuju medicinsku (zdravstvenu) djelatnost, utvrđuju svojstva osoba koja tu djelatnost obavljaju i njihov odnos prema korisnicima usluga naziva se medicinsko pravo (u objektivnom smislu).^{10,11} Medicinsko pravo ne

⁵ Vidi: Miličić, V., *Ćudoredno-deontološka i pravna načela u medicinskoj informatici*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 21., br. 2., 2000., str. 579 – 590.; Deželić, Đ., *Medicinska informatika*, Zagreb, 1997.

⁶ Pojam naveden prema: Merry, A. McCall Smith, A., *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge, 2001., str. 1.

⁷ O nekim općim razlozima povećanja sudskih odštetnih sporova iz profesionalne odgovornosti liječnika vidi: Klarić, P. *Građanskopravna odgovornost liječnika s posebnim osvrtom na područje ginekologije i porodništva*, Informator, br. 5202., Zagreb, 2004., str. 21.; Za SAD vidi: *Medical Liability Reform*, American Medical Association, Chicago, 2004, <http://www.ama-assn.org/go/mlrnw>.

⁸ Vidi: Mujović-Zornić, H., *Perspektive medicinskog prava u svetlosti evropske Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog prava i pravne prakse, br. 2., Mostar, 2004., str. 135. i 136.

⁹ Vidi: Blackman, S. N., Bailey, P. C., *Liability in Medical Practice*, Chur, London, Paris, New York, Melbourne, 1990., str. 85.

¹⁰ Vidi: Radišić, J., *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, Pravni informator, br. 09. Beograd, 2002., <http://www.informator.co.yu/informator/>

¹¹ Pravna pravila medicinskog prava mogu se razvrstati u dvije skupine. Prvu skupinu predstavljali bi pravni propisi koji izravno posvećeni medicinskoj djelatnosti. Među tim propisima u hrvatskom pravu najvažniji su *Zakon o zdravstvenom osiguranju* (Narodne novine, br. 94/01., 88/02., 149/02. i 117/03.), *Zakon o zdravstvenoj zaštiti* (Narodne novine, br. 121/03.), *Zakon o zdravstvenoj zaštiti stranaca u Republici Hrvatskoj* (Narodne novine, br. 114/97.), *Zakon o lijekovima i medicinskim*

čine samo državni propisi (zakoni, pravilnici, uredbi i sl.), već i staleški (profesionalni, strukovni) propisi (kodeksi, stručni vodiči, pravilnici i protokoli)¹² koji pretežno sadrže etičke norme ponašanja.¹³ Kao bitna komponenta curriculumu medicinskog prava staleško pravo liječnika (ali drugih zdravstvenih djelatnika) čine, u prvom redu, statuti komora i pravila medicinske profesije (tzv. *moralni zakoni*), koja se još nazivaju kodeksima (medicinske) etike ili kodeksima (medicinske) deontologije.^{14,15} Tijekom cjelokupne povijesti medicine preispituje se i određuje liječničko ponašanje

proizvodima (Narodne novine, br. 121/03.), *Zakon o roditeljskom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki* (Narodne novine, br. 24/96., 109/97., 82/01. i 30/04.), *Zakon o liječništvu* (Narodne novine, br. 121/03.), *Zakon o medicinsko-biokemijskoj djelatnosti* (Narodne novine, br. 121/03.), *Zakon o stomatološkoj djelatnosti* (Narodne novine, br. 121/03.), *Zakon o ljekarništvu* (Narodne novine, br. 121/03.), *Zakon o sestrištvu* (Narodne novine, br. 121/03.) itd. Druga skupina pravnih pravila potječe iz mnogih zakonskih tekstova koji pripadaju različitim područjima prava: ustavnom, građanskom, kaznenom, radnom, socijalnom, obiteljskom, međunarodnom itd.

¹² Prvi poznati kodeks liječničke etike bila je *Hipokratova prisega* (Corpus Hippocraticum), nastala u Grčkoj između 5. i 3. stoljeća pr. n. e. Danas je na svečanostima promocije studenata u liječničko zvanje u uporabi revidirana i modernizirana *Hipokratova prisega* tzv. *Ženevska verzija Hipokratove prisega* (*Ženevska deklaracija*) iz 1948. godine (dopunjena 1968. i 1983. godine). Moramo naglasiti da Hipokratova prisega, ali i mnogi drugi kodeksi liječničke etike iz ranijih vremena, ne govore ništa o pravima pacijenata. Danas se u svim tzv. medicinsko-pravnim kodifikacijama posebna pozornost posvećuje pravima pacijenata. Koliko je stvarno oživotvorenje danas kodificiranih, ali često nedovoljno ostvarenih prava pacijenata, posebno je pitanje. Navedene, kao veliki broj drugih internacionalnih i nacionalnih kodeksa (medicinske) etike, deklaracija, pravila itd. na hrvatskom jeziku mogu se naći i u priručnom štivu Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu pod nazivom *Medicinska etika*, Zagreb, 1996., str. 117 – 146.

¹³ Tako: Mujović-Zornić, H., *Ugovor pacijenta sa lekarom*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2003., str. 246.; Mujović-Zornić, H., Sjeničić, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, Pravni informator, br. 06., Beograd, 2003., <http://www.informator.co.yu/informator/>

¹⁴ Na temelju članka 174. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 75/93., 11/94. i 1/97.) i članka 14. Statuta Hrvatske liječničke komore Skupština Komore na svojem zasjedanju dana 20. lipnja 2002. godine donijela je *Kodeks medicinske etike i deontologije* (<http://www.hlikom.hr/hrv/dokumenti/kodeks2002-2/index.asp>). Na temelju članka 167. točka 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 75/93. i 11/94.), i članka 15. alineja 1. Statuta Hrvatske stomatološke komore, Skupština Komore je na svojem 2. zasjedanju dana 7. lipnja 1996. godine donijela *Kodeks stomatološke etike i deontologije* (<http://www.hsk.hr/komorarhrvatska.htm>). Na temelju članka 167. točka 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (Narodne novine, br. 75/93. i 11/94.), i članka 18. točka 1. Statuta Hrvatske ljekarničke komore, Vijeće Komore je na svojem 10. zasjedanju dana 18. travnja 1996. godine donijelo *Kodeks ljekarničke etike i deontologije* (<http://www.hljik.hr>). Na temelju članka 14. Statuta Hrvatske komore medicinskih biokemičara, Skupština Komore je na svojoj 2. sjednici od 8. svibnja 1996. donijela *Kodeks etike i deontologije medicinskih biokemičara* (<http://hkmb.hr/>).

¹⁵ *Deontologija je širi pojam od medicinske etike. Medicinska deontologija bavi se proučavanjem i određivanjem prava i dužnosti liječnika. Deontologija, dakle, obuhvaća i pozitivne pravne propise kojima se regulira liječničko djelovanje. Time je ona dijelom kongruentna s medicinskim pravom, odnosno jurisprudencijom. S druge strane medicinska deontologija prelazi u čistu psihologiju ophođenja i liječničku etiku, dakle ponašanje i hodegetiku (upute za proučavanje medicine).*, Zurak, N., *Uvod u kolegij: Medicinska etika*, u: *Medicinska etika*, Zagreb, 1996., str. 6.

u skladu pravnim pravilima, ali (prije svega) i moralnim kodeksima i liječničkim zakletvama.¹⁶ Ukoliko zdravstveni radnik ne postupa prema kodeksima etike i pravilima zdravstvene struke i time prouzroči štetu pacijentu, odgovarat će, ne samo moralno, nego i pravno.^{17,18}

Jedno od bitnih pitanja medicinskog prava jest objašnjenje (pravilna kvalifikacija i klasifikacija) odnosa između liječnika i pacijenta. Masovna uporaba suvremene tehnike i tehnologije dovela je i do izvjesne depersonalizacije medicine, do promjene odnosa (gubitka osobnosti odnosa) između liječnika i pacijenta.¹⁹ Taj odnos nije samo pravni, nego je i etički.²⁰ Sve medicinske odluke, uz znanstveni i stručni, uključuju i etički aspekt.²¹ Odnos između liječnika i pacijenta kreće se od paternalističkog do partnerskog, odnosno ugovorno pravnog, ali je (ili bi morao biti) u svojoj srži, prije svega, odnos povjerenja.²² U uvjetima nužne upućenosti pacijenta k liječniku,

¹⁶ Već se u znamenitom Hamurabijevom zakoniku (nastao oko 2100. god. pr. n. e.) nalaze propisi o odgovornosti liječnika.

¹⁷ Etička načela zdravstvene struke su na temelju odredbe članka 120. *Zakon o zdravstvenoj zaštiti* (Narodne novine, br. 121/03.) podignuta na rang pravne norme. *Zdravstveni radnici su osobe koje imaju obrazovanje zdravstvenog usmjerenja i neposredno u vidu zanimanja pružaju zdravstvenu zaštitu stanovništvu, uz obvezno poštovanje moralnih i etičkih načela zdravstvene struke* (st.1.). *Obveza je zdravstvenih radnika da pri pružanju zdravstvene zaštite postupaju prema pravilima zdravstvene struke, na način da svojim postupcima ne ugroze život i zdravlje ljudi* (st. 3.).

¹⁸ *Kodeksi ne odražavaju privatni moral liječnika, oni su dokumenti ukupne kulture svakog naroda. U njima su izraženi opći stavovi društva o tome kako se valja odnositi prema bolesti i bolesniku, ali i društva prema liječnicima. Pridržavanje tih stavova nije samo stvar etike nego i prava. Kodeksima liječničke etike sudovi priznaju pravnu snagu, jer nepostupanje po njihovim odredbama povlači i pravne sankcije. Drugim riječima, kad neko pitanje nije pravno uređeno, mjerodavnim se smatra etičko rasuđivanje, koje je sadržano u kodeksima liječničke etike. ... Propisi medicinskog prava moraju se dopunjavati etičkim normama ponašanja. ...Jer liječnička etika i pravo međusobno se dopunjavaju i jedno na drugo oslanjaju.*, Radišić, J., *Nacrtni kodeksa lekarske etike Srbije*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2003., str. 206 – 208.; Ovdje je potrebno napomenuti da neki autori (Vetch, M. R., *The Patient-Physician Relation*, Bloomington, Indianapolis, 1991. str. 1.) ističu kako etički kodeks liječničke struke, odnosno liječnička etika nije isto što i medicinska etika. Liječnička etika je samo jedan aspekt medicinske etike. Za razliku od takvog stajališta, neki autori (Zurak, N., op. cit., str. 5. i 6.) ističu kako je etički kodeks liječničke etike u velikoj mjeri podudaran onome medicinskih sestara i drugih zdravstvenih djelatnika, uobičajilo se liječničku etiku nazivati medicinskom.

¹⁹ Vidi: Blaes, P., *Promotion and Enforcement of Patients' Rights*, Medicine and Law, vol. 23., no. 2., Halfa, 2004., str. 290.

²⁰ *U njemu su moralni i pravni obziri pomiješani u znatno većoj mjeri nego što je to slučaj sa ostalim pravnim odnosima među ljudima. Što više, tu su etička načela primarna: ona oblikuju pravne obaveze, određuju njihov sadržaj i opseg. Ono što medicinska etika od liječnika zahtijeva, to pravo i kao pravnu obavezu obilato preuzima. Liječnik je pravno obavezan da se pridržava određenih principa medicinske etike. Moralne i pravne dužnosti liječnika toliko su se stopile da ih je u pojedinostima gotovo nemoguće razlučiti. Čak i profesionalne ili stručne dužnosti liječnika jesu u isti mah i moralne, jer srž liječničkog zanimanja ne čini samo medicinsko znanje, nego i čovjekoljublje.*, Radišić, J., *Medicinsko pravo u svetu i kod nas*, Pravni informator, br. 09/2002., <http://www.informator.co.yu/informator/>

²¹ Jakšić, Ž., Kovačić, L., i suradnici, *Socijalna medicina*, Zagreb, 2000., str. 7.

²² Opširnije: Mappes, T. A., DeGrazia, D., *Biomedical Ethics*, 1996., str. 51 – 131.

povjerenje (posebice pacijenta u liječnika) ima iznimnu vrijednost. Nažalost, danas se (obostrano) povjerenje, kao *conditio sine qua non* kvalitetnog odnosa između liječnika i pacijenta, u značajnoj mjeri izgubilo.²³ Ugovorni odnos između liječnika i pacijenta je djelo i sinteza dva kulturna dobra: prava i morala.²⁴ Razvoj suvremene medicine, posebice sofisticirana podjela rada i specijalističko usmjerenje medicinske prakse, izgradnja sustava zdravstvenog osiguranja te tehnološki i financijski rast zdravstvenog sektora sasvim su promijenili narav uloga i odnosa liječnika i pacijenta.²⁵ Tako je u prošlim vremenima liječnik bio apsolutni autoritet nad životom i smrti, *Bog u bijelome*, dok je pacijent bio *neuki objekt* od koga se očekivalo da sluša i *pokorno* slijedi upute liječnika.²⁶ U današnje vrijeme, u *koordiniranom, horizontalnom* odnosu između liječnika i pacijenta, pacijent nije *neuki slušatelj*, nego je (emancipirani) ugovorni partner liječnika, koji preuzima veliku odgovornost za svoje odluke.

Treba naglasiti da su odnos između pacijenta i liječnika i povjerenje koje ono uključuje *asimetrični*.²⁷ Asimetrija nikako ne znači neravnotežu, nego izraz ravnoteže koja uključuje tenziju i mogućnosti, odnosno tenziju koja stvara mogućnosti. Asimetrija, odnosno harmonija u razlikama, pozitivna je snaga u odnosu pacijent - liječnik.

2. Zdravstvena djelatnost u Republici Hrvatskoj

Svakom se jamči pravo na zdravstvenu zaštitu u skladu sa zakonom.²⁸ Hrvatski sabor je u 2003. godini usvojio niz zakona kojima se uređuje sustav zdravstvene zaštite i djelatnosti te status određenih nositelja djelatnosti u sustavu.²⁹

Sukladno *Zakonu o zdravstvenoj zaštiti* (*Narodne novine*, br. 121/03.) (u daljnjem tekstu: *ZZZ*) zdravstvena djelatnost je djelatnost od interesa za Republiku

²³ Zašto je tako? Zadani okvir rada ne dozvoljava nam da se makar i osvrnemo na uzroke ovakvog stanja, koji su brojni i raznovrsni.

²⁴ Vidi: Perović, S., *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2004., str. 83 – 102.

²⁵ *Unatoč svim promjenama, odnos liječnik-pacijent i nadalje ima ključnu ulogu u razumijevanju same biti medicinske prakse.*, Cerjan-Latica, G., Letica, S., Babić-Bosanac, S., Mastilica, M., Orešković, S., *Medicinska sociologija*, Zagreb, 2003., str. 157.

²⁶ Dijagnoza i drugi podaci vezani za pacijenta priopćavani su između kolega liječnika na latinskom jeziku, da bi se osiguralo isključenje neukog pacijenta od profesionalne tajne., Fabian E., *Informed Consent – or The Physician's Anxiety Delegated to the Patient*, *Medicine and Law*, no. 23., 2004., str. 355.

²⁷ Asimetrija odnosa pacijent – liječnik ima tri dimenzije: egzistencijalnu, socijalnu i epistemološku. Opširnije: Surbone, A., Lowenstein, J., *Exploring Asymmetry in the Relationship between Patients and Physicians*, *The Journal of Clinical Ethics*, Vol. 14., No. 3., 2003., str. 183 – 188.; Vidi i: Quist, N., *The Paradox of Questions and Answers: Possibilities for a Doctor-Patient Relationship*, *The Journal of Clinical Ethics*, Vol. 14., No. 1/2., 2003., str. 79 – 87.; McCullough, B. L., *The Nature and Limits of the Physician's Professional Responsibilities: Surgical Ethics, Matters of Conscience, and Managed Care*, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29., No. 1., 2004., str. 3 – 9.

²⁸ Čl. 58. Ustava Republike Hrvatske (*Narodne novine* br. 56/90., 135/97., 8/98. pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01.)

Hrvatsku, koja se obavlja (na primarnoj, sekundarnoj i tercijarnoj razini, te na razini zdravstvenih zavoda) kao javna služba i koju po stručno-medicinskoj doktrini i uz uporabu medicinske tehnologije obavljaju zdravstvene ustanove, trgovačka društva i privatni zdravstveni radnici. Iznimno zdravstvenu djelatnost mogu obavljati i druge pravne i fizičke osobe u skladu s posebnim zakonom. Zdravstvenu djelatnost obavljaju i ustrojbene jedinice Ministarstva obrane i Oružanih snaga Republike Hrvatske u skladu s posebnim propisima.

ZZZ uređuje načela, mjere, način provođenja te organizaciju zdravstvene zaštite, nositelje društvene skrbi za zdravlje stanovništva, prava i obveze osoba u korištenju zdravstvene zaštite te sadržaj, način obavljanja i nadzor nad obavljanjem zdravstvene djelatnosti.

Svaka osoba ima pravo na zdravstvenu zaštitu i na mogućnost ostvarenja najviše moguće razine zdravlja, ali i obvezu brinuti se o svome zdravlju. Svaka poslovno sposobna osoba suodgovorna je za očuvanje i unapređenje svoga zdravlja (čl. 22. st. 2., ZZZ).

Zdravstvena zaštita stanovništva Republike Hrvatske provodi se na načelima sveobuhvatnosti, kontinuiranosti, dostupnosti i cjelovitog pristupa u primarnoj zdravstvenoj zaštiti, a specijaliziranog pristupa u specijalističko-konzilijarnoj i bolničkoj zdravstvenoj zaštiti (čl. 10., ZZZ).

Sukladno čl. 21. ZZZ-a u ostvarivanju zdravstvene zaštite svaka osoba ima pravo na: 1. jednakost u cjelokupnom postupku ostvarivanja zdravstvene zaštite; 2. slobodan izbor doktora medicine i doktora stomatologije u skladu s odredbama ZZZ-a i pravilima zdravstvenog osiguranja; 3. zdravstvenu uslugu standardizirane kvalitete i jednakog sadržaja; 4. prvu pomoć i hitnu medicinsku pomoć kada mu je ona potrebna; 5. slobodan izbor između više mogućih oblika medicinskih intervencija koje mu ponudi doktor medicine, odnosno doktor stomatologije, osim u slučaju neodgodive intervencije čije bi nepodužimanje ugrozilo život i zdravlje osobe ili izazvalo trajna oštećenja;³⁰ 6. točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja; 7. odbijanje promatranja, pregleda i liječenja od strane studenata i odbijanje svih drugih intervencija koje bi samostalno obavljali zdravstveni radnici prije

²⁹ Zakoni su rezultat Vladinog programa reforme (reorganizacije i unapređenja) sustava zdravstva Republike Hrvatske. Vidi: *Reforma zdravstva: Strategija i plan reforme sustava zdravstva i zdravstvenog osiguranja Republike Hrvatske*, dokument predstavljen od strane Ministarstva zdravstva, te usvojen u Hrvatskom saboru u srpnju 2000. godine, <http://www.hrvatska21.hr/zdravstvo.pdf>; *Izješće Ministarstva zdravstva o stanju reforme zdravstva 2000-2003* http://www.vlada.hr/Zakoni/RefZdravstva2003/Izvjescje_o_stanju_reforme_zdravstva2.htm; Navedeni zakoni dostupni su na web stranici Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje: <http://www.hzzo-net.hr/>; Vidi: Hrabić, M. i dr., *Zbirka zdravstvenih zakona s obrazloženjem*, Zagreb, 2003.

³⁰ Ako osoba nije sposobna donijeti ovakvu odluku ili je maloljetna, za donošenje odluke ovlašteni su: bračni drug, roditelji, punoljetna djeca te punoljetna braća i sestre i skrbnik, odnosno zakonski zastupnik te osobe. Traženje te suglasnosti nije obvezno ako bi zbog njezinog pribavljanja proteklo vrijeme zbog čega bi život osobe bio ugrožen, a ona u tom trenutku nije u stanju donijeti takvu odluku.

položena stručnog ispita i ishodenog odobrenja za samostalan rad; 8. odbijanje da bude predmet znanstvenog istraživanja bez svoje suglasnosti, ili bilo kojega drugog pregleda ili medicinskog postupka koji ne služi dijagnosticiranju bolesti i njezinom liječenju, 9. povjerljivost svih podataka koji se odnose na stanje njezina zdravlja; 10. odbijanje pregleda i liječenja, uključivši tu i pravo da tijekom liječenja pisanim putem zatraži promjenu doktora medicine, odnosno doktora stomatologije zbog razloga koji ne mora šire obrazlagati; 11. prihvaćanje ili odbijanje kirurške i druge medicinske intervencije na tijelu ako je pri svijesti i sposobna je za rasuđivanje;³¹ 12. prehranu u skladu sa svojim svjetonazorom za vrijeme boravka u zdravstvenoj ustanovi, 13. obavljanje vjerskih obreda za vrijeme boravka u zdravstvenoj ustanovi u za to predviđenome prostoru, 14. pravo opremanja u mrtvačnici u slučaju smrti, uz primjenu vjerskih, odnosno drugih običaja vezanih uz iskaz pijeteta prema umrloj osobi. Pravo prihvaćanja, odnosno odbijanja pojedinih dijagnostičkih ili terapijskih postupaka osoba izražava potpisivanjem suglasnosti, osim ako je za to nesposobna ili maloljetna. Suglasnost za izbor doktora medicine i doktora stomatologije za nesposobnu ili maloljetnu osobu potpisuje bračni drug, roditelj, punoljetno dijete, punoljetni brat i sestra, zakonski zastupnik ili skrbnik.

3. Liječnik kao temeljni nositelj zdravstvene djelatnosti u Republici Hrvatskoj

Zakon o liječništvu uređuje pojam, ustrojstvo i uvjete za obavljanje liječničkog zvanja. Navedenim Zakonom istaknuto je djelovanje liječnika kao temeljnog, samostalnog i odgovornog nositelja zdravstvene djelatnosti. Liječnik je i mjerodavni nositelj zdravstvene djelatnosti koju obavlja poštujući osobito sljedeća načela: stalno održavanje i podizanje kvalitete liječničkih usluga u interesu zdravlja i društvenog blagostanja pučanstva, održavanje i promicanje povjerenja između liječnika i pacijenata te članova njihovih obitelji, poštivanje prava pacijenata, neovisno i profesionalno djelovanje te očuvanje i promicanje slobode i ugleda liječničkog zvanja, promicanje dostojanstvenog i odgovornog profesionalnog ponašanja poštivanjem u radu propisa, pravila struke te kodeksa medicinske etike i deontologije. U procesu donošenja odluka i izbora dijagnostike i odgovarajućeg liječenja liječnik je samostalan u postupanju sukladno znanstvenim saznanjima i stručno dokazanim metodama koje odgovaraju suvremenom standardu struke. Liječnik je dužan u obavljanju liječničke djelatnosti osobito: poštovati načela obavljanja liječničke djelatnosti, te suzdržavati se od svake aktivnosti koja nije spojiva s ugledom, dostojanstvom i neovisnošću liječničkog zvanja.

Liječničko zvanje liječnik može obavljati u radnom odnosu ili u privatnoj praksi. Liječnik u radnom odnosu obavlja liječničko zvanje u zdravstvenoj ustanovi, u

³¹ Za osobe koje nisu pri svijesti ili nisu sposobne za rasuđivanje suglasnost za medicinsku intervenciju daju bračni drug, roditelji, punoljetna djeca te punoljetna braća i sestre i skrbnik, odnosno zakonski zastupnik te osobe, izuzev u slučaju neodgodive medicinske intervencije.

trgovačkom društvu, odnosno kod druge pravne osobe koja obavlja zdravstvenu djelatnost ili kod drugog liječnika koji obavlja privatnu praksu. Liječnik obavlja liječničko zvanje privatnom praksom u vlastitom ili u zakupljenom prostoru.

Liječnik je dužan provesti potrebne mjere prevencije, dijagnostike, liječenja, odnosno rehabilitacije svim osobama kojima je on izabrani liječnik ili koje su upućene od strane drugog liječnika radi pružanja zdravstvene zaštite.

U hitnim stanjima liječnik je dužan pružiti pomoć svakom bolesniku bez odlaganja, a ostale bolesnike dužan je primati prema stupnju medicinskog prioriteta, odnosno prema listi čekanja. Hitnim stanjima smatraju se ona stanja kod kojih bi zbog nepružanja liječničke pomoći mogle nastati trajne štetne posljedice po zdravlje (invalidnost) ili po život bolesnika. Liječnik može odbiti pružanje liječničke pomoći osobi koja mu prijete ili je prema njemu, odnosno drugim zdravstvenim radnicima fizički agresivna, osim u hitnim stanjima. U tom slučaju liječnik je dužan osobi pružiti neophodnu hitnu liječničku pomoć ako mu je osigurana zaštita policije ili neki drugi oblik zaštite.

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. Liječnik je dužan u odnosu prema pacijentima postupati primjenjujući i poštujući odredbe posebnih zakona koji reguliraju prava pacijenata te odredbe Kodeksa Hrvatske liječničke komore.

Radi svojih etičkih, vjerskih ili moralnih nazora, odnosno uvjerenja, liječnik se ima pravo pozvati na priziv savjesti te odbiti provođenje dijagnostike, liječenja i rehabilitacije pacijenta ako se to ne kosi s pravilima struke te ako time ne uzrokuje trajne posljedice za zdravlje ili ne ugrozi život pacijenta. O svojoj odluci mora pravodobno izvjestiti pacijenta te ga uputiti drugom liječniku iste struke. Ako je liječnik zaposlen u zdravstvenoj ustanovi, trgovačkom društvu, odnosno drugoj pravnoj osobi koja obavlja zdravstvenu djelatnost ili kod drugog liječnika koji obavlja privatnu praksu, mora o odluci izvjestiti svog nadređenog, odnosno poslodavca.

Sve što liječnik sazna o pacijentu koji mu se obrati za liječničku pomoć, a u vezi 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. Liječnik je obvezan na zahtjev dati na uvid pacijentu svu medicinsku dokumentaciju koja se odnosi na dijagnostiku i liječenje njegove bolesti.

U slučaju preseljenja pacijenta, odnosno ako pacijent izabere drugog liječnika, liječnik, zdravstvena ustanova, trgovačko društvo, odnosno druga pravna osoba koja obavlja zdravstvenu djelatnost, obvezni su novoizabranom liječniku predati svu zdravstvenu dokumentaciju o pacijentu te sukladno propisima o vođenju i čuvanju medicinske dokumentacije pohraniti potpisanu izjavu o preuzetoj medicinskoj dokumentaciji.

Vrednovanje liječničkog rada, kao visoko specijalizirane djelatnosti od iznimne vrijednosti za pojedinca i društvo, u osnovnoj mreži zdravstvene djelatnosti uređuje se kolektivnim ugovorom, uzimajući u obzir dugotrajnost dodiplomskog školovanja,

specijalističkog usavršavanja i usavršavanja iz užih grana specijalnosti, trajne edukacije u svrhu obnavljanja odobrenja za samostalan rad te izuzetne odgovornosti za zaštitu zdravlja pojedinaca i cjelokupnog pučanstva. Vrednovanje liječničkog rada izvan osnovne mreže zdravstvene djelatnosti utvrđuje se cjenikom Hrvatske liječničke komore. Najnižu cijenu rada privatnih liječnika određuje Hrvatska liječnička komora. Hrvatska liječnička komora odobrava i pojedinačnu cijenu liječničkih usluga svakom privatnom liječniku. Privatni liječnik mora u prostoru obavljanja djelatnosti istaknuti cjenik svojih zdravstvenih usluga na dostupnom i vidljivom mjestu. Liječnik izvan osnovne mreže zdravstvene djelatnosti može obavljati liječničku djelatnost i bez naplate, u suradnji s vjerskim ili nevladinim udrugama ili samostalno (*karitativna djelatnost liječnika*). Obavljanje navedene djelatnosti liječnik mora prijaviti Hrvatskoj liječničkoj komori radi upisa u javnu knjigu Hrvatske liječničke komore.

4. Pravni odnos između davatelja zdravstvene usluge i pacijenta

Prvo je pitanje koje se postavlja u svezi s prirodom pravnog odnosa između davatelja zdravstvene usluge i pacijenta (korisnika zdravstvene usluge) da li je to privatnopravni ili javnopravni odnos. Razlike u sustavima zdravstvene zaštite nameću određene razlike u stajalištima. Ipak, izrazita većina pravnih teoretičara u svijetu smatra da je taj odnos, uključujući i odnos javna bolnica-pacijent, privatnopravne prirode, točnije da je to građansko pravni odnos,³² izuzev u Francuskoj i nekim švicarskim kantonima gdje smatraju da je odnos između javne bolnice i pacijenta javnopravne, odnosno upravnopravne naravi, da je, sukladno tome, liječnik javni službenik, te da su u postupcima za naknadu štete nadležni upravni sudovi.³³ Prema

³² Neki autori (Radišić, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 64 – 78.) ističu da tek zaključenjem ugovora s određenim pacijentom, opća zakonska dužnost medicinske ustanove pružiti zaštitu zdravlja građaninu, dobiva opipljiv sadržaj. Ugovor je jedino u stanju da porodi konkretan pravni odnos između medicinske ustanove i pacijenta. Sadržaj tog odnosa čini obveza ustanove da, koristeći saznanja medicinske znanosti, medicinsku tehniku, iskustvo i znanje svojih djelatnika, postavi pravilnu dijagnozu i obavi, odnosno odredi potrebno liječenje. Bez konkretnog ugovornog odnosa, medicinska ustanova i pacijent nisu u stanju da pojme i osjete međusobna prava i obveze. Za razliku od takvog stajališta neki autori (Mijačić, M., *Ugovor o prijemu pacijenta u bolnicu, odnosno kliniku*, Pravni život, br. 11-12., Beograd, 1993., str. 2045 – 2059.) ističu da se odnos između državne bolnice i pacijenta najčešće ne može tretirati kao ugovorni odnos, jer liječnik ima obvezu po zakonu da liječi i ne može odbiti obveznom osiguraniku uslugu, te nema pravo da ugovori naknadu kad je njegova zarada dopuštena i određena zakonom i propisima zdravstvene ustanove. Malo je slobode ugovaranja (naročito) u pogledu medicinskog tretmana i naknade, i za liječnika, i za pomoćnika, i za bolesnika. Odnos pacijent-bolnica je mješovite prirode. Liječnički dio djelatnosti je manje ugovorne, više zakonske prirode. Kad je bolnica u privatnom vlasništvu, a pacijent plaća usluge, sloboda ugovaranja je veća.

³³ Klarić, P., *Odgovornost za štete u medicini*, Informator (male stranice), br. 5016-5017, Zagreb, 2002., str. 5; Opširnije: Mémeteau, G., *International Encyclopaedia of Laws, Medical Law – Suppl. 12, France*, The Hague, London, Boston, 1998., str. 113 – 124.; Napominjemo da je u francuskom pravu ugovorna i izvanugovorna odgovornost pojedinaca i privatnih osoba pokrivena općim pravilima Građanskog zakonika, dok se na građanskopravnu odgovornost javnih ustanova

tome, odnos između davatelja zdravstvene usluge i pacijenta odnos je privatnopravne naravi, građanskopravni odnos, u pravilu, ugovorni odnos.

5. Pojam i pravna priroda ugovora između davatelja zdravstvene usluge i pacijenta

U pravnoj literaturi ovaj ugovor nema svoj ustaljen naziv, te ga se susreće pod različitim nazivima npr. *ugovor o liječenju*, *ugovor o liječničkoj usluzi*, *ugovor o tretmanu*, *ugovor o medicinskom tretmanu*, *ugovor o zdravstvenoj usluzi*,³⁴ *medicinski ugovor* itd. Ugovor te vrste najčešći je i jasno prepoznatljiv kada je riječ o privatnoj liječničkoj praksi, dok se kod državnih zdravstvenih ustanova on izvodi iz drugih okvirnih ugovora.³⁵

U hrvatskom pravu ugovor između liječnika i pacijenta, odnosno ugovor o medicinskom tretmanu nije uređen posebnim zakonom kao što je to slučaj s Nizozemskom. Nizozemska je usvojila specifično rješenje donoseći poseban *Zakon o medicinskom ugovoru, odnosno Zakon o ugovoru o medicinskom tretmanu* (donesen 17. studenog. 1994. godine),³⁶ koji je inkorporiran u Građanski zakonik, i

(npr. državnih bolnica) primjenjuju posebna pravila tzv. *le droit de la responsabilité administrative*. Postupci za naknadu štete između javne bolnice i pacijenta vode se pred upravnim sudovima (*Tribunaux administratifs, Cours d'appel administratives i Conseil d'Etat*), dok se sporovi između privatne bolnice, odnosno liječnika privatne prakse i pacijenta rješavaju pred civilnim sudovima (*Tribunaux d'instance ou de grande instance, Cours d'appel i Cour de Cassation*). Prema tome, osoba kojoj je prouzročena šteta medicinskim tretmanom obavljenim u javnoj bolnici, mora pokrenuti spor pred upravnim sudom koji će primijeniti pravila utvrđena od strane *Conseil d'Etat*, dok osoba koja je oštećena radnjom samostalnog liječnika ili liječnika zaposlenog u privatnoj bolnici, tužbu podnosi civilnom sudu koji će donijeti odluku sukladno pravilima utvrđenim Građanskim zakonikom. Navedena pravila u velikoj mjeri nude slična rješenja vezana za odgovornost za medicinske radnje, ali postoje i određene razlike., Opširnije: Galand-Caraval S., *Cases on Medical Malepractice in a Comparative Perspective – France*, Wien, New York, 2003., str. 102 – 108.; Napominjemo da je u Francuskoj postojanje ugovora između liječnika i pacijenta nedvosmisleno potvrđeno 20. 05. 1936. godine u presudi Kasacijskog suda u slučaju *Mercier (Dr Nickolas v M and Mme Mercier, Cour de Cassation 20. 05. 1936.)*. Pravila utvrđena u toj iznimno značajnoj presudi prihvaćena su u kasnijoj pravnoj praksi. Navedeno prema: Mémeteau, G., *International Encyclopaedia of Laws, Medical Law – Suppl. 12., The Netherlands*, The Hague, London, Boston, 1998., str. 69. i 70.

³⁴ *U nas bi se, prema terminologiji Zakona o zdravstvenoj zaštiti (st. 1. toč. 3 čl. 26. ZZZ) koji rabi sintagmu «zdravstvena usluga», mogao prihvatiti naziv ugovor o zdravstvenoj usluzi.*, Klarić, P. *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 384.; Ovakav naziv rabi i novi ZZZ (st. 1. toč. 3 čl. 21., ZZZ).

³⁵ *U pogledu svojih prava i obveza pacijent načelno ima jednak pravni položaj bez obzira na karakter davatelja zdravstvenih usluga.*, Mujović-Zornić, H., *Ugovor pacijenta sa lekarom*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2003., str. 246.

³⁶ *Wet Geneeskundige Behandelingen Overeenkomst – WGBO*; Vidi: Akveld, H, Hermans, H., *International Encyclopaedia of Laws, Medical Law – Suppl. 6, The Netherlands*, The Hague, London, Boston, 1995., str. 61 – 72.

koji podjednako uređuje prava i obveze pacijenta i liječnika na civilnoj tj. ugovornoj osnovi.³⁷

U hrvatskom pravu u nekim zakonima nalaze se odredbe koje uređuju odnos između davatelja zdravstvene usluge i pacijenta (bolesnika), te pojedinačna prava istih, ali zbog važnosti i osobitosti odnosa koje uređuje taj bi ugovor trebalo regulirati noveliranim Zakonom o obveznim odnosima, odnosno posebnim Zakonom o ugovoru o medicinskom tretmanu.³⁸

Temeljna dvojba vezana za pravnu prirodu ugovora o medicinskom tretmanu jest između ugovora o djelu i ugovora o usluzi.³⁹ Sa stanovišta hrvatskog prava ugovor o medicinskom tretmanu trebalo bi prosuđivati kao ugovor o djelu.⁴⁰ Naravno, ovdje su potrebna određena pojašnjenja i preciziranja, uzimajući u obzir činjenicu da Zakon o obveznim odnosima nema posebnih odredbi o ugovoru o uslugama, odnosno da ne pravi razliku između djela i usluge nego oba posla obuhvaća ugovorom o djelu.⁴¹

³⁷ Mujović-Zornić, *Neželjeno rođenje deteta kao slučaj štete i odgovornost lekara*, 2002., str. 68.; Mujović-Zornić, H., *Ugovor pacijenta sa lekarom*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2003., str. 250.

³⁸ Usporedi: Klarić, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 385. i 386.

³⁹ U pozadini te dvojbe je u biti jedna druga dvojba, naime je li kod tog ugovora objekt činidbe rad odnosno funkcija rada ili rezultat rada. U francuskoj pravnoj teoriji ovoj bi dvojbi odgovarala dvojba između obveze sredstva (*l'obligation de moyens*) i obveze rezultata (*l'obligation de résultat*); u rimskom pravu bi to bila dvojba između *locatio conductio operarum* i *locatio conductio operis*; u SAD-a bi to odgovaralo razlici između *implied contract* i *express contract*. U pravnoj teoriji prevladava kompromisno stajalište prema kojem je ugovor o usluzi pravilo, a ugovor o djelu iznimka; *implied contract* pravilo, a *express contract* iznimka. Drugim riječima, davatelj zdravstvene usluge u pravilu ne jamči uspjeh odnosno izlječenje pacijentu, nego da će svoj posao obaviti poštujući pravila medicinske struke, kratko rečeno, da će postupiti *lege artis*. Klarić, P., *Građansko-pravna odgovornost liječnika s posebnim osvrtom na područje ginekologije i porodništva*, Informator, br. 5202., Zagreb, 2004., str. 21.; Liječnik je u pravilu obavezan samo na obvezu sredstva., Kasacijski sud Francuske 25. 02. 1997., Navedeno prema: Klarić, P., *Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu*, Hrvatska pravna revija, br. 08., Zagreb, 2001, str. 22.

⁴⁰ Zubar koji ima privatnu ordinaciju i koji je prilikom vađenja zuba ozlijedio pacijenta (prijelom donje vilice) odgovara za štetu nastalu povredom ugovorne obveze, a ne na temelju izvanugovorne odgovornosti za štetu. Riječ je o ugovornom odnosu stranaka iz ugovora o djelu (čl. 600. ZOO-a). Tužitelj traži naknadu štete jer mu je pri vađenju korijena zuba nastala ozljeda u obliku loma vilice, dakle, ističe da izvođač nije izvršio djelo kako je ugovoreno i po pravilima posla, što je bio obavezan učiniti prema odredbi čl. 607., st. 1. ZOO-a. Tuženik se kao dužnik u takvom slučaju može osloboditi od odgovornosti za štetu uz pretpostavke iz odredbe čl. 263. ZOO-a, tj. ako dokaže da prilikom vađenja korijena zuba nije mogao spriječiti, ukloniti ni izbjeći lom vilice tužitelja., Vs, Rev-2156/91 od 08. 01. 1992. i Vs, Rev-1483/91 od 24. 10. 1991. Izbor 93/74., Navedeno prema: Crnić, I., *Naknada štete*, Zagreb, 1998., str. 167.

⁴¹ Ugovorom o djelu izvođač (poduzetnik, izvođač radova) obvezuje se da obavi određeni posao, kao što je izrada ili popravak neke stvari ili izvršenje kakva fizičkog ili intelektualnog rada i sl., a naručilac se obvezuje da mu za to plati naknadu (Čl. 600. Zakona o obveznim odnosima, Sl. l. SFRJ br. 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., Narodne novine RH br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01., u daljnjem tekstu: ZOO.); Vidi: Momčinović, H., *Ugovor o djelu*, Pravo u gospodarstvu, vol. 37., Zagreb, 1998., str. 1034 – 1061.

Ugovor o medicinskom tretmanu, u načelu, obuhvaća izvršenje određenog posla, odnosno usluge, ali ne i postizanje određenog rezultata.⁴² Dakle, navedeni ugovor se definira kao ugovor kojim se davatelj zdravstvene usluge, uz odgovarajuću naknadu, obvezuje pružiti zdravstvenu uslugu, a ne kao ugovor kojim se davatelj zdravstvene usluge obvezuje da pružajući zdravstvenu uslugu postigne rezultat i cilj zbog kojeg je medicinska radnja i poduzeta.⁴³ Liječnik je ispunio svoju obvezu ukoliko je postupio na ugovoreni način, odnosno na način koji proizlazi iz pravila medicinske struke i njezinih moralnih i etičkih načela te odgovarajućeg standarda (u našem pravu kao objektivni standard pažnje uzima se pažnja dobrog stručnjaka). Prema tome, ukoliko liječnik ne postupi na navedeni način i ne ispuni svoju obvezu izvršenja određene medicinske radnje, biće kriv za povredu ugovora, a pacijent će ga moći tužiti za naknadu štete. Potrebno je napomenuti da u medicinskoj praksi postoje posebni oblici ugovora između liječnika i pacijenta kod kojih izvršeni rad liječnika koincidira s ciljem ugovora, odnosno izvršeni rad liječnika cijeni se prema njegovom rezultatu i kvalitetu tog rezultata (npr. ugovor o kozmetičkoj operaciji,⁴⁴ ugovor o izradi zubne proteze i sl.).⁴⁵ Prema tome, ugovorom o medicinskom tretmanu davatelj zdravstvene usluge obvezuje se izvršiti određeni medicinski tretman, odnosno radnju čiji rezultat će se cijeliti s obzirom na prirodu obveze, sadržaj i cilj zdravstvene usluge koji su stranke htjele postići.

Bitno je naglasiti da iako prema svojim bitnim svojstvima predstavlja ugovor o djelu, ugovor o medicinskom tretmanu ima svoje posebnosti i izvjesnu *autonomiju*,

⁴² Ugovor o medicinskom tretmanu je klasičan primjer ugovora kod kojeg se postizanje određenog rezultata ne može garantirati. Također se ne može očekivati da određeni rezultati budu garantirani., Vidi: Claassen, N. J. B., Verschoor, T., *Medical Negligence in South Africa*, Pretoria, 1990., str. 115. i 116.; U ranije navedenoj presudi Kasacijskog suda Francuske u slučaju *Mercier (Dr Nickolas v M and Mme Mercier, Cour de Cassation 20. 05. 1936.)* precizirana je obveza liječnika kao obveza sredstva (*obligation de moyens*), a ne i obveza rezultata (*obligation de résultat*). Liječnik je obvezan izvršiti medicinsku uslugu savjesno, pažljivo i sukladno važećim pravilima medicinske znanosti (*des soins consciencieux, attentifs et conformes aus donnés de la science*).

⁴³ Vidi: Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1991., str. 711. i 712.

⁴⁴ *Obveza estetskog kirurga kod plastične operacije (abdominalna plastika, u ovom slučaju) je postizanje rezultata. Na kirurgu je teret dokaza da neuspjeh nije posljedica njegove krivnje. Samo u slučaju teškog slučaja operacije teret dokaza leži na pacijentu koji mora dokazati krivnju kirurga. U slučaju liječničke krivnje u obavljanju kirurškog zahvata, ustanova u kojoj je pacijent bio smješten za vrijeme operacije odgovara solidarno sa kirurgom (čak i kada je pacijent sa svakim od njih sklopio poseban ugovor). Naime, usluga koju pruža bolnica i usluga kirurga tako su usko povezane da subjektivno predstavljaju kompleksnu obvezu koja je nedjeljiva. Posljedica toga jeste ta da neispunjavanje obveze od strane jednog kontrahenta obvezuje na naknadu štete i drugog kontrahenta.*, Sud u Rimu, II građanski odjel, 01.06.2002., Čurković, M., *Sudska praksa u Os 2002/5.*, str. 50., Navedeno prema: Baza pravnih podataka Intellectio Iuris, Zagreb, www.pravnadatoteka.hr

⁴⁵ Vidi: Mujović-Zornić, H., *Ugovor o sterilizaciji*, Pravni život, br. 11-12., Beograd, 1993., str. 2083 – 2093.; Krulj, Lj., *Ugovor o implementaciji veštačkih zuba – vrsta ugovora o lekarskim uslugama*, Pravni život, br. 11-12., Beograd, 1993., str. 2083 – 2100.

odnosno vlastitu pravnu *fizionomiju* koja ga na određeni način razlikuje od klasičnog, odnosno općeg pojma ugovora o djelu.

Kada pacijent kontaktira liječnika i od njega zatraži neku (*medicinsku*) uslugu, a ovaj pristane da mu je pruži, među njima nastaje moralni i pravni odnos, *nastaje ugovor o medicinskom tretmanu*. Između njih se uspostavlja određeni odnos u kojem razvija dvosmjerna komunikacija, tj. razmjena informacija.⁴⁶ Ugovorom o medicinskom tretmanu obvezuje se davatelj (zdravstvene) usluge (fizička ili pravna osoba) pružiti zdravstvenu uslugu (koja je usmjerena na određenu medicinsku radnju tj. tretman) drugoj osobi, primatelju zdravstvene usluge (pacijentu), a pacijent se obvezuje platiti cijenu usluge, osobno ili putem zdravstvenog osiguranja, ako je zdravstveno osiguran. Ugovor o medicinskom tretmanu prestaje urednim i pravovremenim izvršenjem ugovornih obveza od strane davatelja zdravstvene usluge i pacijenta (što je najprirodniji i najpovoljniji način prestanka ugovora). Prema tome, navedeni ugovor prestaje kada je zdravstvena usluga izvršena i kada je isplaćena naknada za nju.⁴⁷

Ugovor između liječnika i pacijenta je neformalan, neimenovani (zakon mu ne određuje naziv i sadržaj), dvostranoobvezujući (jer za liječnika i pacijenta stvara uzajamne obveze), *intuitu personae* (budući da se temelji na osobnom uzajamnom povjerenju suugovaratelja), naplatan, konsenzualan ugovor (zato što je za njegov nastanak dovoljna suglasnost stranaka o bitnim sastojcima ugovora tj. o poslu koji kojeg treba obaviti i naknadi).⁴⁸

6. Ugovorne strane iz ugovora o medicinskom tretmanu

Ugovor se zaključuje u najvećem broju slučajeva s liječnikom kao ugovornom stranom, ali to može biti i drugi ovlašteni davatelj zdravstvene usluge u zavisnosti od konkretnog medicinskog tretmana.^{49,50} Druga ugovorna strana je pacijent, odnosno

⁴⁶ *Komunikacija je dvosmjerna ulica. Kao što je voljan pričati, liječnik mora biti voljan slušati pacijenta. On ne smije ignorirati pritužbe pacijenta, jer su one za njega stvarne i važne. Jedna od najčešćih pritužbi pacijenta je «pokušao sam reći liječniku, ali liječnik me nije htio slušati».*, Blackman, S. N., Bailey, P. C., op. cit., str. 60.; Vidi: Baker, D. K., *A Doctor's Legal Duty—Erosion of the Curbside Consult*, <http://www.thefederation.org/documents/Baker-Sp02.htm>

⁴⁷ Naravno, postoje i drugi slučajevi prestanka tog ugovora. Naime, navedeni ugovor prestaje ne samo primjenom općih pravila o prestanku ugovora, nego i primjenom posebnih pravila koja uređuju prestanak ugovora (o djelu) voljom ugovornih strana. I ovdje je potrebno naglasiti da prestanak ugovora o medicinskom tretmanu ima svoje posebnosti, te je stoga potrebno oprezno pristupiti primjeni posebnih pravila koja uređuju prestanak ugovora o djelu voljom ugovornih strana.

⁴⁸ Bez obzira što je u načelu neformalan (može se sklopiti u bilo kojoj formi – usmeno, pismeno itd.), jer nije propisan oblik za njegovo sklapanje, ugovaratelji ga mogu svojom voljom učiniti formalnim, odnosno mogu odlučiti da će ugovor sklopiti u određenom obliku npr. u pisanom obliku.

⁴⁹ *Određeni modaliteti odnosa liječnika i pacijenta mogu uvjetovati postojanje ugovora pacijenta s bolničkom ustanovom, odnosno klinikom. Strane u ugovoru s klinikom su rukovoditelj klinike i pacijent. Kao rukovoditelj mogu podjednako biti jedan liječnik ili liječnički kolektiv. Po*

svaka osoba koja je korisnik zdravstvene usluge. Pacijentom se smatra svaka osoba, bolesna ili zdrava, koja zatraži ili kojoj se pruža određena mjera ili usluga u cilju očuvanja i unapređenja zdravlja, sprječavanja bolesti, liječenja ili zdravstvene njege i rehabilitacije.⁵¹ Za maloljetne osobe, odnosno osobe bez poslovne sposobnosti ugovor sklapaju njihovi zakonski zastupnici. Međutim, ukoliko navedene osobe u hitnom slučaju svjesno zatraže liječničku uslugu i liječnik pristane na nju, nastaje pravno valjan ugovor (tzv. *faktički ugovor*). Pretpostavka je da se radi o interesu pacijenta koji nema pravno relevantnu volju.

pravilu, kod ambulantnog liječenja ne prihvaća se postojanje normalnog liječničkog ugovora. Klinika se bavi djelatnošću preko ambulante, tako da se ugovor ostvaruje između pacijenta i rukovoditelja klinike, ako on daje dopuštenje za postupanje. Liječnici su tada pomagači i iza njih stoji rukovoditelj. Mujović – Zornić, H., *Ugovor pacijenta sa lekarom*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2003., str. 259.; Neki autori (Mijačić, M., op. cit., str. 2051. i 2052; Klarić, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 386.; Cousy H., *De Graeve, Cases on Medical Malepractice in a Comparative Perspective – Belgium*, Wien, New York, 2003., str. 84., 85., 88. i 89.) napominju da su u praksi izgrađena tri tipa ugovora o prijemu u bolnicu. Prvi tip ugovora jest *jedinstveni ili totalni ugovor* (s bolnicom, o prijemu u bolnicu) kojim bolnica preuzima obvezu kompletnog bolničkog smještaja i liječničkog tretmana pacijenta. Za obveze odgovara vlasnik bolnice. Drugi tip ugovora s bolnicom je *razdvojeni ugovor* između vlasnika bolnice i samostalnog liječnika (koji nije u radnom nego u ugovornom odnosu s bolnicom, koristi njezine prostorije i uređaje za liječenje pacijenta) s jedne strane i pacijenta s druge strane. Pacijent ima dva dužnika, koji odgovaraju odvojeno svako za svoju obvezu. Treći tip ugovora naziva se *jedinstveni (totalni) ugovor o prijemu u bolnicu s dodatnim ugovorom s liječnikom, ugovor o totalnom prijemu u bolnicu uz dodatni ugovor s određenim liječnikom*. U ovome slučaju pacijent sklapa dodatni ugovor (pored totalnog ugovora s bolnicom) s (željenim) liječnikom u radnom odnosu s bolnicom (npr. liječnik - ortoped je zaposlen u bolnici i specijaliziran je za medicinske zahvate na koljenu, te je privilegirani da samostalno obavlja navedene operacije i da za to dobiva posebnu naknadu). Odgovora vlasnik bolnice, a liječnik za ono na što se dodatno obvezao.

⁵⁰ *Odgovornost liječnika kirurga i bolnice za loš ishod zahvata prema oštećenom pacijentu je solidarna. Ako se radi o kirurgu koji je djelatnik bolnice, dakle u ovisnom odnosu, on pacijentu odgovara temeljem izvanugovorne odgovornosti, a bolnica odgovara temeljem povrede ugovorne obveze, jer se u tom slučaju ugovorni odnos uspostavlja samo između bolnice i pacijenta.*, Tribunale Milano 12. Građanski odjel 10. 06. 1999. br. 5701., Čurković, M., *Osiguranje 2000/05.*, Navedeno prema: Baza pravnih podataka *Intellectio Iuris*, Zagreb, www.pravnadatoteka.hr

⁵¹ Takva definicija pojma pacijenta sadržana je u *Prijedlogu zakona o pravima pacijenata* koji je predsjedniku Hrvatskoga sabora podnijela Vlada Republike Hrvatske 13. svibnja 2004. godine. Odbor za ljudska prava i prava nacionalnih manjina Hrvatskoga sabora na 6. sjednici održanoj 26. svibnja 2004. godine razmotrio je (i prihvatio uz određene primjedbe) *Prijedlog zakona o pravima pacijenata*. (Vidi izvješće Odbora za ljudska prava i nacionalne manjine i Prijedlog zakona: <http://www.sabor.hr/default.asp?gl=200406010000003>; <http://www.vlada.hr/Download/2004/05/13/021-01.htm>). Napominjemo da je Hrvatska druga za promicanje prava pacijenata dostavila Ministarstvu zdravstva tijekom prosinca 2002. *Prijedlog nacrtu zakona o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenata*. Mr. sc. Đula Rušinović-Sunara, dr. med., specijalist opće kirurgije, predsjednica Hrvatske udruge za promicanje prava pacijenata te članica Upravnoga odbora Svjetske udruge za medicinsko pravo ističe da je *Zakon za zaštitu prava pacijenata* u predloženoj obliku, gotovo bez obzira na daljnje amandmane, samo kočnica istinske zaštite prava pacijenata i daljnje omogućavanje korupcije u zdravstvenome sustavu, za što se mogu iznijeti brojni argumenti., Vidi: <http://www.fokus-tjednik.hr/vijest.asp?vijest=2577>

Ugovorom se štite i prava trećih osoba koje su na određeni način (neizravno) uključene u medicinski tretman, npr. začeto, a još nerođeno dijete, koje je jednako zaštićeno ugovorom o medicinskom tretmanu sklopljenog između njegove majke i ginekologa.⁵² Takva treća osoba može izravno tužiti liječnika/bolnicu, odnosno tražiti naknadu (sekundarne) štete zbog kršenja ugovornih obveza, iako nisu s liječnikom/bolnicom u ugovornom odnosu.⁵³

7. Prava i obveze liječnika i pacijenta iz ugovora o medicinskom tretmanu

7.1. Obveza liječnika informirati (obavijestiti) pacijenta i pravo pacijenta biti informiran

Svaka osoba ima pravo na točno informiranje i pouku o svim pitanjima koja se tiču njezina zdravlja (st. 1. toč. 6. čl. 21., ZZZ).⁵⁴ Obveza informiranja pacijenta jedna je od temeljnih obveza liječnika i preduvjet za valjani pristanak pacijenta na medicinski tretman.⁵⁵ Pravo pacijenta biti informiran usko je vezano i temelji

⁵² Koch, A. B., *Austrian Cases on Medical Liability*, European Journal of Health Law, vol. 10. no. 2., 2003., str. 95.

⁵³ *Raspravljajući o odgovornosti zbog medicinske greške koju trpe osobe što nemaju položaj pacijenta, njemački i austrijski pravници barataju često s pravnom konstrukcijom «ugovora koji tvori obvezu zaštite trećih». Pod tim razumijevaju slabiji tip ugovora u korist trećeg što ga je, s osloncem na načelo savjesnosti i poštenja, izgradila sudska praksa. Na osnovu tog ugovora treće osobe ne stječu pravo da zahtijevaju ispunjenje glavne činidbe od dužnika, ali je dužnik obavezan da se prigodom ispunjenja obveze vjerovniku ponaša s pozornošću koja isključuje mogućnost oštećenja i određenih trećih osoba, pored vjerovnika. Prema tim osobama dužnik nema obvezu na činidbu u primarnome vidu, nego jedino obvezu pažljivog postupanja, tj. obvezu zaštite. Ako je prekrši i pričinu štetu trećim osobama, ona mogu od dužnika neposredno zahtijevati naknadu, i to ne samo po osnovu deliktne, nego i ugovorne odgovornosti. ...Njemački sudovi smatraju da u slučaju kad pacijent primi tuđu zaraženu krv, njegov bračni drug, djeca i nasciturus uživaju zaštitu od sekundarne infekcije na osnovu ugovora između bolnice i pacijenta. S druge strane, ako je sklopljen ugovor o liječenju djeteta, pa njegovo zdravlje bude pogoršano uslijed liječničke greške, roditelji mogu računati na ugovornu zaštitu od štete zbog povećanih troškova uzdržavanja djeteta.*, Radišić, J., *Odgovornost lekara i medicinskih ustanova zbog sekundarnih šteta*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 126. i 128.; Opširnije: Mujović-Zornić, *Neželjeno rođenje deteta kao slučaj štete i odgovornost lekara*, 2002.

⁵⁴ Liječnik će na prikladan način obavijestiti bolesnika o dijagnostičkim postupcima i pretragama, njihovim rizicima i opasnostima te rezultatima, kao i svim mogućnostima liječenja i njihovim izgledima na uspjeh te mu primjereno pružiti potrebne obavijesti da bi bolesnik mogao donijeti ispravne odluke o dijagnostičkom postupku i predloženom liječenju. U slučaju malodobnih osoba ili onih koji ne mogu donositi odluke o sebi, liječnik će se obratiti bolesnikovim roditeljima ili pravnim zastupnicima, odnosno, ako to nije moguće, odgovornost će podijeliti savjetujući se s drugim liječnicima (čl. 2. st. 7. Kodeksa medicinske etike i deontologije).

⁵⁵ Vidi: Radišić, J., *Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima operacije*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 27 – 45.; Đurević, N., *Obveza lekara da obavesti pacijenta o rizicima medicinske intervencije*, *Pravni život*, br. 11-12., Beograd, 1993., str. 2061 – 2081.; Đurević, N.,

se na pravu svakog pojedinca (pacijenta) na fizički i mentalni integritet i pravu pacijenta na samoodređenje u odnosu na vlastito tijelo. Ono u sebi uključuje pravo pacijenta da bude upućen i informiran o karakteru i ozbiljnosti njegove bolesti, općoj prirodi, rizicima, prednostima i ozbiljnosti predloženog tipa liječenja ili zahvata, mogućnostima uspješnog liječenja, bolovima (patnjama) i smetnjama koje se mogu očekivati i mjerama za ublažavanje istih, prognozama, učinkovitosti (djelotvornosti) i neškodljivosti (podnošljivosti) eventualno korištenog lijeka, dostupnosti i rizicima alternativnih metoda liječenja, te eventualno o eksperimentalnoj prirodi predloženog zahvata ili liječenja, mogućem sukobu interesa.^{56,57} Sadržaj i opseg obavijesti ovisi o razlogu pacijentova obraćanja liječniku.⁵⁸ U određenim slučajevima taj je razlog veoma specifičan, npr. HIV test. U ovome slučaju, sadržaj obavijesti određen je specifičnošću situacije. Ali u većini slučajeva pacijent dolazi liječniku s nejasnim informacijama, odnosno pritužbama o zdravlju, što po ovome pitanju stvara poteškoće. Koje će informacije liječnik dati pacijentu ovisi i o karakteru i hitnosti

Odgovornost lekara za štetu nastalu povredom obveze obaveštavanja pacijenta, Pravni život, br. 11-12., Beograd, 1992., str. 1772.

⁵⁶ Liječnik je obavezan otkriti pacijentu osobne interese, istraživačke ili ekonomske, izravno nevezane za pacijentovo zdravlje, ali koji mogu utjecati na njegove profesionalne odluke. Izostanak navedene obavijesti predstavlja kršenje liječnikove obveze obavljanja medicinske radnje samo uz pristanak informiranog pacijenta (*informed consent*), *Moore v. The Regents of the University of California*, Supreme Court of California, 1990., 51 Cal.3d 120, 793 P.2d 479, 271 Cal.Rptr. 146., Navedeno prema: Wade, J. W., Schwartz, V., Kelly, K., Partlett, D. F., Prosser, Wade and Schwartz - Cases and materials on torts, Westbury, New York, 1994., str. 191.

⁵⁷ *Dragovoljno podvrgavanje pacijenata kirurškom zahvatu pretpostavlja adekvatno informiranje istoga od strane kirurga o mogućim posljedicama zahvata, uključivši i negativne posljedice. Izostanak informacije o mogućim negativnim posljedicama osnovica je za odštetnu odgovornost kirurga.*, Kasacijski sud Italije 3. odjel 06.10.1997. br. 9705., Čurković, M., *Osiguranje 1999/04-05, Glavni liječnik, odjelni liječnik i vlasnik bolnice obvezani su naknaditi nematerijalnu štetu (platiti bolninu) zbog toga što su, prilikom transuretralne elektroresekcije (dijagnostički zahvat kod sumnje na rak prostate) propustili obavijestiti pacijenta o neminovnim promjenama tjelesnih funkcija u njegovu seksualnom životu.*, Oberlandesgericht Karlsruhe U 2/84 02.03.1988., Klarić, P., *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, Pravo i porezi 2002/09., str. 7. bilj. 37., *Odgovoran je liječnik zbog povrede obveze objašnjavanja situacije pacijentu, kada nije istinito i jasno objasnio situaciju u kojoj se nalazi te ga upoznao koliko realno ima šanse za uspjeh terapije protiv raka. Sve nejasnoće oko takvog objašnjenja čine temelj za odgovornost liječnika zbog povrede obveze objašnjenja pacijentu sadašnje i buduće situacije.*, Viši zemaljski sud Hamm 14.03.2001., Čurković, M., *Osiguranje 2002/02.*, Navedeno prema: Baza pravnih podataka *Intellectio Iuris*, Zagreb, www.pravnadatoteka.hr; *Zdravstvena ustanova odgovara za štetne posljedice operativnog liječenja, ako pacijentu nije predložila sve moguće posljedice operativnog zahvata na koji je inače, pristao.*, Vrhovni sud Srbije, Rev. 2714/92 od 8. 4. 1993., Navedeno prema: Krsmanović, T., Marković, N., *Naknada štete*, Beograd, 2000., str. 62.; Zanimljiva su dva slučaja iz engleske sudske prakse vezana za pitanje obavješćivanja pacijenta: *Eyre v. Measday* (1986) i *Thake v. Maurice* (1986), Vidi: Nelson-Jones, R., *Medical Negligence Case Law*, London, 1990., str. 327.

⁵⁸ Koji je opseg obavijesti jedno je iznimno bitno medicinsko, etičko i pravno pitanje. Odgovori na ovo pitanje su različiti.

konkretnog medicinskog tretmana. Ukoliko je manji stupanj hitnosti medicinske intervencije, veća je potreba za opsežnijim i detaljnijim informacijama o rizicima i mogućim posljedicama medicinskog tretmana.⁵⁹ Tako npr. u slučaju kozmetičke operacije koja nije nužna (hitna), liječnik mora i može dati više informacija nego u slučaju intervencije koja je hitna.⁶⁰ Liječnik je dužan pacijenta informirati razumljivo (laičkim, a ne stručnim jezikom), odnosno rječnikom koji je primjeren njegovim sposobnostima (s obzirom na dob, obrazovanje i mentalno stanje itd.) razumijevanja relevantnih okolnosti bolesti i predloženog liječenja, na način da mu moraju biti pružene sve informacije koju su konkretnom (a ne samo *razumnome, razboritom*)⁶¹ pacijentu bitne pri donošenju odluke.⁶² Potrebno je da liječnik

⁵⁹ Posch, W., *International Encyclopaedia of Laws, Tort Law – Suppl. 6., Austria*, The Hague, London, New York, 2004., str. 53. i 54.

⁶⁰ *Ako bi željeni rezultat neke kozmetičke operacije (liposukcija, isisavanje masnih naslaga) mogao biti postignut samo kroz daljnje operativne zahvate (skidanje kože na trbuhu i ostalim dijelovima tijela), liječnik je obavezan pacijentu izričito ukazati na predstojeće zahvate i šanse za uspjeh, kako bi pacijent sam odlučio da li će se podvrgći zahvatu ili ne. U konkretnom slučaju, liječnik je morao objasniti pacijentici da značajnije uklanjanje masnog tkiva može uzrokovati pojavu nepravilnih nabora, koje neće biti moguće potpuno ukloniti. Ako liječnik ne postupi tako, operacija koju izvodi, s obzirom da nema svjesne suglasnosti pacijenta, jeste protupravna. Liječnik kirurg dužan je platiti oštećenju s naslova naknade nematerijalne štete iznos od 8,000 DM i povrat honorara za operaciju u istom iznosu.*, Viši zemaljski sud Duesseldorf 20.03.2003. br.-8 U 18/02, Ćurković, M. Sudska praksa u Os. 2004/06, str. 46.; Navedeno prema: Baza pravnih podataka *Intellectio Iuris*, Zagreb, www.pravnadatoteka.hr; *Kod zamašnih tjelesnih zahvata koji sljeduju samo radi kozmetičkih ciljeva, razloge za i protiv treba pacijentu brižljivije izložiti. Pošto nedostaje medicinska indikacija i pošto bi odbijanje zahvata bilo neškodljivo, nema mjesta ograničenju obavještenja. U tom cilju mogu se upotrijebiti i sredstva koja obavještenje o medicinski indiciranom zahvatu ne podrazumijeva. Zato je liječnik trebao staviti tužiteljici na raspolaganje i slike u koji iz stručne literature, kako bi ona bila stanju da stekne jasnu predstavu o mogućim posljedicama operacije. Za podrobno obavještenje formular kojim se bolnica služi nije bio podesan. Kako liječnik nije pravilno obavijestio tužiteljicu o vrsti, visini i širini mogućih ožiljaka obavljena operacija je protupravna, jer joj nije prethodio punopravni pristanak tužiteljice.*, Vrhovni zemaljski sud Munchen 19. 09. 1985., Radišić, J., *Kozmetička operacija i odgovornost operatera*, Pravni život, br. 09., Beograd, 2002., str. 178. i 179.

⁶¹ Kao što ističu neki autori (Đurević, N., op. cit., str. 2066. i 2067.), standard *razumnog pacijenta* prevladava u pravnim sustavima zapadnoeuropskih zemalja, uključujući i anglo-američko pravno područje. Prema tome standardu obavijest treba da obuhvati sve okolnosti (rizike) koje su za liječnika saznatljive i kojima bi razboriti pacijent, u istom položaju, vjerojatno pridao značenje kad odlučuje da li da pristane na medicinsku intervenciju ili ne. Međutim, (navedeni autor citira Giesen, D., *Arztatungrrecht um Umbruch (II) – Dei aerztlichen Aufklaerungspflicht in Der Rechtsprechung seit 1974*, Juristenzeitung, br. 11-12/1982, str. 395.) liječnik ne može *a priori* poći od toga da pred sobom ima *razumnog pacijenta*, nego obavijest mora prilagoditi konkretnom bolesniku, njegovim intelektualnim vidicima i stupnju znanja.

⁶² Liječnik treba informirati pacijenta laičkim rječnikom, a ne latinskim riječima i izrekama. Ukoliko pacijent ne govori npr. hrvatski jezik, davatelj zdravstvene usluge treba osigurati prijevod informacija na pacijentu razumljiv jezik, odnosno liječnik se mora prilagoditi jezičnim i intelektualnim sposobnostima pacijenta.

pacijenta pravovremeno (ni suviše rano, ni suviše kasno, ovisno od konkretnog slučaja i situacije)⁶³ informira (usmeno ili pismeno)⁶⁴ toliko potpuno i detaljno da bi pacijent temeljem tih informacija mogao donijeti odluku o tome želi ili ne želi pristati na predloženi tretman. S obzirom da je obveza davanja navedenih informacija jedno od temeljnih elemenata stručnog i pažljivog postupanja liječnika, ona mora biti izvršena osobno i blagovremeno, odnosno liječnik je ne smije prenijeti na medicinske sestre ili drugo pomoćno medicinsko osoblje. Naravno da to ne znači da medicinske sestre i drugo pomoćno medicinsko osoblje nemaju obvezu informirati pacijenta o aktivnosti koje oni mogu poduzeti.⁶⁵ U određenim situacijama informiranje bi moglo imati iznimno negativan učinak na pacijenta (*medicinska kontraindikacija*). Stoga, u određenim slučajevima kada posebni razlozi opravdavaju takav postupak, obveza informiranja pacijenta može biti ograničena, posebice u slučaju kad bi to bilo od koristi za pacijenta (tzv. *terapeutske iznimke*). Naravno, liječnik mora dokazati da je takav njegov postupak opravdan. Također, u određenim slučajevima nema potrebe, odnosno svrhe informirati pacijenta, jer je stanje pacijenta takvo da on ne može razumjeti upućene informacije (npr. pacijent bez svijesti, znatno iscrpljen pacijent, nesposoban za rasuđivanje i sl.).⁶⁶ U takvim slučajevima liječnik može ograničiti informacije ili jednostavno ne dati informacije pacijentu, ali to ne znači da ne mora informirati npr. pacijentovog bračnog druga ili zakonskog zastupnika.⁶⁷

Bez obzira što je pacijent već obaviješten, odnosno upoznat s rizicima medicinske intervencije, bilo da je znanje stekao putem odgovarajuće literature

⁶³ Obavijest dana pacijentu većer prije operacije smatra se pravovremenom. Slično: Vrhovni sud Austrije (*Oberster Gerichtshof*, OGH), 14. 4. 1998., Navedeno prema: Koch, A. B., Koziol, H., *Cases on Medical Malepractice in a Comparative Perspective – Austria*, Wien, New York, 2003., str. 64. i 65.; Ukoliko je pripremna faza operacije počela, tada će se liječnikova obavijest dana u toj fazi smatrati nepravovremenom., Cousy H., De Graeve, op. cit., str. 86.

⁶⁴ *Usmeni oblik pogoduje stvaranju odnosa povjerenja između liječnika i pacijenta. Da bi, međutim, liječnici imali dokaz o danim obavijestima zahtijeva se, u novije vrijeme, da pacijent prije medicinskog zahvata potpiše unaprijed sročenu izjavu da je obaviješten o zahvatu, rizicima itd. te da na nj daje svoj pristanak. Takvoj se praksi prigovara da kod bolesnika izaziva nemir, strah i dojam da sav rizik zahvata preuzima na sebe.*, Barbić, J. (urednik), *Odgovornost za štete zbog grešaka u medicini*, Tribina Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba, Bilten br. 2., Zagreb, 2001., str. 9.; Neki autori (Koch, A. B., Koziol, H., op. cit., str. 61. i 62.) ističu da ukoliko pacijent primi samo pisanu obavijest o medicinskom tretmanu i potpiše da je obaviješten (bez prethodnog razgovora s liječnikom), bolnica krši svoju obvezu informiranja pacijenta o rizicima tretmana (OGH, 31. 1. 1995.). Sama pisana obavijest nikada ne zadovoljava standard učinkovitog informiranja pacijenta o mogućim rizicima medicinske intervencije.

⁶⁵ Nys, H., *International Encyclopaedia of Laws, Medical Law – Suppl. 9., Belgium*, The Hague, London, Boston, 1997., str. 84.

⁶⁶ Vidi: Westerhäll, L. V., *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life - Country Report Sweden*, Berlin, Heidelberg, New York, 2000., str. 884.

⁶⁷ Potrebno je napomenuti da pravilo čuvanja liječničke tajne može ponekad ograničiti pravo na informaciju.

ili njime raspolaže s obzirom na svoje zanimanje ili obrazovanje, liječnik je uvijek obavezan uvjeriti se u prethodnu obaviještenost pacijenta.⁶⁸

Posebno je pitanje – što ako pacijent ne želi biti informiran o svome zdravstvenom stanju? Naravno da takav stav, odnosno samoodređenje pacijenta treba poštivati, ali (samo) do određene granice. Pravo pacijenta na samoodređenje koje bi moglo dovesti do ozbiljnog pogoršanja vlastitog zdravstvenog stanja, odnosno do ugrožavanja vlastitog života, ali i zdravlja i života drugih osoba, može biti ograničeno. Dakle, pacijent se ne može odreći prava na obaviještenost u slučajevima u kojima mora biti svjestan prirode svoje bolesti, kako ne bi ugrozio zdravlje drugih (npr. u slučaju zaraznih bolesti).

Pristanak informiranog pacijenta - informirani pristanak⁶⁹ (engl. Informed Consent)⁷⁰

Preduvjet za bilo kakvu medicinsku radnju, odnosno tretman, jest pristanak pacijenta, i to, informiranog i kompetentnog pacijenta. Dakle, informacija je preduvjet pristanka pacijenta na određeni medicinski postupak.⁷¹ Kvaliteta, ali i učinak, informacije ovisi o nijansama (sukladnost konkretnog, stvarnog i nesvjesnog sadržaja informacije), koje, u krajnjoj liniji, značajno djeluju na odnos između liječnika i pacijenta.⁷² Informirani pristanak jedno je od temeljnih prava pacijenata.⁷³ Potrebno je naglasiti da se informacija i pristanak sadržani u pravu pacijenta na

⁶⁸ Tako: Radišić, J., *Dužnost lekara da pacijenta obavesti o rizicima operacije*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 36.

⁶⁹ U literaturi se stoga govori o «informiranom pristanku» što je jezički i logički neispravno. *Jasno je da se, u stvari, misli na pristanak «informiranog pacijenta»*, Radišić, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 189.

⁷⁰ Kao zaseban pravni institut (informirani) pristanak se vrlo često i detaljno obrađuje u pravnoj teoriji. Međutim, ovdje ćemo se ograničiti na pružanje djelomičnog uvida u razumijevanje toga pravnog instituta, bez upuštanja u potanku analizu (koja bi zahtijevala zaseban rad). Ovdje moramo napomenuti da je pitanje pristanka informiranog pacijenta analizirano i u brojnim radovima koji se ne bave izravno pravnom dimenzijom tog instituta. Navedeni radovi su iznimno značajni za cjelovito razumijevanje pravnog instituta informiranog pacijenta., Vidi: Fan, R., Tao, J., *Consent to Medical Treatment: The Complex Interplay of Patients, Families, and Physicians*, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29., No. 2., 2004., str. 139 – 148.; Cong, Y., *Doctor-Family-Patient Relationship: The Chinese Paradigm of Informed Consent*, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29., No. 2., 2004., str. 149 – 178.; Fan, R., Li, B., *Truth Telling in Medicine. The Confucian View*, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29., No. 2., 2004., str. 173 – 193.; Cherry, M. J., Tristram Engelhardt Jr., H., *Informed Consent in Texas: Theory and Practice*, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 29., No. 2., 2004., str. 237 – 252.

⁷¹ Neki autori (Berger, K., *Informed Consent: Information or Knowledge?*, *Medicine and Law*, vol. 22., str. 743 – 750.) ističu da je informacija nedovoljan standard za pristanak. Pacijent treba nešto više od informacije, treba znanje (*knowledgeable consent vs. informed consent*). Informacije su blokovi za gradnju, a znanje je *gotov proizvod*.

⁷² Tako: Fabian, E., op. cit., str. 358.

⁷³ Informirani pristanak, u širem smislu, može biti prozor u zdravstveni sustav određene države. Kako se pojedinci i institucije u konkretnoj državi odnose prema tome pravu, može biti pokazatelj njihova stava prema zaštiti prava pacijenata i ljudskim pravima općenito., Tako: Blum, J. D., Talib.,

informirani pristanak ne podudaraju. Pristanak može postojati bez informacije, npr., u hitnim slučajevima se pristanak pacijenta presumira. Također, u mnogim je slučajevima obveza informirati pacijenta mnogo važnija za njegovo zdravlje nego obveza dobivanja pristanka, npr. nakon medicinske intervencije liječnik mora informirati pacijenta o njenim rezultatima, načinu oporavka, uputama koje pacijent mora slijediti itd. Obveza informiranja pacijenta postoji neovisno od obveze traženja pristanka. To je u cijelosti jasno kod npr. HIV testa ili kada je stanje pacijenta takvo da nikakva terapija nije upotrebljiva, odnosno korisna.

Sukladno odredbama ZZZ-a u ostvarivanju zdravstvene zaštite pacijentu je zajamčeno pravo da odbije pregled i liječenje.⁷⁴ Pacijent mora imati pravo na donošenje vlastite odluke u svezi sa svakim medicinskim postupkom ili zahvatom koji na njemu treba biti izvršen. Liječenje bez pristanka pacijenta protupravna je i nemoralna radnja koja kao takva (u hrvatskom pravu) ima karakter kaznenog djela samovoljnog liječenja, a u građanskopravnom smislu takvo liječenje je temelj za civilnu odgovornost i odštetne zahtjeve.⁷⁵ Poštivanje volje pacijenta hoće li se podvrći liječenju ili će ga odbiti (*voluntas aegroti suprema lex*) znači poštivanje njegovog prava na samoodređenje u odnosu na vlastito tijelo, odnosno zdravlje. Nitko ne smije biti podvrgnut bilo kakvu obliku zlostavljanja ili, bez svoje privole, liječničkim ili znanstvenim pokusima.⁷⁶ Pristanak nije valjan ako se odnosi na protupravnu radnju (npr. nedozvoljeni prekid trudnoće)⁷⁷ ili ako zahvat medicinski nije opravdan.⁷⁸

N., Carstens, P., Nasser, M., Tomkin, D., McAuley, *Rights of Patients: Comparative Perspective from Five Countries*, Medicine and Law, Vol. 22., 2003., str. 457. ; Vidi: Manning, J., *Informed Consent to Medical Treatment: The Common Law and New Zealand's Code of Patient's Rights*, Medical Law Review, no. 12., 2004., str. 181 – 216.

⁷⁴ Vidi: st. 1. toč. 5., 7., 8., 10. i 11. čl. 26. ZZZ

⁷⁵ *Nedopustivo je i protivno načelu nepovredivosti fizičkog integriteta vršenje operativnog zahvata na nekoj osobi protiv njene volje, pa i u slučaju kad bi to bilo od koristi za tu osobu, osim ako ne predleže posebni razlozi koji opravdavaju takav postupak, kao što je životna opasnost i stanje bolesnika zbog kojeg on nije u mogućnosti dati svoj pristanak*, Vrhovni sud Hrvatske, Gž. 1554/74, od 19. 3. 1975. god., ZSO, knj. I., sv. 4. (nova serija), str. 206., odluka br. 504., Navedeno prema: Radišić, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd, 1986., str. 177.

⁷⁶ Čl. 23. st. 1 Ustava RH

⁷⁷ *Ništava je izjava oštećenika kojom je pristao da mu se učini šteta radnjom koja je zakonom zabranjena*. (čl. 163. st. 2. ZOO). *To bi bilo npr. u slučaju kada bi oštećenik svojom izjavom dao pristanak kirurgu da mu amputira neki važni organ, mada za to ne postoje medicinske indikacije ili zakonom dopušteno presađivanje organa.*, Gorenc, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., str. 229.

⁷⁸ *Iz njemačke sudske prakse nalazimo primjer starije pacijentice koja je za svoju glavobolju „okrivila“ plombirane zube i odlučno inzistirala kod svojeg stomatologa da joj ih sve izvadi. Nakon perioda nećkanja, stomatolog je, uz propisani i potpisani informirani pristanak, udovoljio izričitoj želji pacijentice i izvadio joj sve plombirane zube. Kada se nakon nekog vremena utvrdilo da plombirani zubi ipak nisu bili uzrok glavobolja pacijentice jer su one i dalje bile prisutne, ista je ustala sa tužbom za naknadu štete prema stomatologu. Njemački sud je potpisani informirani pristanak proglasio nevažećim jer vađenje zubiju nije bilo medicinski opravdano, tj. bilo je protiv*

Sposobnost pacijenta da daje pravno relevantno očitovanje kojim pristaje na medicinski tretman prvi je uvjet pravno valjanog pristanka.⁷⁹ Nadalje, pacijent mora shvatiti na što pristaje. Drugim riječima, pacijent mora biti upoznat sa svim relevantnim činjenicama vezanim za konkretni medicinski tretman te shvatiti značenje i rizike istog. Sposobnost pacijenta da daje pravno relevantno očitovanje kojim pristaje na medicinski tretman ne treba vezati za poslovnu sposobnost, jer osoba koja nije potpuno poslovno sposobna može dati pravno relevantno očitovanje kojim pristaje na medicinsku intervenciju, ukoliko je sposobna za rasuđivanje.⁸⁰ Prema tome, ukoliko pacijent nije sposoban za rasuđivanje, ali i ako nije upoznat s činjenicama bitnim za pristanak na konkretnu medicinsku radnju, njegov pristanak nije pravno valjan. Suglasnost za medicinsku intervenciju za osobe koje su (*de facto* i *de iure*) nesposobne, daje (zakonski) zastupnik te osobe, izuzev u slučaju neodgodive medicinske intervencije.⁸¹ Pristanak mora biti učinjen slobodno. To znači, da pristanak iznuđen prijetnjom, odnosno upotrebom sile nije valjan. Pacijentov pristanak, odnosno (samo)određenje mora biti ozbiljno i ne smije se uzimati kao šala.

Pristanak je moguće dati i u pismenoj i u usmenoj formi, a pored toga pristanak se može izraziti i konkludentno (radnjama iz kojih proizlazi da postoji odgovarajuća volja).⁸²

Bolnice i klinike često zahtijevaju da pacijenti prigodom prijama u bolnicu potpišu izjavu o pristanku na liječenje.^{83,84} Međutim, bitno je naglasiti da za valjanost

pravila struke. Medicinski neopravdani zahvat, postupanje protiv pravila struke i odgovornost liječnika za isto, ne može „pokriti“ ni opravdati nikakav pristanak pacijenta u bilo kakvoj formi., Navedeno prema: Mađarić, J., *Informirani pristanak – pravo svakog pacijenta*, <http://www.pacijent-danas-rijeka.hr/news.aspx?newsID=83&pageID=30>

⁷⁹ *Dijete ispod 16 godina može dati valjan pristanak na medicinski tretman pod uvjetom da je doseglo potreban stupanj zrelosti, inteligencije i sposobnosti da shvati prirodu predloženog tretmana.*, Dom lordova (House of Lords) Gillick v/s West Norfolk and Wisbech Area Health Authority 1986. g., Navedeno prema: Klarić, P., *Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu*, Hrvatska pravna revija, br. 08., Zagreb, 2001, str. 32.

⁸⁰ Tako: Caulfield, T., *Encyclopaedia of Laws, Medical Law – Suppl. 16., Belgium, The Hague*, London, Boston, 1999., str. 60.

⁸¹ Tako i čl. 465. i 466. nizozemskog Zakona o medicinskom ugovoru., Vidi: Markenstein, F. L., *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life - Country Report The Netherlands*, Berlin, Heidelberg, New York, 2000., str. 743.; Napominjemo da sukladno odredbama hrvatskog ZZZ-a suglasnost za medicinsku intervenciju za osobe koje nisu pri svijesti ili nisu sposobne za rasuđivanje daju bračni drug, roditelji, punoljetna djeca te punoljetna braća i sestre i skrbnik, odnosno zakonski zastupnik te osobe.

⁸² Opširnije: Đurević, N., *Forma izražavanja pristanka pacijenta na liječenje*, u: *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 111 – 122.

⁸³ *Prigodom prijama zamolit će vas da potpišete izjavu o pristanku na liječenje. Ako vam neki podaci nisu jasni ili niste sigurni želite li ih potpisati, savjetujte se s osobljem i/ili članovima obitelji.* Vidi: *Vodič za pacijente KBC Zagreb*, http://www.kbc-zagreb.hr/doc/vodic/vodic_finalno.pdf; *Potpisivanje uobičajenog bolničkog obrasca za pristanak pacijenta na liječenje ne udovoljava zahtjevu pristanka informiranog pacijenta*, *Cunningham v. Parikh*, 472 So. 2d 746, 748, Fla. App. 1985., Slučaj naveden prema: Blackman, S. N., Bailey, P. C., op. cit., str. 274. i 275.

pristanak nije dovoljan tzv. opći pristanak tj. pristanak na liječenje koji podrazumijeva i pristanak na svaki dijagnostički i terapijski zahvat (ali i dodatne mjere i opće i posebne rizike, čak i ako oni nisu izričito rečeni) za vrijeme njegova trajanja, nego je potrebno da se pristanak odnosi na određene medicinske zahvate i s njima skopčane rizike, pa i osobu liječnika tzv. posebni pristanak.⁸⁵ Pristanak se može svakodobno opozvati, čak i ako je medicinsku radnju započeo, izuzev ako bi se time ugrozio život pacijenta. Pacijenta treba obavijestiti o posljedicama odbijanja ili prekidanja medicinskog postupka te mu ih treba pažljivo objasniti.

Postoje posebni slučajevi kada pristanak na određeni medicinski postupak od strane pacijenta nije moguć, tj. nije potreban.⁸⁶ Postupanje onoga tko vrši medicinsku radnju bez pristanka pacijenta dopušteno je u slučaju neodgodive medicinske intervencije čije bi nepoduzimanje ugrozilo život i zdravlje pacijenta i izazvalo trajna oštećenja, ali i u slučaju medicinske intervencije nad osobama koje su obvezne da joj se podvrgnu. Osoba s mentalnim poremećajem ozbiljne naravi može se, bez njezina pristanka, podvrći zahvatu u cilju liječenja njezina mentalnog poremećaja samo ako bi bez takva tretmana vjerojatno došlo do teškog oštećenja njezina zdravlja. Treba naglasiti da se presumpcija pristanka pacijenta u hitnim slučajevima ne može prihvatiti ako je iz ranijih izjava ili određenja pacijenta (npr. vjersko određenje Jehovinog svjedoka da ne pristaje primiti tuđu krv)⁸⁷ očito da bi pacijent odbio pristanak da je bio u mogućnosti to učiniti. Naravno, kada roditelj odnosno staratelj u ime djeteta ne pristane na transfuziju krvi, liječnik treba to učiniti i protiv njihove volje.⁸⁸ Roditelj, odnosno staratelj djeteta ne smije svoje pravo odlučivanja umjesto djeteta zlorabiti, odnosno ne može svoja vjerska uvjerenja smatrati vrijednijim od obveze očuvanja života djeteta.

7.2. Obveza izvršenja medicinskog tretmana osobno

Ugovor između liječnika i pacijenta je ugovor *intuitu personae* budući da se temelji na osobnom uzajamnom povjerenju suogovaratelja (liječnika i pacijenta). *Intuitu personae* priroda ugovora između liječnika i pacijenta je pravni izraz

⁸⁴ *Okolnost da je pacijent dao suglasnost za poduzimanje operativnog zahvata u svrhu liječenja, samo po sebi ne oslobađa bolnicu od odgovornosti za propuste prilikom operativnog zahvata.*, Vrhovni sud Republike Hrvatske Rev. 3374/1993. od 11. svibnja 1995. g., Izbor odluka 2/1996-52.

⁸⁵ Tako: Klarić, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 405.; Vidi: Westerhäll, L. V., op. cit., str. 888. i 889.

⁸⁶ Kasacijski sud (*Hof van Cassatie*) Belgije je prihvatio doktrinu *presumiranog pristanka* pacijenta u odluci od 04. 10. 1974. godine. Prema navedenoj doktrini liječnik može smatrati da je pacijent pristao na određenu medicinsku intervenciju, ako je o njoj pacijent primio dovoljno informacija., Navedeno prema: Cousy H., De Graeve, op. cit., str. 86.

⁸⁷ Opširnije: Klajn-Tatić, *Nepristajanje pacijenta na medicinsku intervenciju iz verskih pobuda*, u: *Medicinsko pravo*, Beograd, 1998., str. 87 – 99.

⁸⁸ Radišić, J., *Odgovornost zbog uskraćivanja hitne medicinske pomoći*, Pravni život, br. 9., Beograd, 1995., str. 209.

povjerenja između ugovornih stranaka.⁸⁹ Pacijent bira liječnika pouzdavajući se u njegovu stručnost i profesionalnost, ali često i osobni odnos s liječnikom, što znači da liječnik mora uživati njegovo povjerenje. Upravo zbog toga temeljno je pravilo da medicinsku uslugu mora izvršiti osobno liječnik, ali odstupanja su moguća. Liječnik se može koristiti svojim pomoćnicima za određene poslove iz konkretnog medicinskog tretmana, ali glavne medicinske radnje mora obaviti sam.⁹⁰ Osobna svojstva liječnika kod ugovora između liječnika i pacijenta su posebno značajna, te stoga liječnik može povjeriti drugoj osobi izvršenje medicinske usluge samo iznimno. On može povjeriti izvršenje ugovornih obveza iz ugovora o medicinskom tretmanu drugome liječniku samo onda kada se s time suglasio pacijent, te ako je na to primoran okolnostima. Suglasnost pacijenta izraz je njegova povjerenja u pouzdanost, stručnost i profesionalnost drugog liječnika i glede izbora zamjenika. U slučajevima kada je davatelj zdravstvene usluge povjerio izvršenje zdravstvene usluge i uputa za njezino izvršenje drugoj osobi uz suglasnost pacijenta, odgovara samo za izbor zamjenika (*culpa in eligendo*) i za upute koje mu je dao (*culpa in instruendo*). Ipak, u pojedinim prilikama davatelj zdravstvene usluge može, vodeći računa o interesima pacijenta, smatrati da je učinkovitije za određene medicinske radnje angažirati drugog liječnika koji se specijalizirao za izvršenje takvih poslova i samo je tada potrebna suglasnost pacijenta, jer on mora biti pravodobno i podrobno izviješten o okolnostima zbog kojih se ispunjenje medicinske usluge prenosi, te o medicinskim radnjama koje će obaviti zamjenik.

7.3. Obveza obaviti pregled, uzeti podatke za anamnezu, postaviti dijagnozu i indikacije, te liječiti pacijenta prema važećim pravilima (medicinske struke (lege artis) i moralnim zakonima medicinske profesije

Bitan sadržaj ugovornog odnosa između liječnika i pacijenta čini obveza liječnika da, sukladno znanstvenim saznanjima i stručno dokazanim metodama koje odgovaraju suvremenom standardu struke, postavi pravilnu dijagnozu, i obavi, odnosno odredi potrebno liječenje.⁹¹ Liječnik je obavezan pružiti medicinsku uslugu sukladno važećim pravilima medicinske znanosti i struke i moralno-etičkim pravilima medicinske profesije.^{92,93} Riječ je o pravilima struke koji u danom trenutku čine medicinski standard.⁹⁴ Od liječnika se očekuje i da u pružanju medicinske usluge

⁸⁹ Mémeteau, G., op. cit., str. 72.

⁹⁰ Radišić, J., *Lekar i pacijent kao ugovorni partneri*, u: *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 332.

⁹¹ Usporedi: Đurđević, N., *Sloboda lekara da izabere terapiju i njena ograničenja*, Pravni život, br. 9., Beograd, 1996., str. 250.

⁹² *Primum nil nocere* – prije svega ne škoditi; *salus aegroti suprema lex* – dobrobit bolesnika najviši zakon; *divinum opus, cedare dolorem* - ublažiti patnje i boli; poštivati ljudsko tijelo, ljudska prava, osobnost i dostojanstvo bolesnika; poštivati volju bolesnika glede pristanka na liječenje i metodu liječenja – *voluntas aegroti suprema lex.*, Klarić, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 387.

postupa stručno i pažljivo. Ta pažnja podrazumijeva stručnu obazrivost, stečenu osobitim profesionalnim obrazovanjem, izgrađenu praktičnim iskustvom, i učvršćenu suvremenim saznanjima medicinske znanosti i načelima pravne prakse iz područja medicinskog prava.⁹³ Liječnik mora pokazati pažnju svojstvenu osobama iz istog profesionalnog (medicinskog) kruga, i to povećanu pažnju, odnosno pažnju dobrog stručnjaka, a ne prosječnog stručnjaka. Stručna ili profesionalna pažnja zdravstvenih djelatnika određuje se apstraktno, objektivno. Kao objektivno tipizirani standard pažnje uzima se pažnja koja se može očekivati od iskusnog i savjesnog medicinaru istog ranga (njemačko pravo), odnosno dobrog stručnjaka iste kategorije i istog ranga kao i onoga čije se ponašanje ocjenjuje: liječnika opće prakse, specijaliste itd. (francusko pravo), odnosno *reasonably competent doctor*⁹⁶ (englesko pravo).⁹⁷ ZOO u članku 18.,

⁹³ *Bolnica odgovora za skrivljeno postupanje svoga liječnika. Postupanje liječnika je skrivljeno ako nije u skladu s pravilima medicinske znanosti.*, Vrhovni sud Slovenije Pž-84/76 1976., Klarić, P., *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, Pravo i porezi, br. 09, 2002., str. 6., Navedeno prema: Baza pravnih podataka *Intellectio Iuris*, Zagreb, www.pravnadatoteka.hr; *Za ocjenu počinjenja liječničke pogreške isključivo je mjerodavno stanje medicinske znanosti u vrijeme poduzimanja medicinskog zahvata. Tako je za postupak spinalne anestezije s pomoću anestetika u staklenim ampulama smještenim u otopini fenola, a koji je izveden 1947. godine, utvrđeno 1951. godine da je rizičan, zbog toga što su ampule mogle pustiti fenol unutra kroz nevidljive pukotine. Budući da je do sudskog postupka došlo tek 1953. godine, sud je utvrdio da se postupak liječnika ima prosuditi prema stanju znanosti iz 1947. godine i suglasno tome, oslobodio ga odgovornosti.*, Vrhovni sud Engleske, Roe v. Minister of Health 1954., Navedeno prema: Klarić, P., *Građanskopravna odgovornost liječnika s posebnim osvrtom na područje ginekologije i porodništva*, Informator, br. 5202. Zagreb, 2004., str. 22; *Zdravstvena ustanova, koja vrši medicinsku intervenciju, može odgovarati samo za one posljedice intervencije, koje nastanu uslijed nestručnog, nepažljivog i nepropisnog rada njenih radnika, dakle, za posljedice koje se ne mogu pripisati u krivnju liječnicima i drugom medicinskom osoblju zbog postupanja koje nije bilo u skladu s pravilima medicinske struke.*, Vrhovni sud Srbije, Rev. 2066/80., Navedeno prema: Krsmanović, T., *Aktuelna sudska praksa iz obligacionih odnosa*, Beograd, 2000., str. 88.; *Da li je liječnik načinio grešku koja je vodila ka oštećenju zdravlja pacijentovog, na to se pitanje odgovara isključivo prema tome da li je liječnik koristeći medicinsko znanje i iskustvo koji se od njega traže donio u konkretnome slučaju osnovanu odluku o dijagnostičkim i terapijskim mjerama, i da li je te mjere brižljivo sproveo.*, Savezni vrhovni sud Njemačke (10. 03. 1987.), Giesen, D., *Arzt haftungsrecht*, Tübingen, 1990., str. 45., Navedeno prema: Radišić, J., *Lekarske greške u svetlosti pravnih razmatranja*, u: *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 172.

⁹⁴ Mujović-Zornić, *Ugovor pacijenta sa lekarom*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2003., str. 262.

⁹⁵ Geisen, D., *Wandlungen des Arzthaftungsrecht*, Tübingen, 1984., str. 16 – 17., Navedeno prema: Radišić, J., *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd., 1986., str. 157.

⁹⁶ U slučaju *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All E.R. 118, (1957) 1 W.L.R. 582. sudac McNair kaže: «...where you get the situation which involves the use of some special skill or competence, then the test as to whether there has been negligence or not is not the test of the man on the top of the Clapham omnibus, because he has not got this special skill. The test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill. A man need not possess the highest expert skill; it is well established law that it is sufficient if he exercises the ordinary skill of an ordinary competent man exercising that particular art.» «...the defendants, in acting in the way they did, were acting in accordance with a practice of competent respected

st. 2. određuje: *Sudionik u obveznom odnosu dužan je u izvršavanju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka)*. Prema tome, liječnik je obavezan postupati s povećanom pažnjom, što znači da se njegovo ponašanje ne uspoređuje s ponašanjem prosječno pažljivog liječnika, nego s ponašanjem koje se redovito očekuje od *dobrog stručnjaka* (liječnika) u konkretnim prilikama. Liječnik kao stručnjak ne može se opravdati time što je postupao prema svome najboljem znanju, ukoliko se ustanovi da je to znanje za obavljanje njegovog zanimanja bilo objektivno nedovoljno.⁹⁸ Naime, liječnik ima obvezu (ali i pravo) biti upoznat sa dostignućima u razvoju suvremene medicinske znanosti i mora stjecati nova znanja i vještine. U tom smislu, liječnik ima obvezu poslužiti se svim razumno dostupnim izvorima informacija.⁹⁹

7.4. Obveza čuvanja liječničke (profesionalne) tajne¹⁰⁰ i pacijentove privatnosti

Od najstarijih vremena obavljanja medicinske djelatnosti (do danas) jedno od temeljnih načela medicinske profesije jest načelo čuvanja pacijentove privatne sfere.^{101,102} Dakle radi se o pravu na povjerljivost i privatnost informacija o

professional opinion... A man is not negligent, if he is acting in accordance with such a practice, merely because there is a body of opinion who would take a contrary view.», Navedeno prema: McHale, J., Fox, M., Murphy, J, *Health Care Law: Text, Cases and Materials*, London, 1997., str. 152.; Vidi: Shanmugam, K., *Testing the Bolam Test: Consequences of Recent Developments*, Singapore Medical Journal, Vol 43(1), 2002., str. 7 – 11., <http://www.sma.org.sg/smj/4301/430111.pdf>; Napominjemo da je *Bolam test* prihvaćen u brojnim slučajevima engleske sudske prakse, ali i prakse mnogih drugih država (*Whitehouse v. Jordan; Maynard v. West Midlands R.H.A; Hills v. Potter (1984) 1WLR 641; Sidaway v. The Governors of the Bethlehem Royal Hospital (1985); Blyth v. Bloomsbury Health Authority, unreported, Court of Appeal, 5 February 1987; Gold v. Haringey Health Authority (1987) 3 WLR 649.*). Navedeno u slučaju: *Rogers v. Whitaker (1992) 175 Clr 479 F.C. 92/045 High Court of Australia*, http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/175clr479.html

⁹⁷ Klarić, P. *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 401.

⁹⁸ Koziol, H., *Oesterreichisches Haftpflichtrecht*, Band II, Besonderer Teil, Wien, 1984., str. 183., Navedeno prema: Radišić, J., *Lekarske greške u svetlosti pravnih razmatranja*, u: *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd, 1996., str. 172.

⁹⁹ Posch, W., op. cit., str. 53.

¹⁰⁰ Vidi: Jelačić, O, *Liječnička tajna u našem zakonodavstvu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 10., 1973., str. 13 – 23.

¹⁰¹ *Što pri svojem poslu budem saznao ili vidio, pa i inače, u saobraćaju s ljudima, ukoliko se ne bude smjelo javno znati, prešutjet ću i zadržat ću kao tajnu* (Hipokratova prisega); *Nikada nisam otkrio povjerenu mi tajnu* (Liječnička prisega Amatusa Lusitanusa, 1511 – 1568); *Čuvat ću tajne onoga tko mi se povjeri* (Ženevska liječnička prisega, 1948); *Liječnik mora poštovati prava pacijenata, kolega i drugih zdravstvenih radnika te čuvati povjerljivost podataka o pacijentu. Liječnik je dužan držati u tajnosti sve što zna o bolesniku, čak i nakon njegove smrti* (Međunarodni kodeks liječničke etike, 1949); *Bolesnik ima pravo očekivati od svoga liječnika da poštuje povjerljivost svih medicinskih i osobnih podataka* (Lisabonska deklaracija svjetskog liječničkog udruženja o pravima bolesnika, 1981.); *Sve obavijesti o pacijentovom zdravstvenom stanju, uvjetima liječenja,*

pacijentovom zdravstvenom stanju, medicinskom statusu, prognozi i liječenju te svim drugim informacijama osobne prirode koje moraju ostati povjerljive. Pacijent odlazi liječniku u uvjerenju da će informacije koje daje liječniku, odnosno informacije koje liječnik sazna obavljajući medicinski tretman, ostati tajna. Obveza povjerljivosti iz ugovora o medicinskom tretmanu znači da liječnik mora poštivati *tajnost* informacija vezanih za pacijenta koje je saznao i spoznao obavljajući medicinski tretman, te na taj način zaštititi ovaj aspekt pacijentove privatnosti. Drugim riječima, pacijentovo je pravo kontrolirati informacije vezane za njegovo zdravlje, kao i držati te informacije nedostupnima za druge.¹⁰³ Pacijent je rijetko dovoljno sposoban odrediti koje su infor-

dijagnozama, prognozi i liječenju, te sve ostale osobne informacije moraju ostati povjerljive čak i poslije smrti pacijenta (Europska deklaracija o unapređenju prava pacijenata, 1994.) itd.

¹⁰² Bitno je napomenuti: *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.* (članak 37. Ustava Republike Hrvatske); *Poštivat ću tajnu onoga tko mi se povjeri* (čl. 8. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, Rim, 1950.); *Odvjetnik, branitelj, javni bilježnik, doktor medicine, doktor stomatologije, primalja ili drugi zdravstveni djelatnik, psiholog, djelatnik skrbništva, vjerski ispovjednik ili druga osoba koja neovlašteno otkrije tajnu koju je saznala u obavljanju svoga zvanja, kaznit će se novčanom kaznom do stope deset dnevnih dohodaka ili kaznom zatvora do šest mjeseci. Nema kaznenog djela iz stavka 1. ovoga članka ako je otkrivanje tajne počinjeno u općem interesu ili interesu druge osobe koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne. 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.* (čl. 132. st. 1. i 2. i čl. 89. st. 16 Kaznenog zakona, Narodne novine, br. 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 111/03. i 105/04.). *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. Svatko je dužan čuvati državnu, vojnu, službenu, poslovnu ili 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.* (Čl. 27. i 28. st. 1. Zakona o zaštiti tajnosti podataka, Narodne novine, br. 108/96.); *U ostvarivanju zdravstvene zaštite svaka osoba ima pravo na povjerljivost svih podataka koji se odnose na stanje njezina zdravlja* (st. 1. toč. 9. čl. 21. ZZZ); Vidi: *Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281 , 23/11/1995 P. 0031 – 0050; Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) Official Journal L 201 , 31/07/2002 P. 0037 – 0047; Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, Official Journal L 008 , 12/01/2001 P. 0001 – 0022;* Navedeni dokumenti dostupni su na slijedećoj internet adresi: http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/index_en.htm

¹⁰³ Vidi: *Julie Breen v. Cholmondeley W Williams* F.C. 96/025, 21 November 1995, High Court Of Australia, <http://www.hcourt.gov.au/>; Magnusson, S. R., *Data Linkage, Health Research and Privacy, Regulating Data Flows in Australia's Health Information System*, Sydney Law Review, vol. 24., no 1, 2002., str. 5 – 56., <http://www.law.usyd.edu.au/%7Eslr/v24/n1/magnusson.pdf>

macije bitne za postavljanje dijagnoze, te stoga, u cilju što učinkovitijeg obavljanja medicinskog tretmana, mora liječniku dati sve informacije neovisno o tome koliko mu se neke čine nevažnima, pa čak i one koje mogu biti neugodne ili inkriminirajuće.¹⁰⁴ Pacijent mora dati potpune i točne podatke o svom zdravlju, uključujući podatke vezane uz trenutno stanje, povijest bolesti, dosadašnje hospitalizacije, lijekove, te odgovoriti na sva ostala pitanja vezana uz njegovo zdravlje. Pacijentova pomoć liječniku ujedno je pomoć njemu samome. Liječnikova obveza čuvanja informacija i *pacijentove privatnosti* u korelaciji je s pravom pacijenta na tajnost svih podataka koji se odnose na stanje njegova zdravlja, odnosno s pravom na privatnost. Privatnost i povjerljivost (tajnost) su velikim dijelom preklapajući pojmovi. Naravno, pravo na privatnost, odnosno zaštita privatnosti ima širi doseg.¹⁰⁵

Međutim, postavlja se pitanje granice obveze liječnika držanja u tajnosti podataka vezanih za pacijentovo zdravlje, posebice kada postoji tzv. *stanje nužde* (npr. opasnost od širenja zaraznih bolesti).¹⁰⁶ Također, iznimno je bitno pitanje kruga osoba kojima liječnik pod određenim uvjetima i okolnostima može i mora otkriti informacije o pacijentu. Povjerljive informacije mogu se obznani samo uz izričit pristanak pacijenta, ili ako je otkrivanje podataka vezanih za pacijentovo zdravlje u skladu sa zakonom.

7.5. Pacijentova obveza plaćanja naknade za liječničku uslugu, osobno ili putem zdravstvenog osiguranja

Ugovor o medicinskom tretmanu pripada grupi ugovora s naknadom, što znači da se za izvršenu liječničku uslugu liječniku mora dati odgovarajuća naknada. Temeljna obveza pacijenta iz ugovora o medicinskom tretmanu jest plaćanje cijene medicinskog tretmana (osobno ili putem zdravstvenog osiguranja, ako je pacijent osiguran). Naknada se određuje ugovorom, ako nije određena obveznom tarifom ili kojim drugim obveznim aktom. Ako naknada nije određena, utvrdit će je sud prema vrijednosti rada, prema normalno potrebnom vremenu za takav posao, te prema uobičajenoj naknadi za tu vrstu rada (čl. 623., st. 1. i 2., ZOO). Tarife i cjenici zdravstvenih usluga koje primjenjuju u ispunjenju ugovornih obveza iz ugovora o medicinskom tretmanu otklanjaju moguće nejasnoće koje se pojavljuju kod utvrđivanja visine naknade. Ako postoji očiti nerazmjer između visine naknade i učinjenih usluga, uloženog rada i stručnosti od strane liječnika u izvršenju ugovornih

¹⁰⁴ Pacijent je obavezan informirati liječnika o npr. lijekovima (različitog porijekla) koje već uzima; mogućim alergijskim reakcije koje kod njega izaziva neki lijek (npr. penicilin); o tomu da je npr. pušač, alkoholičar ili narkoman i sl. Iznimno je bitno da pacijent iskreno odgovara na liječnikova pitanja.

¹⁰⁵ Vidi: Sokalska, M. E., *Medical Confidentiality – Quo Vadis?*, European Journl of Health Law, no. 11., 2004., str. 35.; Opširnije: Dropulić, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Zagreb, 2002.

¹⁰⁶ Vidi: Đorđević, M., *Odgovornost zbog otkrivanja tajne o HIV-infekciji pacijenta*, Pravni život, br. 9., Beograd, 2000., str. 199 – 207.

obveza iz ugovora o medicinskom tretmanu, stranke mogu sporazumno ukloniti takav nesrazmjer kada ga uoče, rukovodeći se načelima savjesnosti i poštenja (čl. 12., ZOO) i jednake vrijednosti uzajamnih davanja (čl. 15., ZOO).

Pacijent je obavezan platiti cijenu medicinske usluge i u slučaju kada navedena usluga nije dovela do željenog rezultata, jer, u načelu, kod ugovora o medicinskom tretmanu rezultat rada nije bitan sastojak ugovora, drugim riječima, kod ugovora o medicinskom tretmanu nije važan rezultat rada (usluge), nego je bitno da davatelj zdravstvene usluge svoj posao obavi savjesno i poštujući pravila medicinske struke (*lege artis*). Liječnik, odnosno davatelj zdravstvene usluge obavezan je pacijentu uručiti račun sa specifikacijom za svaku pojedinu zdravstvenu uslugu.

7.6. Pacijentova obveza slijediti savjete i upute liječnika (engl. Compliance)

Suradljivost ili provođenje liječničkih uputa je iznimno bitan uvjet za uspješno izvršenje medicinskog tretmana. Ukoliko pacijent prekrši navedenu obvezu, liječnik ima pravo raskinuti ugovor. Međutim, liječnik ne smije prekinuti medicinski tretman (liječenje) u nevrijeme, odnosno ne smije raskinuti ugovor ukoliko bi time ugrozio zdravlje pacijenta.

8. Zaključne napomene

1. Tehnizirana medicina 21. stoljeća predstavlja Gordijev čvor¹⁰⁷ napretka i opasnosti, korisnosti znanstvenih postignuća i otkrića i štete zbog manipulacije, eksperimentiranja i zlorabe ljudskog života, tijela, zdravlja i dostojanstva. Taj je čvor zaražen velikom epidemijom medicinskih grešaka koju je gotovo nemoguće u cijelosti izliječiti, ali je moguće u velikoj mjeri suzbiti.
2. Kako se pojedinci i institucije u konkretnoj državi odnose prema čovjekovom zdravlju, pokazatelj je njihova stava prema ljudskim pravima općenito. Slično medicini koja štiti čovjekovo zdravlje, tako i medicinsko pravo uređuje i štiti ljudska prava u vezi s zdravljem, shvaćajući to kao osobito važan segment zaštite ljudskih prava uopće.¹⁰⁸
3. Iznimno bitna komponenta *curriculum* medicinskog prava je pravna analiza problematike vezane za odnos između pacijenta i liječnika.
4. Na taj odnos u značajnoj mjeri utječe razvoj suvremene medicine, posebice sofisticirana podjela rada i specijalističko usmjerenje medicinske prakse, izgradnja

¹⁰⁷ Gordijev (i gordijski) čvor – 1. mitol. izvanredno zamršeni uzao (čvor) kojim je prema legendi, frigijski kralj Gordije privezao jaram za rudo svojih kola; po proročanstvu proročištva onaj koji bi raspleo taj uzao, imao je postati gospodar Azije; Aleksandar Makedonski, mjesto da uzao razmrsi, presjekao ga je mačem; 2. prenes. Vrlo zamršena stvar, nerješivo pitanje; riješiti ili presjeći gordijski čvor – na jednostavan način riješiti zapleten, težak zadatak., Klaić, B, Veliki rječnik stranih riječi, Zagreb, 1972., str. 446.

¹⁰⁸ Mujović-Zornić, H., *Perspektive medicinskog prava u svjetlosti evropske Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog prava i pravne prakse, br. 2., Mostar, 2004., str. 135. i 136.

sustava zdravstvenog osiguranja te tehnološki i financijski rast zdravstvenog sektora.

5. *Stožerna vrlina i conditio sine qua non* kvalitetnog odnosa između pacijenta i liječnika je njihovo obostrano povjerenje.
6. Odnos između liječnika i pacijenta je odnos privatnopravne naravi, građanskopravni odnos, u pravilu, ugovorni odnos.
7. Ugovorni odnos između liječnika i pacijenta je djelo i sinteza dva kulturna dobra: prava i morala. Jedno od suštinskih pitanje tog odnosa je kako u njemu postići optimalnu kumulaciju moralnosti i legalnosti, posebice u društvenim sustavima u kojima su pravne i moralne ustanove zapale u krizu. Poštivanje ugovornih obveza pacijenta i liječnika iz ugovora o medicinskom tretmanu ovisi u velikoj mjeri od usklađenosti pravnog i moralnog poretka.
8. Ugovor između liječnika i pacijenta je neformalan, neimenovani, dvostranoobvezujući, *intuitu personae*, naplatan, konsenzualan ugovor. Ugovorom se liječnik obvezuje pružiti medicinsku uslugu. Pri ugovoru o medicinskom tretmanu (u načelu) nije važan rezultat rada (usluge), nego je bitno da davatelj zdravstvene usluge svoj posao obavi savjesno i pažljivo, poštujući pravila medicinske struke (*lege artis*). Temeljna obveza pacijenta iz ugovora o medicinskom tretmanu jest plaćanje cijene medicinske usluge.
9. U hrvatskom pravu ugovor između liječnika i pacijenta, odnosno ugovor o medicinskom tretmanu nije uređen posebnim zakonom. Sa stanovišta hrvatskog prava ugovor o medicinskom tretmanu trebalo bi prosuđivati kao ugovor o djelu, s time da ugovor o medicinskom tretmanu ima svoje posebnosti i izvjesnu *autonomiju*, odnosno vlastitu pravnu fizionomiju koja ga na određeni način razlikuje od klasičnog, odnosno općeg pojma ugovora o djelu. Zbog važnosti i osobitosti odnosa koje uređuje ugovor između liječnika i pacijenta trebalo bi regulirati noveliranim Zakonom o obveznim odnosima, odnosno posebnim Zakonom o ugovoru o medicinskom tretmanu.

Summary

CONTRACT BETWEEN A PHYSICIAN AND A PATIENT

Ethical rules of medical profession, pure in their source, often loose characteristic in their practical application, i.e., in their realization in practice paying only lip service to rich phrases and empty proclamations. At the present time, proclaimed ethical standards of medical profession and their realization are not satisfactory related, which in turn becomes a crucial problem of medical law. Medicine of the third millenium is characterized by epidemy of medical mistakes making legal qualification and classification of the relation between a physician and a patient one of the most important issues of medical law. Establishment and use of computer and telecommunication technology in medicine, as well as their hyperspecialization, has as a consequence a certain depersonalization of medicine and it also influences the physician-patient relationship (manifested in the loss of personality). Relationship

physician-patient is a relation governed by private law, civil law, and as rule, it is determined by a contract. Contractual relation between a physician and a patient is a result and synthesis of two cultural goods: law and ethics. Contract between a physician and a patient is informal, unnamed, creates obligations on both sides, *intuitu personae*, onerous and consensual. This article analyses the most important rights and obligations of patients and physicians arising from the contract on medical treatment. Special emphasis is placed on physician's obligation to provide accurate information and on informed patient's acceptance of a particular medical treatment, i.e., on the right of patient to self-determination in relation to her own body. According to the Croatian law, contract on medical treatment should be considered as a contract on particular work. Although its fundamental characteristics render it essentially a contract on particular work, the contract on medical treatment has its peculiarities and certain autonomy, i.e., legal physiology that distinguish it from classic, general term of contract on particular work.

Key words: *medical law, patient, physician, codex of medical ethics, contract on medical treatment.*

Zusammenfassung

VERTRAG ZWISCHEN ARZT UND PATIENT

Moralische Gesetze der medizinischen Berufe, die ursprünglich klar sind, verlieren häufig diese Eigenschaft in der praktischen Verwirklichung bzw. Umsetzung in die Praxis, so dass sie in hohem Maße papierne Fassaden bleiben, reich an Phrasen und leeren Proklamationen. In unserer heutigen Zeit stehen die proklamierten ethischen Prinzipien der medizinischen Profession und deren Verwirklichung in keinem befriedigenden Verhältnis, was ein wesentliches Problem des medizinischen Rechts ist. Die Medizin des dritten Millenniums ist von einer Epidemie medizinischer Fehler erfasst worden, weshalb eine richtige Qualifikation und Klassifikation der Beziehung zwischen Arzt und Patienten eine der wichtigen Fragen des medizinischen Rechts ist. Die Installierung und Benutzung der Computer- und Telekommunikationstechnologie in der Medizin führte ebenso wie die Überspezialisierung zu einer gewissen Depersonalisierung in der Medizin, zu Veränderungen des Verhältnisses zwischen Arzt und Patienten (Verlust der persönlichen Beziehung). Das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten ist ein Verhältnis privatrechtlicher Natur, ein zivilrechtliches Verhältnis, eigentlich ein Vertragsverhältnis. Das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patienten ist Werk und Synthese zweier Kulturgüter: des Rechts und der Moral. Der Vertrag zwischen Arzt und Patienten ist ein formloser, unbezeichneter, beiseitig verpflichtender, *intuitu personae*, bezahlbarer und konsensfähiger Vertrag. In dem Aufsatz werden die wichtigsten Rechte und Pflichten des Patienten und Arztes aus dem Vertrag über die medizinische Behandlung analysiert. Besondere Aufmerksamkeit wird der Pflicht des Arztes zur Unterrichtung des Patienten und die Einwilligung des informierten Patienten in eine bestimmte medizinische Handlung gewidmet, bzw.

dem Recht des Patienten auf Selbstbestimmung hinsichtlich des eigenen Körpers. Vom Standpunkt des kroatischen Rechts aus sollte der Vertrag über eine medizinische Verhandlung als Werkvertrag betrachtet werden. Dennoch hat der Vertrag über eine medizinische Behandlung, obwohl er wichtige Merkmale des Werkvertrags besitzt, seine Besonderheit und gewisse Autonomie bzw. eigene rechtliche Physionomie, die ihn auf bestimmte Art von dem klassischen bzw. allgemeinen Begriff Werkvertrag unterscheidet.

Schlüsselwörter: *medizinisches Recht, Patient, Arzt, Kodex der medizinischen Ethik, Vertrag über medizinische Behandlung.*

Sommario

CONTRATTO TRA MEDICO E PAZIENTE

Le leggi morali della professione sanitaria, chiare alla loro fonte, spesso perdono questa caratteristica nella loro applicazione pratica, cioè nella loro realizzazione concreta rimangono solo il rispetto formale a ricche frasi e vuote proclamazioni. Al tempo odierno, i principi etici della professione sanitaria e la loro realizzazione non sono collegati in modo soddisfacente, ciò che a sua volta diventa un problema cruciale del diritto sanitario. La sanità del terzo millennio è caratterizzata dall'epidemia di errori sanitari facenti della qualificazione e classificazione legale del rapporto tra medico e paziente una delle più importanti questioni di diritto sanitario. La diffusione e l'utilizzo di computer e tecnologia delle telecomunicazioni nella sanità, così come la sua iperspecializzazione, ha come conseguenza una certa spersonalizzazione della sanità e influenza pure il rapporto (manifestandosi in una perdita di umanità) tra medico e paziente. Il rapporto tra medico e paziente è un rapporto governato dal diritto privato, dal diritto civile, e di regola è determinato da un contratto. Il rapporto contrattuale tra medico e paziente è risultato e sintesi di due beni culturali: diritto e morale. Il contratto tra medico e paziente, informale, innominato, crea obbligazioni su entrambe le parti, *intuitu personae*, oneroso e consensuale. Nell'articolo si analizzano i più importanti diritti e obbligazioni di pazienti e medici derivanti dal contratto sul trattamento sanitario. Particolare attenzione è posta sull'obbligazione del medico di fornire informazione accurata e sul consenso informato del paziente a uno specifico trattamento sanitario, ossia sul diritto del paziente di autodeterminazione in relazione al suo corpo. Secondo il diritto croato il contratto sul trattamento sanitario dovrebbe essere considerato come un contratto d'opera. Nonostante le sue caratteristiche fondamentali lo rendano essenzialmente un contratto d'opera, il contratto sul trattamento sanitario ha le sue peculiarità e una determinata autonomia, cioè una fisionomia legale che lo distingue dalla forma classica, generale di contratto d'opera.

Parole chiave: *diritto sanitario, paziente, medico, codice di etica sanitaria, contratto sul trattamento sanitario.*

STJECANJE IMOVINE (VLASNIŠTVA) U BRAČNOJ I IZVANBRAČNOJ ZAJEDNICI

Dr. sc. Vlado Belaj, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku

UDK: 347.626.1
Ur.: 12. studenog 2004.
Pr.: 25. studenog 2004.
Prethodno priopćenje

Imovinski odnosi bračnih i izvanbračnih drugova oduvijek su stvarali brojne dvojbe u sudskoj praksi, ali i u javnosti općenito. S općim pojmom imovine u obiteljskom je pravu ponajviše povezan pojam bračna stečevina. Bračna je stečevina suvlasništvo bračnih drugova na jednake dijelove. Rad je nužan čimbenik stjecanja bračne stečevine, no nije značajna vrsta rada, rezultati i trajanje rada. Trajanje bračne zajednice također je bitan sastojak stjecanja bračne stečevine, a treba ga razlikovati od trajanja braka. Bračnu stečevinu čine ukupnost stvarnih prava i obveznopravnih zahtjeva, ali ne i obveze koje prema trećim osobama imaju bračni drugovi. Obveze su teret bračne stečevine, ali ne i njezin sastavni dio.

U vlastitu imovinu bračnih drugova ubraja se ono što je stečeno prije braka i nakon prestanka bračne zajednice, kao i za vrijeme trajanja bračne zajednice, ali ne radom.

Izvanbračna se zajednica odnosi na životnu zajednicu neudane žene i neoženjenoga muškarca koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.

Bračni ugovor može poslužiti kao koristan instrument onim bračnim drugovima koji žele izmijeniti zakonski bračno imovinski režim.

Ako bračni ugovor sadrži samo imovinskopravne elemente, a njegov je smisao prvenstveno urediti imovinskopravne odnose, to može neopravdano u drugi plan staviti sve ostale odnose koji postoje između bračnih drugova. Uz preciznije zakonsko određivanje, mogućega sadržaja bračni bi ugovor dokazao opravdanost postojanja i vjerojatno se i u praksi više koristio.

Ključne riječi: *imovina, vlasništvo, rad, bračna zajednica, izvanbračna zajednica, bračna stečevina, bračni ugovor, suvlasništvo.*

1. Uvod

Stjecanje imovine u bračnoj i izvanbračnoj zajednici povezano je prije svega s pojmom bračne stečevine. Bračna je stečevina relativno nov pojam u našem obiteljskom pravu jer je prvi puta spomenuta u Obiteljskom zakonu iz 1998. godine¹. Međutim, osim bračne stečevine u imovinskim odnosima bračnih drugova, ali i osoba koje žive u izvanbračnoj zajednici, značajni pojmovi koje treba također proučavati jesu i pojmovi poput imovine, vlastite imovine, bračnoga ugovora, različitih oblika vlasništva i slično. Stoga je cilj ovoga rada istražiti teorijski, ali i sa stajališta sudske prakse one pojmove koji su blisko, bilo neposredno bilo posredno, povezani sa stjecanjem imovine radom, ali i drugim načinima u bračnoj i izvanbračnoj zajednici.

Imovinski odnosi bračnih i izvanbračnih drugova oduvijek su stvarali brojne dvojbe i kontroverze u stručnoj javnosti, ali i u javnosti uopće, te bili predmetom različitih sudskih postupaka i samim time izazivali dvojbe i u sudskoj praksi. Česte promjene propisa obiteljskoga prava koji na određeni način čine cjelinu s propisima građanskoga prava, koje je u vrlo kratkom vremenskom razdoblju također doživjelo suštinske promjene, nalaže pojačanje napora za pronalaženjem odgovora na brojna pitanja i dvojbe. «Novo uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova temelji se na načelima: ravnopravnosti bračnih drugova, obiteljske solidarnosti u slučaju primjene zakonskog sustava, zaštite autonomije volje stranaka i zaštite prava poštenih trećih osoba».² Načelo ravnopravnosti bračnih drugova znači da je njihov položaj u obiteljskopравnim, ali i građanskopравnim odnosima koordiniran. Ni jedan bračni drug nije ni u nadređenom ni u podređenom položaju. Ekonomska ili faktična nadmoć jednoga bračnoga druga u odnosu na drugoga u obiteljskom pravu u pravilu ne utječe na njihovu ravnopravnost u imovinskopравnim odnosima. Načelo obiteljske solidarnosti vrijedi u slučaju primjene zakonskoga sustava koji se, međutim, može ugovorno isključiti u imovinskopравnim odnosima. To se prije svega odnosi na bračnu stečevinu koja je suvlasništvo bračnih drugova u jednakim omjerima. Načelo zaštite autonomije volje stranaka ponajviše je povezano s mogućnošću sklapanja bračnoga ugovora. Načelo zaštite prava poštenih osoba povezano je s odgovornošću jednoga bračnoga druga za obveze drugoga bračnoga druga nastale za vrijeme trajanja bračne zajednice, a ta odgovornost je u pravilu solidarna.

U ovom će se radu, između ostaloga, pokušati ponuditi odgovor na pitanja poput pojma bračne stečevine u odnosu na nekadašnji pojam zajedničke imovine bračnih drugova, rada kao bitnoga čimbenika stjecanja imovine u bračnoj zajednici, karakteristikama suvlasništva koje postoji na bračnoj stečevini, o bračnom ugovoru, posebice o njegovu sadržaju i uporabi u praksi, te o pravno složenijoj imovinskopравnoj zajednici koja nastaje u izvanbračnoj zajednici.

¹ Narodne novine, br. 162/98.

² Alinčić, M. - Bakarić Abramović, A. – Hrabar, D. – Jakovac Lozić, D. – Korać, A.: «Obiteljsko pravno», Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 473.

2. *Stjecanje imovine (vlasništva) općenito*

Pojam imovine širi je od pojma vlasništva. Naime, imovina je kao pravna kategorija skup subjektivnih građanskih (imovinskih) prava koja pripadaju jednom nositelju³. Vlasništvo je doduše najznačajniji i vjerojatno najvrjedniji dio imovine, ali pored njega imovina obuhvaća i druga stvarna prava poput prava građenja, služnosti i drugih stvarnih prava, ali i tražbine koje nositelj imovine ima prema trećim osobama, autorska prava, pravo industrijskoga vlasništva i slična prava. Danas se u građanskom pravu smatra da obveze nisu sastavni dio imovine nego njezin teret. Dakle, obveze se mogu podmirivati iz imovine, no u slučaju prijenosa imovine s jednog na drugog subjekta one ograničeno terete novoga nositelja imovine. To je vidljivo na primjeru odgovornosti nasljednika za ostaviteljeve dugove koja je ograničena do iznosa naslijeđene imovine. Kada bi obveze bile sastavni dio imovine, nasljednici bi odgovarali u cijelosti za ostaviteljeve dugove.

Imovina se stječe na načine na koje se stječu entiteti na koje se ona odnosi. Tako se pravo vlasništva stječe na temelju pravnoga posla, odluke suda, odnosno druge nadležne vlasti, nasljeđivanjem i na temelju zakona⁴. To su pravni temelji stjecanja, dok je modus ili način stjecanja pokretnina predaja stvari, a nekretnina upis u zemljišnu knjigu.

I ostali sastavni dijelovi imovine stječu se putem svih ili većine spomenutih pravnih temelja stjecanja vlasništva.

Treba naglasiti da je s općim pojmom imovine u obiteljskom pravu ponajviše povezan pojam bračna stečevina kao i pojam vlastita imovina. «Bračna stečevina je imovina koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine»⁵. Bračna je stečevina samo jedna podvrsta u okviru pojma imovine. Kao što se imovina neprestance mijenja, pa makar i u minimalnom obujmu, jednako tako neprekidne promjene doživljava i bračna stečevina. Osim što u bračnu stečevinu ulaze određena subjektivna imovinska prava, ta ista prava mogu za vrijeme trajanja bračne zajednice i izlaziti iz bračne stečevine. Naime, svi troškovi koje bračni drugovi imaju za vrijeme trajanja braka i bračne zajednice, kao i oni koji su na bilo koji način povezani s brakom, odnosno bračnom zajednicom mogu se podmirivati iz bračne stečevine. Naravno moguće je troškove bračne zajednice podmirivati i iz vlastite imovine bračnih drugova ako pojedini bračni drug kao vlasnik te imovine dade pristanak, a drugi bračni drug se s time suglasi.

Značajna je razlika između bračne stečevine, pojma koji je uveo Obiteljski zakon iz 1998. godine, i zajedničke imovine bračnih drugova, pojma iz ranijega

³ Tako se najčešće definira imovinu kao pravnu kategoriju. Usporediti Vedriš, M. – Klarić, P.: «Građansko pravo», Zagreb, 2003., str. 94.; Stojanović, D.: «Uvod u građansko pravo», Beograd, 1984., str. 354. itd.

⁴ Čl. 114. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01.).

⁵ Čl. 248. Obiteljskoga zakona (Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04.).

Zakona o braku i porodičnim odnosima,⁶ u tome što je bračna stečevina suvlasništvo bračnih drugova, dok je zajednička imovina bračnih drugova bila njihovo zajedničko vlasništvo⁷. Poveznica pojmova bračna stečevina i zajednička imovina bračnih drugova jest rad, odnosno činjenica da je ta imovina, neovisno kako je nazivali, stečena radom za vrijeme trajanja bračne zajednice.

3. Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj zajednici

3.1. Rad kao bitan čimbenik stjecanja imovine u bračnoj zajednici

Rad je bitan čimbenik stjecanja imovine u braku. No to se prvenstveno odnosi na bračnu stečevinu, a u pravilu ne na vlastitu imovinu, osim u slučaju autorskoga djela jednoga bračnoga druga. Naime, vlastita se imovina u braku u načelu ne stječe radom nego na druge načine, osim autorskoga djela koje potječe od rada jednoga bračnoga druga, ali nije bračna stečevina.

Rad je prvi element značajan za stjecanje bračne stečevine. Rad iz kojega potječe bračna stečevina treba biti ostvaren za vrijeme trajanja bračne zajednice⁸. Svaki rad se priznaje kao temelj nastanka bračne stečevine. Inače, moguće je razlikovati više vrsta rada, ali sa stajališta obiteljskoga prava nije značajno temeljem koje je određene vrste rada nastala bračna stečevina. Moguće je razlikovati više različitih vrsta rada temeljem kojih nastaje imovina u bračnoj zajednici i braku. Tako rad može biti samostalan i nesamostalan. Samostalan je rad u vlastitom trgovačkom društvu⁹, rad slobodnoga intelektualca ili umjetnika, autorski rad, rad u vlastitom obrtu i slično. Nesamostalan je rad za drugoga poslodavca. Rad nadalje može biti pojedinačan i zajednički. Pojedinačan je rad koji svaki od bračnih drugova obavlja zasebno.¹⁰

⁶ Narodne novine, br. 11/78. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o braku i porodičnim odnosima, Narodne novine, br. 45/89. Pročišćeni je tekst ovoga zakona objavljen u Narodnim novinama, br. 51/89., a manje su se izmjene dogodile 1990. (Narodne novine, br. 59/90.). Zakon o braku i porodičnim odnosima primjenjivao se od 1. siječnja 1979. godine do 1. srpnja 1999. godine.

⁷ Zakon o braku i porodičnim odnosima (čl. 277.) definirao je zajedničku imovinu bračnih drugova kao imovinu koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine. Kada ne bi postojala razlika u vlasničkom obliku između bračne stečevine i zajedničke imovine bračnih drugova, radilo bi se o identičnim pojmovima.

⁸ «Okolnost da je nekretnina nabavljena za vrijeme trajanja bračne zajednice ne mora imati za posljedicu da se radi o zajedničkoj imovini, ako nisu ispunjene daljnje pretpostavke da je stečena radom bračnih drugova ili novac za koji je kupljena mora potjecati iz bračne stečevine» (Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 1719/97, od 17. svibnja 2001.), Izvor: Sudska praksa, br. 1/2002., od 1. I.- 28. II. 2002., str. 3.

⁹ «Predmetom podjele zajedničke imovine bračnih drugova može biti poslovni udjel u društvu s ograničenom odgovornošću, a ne i njegov suvlasnički dio» (Županijski sud u Zagrebu, Gž-4744/99, od 24. lipnja 2002.), Izvor: Sudska praksa, br. 2/2003., 1. III. – 30. IV. 2003., str. 7.

¹⁰ Jedan je bračni drug, ne primjer, zaposlen u državnoj ustanovi, a drugi je privatni poduzetnik.

Zajednički rad bračni drugovi obavljaju radeći neki posao zajedno.¹¹ Osim navedenih oblika rad može biti neposredan i posredan. Neposredan rad stvara u pravilu novu vrijednost kao što je, primjerice, ostvarena zarada. Posredan rad ne stvara izravno novu vrijednost, ali je opet nužan i koristan za bračnu zajednicu, kao što je, primjerice, obavljanje kućanskih poslova.

Članak 33. Obiteljskoga zakona propisuje da «svaki bračni drug samostalno odlučuje o izboru svoga rada i zanimanja». Ovdje se radi o pravima i obvezama bračnih drugova koje uređuju tzv. strogi propisi, pa stoga o njima bračni drugovi ne odlučuju sporazumno nego svaki bračni drug samostalno. Doduše, u praksi se bračni drugovi mogu između sebe sporazumjeti i o izboru rada i zanimanja, međutim, ni jedan bračni drug ne može utjecati ili uvjetovati drugom bračnom drugu izbor rada i zanimanja. Dakle, sporazum je moguć, ali samo ako postoji suglasnost bračnih drugova. Razlog zbog kojega bračni drugovi samostalno odlučuju o izboru vlastitoga rada i zanimanja je u potrebi ekonomske samostalnosti svakoga bračnoga druga. Ekonomska samostalnost pojedinoga bračnoga druga bitna je i za vrijeme trajanja braka, ali njezina važnost može višestruko porasti, primjerice, u slučajevima prestanka braka za vrijeme života bračnih drugova (poništajem i razvodom braka).

Upravo zbog činjenice da svaki bračni drug samostalno bira zanimanje i rad koji će obavljati nije značajno o kojoj se vrsti rada radi. Iako se obavljanjem kućanskih poslova, brigom o djeci i sličnim poslovima ne ostvaruje neposredno nova vrijednost, onaj bračni drug koji obavlja jedino te poslove, a to ne mora nužno uvijek biti žena, ravnopravno sudjeluje u stvaranju, a potom i u diobi bračne stečevine.

Također, nije značajno ni trajanje, ali ni rezultati rada pojedinoga bračnoga druga. Važno je jedino da postoji određeni rad na strani pojedinoga bračnoga druga i već temeljem toga on postaje suvlasnikom jedne polovice bračne stečevine¹². Samo hipotetski se može razmatrati slučaj u kojem bi cjelokupna bračna stečevina, iako bi tada prikladniji naziv bio bračna imovina, pripala jednom bračnom drugu, a to bi se dogodilo ako bi taj bračni drug uspio dokazati da drugi bračni drug nije uložio apsolutno nikakav rad pri nastanku imovine za vrijeme trajanja bračne zajednice. To je, dakako, samo teorijska mogućnost.

Iako za nastanak bračne stečevine nije bitna vrsta rada, pa čak ni okolnost da je rad nužno koristan, dakle nisu presudni ni rezultati rada, ipak se postavlja pitanje da li bi polovica bračne stečevine trebala pripasti i onom bračnom drugu čiji je rad bio štetan po nastanak bračne stečevine. Čini se da bi jedan bračni drug mogao od drugoga bračnoga druga u slučaju da je rad toga drugoga bračnoga druga bio očito štetan za stvaranje ili očuvanje bračne stečevine, zahtijevati popravlanje štete prema

¹¹ Radeći zajedno, na primjer, u vlastitom obrtu, trgovačkom društvu ili naprosto obavljajući zajedno određene kućanske poslove.

¹² «Bračni drugovi su u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini, ako nisu drukčije ugovorili» (čl. 249. st. 1. Obiteljskoga zakona).

općim pravilima obveznoga prava na što upućuje i sam Obiteljski zakon¹³. Ako bi odštetni zahtjev rezultirao pravomoćnom sudskom odlukom, tada bi onaj bračni drug koji je zahtijevao popravljavanje štete, u pravilu u obliku naknade štete, ostvario veći dio bračne stečevine i bez postojanja bračnoga ugovora. Treba, međutim, napomenuti da bi se naknada štete mogla ostvariti i iz vlastite imovine bračnoga druga koji se pojavljuje u ulozi štetnika ako se naknada ne bi mogla u cijelosti ostvariti iz vrijednosti bračne stečevine.

3.2. *Stjecanje bračne stečevine*

Već je ranije spomenuto da je bračna stečevina¹⁴ imovina koju su bračni drugovi stekli radom za vrijeme trajanja bračne zajednice ili potječe iz te imovine, a na kojoj su bračni drugovi suvlasnici u jednakim dijelovima. «Kao suvlasništvo, bračna je stečevina skup stvari i prava (universitas iuris) koji čine jednu određenu cjelinu i pojavljuju se kao objekt imovinskih odnosa bračnih drugova»¹⁵. Inače, suvlasništvo «je takvo sudjelovanje više osoba u pravu vlasništva iste stvari kod kojeg svakom pojedinom suvlasniku pripada po neki dio prava vlasništva te stvari, računski određen razmjerom prema cijelom pravu vlasništva»¹⁶. S obzirom da su bračni drugovi suvlasnici bračne stečevine u jednakim dijelovima, to znači da u imovini svakoga od njih sudjeluje i jedna polovica bračne stečevine u obliku alikvotnoga idealno određenoga suvlasničkoga udjela.

Bitni elementi stjecanja bračne stečevine, koji samim time određuju njezin sadržaj jesu rad, trajanje bračne zajednice i predmet bračne stečevine. O radu kao bitnom elementu stjecanja bračne stečevine već je bilo riječi ranije u ovom radu. Trajanje bračne zajednice je drugi bitan element stjecanja bračne stečevine. Treba razlikovati pojam braka od pojma bračne zajednice. «Brak je zakonom uređena životna zajednica žene i muškarca»¹⁷ dok je bračna zajednica «pravni standard, a podrazumijeva postojanje tzv. animusa kod oba bračna druga da ostvaruju sadržaje

¹³ Naime, u članku 250. Obiteljskoga zakona stoji: «Na bračnu stečevinu primjenjuju se odredbe stvarnog i obveznog prava, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno». Drukčije bi moglo biti samo ako su bračni drugovi sklopili bračni ugovor kojim raspodjelu bračne stečevine, ali i eventualnu odgovornost za štetu uređuju na poseban način različit od Obiteljskoga zakona i pravila obveznoga prava.

¹⁴ O bračnoj stečevini i drugim bračno-imovinskim pitanjima vidjeti još u Alinčić, M. - Dika, M. - Hrabar, D. - Jelavić, M. - Korać, A.: «Obiteljski zakon – novine dvojbe i perspektive», Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 124. – 131.; Hrabar, D.: «Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe», Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi, God. 9, Zagreb, 2002., str. 43.-62.; Belaj, V.: «Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu», Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2002, str. 179.-200.; Kačer, H.: «Jedna dvojba glede primjene Obiteljskog zakona ili imaju li odredbe Obiteljskog zakona o bračnoj stečevini povratni učinak», Pravo i porezi, br. 12/1999., str. 26.-32.

¹⁵ Alinčić, M. – Bakarić Abramović, A. – Hrabar, D. – Jakovac Lozić, D. – Korać, A., op. cit., str. 474. i 475.

¹⁶ Gavella, N.- Josipović, T.- Gliha, I.- Belaj, V.- Stipković, Z.: «Stvarno pravo», Zagreb, 1998.,

braka. Privremena razdvojenost ne utječe na postojanje bračne zajednice, no bračna zajednica može trajati i kraće od braka, pa je samo razdoblje od sklapanja braka do prestanka bračne zajednice pravno relevantno za prosudbu o bračnoj stečevini odnosno vlastitoj imovini¹⁸. Bračna se zajednica ne mora uvijek ni vremenski ni sadržajno poklapati s brakom. Brak može, naime, formalno-pravno postojati, a da je bračna zajednica faktično odavno prestala.

Koliko je dugo brak, trajao u pravilu je jednostavno utvrditi jer je određeno trenutkom sklapanja, što je upisano u maticu vjenčanih i lako se potvrđuje izvatkom iz te matice, i trenutkom prestanka braka, koji se, također jednostavno utvrđuje.¹⁹ Međutim trajanje bračne zajednice teško je utvrditi ako se o tome spore bračni drugovi, te je to jedan od složenijih zadataka sudske prakse, kao uostalom i pitanje od kojega je trenutka započela izvanbračna zajednica i do kada je trajala. «Trajanje bračne zajednice je vremensko određenje kad neka imovina mora biti unesena u bračnu zajednicu da bi ušla u bračnu stečevinu. Bračna zajednica je pravni standard, široko određen pojam, postojanje kojega će sud morati utvrđivati u sudskom postupku. Bračna zajednica predstavlja životni sadržaj braka».²⁰

Treći element bitan za stjecanje bračne stečevine je njezin predmet. Predmet bračne stečevine nije izričito propisan zakonom, osim u slučaju dobitka od igara na sreću²¹ i imovinske koristi od autorskoga prava i autorskom pravu srodnih prava ostvarenih tijekom bračne zajednice za koje je izričito određeno da su bračna stečevina.²² Većina prava koja predstavljaju predmet bračne stečevine nisu izričito navedena u Obiteljskom zakonu, a pripadaju bračnoj stečevini po samoj naravi stvari jer su sastavni dio imovine, a bračna je stečevina svakako oblik imovine.

Tako bračna stečevina obuhvaća, odnosno njezinim su predmetom sljedeća prava: 1. dobitak od igara na sreću, 2. imovinska korist od autorskoga prava i autorskom pravu srodnih prava ako je ostvarena tijekom bračne zajednice, 3. prihodi

str. 494.

¹⁷ Čl. 5. Obiteljskoga zakona.

¹⁸ Alinčić, M. – Bakarić Abramović, A. – Belajec, V. – Hrabar, D. – Korać, A.: «Komentar Obiteljskog zakona», Narodne novine, Zagreb, 1999., str. 168.

¹⁹ Na primjer, izvatkom iz matice umrlih ako je smrt jednoga od bračnih drugova razlogom prestanka braka, sudskom odlukom o poništaju braka i sudskom odlukom o razvodu braka.

²⁰ Alinčić, M. – Bakarić Abramović A. – Hrabar, D. – Jakovac Lozić, D. – Korać, A., op. cit., str. 475. i 476.

²¹ Problem dobitka od igara na sreću izazivao je ranije dvojbe jer Zakon o braku i porodičnim odnosima nije propisao da je to predmet zajedničke imovine bračnih drugova. Stoga su bračni drugovi često dokazivali da je ulog potjecao od njihove posebne imovine pa stoga cjelokupni dobitak treba pripasti pojedinom bračnom drugu. Više o pitanju dobitka od igara na sreću u knjizi Alinčić, M. – Bakarić, A. – Hrabar, D.: «Obiteljsko pravo I. – suvremene tendencije», Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1992., str. 81. i Bjegović, Đ.: «Zajedničko vlasništvo – posebno o imovinskim odnosima u braku», Zbornik radova «Vlasništvo i druga stvarna prava», Narodne novine, Zagreb, 1990., str. 62.

²² Proizlazi iz čl. 252. i 254. st. 2. Obiteljskoga zakona.

u novcu ako potječu od rada za vrijeme trajanja bračne zajednice (plaća, otpremnina, mirovina, novčani prihodi iz životnoga osiguranja ili iz dodatnoga mirovinskoga osiguranja, autorski honorar i bilo koji drugi oblik zarade, odnosno novčanoga prihoda), 4. novčani štedni ulozi (treba iz razlikovati od novčanih prihoda jer zapravo predstavljaju pohranjivanje i čuvanje novčanih prihoda), 5. vlasnička i druga stvarna prava (npr. vlasništvo nad pokretnim i nepokretnim stvarima, ali i vlasništvo na pravima, pravo građenja), 6. novčani prihodi od bračne stečevine (npr. kamate od štednih uloga, kamate od zajma, najamnina, zakupnina), 7. nenovčani prihodi od bračne stečevine (npr. prirodni i tzv. industrijski plodovi od neke stvari koja pripada bračnoj stečevini, najamnina i zakupnina ako su utvrđene u nenovčanom obliku), 8. obvezna prava (tražbine iz različitih ugovornih odnosa prema dužnicima jednoga ili oba bračna druga, tražbine iz odnosa odgovornosti za štetu, tražbine iz stjecanja bez osnove, tražbine iz posloводства bez naloga, tražbine koje proistječu iz vrijednosnih papira te iz javnoga obećanja nagrade).

Obveze koje bračni drugovi imaju prema trećim osobama kao vjerovnicima nisu sastavni dio bračne stečevine, čak ni u slučaju da su nastale zajednički za vrijeme trajanja bračne zajednice. Naime, kao što je već ranije spomenuto, obveze prema suvremenim shvaćanjima u građanskom pravu ne predstavljaju sastavni dio imovine, pa tako ni bračne stečevine koja je oblik imovine. Različite obveze, odnosno dugovi koje bračni drugovi imaju predstavljaju teret bračne stečevine, ali nisu njezin sastavni dio. Ti se tereti mogu podmirivati iz bračne stečevine, ali i iz vlastite imovine bračnih drugova ako postoji suglasnost pojedinoga bračnoga druga kao vlasnika te imovine. Bračni su drugovi solidarni dužnici glede obveza koje se mogu smatrati zajedničkim, a nastale su za potrebe bračne, odnosno obiteljske zajednice.²³

3.3. Upravljanje i dioba bračne stečevine

S obzirom da je bračna stečevina u suvlasništvu, njome bračni drugovi upravljaju po općim pravilima o upravljanju suvlasničkom stvarju²⁴. Svaki suvlasnik ima pravo sudjelovati u odlučivanju o svemu što se tiče stvari koja je u suvlasništvu. Bračni drugovi kao suvlasnici imaju pravo na posjed, korištenje, uporabu i raspolaganje bračnom stečevinom, odnosno bilo kojom stvarju ili pravom koje ulazi u bračnu stečevinu jer svaki bračni drug ima ne samo suvlasnički dio veličine jedne polovice

²³ «Obveza plaćanja režijskih troškova za stan u kojem su stranke kao bračni drugovi stanovali predstavlja obvezu preuzetu radi podmirjenja tekućih potreba bračne, odnosno porodične zajednice, a za takvu obvezu, sukladno odredbi iz čl. 295. Zakona o braku i porodičnim odnosima (Nar. Nov., br. 51/89 i 59/90) stranke kao bračni drugovi odgovaraju solidarno». Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-2425/95, od 15. travnja 1999., Izvor: Sudska praksa, br. 3., 1. V.- 30. VI. 2001., str. 12.

²⁴ Opća pravila o upravljanju suvlasničkom stvarju sadržana su u člancima od 39. do 45. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. U njima su uređena pitanja prava na upravljanje, poslovi redovite uprave, izvanredni poslovi, odluka o izvršavanju posjeda i vlasničkih ovlasti, odluka o uspostavi etažnoga vlasništva, upravitelj i njegov pravni položaj.

nego i idealni dio²⁵. To podrazumijeva i pravo na upravljanje stvarju.²⁶ Bračni drugovi su suvlasnici bračne stečevine te imaju pravo sudjelovati u odlučivanju o svemu što se tiče bračne stečevine. «Kad je jedan suvlasnik poduzeo posao glede suvlasničke stvari bez potrebne suglasnosti ostalih, primjenjuju se pravila o poslovodstvu bez naloga».²⁷ Analogno tome ako bi jedan bračni drug poduzeo posao glede bračne stečevine bez suglasnosti drugoga bračnoga druga, primijenila bi se pravila o poslovodstvu bez naloga. Ipak bračni drug bez čije je suglasnosti posao poduzet može i naknadno odobriti posao, a tada se smatra kao da je suglasnost postojala od početka.²⁸

Upravljanje suvlasničkom stvarju podrazumijeva poslove redovite uprave i izvanredne poslove.²⁹ Izvanrednim se poslovima prema članku 41. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima smatra naročito: promjena namjene stvari, veći popravci, dogradnja, nadogradnja, preuređenje, otuđenje cijele stvari, davanje cijele stvari u zakup ili najam na dulje od jedne godine, osnivanje hipoteke na cijeloj stvari, odnosno davanje pokretne stvari u zalog, osnivanje stvarnih i osobnih služnosti, stvarnoga tereta ili prava građenja na cijeloj stvari. Nabrojani su samo najčešći izvanredni poslovi, no to ne treba shvatiti limitirajuće. Iako se u Zakonu o vlasništvu ne nabrajaju redoviti poslovi, na temelju analogije može se zaključiti kako se u poslove redovite uprave ubrajaju: manje promjene, ali u okviru namjene stvari, manji popravci, otuđenje dijela stvari, zakup ili najam do godine dana, osnivanje

²⁵ Idealni dio je zamišljeni netjelesni pravni entitet, pravno izjednačen sa stvari, čija je veličina računski određena razmjerom prema cjelini. Idealni se dijelovi javljaju kod suvlasništva pri čemu je svaki suvlasnik vlasnik svojega idealnoga dijela stvari, a svi suvlasnici zajedno vlasnici cijele stvari. Suvlasnički dio i idealni dio su trajno povezani i ne mogu se odvojiti. Veličina idealnoga dijela ovisi o veličini suvlasničkoga dijela. U pravnom prometu idealni dio ima status samostalne stvari jer je pravno izjednačen sa stvarima iako je netjelesni entitet. Svaki suvlasnik ima sve vlasnikove ovlasti glede svojega idealnoga dijela osim onih koje ne može izvršavati s obzirom na prirodu idealnoga dijela. Suvlasnik samostalno raspolaze svojim idealnim dijelom, a za to mu nije potreban pristanak ostalih suvlasnika. Suvlasnici nemaju opće zakonsko pravo prvokupa, no ono im može pripadati temeljem ugovora ili posebnoga zakona. Raspolaganje idealnim dijelom uključuje ujedno i raspolaganje suvlasničkim dijelom jer su oni trajno povezani. Suvlasnik može napustiti vlasništvo svojega idealnoga dijela odricanjem od suvlasničkoga dijela.

²⁶ O upravljanju stvarima u suvlasništvu više u člancima Belaj, V.: «Upravljanje suvlasničkom stvarju prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima», *Pravni vjesnik*, br. 1-4/1998., str. 73.-84.; i Belaj, V.: «Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu)», *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 1/2000., str. 191.-218.

²⁷ Čl. 39. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

²⁸ Sukladno odredbi članka 228. Zakona o obveznim odnosima (*Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima*, *Narodne novine*, br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01.).

²⁹ Granicu između tih poslova ponekad je teško pa i nemoguće utvrditi. Odgovor na pitanje što se ubraja u poslove redovite uprave nije jednostavno dati s obzirom da Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ne navodi koji su to poslovi bar u onome svome dijelu koji se tiče upravljanja stvarju kod suvlasništva općenito.

hipoteke na dijelu stvari, osnivanje stvarnih i osobnih služnosti, stvarnoga tereta ili prava građenja na dijelu stvari.

Iako kod poslova redovite uprave suvlasnici odlučuju većinom glasova, pri čemu se većina računa po suvlasničkim dijelovima, a ne po broju suvlasnika,³⁰ glede bračne stečevine Obiteljski je zakon postavio dodatno pravilo. Naime, prema članku 251. Obiteljskoga zakona «za poslove redovite uprave smatra se da je bračni drug dao svoj pristanak ako se ne dokaže suprotno. Nepostojanje pristanka ne utječe na prava i obveze poštene treće osobe». Ovo se pravilo svakako primjenjuje jer je Obiteljski zakon *lex specialis* u odnosu na Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima glede upravljanja bračnom stečevinom kao oblikom suvlasničke zajednice. Kada ne bi postojalo ovo dopunsko pravilo, tada bi se svaka odluka o upravljanju bračnom stečevinom mogla donijeti jedino suglasnošću oba bračna druga, što bi u praksi izazivalo svakodnevne poteškoće. Pojedini bračni drug može dokazivati da nije dao svoj pristanak za poduzimanje određenoga posla redovite uprave, što neće utjecati na prava i obveze poštene treće osobe, ali može na međusobne imovinskopravne odnose bračnih drugova. Tada odluku na zahtjev bilo kojega bračnoga druga donosi sud.

Svaki bračni drug kao suvlasnik ima pravo na diobu³¹ ili razvrgnuće suvlasništva, ako je moguće i dopušteno, i to pravo ne zastarijeva. Razvrgnuće suvlasništva pojedini bračni drug može zahtijevati uvijek, dakle u bilo koje doba, osim kad bi to bilo na štetu drugoga bračnoga druga, no može i tada ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike uskoro tako izmijeniti da razvrgnuće ne bi bilo na štetu drugoga bračnoga druga. O prigovoru da se ne može zahtijevati razvrgnuće odlučit će sud nadležan za vođenje postupka razvrgnuća.

Nije moguće da se bračni drug valjano unaprijed odrekne prava na razvrgnuće, ali može valjano ugovoriti ograničenja prava na razvrgnuće. Kada je suvlasništvo ograničeno pravnim poslom glede prava na razvrgnuće, takav pravni posao može biti jednostran (npr. oporuka) ili dvostran (npr. bračni ugovor). Postavljeno ograničenje može se ticati postavljanja roka ili uvjeta, o čemu ovisi pravo na razvrgnuće. Ako bračni ugovor, primjerice, sadrži ograničenja prava na razvrgnuće to neće vezati nasljednike, ali zabilježe li se ograničenja prava na razvrgnuće u zemljišnim knjigama, tada će vezati svakoga.³²

³⁰ Proizlazi iz čl. 40. st. 1. i 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

³¹ Dioba je način prestanka vlasničke zajednice. Diobom prestaje suvlasnička zajednica (npr. bračno-imovinska zajednica kod diobe bračne stečevine) i zajednica zajedničkoga vlasništva (npr. nasljednička zajednica). Dioba može biti sporazumna i sudska. Diobu uvijek može zahtijevati svaki sudionik u vlasničkoj zajednici osim u nevrjeme, a to je kada bi se diobom nanijela šteta ostalim vlasnicima. Suvlasnička se zajednica može razvrgnuti npr. fizičkom, geometrijskom, civilnom diobom, diobom po ekvivalentu i isplatom. Zajednica zajedničkoga vlasništva prestaje diobom nasljedničke zajednice, zajedničke pričuve kod etažnoga vlasništva i zajedničke imovine ortaka kod ugovora o ortakluku.

³² S time u vezi postavlja se pitanje može li se uopće pravnim poslom trajno zabraniti razvrgnuće suvlasništva. Zabrana razvrgnuća suvlasništva, ako je uopće trajno moguća, predstavlja posao izvanredne uprave jer je povezana s mogućnošću otuđenja cijele stvari koje je prema članku 41.

Svoje pravo na razvrgnuće bračni drug može ostvarivati zahtijevajući ga potpuno, dakle glede ukupne bračne stečevine, ili pak samo djelomično, glede pojedinih stvari i prava u okviru bračne stečevine.

Pravo na razvrgnuće bračne stečevine bračni drugovi mogu ostvarivati sporazumno (dobrovoljno razvrgnuće), a to će biti prije svega bračnim ugovorom ili pak nekim drugim ugovorom.³³

Ako su bračni drugovi sporazumno odredili način diobe zajedničke imovine stečene u braku, ne mogu naknadno jednostrano odustati od toga sporazuma. Osim sporazumnoga moguće je i razvrgnuće sudskim putem (sudsko razvrgnuće). Kad se provodi sudsko razvrgnuće, sud odlučuje u izvanparničnom postupku.

Tipični načini razvrgnuća suvlasništva, a samim time i bračne stečevine jesu: 1. fizička dioba stvari³⁴, 2. geometrijska dioba stvari³⁵, 3. dioba stvari po ekvivalentu³⁶,

stavku 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima posao izvanredne uprave. Pitanje da li je zabrana razvrgnuća suvlasništva izvanredan posao, doduše, i nije sporno glede bračne stečevine ako je zabrana razvrgnuća bračne stečevine inkorporirana u bračni ugovor, jer tada se suglasnost bračnih drugova podrazumijeva. Potrebno je naglasiti da iako razvrgnuću suvlasničke zajednice nije svojstvena trajna zabrana, ipak izgleda kako se pravnim poslom može i trajno ograničiti pravo na razvrgnuće suvlasništva. Međutim, trajna zabrana razvrgnuća suvlasništva koja je ustanovljena pravnim poslom trajat će onoliko vremena koliko se bude ispunjavala i imala smisla sama pravna osnova, odnosno kauza toga pravnoga posla. Ako prestane kauza pravnoga posla (npr. kauza bračnoga ugovora prestat će prestankom braka) prestat će i zabrana razvrgnuća.

³³ Ovdje se misli na način razvrgnuća suvlasništva koji i ne mora nužno biti utvrđen bračnim ugovorom nego i nekim drugim ugovorom što će pogotovo biti slučaj ako su bračni drugovi suvlasnici određenih stvari i prava koja i nisu bračna stečevina jer je, na primjer jedan bračni drug darovao drugom bračnom drugu suvlasnički udio na stvari koja je njegova vlastita imovina.

³⁴ Fizička dioba je dioba stvari na dijelove, a primjenjuje se kao način razvrgnuća suvlasništva pri čemu se suvlasnička stvar mehanički dijeli na nekoliko samostalnih tjelesnih stvari koje će pripasti pojedinim suvlasnicima. Može biti sporazumna i sudska. Fizička se dioba u pravilu obavlja na onoliko dijelova, odnosno nakon nje nastaje onoliki broj samostalnih stvari koliko je potrebno da se namire svi suvlasnici. Samostalne stvari koje će nastati fizičkom diobom ne moraju biti jednake veličine i vrijednosti. U pravilu će se stvari koje nastanu fizičkom diobom podijeliti među suvlasnicima sukladno veličini suvlasničkih dijelova. Fizička je dioba primjenjiva kod pokretnih i djeljivih stvari. Suvlasnici se mogu sporazumjeti da će podijeliti fizički i nedjeljivu stvar, a tada to može biti i nekretnina, pri čemu će doći do uništenja ili značajnijega umanjenja vrijednosti stvari. Sud će razvrgnuti suvlasništvo fizičkom diobom ako ne postoji sporazum suvlasnika o načinu razvrgnuća, niti itko od suvlasnika ima pravo na razvrgnuće isplatom te ako je stvar pokretna i djeljiva. Pri tome će se djeljivom smatrati samo ona stvar nakon čije će se diobe moći namiriti svi suvlasnici razmjerno veličini suvlasničkih dijelova. Ako se to ne bi moglo ostvariti, stvar se smatra nedjeljivom neovisno o tome što je s teorijskoga stajališta djeljiva.

³⁵ Geometrijska dioba je dioba stvari na čestice, a primjenjuje se kao način razvrgnuća suvlasništva pri čemu se suvlasnička stvar mjerenjem dijeli na geometrijski određene čestice koje će pripasti pojedinim suvlasnicima. Može biti sporazumna i sudska. Geometrijskom diobom nastaje onoliko čestica koliko je potrebno da se namire svi suvlasnici sukladno veličini suvlasničkih dijelova. Čestice koje nastanu ovom diobom ne moraju biti jednake veličine i vrijednosti. Geometrijska se dioba može provesti samo na nekretninama, a to su u pravnim sustavima koji prihvaćaju načelo superficies solo cedit isključivo zemljišta koja se mogu podijeliti samo okomito. Vodoravna dioba

4. civilna dioba³⁷, 5. dioba isplatom i 6. uspostava etažnoga vlasništva umjesto diobe.

Bračni su drugovi suvlasnici bračne stečevine u jednakim dijelovima, osim ako nisu drukčije ugovorili, pa im stoga svakome pri razvrgnuću pripada po jedna polovica bračne stečevine³⁸. Ako je bračnim ili nekim drugim ugovorom predviđen drukčiji omjer suvlasničkih dijelova, onda će se pri razvrgnuću bračne stečevine primijeniti ključ iz toga ugovora. I glede troškova razvrgnuća bračne stečevine primjenjuje se jednaki kriterij, odnosno bračni drugovi snose troškove razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima, dakle svaki polovicu troškova, osim ako se drukčije ne sporazume.

Pravna pravila Obiteljskoga zakona glede diobe bračne stečevine vrlo su pojednostavljena, pogotovo odredbom o suvlasništvu bračnih drugova na bračnoj stečevini u jednakim dijelovima. Iako je ovo rješenje rasteretilo pravosuđe od brojnih

nekretnine moguća je u onim pravnim sustavima koji ne stoje na načelu superficies solo cedit, što znači da u tim sustavima može postojati različit vlasnik zemljišta i npr. zgrade koja je izgrađena na tom zemljištu. Sud će razvrgnuti suvlasništvo geometrijskom diobom isključivo na nekretnini, i to ako ne postoji sporazum suvlasnika o načinu razvrgnuća, niti itko od suvlasnika ima pravo na razvrgnuće isplatom.

³⁶ Dioba po ekvivalentu je način diobe suvlasništva koji znači istodobno razvrgnuće suvlasništva na nekoliko stvari koje pripadaju suvlasnicima, a provodi se tako da svakom suvlasniku svih tih stvari pripadne na račun njegovoga suvlasničkoga dijela po neka od tih stvari. Dioba po ekvivalentu je realna dioba kao i fizička i geometrijska dioba, s tom razlikom što se kod nje dijeli skup stvari, a ne jedna stvar. Kod diobe po ekvivalentu stvari koje se dijele mogu biti nepokretne ili pokretne. Naziv dioba po ekvivalentu upućuje na odnos veličine suvlasničkoga dijela i stvari koja će pripasti pojedinom suvlasniku. Taj odnos treba biti približno jednak, ekvivalentan, što ne znači da se suvlasnici ne mogu sporazumjeti da nekome pripadne i stvar veće, odnosno manje vrijednosti. Dioba po ekvivalentu može biti i uz nadoplatu. To će se dogoditi ako se suvlasnici sporazume da će onaj od njih koji je dobio stvar nerazmjerne vrijednosti u odnosu na svoj suvlasnički dio platiti ostalim suvlasnicima razliku u novcu ili na drugi način namiriti razliku u vrijednosti.

³⁷ Civilna dioba je način razvrgnuća suvlasništva koji se provodi prodajom suvlasničke stvari, a tako ostvaren novac dijeli se među suvlasnicima razmjerno suvlasničkim dijelovima. Civilno je razvrgnuće naročito prikladno za nedjeljive stvari kod kojih nije moguća realna dioba (fizička, geometrijska i dioba po ekvivalentu). Moguće ga je primijeniti i kod djeljivih stvari ovisno o sporazumu suvlasnika o načinu diobe. Stvari koje se prodaju radi diobe mogu biti nepokretne, pokretne, a prodaji se može izložiti i više stvari odjednom. Prodaju stvari radi civilnoga razvrgnuća mogu organizirati sami suvlasnici (svi ili neki uz dopuštenje ostalih) ili neka treća osoba. Ako nije moguće postići sporazum o prodaji stvari radi civilne diobe, suvlasnici mogu prodaju povjeriti sudu. Čak i kada postoji zabrana diobe stvari fizičkom ili geometrijskom diobom, ona se u pravilu ne odnosi na civilno razvrgnuće, osim ako izričita zabrana nije određena i glede ovoga načina razvrgnuća suvlasništva.

³⁸ Prema nekadašnjem Zakonu o braku i porodičnim odnosima udio pojedinoga bračnoga druga u zajedničkoj imovini bračnih drugova, pojmu koji odgovara bračnoj stečevini, određivao se prema njegovom doprinosu stjecanju te imovine. Nakon utvrđivanja udjela zajedničko se vlasništvo pretvaralo u suvlasništvo. Utvrđivanje doprinosa pojedinoga bračnoga druga stjecanju zajedničke imovine bilo je složen posao prepušten sudskoj praksi jer je često dolazilo do pokretanja pamičnih postupaka upravo zbog neslaganja bračnih drugova oko pitanja doprinosa stvaranju te imovine.

parnica pokrenutih sa svrhom utvrđivanja doprinosa pojedinoga bračnoga druga u stjecanju bračne stečevine i s toga se motrišta čini sasvim opravdano, ipak bi de lege ferenda trebalo razmotriti i rješenja koja bi bila više iznijansirana, kao što je to u nekim inozemnim bračno-imovinskim režimima.³⁹ Doduše odredba o suvlasništvu bračnih drugova na bračnoj stečevini u jednakim dijelovima dispozitivnoga je karaktera jer ju je uvijek moguće ugovorno izmijeniti, no možda bi ipak bilo potrebno da i Obiteljski zakon sadržava makar neke odredbe o bračnoj stečevini koje diferenciraju doprinos bračnih drugova njezinom stjecanju. Pri tome bi trebalo jasno definirati kriterije za određivanje doprinosa pojedinoga bračnoga druga stvaranju i održavanju bračne stečevine kako bi se osiguralo čvrsto polazište sudovima pri određivanju doprinosa.

³⁹ U svijetu postoje različiti bračno-imovinski režimi, a dva su osnovna režima: režim odvojene imovine i režim zajednice imovine. Tako, primjerice, u austrijskom pravu postoji zakonski režim odvojene imovine bračnih drugova, ali se može ugovoriti i zajednica imovine. Formalni izvori glede bračno-imovinskoga režima su Austrijski opći građanski zakonik (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) iz 1811. godine i Bračni zakon (Ehegesetz) iz 1938. godine. Imovina bračnih drugova je odvojena, odnosno radi se o vlastitoj imovini. Ako do prestanka braka dođe za života bračnih drugova, tada se provodi dioba po načelu pravičnosti glede imovine kojom su se u braku zajednički služili bračni drugovi, a tu ulazi i bračna ušteđevina. Prigodom diobe uzimaju se u obzir: doprinos pojedinoga bračnoga druga stvaranju te imovine, doprinos pojedinoga bračnoga druga podmirivanju troškova i dugova koji su nastali za vrijeme trajanja braka kao i određeni neimovinski doprinosi (npr. briga oko djece).

U Njemačkoj postoji također režim odvojene imovine, ali bračni drug može zahtijevati udio u povećanoj vrijednosti imovine drugoga bračnoga druga. Bračno-imovinski režim uređen je Građanski zakonikom (Bürgerliches Gesetzbuch) iz 1896. godine koji je noveliran Zakonom o ravnopravnosti muškarca i žene na području građanskoga prava (Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts) iz 1957. godine. Temeljno je polazište da nakon prestanka braka svaki bračni drug zadrži vlastitu imovinu, a tu ulazi i imovina koja je stečena u braku i koja je na izvjestan način povećala vrijednost imovine koju je pojedini bračni drug imao prije braka. Ipak onaj bračni drug čija se je imovina za vrijeme trajanja braka manje povećala, može zahtijevati sudjelovanje u diobi povećane vrijednosti drugoga bračnoga druga.

Nasuprot tome, u Francuskoj i Italiji postoje režimi zajednice imovine pri čemu zajedničku imovine čini ono što su bračni drugovi stekli naplatnim poslovima za vrijeme trajanja braka. U Francuskoj je bračno-imovinski režim uređen Građanskim zakonikom (Code civil) iz 1804. godine, a značajnije je noveliran 1965. i 1985. godine. U Francuskoj postoji režim zajednice bračne stečevine. Zajednička imovina dijeli se na jednake dijelove, a postoji i vlastita imovina koju čini imovina stečena prije sklapanja braka, osobne stvari i stvari potrebne za obavljanje zanimanja, kao i ona imovina koja je stečena za vrijeme trajanja braka, darovanjem, nasljeđivanjem ili zapisom.

U Italiji je bračno-imovinski režim uređen Građanskim zakonikom iz 1942. godine. Postoji režim ograničene zajednice imovine, pri čemu zajedničku imovinu čini sve ono što su bračni drugovi stekli naplatno tijekom braka. Udjeli bračnih drugova u zajedničkoj imovini su jednaki. Postoji i vlastita imovina bračnih drugova.

Vidljivo je da je naš bračno-imovinski režim blizak francuskom i talijanskom modelu. Ipak režim koji postoji u Austriji, a pogotovo Njemačkoj čini se primjerenijim, iako je složeniji sa sudbenoga stajališta, jer priznaje doprinos pojedinoga bračnoga druga stvaranju zajedničke imovine. Više o europskim bračno-imovinskim režimima vidjeti u Verbeke, A.- Cretney, S.- Grauers, F.- Malaurie, P.- Ofner, H.- Savolainen, M.- Paparrigopoulou, F.- Van der Burght, G.: «European Marital Property Law – Survey 1988.-1994.», *European Review of Private Law*, br. 3/1995., str. 445.- 482.

Naravno da rješenje kojim bi se samo apstraktno spomenuo doprinos pojedinoga bračnoga druga glede bračne stečevine ne bi bilo dobro, što se uostalom već i pokazalo primjenom nekadašnjega Zakona o braku i porodičnim odnosima. Međutim, ako bi se doprinos pojedinoga bračnoga druga izračunavao prema konkretnim kriterijima, primjerice, novčanim doprinosima, nenovčanim doprinosima, podmirivanjem troškova i dugova i slično, time bi se moglo izračunati u postotku ili alikvotnom dijelu koliki je doprinos pojedinoga bračnoga druga. Sud bi pri izračunavanju doprinosa, pri čemu bi mogao koristiti i pomoć vještaka, ali i druga dokazna sredstva, trebao obratiti pozornost samo na konkretne elemente koji su nabrojani u zakonu, a tiču se doprinosa pojedinoga bračnoga druga stvaranju i održavanju bračne stečevine.

3.4. Stjecanje vlastite imovine bračnih drugova

Pored bračne stečevine bračni drugovi imaju i vlastitu imovinu. Vlastita imovina⁴⁰ je individualno ili pojedinačno vlasništvo (samovlasništvo) pojedinoga bračnoga druga te on njome samostalno upravlja, koristi se i raspolaže. U vlastitu imovinu ubraja se prije svega imovina koju bračni drug ima u trenutku sklapanja braka.⁴¹ Glede te imovine i ne dolazi do bilo kakvih promjena jer ona ostaje i nadalje u jednakom vlasničkompravnom režimu, odnosno ostaje vlastita imovina. Način na koji je stečena ova imovina, a radi se o razdoblju prije sklapanja braka, također nije bitan. Dakle, i rad kao način stjecanja imovine prije sklapanja braka dovodi do nastanka vlastite imovine. I ostali načini stjecanja imovine koji se ne mogu okarakterizirati kao rad također su pogodni za nastanak vlastite imovine. Obiteljski zakon nije postavio preciznija pravna pravila za mogući slučaj sudjelovanja jednoga bračnoga druga u stvaranju vlastite imovine drugoga bračnoga druga u razdoblju dok brak još nije formalno-pravno sklopljen. Naime, u praksi se događa da budući bračni drugovi određeno razdoblje prije sklapanja braka provedu u izvanbračnoj zajednici, pri čemu bi se onda trebala primijeniti pravna pravila koja se odnose na izvanbračnu zajednicu, odnosno imovinske odnose izvanbračnih drugova. Tada bi u slučaju razvrgnuća bračne stečevine zbog prestanka braka trebalo provesti dva postupka: jedan za diobu bračne stečevine, a drugi za diobu imovine stečene za vrijeme trajanja izvanbračne zajednice osoba koje su kasnije postale bračni drugovi, naravno pod pretpostavkom da su ispunjeni zakonski uvjeti glede trajanja izvanbračne zajednice. Međutim, moguće je da je prije sklapanja braka jedan bračni drug sudjelovao u nastanku vlastite imovine drugoga budućega bračnoga druga, a da pri tome nije

⁴⁰ Nekadašnji Zakon o braku i porodičnim odnosima vlastitu imovinu nazivao je posebnom imovinom. Međutim, pojmovi vlastita i posebna imovina praktički su istovjetni. Tako su prema članku 278. spomenutoga zakona posebnu imovinu bračnoga druga činila sva imovinska prava koja je imao u trenutku sklapanja braka kao i ona koja je stekao tijekom bračne zajednice nasljeđivanjem, darovanjem ili temeljem neke druge zakonom dopuštene osnove različite od rada i ono što je bračnom drugu pripalo nakon izvršene diobe zajedničke imovine.

⁴¹ Čl. 253. Obiteljskoga zakona glasi: «Imovina koju bračni drug ima u trenutku sklapanja braka, ostaje njegova imovina».

postojala izvanbračna zajednica. U tom bi se slučaju, koji bi se u pravilu aktualizirao nakon prestanka braka, mogao postaviti jedino obveznopravni zahtjev i pokrenuti parnica radi povrata uložениh sredstava i rada koji su uloženi za stvaranje vlastite imovine drugoga bračnoga druga.

U vlastitu imovinu ubraja se i imovina koju je bračni drug stekao tijekom bračne zajednice, ali ne radom, niti potječe iz bračne stečevine nego je ostvarena nasljeđivanjem, darovanjem i slično.⁴² Nasljeđivanje i darovanje su najčešći načini stjecanja imovine za vrijeme trajanja bračne zajednice, ali ne radom, međutim moguće je osim njih u ovu skupinu pravnih temelja stjecanja vlastite imovine ubrojiti i stjecanje dosjelošću, prisvojenjem, građenjem na tuđem zemljištu, nalazom i slično, iako nisu spomenuti u Obiteljskom zakonu.

«Autorsko djelo je vlastita imovina onoga bračnog druga koji ga je stvorio»,⁴³ no imovinska korist od autorskoga prava i autorskom pravu srodnih prava ostvarena tijekom bračne zajednice bračna je stečevina kao što je ranije već spomenuto. Ovdje se svakako misli na autorsko djelo koje je nastalo tijekom bračne zajednice tako da se može smatrati da je na izvjestan način i drugi bračni drug tome donekle pridonio, na što ukazuje odredba o koristima od autorskoga djela koje su bračna stečevina.

U vlastitu se imovinu ubraja i imovina koju je bračni drug stekao nakon prestanka bračne zajednice, ali ne nužno i prestanka braka. Vrijeme trajanja bračne zajednice ključno je za bračnu stečevinu jer prije početka i nakon prestanka bračne zajednice nije moguć nastanak bračne stečevine, osim ugovorom.

Imovina koja bračnom drugu pripadne nakon diobe (razvrgnuća) bračne stečevine također je njegova vlastita imovina. Razvrgnuće je prema općim pravilima o suvlasništvu dakako moguće uvijek, odnosno neovisno o tome da li brak, odnosno bračna zajednica postoji ili ne postoji.

Vlastita je imovina i ona imovina koja je bračnim ugovorom određena kao vlastita.

U nekim je slučajevima potrebno obaviti razgraničenje između vlastite imovine i bračne stečevine.⁴⁴ Razgraničenje se obavlja prema pravilima stvarnoga prava. Tako, primjerice, «kada je jedan bračni drug ulagao svoja sredstva u zajedničku nekretninu bračnih drugova nakon rastave braka, eventualno povećanje njegovog suvlasničkog dijela prosuđuje se prema odredbama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, a ne po pravilima o stjecanju zajedničke imovine bračnih drugova tijekom braka».⁴⁵

⁴² Proizlazi iz čl. 253. st. 2. Obiteljskoga zakona.

⁴³ Čl. 254. st. 1. Obiteljskoga zakona.

⁴⁴ «Izgradnjom zgrade koja je zajednička imovina bračnih drugova, na zemljištu koje je posebno vlasništvo jednog bračnog druga, drugi bračni drug stekao je zajedničko vlasništvo i na zemljištu na kojem je zgrada izgrađena kao i na zemljištu koje služi za redovnu upotrebu zgrade, pa u takvom slučaju vrijednost posebne imovine treba računati u doprinos onog bračnog druga kojem je pripadala ta posebna imovina», (Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 183/97, od 10. siječnja 2001.), Izvor: Sudska praksa, br. 1., od 1. I.-28. II. 2002., str. 4.

⁴⁵ Županijski sud u Koprivnici, Gž-1186/00-2, od 1. ožujka 2001., Izvor: Sudska praksa, br. 2., od 1. III. 2002.-30. IV. 2002., str. 10.

De lege ferenda bi trebalo dodati kako bi u vlastitu imovinu bračnih drugova trebalo ubrojiti i osobne stvari kao i alat, pribor, uređaje i sl. koji služe za obavljanje djelatnosti pojedinoga bračnoga druga.

4. Stjecanje imovine (vlasništva) u izvanbračnoj zajednici

Izvanbračna zajednica odnosi se na životnu zajednicu neudane žene i neoženjenoga muškarca, koja traje najmanje tri godine ili kraće ako je u njoj rođeno zajedničko dijete.⁴⁶ I ranije je, doduše samo u našoj sudskoj praksi, bilo pokušaja da se fiksno odredi potreban rok trajanja izvanbračne zajednice koja proizvodi imovinskopravne učinke. «Ocijenjeno je da je imovina stečena radom u vanbračnoj zajednici kad je zajednica trajala duže od pet godina».⁴⁷

Nasuprot tome, prema Obiteljskom zakonu iz 1998. godine trajanje izvanbračne zajednice potrebno da bi ona proizvela imovinskopravne odnose kao i bračna zajednica, nije bilo fiksno određeno. Naime, bilo je dovoljno da je izvanbračna zajednica žene i muškarca trajala dulje vrijeme, pa da stvori imovinskopravne učinke na koje se na odgovarajući način primjenjuju odredbe o imovinskim odnosima bračnih drugova. Fiksno određivanje minimalno potrebnoga roka trajanja izvanbračne zajednice da bi ona proizvodila slične učinke glede imovine kao i bračna zajednica, čini se opravdanim jer se time prije svega olakšava posao sudovima.

Osim toga, novi Obiteljski zakon preciznije definira izvanbračnu zajednicu onemogućavajući da se takvom zajednicom smatra zajednica u kojoj je netko od potencijalnih izvanbračnih drugova u braku. Obiteljski zakon iz 1998. također je spominjao samo mogućnost da je netko od izvanbračnih drugova u braku s trećom osobom. Novi Obiteljski zakon je prije izmjene, koja se dogodila 2004. godine, definirao izvanbračnu zajednicu kao životnu zajednicu neudane žene i neoženjenoga muškarca koji ne žive u drugoj izvanbračnoj zajednici. Prema spomenutoj izmjeni nebitno je postojanje neke druge izvanbračne zajednice u kojoj se nalazi netko od izvanbračnih drugova. Novi je Obiteljski zakon omogućio da se izvanbračnom zajednicom uz spomenute pretpostavke smatra i zajednica za koju i nije značajno koliko je dugo trajala ako je u njoj rođeno zajedničko dijete. Time je poboljšán položaj djece koja su rođena u izvanbračnoj zajednici koja je makar određeno vrijeme postojala kao životna zajednica neudane žene i neoženjenoga muškarca.

Izvanbračni drugovi mogu imati stečevinu (izvanbračna stečevina ili stečevina izvanbračnih drugova) i vlastitu imovinu kao i bračni drugovi. Vrijede jednaka pravila kao i za bračnu stečevinu, odnosno, bolje rečeno, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o imovinskim odnosima bračnih drugova.⁴⁸ Dakle, i izvanbračna stečevina

⁴⁶ Proizlazi iz čl. 3. Obiteljskoga zakona.

⁴⁷ Vrhovni sud Hrvatske, Rev 648/87 od 14. svibnja 1987., Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava, priredili Žuvela, M. – Smoljan Munjin, I., Narodne novine, Zagreb, 1988., str. 132., odluka br. 190.

⁴⁸ Proizlazi iz čl. 258. Obiteljskoga zakona.

nastaje prije svega radom za vrijeme trajanja izvanbračne zajednice ili potječe iz te imovine.⁴⁹ Ni ovdje nije značajno trajanje rada, vrsta rada, njegovi rezultati i sl. nego samo okolnost da je i jedan i drugi izvanbračni drug uložio određeni rad. Izvanbračna se stečevina može sastojati od prihoda u novcu, nenovčanih prihoda, obveznih prava, dobitka od igara na sreću, imovinske koristi od autorskoga i autorskom pravu srodnih prava i slično. Izvanbračni su drugovi suvlasnici izvanbračne stečevine u jednakim dijelovima, osim ako drukčije nisu ugovorili.⁵⁰ Nakon prestanka izvanbračne zajednice, ali moguće i bez prestanka, dolazi do razvrgnuća izvanbračne stečevine i podjele na jednake dijelove, odnosno svakom izvanbračnom drugu pripada po jedna polovica izvanbračne stečevine.

Kod izvanbračne stečevine sporno može biti razdoblje trajanja izvanbračne zajednice, pa bi u eventualnom sporu trebalo dokazivati dan zasnivanja i dan prestanka izvanbračne zajednice. Ako dođe do spora oko trenutka nastanka izvanbračne zajednice, dokazivanje će biti mnogo složenije nego kod bračne zajednice. Međutim, kod prestanka izvanbračne zajednice⁵¹ dokazivanje u slučaju spora ne mora biti složenije nego kod dokazivanja prestanka bračne zajednice jer je već ranije spomenuto da se prestanak bračne zajednice ne mora podudarati s prestankom braka. Dakle, bračne zajednica može prestati prije formalno-pravnoga prestanka braka. Obratno nije moguće, odnosno brak ne može prestati prije bračne zajednice nego eventualno samo istodobno.

Izvanbračni drugovi imaju svakako i vlastitu imovinu, odnosno to može biti i jedini oblik njihove imovine ako, primjerice, nije ispunjen uvjet glede vremena trajanja izvanbračne zajednice. Dakle, u vlastitu imovinu izvanbračnih drugova ubraja se ono što su imali prije zasnivanja izvanbračne zajednice, ono što je stečeno za vrijeme trajanja izvanbračne zajednice, ali ne radom nego nasljeđivanjem, darovanjem i slično, autorsko djelo pojedinoga izvanbračnoga druga, imovina koju je izvanbračni drug stekao nakon prestanka izvanbračne zajednice, imovina koja izvanbračnom drugu pripadne nakon diobe izvanbračne stečevine, te imovina koja je ugovorom sklopljenim između izvanbračnih drugova određena kao vlastita.

Ako bi izvanbračna zajednica postojala samo kao faktična zajednica, odnosno ne bi ispunjavala pretpostavke prema Obiteljskom zakonu⁵², tada bi između osoba

⁴⁹ «Kad je jedan od izvanbračnih drugova uz suglasnost drugog izvanbračnog druga otkupio stan, a da pri tome nisu uložena sredstva stečena radom za vrijeme trajanja izvanbračne zajednice, taj stan nije njihova zajednička imovina». Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 931/02, od 27. kolovoza 2003., Izvor: Sudska praksa, br. 6., od 1. XI.- 31. XII., str. 25.

⁵⁰ Primijenit će se na odgovarajući način odredbe Obiteljskoga zakona o bračnom ugovoru.

⁵¹ «Stan kojeg je jedan izvanbračni drug stekao kupnjom kao nositelj stanarskog prava za vrijeme trajanja izvanbračne zajednice, a koji je stan kupljen sredstvima koja potječu od rada oba izvanbračna druga, predstavlja njihovu zajedničku imovinu bez obzira što je prije potpune isplate cijene došlo do prekida izvanbračne zajednice zbog smrti jednog od izvanbračnih drugova». Županijski sud u Koprivnici, Gž-846/98-2, od 28. prosinca 1998., Izvor: Sudska praksa, br. 3., od 1. V. – 30. VI. 2000., str. 5.

⁵² Jer je, primjerice, trajala kraće od tri godine, a u njoj nije rođeno zajedničko dijete.

koje žive u takvoj zajednici imovinu koja je stečena u njoj bilo moguće shvatiti samo kao vlastitu imovinu. Kako bi se podijelila ta imovina, ovisilo bi o sporazumu osoba koje su živjele u takvoj faktičnoj izvanbračnoj zajednici, a ako bi došlo do spora on bi se mogao riješiti u parničnom postupku.

5. Bračni ugovor

Bračni je ugovor relativno nov institut našega obiteljskoga prava, uveden Obiteljskim zakonom iz 1998. godine. I ranije je, međutim, bilo moguće sklapati ugovore o uređivanju bračno-imovinskih odnosa. Tako su prema članku 279. Zakona o braku i porodičnim odnosima bračni drugovi mogli ugovoriti da njihove zarade budu njihova posebna imovina, što po propisima koji su na snazi odgovara pojmu vlastita imovina. No, treba naglasiti kako su stariji autori smatrali nemogućim bračno ugovaranje nakon sklapanja braka. Prema jednom takvom shvaćanju ako bi suprug sklapao ugovor sa svojom suprugom, «to bi bilo kao da je sklopio ugovor sa sobom, i prema tome, također je sasvim istinito da svi ugovori zaključeni između muža i žene prije sklapanja braka postaju ništavi sklapanjem braka».⁵³ Ovo shvaćanje ne odgovara suvremenom pravu te ga se kao takvoga ne može prihvatiti. Treba napomenuti da bračni drugovi mogu između sebe sklapati ne samo bračni nego i druge ugovore,⁵⁴ no njih se mora jasno razlikovati od bračnoga ugovora. Bračnim se ugovorom, međutim, mogu postaviti određena ograničenja glede sadržaja tih ugovora.

Glede naziva bračni ugovor treba naglasiti kako se u inozemnoj literaturi često bračnim ugovorom smatra, odnosno naziva, sam brak,⁵⁵ a ono što kod nas sadržajno predstavlja bračni ugovor, ponekad se naziva spolnim ugovorom⁵⁶, intimnim ugovorom ili bračnim ugovaranjem.⁵⁷ Iako postoje određene sličnosti između braka i ugovora, kao što su primjerice postojanje dvije strane koje sklapaju brak suglasnošću volja, ipak se čini da brak nije moguće poistovjetiti s ugovorom. Sam brak je naime ustanova obiteljskoga prava koja je uređena u mnogim elementima prisilnim pravnim pravilima, što je sasvim suprotno načelu slobode ugovaranja. S druge strane sklapanjem braka prihvaćaju se zakonske odredbe, koje tek iznimno omogućuju sporazumijevanje bračnih drugova o određenim pitanjima.⁵⁸ Inače nije

⁵³ Blackstone, W: «Commentaries on the Laws of England» Chicago, 1899., str. 442.

⁵⁴ Tako bračni drugovi mogu između sebe sklapati, na primjer, ugovore o prodaji, darovanju, zamjeni, o ustupanju i raspodjeli imovine za života i sl. S trećim pak osobama mogu sklapati, na primjer, ugovore o zakupu, najmu, posudbi, ostavi, kreditu, zajmu, djelu, doživotnom uzdržavanju i slično.

⁵⁵ Npr. Thompson, W.: «Appeal of One Half the Human Race, Women, Against the Pretensions of the Other Half, Men, to Retain them in Political, and Thence in Civil and Domestic», New York, 1970, str. 172., i Weitzman, L. J.: «The Marriage Contract: Spouses, Lovers, and the Law», New York, 1981., str. 29. itd.

⁵⁶ Pateman, C.: «Spolni ugovor», Zagreb, 2000.

⁵⁷ Shultz, M. M.: «Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy», California Law Review, 70, 2 (1982), str. 311.

⁵⁸ Na primjer o izboru prezimena, mjesta stanovanja, rađanju i odgoju djece.

prevažno pitanje kako nazvati sam bračni ugovor, međutim ipak se naziv bračni ugovor čini pogodnijim od spomenutih naziva (spolni ugovor, intimni ugovor i sl.) jer potpunije i preciznije ukazuje na bit ovoga pojma obiteljskoga prava.

Bračni je ugovor dvostranoobvezan, formalan i kauzalan ugovor. «Bračni ugovor sklapa se u pisanom obliku, a potpisi bračnih drugova moraju biti ovjereni.»⁵⁹ Upravo zbog činjenice da je bračni ugovor dvostranoobvezan, potrebna je obostrana ovjera potpisa bračnih drugova. Kauza bračnoga ugovora je uređenje bračno-imovinskih i drugih odnosa između bračnih drugova. O mogućnosti sklapanja bračnoga ugovora nevjesta i ženika upoznat će matičar prilikom sklapanja braka. Nevjesta i ženik svojim će potpisom potvrditi da su upoznati s osobnim pravima i dužnostima u braku, te mogućnošću uređenja imovinskih odnosa prema odredbama Obiteljskoga zakona.⁶⁰

Obiteljski zakon sadrži prilično oskudne odredbe o bračnom ugovoru, tako da se na njega u nedostatku specifičnih odredaba primjenjuju i odredbe obveznoga prava. Osim kod bračne stečevine upravo u bračnom ugovoru one dolaze naročito do izražaja, i to glede općih ugovornih pravila iz obveznoga prava. U članku 255. stavku 1. Obiteljskoga zakona stoji: «Bračnim ugovorom mogu se urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini». Pri tome se ne mora raditi o cjelokupnoj bračnoj stečevini jer je moguće da se drukčiji imovinskopravni režim od onoga predviđenoga Obiteljskim zakonom ugovori samo glede neke određene stvari.

Obiteljski zakon ne propisuje trenutak u kojem se može sklopiti bračni ugovor, tako da to ovisi o volji bračnih drugova. Tako se bračni ugovor može sklopiti i prije braka ili u bilo kojem trenutku za vrijeme trajanja braka. Stoga se postavlja pitanje tko sve može sklopiti bračni ugovor. Bračni ugovor mogu sklopiti nevjesta i ženik, dakle u slučaju kada se ovaj ugovor sklapa prije sklapanja braka, zatim bračni drugovi koji ga sklapaju za vrijeme trajanja braka⁶¹. Određeni ugovor kojim se uređuju imovinskopravni odnosi mogu sklopiti i osobe koje žive u izvanbračnoj zajednici.⁶² Ovisno o osobama koje sklapaju bračni ugovor možda bi se ugovor koji sklapaju nevjesta i ženik moglo nazvati predbračnim ugovorom, premda je opravdan i naziv bračni ugovor jer će pravne učinke proizvesti tek nakon sklapanja braka. Ugovor koji sklapaju osobe koje žive u izvanbračnoj zajednici moglo bi se nazvati izvanbračnim ugovorom ili samo ugovorom, a jedino ako bračni drugovi sklapaju takav ugovor, naziv bračni ugovor imao bi potpuno opravdanje. Naziv ugovora je svakako bitan,

⁵⁹ Čl. 255. st. 3. Obiteljskoga zakona.

⁶⁰ Proizlazi iz čl. 12. st. 2. Obiteljskoga zakona.

⁶¹ «Nevjesta i ženik, odnosno bračni drugovi mogu bračnim ugovorom drukčije urediti svoje odnose glede bračne stečevine» (čl. 249. st. 2. Obiteljskoga zakona).

⁶² «Kad postoji valjani sporazum izvanbračnih drugova kojim su utvrdili svoje suvlasničke dijelove na određenoj zajednički stečenoj imovini, nema osnove da se suvlasnički dijelovi na istoj imovini utvrđuju razmjerno doprinosu stranaka u stjecanju te imovine». Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 3090/99, od 9. siječnja 2002., Izvor: Sudska praksa, br. 6., od 1. XI.- 31. XII. 2002., str. 26.

ali još je važniji sadržaj ugovora jer jedan ugovor može imati obilježja bračnoga ugovora, iako ne nosi taj naziv, kao i obratno, ugovor se može nazivati bračnim, ali to ne mora biti po svojem sadržaju.⁶³ Naravno moguće je da jedan ugovor niti ima naziv bračni ugovor niti sadržajno odgovara tome ugovoru, ali netko od sudionika parničnoga postupka tvrdi da se radi o bračnom ugovoru.⁶⁴

Ugovorne strane kod sklapanja bilo kojega ugovora moraju imati poslovnu sposobnost koja se traži za taj ugovor, što znači da bi i bračni drugovi trebali imati poslovnu sposobnost da bi mogli sklopiti bračni ugovor. Međutim, «umjesto bračnog druga koji je lišen poslovne sposobnosti bračni ugovor može sklopiti njegov skrbnik s prethodnim odobrenjem centra za socijalnu skrb»⁶⁵, što će se dopustiti ako se ugovorom ne nanosi šteta, nego predstavlja i izvjesnu dobrobit za bračnoga druga koji je lišen poslovne sposobnosti.

Iako Obiteljski zakon ne navodi elemente mogućega sadržaja bračnoga ugovora, osim što određuje da se tim ugovorom mogu urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini. Jasno je da bi s obzirom na načelo dispozitivnosti bračni ugovor mogao sadržavati i ono što nije predviđeno zakonom, a samo po sebi nije protupravno. Stoga bračni drugovi mogu ovim ugovorom urediti bilo koje pitanje imovinskopravnoga karaktera, a možda i neka pitanja koja nisu isključivo imovinskopravne naravi. Pri utvrđivanju sadržaja bračnoga ugovora, ali i svih ostalih ugovora, mora se imati u vidu da on nije protivan Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva jer bi to dovelo do ništavosti bračnoga ugovora, osim ako cilj povrijeđenoga pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon o određenom slučaju ne propisuje nešto drugo. Bračni bi ugovor, primjerice, mogao sadržavati sljedeće odredbe:

- o utvrđivanju suvlasničkih udjela na nejednake dijelove i to glede cjelokupne bračne stečevine ili pojedinih dijelova bračne stečevine;
- o tome koji se dijelovi bračne stečevine imaju smatrati vlastitom imovinom (npr. zarada pojedinoga bračnoga druga i slično);
- o razvrstavanju bračne stečevine;
- o upravljanju i raspolaganju imovinom;

⁶³ «Izjava jednog bračnog druga dana u skladu s čl. 6. Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, kojom daje suglasnost drugom bračnom drugu da može otkupiti stan, ne znači odricanje tog bračnog druga od prava na stan kao dijela bračne stečevine. Međutim, ukoliko ta izjava ima i dodatan sadržaj, koji u sebi sadrži potpisanu i ovjerenu izjavu jednog bračnog druga da se odriče prava vlasništva na stanu koji je predmet otkupa i priznaje drugom bračnom drugu isključivo pravo vlasništva, takva izjava može imati značaj bračnog ugovora iz čl. 259. Obiteljskog zakona». Županijski sud u Bjelovaru, Gž-306/03-2, od 21. ožujka 2003., Sudska praksa 2003., br. 5. (1. IX. – 31. X.), str. 21.

⁶⁴ «Ugovor o utvrđenju i diobi zajedničke imovine u svezi s razvodom, nije ugovor o uređenju imovinskih odnosa (bračni ugovor) za koji se tražio oblik javnobilježničkog akta». Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 2414/96, od 26. svibnja 1999., Sudska praksa 1999., br. 6. (1. XI. – 31. XII.), str. 14.

⁶⁵ Čl. 256. Obiteljskoga zakona.

- o uspostavi stvarnih prava;
- o sklapanju ostalih ugovora;
- o izvršavanju prava i obveza u braku i sl.⁶⁶

Valja pripomenuti kako nipošto nije potrebno da većina navedenih elemenata bude sadržana u bračnom ugovoru. Bračni bi ugovor bio valjan ako sadrži makar jednu odredbu kojom se uređuje bilo koji segment imovinskopravnih odnosa bračnih drugova.

Kod utvrđivanja suvlasničkih udjela bračni drugovi mogu postaviti i nejednak omjer, dakle suprotno od Obiteljskoga zakona (npr. da jednome pripada 1/3, a drugome 2/3 bračne stečevine). Naime, postojeće rješenje Obiteljskoga zakona osim jednostavnosti temelji se i na obiteljskoj solidarnosti. To ne mora odgovarati svakoj bračnoj zajednici, pa stoga bračni drugovi, pogotovo u slučaju kada jedan od njih znatno više doprinosi stvaranju i očuvanju bračne stečevine, mogu ugovoriti da imaju nejednake suvlasničke udjele. Čini se, međutim, da bi bilo moguće fiksno ne utvrditi udjele, na primjer formulacijom da će se udjeli odrediti naknadno ovisno o doprinosu svakoga bračnoga druga stvaranju bračne stečevine. U tom bi slučaju opet postojala sličnost s nekadašnjim zajedničkim vlasništvom na zajedničkoj imovini bračnih drugova. U ovom slučaju ipak se ne bi radilo o zajedničkom vlasništvu jer stvar može biti u zajedničkom vlasništvu samo na temelju zakona. Radilo bi se o suvlasništvu kod kojega nisu određeni udjeli pa se smatra da su oni jednaki, no po prestanku braka može se dokazivati koliko je koji bračni drug doprinio stvaranju bračne stečevine ako na to upućuje bračni ugovor. Međutim, iako postoje određena iskustva vezano za pitanje što se ima smatrati doprinosom pojedinoga bračnoga druga stvaranju bračne stečevine, a to je zarada, pomoć drugom bračnom drugu, rad u kućanstvu i obitelji, odgoj i podizanje djece i slično, vjerojatnije je da će bračni drugovi izbjegavati koristiti u bračnom ugovoru tako apstraktne formulacije poput doprinosa bračnoga druga stvaranju bračne stečevine.

Mnogo je vjerojatnije da će se bračni drugovi poslužiti mnogo konkretnijim instrumentima poput izdvajanja određenoga dijele bračne stečevine te njegovim proglašavanjem vlastitom imovinom pojedinoga bračnoga druga. To će se može odnositi, primjerice, na neke vrste prihoda, ali i na neku određenu stvar ili pravo iz bračne stečevine. Tako bi bračni drugovi mogli odrediti da će se darovi učinjeni iz bračne stečevine pojedinom bračnom drugu smatrati njegovom vlastitom imovinom.

Bračni drugovi mogu bračnim ugovorom postaviti određena pravila i o razvrgnuću bračne stečevine. Ta se pravila mogu odnositi na sljedeća pitanja: odricanje od prava da se zahtijeva razvrgnuće bračne stečevine, način razvrgnuća, ugovaranje prava prvokupa ako do razvrgnuća dođe, troškove razvrgnuća i slično.

«Prema trećim osobama uglavci o upravi ili raspolaganju imovinom imaju pravni učinak ako su upisani u zemljišne knjige, odnosno javne upisnike kod kojih je

⁶⁶ Usporediti s mogućim sadržajem bračnoga ugovora navedenim u knjizi Alinčić, M. – Bakarić Abramović, A. – Hrabar, D. – Jakovac lozić, D. – Korać, A.: «Obiteljsko pravo», Zagreb, 2003., str. 488. i 489.

upis nužan za stjecanje prava ili se stvar ne može rabiti bez takva upisa». ⁶⁷ Odredbe bračnoga ugovora o upravljanju i raspolaganju imovinom obvezuju samo bračne drugove, a ne djeluju prema trećim osobama, osim u spomenutom slučaju upisa u javne upisnike. Osim toga bračni ugovor može sadržavati i odredbe o uspostavi nekoga stvarnoga prava, pri čemu je uvijek potreban i upis toga prava u zemljišnu knjigu. To se može odnositi na, primjerice, uspostavu etažnoga vlasništva, prava građenja, stvarne služnosti stvarnoga tereta i založnoga prava na nekretnini koja je bračna stečevina.

Prema članku 257. Obiteljskoga zakona «nije dopušteno bračnim ugovorom uglaviti primjenu stranog prava na imovinskopravne odnose». Ova se odredba odnosi na bračni ugovor koji bi sklopili bračni drugovi hrvatski državljani. Nasuprot tome, kada postoji brak u kojem je jedan bračni drug hrvatski državljani, a drugi je bračni drug stranac, tada se radi o braku s međunarodnim obilježjem i u tom je slučaju moguća primjena stranoga prava i na bračni ugovor. Osim općih ograničenja sadržaja bračnoga ugovora koja su povezana s mogućom povredom Ustava, prisilnih propisa i morala, jedino posebno ograničenje načela dispozitivnosti kod bračnoga ugovora vezano je upravo uz primjenu stranoga prava.

S obzirom da se na bračni ugovor u nedostatku specifičnih odredaba Obiteljskoga zakona primjenjuju opće odredbe obveznoga ugovornoga prava, moguća je izmjena i raskid bračnoga ugovora. Bračni bi drugovi kao što mogu u bilo kojem trenutku sklopiti bračni ugovor, jednako tako u bilo kojem trenutku mogli izmijeniti ili raskinuti ovaj ugovor. Zapreka izmjeni ili raskidu mogla bi postojati jedino u samom bračnom ugovoru, na primjer, kroz uglavke kojima se zabranjuje ili uvjetuje ovakav postupak. Kada se radi o raskidu bračnoga ugovora, prije svega se misli na sporazumni raskid. Jednostran bi pak raskid mogao postojati eventualno u slučaju nastanka promijenjenih okolnosti, ali tada se ne bi radilo o otežanom ispunjenju obveza jedne strane kao razlogu za primjenu klauzule rebus sic stantibus nego isključivo o tome da se ne može ostvariti svrha ugovora. Promijenjene okolnosti koje bi se mogle prihvatiti kao razlog za raskid bračnoga ugovora mogle bi biti, na primjer, značajnija promjena imovinskoga stanja pojedinoga bračnoga druga (značajno povećanje ili smanjenje vlastite imovine), pogoršanje zdravstvenoga stanja jednoga bračnoga druga, promjene stanja u obitelji (rođenje djeteta, posvojenje) i slično. Jednostran raskid bračnoga ugovora s navođenjem razloga za raskid ili čak i bez navođenja razloga bio bi moguć i u slučaju da je izričito predviđen u samom bračnom ugovoru koji se raskida. Ako bračni ugovor sadržava sporedne sastojke u vidu uvjeta, rokova i naloga, tada je raskid ugovora moguć ovisno o tome kako su ti sporedni sastojci ugrađeni u samom ugovoru.

Zaključno se o bračnom ugovoru može kazati kako je šteta što Obiteljski zakon nije preciznije odredio moguće elemente sadržaja ovoga ugovora jer njegovo je uvođenje potpuno opravdano s obzirom na načela dispozitivnosti i autonomije

⁶⁷ Čl. 255. st. 2. Obiteljskoga zakona.

volje. Zakonsko preciziranje potencijalnoga sadržaja bračnoga ugovora bilo bi određeni putokaz osobama koje namjeravaju sklopiti ovaj ugovor i samim time bi vjerojatno i u praksi bilo sklopljeno više takvih ugovora. Pri tome bi se bračni ugovor pokazao kao koristan instrument mogućega uređenja bračno-imovinskih odnosa drukčije od zakonskoga režima, a ako bi se ponudili kao mogući sadržaj i oni elementi koji bi mogli učvrstiti međusobno povjerenje bračnih drugova, smanjili bi se određeni prigovori koji se sada upućuju ovom ugovoru. Tako se prigovara da ugovorno uređenje imovinskih odnosa u braku, ako je inicirano od jednoga bračnoga druga, može izazvati nepovjerenje drugoga bračnoga druga i određene sumnje glede prestanka braka. Ako bračni ugovor sadrži samo imovinskopravne elemente, a njegov je smisao prvenstveno urediti imovinskopravne odnose, to može neopravdano u drugi plan staviti sve ostale odnose koji postoje između bračnih drugova. Uz preciznije zakonsko određivanje mogućega sadržaja bračni bi ugovor dokazao opravdanost postojanja i vjerojatno se i u praksi više koristio.

6. Zaključak

Stjecanje imovine u bračnoj i izvanbračnoj zajednici povezano je prije svega s pojmom bračne stečevine, ali i pojmovima poput imovine, vlastite imovine bračnih drugova, različitih oblika vlasništva, bračnoga ugovora i slično.

Rad je prvi element značajan za stjecanje bračne stečevine. Rad iz kojega potječe bračna stečevina treba biti ostvaren za vrijeme trajanja bračne zajednice. Svaki rad se priznaje kao temelj nastanka bračne stečevine, nije značajno ni trajanje, ali ni rezultati rada pojedinoga bračnoga druga. Važno je jedino da postoji određeni rad pojedinoga bračnoga druga i već temeljem toga on postaje suvlasnikom jedne polovice bračne stečevine.

Trajanje bračne zajednice je drugi bitan element stjecanja bračne stečevine. Treba razlikovati pojam braka od pojma bračne zajednice. Bračna se zajednica ne mora uvijek ni vremenski ni sadržajno poklapati s brakom. Brak može, naime, formalno-pravno postojati, a da je bračna zajednica faktično odavno prestala.

Treći je element bitan za stjecanje bračne stečevine njezin predmet. Predmet bračne stečevine nije izričito propisan zakonom, osim u slučaju dobitka od igara na sreću i imovinske koristi od autorskoga prava i autorskom pravu srodnih prava ostvarenih tijekom bračne zajednice za koje je izričito određeno da su bračna stečevina.

Svaki bračni drug kao suvlasnik ima pravo na diobu ili razvrgnuće suvlasništva, ako je moguće i dopušteno, i to pravo ne zastarijeva. Razvrgnuće suvlasništva pojedini bračni drug može zahtijevati uvijek, dakle u bilo koje doba, osim kad bi to bilo na štetu drugoga bračnoga druga, no može i tada ako se s obzirom na okolnosti ne bi moglo razumno očekivati da će se prilike uskoro tako izmijeniti da razvrgnuće ne bi bilo na štetu drugoga bračnoga druga.

Bračni su drugovi suvlasnici bračne stečevine u jednakim dijelovima, osim ako nisu drukčije ugovorili, pa im stoga svakome pri razvrgnuću pripada po jedna polovica bračne stečevine. Ako je bračnim ili nekim drugim ugovorom predviđen

drukčiji omjer suvlasničkih dijelova, onda će se pri razvrgnuću bračne stečevine primijeniti ključ iz toga ugovora. I glede troškova razvrgnuća bračne stečevine primjenjuje se jednaki kriterij, odnosno bračni drugovi snose troškove razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima, dakle svaki polovicu troškova, osim ako se drukčije ne sporazumiju.

Pored bračne stečevine bračni drugovi imaju i vlastitu imovinu. Vlastita imovina je pojedinačno vlasništvo pojedinoga bračnoga druga te on njome samostalno upravlja, koristi se i raspolaže. U vlastitu imovinu ubraja se prije svega imovina koju bračni drug ima u trenutku sklapanja braka. Glede te imovine i ne dolazi do bilo kakvih promjena jer ona ostaje i nadalje u jednakom vlasničkopravnom režimu, odnosno ostaje vlastita imovina.

Izvanbračni drugovi mogu imati stečevinu i vlastitu imovinu kao i bračni drugovi. Vrijede jednaka pravila kao i za bračnu stečevinu, odnosno bolje rečeno, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o imovinskim odnosima bračnih drugova. Dakle, i izvanbračna stečevina nastaje prije svega radom za vrijeme trajanja izvanbračne zajednice ili potječe iz te imovine. Ni ovdje nije značajno trajanje rada, vrsta rada, i njegovi rezultati.

Bračnim se ugovorom mogu urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini. Glede naziva «bračni ugovor» treba naglasiti kako se u inozemnoj literaturi često bračnim ugovorom smatra, odnosno naziva sam brak, a ono što kod nas sadržajno predstavlja bračni ugovor, ponekad se naziva intimnim ugovorom ili bračnim ugovaranjem.

Bračni je ugovor dvostranoobvezan, formalan i kauzalan ugovor. Zakonsko preciziranje potencijalnoga sadržaja bračnoga ugovora bilo bi određeni putokaz osobama koje namjeravaju sklopiti ovaj ugovor i samim time bi vjerojatno i u praksi bilo sklopljeno više takvih ugovora. Pri tome bi se bračni ugovor pokazao kao koristan instrument mogućega uređenja bračno-imovinskih odnosa drukčije od zakonskoga režima, a ako bi se ponudili kao mogući sadržaj i oni elementi koji bi mogli učvrstiti međusobno povjerenje bračnih drugova, smanjili bi se određeni prigovori koji se sada upućuju ovom ugovoru.

Literatura:

1. Alinčić, M. – Bakarić Abramović, A. – Belajec, V. – Hrabar, D. – Korać, A.: «Komentar Obiteljskog zakona», Zagreb, 1999.
2. Alinčić, M. - Dika, M. - Hrabar, D. – Jelavić, M. - Korać, A.: «Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive», Zagreb, 2003.
3. Alinčić, M. – Bakarić, A. – Hrabar, D.: «Obiteljsko pravo I. – suvremene tendencije», Zagreb, 1992.
4. Alinčić, M. – Bakarić Abramović, A. – Hrabar, D. – Jakovac Lozić, D. – Korać, A.: «Obiteljsko pravo», Zagreb, 2001.
5. Belaj, V.: «Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu», Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2002.
6. Belaj, V.: «Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu)», Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1/2000.

7. Belaj, V.: «Upravljanje suvlasničkom stvarju prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima», *Pravni vjesnik*, br. 1-4/1998.
8. Bjegović, Đ.: «Zajedničko vlasništvo – posebno o imovinskim odnosima u braku», *Zbornik radova «Vlasništvo i druga stvarna prava»*, Zagreb, 1990.
9. Blackstone, W.: «Commentaries on the Laws of England», Chicago, 1899.
10. Gavella, N.- Josipović, T.- Gliha, I.- Belaj, V.- Stipković, Z.: «Stvarno pravo», Zagreb, 1998.
11. Hrabar, D.: «Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe», *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi, God. 9, Zagreb, 2002.
12. Kačer, H.: «Jedna dvojba glede primjene Obiteljskog zakona ili imaju li odredbe Obiteljskog zakona o bračnoj stečevini povratni učinak», *Pravo i porezi*, br. 12/1999., str. 26.-32.
13. Pateman, C.: «Spolni ugovor», Zagreb, 2000.
14. Shultz, M. M.: «Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy», *California Law Review*, 70, 2 (1982).
15. Stojanović, D.: «Uvod u građansko pravo», Beograd, 1984.
16. Thompson, W.: «Appeal of One Half the Human Race, Women, Against the Pretensions of the Other Half, Men, to Retain them in Political, and Thence in Civil and Domestic», New York, 1970.
17. Vedriš, M. – Klarić, P.: «Građansko pravo», Zagreb, 2003.
18. Verbeke, A.- Cretney, S.- Grauers, F.- Malaurie, P.- Ofner, H.- Savolainen, M.- Paparrigopoulou, F.- Van der Burght, G.: «European Marital Property Law – Survey 1988.-1994.», *European Review of Private Law*, br. 3/1995.
19. Weitzman, L. J.: «The Marriage Contract: Spouses, Lovers, and the Law», New York, 1981.

Summary

ACQUISITION OF PROPERTY (OWNERSHIP) IN MARRIAGE AND COMMON-LAW MARRIAGE

Property rights relations between spouses and common-law spouses have always created numerous doubts in case-law but also in general public opinion. Family law notion of «marital property» is closely linked to general notion of property. Marital property is in equal parts co-owned by spouses. A necessary condition for acquisition of marital property is labor, kind of labor, its results and duration being irrelevant. Duration of marital union is also an important element of marital property acquisition, and it should be differentiated from duration of a marriage. Marital property consists of all the property rights and obligation claims, obligations of spouses toward third persons being excluded. These obligations are burden of the marital property, and not its essential part.

Individual property of spouses consists of property acquired by the spouse before marriage, after dissolution of marital union or during marital union but not on the basis of labor.

Common-law marriage relates to a union of a single woman and a single man

who do not live in any other common-law marriage, which lasts for a minimum of three years, unless a child of common-law spouses is born in this union.

Marital contract presents a useful instrument for spouses who wish to change property rights relations of spouses determined by the law.

If a marital contract contains only property rights elements and its purpose is to primarily regulate property rights relations, it could unjustifiably render secondary all the other relations existing between spouses. More precise legal determination of its possible content would provide a justification for existence of marital contract and would probably trigger its more often use in practice.

Key words: property, ownership, labor, marital union, common-law marriage, marital property, marital contract, co-ownership.

Zusammenfassung

ERWERB VON VERMÖGEN (EIGENTUM) IN DER EHELICHEN UND NICTEHELICHEN GEMEINSCHAFT

Die Eigentumsverhältnisse von Ehepartnern und unverheirateten Partnern waren in der Gerichtspraxis aber auch in der Öffentlichkeit allgemein immer problematisch. Mit dem allgemeinen Begriff von Vermögen ist im Familienrecht vor allem der Begriff des in der Ehe gewonnenen Vermögens verbunden. Das in der Ehe gewonnene Vermögen gehört beiden Ehepartnern zu gleichen Teilen. Arbeit ist ein unumgänglicher Faktor beim Erwerb des ehelichen Vermögens, doch sind dabei Art, Resultate und Dauer der Arbeit nicht von Bedeutung. Die Dauer der Ehegemeinschaft ist auch ein wichtiger Bestandteil des Erwerbs von Vermögen in der Ehe, doch muss er von der Dauer der Ehe unterschieden werden. Das in der Ehe gewonnene Vermögen macht die Gesamtheit des Sachenrechts und schuldrechtlicher Forderungen aus, aber nicht auch die Verpflichtungen, die die Ehepartner gegenüber Dritten haben. Die Verpflichtungen gehen zu Lasten des in der Ehe gewonnenen Vermögens, sind aber nicht deren Bestandteil.

Zum persönlichen Eigentum der Ehepartner wird auch das gerechnet, das vor der Ehe und nach der Auflösung der Ehegemeinschaft sowie zur Zeit ihres Bestehens erworben wurde, jedoch nicht durch Arbeit.

Die nichteheliche Gemeinschaft bezieht sich auf die Lebensgemeinschaft einer unverheirateten Frau und eines unverheirateten Mannes, die in keiner anderen außerehelichen Gemeinschaft leben, und die mindestens drei Jahre oder – wenn in ihr ein gemeinsames Kind geboren wurde – auch kürzer besteht.

Ein Ehevertrag kann denjenigen Partnern als Instrument dienen, die die gesetzliche Vermögensordnung in der Ehe abändern möchten.

Wenn der Ehevertrag nur vermögensrechtliche Elemente beinhaltet, und sein Zweck ist es, vor allem die vermögensrechtlichen Beziehungen zu regeln, kann das ungerechtfertigt alle anderen Beziehungen zwischen den Ehepartnern in den

Hintergrund drängen. Mit präziseren gesetzlichen Bestimmungen seines möglichen Inhalts würde der Ehevertrag sein Bestehen rechtfertigen können und in der Praxis wahrscheinlich häufiger benutzt werden.

Schlüsselwörter: *Vermögen, Eigentum, Arbeit, Ehegemeinschaft, nichteheliche Gemeinschaft, in der Ehe gewonnenes Vermögen, Ehevertrag, Miteigentum.*

Sommario

ACQUISIZIONE DI UN BENE (PROPRIETÀ) NELL'UNIONE CONIUGALE ED EXTRAconiUGALE

Le relazioni dei diritti di proprietà tra coniugi e conviventi hanno sempre creato numerosi dubbi nella prassi giudiziale, ma anche nella pubblica opinione in generale. La nozione di acquisto coniugale in diritto di famiglia è strettamente legata alla nozione generale di proprietà. L'acquisto coniugale è in parti eguali comproprietà dei coniugi. Una condizione necessaria per l'acquisizione dell'acquisto coniugale è il lavoro, tuttavia il tipo, i risultati e la durata del lavoro sono irrilevanti. La durata dell'unione coniugale è altresì un elemento importante dell'acquisizione dell'acquisto coniugale, e dovrebbe essere differenziata dalla durata del coniugio. L'acquisto coniugale consiste di tutti i diritti di proprietà e diritti di obbligazioni, essendo escluse le obbligazioni dei coniugi nei confronti di terze persone. Queste obbligazioni sono onere dell'acquisto coniugale, e non sua parte essenziale.

La proprietà individuale dei coniugi consiste della proprietà acquisita dai coniugi prima del coniugio, dopo la dissoluzione dell'unione coniugale o durante l'unione coniugale ma non sulla base del lavoro.

L'unione extraconiugale riguarda l'unione di una donna e di un uomo singoli che non vivono in altre unioni extraconiugali, che duri da almeno tre anni, salvo che da questa unione sia nato un bambino dei conviventi.

Il contratto coniugale rappresenta uno strumento utile per i coniugi che desiderano cambiare le relazioni dei diritti di proprietà dei coniugi determinate dalla legge.

Se un contratto coniugale contiene solo gli elementi dei diritti di proprietà e il suo scopo è di regolare primariamente le relazioni dei diritti di proprietà, potrebbe ingiustificatamente rendere secondarie tutte le altre relazioni esistenti tra i coniugi. La più precisa determinazione legale del suo possibile contenuto fornirebbe una giustificazione all'esistenza del contratto coniugale e probabilmente spingerebbe a un suo utilizzo più frequente nella pratica.

Parole chiave: *bene, proprietà, lavoro, unione coniugale, unione extraconiugale, acquisto coniugale, contratto coniugale, comproprietà.*

OSTVARENJE PRAVA NA NAMIRENJE TRAZBINE OSIGURANE HIPOTEKOM I FIDUCIJARNIM VLASNIŠTVOM NA NEKRETNINI

Mr. sc. Olga Jelčić, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.952.2
Ur.: 14. veljače 2005.
Pr.: 24. veljače 2005.
Prethodno priopćenje

Svrha je hipoteke i fiducijarnog prijenosa vlasništva omogućiti sigurno namirenje prvenstveno novčane tražbine koju dužnik nije u roku ispunio. Pravila o pravu na namirenje osigurane tražbine pretežno su sadržana u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, a način namirenja u Ovršnom zakonu. U radu su razmotrena temeljna obilježja hipoteke i fiducijarnog osiguranja na nekretnini, s naglaskom na razlikama između ova dva instituta, koje rezultiraju različitim putovima ostvarenja prava na namirenje osigurane tražbine. Za hipoteku na nekretnini vrijedi pravilo da se osigurana tražbina namiruje isključivo u sudskom ovršnom postupku, dok se fiducijom osigurana tražbina namiruje izvansudski. Prikazano je sudsko namirenje tražbine osigurane hipotekom, posebno ovršna isprava kao jedna od pretpostavki za pokretanje ovršnog postupka, i hipotekarna tužba kojom vjerovnik ostvaruje pravo na namirenje, pokretanje ovršnog postupka prijedlogom za ovrhu i određivanje ovrhe rješenjem o ovrsi. Obrađuju se radnje provedbe ovrhe, i to zabilježba ovrhe u zemljišnoj knjizi, utvrđivanje vrijednosti nekretnine, njena prodaja i namirenje vjerovnika kao ovrhovoditelja unovčenjem nekretnine. Dan je prikaz namirenja fiducijarno osigurane tražbine izvansudski putem javnog bilježnika, uz osvrt na razlike u postupku namirenja de lege lata u odnosu na uređenje prije novele Ovršnog zakona iz 2003. godine.

Ključne riječi: *hipoteka, fiducijarno osiguranje, osigurana tražbina, nekretnina kao predmet osiguranja, sudsko ovršno i izvansudsko namirenje osigurane tražbine.*

1. Uvod

Logika ulaganja kapitala u tuđe gospodarske projekte, davanje zajma ili kredita i sl. gotovo je beziznimno ostvarenje profita, zbog čega odluka o ulaganju uvelike ovisi o instrumentima osiguranja tražbina koje proizlaze iz takvih pravnih poslova. Budući da su nekretnine dobra koja su najmanje izložena riziku gubitka vrijednosti,

najpoželjniji su predmet osiguranja, jer u slučaju neispunjenja obveze dužnika ili njegove insolventnosti nekretninu je moguće prodati i iz kupovnine namiriti tražbinu. Zbog toga se tražbine najčešće osiguravaju upravo osnivanjem hipoteke i prijenosom vlasništva radi osiguranja, sve to na nekretninama. Po svojoj naravi to predstavlja realno osiguranje tražbina.

Pravni instituti hipoteke i prijenosa prava vlasništva na nekretnini radi osiguranja određene tražbine (fiducijarno vlasništvo) po svojoj stvarnopravnoj naravi potpuno su različiti, jer je hipoteka ograničeno stvarno pravo na tuđoj nekretnini, ona ograničava postojeće pravo vlasništva, a fiducijarno vlasništvo je vlasništvo koje je ograničeno raskidnim (rezolutivnim) uvjetom, što znači da je vremenski ograničeno, pa je nužno da se pravila koja ih uređuju dijelom međusobno razlikuju. Međutim, bitna razlika, koja opravdava istovremeno postojanje ovih dvaju instituta osiguranja tražbina, odnosi se na postupak provedbe namirenja osigurane tražbine kada je dužnik po dospijecu nije ispunio, jer se hipotekarna tražbina uvijek i samo namiruje u sudskom ovršnom postupku, a tražbina osigurana fiducijarnim vlasništvom izvansudskim putem. Unatoč razlikama, činjenica da oba instituta povezuje isti cilj, a to je s jedne strane omogućiti vjerovniku da neispunjenu dospjelu tražbinu namiri iz vrijednosti nekretnine koja je predmet osiguranja, a s druge potreba stanovite zaštite dužnika, uvjetuje postojanje određenih zajedničkih obilježja i pravila za obje vrste osiguranja. To proizlazi i iz odredbe čl. 297. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹ prema kojoj će se na prijenos prava vlasništva radi osiguranja primjenjivati na odgovarajući način pravila koja vrijede za založno pravo, ako zakonom nije što drugo određeno. Razlike opredjeljuju izbor sudionika obveznopravnog odnosa između ovih dvaju instrumenata realnog osiguranja.

Hipoteka je uređena u okviru odredaba koje reguliraju založno pravo² u Dijelu sedmom od čl. 297. do 352. ZV-a, (dobrovoljna ugovorna hipoteka – čl. 309., ZV), te paralelno u ZV-u i Ovršnom zakonu³ prisilna sudska hipoteka (čl. 311., ZV i čl. 257. do 260., OZ prisilno založno pravo) i dobrovoljna sudska hipoteka (čl. 312., ZV i čl. 261. do 268., OZ sudsko založno pravo na određenim predmetima osiguranja). U OZ-u je uređeno i javnobilježničko dobrovoljno založno pravo (čl. 261. do 272., OZ), a u odredbi čl. 314. ZV-a predviđeno je da se može osnovati i zakonsko založno pravo kada to odredi poseban zakon.

ZV odredbama čl. 34. st. 4. i 5., te čl. 297. st. 2. u osnovi uređuje fiducijarno vlasništvo na temelju pravnog posla, a istovremeno je odredbama čl. 273. do čl. 279. OZ-a uređeno ne samo postupovno, nego i dijelom materijalno-pravno sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari (fiducijarno vlasništvo).

¹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00. i 114/01.; dalje ZV)

² Hipoteka na nekretnini kao predmetu osiguranja je založno pravo za koje vrijede određene specifičnosti uvjetovane činjenicom da je zalog nekretnina.

³ Ovršni zakon (Narodne novine 57/96., 29/99., 42/00., 173/03. i 194/03.: dalje OZ).

2. Pojam i temeljna obilježja hipoteke i fiducijarnog vlasništva na nekretnini

Čini mi se potrebnim prije prelaska na izlaganje naslovne teme ukazati na osnovni sadržaj i obilježja hipoteke i prijenosa prava vlasništva na nekretnini radi osiguranja tražbine, jer ostvarivanje prava na namirenje i postupak namirenja osigurane tražbine posljedica su svrhe i koncepcije pravnog uređenja ovih instituta u našem pravu.

2.1. Hipoteka

Hipoteka se osniva radi osiguranja tražbine koja potječe iz određenog obveznog pravnog odnosa. Ona je ograničeno stvarno pravo na nekretnini - predmetu osiguranja (zalog), koje ovlašćuje hipotekarnog vjerovnika da namiri svoju određenu osiguranu dospjelu tražbinu, koju dužnik nije ispunio u roku, iz vrijednosti nekretnine opterećene hipotekom, i u tu svrhu vjerovnik ima zahtjev na trpljenje namirenja prema svakodobnom vlasniku te nekretnine, neovisno o tome je li on istovremeno vjerovnikov osobni dužnik glede osigurane tražbine. Nasuprot tom pravu hipotekarnog vjerovnika stoji obveza hipotekarnog dužnika da trpi namirenje osigurane tražbine unovčenjem zaloga. Zakonom je izričito propisana ništavost odredbi hipotekarnog ugovora kojima bi bilo ugovoreno da će zalog prijeći u vjerovnikovo vlasništvo ako dug ne bi bio plaćen u određeno vrijeme (*lex commissoria*), ili da vjerovnik ne bi nakon dospjeća osigurane tražbine smio zahtijevati prodaju zaloga, te da vjerovnik može po svojoj volji ili po unaprijed određenoj cijeni otuđiti zalog ili ga zadržati za sebe. Međutim, prema stajalištu judikature pravovaljan je ugovor sklopljen nakon dospelosti potraživanja kojim se založena stvar ustupa u vlasništvo vjerovniku umjesto isplate duga.⁴

Nekretnina opterećena hipotekom kao cjelina, uključujući i sve njezine pripadnosti, osigurava tražbinu, računajući tu glavni dug i sporedna potraživanja (čl. 301. st. 4. i 5., ZV).

Hipoteka ne može postojati samostalno već samo paralelno s tražbinom koju osigurava (akcesornost hipoteke), zbog čega hipoteka slijedi tražbinu koju osigurava.⁵ Naglasak je ovdje da hipoteka osigurava tražbinu, a ne ugovor iz kojeg ona potječe. U skladu s tim u judikaturi⁶ je zauzeto stajalište da i kada je ugovor iz kojeg potiče osigurana tražbina ništav, pa nastaje obveza vratiti ono što je primljeno na temelju

⁴ VSRH Rev 1226/95 od 12. 10. 1999.; Županijski sud u Zagrebu Gž 7263/99 od 21. 11. 2000.

⁵ VSRH Rev-220/1997 od 15. svibnja 2002. g. "Tražbina i založno pravo povezani su svrhom založnog prava. Založno pravo postoji radi tražbine. Vjerovnikova tražbina i založno pravo koje ju osigurava povezani su tako da je tražbina glavno pravo, dok je založno pravo sporedno (akcesorno) pravo, pa egzistencija svakog subjektivnog založnog prava zavisi od postojanja i valjanosti tražbine koju osigurava."

⁶ VSRH Rev-13/1995 od 10. rujna 1998.g.

takvog ugovora (čl. 104. st. 1. Zakona o obveznim odnosima⁷), to ne utječe na pravo hipotekarnog vjerovnika da se namiri iz založene nekretnine, jer je hipoteka osnovana upravo zato da bi se vjerovniku pružila sigurnost da će mu biti vraćeno što je temeljem ugovora dao. Ako nije drukčije ugovoreno, prijelazom tražbine na novog vjerovnika prelazi i hipoteka (čl. 437. st. 1., ZOO), ali ako je ugovorom prijelaz hipoteke s tražbinom isključen, hipoteka prestaje, jer ne može postojati samostalno i odvojeno od tražbine.

Na jednoj nekretnini može se osnovati više hipoteka u korist istog ili različitih vjerovnika, što se smatra njezinom prednošću u odnosu na fiducijarni prijenos vlasništva, jer se na taj način ista nekretnina može višekratno gospodarski aktivirati. U tom slučaju prednost pri namirivanju ima ona tražbina koja je ispred ostalih u prvenstvenom redu.

Dobrovoljna ugovorna, sudska i javnobilježnička te prisilna sudska hipoteka na nekretnini osnivaju se upisom u zemljišnu knjigu,⁸ a na nekretnini koja nije upisana u zemljišnu knjigu polaganjem na sud ovjerovljene isprave odnosno rješenja koje je po zakonu pravni temelj za osnivanje hipoteke (čl. 309., ZV te čl. 259. st. 1. i čl. 264. st. 3., OZ). Zakonska hipoteka osniva se ispunjenjem pretpostavaka koje za to odredi posebni zakon (čl. 314. st. 1, ZV) bez upisa u zemljišnu knjigu, pa je zemljišnoknjižni upis samo deklaratorne naravi.

Hipotekarni vjerovnik može svoja prava koja proizlaze iz hipoteke na zalogu ostvariti bez pristanka njegova vlasnika ili neke treće osobe koja ima neko drugo pravo (stvarno ili obvezno) na toj stvari, pa je u tom smislu njegova vlast neposredna. Učinak hipoteke apsolutan je, jer ona prati predmet zaloga sve do potpunog namirenja osigurane tražbine i hipotekarni vjerovnik je ovlašten od svakoga zahtijevati da se suzdrži od poduzimanja radnji kojima bi bespravno bio povrijeđen sadržaj njegovih prava koja proizlaze iz hipoteke, pa u tu svrhu ima ovlast zahtijevati zaštitu sadržaja prava koja mu na temelju hipoteke pripadaju. Smanjenje tražbine ne utječe na hipoteku koja je osigurava, ako zakonom nije drukčije određeno, jer hipoteka na cijeloj nekretnini traje dok tražbina u potpunosti ne bude namirena.

Prava hipotekarnog vjerovnika su vremenski ograničena do trenutka brisanja hipoteke u zemljišnoj knjizi, a ograničen je i sadržaj njegovih ovlasti u odnosu na predmet zaloga, jer hipotekarni vjerovnik nema pravo posjedovati nekretninu koja je predmet hipoteke, niti ima pravo ubirati i prisvajati njezine plodove i druge koristi koje od nje potiču ili je na bilo koji drugi način upotrebljavati (čl. 329. st. 1., ZV). Odredbe ugovora suprotne ovoj zabrani ništave su (čl. 329. st. 2., ZV).

⁷ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.; dalje ZOO).

⁸ Županijski sud Zagreb Gž-923/2003 od 24. 6. 2003. g.: "Ovršna isprava na temelju koje se zasniva prisilno sudsko založno pravo na nekretnini nije sudska odluka donesena u parničnom postupku, već je to odluka suda donesena u postupku prisilnog osiguranja tražbine. Zato tužitelj nije ovlašten u parničnom postupku tražiti njegovo osnivanje uknjižbom na nekretnini tuženika radi osiguranja novčane tražbine." Izbor odluka VSRH 1/2004 br. 8.

2.2. Fiducijarno vlasništvo

Kao i hipotekom, određenu tražbinu moguće je osigurati i prijenosom vlasništva na nekretnini (fiducijarno osiguranje). Kod fiducijarnog osiguranja tražbine prijenosom prava vlasništva na nekretnini vlasnik nekretnine (potonji vlasnik – fiducijant) na vjerovnika prenosi pravo vlasništva, koje je ograničeno raskidnim uvjetom (čl. 34. st. 5. ZV i čl. 274. st. 2. OZ),⁹ a uvjet je da vjerovniku bude ispunjena tražbina radi osiguranja koje se prenosi vlasništvo, pa stoga causa ovog ugovora nije prijenos vlasništva nego osiguranje tražbine. Stoga vjerovnik (prethodni vlasnik – fiducijar) stječe vlasništvo privremeno, samo radi osiguranja ispunjenja njegove određene tražbine. Ako osobni dužnik (koji može i ne mora biti fiducijant) ne ispuni osiguranu dospjelu tražbinu, fiducijar je ovlašten namiriti se iz vrijednosti nekretnine koja mu je prenesena u vlasništvo. OZ-om prije njegovog noveliranja s ZID OZ 03 bila je predviđena mogućnost da fiducijar postane punopravni vlasnik predmeta osiguranja u slučaju da ne uspije prodaja putem javnog bilježnika (raniji čl. 277. st. 5., OZ). Međutim, prema sadašnjem uređenju fiducijar može namiriti svoju tražbinu isključivo prodajom predmeta osiguranja.

Do prijenosa prava vlasništva radi osiguranja dolazi isključivo dobrovoljno na temelju pravnog posla fiducijanta (protivnika osiguranja) i fiducijara (predlagatelja osiguranja), a stječe se upisom u zemljišnu knjigu. Fiducijarno vlasništvo na nekretnini koja nije upisana u zemljišnu knjigu osniva se polaganjem na sud odgovarajuće isprave, osim u slučaju sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva za koje je propisano da predlagatelj osiguranja postaje vlasnikom te nekretnine potpisivanjem sudskog odnosno javnobilježničkog zapisnika (čl. 274. st. 5., OZ). Nekretnina prenesena u vlasništvo radi osiguranja određene tražbine, nakon što je pravo stečeno upisom u zemljišnu knjigu, ne može više biti predmet osiguranja bilo hipotekom ili fiducijarnim prijenosom vlasništva.

Ugovor o prijenosu fiducijarnog vlasništva nije akcesoran nego samostalan, jer se njime uređuju međusobna prava i obveze stranaka u vezi s prijenosom vlasništva i osiguranjem tražbine koja ne ovise o realizaciji i valjanosti ugovora iz kojeg tražbina proizlazi. Prijenosom tražbine na novog vjerovnika ne prenosi se pravo vlasništva kojim je tražbina osigurana, a to s razloga što se ne radi o pravu koje opterećuje tuđu nekretninu, već o pravu vlasništva, koje je ograničeno samo glede trajanja i ovlaštenja.

Upis fiducijarnog vlasništva na nekretnini u zemljišnu knjigu ima apsolutno djelovanje prema trećim osobama (čl. 34. st. 3. i 5., ZV), pa one mogu stjecati na

⁹ Prije zadnje izmjene (Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona - Narodne novine broj 173/03.; dalje ZID OZ 03) u OZ-u je fiducijarno vlasništvo bilo uređeno kao bezuvjetno, tako da su postojala dva paralelna režima ovog pravnog instituta, i to prema ZV-u kao vlasništvo ograničeno raskidnim uvjetom i u OZ-u kao bezuvjetno vlasništvo, s tim da su se odredbe OZ-a primjenjivale samo kada se fiducijarno vlasništvo prenosilo u postupku sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva (čl. 273. – 279. OZ).

takvoj nekretnini samo prava ograničena istim uvjetom. U odnosu na treće osobe do ispunjenja uvjeta fiducijar je vlasnik nekretnine koja je predmet osiguranja i ima sva ovlaštenja koja iz toga prava proizlaze. Djelomično namirenje osigurane tražbine ne utječe na opseg fiducijarnog vlasništva, tako da ono prestaje tek kada osigurana tražbina prestane u cijelosti.¹⁰

Kao i kod hipoteke, potonji vlasnik - fiducijant ostaje u posjedu nekretnine koja je predmet fiducije (čl. 34. st. 4. i 5., ZV, te čl. 274. st. 2., OZ) i stranke ne mogu ugovoriti suprotno. S obzirom na cilj ovog osiguranja, fiducijarno vlasništvo na nekretnini vremenski je ograničeno raskidnim uvjetom, ono ipso iure prestaje ispunjenjem uvjeta (čl. 32. st. 4., ZV)¹¹ uz koji su stranke u pravnom odnosu vezale prestanak prava vlasništva.

2.3. Pravo na namirenje

Budući se na temelju čl. 297. st. 2. ZV-a što je određeno za založno pravo, primjenjuje na odgovarajući način na fiducijarno vlasništvo, pravila glede ovlasti na namirenje osigurane tražbine zajednička su za hipoteku i fiducijarno vlasništvo, jer zakonom nije drukčije određeno, samo je postupak provedbe namirenja različit.

Temeljni sadržaj prava koje za vjerovnika proizlazi iz hipoteke i fiducijarnog vlasništva je, kako je već ranije rečeno, ovlast na namirenje osigurane tražbine iz vrijednosti predmeta osiguranja (*ius distrahendi*), ako dužnik ne ispuni svoju obvezu.¹² Do dospijeca osigurane tražbine pravo namirenja je virtualno, ono se ne može realizirati, a aktualno će postati samo ako tražbina po dospijecu ostane neispunjena.¹³ Realizaciju tog prava dužan je trpjeti svatko tko u vrijeme podnošenja zahtjeva radi namirenja tražbine po bilo kojoj osnovi posjeduje nekretninu koja je

¹⁰ Prije ZID OZ 03 u odredbi čl. 277. st. 3., OZ bilo je predviđeno da je u slučaju djelomičnog podmirenja tražbine fiducijar dužan neke od stvari ili dio prava na stvari vratiti protivniku osiguranja ako je to moguće.

¹¹ Ovo pravilo u ZID OZ 03 nije dosljedno provedeno, jer se u odredbi čl. 86. st. 1. tog zakona (odnosi se na čl. 276. st. 1., OZ) govori da je predlagatelj osiguranja u slučaju prestanka tražbine dužan protivniku osiguranja bez odgode vratiti vlasništvo, pa bi proizlazilo da vlasništvo nije prestalo na temelju zakona, dok je u čl. 87. st. 9. istog zakona (čl. 277. st. 9., OZ) određeno da protivnik osiguranja na temelju zakona gubi pravo prethodnog vlasništva i ako se radi o nekretnini koja je upisana u zemljišnu knjigu, da je dužan bez odgađanja zatražiti uknjižbu brisanja svoga prava.

¹² Čl. 297. st. 1., ZV: "Založno pravo je ograničeno stvarno pravo na određenoj stvari (zalogu) koje ovlašćuje svog nositelja (založnog vjerovnika) da određenu tražbinu, ne bude li mu o dospijecu ispunjena, namiri iz vrijednosti te stvari, ma čija ona bila, a njezin svagdašnji vlasnik (založni dužnik) dužan je to trpjeti." Čl. 34. st. 5., ZV: "Vlasnik koji je dobio ili pridržao pravo vlasništva određene stvari radi osiguranja određene tražbine, obvezan je propustiti služiti se i raspolagati tom stvari osim za namirenje te tražbine, a ovlašten je, ne bude li mu tražbina o dospijecu ispunjena, namiriti je iz stvari u skladu s pravilima o namirivanju zalogom osiguranih tražbina iz vansudskim putem".

¹³ Tako o pravu namirenja kod zaloga N. Gavella: "Založno pravo", Zagreb, 1992., str. 47.

predmet osiguranja (čl. 336. st. 3., ZV), stoga postojanje zakupa, najma, plodouživanja i sl. ne priječi vjerovnikovo namirenje iz vrijednosti nekretnine. Vjerovnik osigurane tražbine uz aktualizirano pravo namirenja zadržava i sva ostala prava koja je imao do tada (koja se svode uglavnom na zaštitu od neovlaštenog zadiranja u predmet osiguranja), i to sve do potpunog namirenja svoje tražbine.

Pravo je vjerovnika izabrati hoće li naplatu dospjele osigurane tražbine koju dužnik nije ispunio tražiti iz vrijednosti predmeta osiguranja ili iz ostale imovine dužnika ili će namirenje zahtijevati istodobno iz predmeta osiguranja i imovine dužnika (čl. 336. st. 4., ZV). Ako hipotekarni dužnik odnosno fiducijant nije istovremeno i osobni dužnik vjerovnika, u odnosu na njega namirenje osigurane tražbine može se zahtijevati samo iz predmeta osiguranja, međutim to ne sprječava vjerovnika da istovremeno traži ispunjenje tražbine od osobnog dužnika na teret njegove imovine. Ova zakonska odredba je dispozitivne naravi, pa se ugovorom stranke mogu sporazumjeti da će vjerovnik svoju tražbinu namiriti samo iz vrijednosti osiguranja ili da će zahtjev za naplatu iz druge imovine osobnog dužnika postaviti samo ako se ne uspije namiriti iz predmeta osiguranja.¹⁴

Za pravo namirenja osigurane tražbine na predmetu osiguranja bitno je da ono ima prednost u odnosu na druge tražbine prema dužniku koje ili nisu osigurane (osim ako zakonom nije što drugo određeno) ili koje se po prvenstvenom redu nalaze iza njega (čl. 302. st. 1. i 2., ZV, koji se odnosi na zalog, ali se na odgovarajući način primjenjuje i na prijenos vlasništva radi osiguranja tražbine). Kada je riječ o fiducijarnom prijenosu vlasništva prvenstveni red je relevantan samo ako je prije na istoj nekretnini bila upisana hipoteka, pa je fiducijar stekao vlasništvo radi osiguranja opterećeno zalogom. U tom slučaju će fiducijar morati trpjeti namirenje tražbine hipotekarnog vjerovnika iz predmeta osiguranja. Prvenstveni red se utvrđuje prema trenutku kada je prijedlog za zemljišnoknjižni upis stigao prijamoj kancelariji zemljišnoknjižnog odjela nadležnog suda (čl. 45. Zakona o zemljišnim knjigama).¹⁵ Pravni učinak takvog položaja vjerovnika jest da svoju tražbinu može namiriti iz vrijednosti predmeta osiguranja u potpunosti, prije ostalih vjerovnika čije tražbine nisu osigurane ili su u redu prvenstva u zemljišnoj knjizi upisane iza osigurane tražbine vjerovnika, neovisno o tome jesu li tražbine drugih nastale prije vjerovnikove tražbine ili je ugovor o osiguranju sklopljen ranije. Okolnost da hipoteka ili fiducijarni prijenos vlasništva nema prednost prema prvenstvenom redu u odnosu na drugu osiguranu tražbinu, ne sprječava vjerovnika zahtijevati namirenje svoje dospjele tražbine, ali će morati dopustiti da se prije njega naplate vjerovnici čije pravo ima prednost pri namirivanju neovisno je li njihova tražbina dospjela (čl. 107., OZ).

Hipotekarni vjerovnik pri realizaciji osigurane tražbine protiv dužnika nad kojim je otvoren stečaj ima položaj razlučnog vjerovnika, pa mu pripada pravo tražbinu

¹⁴ Vidjeti o tome više N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković «Stvarno pravo», Informator, Zagreb 1998. (dalje: N. Gavella), str. 770.

¹⁵ Zakon o zemljišnim knjigama (Narodne novine 91/96., 68/98., 137/99., 114/01. i 100/04.; dalje ZZK)

osiguranu hipotekom namiriti iz vrijednosti zaloga odvojeno i neovisno o namirenju vjerovnika čije tražbine nisu osigurane i neovisno o tijeku stečajnog postupka (čl. 81. Stečajnog zakona).¹⁶

Vjerovnik čija je tražbina osigurana fiducijarnim prijenosom prava vlasništva otvaranjem stečaja postaje razlučni vjerovnik, ali se razlikuje od ostalih razlučnih vjerovnika utoliko što ima pravo tražiti da zadrži vlasništvo na nekretnini koja je na njega prenesena radi osiguranja, pod pretpostavkama predviđenim u čl. 81. a SZ-a.¹⁷

2.4. Načelo oficioznosti i pravo na izvansudsko namirenje

2.4.1. Načelo oficioznosti

Hipotekarni vjerovnik ne može neposredno na temelju upisanog prava hipoteke u zemljišnu knjigu zahtijevati prodaju zaloga kako bi se naplatio iz prodajne cijene, nego pravo na namirenje može ostvariti u sudskom ovršnom postupku po pravilima o ovrši novčanih tražbina (čl. 336. st. 3., ZV). Da bi došlo do namirenja osigurane dospjele tražbine, hipotekarni vjerovnik mora imati ovršnu ispravu, neovisno o tome radi li se o dobrovoljnoj ugovornoj ili sudskoj ili nekoj drugoj pravnoj osnovi za nastanak hipoteke, jer je namirenje zalogom osigurane tražbine moguće izvansudskim putem samo ako je predmet založnog prava pokretna stvar ili pravo koje se ne smatra nekretninom (npr. nije moguće izvansudsko namirenje osigurane tražbine kada je predmet hipoteke pravo građenja).¹⁸ Ako isprava koja predstavlja pravnu osnovu za nastanak hipoteke nema svojstvo ovršnosti, namirenje hipotekarne tražbine može se ishoditi na temelju ovršne presude donesene povodom hipotekarne tužbe. Budući da je čl. 336. st. 2. ZV-a određeno da pravo na namirenje zalogom osigurane tražbine založni vjerovnik ostvaruje putem suda, a po pravilima određenim u tom zakonu i na način određen propisima o ovrši novčanih tražbina, ako što drugo nije određeno zakonom, obilježje je hipoteke načelo oficioznosti¹⁹ i stranke se ne mogu sporazumjeti da će se osigurana tražbina, u slučaju da u roku ne bude ispunjena, namiriti izvansudskom prodajom nekretnine. Iako je ovakav put namirenja tražbine u funkciji zaštite prava hipotekarnih vjerovnika i dužnika, nedostatak mu je složenost i dugotrajnost postupka, što u bitnome smanjuje učinkovitost ovog načina osiguranja tražbina.

2.4.2. Privremena uprava i namirivanje iz plodova zaloga

Druga mogućnost sudskog namirenja dospjele neispunjene hipotekarne tražbine predviđena je u čl. 336. st. 7. ZV-a i to privremenom upravom na predmetu hipoteke

¹⁶ Stečajni zakon (Narodne novine 44/96., 29/99., 129/00. i 123/03.; dalje SZ). A. Eraković "Novo uređenje pravnog položaja vjerovnika stečajnog dužnika", objavljeno u "Treća novela Stečajnog zakona", Narodne novine 2003., str. 116.

¹⁷ A. Eraković, *ibidem*, str. 121.

¹⁸ Čl. 337., ZV.

¹⁹ Čl. 267. OZ-a je također određeno namirenje prava iz hipoteke u ovršnom postupku.

i namirenje unovčenjem plodova. O ovom načinu namirenja hipotekarne tražbine u ZV-u je samo određeno da se provodi sudskim putem uspostavljanjem privremene uprave i unovčenjem plodova, dok OZ ne sadrži odredbe o takvom načinu namirivanja tražbina. Istina, namirenje iz plodova koje daje pravo plodouživanja na nekretnini na temelju nekog pravnog odnosa (najamnina, zakupnina) predviđeno je u odredbi čl. 76. st. 4. OZ-a, kojim se određuje mogućnost ovrhe na pravu plodouživanja odvojeno od nekretnine koju opterećuje, s tim da se ta ovrha provodi po pravilima o ovrsci na pravima, a za koju je u odredbi čl. 200. OZ-a propisano da se provodi u skladu s odredbama o prodaji pokretnina.²⁰ Pravila o ovrsci na pravu plodouživanja nisu potpuno adekvatna za namirivanje iz plodova i koristi od zaloga što ga određuje čl. 336. st. 7. ZV-a, jer se ovdje predviđa da sud na zahtjev vjerovnika uspostavi privremenu upravu zalogom i postavi upravitelja koji je ovlašten ubirati plodove, odnosno koristi i unovčiti ih, te dobivene iznose položiti u sud radi namirenja tražbine iz tog pologa, što je različito od provođenja ovrhe na pokretninama.

Pretpostavljam da zbog podnormiranosti ovog načina namirenja hipotekarne tražbine, te zbog teškoća u pronalaženju osobe koja bi obavljala poslove upravitelja, ovaj način namirenja nije zaživio u praksi, iako bi, kad je riječ o nekretninama koje je moguće dati npr. u zakup, ovakav način namirenja hipotekarne tražbine bio manje tegoban za dužnika.

2.4.3. Izvansudsko namirenje

Namirenje dospjele tražbine osigurane prijenosom vlasništva na stvari, ako nije riječ o sudskom i javnobilježničkom prijenosu vlasništva na stvari, provodi se u skladu s pravilima o namirivanju zalogom osiguranih tražbina izvansudskim putem (čl. 34. st. 5., ZV), što znači putem javne dražbe (javnog nadmetanja), a na neki drugi način jedino ako za fiducijara takva ovlast proizlazi iz pravnog posla ili zakona. Prema odredbi čl. 277. st. 1. OZ-a tražbine osigurane sudskim i javnobilježničkim osiguranjem prijenosom vlasništva na stvari namiruju se uz sudjelovanje javnog bilježnika, a tek ako javni bilježnik u određenom roku ne proda predmet osiguranja fiducijar ga je ovlašten prodati sam putem javne dražbe. Dakle, unatoč činjenici da sporazum o sudskom i javnobilježničkom osiguranju ima značenje sudske nagodbe i samim tim predstavlja ovršnu ispravu, ako tražbina ne bude namirena po njezinom dospijeću, fiducijar ima pravo na namirenje izvansudskim putem u postupku koji je uređen sporazumom stranaka, nekim kogentnim normama OZ-a i supsidijarno ZV-a. Ovaj postupak namirenja osigurane tražbine prvenstveno ide u korist fiducijara, jer je jednostavniji i manje formalan, a stoga i brži od sudske ovrhe na nekretninama radi naplate novčane tražbine.

²⁰ Vidjeti o tome Gavella, *ibid.*, str. 838.

3. Namirenje tražbine osigurane hipotekom na nekretnini

3.1. Ovršna isprava

Pravilo da se namirenje tražbine osigurane hipotekom iz vrijednosti založene nekretnine može provesti samo u sudskom postupku po propisima o ovrshi radi naplate novčanih tražbina (čl. 336. st. 2., ZV) znači, da se ovaj postupak može pokrenuti uz pretpostavku da hipotekarni vjerovnik ima ovršni naslov podoban za dozvolu i provođenje ovrhe.

Radi namirenja hipotekarne tražbine na nekretnini ovrha se može zahtijevati na temelju ovršne isprave,²¹ koja je podobna za ovrhu u smislu čl. 26. OZ-a, što znači, kad je riječ o namirenju hipotekarne tražbine, da ovršna isprava treba sadržavati obvezu hipotekarnog dužnika da trpi njezino namirenje iz vrijednosti založene nekretnine ili kada je hipotekarni dužnik istovremeno i osobni dužnik vjerovnika, obvezu dužnika da vjerovniku isplati osiguranu tražbinu. Protiv dužnika koji je istovremeno založni i osobni dužnik hipotekarni vjerovnik može predložiti ovrhu i na temelju vjerodostojne isprave,²² a protiv založnog dužnika koji nije istovremeno i osobni dužnik vjerovnika, samo pod uvjetom da je u vjerodostojnoj ispravi, uz ostale podatke koje ta isprava treba sadržavati, tražbina (u smislu čl. 2. toč. 1., OZ) vjerovnika označena kao obveza dužnika da trpi namirenje iz hipotekom opterećene nekretnine.

Stjecanje svojstva ovršnosti uređuju odredbe OZ-a,²³ tako da se za sudske odluke kojima se nalaže ispunjenje neke obveze propisuje da postaju ovršnim uz kumulativno ispunjene pretpostavke pravomoćnosti i isteka paricijskog roka, a ako se nalaže neko trpljenje ili propuštanje, dovoljna je samo pravomoćnost (jer se tuženika ne obvezuje na poduzimanje neke radnje), ako za to u odluci nije određen neki rok (npr. presuda povodom hipotekarne tužbe postaje ovršna pravomoćnošću, jer se tuženika obvezuje da trpi namirenje osigurane tražbine odmah). Nastupanje ovršnosti odluke donesene u upravnom postupku određuje se u tom postupku. Ovršnost sudske ili upravne nagodbe nastupa dospijecem tražbine. Tu je činjenicu dužan dokazati vjerovnik odnosno onaj tko pokreće ovrhu, i to zapisnikom o nagodbi, javnom ispravom ili po zakonu ovjеровljenom ispravom, u protivnom će morati pokrenuti parnicu radi utvrđenja dospelosti tražbine (čl. 24. OZ-a).

Rješenje o prisilnom osnivanju založnog prava – hipoteke na nekretnini,

²¹ Prema čl. 21. OZ-a ovršne su isprave ovršna sudska odluka i ovršna sudska nagodba, ovršna odluka donesena u upravnom postupku i ovršna nagodba sklopljena u upravnom postupku ako glase na ispunjenje novčane obveze, ako zakonom nije drukčije određeno, ovršna javnobilježnička isprava i druga isprava koja je zakonom određena kao ovršna isprava.

²² Čl. 28. OZ-a određuje što je vjerodostojna isprava i to su račun, mjenica, ček s protestom i povratnim računima kad je to potrebno za zasnivanje tražbine, javna isprava, izvadak iz ovjеровljenih knjiga, po zakonu ovjеровljena privatna isprava te isprava koja se po posebnim propisima smatra javnom ispravom. Ispravom se smatra i obračun kamata.

²³ Čl. 23. do 25., OZ.

nije ovršna isprava, nego je to ona ovršna isprava na temelju koje se na prijedlog predlagatelja osiguranja donosi rješenje o prisilnom zasnivanju založnog prava, pa se prilikom uknjižbe hipoteke, upisuje zabilježba ovršivosti tražbine radi čijeg osiguranja je uknjižba određena (čl. 259. st. 2., OZ). U parničnom postupku ne može se zahtijevati određivanje uknjižbe prisilnog zasnivanja založnog prava na nekretnini dužnika radi osiguranja neke novčane tražbine vjerovnika.²⁴

U postupku sudskog zasnivanja hipoteke na temelju sporazuma stranaka sudski zapisnik sastavljen u povodu njihova prijedloga, i u koji je unesen njihov sporazum o postojanju tražbine predlagatelja osiguranja i vrijeme dospijeca, te njihova suglasnost da se tražbina osigura osnivanjem hipoteke uknjižbom u zemljišnoj knjizi, i kojeg su stranke potpisale, ovršna je isprava, jer ima snagu sudske nagodbe (čl. 263. st. 2., OZ).

Na temelju javnobilježničkog akta, koji je bio pravna osnova za upis hipoteke na nekretnini u zemljišnu knjigu, u skladu s odredbom čl. 54. st. 3. Zakona o javnom bilježništvu,²⁵ neposredno se može tražiti ovrha na toj nekretnini radi naplate osigurane tražbine nakon njezine dospelosti samo, ako je dužnik na to u tom aktu pristao.²⁶

3.2. Hipotekarna tužba

3.2.1. Narav hipotekarne tužbe i tužbeni zahtjev

Ako hipotekarni vjerovnik u vrijeme dospijeca osigurane tražbine nema odgovarajuću ovršnu ispravu, ovlaštenje na namirenje iz vrijednosti založene nekretnine treba ishoditi u parnici hipotekarnom tužbom (*actio hypothecaria*),²⁷ u kojoj će biti donesena presuda ili sklopljena nagodba na temelju koje će se moći provesti ovrha na nekretnini radi namirenja osigurane tražbine.

Po svojoj pravnoj naravi hipotekarna tužba je stvarnopravna, jer djeluje protiv svakog vlasnika zaloga, bez obzira je li on istovremeno dužnik u obveznopravnom odnosu iz kojeg proizlazi osigurana tražbina. Hipoteka kao stvarno pravo nezastarivo je, pa dosljedno tome nezastariva je i hipotekarna tužba radi trpljenja namirenja tražbine sve dok je hipoteka upisana u zemljišnoj knjizi.²⁸ Za podizanje ove tužbe moraju biti ispunjene kumulativno pretpostavke, i to da je osigurana tražbina dospjela i da dužnik hipotekarnom vjerovniku nije namirio dug.

²⁴ Županijski sud Zagreb Gž-923/2003 od 24. 6. 2003. g.

²⁵ Zakon o javnom bilježništvu – Narodne novine 78/93., 29/94. i 162/98.; dalje ZJB.

²⁶ VSRH Rev-602/2003 od 7. 7. 2004. g.

²⁷ Čl. 338. st. 1., ZV: “Kad je, da bi došao do namirenja svoje tražbine iz vrijednosti nekretnine, vjerovniku potrebno da prethodno putem parnice ishodi pravomoćnu presudu kojom će biti naređeno založnom dužniku (u tekstu zakona pogrešno piše umjesto dužniku “vjerovniku”) da je dužan trpjeti namirenje iz vrijednosti zaloga, ili presudu kojom će osobno dužniku biti naređeno da podmiri vjerovnikovu tražbinu, ovlašten je zahtijevati da se u zemljišnim knjigama zabilježi tužba protiv vlasnika nekretnine; isto je tako ovlašten zahtijevati da se zabilježi otkaz o kojemu ovisi dospijeca tražbine”.

²⁸ M. Vedriš – P. Klarić: “Građansko pravo”, Zagreb, 2003., str. 346.

Tužbeni zahtjev u hipotekarnoj tužbi sadržavat će utvrđenje opsega i visine osigurane dospjele nenamirene tražbine kao i obvezu hipotekarnog dužnika da trpi namirenje tako utvrđene tražbine putem javne prodaje²⁹ određene nekretnine opterećene založnim pravom.³⁰ Opseg i visina tražbine tužitelja koju treba namiriti iz vrijednosti zaloga utvrđuje se prema stanju u trenutku zaključenja glavne rasprave.³¹ Hipotekarnim tužbenim zahtjevom ne može se tražiti i obvezivanje tuženika na isplatu osigurane tražbine, ali ne postoji zapreka da se u istoj tužbi uz zahtjev na trpljenje namirenja tražbine putem javne prodaje zaloga postavi i tužbeni zahtjev na obvezivanje tuženika, koji je i osobni dužnik hipotekarnog vjerovnika, da tužitelju isplati dugovanu tražbinu. U tom slučaju će hipotekarni vjerovnik moći realizirati svoju tražbinu u ovršnom postupku bilo namirenjem iz vrijednosti založene nekretnine ili iz druge imovine tuženika (čl. 336. st. 4., ZV).³² Hoće li vjerovnik tražiti istovremeno da sud obveže tuženika na trpljenje da on namiri svoju tražbinu iz kupovnine javnom prodajom zaloga i da tuženika, koji je istovremeno i osobni dužnik tužitelja, obveže da isplati dug, ovisi o procjeni vjerovnika hoće li moći namiriti svoju tražbinu samo unovčenjem zaloga i kojim će je putem najbrže namiriti. Nije protivno zakonu hipotekarnom dužniku kao tuženiku koji nije vjerovnikov osobni dužnik u tužbi ponuditi, u smislu procesne facultas alternative, da se može osloboditi od obveze trpljenja namirenja vjerovnikove tražbine iz predmeta zaloga ako isplati određeni novčani iznos, jer tako postavljeni zahtjev ima značenje građanskopravne ponude, a ne tužbenog zahtjeva o kojemu sud odlučuje.³³

Hipotekarnom tužbom može se zahtijevati namirenje samo one tražbine koja je osigurana osnivanjem hipoteke na određenoj nekretnini, a ne i nekih drugih dospelih potraživanja vjerovnika koja eventualno ima prema založnom dužniku, a koja

²⁹ Javnu prodaju je moguće provesti samo u ovršnom postupku o čemu je prethodno bilo riječi.

³⁰ VSRH Rev-1375/1994 od 25. 1. 1996. g., Izbor odluka VSRH 2/1996 br. 61.

³¹ VSRH Rev 1375/1994 Od 25. 1. 1996. g. " Po shvaćanju ovoga suda tužbeni zahtjev obuhvaća osim ostalog i utvrđenje potraživanja tužitelja po osnovu ugovora o kreditu zaključenog s prvotuženikom te nadalje obvezu svih tuženika da kao hipotekarni dužnici trpe namirenje tako utvrđenog potraživanja tužitelja putem javne prodaje nekretnina tuženika opterećenih založnim pravom tužitelja. Sudovi su bili dužni utvrditi visinu i opseg potraživanja tužitelja prema stanju u času zaključenja glavne rasprave, a to znači da su bili dužni uzeti u obzir izvršene uplate prvotuženika, jer se radi o takvom potraživanju čija priroda dozvoljava djelomično ispunjenje (čl. 310., ZOO)."

³² VSRH Revt-185/2002 od 10. 9. 2002.: "Treba ukazati i na odredbu čl. 336. st. 4. ZV, prema kojoj založni vjerovnik može, bio njegov dužnik vlasnik zaloga ili ne, po svojoj volji izabrati hoće li zahtijevati namirenje svoje tražbine ponajprije iz vrijednosti zaloga ili imovine svog dužnika ili istodobno iz zaloga i dužnikove imovine. Okolnost što je tužitelj iz ove parnice pokrenuo ovršni postupak radi namirenja spornog potraživanja protiv založnog dužnika koji je različita osoba od osobnog dužnika, a istodobno zahtijeva namirenje i protiv osobnog dužnika nije zapreka, da se takvi postupci istodobno vode do namirenja vjerovnika, odnosno do prestanka obveze osobnog dužnika."

³³ VSRH Rev-2896/1994 od 8. 5. 1997.

nisu osigurana ili su osigurana nekim drugim zalogom. Ako je tražbina osigurana hipotekom prestala, vjerovnik nema pravo na zaštitu hipotekarnom tužbom, neovisno o tome je li hipoteka još uvijek upisana u zemljišnoj knjizi.

3.2.2. *Nadležnost*

Za suđenje u parnici u povodu hipotekarne tužbe stvarno je nadležan općinski sud, i kada se spor vodi između osoba koje se bave trgovačkom djelatnošću i bez obzira da ugovor koji se smatra trgovačkim sadrži uglavak o osiguranju tražbine hipotekom (npr. hipotekarna tužba u vezi s trgovačkim ugovorom o kreditu između dvije pravne osobe koje se bave trgovačkom djelatnošću, gdje je ugovoreno osiguranje hipotekom), jer takav spor ne predstavlja spor iz čl. 34.b Zakona o parničnom postupku.³⁴

Za suđenje povodom hipotekarne tužbe mjesno je nadležan sud, prema odredbi čl. 56. ZPP-a (spor o stvarnom pravu na nekretnini), prema području na kojem se nalazi nekretnina iz koje se zahtijeva namirenje potraživanja vjerovnika. Mjesna nadležnost suda je isključiva, pa stranke ne mogu drukčije ugovoriti, zbog čega sporazum o prorogaciji mjesne nadležnosti ne proizvodi pravne učinke.

3.2.3. *Aktivna i pasivna legitimacija u sporu*

Na podnošenje hipotekarne tužbe u pravilu uvijek je aktivno legitimiran vjerovnik koji je svoju tražbinu osigurao hipotekom. U slučaju da je vjerovnik svoju tražbinu ustupio (cedirao) trećoj osobi, u smislu odredbe čl. 436. ZOO-a, čime je pravo na namirenje tražbine prešlo na primatelja tražbine (cesionara), jer s njim prelaze i sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zalog i dr. (čl. 437. st. 1., ZOO), aktivna legitimacija prijašnjeg vjerovnika (cedenta) ovisi o tome je li osigurana tražbina cedirana prije ili poslije podnošenja hipotekarne tužbe. Naime, ako je vjerovnik svoju tražbinu cedirao prije podnošenja tužbe, ustupom prestaje mu svojstvo vjerovnika, a dosljedno tome nije aktivno legitimiran na podnošenje tužbe. Međutim, ako je do cesije došlo tijekom parnice, to nije zapreka da se parnica među istim strankama okonča, ali cesionar može stupiti u parnicu umjesto cedenta kao tužitelja, pod pretpostavkom da na to pristanu obje stranke (čl. 195., ZPP).

U sporu povodom hipotekarne tužbe pasivno je legitimiran vlasnik založene nekretnine, koji istovremeno ne mora biti osobni dužnik vjerovnika, ali ni osoba koja je u trenutku osnivanja hipoteke na nekretnini upisom u zemljišnu knjigu bila njezin vlasnik. Naime, ako je vlasništvo nekretnine opterećene hipotekom prešlo od hipotekarnog dužnika na treću osobu prije dospijeca vjerovnikove tražbine, pasivno je legitimiran jedino zemljišnoknjižni vlasnik založene nekretnine, ali ako je do prijenosa vlasništva došlo nakon dospijeca osigurane tražbine, pasivna legitimacija ovisi o tome je li hipotekarni vjerovnik tražio zabilježbu spora u zemljišnoj knjizi.

³⁴ Zakon o parničnom postupku (Narodne novine 53/91., 91/92., 112/99. i 117/03.: dalje ZPP). VSRH Gr1-137/2003 od 12. 2. 2003.

Ako je podizanje hipotekarne tužbe zabilježeno u zemljišnoj knjizi, presuda donesena povodom tužbe djelovat će i protiv kasnijeg zemljišnoknjižnog vlasnika, pa je i on dužan trpjeti namirenje iz vrijednosti nekretnine na kojoj je u zemljišnoj knjizi upisan kao vlasnik, premda u sporu nije sudjelovao. U suprotnom, ako hipotekarna tužba nije bila zabilježena u zemljišnoj knjizi u vrijeme kada je treći stekao pravo vlasništva na zalogu, hipotekarni vjerovnik trebat će i protiv njega podići hipotekarnu tužbu³⁵ radi pribavljanja ovršne isprave.

3.2.4. Prigovori tuženika

Ako je tuženik istovremeno osobni i hipotekarni dužnik, protiv hipotekarne tužbe ima sve prigovore koji se odnose na pravni posao iz kojeg izvire hipoteka, što proizlazi iz svojstva akcesornosti hipoteke (npr. tuženik može istaći prigovor ništavosti ugovora o zajmu, ali ne i pobožnosti ugovora, jer pobožni ugovor proizvodi pravne učinke dok ne bude poništen). Tuženik može istaknuti i prigovor nevaljanog upisa hipoteke u zemljišnu knjigu (npr. da je upis hipoteke u zemljišnu knjigu neistinit jer nisu bile ispunjene pretpostavke za stjecanje hipoteke kao što je *clausula intabulandi* i sl.). Mogu se isticati i svi prigovori koji se odnose na postojanje i dospelost tražbine, odnosno na njezin prestanak (npr. da osigurana tražbina nije dospjela, da je prestala ispunjenjem, kompenzacijom, ili po nekom drugoj osnovi, koju za prestanak obveza predviđaju odredbe ZOO-a).³⁶ Prigovor zastare tražbine ne može se uspješno istaknuti, jer se unovčenjem založene nekretnine može namiriti i zastarjela tražbina sve dok je hipoteka upisana u zemljišnoj knjizi.

Hipotekarni dužnik koji nije i osobni dužnik hipotekarnog vjerovnika protiv hipotekarne tužbe može isticati sve prigovore koje bi mogao istaći i osobni dužnik, a isto tako i svoje osobne prigovore kao što su ništavost ugovora o hipoteci, da se vjerovnik odrekao hipoteke, kao i one koji proizlaze iz nekog drugog pravnog odnosa između hipotekarnog dužnika i vjerovnika, kao npr. prigovor prijeboja njihovih međusobnih dospjelih potraživanja.

3.2.5. Zabilježba hipotekarne tužbe

Tužitelj – hipotekarni vjerovnik ovlašten je zahtijevati da se u zemljišnim knjigama zabilježi hipotekarna tužba protiv vlasnika nekretnine, radi učinka ovršnosti

³⁵ VSRH Rev-62/2002 od 6. 8. 2003. g. “U vrijeme stjecanja prava suvlasništva tuženika na predmetnim nekretninama, iste su bile već opterećene založnim pravom u korist tužitelja. Kako založno pravo tužitelja upisano u zemljišne knjige ima stvarnopravni učinak da djeluje *contra omnes*, to ugovor o darovanju kojim je raniji založni dužnik otuđio zalogom opterećene nekretnine, ne utječe na postojanje založnog prava. Dosljedno tome založni dužnik protiv kojeg je tužitelj kao založni vjerovnik ovlašten istaknuti založnopravni zahtjev je tuženik.” B. Vizner, “Građansko pravo u teoriji i praksi”, knjiga treća, 1969., str. 376.

³⁶ VSRH Rev-2418/1995 od 25. 3. 1999. “Postojanje razloga za prestanak hipoteke, a to je slučaj kad hipotekarni dužnik plati potraživanje, čini neosnovanom hipotekarnu tužbu.” Izbor odluka VSRH 2/1999 br. 9.

presude koja bi bila donesena u toj parnici prema svakome trećem tko bi nakon zabilježbe postao vlasnikom hipotekom opterećene nekretnine (čl. 338. st. 1. i 2., ZV).³⁷ Osnovni je cilj ove zabilježbe (kao i svake druge) “učiniti vidljivim okolnosti mjerodavne za prosudbu pravnog stanja nekretnine, a da se pritom ni na koji način ne ograniči niti zaustavi pravni promet nekretninom ili knjižnim pravom na koji se odnosi zabilježba.”³⁸ Zabilježbu hipotekarne tužbe sud neće odrediti po službenoj dužnosti (kao što to čini u slučaju zabilježbe ovrhe na nekretnini na temelju čl. 79., OZ), nego samo na prijedlog tužitelja. Naime, zahtijevati zabilježbu hipotekarne tužbe je ovlast tužitelja i ako zabilježba tužbe nije zatražena to ne sprječava da se postupak povodom tužbe dovrši, jedino se tužitelj izlaže riziku da neće moći u ovršnom postupku namiriti svoju tražbinu unovčenjem nekretnine ako je hipotekarni dužnik nakon podnošenja tužbe otuđi.

Pretpostavka je za podnošenje prijedloga za zabilježbu hipotekarne tužbe izravno zemljišnoknjižnom odjelu suda da hipotekarni vjerovnik dokaže da je tužbu podnio sudu (čl. 78. st. 2., ZZK), zbog čega je potrebno uz prijedlog za zabilježbu dostaviti primjerak tužbe iz koje će biti vidljivo da je predana sudu. Rješenje o zabilježbi hipotekarne tužbe može se donijeti i u parničnom postupku koji se vodi povodom hipotekarne tužbe (čl. 78. st. 3., ZZK).

Zabilježbom hipotekarne tužbe publicira se da je pokrenut postupak radi namirenja hipotekarne tražbine i zbog toga se nitko ne može pozivati da mu nije bilo poznato ili moglo biti poznato da je podnesena hipotekarna tužba, pa će svatko tko je stekao pravo vlasništva na nekretnini nakon upisane zabilježbe morati trpjeti namirenje vjerovnika iz vrijednosti nekretnine (čl. 338. st. 2., ZV i 79., ZZK).

Brisanje zabilježbe provest će se na prijedlog hipotekarnog dužnika ako tužba bude pravomoćno odbijena ili odbačena, ili po službenoj dužnosti kada se provodi brisanje hipotekarne tražbine (čl. 80., ZZK).

3.3. Predlaganje i određivanje ovrhe

3.3.1. Prijedlog za ovrhu

Na temelju ovršne ili vjerodostojne isprave hipotekarni vjerovnik kao ovrhovoditelj pokreće ovršni postupak prijedlogom za ovrhu nadležnom sudu na čijem se području nekretnina nalazi (čl. 74., OZ). Prijedlog za ovrhu mora biti sastavljen u skladu s odredbom čl. 35. OZ-a te uz njega mora biti priložena ovršna isprava s potvrdom ovršnosti (osim ako se ne radi o odluci suda kojemu se podnosi prijedlog za ovrhu) odnosno odgovarajuća vjerodostojna isprava.

³⁷ Zabilježbu hipotekarne tužbe uređuju i odredbe čl. 78. – 80. ZZK. Prema odredbi čl. 338. st. 1. ZV-a može se tražiti i zabilježba spora povodom tužbe hipotekarnog vjerovnika kojom je predložio da se osobnog dužnika obveže da podmiri vjerovnikovu tražbinu.

³⁸ T. Josipović, «Komentar Zakona o zemljišnim knjigama», str. 83.

Prijedlog za ovrhu ovlašten je podnijeti singularni i univerzalni sukcesor hipotekarnog vjerovnika na koga je prešla hipotekarna tražbina (npr. ustupanjem ugovora), iako u ovršnoj ispravi nije označen kao hipotekarni vjerovnik, ali u tom slučaju uz prijedlog za ovrhu mora priložiti javnu ili ovjerovljenu privatnu ispravu iz koje treba biti vidljivo da je na njega prenesena tražbina ili da je ona na njega na drugi način prešla (čl. 29. st. 1., OZ).

Ovršenik je osoba koja je u zemljišnoj knjizi upisana kao vlasnik hipotekom opterećene nekretnine, s tim da to može biti i osoba koja u ovršnoj ispravi nije označena kao založni dužnik. Kada je u zemljišnoj knjizi kao vlasnik nekretnine upisana osoba različita od založnog dužnika navedenog u ovršnoj ispravi, vjerovnik će uz prijedlog za ovrhu odgovarajućom ispravom (čl. 29. st. 1., OZ) morati dokazati pravni slijed prelaska obveze na zemljišnoknjižnog vlasnika, u protivnom će do ovršne isprave moći doći podnošenjem hipotekarne tužbe. Ako je pravo vlasništva sa založnog dužnika na novog vlasnika prešlo nakon zabilježbe hipotekarne tužbe u zemljišnoj knjizi, na temelju ovršne presude donesene u tom sporu, ovrhu na nekretnini moguće je provesti protiv njenog kasnijeg vlasnika (čl. 338. st. 2., ZV).

U prijedlogu za ovrhu, pored općih podataka koje mora sadržavati (čl. 35., OZ), ovrhovoditelj je dužan nekretninu koja je predmet ovrhe označiti precizno brojem katastarske čestice i katastarske općine te priložiti zemljišnoknjižni izvadak. Ovrhom će time biti obuhvaćena nekretnina i sve što je s njom razmjerno trajno povezano, plodovi koji nisu odvojeni i pripatci koji joj trajno služe (čl. 9., ZV).

3.3.2. Rješenje o ovrsi

U rješenju o ovrsi, ukoliko iz prijedloga i isprava koje su uz njega priložene proizlazi osnovanost zahtjeva ovrhovoditelja, sud će odrediti provedbu ovrhe na nekretnini opterećenoj hipotekom zabilježbom ovrhe u zemljišnoj knjizi, utvrđenjem vrijednosti nekretnine, prodajom nekretnine i namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom (čl. 75., OZ).

3.4. Provedba ovrhe

U odredbama čl. 69. do 73. OZ-a proklamirana su opća načela provedbe ovrhe radi naplate novčanih tražbina, bez obzira na predmet ovrhe. To su načela da se ovrha provodi u opsegu koji je potreban za namirenje tražbine, zaštita ovršenika,³⁹ zaštita ovrhovoditelja i redosljed namirenja više ovrhovoditelja po redu prvenstva kojim su stekli pravo na namirenje iz predmeta ovrhe.

Načelom zaštite ovrhovoditelja otklonjena je primjena pravila o zaštiti ovršenika prema odredbi čl. 72. OZ-a, tako što je određeno za ovrhovoditelja koji

³⁹ Čl. 70., OZ određuje zaštitu ovršenika fizičke osobe ograničenjem provođenja ovrhe na stvarima i pravima koja su nužna za zadovoljenje osnovnih životnih potreba ovršenika i osoba koje je dužan po zakonu uzdržavati ili za obavljanje samostalne djelatnosti koja je ovršenikov glavni izvor sredstava za život, a u čl. 71. OZ određena je zaštita djelatnosti pravnih osoba.

je na temelju pravnog posla s ovršenikom stekao na nekoj stvari ili pravu založno ili slično pravo radi osiguranja tražbine čije se prisilno ostvarenje na tom predmetu traži, da se ovršenik ne može protiviti takvoj ovrshi pozivajući se na pravila o izuzeću ili ograničenju ovrhe.⁴⁰ Razlog tome je što je ovršenik prethodno sklapanjem sporazuma o zalaganju određenog predmeta sam pristao da se osigurana tražbina namiri upravo iz založene stvari. Međutim, kada se ovrha tražbine osigurane prisilnim založnim pravom provodi na temelju ovršne isprave koja je bila osnova za prisilno osnivanje hipoteke, ovršenik je ovlašten zahtijevati ograničenje na predmetu ovrhe u granicama odredbi OZ-a.⁴¹

U daljnjem tekstu izložit će se u bitnome odredbe o provedbi ovrhe radi namirenja osigurane tražbine na nekretninama ukoliko su relevantne za namirenje hipotekarnog vjerovnika.

3.4.1. Zabilježba ovrhe

Po donošenju rješenja o ovrshi na nekretnini sud je odmah dužan po službenoj dužnosti zatražiti da se u zemljišnoj knjizi upiše zabilježba ovrhe (čl. 79. st. 1., OZ). OZ određuje hitno postupanje suda zbog pravnih učinaka zabilježbe u odnosu na stranke i treće osobe koje bi na predmetu ovrhe poslije pokretanja postupka ovrhe mogle steći određena prava. Zabilježba ovrhe nije potrebna ako je vjerovnik već prije zabilježio da je protiv vlasnika podnio hipotekarnu tužbu, ili tužbu kojom će osobno dužniku, vlasniku nekretnine, biti naređeno da podmiri vjerovnikovu tražbinu, kao i kad je zabilježen otkaz o kojemu je ovisilo dospijeeće vjerovnikove tražbine (čl. 338. st. 1., ZV i čl. 79., ZZK), jer zabilježbom tih činjenica od trenutka upisa hipotekarni je vjerovnik ovlašten zahtijevati ovrhu i namirenje iz vrijednosti nekretnine bez obzira tko je u međuvremenu postao njezin vlasnik. Tako da u ovim slučajevima navedeni pravni učinak zabilježbe nastaje i prije nego je doneseno rješenje o ovrshi.

Ako nije bilo zabilježbe spora odnosno otkaza u smislu čl. 338. st. 1. ZV-a, upisom zabilježbe ovrhe nastupa istovjetan pravni učinak, tj. ovrhovoditelj stječe pravo da svoju tražbinu namiri iz vrijednosti nekretnine i u slučaju da treća osoba kasnije stekne vlasništvo te nekretnine. Ovrhovoditelj koji nije imao upisanu hipoteku u svoju korist stječe "pravo na namirenje" prije osobe koja je na toj nekretnini založno pravo ili pravo na namirenje kasnije stekla, a hipoteke upisane prije zabilježbe ovrhe zadržavaju dotadašnji prvenstveni red namirenja tražbine.

Odredba čl. 79. st. 3. OZ-a, koja predviđa da nakon zabilježbe nije dopušten upis promjene prava vlasništva utemeljen na raspoložbi ovršenika, bez obzira na to kad je raspoložba poduzeta, čini mi se da odstupa od sustava uređenja stjecanja prava na predmetu hipoteke kako ga uređuje ZV i ZZK, a konačno i od odredbe čl. 79. st.

⁴⁰ Od ovrhe pri namirenju tražbine hipotekarnog vjerovnika mogu biti izuzeti predmeti pobrojani u čl. 4. st. 4., 5. i 6., OZ.

⁴¹ Više o ovrshi na nekretninama Đ. Sessa "Ovrha na nekretnini" u zbirci radova "Novo ovršno pravo", Narodne novine, 2004.

4. OZ-a.⁴² Naime, ako nakon zabilježbe ovrhe nisu dopušteni upisi promjene prava vlasništva na temelju pravnog posla ovršenika, na koji način može nastupiti situacija da ovrhovoditelj ima pravo namirenja i protiv treće osobe koja je pravo vlasništva stekla nakon upisane zabilježbe ovrhe (čl. 79. st. 4., OZ).

Kasniji vlasnik nekretnine kao ovršenik dužan je preuzeti postupak u onom stanju u kojem se taj postupak nalazi u trenutku njegova pristupanja, jer on stupa u postupak na mjesto dotadašnjeg ovršenika, pa sve radnje poduzete prije toga ostaju na snazi, a položaj u postupku ima onakav kakav bi imao raniji ovršenik.⁴³

Nakon upisa zabilježbe ovrhe ne može se za namirenje druge tražbine istog ili drugog ovrhovoditelja na toj nekretnini provesti poseban ovršni postupak, jer ovrhovoditelj za čiju je tražbinu kasnije određena ovrha na istoj nekretnini može jedino stupiti u već pokrenuti ovršni postupak u odnosu na koji je zabilježena ovrha (čl. 80. st. 1. i 2. OZ).⁴⁴

3.4.2. Založna prava ostalih založnih vjerovnika u ovrši

Svi založni vjerovnici koji su ili pokrenuli ovršni postupak radi namirenja svoje tražbine ili su mu pristupili nakon što su ishodili rješenje o ovrši, stranke su u ovršnom postupku i imaju ovlasti koje im se kao ovrhovoditeljima pravilima postupka daju. Međutim, i založni vjerovnici koji nisu pokrenuli ovršni postupak namiruju se iz kupovnine pribavljene prodajom predmeta ovrhe. Pravo namirenja u tom slučaju oni ostvaruju također po prednosnom redu, tj. prema trenutku kada su stekli hipoteku (čl. 81. st. 1. i 107. st. 3., OZ), što znači da nema utjecaja na prvenstveni red namirenja okolnost što nisu pokrenuli ovršni postupak.

Bez obzira na činjenicu jesu li hipotekarni dužnici u ovršnom postupku u cijelosti ili samo djelomično namirili tražbinu, ili je uopće nisu namirili, jer se je kupovna iscrpla radi podmirenja tražbina koje su imale prednost u namirenju, hipoteka upisana na nekretnini koja je predmet ovrhe prestaje danom pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu (čl. 81. st. 2., OZ). Upisana hipoteka može ostati na nekretnini i nakon pravomoćnosti navedenog rješenja pod uvjetom da kupac nekretnine i pojedini ili svi založni vjerovnici sklope sudsku nagodbu u ovršnom postupku ili u obliku javnobilježničke isprave, kojom će kupac preuzeti ovršenikov dug prema tom ili tim vjerovnicima, na ispunjenje kojeg bi imali pravo u ovršnom postupku. Za iznos preuzetog duga u tom se slučaju kupovna umanjuje (čl. 81. st. 3. i 4., OZ).

⁴² N. Gavella, *ibid.*, str. 827

⁴³ Županijski sud u Koprivnici, Gž-1314/01 od 22. 11. 2001. g. "Kada nakon zabilježbe ovrhe ovrhovoditelj, za čiju je tražbinu kasnije određena ovrha, stupa u već pokrenuti ovršni postupak, daljnji postupak provest će se prema odredbama OZ koje se primjenjuju za ovrhu kojoj je kasnije ovrhovoditelj pristupio", citirano iz M. Žuvela, "Vlasničkopravni odnosi", Organizator, 2004., str. 497. pod 4.

⁴⁴ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-1693/00 od 4. 7. 2000. g. "Nakon upisa zabilježbe ovrhe ne može se za namirenje druge tražbine istoga ili drugoga ovrhovoditelja na toj nekretnini provesti poseban ovršni postupak", M. Žuvela, *ibid.*, str. 498 pod 7.

Isto je tako založni vjerovnik, čije pravo tereti predmet ovrhe, ovlašten otkupiti tražbinu radi koje se provodi ovrha (čl. 336. st. 6., ZV). Otkupom tražbine prestaje potraživanje ovrhovoditelja, a na založnog vjerovnika koji je otkupio tražbinu prelaze prava ovrhovoditelja sukladno pravilima koja vrijede za cesiju.⁴⁵

Sporazum o preuzimanju ovršenikova duga i izjava o otkupu tražbine ovršnom sudu mogu se prezentirati najkasnije do ročišta za prodaju (do početka javne prodaje prema čl. 336. st. 6., ZV).

3.4.3. *Određivanje vrijednosti nekretnine*

Nakon donošenja rješenja o ovrsi i prije njegove pravomoćnosti ovršni sud zaključkom određuje na koji će način utvrđivati vrijednost nekretnine. S obzirom na opće pravilo OZ-a da se protiv zaključka ne može izjaviti pravni lijek, stranke nemaju mogućnosti pobijati odluku suda o načinu utvrđivanja vrijednosti predmeta ovrhe.

Vrijednost nekretnine u ovršnom postupku moguće je utvrditi na temelju sporazuma stranaka sadržanog u ugovoru o osnivanju hipoteke, procjenom vještaka i drugih činjenica, kao što su stanje nekretnine, opterećenost pravima koja ne prestaju prodajom nekretnine i sl., sve to u visini njezine tržišne cijene na dan procjene ili umjesto toga sud može utvrđivanje vrijednosti nekretnine zatražiti od nadležnog tijela porezne uprave (čl. 87., OZ⁴⁶).

Kada je vrijednost nekretnine utvrđena u sporazumu na temelju kojeg je stečeno založno pravo, pri čemu nije odlučujuće radi li se o sudskom ili nekom drugom izvansudski sklopljenom sporazumu o osnivanju hipoteke, sud ne može odrediti drukčiji način utvrđivanja vrijednosti nekretnine, osim na prijedlog ovršenika, ako on učini vjerojatnim da je nakon sklapanja sporazuma vrijednost nekretnine porasla više od jedne trećine. Prijedlog za ponovnu procjenu nekretnine ovršenik mora dati u roku za žalbu protiv rješenja o ovrsi i u tom slučaju dužan je snositi troškove za pokriće te procjene. Da bi se izbjegla zloraba mogućnosti utvrđivanja vrijednosti nekretnine na štetu imatelja drugih prava na njoj, odredbom čl. 87. st. 8. OZ-a propisano je, da se neće vrijednost nekretnine uzeti prema sporazumu o osnivanju založnog prava ako ima založnih vjerovnika, ovlaštenika na namirenje ili osobnih služnosti upisanih u zemljišnoj knjizi koje prestaju prodajom nekretnine, a koji se u ovrsi namiruju prije ovrhovoditelja, osim ako se oni drukčije ne sporazume ili pristanu da se vrijednost utvrdi na temelju navedenog sporazuma.

Od utjecaja je na realizaciju namirenja odredba čl. 89. OZ-a, koja predviđa stavljanje prigovora "nedostatka pokrivača". Prema toj odredbi svaki vjerovnik, bez

⁴⁵ ZV nije uređen posebno položaj založnog vjerovnika koji je otkupio tražbinu ovrhovoditelja, pa bi na odgovarajući način valjalo primijeniti odredbe čl. 436. i dr. ZOO-a kojima se uređuje cesija.

⁴⁶ Nije jasno u kojem bi postupku porezna uprava utvrđivala vrijednost nekretnine ili se možda radi samo o obavijesti o vrijednosti koja se daje na temelju procjena nekretnina na tom području s kojima to tijelo raspolaže.

obzira je li njegova tražbina osigurana hipotekom te na kojem je mjestu u redu prvenstva za namirenje u odnosu na ostale vjerovnike, ako ima ovršnu ispravu, ovlašten je zahtijevati namirenje svoje tražbine ovrhom na određenoj nekretnini. Međutim, vjerovnik ili vjerovnici čije tražbine imaju prednost pri namirenju u odnosu na ovrhovoditelja ovlašteni su predložiti da se ovrha obustavi ako vrijednost nekretnine ni djelomice ne pokriva iznos njegove - ovrhovoditeljeve tražbine. Odredbe st. 1. i 3. citiranog članka čini se da su djelomično u koliziji, jer se prema stavku prvom prigovor nedostatka pokrića može staviti ako vrijednost tražbine ni djelomice ne pokriva ovrhovoditeljevu tražbinu, dok prema st. 3. istog članka sud prema okolnostima slučaja ocjenjuje je li prodaja svrhovita s obzirom na vjerojatnu visinu iznosa "djelomičnog" namirenja ovrhovoditelja, pa se postavlja pitanje može li se obustaviti ovrha u slučaju da se ovrhovoditelj može makar djelomično namiriti.

Nakon provedenog postupka utvrđivanja vrijednosti nekretnine sud zaključkom o prodaji utvrđuje njezinu vrijednost. S obzirom da se radi o zaključku, stranke ne mogu pravnim lijekom pobijati to utvrđenje suda.

3.4.4. Prodaja nekretnine

Zaključkom o prodaji nekretnine određuju se način i uvjeti prodaje i on se dostavlja strankama i sudionicima u postupku, ali i svim založnim vjerovnicima čija su prava upisana u zemljišnu knjigu. Sud može zaključkom prodaju povjeriti i javnom bilježniku, koji provodi prodaju do faze donošenja rješenja o dosudi (sud donosi rješenje o dosudi). Prodaja nekretnine u načelu se obavlja usmenom javnom dražbom (čl. 92. st. 1., OZ). Sud može odrediti prodaju nekretnine neposrednom pogodbom jedino na temelju pisanog sporazuma (na kojemu su potpisi ugovaratelja javnobilježnički ovjereni) stranaka, založnih vjerovnika i drugih nositelja prava koja prestaju prodajom nekretnine, s tim da se na ovaj način prodaje odnose ograničenja glede prodajne cijene nekretnine, koja vrijede kada se nekretnina prodaje javnom dražbom.

Na prvom ročištu za dražbu nekretnina se ne može prodati ispod $\frac{3}{4}$ utvrđene vrijednosti, a ako bi prodaja bila neuspješna, na drugom se ročištu nekretnina ne može prodati ispod jedne polovice utvrđene vrijednosti. Ako ni tada nekretnina ne bude prodana, sud obustavlja postupak. Međutim, za slučaj da se stranke (ovršnik i ovrhovoditelj) i osobe koje se namiruju u ovršnom postupku prodaje nekretnine tako sporazumiju, mogu dati izjavu na sudski zapisnik da se nekretnina može prodati i niže od $\frac{3}{4}$ odnosno polovine utvrđene vrijednosti, s tim da ovdje nije određena najniža granica prodajne cijene. Nekretnina se može prodati po cijeni manjoj od polovine utvrđene vrijednosti, ali ne niže od $\frac{1}{3}$ vrijednosti, ako su se stranke o tome sporazumjele prije pokretanja ovršnog postupka, ugovorom sklopljenim pred sudom ili u obliku javnobilježničkog akta, i ako u ovršnom postupku ne sudjeluju druge osobe koje su ovlaštene iz vrijednosti iste nekretnine namiriti svoje pravo ranije upisano u zemljišnu knjigu.

Pravilo je da u postupku prodaje nekretnine mogu sudjelovati sve osobe kao kupci (osim onih iz čl. 96., OZ) ukoliko su prethodno dali jamčevinu. Za položaj

hipotekarnih vjerovnika u postupku prodaje nekretnine bitna je odredba čl. 94. st. 3. OZ-a, koja određuje da jamčevinu nisu dužni dati ovrhovoditelj na čiji je prijedlog određena ovrha, kao i nositelji prava upisanih u zemljišnoj knjizi koja prestaju prodajom nekretnine (između ostalih to su i založni vjerovnici na temelju čl. 81. st. 2. OZ-a) pod sljedećim uvjetima: da njihove tražbine dosižu najmanje iznos jamčevine i da bi s obzirom na njihov prednosni red i utvrđenu vrijednost nekretnine taj iznos mogli namiriti iz kupovnine. Kada se u ovršnom postupku prodaje nekretnina hipotekarnog dužnika kao ovršenika, osoba prema kojoj ovrhovoditelj ima tražbinu, namirenje koje je osigurano hipotekom, može kupiti tu nekretninu, jer u tom ovršnom postupku nije ovršenik.⁴⁷

Nekretnina se nakon provedenog dražbenog ročišta rješenjem o dosudi dosuđuje najpovoljnijem ponuditelju. Novelom OZ-a iz 2003. godine proširen je krug osoba koje imaju pravo na žalbu protiv rješenja o dosudi, tako da prema čl. 99a. OZ-a ovlaštenje na žalbu imaju i osobe koje su u postupku sudjelovale kao ponuditelji.

Kupac je dužan položiti kupovninu u sud ili kod javnog bilježnika u roku određenom u zaključku o prodaji (čl. 100. st. 1., OZ). ZID OZ 03 unesen je novi čl. 100.a, koji je na tragu odredbe o oslobađanju ovrhovoditelja od plaćanja jamčevine, prema kojemu ako se u dražbi ovrhovoditelj pojavi kao najpovoljniji ponuditelj, a jedini je vjerovnik koji se namiruje iz kupovnine, nema obvezu položiti kupovninu ukoliko je postignuta kupovнина jednaka visini duga ili je manja od duga. U ovom slučaju sud će deklaracijom utvrditi da je tražbina u cijelosti ili djelomično podmirena prebijanjem s ovršnom tražbinom, a ako je kupovнина veća od visine tražbine, sud će istim rješenjem odrediti da je ovrhovoditelj dužan platiti razliku.⁴⁸

Nakon što je kupac položio kupovninu i rješenje o dosudi postane pravomoćno, sud zaključkom određuje da se nekretnina preda kupcu i izvrši uknjižba prava vlasništva u njegovu korist, te izvrši brisanje u zemljišnoj knjizi upisanih prava koja prestaju dosudom nekretnine kupcu. S obzirom da je zakonom određeno koja prava upisana u zemljišnu knjigu prestaju pravomoćnošću rješenja o dosudi, zaključak kojim se određuje brisanje tih prava deklaratorne je naravi.

3.4.5. *Namirenje vjerovnika*

Završna radnja provedbe ovrhe je namirenje vjerovnika, do kojeg dolazi nakon pravomoćnosti rešenja o dosudi i polaganja kupovnine. OZ sadrži pravila o redosljedu namirenja različitih kategorija vjerovnika. Ovdje ću se ograničiti na namirenje samo hipotekarnih vjerovnika u ovoj fazi postupka. Iz prodajne cijene se po pravilima za namirenje namiruju hipotekarni vjerovnici bez obzira jesu li u postupku sudjelovali kao ovrhovoditelji i jesu li uopće prijavili svoje tražbine.

Tražbine osigurane založnim i podzaložnim pravom, kao i tražbine ovrhovoditelja na čiji je prijedlog određena ovrha, namiruju se u četvrtom isplatnom redu prema

⁴⁷ VSRH, Gzz 87/03 od 10. 9. 2003. g. Izbor odluka 2/2003 br. 247.

⁴⁸ O tome više Đ. Sessa, *ibid.* str. 102.

redu stjecanja založnog prava i prava na namirenje ovrhovoditelja koji su predložili ovrhu (čl. 107. st. 1. i 2., OZ). U isti ispladni red spadaju troškovi namirenja (kao što su troškovi parnice, ovršni troškovi) i kamate na tražbinu za posljednje tri godine do donošenja rješenja o dosudi nekretnine kupcu. Troškovi i kamate koji su dospjeli pred više od tri godine, računajući do donošenja rješenja o dosudi, nisu osigurani založnim pravom, pa vjerovnik njihovo namirenje može ostvariti samo od osobnog dužnika, ako ima ovršnu ili vjerodostojnu ispravu i ako pokrene ovršni postupak. U tom se slučaju i ove tražbine namiruju u četvrtom isplatnom redu prema redu prvenstva koji se računa od zabilježbe ovrhe.⁴⁹ Ako nema dovoljno sredstava za namirenje svih tražbina četvrtog isplatnog reda, red namirenja određuje se prema redu stjecanja hipoteke, odnosno prava namirenja ovrhovoditelja i drugih stvarnih prava koja prestaju prodajom, s tim da se prvenstveni red utvrđuje prema pravilima zemljišnoknjižnog prava iz odredbe čl. 45. ZZK-a.

Nedospjele tražbine založnih vjerovnika namiruju se kao da su dospjele na dan donošenja rješenja o namirenju, s tim ako se radi o tražbini za koju nije ugovorena kamata, od glavnice će se odbiti iznos koji odgovara zakonskoj zateznoj kamati obračunatoj na iznos glavnice za razdoblje od dana donošenja rješenja o namirenju do dana dospijeca. Ako je na nedospjelu tražbinu založnog vjerovnika bila ugovorena kamata, isplaćuju se glavnica i ugovorene kamate obračunate do dana donošenja rješenja o namirenju (čl. 112., OZ). Nedospjele uvjetne tražbine osigurane hipotekom, kao i one za koje je upisana predbilježba založnog prava te zabilježba spora, ne isplaćuju se založnom vjerovniku, nego se izdvajaju i stavljaju u sudski ili javnobilježnički depozit. U slučaju uvjetne tražbine isplata ovisi o ispunjenju odgovnog (suspenzivnog) uvjeta, odnosno prestanak prava na isplatu raskidnog (rezolutivnog) uvjeta, kod predbilježbe založnog prava o tome je li taj upis naknadno opravdan uknjižbom založnog prava, a kod zabilježbe spora o ishodu parnice u kojoj se odlučuje o pravu na namirenje iz vrijednosti nekretnine. Na ovaj način su vjerovnici na čiji je zahtjev u zemljišnoj knjizi predbilježeno založno pravo odnosno zabilježen spor stavljeni u povoljniji položaj od ovrhovoditelja koji je pokrenuo ovršni postupak radi namirenja tražbine, ali rješenje o ovrsi nije postalo pravomoćno do dana ročišta za diobu jer se u korist ovrhovoditelja u ovakvom slučaju ne izdvaja novac od kupovnine radi njegova namirenja (čl. 118. st. 2., OZ).

Sud donosi rješenje o namirenju vjerovnika kojima pripada pravo na namirenje na temelju rezultata provedenog postupka. Protiv ovog rješenja imaju pravo na žalbu stranke i sve osobe koje su polagale pravo na namirenje. Novelom OZ-a iz 2003. godine određeno je da žalba protiv rješenja o namirenju ima beziznimno suspenzivni učinak.⁵⁰

⁴⁹ N. Gavella, *ibid.*, str. 838.

⁵⁰ Prije izmjena OZ-a iz 2003. godine prema čl. 118. st. 4. žalba protiv rješenja o namirenju odgađala je ovrhu rješenja ako bi rješenje kojim se prihvaća žalba moglo utjecati na namirenje, što je procjenjivao prvostupanjski sud.

4. Namirenje tražbine osigurane prijenosom vlasništva na nekretnini

4.1. Sporazum o sudskom i javnobilježničkom osiguranju

Pravni temelj za izvansudsko namirenje osigurane tražbine fiducijara jest sporazum kojeg su on i fiducijant sklopili u obliku sudskog zapisnika ili javnobilježničkog akta odnosno solemnizirane privatne isprave o prijenosu prava vlasništva na nekretnini radi osiguranja novčane tražbine. S obzirom da se dospjela osigurana tražbina namiruje u granicama i pod pretpostavkama sadržanim u sporazumu, on mora sadržavati bitne sastojke (*essentialia negotii*) za tu vrstu ugovora, i to podatke o strankama, o tražbini koja se osigurava, s navođenjem podataka koji se određuju ili se mogu odrediti, dospjeće tražbine ili način kako će se ono odrediti, katastarskim brojem i katastarskom općinom nekretnine koja se prenosi u vlasništvo, te *clausulu intabulandi*. U tom obliku sklopljen sporazum o fiducijarnom osiguranju ima učinke sudske nagodbe i ovršna je isprava. Zbog nedostatka oblika ugovor nije ništav, već može imati učinke ugovora o osiguranju prema ZV-u, pod uvjetom da je formalno i materijalnoopravno sklopljen u skladu s odredbama tog zakona. Međutim, takav ugovor neće imati svojstvo sudske nagodbe, dosljedno tome neće biti ovršna isprava (čl. 21, OZ).

Na temelju sporazuma o sudskom ili javnobilježničkom osiguranju fiducijar može pokrenuti postupak radi izvansudskog namirenja osigurane tražbine samo protiv fiducijanta, koji može, a ne mora, biti njegov osobni dužnik. Protiv fiducijanta koji nije osobni dužnik fiducijara namirenje osigurane tražbine može se tražiti samo na temelju tog sporazuma. Međutim, protiv osobnog dužnika koji nije istovremeno i fiducijant na temelju sporazuma o sudskom ili javnobilježničkom osiguranju ne može se zahtijevati ovrha radi naplate osigurane tražbine, nego vjerovnik u tom slučaju realizaciju svoje tražbine može postići iz imovine dužnika u sudskom ovršnom postupku.

4.2. Postupak izvansudskog namirenja fiducijom osigurane tražbine

Ako dužnik ne namiri osiguranu tražbinu u roku, dakle kada padne u zakašnjenje, fiducijar može poduzeti mjere, u skladu sa čl. 277. OZ-a, radi prodaje predmeta osiguranja. Odredbe čl. 277. st. 1., 2. i 3. OZ-a nisu se mijenjale s ZID OZ 03 (osim što je izostavljeno da se u ovom postupku može izvršiti prijenos prava radi osiguranja), ali je izmjena st. 6. čl. 274. OZ-a, kao i brisanje čl. 275. OZ-a bitno utjecala na provođenje postupka namirenja tražbine fiducijara, ne samo zato što on nakon neuspješno provedenog postupka prodaje ne može više postati vlasnikom predmeta osiguranja, već i zbog toga što nakon dospelosti tražbine ne može tražiti predaju u posjed predmeta osiguranja.

Postupak namirenja prodajom predmeta osiguranja pokreće fiducijar nakon dospelosti osigurane tražbine. Komunikacija između stranaka teče isključivo putem javnog bilježnika. Tako je fiducijar preko javnog bilježnika ovlašten zahtijevati da ga fiducijant u roku od 15 dana obavijesti hoće li da se predmet osiguranja proda. Ako

fiducijant prihvati da se osigurana tražbina namiri prodajom predmeta osiguranja, o tome putem javnog bilježnika, kojeg on izabere, obavještava fiducijara. U toj obavijesti dužan je odrediti najnižu prodajnu cijenu predmeta osiguranja, koja ne može biti manja od zbroja iznosa osigurane tražbine, kamata⁵¹ i predvidivih troškova fiducijara i poreza, te imenovati javnog bilježnika koji će obaviti prodaju. Uz obavijest je obavezan priložiti izjavu javnog bilježnika da je voljan obaviti prodaju, da su mu predumljeni troškovi prodaje i da će iz iznosa dobivenog prodajom podmiriti tražbinu fiducijara (čl. 277. st. 2., OZ).

Kad primi obavijest fiducijanta, fiducijar je dužan poduzeti radnje da se obavi prodaja, prije svega treba dati punomoć javnom bilježniku za prodaju nekretnine u formi potrebnoj za prijenos prava vlasništva na nekretnini, omogućiti mu da je prema potrebi pregleda, te učiniti sve što je nužno da bi se obavila uspješna prodaja. Budući da fiducijar više ne može zahtijevati od fiducijanta predaju u posjed predmeta osiguranja, postavlja se pitanje kako će omogućiti eventualnom kupcu da pregleda nekretninu ako se fiducijant tome protivi. Čini se da bi u tom slučaju trebao zaštitu tražiti tužbom u parnici i zahtijevati da se fiducijanta obveže na trpljenje da treće osobe pregledaju nekretninu. Time se nepotrebno oteže postupak i otvara mogućnost zlorabe prava. Propusti li fiducijar ispuniti ove obveze, odgovara fiducijantu za štetu koju bi ovaj zbog toga pretrpio.

ZID OZ 03 izmijenjen je postupak za slučaj da fiducijant u roku ne zatraži prodaju stvari, ili to ne učini na prethodno naveden način (npr. ne odredi najnižu cijenu, ne priloži izjavu javnog bilježnika da je voljan obaviti prodaju i sl.) ili ako javni bilježnik ne uspije prodati nekretninu u roku od tri mjeseca od dana kada je dobio punomoć od fiducijara. Prema OZ-u prije novele u tom se slučaju smatralo da se fiducijant odrekao prava tražiti prodaju, a fiducijar je postajao punopravnim vlasnikom za cijenu koja odgovara njegovoj tražbini, kamatama, troškovima i porezu. Fiducijant nije mogao osporavati ove zakonske predmnjeve, dok je fiducijar bio ovlašten u roku od 15 dana obavijestiti fiducijanta putem javnog bilježnika da ne želi zadržati stvar umjesto isplate osigurane tražbine. Rok od 15 dana za fiducijara počinjao je teći od isteka roka fiducijantu da traži prodaju stvari, tako da fiducijar nije mogao otkloniti presumpciju o punopravnom vlasništvu nakon isteka roka od tri mjeseca u kojemu stvar nije bila prodana preko javnog bilježnika (čl. 277. st. 5. OZ-a prije ZID OZ 03). Fiducijar koji nije želio zadržati pravo vlasništva na predmetu osiguranja bio je ovlašten stvar prodati preko javnog bilježnika ili osoba ovlaštenih za prodaju stvari (čl. 277. st. 8., OZ prije novele).

Prema izmijenjenom čl. 277. st. 4. OZ-a fiducijar više ne može postati vlasnikom predmeta osiguranja, nego je ovlašten sam prodati nekretninu jedino putem javne dražbe, uključujući sudsku i javnobilježničku, jer se iz slobodne ruke

⁵¹ U ovom slučaju obračunava se sva dospjela kamata, jer ne postoji ograničenje kao kod hipoteke prema kojem je osiguranjem pokrivena kamata dospjela samo u zadnje tri godine prije prodaje.

mogu prodati samo određene pokretne. Budući da sudski ili javnobilježnički sporazum o fiducijarnom osiguranju ima učinak ovršne isprave, mislim da bi fiducijar na temelju tog sporazuma bio ovlašten predložiti ovrhu na nekretnini radi naplate novčane tražbine. Iz ove odredbe proizlazi da i sam fiducijar može prodati nekretninu na javnoj dražbi, ali uvjeti takve javne dražbe uopće nisu određeni. Stoga se postavlja bitno pitanje po kojoj cijeni fiducijar može prodati nekretninu, postoji li kakvo vremensko ograničenje u kojemu se treba pristupiti takvoj prodaji, može li kupac zahtijevati od fiducijanta predaju u posjed nekretnine i sl. Očito je da je odredba o prodaji nekretnine na javnoj dražbi podnormirana, te u pravni odnos stranaka unosi nesigurnost i nezvjesnost.

Fiducijar je prilikom prodaje dužan postupati kao dobar gospodar i o prodaji položiti račun fiducijantu, te ako proda nekretninu po većoj cijeni od iznosa njegove tražbine, razliku je dužan bez odgađanja platiti fiducijantu. Ako iznosom dobivenim prodajom nekretnine ne bi bila namirena cjelokupna tražbina fiducijara, on ima pravo na temelju zapisnika iz čl. 274. st. 1. OZ-a tražiti ovrhu u postupku pred sudom, radi namirenja preostalog dijela svoje tražbine iz imovine dužnika. U čl. 277. st. 7. OZ-a stoji da je predlagatelj osiguranja ovlašten tražiti ovrhu protiv protivnika osiguranja, što je točno ako je protivnik osiguranja njegov osobni dužnik, u protivnom ovrhu može zahtijevati samo protiv osobnog dužnika.

4.3. Namirenje fiducijara protiv fiducijanta u stečaju

Kada je protiv fiducijanta pokrenut stečajni postupak Stečajni zakon⁵² (čl. 81. a), fiducijara pozicionira kao razlučnog vjerovnika. Međutim, čl. 81. a SZ-a nije usklađen sa ZID OZ 03, jer fiducijar pod određenim uvjetima iz st. 4., 5., 6. i dr. tog članka može postati punopravni vlasnik stvari koja mu je bila prenesena radi osiguranja ako se prigodom njezina unovčenja ne postigne cijena koja bi pokrivala osiguranu tražbinu s kamatama, predvidivim troškovima i porezom na promet. Postavlja se pitanje može li fiducijar nakon stupanja na snagu ZID OZ 03 i dalje na temelju odredbi SZ-a postati punopravni vlasnik na predmetu osiguranja, odnosno po kojem pravilu se ima cijeniti koji zakon primijeniti. Nesumnjivo da će sudska praksa morati dati odgovor na ovo pitanje, ako se u međuvremenu ono ne riješi zakonom, ali čini se, s obzirom da je SZ pratio OZ prilikom reguliranja posljedica pokretanja stečajnog postupka nad fiducijantom u pogledu prava fiducijara na namirenje osigurane tražbine, da fiducijar ni u ovom slučaju ne bi mogao postati vlasnikom predmeta osiguranja, odnosno da bi trebalo primijeniti OZ.

4.4. Prijelazne i završne odredbe ZID OZ 03 i namirenje fiducijara

Odredbama čl. 102. i 103. ZID OZ 03, koje imaju značenje prijelaznih i završnih odredaba, retroaktivno se zadire u pravne odnose fiducijarnog osiguranja nastale na

⁵² Stečajni zakon (Narodne novine br. 44/96., 29/99., 129/00. i 123/03.; dalje SZ)

temelju ranijih odredaba OZ-a, tako što se omogućuje svakoj od stranaka jednostrana intervencija mijenjanjem sporazuma o osiguranju, koji je bio sklopljen dobrovoljno u skladu s tada važećim zakonom pred sudom ili javnim bilježnikom i ima učinak sudske nagodbe, čime se grubo narušava pravna sigurnost, a postavlja se pitanje i ustavnosti tih odredbi.

Prema čl. 102. st. 3. ZID OZ 03 određeno je da će se odredbe tog zakona primjenjivati i na postupke sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari, koji su pokrenuti prije dana njegova stupanja na snagu. Nije jasno što je zakonodavac mislio pod "pokretanjem postupka", odnosi li se to na prijedlog stranaka radi sklapanja sporazuma o osiguranju ili i na postupak namirenja na temelju sporazuma o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja na temelju kojeg je već u zemljišnim knjigama upisano pravo vlasništva u korist fiducijara, uz zabilježbu da je prijenos obavljen radi osiguranja. Čini se, s obzirom da je čl. 103. ZID OZ 03 dana ovlast svakoj od stranaka koje su potpisale sporazum u skladu s odredbama čl. 274. i 279. OZ-a i koji je u zemljišnoj knjizi proveden nakon 1. siječnja 1997., da stavi zahtjev nadležnom zemljišnoknjižnom sudu da upis uskladi sa čl. 34. ZV-a, tj. fiducijara upiše kao prethodnog a fiducijanta kao potonjeg vlasnika, da bi se namirenje fiducijara nakon stupanja na snagu ZID OZ 03 trebalo provoditi po noveliranom OZ-u, bez obzira kada je vlasništvo radi osiguranja tražbine stečeno.

5. Zaključak

Naš pravni sustav nudi dva osnovna oblika stvarnopravnog osiguranja tražbina nekretninom kao predmetom osiguranja, i to hipoteku te prijenos prava vlasništva radi osiguranja ili fiducijarno osiguranje. Cilj koji se hoće postići s oba načina osiguranja tražbina zajednički je – to je s jedne strane omogućiti vjerovniku da neispunjenu dospjelu tražbinu namiri iz vrijednosti nekretnine koja je predmet osiguranja, a s druge potreba stanovite zaštite dužnika. Stoga za obje vrste osiguranja tražbina vrijede neka zajednička pravila, što je vidljivo iz odredbe čl. 297. st. 2. ZV-a, prema kojoj će se na prijenos prava vlasništva radi osiguranja primjenjivati na odgovarajući način pravila koja vrijede za založno pravo, ako zakonom nije što drugo određeno. Materijalnopravno oba su instituta uređena pretežno ZV-om dok je postupak namirenja osigurane tražbine uređen OZ-om. Po svojoj pravnoj naravi ti su instituti potpuno različiti, jer je hipoteka pravo koje tereti vlasništvo i ograničava ga, a fiducijarno vlasništvo je vlasništvo ograničeno raskidnim uvjetom, što znači da je vremenski ograničeno. Razlika u pravnoj naravi između hipoteke i fiducijarnog osiguranja sigurno neće značajno utjecati na opredjeljenje vjerovnika i dužnika za jedan od ovih načina osiguranja, nego na mogućnost brzog i efikasnog namirenja osigurane tražbine, s jedne strane, i što manje ograničenja za dužnika na predmetu osiguranja, s druge.

Prednost je hipoteke da njezinim osnivanjem hipotekarni dužnik ne gubi pravo pravnog raspolaganja s nekretninom na kojoj je osnovana, pri čemu se vjerovnikova prava na namirenje ne dovode u pitanje, jer hipoteka slijedi nekretninu ma čija bila prema redu prvenstva kakav je bio u trenutku njezina upisa u zemljišnu knjigu.

Tražbinu osiguranu hipotekom moguće je namiriti samo u sudskom ovršnom postupku, koji je zbog složenosti i opterećenja sudova u pravilu dugotrajan.

Prijenosom vlasništva na nekretnini radi osiguranja novčane tražbine, nekretninom dalje ne mogu raspolagati ni dužnik ni vjerovnik, što predstavlja nedostatak za dužnika, osobito ako je vrijednost zaloga znatno veća od visine osigurane tražbine. Međutim, postupak namirenja tražbine je izvansudski i relativno jednostavan, provodi se putem javnog bilježnika, a pod određenim pretpostavkama i sam vjerovnik može na javnoj dražbi prodati nekretninu.

Namirenje osigurane tražbine hipotekom i fiducijarnim prijenosom vlasništva u radu je izloženo prema sada važećim propisima. Međutim, u proceduri su izmjene i dopune OZ-a, kojima će se, nadam se, poboljšati postupak namirenja osiguranih tražbina, bez obzira o kojem se načinu osiguranja radi, i otkloniti dvojbe, koje pojedine zakonske odredbe izazivaju u praksi.

Summary

REALIZATION OF CLAIM SECURED BY MORTGAGE AND FIDUCIARY OWNERSHIP ON IMMOVABLE

Purpose of mortgage and fiduciary transfer of ownership is to enable safe realization of primarily monetary claim that a debtor has not timely fulfilled. Rules on realization of such a claim are primarily contained in the Law on Ownership and Other Real Rights, while the procedural issues are contained in the Enforcement Law. The article analyses fundamental characteristics of mortgage and fiduciary ownership on immovable, emphasizing differences between these two institutes that result in different procedural ways of realization of secured claim. In case of mortgage, as a rule, secured claim is realized exclusively in judicial enforcement proceedings, while in case of fiduciary ownership the claim is being realized extrajudicially. Judicial realization of claim secured by a mortgage has been presented, especially the enforcement document as one of the prerequisites for enforcement proceedings commencement and hypothecary action by which a creditor realizes his claim, commencement of enforcement proceedings by a enforcement proposal and establishment of enforcement by a decision on enforcement. Furthermore, procedural steps of actual enforcement are analyzed: register of enforcement into land register, establishment of value of immovable, its sale and realization of creditor's claim by price received in sale. An overview of extrajudicial realization of claim secured by fiduciary ownership and performed through public notary is also given, with special emphasis on differences in approach to realization *de lege lata* in relation to legal regulation in force before the 2003 revision of the Enforcement Law.

Key words: *mortgage, fiduciary ownership, secured claim, immovable as security instrument, judicial enforcement and extrajudicial realization of secured claim.*

Zusammenfassung

**VERWIRKLICHUNG DES RECHTS AUF
BEFRIEDIGUNG VON FORDERUNGEN, DIE DURCH
HYPOTHEK UND FIDUZJARISCHES EIGENTUM AN
IMMOBILIEN GESICHERT SIND**

Zweck der Hypothek und der fiduziarischen Übertragung von Eigentum ist es, eine sichere Befriedigung der vor allem geldlichen Forderungen zu ermöglichen, die der Schuldner nicht fristgemäß erfüllt hat. Die Regeln über das Recht auf Befriedigung der gesicherten Forderung sind vor allem im Gesetz über Eigentum und andere Sachenrechte und die Art der Befriedigung im Pfandgesetz enthalten. In der Arbeit werden Hauptmerkmale der Hypothek und fiduziarischen Sicherung von Immobilien mit Betonung der Unterschiede dieser beiden Institute betrachtet, die das Ergebnis unterschiedlicher Wege bei der Verwirklichung des Rechts auf Befriedigung der gesicherten Forderung sind. Für die Hypothek auf eine Immobilie gilt das Recht, dass die gesicherte Forderung ausschließlich durch ein gerichtliches Pfändungsverfahren befriedigt wird, während die durch Fiduziar gesicherte Forderung außergerichtlich befriedigt wird. Folgendes wird behandelt: die gerichtliche Befriedigung der durch eine Hypothek gesicherten Forderung, besonders der Pfandschein als eine der Voraussetzungen zur Einleitung des Pfändungsverfahrens und die Hypothekenklage, durch die der Gläubiger das Recht auf Befriedigung verwirklicht, die Einleitung des Pfändungsverfahrens durch den Vorschlag zur Pfändung und Bestimmung der Zwangsvollstreckung durch die Entscheidung über die Pfändung. Es werden die Handlungen bei der Durchführung der Pfändung besprochen und zwar: die Notierung der Pfändung im Grundbuch, die Festlegung des Wertes der Immobilie, ihr Verkauf und die Befriedigung des Gläubigers als Zwangsvollstrecker dadurch, dass die Immobilie zu Geld gemacht wird. Es wird die Befriedigung der fiduziarisch gesicherten Forderung auf außergerichtlichem Wege durch den Notar aufgezeigt und es werden die Unterschiede im Befriedigungsverfahren *de lege lata* bezüglich der Bestimmung vor der Novelle des OZ (Pfandgesetzes) im Jahre 2003 beleuchtet.

Schlüsselwörter: *Hypothek, fiduziarische Versicherung, Versicherung der Forderung, Immobilie als Versicherungsgegenstand, gerichtliche Pfändung und außergerichtliche Befriedigung der gesicherten Forderung.*

Sommario

REALIZZAZIONE DEL DIRITTO AL SODDISFACIMENTO DELLA DOMANDA ASSICURATA DALL'IPOTECA E DALLA PROPRIETÀ FIDUCIARIA SU IMMOBILE

Lo scopo dell'ipoteca e del trasferimento fiduciario della proprietà è di consentire la sicura realizzazione della domanda monetaria principale che un debitore non ha adempiuto tempestivamente. Le regole sulla realizzazione di una tale domanda sono principalmente contenute nella Legge sulla proprietà e gli altri diritti reali, mentre le questioni procedurali sono contenute nella Legge di esecuzione. Questo lavoro analizza le caratteristiche fondamentali dell'ipoteca e della proprietà fiduciaria su immobile, enfatizzando le differenze tra questi due istituti che risultano in diverse vie procedurali di realizzazione della domanda assicurata. Nel caso dell'ipoteca, di regola, la domanda assicurata è realizzata esclusivamente nel procedimento esecutivo giudiziale, mentre nel caso della proprietà fiduciaria il fine è realizzato extragiudizialmente. È presentata la realizzazione giudiziale della domanda assicurata da ipoteca, particolarmente il documento esecutivo come uno dei prerequisiti dell'inizio del procedimento esecutivo e l'azione ipotecaria mediante la quale il creditore realizza la sua domanda, l'inizio del procedimento esecutivo mediante l'istanza procedurale e la determinazione dell'esecuzione mediante la decisione sull'esecuzione. Inoltre sono analizzate le fasi procedurali dell'esecuzione e cioè l'annotazione dell'esecuzione nel registro fondiario, la determinazione del valore dell'immobile, la sua vendita e realizzazione della domanda del creditore attraverso il prezzo ricevuto nella vendita. È altresì data una rappresentazione della realizzazione extragiudiziale della domanda assicurata da proprietà fiduciaria e perseguita mediante un pubblico notaio, con particolare enfasi sulle differenze nell'approccio alla realizzazione *de lege lata* in relazione alla regolazione in vigore prima della revisione della Legge di esecuzione dell'anno 2003.

Parole chiave: *ipoteca, assicurazione fiduciaria, domanda di assicurazione, immobile come strumento di assicurazione, esecuzione giudiziale e soddisfacimento extragiudiziale della domanda assicurata.*

O NEKIMA PRAKTIČNIM I TEORIJSKIM DVOJBAMA I PROBLEMIMA PRILAGODBE HRVATSKOGA PRAVA EUROPSKOMU PRAVU DRUŠTAVA

Dr. sc. Dragutin Ledić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.72::061.1EU
347.72(497.5)

Ur.: 2. veljače 2005.

Pr.: 28. veljače 2005.

Pregledni znanstveni članak

Hrvatski pravni sustav nalazi se u fazi intenzivne zakonodavne prilagodbe europskomu pravu, što se poglavito potvrđuje u vrijeme kada je Republika Hrvatska dobila status službenog kandidata za stjecanje punopravnoga člana Europske unije i kada su točno utvrđeni nadnevc (ožujak 2005. godine) početka pregovora između Republike Hrvatske, s jedne strane, te Europske unije i svih 25 zemalja članica, s druge strane. Na području prava društava tu je već, u zakonodavnome smislu, podosta urađeno, kako donošenjem Zakona o trgovačkim društvima pod konac 1993. godine, tako još i više novelom iz 2003. godine.

U ovome se radu nastoji ukazati na određene dvojbe i probleme glede prilagodbe, uz koju je ništa manje važno, ali i teško, prilagoditi suhoparni zakonski tekst s njegovom životnom primjenom i razumijevanjem s praktičnoga i teorijskoga motrišta.

Ključne riječi: prilagodba, hrvatsko pravo društava, europsko pravo društava, dvojbe, problemi, teorija, praksa.

THEORIA SINE PRAXI,
SICUT CURRUS SINE AXI.
(TEORIJA JE BEZ PRAKSE,
KAO I KOLA BEZ OSI).

Uvodna razmišljanja

Teško je «preko noći» postići u životu, bilo pojedinca, a poglavito uže ili šire ljudske zajednice, pravo, učinkovito i po mogućnosti trajnije rješenje. To se kroz povijest, a ona je učiteljica života (*historia magistra vitae est*), nebrojeno puta potvrđivalo i baš zahvaljujući postupnosti, napretku i uzajamnome ispreplitanju

civilizacija, kultura, znanja i ideja došlo se do današnje suvremene postindustrijske, tehnološke, informatičke i elektroničke životne stvarnosti.

Jedan je čovjek od drugoga, jedni su narodi od drugih i, naravno, razmjenom znanja, ideja i iskustava dolazili do odgovarajućih rješenja raznoraznih životnih situacija i problema, pa tako i na području prava, zakonodavne djelatnosti, pravne teorije i književnosti, odnosno primjene pravnih normi u svakodnevici i time potvrde njihove (ne)valjanosti, (ne)uspješnosti ili (ne)djelotvornosti.

Ovo je prigoda, kada je riječ o prilagodbi hrvatskoga prava uopće, a posebice prava društava europskomu pravu (društava) brojnih generacija, kako onih koji su u svojem životu i radu «iskusili» i praktično primjenjivali «dostignuća», a još više nedaće i zastranjivanja bivšega pravopolitičkoga sustava, tako još i više onih koji dolaze i koji će, u to je uvjeren autor ovih redaka, punim plućima udisati zdrav i ugodan zrak posve drukčijega pravnoga i uopće društvenoga okruženja u Lijepoj našoj, kao punopravnoj, uvažavanoj i uspješnoj zemlji članici EU.

Kada je riječ o prilagodbi prava društava unutar Europske unije, onda se taj postupak prilagodbe (Harmonisation, Abstimmung) najčešće i najdjelotvornije (ali ne i isključivo, op. D.L.) ostvaruje putem smjernica (Directive, Richtlinie), pa ipak sve do danas pravna književnost nerado govori o europskome pravu društava.¹

U vrijeme donošenja Zakona o trgovačkim društvima (znači tijekom 1993. godine, budući je ovaj donesen 23. studenoga 1993.) temeljni uzori hrvatskome zakonodavcu bili su odgovarajući zakonski tekstovi njemačkoga, dijelom i austrijskoga prava, ali «i neka rješenja neposredno iz prava Europske zajednice koja se primjenjuju u zemljama članicama».²

Koliko je to bio dobar odabir i pristup u donošenju Zakona o trgovačkim društvima (nastavno: ZTD), svjedoče vrlo dobro, temeljito i prikladno uređeni položaj trgovačkih društava od njihova osnivanja, predmeta poslovanja, tvrtke, odgovornosti, ustroja, statusnih promjena, preoblikovanja, povezanih društava pa sve do gospodarskoga interesnoga udruženja, inozemnih trgovačkih društava i inozemnih ulaganja, tako da su se i većina domaćih i stranih pravnih pisaca na najpohvalniji način očitovala o istome.³

Nakon gotovo 10 godina od donošenja ZTD-a uslijedila je 2003. godine prva znatnija novela ovoga zakonskoga teksta, što se u službenom tekstu «Ocjena stanja i

¹ Lutter, M., *Europäisches Unternehmenrecht*, Vierte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1996., s. 45-58, ističe da se radi o «modernizaciji prava pomoću ujednačavanja» što izravno ili neizravno postiže očekivane učinke. U istomu smislu i Neye, W. H., *Europäisches Gesellschaftsrecht (European Law of Partnership and Cooperation)* u knjizi *Basics of German Commercial and Economic Law*, Beck Publishers, Moscow, 1994., p. 49. (187).

² Barbić, J., *Zakon o trgovačkim društvima (uvod)*, u knjizi *Zakon o trgovačkim društvima*, Organizator, Zagreb, 1993., str. 29.

³ Ovdje će se spomenuti, primjera radi i bez namjere omalovažavanja brojnih domaćih pravnih pisaca čija će se djela ovdje svakako i višekratno citirati i neki od stranih pravnih pisaca kao što su Stephan – Philippi – Novak, Manfred Weiss, Walter Niemann, Thomas Kreuder, Marcus Lutter, Barbara Grunewald, Stefan Pürmer i dr.

osnovnim pitanjima koja se trebaju urediti zakonom, te posljedice koje će donošenjem zakona proisteći», koji je Vlada Republike Hrvatske podnijela Hrvatskome Saboru u Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, opravdava nizom razloga. Ovdje treba istaknuti, u međuvremenu provedene dinamične promjene u pravu društava diljem svijeta, poglavito u Europskoj uniji i mnogima njezinim zemljama članicama, zbog čega je nužna prilagodba ZTD-a kroz izmjene i dopune kako bi RH mogla «dobiti Zakon koji u potpunosti odgovara onome što se očekuje od takvih propisa u Europskoj uniji i sadašnjem stupnju uređenja trgovačkih društava u njenim vodećim zemljama».⁴

Zahvaljujući takvome dinamičnome razvoju prava društava, kao i okolnostima da je riječ o iznimno važnome propisu koji «uređuje odnose koji se tiču velikog dijela stanovništva i pravnih osoba» (citirano iz spomenute «Ocjene stanja ...», op. D.L.), a postojeća praksa kao i stajališta pravne znanosti nisu uvijek dovoljno «usuglašena», namjera je ovoga autora kroz nekoliko «živih» i «aktualnih» slučajeva ukazati što propisuje ZTD, te kako se ti propisi primjenjuju i u čemu je «kvaka» njihove «problematičnosti» odnosno u kojoj mjeri teorija, tj. pravna znanost i književnost doprinose odnosno mogu doprinosti odvijanju života zajedničkim djelovanjem kako to kratko i jasno poručuje citirana latinska izreka.

1. Slučaj – upotreba dobiti i čl. 220., 246. i 275. ZTD-a

U vrijeme donošenja ZTD-a (NN 111/93.), ali i kroz sve naknadne izmjene i dopune – novele (NN 34/99., 121/99., 52/00., a poglavito 118/03) jedna od «misli vodilja» bila je i ta da je «Zakon o trgovačkim društvima eklatantan zakon slobodnog poduzetništva i slobodnog tržišta»,⁵ te da se, kada je u pitanju ova materija (pravo društava, op. D.L.), slijede primjeri drugih i usvoji praksa koju razvijene zemlje Europe, poglavito one kojima je hrvatski pravni sustav tradicionalno najbliži i s kojima čini tzv. «srednjoeuropski pravni krug», već dugo i uspješno razvijaju.⁶ Tu se ne misli samo na «*nudum ius*», što će reći na «klasična» zakonodavna rješenja, već i na poslovnu, sudsku i arbitražnu praksu, kao i na vrlo razvijenu, bogatu i u najvećoj mjeri nama dostupnu pravnu književnost.⁷

Polazeći od te činjenice kao ishodišta za najveći dio zakonskih rješenja koja se nalaze u ZTD-u, a isto tako u drugima zakonskim propisima, čije prosudbe, stajališta

⁴ Barbić, J., Zakon o trgovačkim društvima i uvodna objašnjenja, Zagreb, 2004., str. 14., upozorava kako «sadašnja usklađenost» sa smjernicama i uredbom EU neće biti «dovoljna jer se «europska regulativa» ne zaustavlja.

⁵ Barbić, J., Zakon o trgovačkim društvima, Uvod, Zagreb, 1993., str. 68.

⁶ Ledić, D., Neka razmišljanja o trgovačkim društvima i obrtu u svjetlu ponuđenih zakonskih rješenja, Privreda i pravo, 5-6/1993., str. 412-413.

⁷ Barbić, J., Ibid., str. 50., izrijeком «pokriva» pravne pisce jer «je velika odgovornost (na pravnim piscima, op. D.L.) da za nas nove pravne institute pravilno razrade, da pruže oslonac za izobrazbu onih koji će morati primijeniti Zakon».

i primjenu valja stalno usuglašavati s onima koja se pojavljuju u njemačkome i austrijskome pravu, koja su, nota bene, u potpunosti prilagođena i usuglašena s propisima EU i njihovom primjenom na razini Unije.⁸

Dioničko društvo je, bez ikakve dvojbe, ono trgovačko društvo kapitala kojemu ZTD od prvoga dana pridaje najveću pozornost. Tomu, najtipičnijemu i najznačajnijemu društvu kapitala izvorno je ZTD namijenio čak 225 članaka (čl. 159.-384., ZTD), čemu treba dodati velik broj, uvjetno nazvanih, «zajedničkih» odredbi kao npr. o tvrtki, pravnoj osobnosti, predmetu poslovanja, podružnicama, sjedištu, zastupanju, spajanju i pripajanju, povezanim društvima, preoblikovanju i dr.⁹

Smisao-svrha postojanja svih trgovačkih društava i djelovanje trgovca – pojedinca mogu se, bez pretjerivanja, istaknuti u sljedećemu: ostvarenje dobiti, kako to određuje ZTD u čl. 1./1.: «Trgovac je, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno, pravna (znači sva trgovačka društva što ih poznaje i uređuje ZTD, op. D.L.) ili fizička osoba (prema ZTD-u to je trgovac-pojedinac, op. D.L.) koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarenja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu».

Dobit (engl. profit, njem. Gewinn, franc. profit, tal. profitto) redovito se utvrđuje godišnjim financijskim izvješćima nadležnih tijela u trgovačkim društvima, bilo kroz račun dobiti i gubitka (tako čl. 86., ZTD za javno trgovačko društvo) bilo «udjelom u dobiti i u gubitku» (čl. 139. i 140., ZTD za komanditno društvo), odnosno utvrđivanjem godišnjih financijskih izvješća i donošenjem odluke o upotrebi dobiti u društvima kapitala (čl. 276., 277., 300a.-300e., 428., 441., ZTD).

No, konkretni «slučaj br. 1» glede upotrebe dobiti mora se u nekoliko riječi objasniti: tvrtka «J» d.d. iz S. godinama je poslovala s gubitkom i, naravno, nije bilo govora o mogućnosti isplata dividendi kako dioničarima, tako i članovima uprave i nadzornoga odbora. Naime, statutom društva predviđeno je da «osim plaće određene ugovorima uprava ima pravo sudjelovati u dobiti društva...», pa onda slijedi za ovaj rad ne baš osobito zanimljiv postupak izračuna visine i udjela dobiti. I za članove nadzornoga odbora statut je propisao: «Osim što ostvaruju pravo nagrade za rad, članovi nadzornog odbora imaju pravo sudjelovati u dobiti društva ...» i onda, kao i za članove uprave dolazi «križaljka» o visini i udjelu dobiti «na jednake dijelove, ili drukčije ako to odluči nadzorni odbor».

Citirane odredbe statuta «mirovale» su cijelo vrijeme dok je ovo društvo poslovalo s gubitcima, što, zasigurno nije smetalo ni članove uprave ostvarivati «plaće određene ugovorima», a isto tako ni članove nadzornoga odbora u redovitoj naplati «nagrade za rad». Naravno da za sadržaj ovoga rada nije bitna visina isplaćenoga novca, ali čitatelju mora biti jasno kako se ne radi o «džeparcu».

⁸ Neye, W. H., *Ibid.*, p. 52.

⁹ Novela ZTD iz 2003. godine uvećala je u velikoj mjeri broj propisa, što izravno ili neizravno, uređuju dioničko društvo. Jedna, ne baš osobito detaljna razradba ZID/ZTD iz 2003. godine upućuje na još 133 članka isključivo namijenjena dioničkome društvu. Tomu broju treba dodati još i 31 članak iz glave VII-A koja nosi naslov «Podjela društava kapitala».

Međutim, i na veliku sreću i zadovoljstvo sviju, i zaposlenika i dioničara, članova uprave i nadzornoga odbora (barem bi tako trebalo biti, uključujući i vjerovnike društva, proračun države i tijela lokalne uprave i samouprave itd., op. D.L.) prilikom usvajanja financijskih izvješća za 2003. godinu utvrđeno je pozitivno poslovanje, pa je sukladno tomu donesena i odluka o upotrebi dobiti. Kako, međutim, glasi ona narodna izreka, ali ne lezi vraže, članovi nadzornoga odbora (nastavno u ovome radu – «NO») pojavljuju se sa zahtjevom isplate udjela u dobiti društva za 2003. godinu, i to samo njima, ne spominjući dioničare i članove uprave, koji bi također, prema statutu društva imali pravo udjela u dobiti.

Prema odredbi čl. 220. ZTD-a, koja je inače «znakovito» izmijenjena čl. 77. Zakona o izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2003. godine (nastavno ZID/ZTD), a to onda znači i u primjeni od 1. 1. 2004. godine, odluka o upotrebi dobiti ostvarene u 2003. godini ima se donijeti primjenjujući u cijelosti isti primijenjeni propis. Radi se o propisu stroge (kogentne) naravi i adresati iste pravne norme nemaju nikakvih ovlasti i mogućnosti odstupiti od spomenutoga propisa, poglavito redosljeda namjene koji je propisan u stavku 1.

Taj je redosljed sljedeći:

1. pokriće gubitka prenesenoga iz prethodne godine;
2. unos u zakonske pričuve;
3. unos u pričuve za vlastite dionice, ako ih je društvo steklo ili ih namjerava steći;
4. unos u statutarne pričuve, ako ih društvo ima.¹⁰

Pridodaju li se ovome i drugima odredbama ZTD-a i postojeći propisi Zakona o računovodstvu, Zakona o porezu na dobit kao i Međunarodni računovodstveni standardi koji se primjenjuju prilikom izrade zaključnih financijskih izvješća i usvajanja računa dobiti i gubitka, te da je od dana stupanja na snagu ZID/ZTD (objavljen u NN 118/03., od 24. 7. 2003., i stupio na snagu osmoga dana po objavljivanju, tj. 1. kolovoza 2003.), postojao relativno pristojni (razumni) rok za tzv. «*vacatio legis*» do početka njegove primjene (1. siječnja 2004.), u kojemu su adresati (među koje spada «J» d.d. iz S., op. D.L.) imali mogućnost «pripremiti» se za njegovu primjenu, valja zaključiti sljedeće:

1. Odredbe statuta društva bilo je nužno usuglasiti, i to prije svega s odredbama čl. 246. i 269. ZTD-a, a još više u odnosu na promjene u ZTD-u koje se primjenjuju od 1. siječnja 2004.

2. Članovi uprave i NO u konkretnomu slučaju ne mogu ostvarivati pravo udjela u dobiti temeljem kogentnih propisa ZTD-a, kao i drugih, već spomenutih propisa, jer ostvarena dobit za 2003. godinu nije ni približno dovoljna za pokriće svih gubitaka iz prethodnih godina, a ne samo za pokriće «tekuće» dobiti, kako to u svojem zahtjevu

¹⁰ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, Komentar Zakona o trgovačkim društvima, treća izmijenjena i dopunjena naklada, Zagreb, 2004., str. 270., kategorično tvrde: «Ovim člankom uređuju se načini rasporeda tekućeg dobitka na pričuve i na onaj dio dobitka koji bi se mogao podijeliti dioničarima».

obrazlažu članovi NO! Ako bi i kada bi postojala mogućnost podjele dobiti i isplate dividendi, onda to u svakome slučaju znači i nedvojbeno pravo dioničara, pa onda i članova uprave i nadzornoga odbora.¹¹

3. Istovjetne odredbe o sudjelovanju članova uprave u dobiti i par. 86. njemačkoga AktG, odnosno par. 77. austrijskoga AktG (njem. Gewinnbeteiligung der Vorstandsmitglieder), i to s istima posljedicama i u najmanjim pojedinostima koje dovode do ništavosti odluka donesenih suprotno tim odredbama.¹²

4. Čl. 246. ZTD-a u tekstu koji je bio u primjeni do 31. 12. 2003. propisivao je: «Ako se članovima uprave daje pravo da sudjeluju u dobiti tekuće godine, njihov se udio obračunava prema toj dobiti umanjenoj za gubitak iz prethodne godine i za iznose koji se po zakonu i statutu iz dobiti tekuće godine unose u rezerve društva». Izmjenom koju donosi ZID/ZTD u ovome članku ovaj propis sada (tj. od 1. siječnja 2004.), određuje da se taj udio članova uprave u dobiti društva «obračunava prema toj dobiti umanjenoj za nepokriveni gubitak iz prethodnih (dakle, ne samo neposredno prethodne godine, op. D.L.) godina i za iznose koji se po zakonu i statutu iz dobiti tekuće godine unose u rezerve društva». Ovakva formulacija čl. 246. ZTD-a mora se dovesti u svezu s izmijenjenim propisom iz čl. 220. ZTD-a, poglavito njegova stavka 1., gdje se kogentnom normom propisuje redosljed uporabe (upotrebe) netto dobiti.¹³

5. Čl. 269. ZTD-a koji i prije i nakon novele iz 2003. godine nosi naslov «Nagrada za rad članova nadzornog odbora» već tu odstupa od svojih uzora iz njemačkoga i austrijskoga prava, gdje istovjetni propis nosi u njemačkomu jeziku naslov «Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder», time da riječ «die Vergütung» u hrvatskomu jeziku ima značenje «naknada», a ne nikako «nagrada», što je dijelom u

¹¹ Trgovački sud u Zagrebu svojim je pravorijekom broj P-3123/01 od 21. svibnja 2002. godine, obvezao temeljem čl. 220. ZTD tuženika – dioničko društvo na isplatu dividende tužitelju jer je «pravo na dividendu najvažnije imovinsko pravo dioničara, tako da naknadna odluka glavne skupštine o neisplati dividende, «nije pravovaljana» budući je ista glavna skupština, usvajajući godišnja financijska izvješća već donijela odluku o isplati dividende. Zbog toga je tužitelju dosuđen utuženi iznos jer on «predstavlja vrijednost dividende koja pripada tužitelju».

¹² Za njemačko pravo: Grunewald, B., *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, s. 144., Roth, H. G., *Handels – und Gesellschaftsrecht*, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München, 1994., s. 193., priznaje članovima uprave jedino pravo na «dionice na ime» kako bi ih «čvršće» vezao uz društva, a Hommelhoff, P., *Das Unternehmensrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung* u knjizi *Festschrift für Marcus Lutter*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000., s. 96-117., govori o «Beteiligungsfreiheit» kao praktičnomu pravnomu načelu koji čini temelj djelovanja poduzetničkih grupa diljem svijeta. Za austrijsko pravo: Kastner – Doralt – Nowotny, *Grundriß des Österreichischen Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990., s. 223-224.

¹³ Barbić, J., *Zakon o trgovačkim društvima (uvodna objašnjenja)*, 2004., str. 11., opravdava unošenje stavka 7. u čl. 220. ZTD «usklađivanjem s čl. 15. st. 1. navedene Smjernice o kapitalu (Druga Smjernica EU o kapitalu 77/91 od 13. 12. 1976., s kasnijim izmjenama, op. D.L.), dok predlagatelj ZID/ZTD za izmjene u čl. 246. ZTD, pored ostaloga, ističe kako «time se otklanjaju mogući nesporazumi i odredba usklađuje s ... izmijenjenim odredbama čl. 220. Zakona».

noveli ZTD-a i prihvaćeno – ispravljeno, ali samo glede sadržaja istoga propisa gdje se govori samo o «naknadi», za razliku od naslova koji je zadržao izričaj «nagrada».¹⁴

Kada je riječ o naknadi za rad članova NO, ovaj se autor u potpunosti suglašava s onima hrvatskim pravnim piscima koji ističu: «Članovima nadzornoga odbora se za njihov rad može (ne mora) isplatiti naknada»,¹⁵ međutim, ono što u čl. 269. ZTD-a bitno odstupa od njegovih uzora jest, i prije i poslije novele iz 2003. godine, odredba o tomu kako se određuje ta naknada članovima NO. Ovu naknadu bilo je moguće ranije odrediti u statutu ili je odluku o tomu donosila glavna skupština time da je njezina visina morala biti «primjerena poslovima koje obavlja član odbora i stanju društva» (stanje do 31. 12. 2003.).¹⁶

Sada, pak, (počev od 1. siječnja 2004.) uređuje se pitanje naknade za rad članovima prvoga NO te, što je ovdje primarno, naknada za rad članova NO-a «koja se može odrediti sudjelovanjem člana odbora u dobiti društva».

Ova se naknada određuje statutom, a može je odobriti i glavna skupština društva. Naknada mora biti primjerena poslovima koje obavlja član društva i stanju društva. Radi jednostavnijega i «lakšega» smanjenja naknade članovima NO te da se izbjegne «složenost» izmjene statuta, po već dobro znanome strogom (kvalificiranome) redovitome postupku, ako je ta naknada statutom određena, unesena je nova rečenica na kraju stavka 1. članka 269., ZTD-a: «Ako je naknada određena statutom, glavna skupština može običnom većinom glasova donijeti odluku o izmjeni statuta kojom se ta naknada smanjuje».¹⁷

Ostaje za primijetiti kako u ovome propisu (čl. 269., ZTD) nema niti slova o tomu da «drugačije određenje sudjelovanja članova uprave u dobiti društva ništavo je» (čl. 246., ZTD). Za razliku od našega ZTD-a, takvu odredbu, kada je u pitanju sudjelovanje članova NO u dobiti, posve izričito i nedvosmisleno propisuje par. 113/3., posljednja rečenica njemačkoga AktG, odnosno par. 93/3., posljednja rečenica austrijskoga AktG.¹⁸

Komu i zbog čega je trebalo ovakvo propisivanje naknade za rad članova NO i odstupanje od zakonodavnih rješenja, ali i prakse u njemačkomu i austrijskomu pravu? Naime, u našoj se praksi naknada za rad članova NO od mogućnosti pretvorila

¹⁴ Ovaj je autor o tomu pisao na više mjesta, kao što su: *Pravo društava i trgovačko pravo*, Rijeka, 2002., str. 247. i dalje, *Odgovornost članova uprave i nadzornoga odbora u društvima kapitala*, XIII. susret pravnika u Opatiji – zbornik radova i u *Pravo u gospodarstvu*, br. 4., 2004., *Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima*, Zbornik PFRI, vol. 25., 1/2004. i dr.

¹⁵ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 369.

¹⁶ Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, Zagreb, 2000., str. 422.

¹⁷ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, 369., upućuju da se zbog mogućih nedostataka mogu «primijeniti odgovarajuće odredbe o nagradi članova uprave», a to su, prije svega, one iz čl. 247. ZTD.

¹⁸ Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 253., upozoravaju kako članovi NO koji su i dioničari o tomu ne mogu glasovati, Clausen, P. C. – Korth, M. H., *Anforderungen an ein Risikomanagementsystem aus der Sicht des Aufsichtsrates*, u knjizi *Festschrift für Marcus Lutter*, s. 328-340., Grunewald, B., *Ibid.*, s. 257.

u redovito pravilo i «neotuđivo» pravo, što se potvrđuje i u ovomu primjeru tvrtke «J» d.d. iz S. To su mjesečne i ne baš neznatne naknade, slične plaći (njem. Gehalt) članova uprave, iako je položaj članova uprave, njihova uloga i rad nešto posve treće.¹⁹

U njemačkomu i austrijskomu pravu, međutim, članovima NO određuje se naknada ovisno o broju, trajanju i problematici sjednica na kojima je bio nazočan dotični član NO te s obzirom na osobni doprinos (angažman) svakoga pojedinca člana NO. Ovoj se naknadi trebaju dodati uobičajeni troškovi za prijevoz, troškovi smještaja (u hotelu), dnevnice i drugi (isključivo) stvarni troškovi.

Takva praksa razvidno nije prihvaćena u našem pravu i poslovnoj praksi. «Sustavom domina» naša trgovačka društva kapitala, poglavito dionička društva, nastavljaju vlastitu praksu pa se kao i u slučaju tvrtke «J» d.d. iz S. to postigne odredbom iz statuta društva: «Navedeni iznosi sudjelovanja u dobiti dijele se među članovima nadzornog odbora na jednake dijelove, ili drukčije, ako tako odluči nadzorni odbor».

Budući se radi o osobnome sudjelovanju svakoga člana NO u njegovu radu, ovaj autor smatra da ne dolazi u obzir «uravnilovka» pa niti onda kada istu provodi sam nadzorni odbor! Podosta slično to na onu narodnu «Kadija te tuži, kadija ti sudi»!

2. Slučaj – o radu tijela (organa) d.o.o. te odnosima društva i članova društva

Nadzorni odbor u društvima kapitala ima prvenstvenu ovlast, pravo i dužnost biti nositeljem glavne kontrolne funkcije svih poslovnih događanja u društvu, što se neosporno odnosi kako na domaće,²⁰ tako i na poredbeno pravo.²¹ Međutim, tu svoju funkciju nadzorni odbor gotovo isključivo obnaša kao kolektivno (skupno) tijelo, tako da samo iznimno predsjednik i njegov zamjenik (jedan ili više, op. D.L.) mogu imati pojedinačnu (inokosnu) ulogu.

Što od svega toga može donijeti stvarni život, praksa u kojoj se potvrđuje ili osporava vrijednost zakonskih odredbi pokazat će sljedeća izlaganja na primjeru

¹⁹ Ledić, D., *Pravni položaj članova uprave i nadzornog odbora društava kapitala*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, Rijeka, 2002., str. 220-229.

²⁰ Gorenc, V., *Trgovačko pravo – društva*, Zagreb, 1998., str. 278-279., Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, str. 422-434., Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 308. (općenito o tijelima dioničkoga društva), a poglavito str. 360-364., Ledić, D., *Ustroj dioničkog društva*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, str. 73-78.

²¹ Grunewald, B., *Ibid.*, s. 248-250., kao i 342-344., Lutter – Hommelhoff, *GmbH-Gesetz, Kommentar*, 16. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004., s. 953-966., Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 242. i dalje te 399-407. (za GmbH), Semler, J., *Geschäftsführung, Mitwirkung und Überwachung im Unternehmen*, u knjizi *Rechtsgrundlagen Freiheitlicher Unternehmenswirtschaft* (Hrsg. Lutter/Semler), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1991., s. 102-103., Claussen, P. C. – Korth, M. H., *Anforderungen an ein Risikomanagementsystem aus der Sicht des Aufsichtsrates*, u knjizi *Festschrift für Marcus Lutter*, s. 343-356. itd.

tvrtke «V» d.o.o. iz B. koja u svojem ustroju ima i nadzorni odbor, od ništa manje nego ravno 11 članova.

Prvo od pitanja koja «obogaćuju» svakodnevicu ove tvrtke odnosi se na to može li pojedini član NO samostalno obavljati nadzor poslovanja društva te od uprave i/ili stručnih djelatnika i službi uopće zahtijevati dostavu akata i dokumentacije koji predstavljaju poslovnu tajnu društva. I to sve bez ikakve (izričite ili prešutne) ovlasti svog nadzornoga odbora.

S obzirom na, već više puta ovdje istaknute značajke nadzornoga odbora, kako je to kolektivno (skupno, kolegijalno) tijelo, način rada propisan je čl. 267. ZTD-a, što se temeljem čl. 439. ZTD-a, koji ima naslov «Primjena odredaba ovoga zakona o dioničkome društvu» ima primjenjivati i na društva s ograničenom odgovornošću. Doduše, NO može, sukladno čl. 263/2. ZTD-a, u svrhu pregleda i ispitivanja poslovnih knjiga i dokumentacije društva, blagajne, vrijednosnih papira i drugih stvari «koristiti (uslugama, jer je to logički i jezično ispravnije, op. D.L.) pojedine svoje članove ili stručnjake».²²

U konkretnomu slučaju valjane odluke NO nema, pa se zahtjevi pojedinoga člana istoga odbora ne mogu smatrati opravdanima niti nalaze temelje, kako u ZTD-u tako niti u društvenomu ugovoru niti u bilo kojemu općemu aktu tvrtke «V» d.o.o. iz B.

Posebnu «težinu» ovakvih zahtjeva predstavlja čuvanje poslovne tajne društva, ispravnije rečeno otkrivanje iste tajne na bilo koji način.²³

Ovdje se najprije treba sustavno, razvidno je to «najjednostavnije» i «najjasnije» učiniti putem poslovnika, pravilnika o postupanju s povjerljivim izvješćima, aktima i dokumentima uz koje se veže poslovna tajna, urediti cjelokupnu «tehnologiju» čuvanja poslovne tajne. Zatim, a sve to nije bio slučaj u tvrtki «V» d.o.o. iz B., uprava društva ima obvezu (ali i pravo i ovlast, op. D.L.) staviti na svako izvješće, akt, ispravu i sl., ako i kada za to postoje uvjeti, naznaku «poslovna tajna društva». Time se svakoj osobi koja dođe u «dodir» s takvim ispravama daje dovoljno znanja o kakvoj se ispravi radi te kakve posljedice mogu uslijediti ukoliko se otkrije poslovna tajna društva. ZTD je, do novele iz 2003. godine, predviđao da je mogućnost odgovornosti za štetu i otkrivanje poslovne tajne jedan od mogućih razloga za opoziv i razrješenje člana NO, a prema čl. 629. ZTD-a to je kazneno djelo «povrjede dužnosti čuvanja tajne», koju pored ostalih tamo spomenutih osoba, mogu počinuti i članovi NO.²⁴

Izlaz iz «kritične» situacije s mogućnošću otkrivanja poslovne tajne društva za tvrtku «V» d.o.o. iz B., prije novele ZTD-a iz 2003. godine bio je:

²² Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, Ibid., str. 360., ovu vrstu nadzora svrstavaju u «tekući nadzor».

²³ Ledić, D., Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima, str. 396., s tim u svezi ukazuje na novi pododjeljak 3A s naslovom «Postavljanje zahtjeva za naknadu štete».

²⁴ Čl. 629/3. ZTD propisuje «ako djelo počinu član nadzornog odbora prijedlog za pokretanje (kaznenoga, op. D.L.) postupka stavljaju uprava ili likvidatori».

a) upozoriti članove NO i sve treće osobe kako su određene isprave, dokumenti, činjenice i sl. poslovne tajne i da o njima ništa ne iznose u javnost prije odlučivanja na sjednicama NO,

b) nakon te sjednice i odluka NO također valja upozoriti na to što je bilo, ostaje i treba biti i ubuduće poslovna tajna.

Dopunom čl. 272 ZTD-a stvari su, barem tako razmišlja i ovaj autor, dosta «jasnije» glede čuvanja poslovne tajne od strane članova NO. Naime, nova rečenica 2. u st. 1. izrijeком propisuje: «Članovi nadzornog odbora su posebno obvezni čuvati kao poslovnu tajnu sve ono što saznaju iz povjerljivih izvješća i danih savjeta u društvu». Kada se ovome pridoda i posve novi stavak 3. u čl. 272. ZTD-a, kao i već spomenuti novi pododjeljak 3a. (čl. 273a., ZTD) gdje se kogentnom normom uređuje «obveza postavljanja zahtjeva»,²⁵ dobar dio problema u odnosu s pojedinima članovima NO, a poglavito kada se radi o čuvanju odnosno povrjedi čuvanja poslovne tajne, bit će lakše riješiti općenito, pa tako i u tvrtki «V» d.o.o. iz B. Naime, osobe koje povrijede obvezu čuvanja poslovne tajne, pa tako i članovi NO, moraju računati na neku od ovih posljedica:

1. biti odgovorna za naknadu štete društvu, članovima društva pa i vjerovnicima (čl. 273., ZTD),
2. biti razriješena ili opozvana s konkretne dužnosti,
3. biti kažnjena zbog počinjenoga kaznenoga djela (čl. 629., ZTD), te
4. ne može biti određeno vrijeme članom uprave i/ili članom nadzornoga odbora društva kapitala (čl. 239/2., čl. 255/2. t. 5., čl. 423/1. i čl. 436/1., ZTD).²⁶

Treba u zaključku reći i to kako se bilo koja i bilo kakva informacija, podatak, činjenica, izvješće ili odluka neće, niti se moraju proglasiti poslovnom tajnom. Odabir i vrijednost nekih od spomenutih zasluživat će oznaku «povjerljivo», «tajno» i sl. ovisno o konkretnim okolnostima i interesima trgovačkoga društva koje je u pitanju, čega su na potpuno objektivan način došli u svojim prosudbama nadležni u tvrtki «V» d.o.o. iz B.

3. Slučaj – čl. 441. ZTD-a ide u suprotnome pravcu

Pravni institut nasljeđivanja (*hereditas*) pripada građanskome pravu i još u vrijeme klasičnoga rimskoga prava imao je temeljno obilježje «slobodu raspolaganja imovinom za slučaj smrti».²⁷

Najvećim dijelom i kroz cjelokupnu povijest europskoga kruga tzv. građanskoga prava poglavito, govori se o subjektivnomu i objektivnomu nasljednomu pravu, tako da prvi pojam, tj. subjektivno nasljedno pravo znači ovlast određene osobe ili određenoga kruga osoba stupiti «u građanskopravne odnose umrloga», dok objektivni

²⁵ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 371., upućuju i na dio komentara uz čl. 252., koji inače nosi isti naslov i tiče se članova uprave.

²⁶ Ledić, D., *Odgovornost članova uprava i nadzornih odbora u društvima kapitala*, str. 83-92.

²⁷ Boras, M. – Margetić, L., *Rimsko pravo*, četvrto izdanje, Rijeka, 1998., str. 173.

pojam nasljednoga prava vrlo često se označava kao «skup pravnih pravila kojima se uređuje sudbina subjektivnih prava i obveza poslije smrti njihova dosadašnjega nositelja».²⁸

Koliku važnost pravu nasljeđivanja pridaju pojedini pravni sustavi vidi se i po tomu što i najviši pravni akti, znači ustavi određenih država, sadrže barem kratku odredbu o nasljeđivanju, što čini i Ustav Republike Hrvatske u dijelu svojih propisa koji govore o «gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima», gdje izrijeком «jamči pravo nasljeđivanja» (čl. 48/4. Ustava RH).

Konačno, zakonski propisi, a to je u našem pravu Zakon o nasljeđivanju (NN 48/03., 163/03.), i drugi podzakonski akti pridonose da se može govoriti o kvalitetnomu i dobrom primjenjivanju prava nasljeđivanja u hrvatskome pravnomu sustavu.²⁹

Pa čemu sve ovo, reći će netko čitajući prednje retke ovoga rada, s mogućim zaključkom kako to nema ama baš nikakve sveze s odredbama ZTD-a i hrvatskoga prava društava te njegovom prilagodbom europskome pravu društava.

A zapravo ima, i to izrijeком propisa čl. 414. ZTD-a koji je do novele ZTD-a iz 2003. godine imao naslov «Prijenos poslovnog udjela nasljeđivanjem», a sada njegov naslov glasi «Prijenos naslijeđenoga poslovnoga udjela». Sam sadržaj ovoga propisa u neizmijenjenomu tekstu glasi: «U društvenom ugovoru može se za slučaj nasljeđivanja poslovnoga udjela odrediti da ga je nasljednik dužan prenijeti nekome drugome članu društva ili osobi koju odredi društvo, ako se nasljednik i takva osoba drugačije ne dogovore, po cijeni koja odgovara vrijednosti poslovnog udjela iskazanoj u posljednjim financijskim izvješćima društva».

Autor ovoga rada želi odmah upozoriti da ovakvu ili sličnu odredbu, koja, nema dvojbe, najgrublje vrijeđa i ugrožava pravo nasljednika slobodno raspolagati imovinom ostavitelja, a to je ovdje konkretno poslovni udjel u jednome d.o.o., ne sadrži niti jedan od uzora kojima se «diči» hrvatski zakonodavac kada ističe svoju sukladnost i/ili prilagodbu bilo s njemačkim, austrijskim pravom, a poglavito s rješenjima «europskoga pravnoga sustava».³⁰

Koristeći se mogućnošću koju propisuje čl. 414. ZTD-a, tvrtka «K» d.o.o. iz K. u svojem ugovoru «razradila» do u detalje način ostvarenja «prava nasljeđivanja» (čl. 9.) i «isplate vrijednosti uloga» (valjda «udjela», op. D.L.), o čemu govori čl. 10. istoga društvenoga ugovora.

²⁸ Vedriš, M. – Klarić, P., *Građansko pravo*, peto izdanje, Zagreb, 2001., str. 651.

²⁹ Tako je npr. prema čl. 255. Zakona o nasljeđivanju ministar nadležan za poslove pravosuđa bio dužan u roku tri mjeseca od dana stupanja na snagu istoga Zakona donijeti Pravilnik o upisniku oporuka (čl. 68/2. ZN), a sukladno istomu propisu Hrvatska javnobilježnička komora osnovat će hrvatski upisnik oporuka u roku od dva mjeseca od dana stupanja na snagu istoga Pravilnika.

³⁰ Barbić, J., *Zakon o trgovačkim društvima*, uvodna objašnjenja, str. 10-11., napominje da se prilikom donošenja novele iz 2003. godine trebalo unijeti i «složenija rješenja» iz europskoga prava, kako onih koja su postojala u vrijeme donošenja ZTD (znači još 1993. godine, op. D.L.) tako «i onih donesenih nakon toga».

Prema neprijeporno jasnoj i izričitoj odredbi čl. 2/3. ZTD-a društvo s ograničenom odgovornošću je «društvo kapitala»,³¹ a i najveći dio pravne književnosti isključivo «prepoznaje» društvo s ograničenom odgovornošću baš kao društvo kapitala.³² Vrlo su rijetki primjeri u pravnoj književnosti koji nastoje ovo društvo smjestiti «u sredini između njih, ono sjedinjuje u sebi neke karakteristike jednog i neke karakteristike drugog društvenog tipa»³³ (tj. društva osoba i društva kapitala, op. D.L.).

Iz ovakvoga obilježja d.o.o. proizlazi da njegovi članovi imaju pravo slobodnoga raspolaganja poslovnim udjelima, ili, kako to propisuje izričito čl. 412/1. ZTD-a, «poslovni udjeli mogu se prenositi i nasljeđivati» time da «za prijenos poslovnoga udjela potreban je ugovor sklopljen u obliku javnobilježničke isprave ili privatne isprave koju ovjeri javni bilježnik» (st. 3., prva rečenica, čl. 412., ZTD).³⁴

Doduše, uz ograničenja koja su sadržana u ZTD-u (primjerice prijenos poslovnoga udjela uz suglasnost društva – čl. 413., ZTD)³⁵ sva druga moguća ograničenja u raspolaganjima poslovnim udjelima moraju se urediti još isključivo društvenim ugovorom.³⁶

Koristeći se «mogućnostima» iz čl. 414. ZTD-a tvrtka «K» d.o.o. iz K. je, kako je to naprijed tek spomenuto, precizirala uvjete i način i oblik «prijenosa poslovnoga udjela na društvo ili trećega kojega će ona (skupština, op. D.L.) imenovati». Tako se propisuje da «društvo može ostvariti (pravo na ovakav prijenos, op. D.L.) samo u roku dva (2) mjeseca od pisane obavijesti o pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju kojim je/su određen nasljednik ili nasljednici».

³¹ Ledić, D., *Društva osoba u novom hrvatskom pravu trgovačkih društava*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, str. 23., postavlja pitanje umjerenosti uopće odredbe čl. 2/3. ZTD-a jer to nije nigdje u uzorima hrvatskoga zakonodavca nazočno te da je to «stvar pravne teorije, literature, akademske konvencije i konverzacije, ali nikako i zakonodavca».

³² Grunewald, B., *Ibid.*, s. 310-311., Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 318-320., Lutter, M., *Anteilseigner und Unternehmen*, u knjizi *Rechtsgrundlagen Freiheitlicher Unternehmenswirtschaft*, s. 22-23., naglašava postizanje sigurnosti u poslovanju i vođenju GmbH, Forstmoser, P., *Gegenwart und Zukunft der GmbH in der Schweiz*, u knjizi *Festschrift für Marcus Lutter*, s. 377-378., a u domaćemu pravu Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 565-572., posebno se pozivajući na čl. 2./3. ZTD-a (str. 569.), ali i na individualnost (str. 572.), kada zaključuju da treba «oprezno pristupati primjeni pravila dioničkog društva na d.o.o.», Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga prva, str. 130., a poglavito u *Pravo društava*, knjiga druga, str. 699-702.

³³ Rastovčan, P., *Trgovačka društva – glavni nosioci privrede u kapitalizmu*, Zagreb, 1958., str. 192-198., a na početku ove knjige (str. 1.) svrstava d.o.o. zajedno s komanditnim društvom u «mješoviti tip» trgovačkih društava! Doduše Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 338., ističu kako je d.o.o. društvo kapitala kao i d.d., ali da u sebi ima i nekih značajki društva osoba.

³⁴ Baumbach/Hueck, *GmbH – Gesetz*, 15. völlig neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1988., s. 218-224., upozoravaju pak kako su pravno nevaljane besplatne pogodnosti raspolaganja nasljednika poslovnim udjelom temeljem par. 2113. II. BGB.

O slobodi raspolaganja poslovnim udjelima, također Lutter – Hommelhoff, *Ibid.*, s. 356-362., jednako kao i Forstmoser, P., *Ibid.*, s. 385-386.

³⁵ Istovjetno rješenje sadrži npr. njemački GmbH – Gesetz u par. 15. st. 2-5., a u austrijskome pravu par. 8/2. i par. 76. st. 2. i 3. GmbH – Gesetz.

³⁶ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 666-669.

Eto, tako se u jednomu društvu kapitala kao što je konkretno d.o.o., po nepoznatim mjerilima i kriterijima «može» prihvatiti ili ne prihvatiti nasljednika umrloga člana istoga društva (kapitala) za osobu koja će punopravno i samostalno raspolagati poslovnim udjelom ostavitelja, odnosno «dragovoljno» prisiliti ili «navesti» na to da isti poslovni udjel «prenese» na to društvo ili «na trećega» čije osobne, moralne ili tko zna kakve sve «prednosti» izbacuju «iz igre» dotične nasljednike! Da na ovim prostorima u nedavnoj prošlosti nije bilo postupaka koji «mirišu» na ovaj postupak (nacionalizacija, izvlaštenje, oduzimanje u kaznenom postupku, razni oblici «podruštvljanja» uz, ili bez pozivanja na «opći interes» i sl.),³⁷ a s obzirom da u pravnim sustavima koja se izrijeком označuju uzorima za izgradnju novoga hrvatskoga pravnoga sustava, a poglavito hrvatskoga prava društava (njemačko, austrijsko i europsko pravo društava, op. D.L.) nema takvoga ograničenja prava raspolaganja naslijeđenoga poslovnoga udjela, moglo bi se to smatrati apsolutnom novošću koja ima graničiti s nemogućim, fantastičnim i u svakome slučaju postupkom neprimjerenim sustavima koji se vole nazivati «pravnim državama» ili «vladavinom prava».³⁸

Dakle, i spomenuti društveni ugovor i cjelokupni propis kojega sadrži čl. 414. ZTD-a za ovoga su autora i protuustavni i protuzakoniti i suprotni moralu društva neovisno o tomu što se najveći dio naših pravnih pisaca čini «nevještima» glede istoga propisa i njegovih dvojbenih rješenja ili u nimalo prikladnim poredbenopravnim «primjerima» nalaze opravdanje za postojanje istoga pravnoga instituta koji najizravnije proturječi i pravu nasljeđivanja o kojemu se govori na početku ovoga poglavlja. Možda je u tomu pogledu simptomatična (znakovita) činjenica da se trgovački sudovi do danas nisu pozabavili niti jednim predmetom u kojemu bi se pojavila i primjena čl. 414. ZTD-a.³⁹

Nadati se, kada se pred sudovima i pojavi pitanje primjene ovoga zakonskoga propisa (čl. 414., ZTD), da ćemo biti i «pametniji» glede «cijene» tako prenesenoga poslovnoga udjela, za koju se kaže da mora odgovarati «vrijednosti poslovnoga udjela iskazanoj u posljednjim financijskim izvješćima društva».

Prema čl. 10. društvenoga ugovora «K» d.o.o. iz K. propisano je pak sljedeće: «Naknada za poslovni udio koji se prenosi po čl. 9. društvenog ugovora ... određuje se na temelju tržišne vrijednosti poslovnog udjela iskazane u posljednjim financijskim izvješćima koja utvrđuje ovlašteni revizor, imenovan od uprave društva».

³⁷ Simonetti, P., *Denacionalizacija*, Rijeka, 2004.

³⁸ Hartley, T. C., *Temelji prava Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2004., str. 333., Herdegen, M., *Ibid.*, str. 7-8., govori o «različitim ciljevima europskih pravnih poredaka» što opravdava razvojem «općih pravnih načela» kao posljedicom prakse Europskoga suda.

³⁹ Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, str. 794-795., naglašava kako «prijenos poslovnog udjela nije besplatan», a Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 677-678., smatraju kako propisana vrijednost «poslovnog udjela predstavlja donju granicu vrijednosti» i da je ista u tomu smislu «prisilne» naravi.

Naizgled, između odredbe iz čl. 414. ZTD-a o «cijeni» prenesenoga poslovnoga udjela i «naknade» koju propisuje čl. 10. društvenoga ugovora tvrtke «K» d.o.o. iz K. postoji istovjetnost, ili barem sličnost. Po ovome autoru niti jedno, niti drugo!

Prije svega, «izmišljajući» propis u čl. 414. ZTD-a, zakonodavac je izmislio i pojam «cijenu» prenesenoga poslovnoga udjela, koji se pojam u ZTD-u za neke slične situacije uopće ne spominje pod takvim imenom. Primjerice, uređujući učinak istupanja ili isključenja člana iz društva s ograničenom odgovornošću u čl. 421./2. daje se članu koji istupi, kao i članu koji je isključen, «pravo da im se nadoknadi tržišna vrijednost njihova poslovna udjela kakva je bila u vrijeme istupanja odnosno isključenja». ⁴⁰ U postupku preoblikovanja dioničkoga društva u društvo s ograničenom odgovornošću, na zahtjev svakoga dioničara (zapravo člana d.o.o., op. D.L.) koji je glasovao protiv odluke o takvom preoblikovanju, društvo (a to je sada d.o.o., op. D.L.) mora otkupiti njegov (poslovni) udio «plaćanjem primjerene nadoknade» (čl. 562., ZTD).⁴¹ Konačno, u okviru nove glave VII-A. «Podjela društava kapitala» uređeno je «Pravo na primjerenu otpremninu» (čl. 550.) koju u novcu imaju obvezu isplatiti kao solidarni dužnici sva društva koja sudjeluju u podjeli.⁴²

Smisao svih ovih usporedbi jest u sljedećemu: od vremena usvajanja «posljednjih financijskih izvješća društva» pa do trenutka kada se ima obaviti «prijenos poslovnoga udjela s nasljednika nekomu drugomu», može proteći podosta vremena i nastupiti ozbiljna razlika u vrijednosti istoga udjela.⁴³ Ne bi li bilo, zbog takvoga, za konkretnoga nasljednika, moguće nepovoljnoga položaja, korektnije govoriti o «pravu na izbor» nasljednika, pa da isti, u situaciji kada jednostavno «mora prenijeti» naslijeđeni poslovni udio, visinu naknade (cijene) veže ili za vrijeme usvajanja posljednjih financijskih izvješća ili za «tržišnu vrijednost», odnosno u visini «primjerene otpremnine» u vrijeme donošenja odluke o takvom, za ovoga autora uvijek dvojbenomu i s prilagodbom na europsko pravo neprimjerenomu, prijenosu naslijeđenoga poslovnoga udjela.

U kojoj je pak mjeri društveni ugovor tvrtke «K» d.o.o. iz K. sukladan i opisanim zakonskim odredbama u dijelu koji govori o «ispлатi vrijednosti uloga» (zapravo udjela, op. D.L.), dalo bi se još govoriti. Nu, uz sve naprijed rečeno, «bode u oči» odredba o «tržnoj vrijednosti poslovnoga udjela iskazanoj u posljednjim financijskim izvješćima koje utvrđuje revizor imenovan od uprave društva». Znači, tržišna vrijednost ne u vrijeme propisano st. 2. čl. 9. društvenoga ugovora (u roku ne duljem od 2 (dva) mjeseca od primitka pisane obavijesti o pravomoćnosti rješenja o naslijeđivanju kojim je/su određeni nasljednik ili nasljednici, op. D.L.), a o utjecaju

⁴⁰ Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, str. 844-847., navodi četiri moguća načina prodaje poslovnoga udjela isključenoga člana društva.

⁴¹ Ledić, D., *Preoblikovanje društava*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, str. 134., ističe kako se ova naknada utvrđuje «sporazumno ili sudskim utvrđenjem» njene visine i primjerenosti.

⁴² Ledić, D., *Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima*, str. 390-391.

⁴³ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 697-698., zalažu se za «prisilnost odredbi o naknadi» isključenomu, odnosno istupljenomu članu d.o.o.

tijeka vremena već se naprijed govorilo, i to «utvrđenjem» revizora kojega imenuje uprava društva, pa i u slučaju «prijenosa poslovnoga udjela na društvo». (Radi li se o tzv. «sukobu interesa» ili već spominjanoj poslovici «Kadija te tuži, kadija ti sudi», s obzirom na odnos imenovanja revizora (sa svojstvima i «pristupom» već provjerenima, op. D.L.) od strane uprave zainteresiranoga društva, prepušta se na prosudbu čitateljima).⁴⁴

4. Slučaj – vrč ide na vodu dok se ne razbije

Objašnjenje ovdje citirane pučke izreke zapravo je poduka i poruka: tko izaziva opasnost, neizbježno nastrada.⁴⁵ Pomoću iste pučke izreke nakana je ovoga autora «uvesti» čitatelje u stvarnost postojanja tvrtke «S» d.o.o.iz R. koju su u vrijeme njenoga osnivanja posve «bratski» sačinjavali s jednakim udjelima (50:50) i danas nazočna dva člana društva. Kako to i priliči visokome stupnju uzajamnoga povjerenja i neograničene prosudbe o «poslovnim», popularno govoreći «menadžerskim» sposobnostima jednoga od tih članova, isti je prema čl. 13. ovog društvenoga ugovora imenovan direktorom društva, tj. jedinim članom uprave. Onaj drugi član (a oba su inače punoljetne fizičke osobe, op. D.L.) «zadovoljio» se time da sudjeluje u dobiti koja se «u društvu ustanovljuje za poslovnu godinu na kraju godine i to temeljem godišnjeg obračuna – uspjeha poslovanja» (čl. 18. toga društvenoga ugovora). Da bi pravni položaj članova društva bio što jasniji, u čl. 19. rečenica 1. istoga ugovora propisano je: «Za vrijeme dok osnivači (dakle, samo ova dva člana društva, op. D.L.) budu jedini članovi društva isti će samostalno raspolagati s dobiti društva».

Tako stoji u konkretnomu društvenomu ugovoru, a u praksi stvari izgledaju posve drukčije!

Već godinama (točnije: za 2001., 2002. i 2003. godinu) nisu se izrađivala financijska izvješća o poslovanju društva, nije se sazivala skupština društva⁴⁶ (premda je čl. 11. spomenutoga društvenoga ugovora propisano da «skupština se mora sazvati najmanje jednom godišnje, te uvijek kada to zahtijevaju interesi društva»).⁴⁷ Direktor

⁴⁴ U kojoj su mjeri ovdje istaknuta razmišljanja ovoga autora sukladna sa stajalištem sudske prakse u nas, može se zaključiti iz odluke VTS RH Pž-1912/99, od 8. lipnja 1999. godine (Zbornik odluka VTS RH, br. 9., str. 268.) gdje se, pozivom na čl. 421. ZTD ističe «da se vrijednost poslovnog udjela člana društva utvrđuje prema tržišnoj vrijednosti poslovnoga udjela u vrijeme istupanja», te da «to ne može biti knjigovodstvena vrijednost (znači, ona utvrđena u vrijeme usvajanja posljednjih financijskih izvješća, op. D.L.) poslovnog udjela», niti se tako može «utvrditi svota naknade koja pripada članu društva».

⁴⁵ Rječnik hrvatskoga jezika, Leksikografski zavod «Miroslav Kreža» i Školska knjiga, Zagreb, 2000., str. 1369.

⁴⁶ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, Ibid., str. 735-736., označuju «upravu kao sazivatelja skupštine» koja je u tri slučaja «bez odgode» dužna sazvati skupštinu.

⁴⁷ Sukladnost čl. 442/2., ZTD i propisa iz njemačkoga GmbH – Gesetz-a (par. 49/2) i austrijskoga (par. 36/2. GmbH – Gesetz-a).

– uprava ne reagira na višekratne zahtjeve (usmene i pisane), podneske, traženja upravljena na sazivanje skupštine.⁴⁸

U jednome od zahtjeva za sazivanje (izvorno: traženje zakazivanja!, op. D.L.) skupštine upućenomu direktoru – upravi društva član toga društva za dnevni red, pored ostaloga, predlaže i donošenje odluke o podjeli društva. I budući da je protekao zakonski rok od 14 dana od dana kada je primljen zahtjev za sazivanje skupštine, u kojemu roku uprava kao ovlašteni organ (čl. 11/1. toga društvenoga ugovora) to nije učinila, postojali su svi uvjeti (pretpostavke) da istu skupštinu sazove onaj član koji je to sazivanje neuspješno zahtijevao od uprave (direktora) društva o kojem je riječ.⁴⁹

Umjesto sazivanja skupštine, ovaj član društva čini čitav niz (pravnih) radnji koje, po prosudbi ovoga autora uopće nemaju nikakve pravne (zakonite) utemeljenosti, niti mogu, sukladno odredbama ZTD-a i konkretnoga društvenoga ugovora bilo što učiniti u prilog ostvarenja njegovih članskih prava u ovome društvu s ograničenom odgovornošću,⁵⁰ a neke je od istih potrebno ovdje navesti:

1. «Zahtjev» upravi – direktoru tvrtke «S» d.o.o. iz R. za «podnošenje kaznene prijave» protiv samoga «podnositelja zahtjeva» tj. ovoga člana koji ne uspijeva, niti se pak znade koristiti svojim članskim pravima i drugima ovlastima koje mu pruža ZTD glede položaja u istome društvu. Podnositelj «zahtjeva» da uprava «kao odgovorna osoba u pravnoj osobi koja ima saznanja i dokaze o počinjenju niza kaznenih djela» to odmah učini, jer se inače može dovesti u situaciju osobnoga «počinjenja kaznenoga djela neprijavlivanja»...⁵¹

Koliko lutanja, nepoznavanja prava (*Ignorantia iuris nocet!*), uzaludnog trošenja snage, vremena, ali i nimalo zanemarujućih troškova, tim prije jer ni novi pravni institut «Podjela društava kapitala» (glava VII-A. čl. 550a-550r, ZTD),⁵² zbog krajnje izjednačene pozicije jedinih dvaju članova u tvrtki «S» d.o.o. iz R. ne omogućava podjelu društva, kako to u jednome dijelu ovih događanja predlaže «nezadovoljni» član društva. Čini se da bi ovdje, na kraju izlaganja kao i na samome početku ove priče najdjelotvornije rješenje bilo ono staro pravničko pravilo «bolje mršava nagodba, nego debela parnica»!

⁴⁸ Prema izričitoj odredbi čl. 442/4., ZTD, a u svezi sa stavkom 3. istoga članka, ispunjeni su uvjeti da «osobe koje su podnijele zahtjev (za sazivanje skupštine) mogu uz navođenje dnevnoga reda same sazvati skupštinu».

⁴⁹ Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 426., to nazivaju pozitivnim pravima manjine (Die positive Minderheitsrechte), dok Baumbach/Hueck, *Ibid.*, s. 892-893., ovu mogućnost opisuju kao sigurnost manjine koja ima prisilno značenje i skupština ju može još samo pojačati.

⁵⁰ Ledić, D., *Mitgliedsrechte in Kroatischen Handelsgesellschaften*, FOWI – Wirtschaftsuniversität Wien, 1999., razlikuje: 1. prava na upravljanje (s utjecajem na osnivanje i prestanak), 2. imovinska prava i 3. posebna prava.

⁵¹ Tek na ovome mjestu valja ukazati na, po ovome autoru, neprimjereno isticanje «suvlasnika» i «suvlasništva» u d.o.o. što je apsolutno suprotno zakonskim određenjima ZTD kao i njegovih uzora iz poredbenoga prava.

5. Sažeto o još nekima «DPL» - prilagodbama

Vrijeme u kojemu živimo obilježavaju ne samo globalizirano tržište, svemoć informatičke i elektroničke tehnike i tehnologije, nezamislivih dostignuća u mnogim područjima znanosti i svekolikih modernih, koliko pozitivnih i poželjnih, ali i ponekad ne osobito za ljudski rod korisnih ostvarenja. To je i vrijeme najneobičnijih, ali sve nazočnijih kratica, od recimo EU i NATO, u sastavu kojih se, pa i ovdje se pitanjem prilagodbe prava društava, pojavljuju želja, potreba i «strateški ciljevi» Republike Hrvatske biti punopravnom članicom. A onda su tu HRT, CNN, CCN, RTL, BBC, pa WTO, EBRD, HBOR, COREPER, IMF (MMF), OECD, GMS, SMS, ECU, OESS (OSCE), ESCB (ESSB) itd. itd. Nastojeći slijediti takvu «poplavu» da se ne kaže «pošast» uporabe kratica, evo se pod naslovljenom kraticom «DPL» što ima značiti dvojbene, pozitivne i loše prilagodbe, pokušava sažeto ukazati na još neke primjere ili slučajeve prilagodbe hrvatskoga europskomu pravu društava.

D – 1. Prema čl. 387/2. ZTD-a, koji nosi naslov «Način osnivanja društva» (s ograničenom odgovornošću, op. D.L.), doslovce je propisano: «Ako društvo osniva jedan osnivač, društveni ugovor zamjenjuje izjava osnivača o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću dana kod javnog bilježnika».⁵³

Uloga javnoga bilježnika u hrvatskome pravu društva zahvaljujući kako ZTD-u tako i Zakonu o javnom bilježništvu (NN 78/93., 29/94., 162/98.) ne samo da nije upitna, dapače to je «privatna osoba s određenim javnopravnim ovlastima» i zajedno s (komercijalnim i neovisnim, op. D.L.) revizorom te registarskim sudom čini «trojstvo» oslonaca na kojima počiva Zakon o trgovačkim društvima.⁵⁴

Međutim, praktična primjena citirane zakonske odredbe, kao i drugih propisa u ZTD-u «šeće» od toga da se isključivo zahtijeva «oblik javnobilježničkoga akta» preko «privatne isprave koju potvrdi javni bilježnik» do «izjave ... koju potvrdi javni bilježnik», pa onda «isprava koja se sastavlja kod javnoga bilježnika». Prema čl. 3/1. Zakona o javnome bilježništvu, koji potpunosti radi nosi naslov «Javnost i izvršnost javnobilježničkih isprava», a inače se nalazi u glavi prvoj «Osnovne odredbe» «javnobilježničke isprave su isprave o pravnim poslovima i izjavama koje su sastavili javni bilježnici (javnobilježnički akti), zapisnici o pravnim radnjama koje su obavili ili kojima su bili nazočni javni bilježnici (javnobilježnički zapisnici) i potvrde o činjenicama koje su posvjedočili javni bilježnici (javnobilježnička potvrda)». Nije suvišno na ovome mjestu i upozoriti na st. 2. istoga članka iz kojega proizlazi posebna snaga i značenje javnobilježničke isprave i njihovih otpravaka kada su izdani «po ovome Zakonu», jer «imaju snagu javnih isprava, ako su prigodom njihova

⁵² Ledić, D., Prolegomena noveli Zakona i trgovačkim društvima, str. 390-391., naglašava dvije temeljne podjele društava kapitala i to razdvajanjem i odvajanjem.

⁵³ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, Ibid., str. 583-585., pišu o «obvezatnosti forme» koja se odnosi kako na društveni ugovor, tako i na izjavu o osnivanju te daju raščlambu sklapanja ugovora odnosno davanja izjave o osnivanju putem zakonskih zastupnika odnosno punomoćnika.

⁵⁴ Barbić, J., Pravo društava, knjiga prva, str. 87.

sastavljanja i izdavanja ispunjene bitne formalnosti propisane istim Zakonom».

Razlike između ovih isprava zasigurno postoje, a konkretno pitanje vezano za primjenu čl. 387./2. ZTD-a trebalo bi, otprilike, glasiti: «U kakvoj sve javnobilježničkoj ispravi može za sudski registar biti «valjana» izjava (jedinoga) osnivača o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću?»

Zajedničko je, pak, za «pisanje javnobilježničkih isprava», a može se objasniti odredbom čl. 43./1. Zakona o javnome bilježništvu, gdje stoji: «Javnobilježničke isprave moraju biti napisane strojem ili drugim sredstvom mehaničkoga pisanja i čitko. Isprave se smiju pisati ručno samo iznimno, i to trajnom tintom».⁵⁵

Citirana odredba st. 2. čl. 387. ZTD-a nije doživjela nikakve promjene, ali se novelom ZTD-a iz 2003. godine promijenio sadržaj stavka 1. istoga članka i to na način da su u drugoj rečenici riječi: «javnobilježničke isprave» zamijenjene s riječima «javnobilježničkoga akta ili privatne isprave koju potvrdi javni bilježnik». Da bi se bolje shvatila razlika između «javnobilježničkoga akta» o kojemu inače propise sadrže čl. 53. do 58. Zakona o javnome bilježništvu i «potvrde (solemnizacije) privatnih isprava» o kojima govore čl. 591. i dalje istoga zakona, nužno je ukazati na «tehnologiju» kojom se dolazi do konačnosti određene isprave uz koju se onda veže i obilježje «javna isprava».

Naime, u čl. 53./1. Zakona o javnome bilježništvu navedeno je u tri slučaja kada se radi o pravnim poslovima za koje je to «osobito potrebno za pravnu valjanost», a to znači da se isti poslovi imaju «staviti pred (odnosno «kod», op. D.L.) javnoga bilježnika».

S druge strane, potvrda (solemnizacija) privatnih isprava je način prema kojemu postat će «javnobilježnički akt» tek kada javni bilježnik na odgovarajući i propisani način (kako to primjerice propisuju čl. 34., 57. i 58. toga zakona, op. D.L.) ispita te «na ispravu stavi posvjedočenja» o kojima inače propise sadrži čl. 69. citiranoga Zakona.

Zakonodavac u obrazloženju izmjene u čl. 387./1. ZTD-a ističe kako «smanjuje se broj javnobilježničkih isprava koje se mogu koristiti kao oblik društvenoga ugovora ...», te da «to odgovara praksi u Hrvatskoj danas, a nije na štetu pravne sigurnosti». S ovim se obrazloženjem suglašava i ovaj autor,⁵⁶ međutim, kako se nije promijenio stavak 2. čl. 387. ZTD-a, a isti se odnosi isključivo na situaciju kada samo jedan osnivač osniva d.o.o., a «izjava o osnivanju» mora biti «dana kod javnoga bilježnika» u praksi se nekih sudova, poglavito javnih bilježnika, isključivo i poslušno zahtijevaju samo «javnobilježnički akt», a nikako «potvrda (solemnizacija) privatne isprave».

Ako već zakonodavac nije vodio računa o takvoj nepotrebnoj «zavrzlami»

⁵⁵ Prema čl. 43/3 Zakona o javnome bilježništvu «pobliža pravila o obliku, načinu pisanja i obilježavanju odredit će ministar posebnim pravilnikom».

⁵⁶ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 582., ovu izmjenu opisuju «dobrodošlom» jer precizira oblik u kojem društveni ugovor treba biti sklopljen odnosno izjava o osnivanju».

u propisima koji su jedan uz drugoga, onda bi u praksi i teoriji trebalo usuglasiti, odnosno prilagoditi primjenu stavka 2. čl. 387. ZTD-a onomu što sada propisuje stavak 1. istoga članka. Ako ništa, a ono u ime pravne sigurnosti i potrebe da zakon ne bude «nekomu majka, a nekomu maćeha».⁵⁷

P – 1. Novelom ZTD-a iz 2003. godine dopunjen je izvorni tekst ovoga Zakona pravnim institutom «Podjela društava kapitala» (glava VII – A, čl. 550a. – 550r.), čime se prema izričitom obrazloženju predlagatelja Zakona, isti «... usklađuje sa tekstom Smjernice EU o podjeli dioničkih društava br. 82/660 od 1982. godine». Prema saznanjima ovoga autora, daljnji dio istoga obrazloženja kako «u vrijeme donošenje Zakona (tj. pod konac 1993. godine, op. D.L.) niti jedna od država članica Europske unije svoje nacionalno zakonodavstvo nije bila uskladila s tom Smjernicom, pa nije bilo potrebe, a nije bilo ni racionalno ... unositi u hrvatski pravni sustav», samo djelomice su točne, a najvećim dijelom nisu,⁵⁸ što se dobrim dijelom odražavalo na postojanje pravne praznine, unatoč tvrdnjama nekih domaćih pravnih pisaca da i bez izričitoga zakonskoga propisa «podjela dioničkoga društva ne bi bila moguća».⁵⁹

Nu, sada toga zakonodavnoga propusta, neovisno o tomu u kojoj je on mjeri trebao ili ne hrvatskome pravu društava, više nema, citirane odredbe o podjeli društava posve su usuglašene sa spomenutom Smjernicom kao i rješenjima iz poredbenoga, prije svega njemačkoga prava, što se pokazuje i u primjerima iz sudske prakse.

Naime, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske već je «inaugurirao», i to posve ispravna, pozitivna stajališta glede «obveze odnosno pravnih odnosa koji se prenose svakom pojedinom novom društvu»,⁶⁰ jer se naglašava kako postoji «solidarna odgovornost svih društava koja su sudjelovala u podjeli ograničena do vrijednosti imovine koja je prešla na svakog od njih suglasno planu podjele».⁶¹

Znakovito je, prema tomu, ukazati da se već od samoga početka primjene pravnoga instituta «podjela društava kapitala» utire put njegovoj primjeni koja jamči potpunu prilagodbu rješenjima iz Smjernice o podjeli dioničkih društava, a koja se odredba u našem pravu odnosi i na društva s ograničenom odgovornošću, neovisno o

⁵⁷ Ovaj autor ne dijeli mišljenje s autorima iz prethodne bilješke jer se ova izmjena st. 1. čl. 387., ZTD ne odnosi i na «izjavu o osnivanju».

⁵⁸ Ledić, D., *Preoblikovanje društava*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, str. 124., poziva u «pomoć» M. Luttera iz njegova predgovora (Vorwort) u knjizi *Umwandlungsgesetz – Kommentar* (Lutter, Hrsg.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1996., s. V., te isti autor *Prolegomena noveli Zakona o trgovačkim društvima*, str. 389-390.

⁵⁹ Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga, *Društva kapitala*, str. 108-109., jer, tako veli isti pisac, kao rezultat bi bio nastanak «dva dionička društva ili više njih». To bi se imalo provesti osnivanjem novih društava. Postupak bi išao osnivanjem novih društava, što nije prijeporno (međutim ZTD do ove novele nije imao rješenja o podjeli pa je dolazila u obzir jedino likvidacija društva, op. D.L.).

⁶⁰ Zbornik odluka VTS RH br. 9., str. 285-286., gdje se zapravo ranije donesene odluke bivšega Privrednoga suda Hrvatske «osuvremenjuju» pozivom na propise ZTD o podjeli društava. (čl. 550o. ZTD).

⁶¹ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 947-948.

tomu što su neke zemlje članice EU «iskoristile» pravo opcije i za tzv. «neograničenu solidarnu odgovornost».⁶²

L – 1. Izmijenjeni stavak 2. čl. 390. ZTD-a kojemu naslov glasi «Temeljni ulozi» sada doslovce glasi: «Prije upisa društva u sudski registar svaki osnivač mora uplatiti najmanje četvrtinu temeljnoga uloga kojega uplaćuje u novcu, s tim da ukupni iznos svih uplata u novcu ne može biti manji od 10.000,00 kuna». Budući da se u praksi pojavljuje pitanje kako se ovo ima tumačiti za slučaj (a to zasigurno neće biti iznimka, op. D.L.) kada je temeljni kapital, pa i temeljni ulozi, znatno iznad «propisanih nominalnih vrijednosti», nije suvišno podsjetiti na propis istoga čl. 390/2. ZTD-a koji se primjenjivao do 31. 12. 2003.. Tada je isti propis određivao da: prije upisa društva u sudski (trgovački) registar svaki osnivač mora uplatiti najmanje četvrtinu temeljnoga uloga kojega uplaćuje u novcu, s time da ukupni iznos svih uplata u novcu i vrijednost unesenih stvari i prava (podcrtao, D.L.) ne mogu biti manji od u valuti iz članka 389. stavka 1. ovoga Zakona izražene protuvrijednosti od 2.500,00 DEM».⁶³

Što se to u praksi javlja kao problem u primjeni ovoga propisa, a ovoga autora navodi na zaključak da je riječ o «lošoj prilagodbi» hrvatskoga europskome pravu društava?

Nedvojbeno se mora istaknuti daleko veći interes brojnih zakonodavaca, pa tako i hrvatskoga za uređenje i strože uvjete osnivanja i poslovanja dioničkoga društva u odnosu na društvo s ograničenom odgovornošću. Na sve te primjere ovdje se ne može u detalje ulaziti, ali jedan je jako bitan: temeljni kapital u d.d. može iznositi 200.000,00 kuna (tzv. najniži nominalni iznos, op. D.L.), dok najniži nominalni iznos dionice ne može biti manji od 10,00 kuna.

S druge strane, prema čl. 389/2. ZTD-a temeljni kapital u d.o.o. ne može biti manji od 20.000,00 kuna, a temeljni ulog ne može biti manji od 200,00 kuna (čl. 390/1., ZTD).

U primjeni izmijenjenoga čl. 390/2. ZTD-a javlja se, naime, stajalište, poglavito izraženo od strane trgovačkih sudova, ili još točnije sudaca koji vode sudski registar, kako se u slučajevima većega iznosa temeljnoga kapitala, kao i veće vrijednosti

⁶² Kallmeyer, H., Anwendung von Verfahrensvorschriften des Umwandlungsgesetzes auf Ausgliederungen nach Holzmüller, Zusammenschlüsse nach der Pooling – of – Interests – Methode und die Sog. Übertragende Auflösung, u knjizi Festschrift für Marcus Lutter, s. 1249-1250., podsjeća na slučaj tzv. Rupe u propisivanju (Regelunglücke) do kojih može doći prigodom izrade plana podjele društva. Tsche, K. – Park, G. S., Einflüsse des deutschen Gesellschaftsrecht auf das koreanische Gesellschaftsrecht, u istoj knjizi, s. 200., kao uzore korejskome Zakonu o preoblikovanju, uz njemački Umwandlungsgesetz spominju i Smjernice EU i to baš o podjeli društava.

⁶³ Slakoper, Z., Društvo s ograničenom odgovornošću, Zagreb, 2001., str. 37-38., ističe da «temeljni ulozi ne moraju biti jednaki nego mogu biti različiti», a na str. 44. zagovara u našem pravu primjenu stajališta njemačke pravne znanosti na čl. 390/2., ZTD!

temeljnih uloga (što je više-manje česta pojava, op. D.L.) ima «zaboraviti» na onaj dio citiranoga propisa da «ukupni iznos svih uplata u novcu ne može biti manji od 10.000,00 kuna» i zahtijevaju «najmanje četvrtinu temeljnoga kapitala».

I dok sukladno ranijem propisu čl. 390/2. ZTD kako za «ukupni iznos svih uplata u novcu i vrijednost unesenih stvari i prava» nije mogao biti manji od «izražene protuvrijednosti od 2.500,00 DEM», sada se zahtijeva uplata četvrtine društvenim ugovorom naznačenoga temeljnoga kapitala, a ne ista uplata «samo do iznosa koji «ne može biti manji od 10.000,00 kuna».⁶⁴

Stajalište je ovoga autora da citiranu odredbu treba u primjeni (jer ona je zakonski već prilagođena europskim uzorima i onima iz njemačkoga i austrijskoga prava, op. D.L.) također prilagoditi na način da se ispod 10.000,00 kuna ne može ostvariti uplata temeljnih uloga prije upisa društva u sudski registar, na što sud mora paziti po službenoj dužnosti. Sve što bi članovi društva prije njegova upisa u sudski registar uplatili «preko» ovoga iznosa, ima služiti «povećanju likvidnosti društva» odnosno njegovome bržem i učinkovitijem uključanju u život i ostvarenju zacrtanih ciljeva (svrhe) samoga društva.⁶⁵

Praktično, ako se radi o d.o.o. čiji su temeljni kapital njegovi članovi u društvenomu ugovoru odredili s 100.000,00 kuna, i pojedini temeljni uložci kreću se od 1.000,00 do 5.000,00 kuna, očekivati je da će uplatiti dovoljno novca za početak rada društva prije njegova upisa u sudski registar, najmanje 10.000,00 kuna, koliko propisuje čl. 390/2. ZTD-a, ali ne i najmanje 50.000,00 kuna ili više, kako to neutemeljeno traže neki naši trgovački sudovi, zapravo sudski registar u njima.⁶⁶

D – 2. Pravne osobe, u ovome slučaju to se odnosi isključivo na trgovačka društva, mogu se u pravnome životu pojavljivati zahvaljujući svojim tijelima (organima) koji od samoga trenutka stjecanja pravnoga subjektiviteta pravne osobe djeluju u njeno ime i za njen račun, unatoč činjenici postojanja pravne i poslovne sposobnosti pravne osobe, kao zasebnoga nositelja prava i obveza.

Uobičajeno je govoriti o dvije temeljne razlike zastupanja odnosno zastupnika trgovačkih društava, i to zastupnicima po zakonu i ugovornome zastupanju.

Prema odredbi čl. 41/1. ZTD-a «ovlast za zastupanje trgovačkoga društva po zakonu imaju osobe koje su za pojedini oblik toga društva određene odredbama

⁶⁴ Predlagatelj za ovu izmjenu nalazi opravdanje kako bi se time «povećala likvidnost društva pri osnivanju i izbjeglo osnivanje samo ulaganjem stvari i prava».

⁶⁵ Istovjetna stajališta za njemačko pravo zastupaju Baumbach/Hueck, *Ibid.*, s. 97-99., Lutter – Hommelhoff, *Ibid.*, s. 139-141., Grunewald, B., *Ibid.*, s. 317-318., Selbert, U., *The Law Governing Capitalised Corporations in the Federal Republic of Germany (the AG and GmbH)*, u knjizi *Basic of German Commercial and Economic Law*, p. 38., a za austrijsko pravo Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 353-354., gdje ulaganje stvari ističu kao «kvalificirano osnivanje» (njem. *Qualifizierte Gründung*).

⁶⁶ Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, *Ibid.*, str. 595., kada govore o «svoti obveze» te, pored ostaloga zaključuju: «da obveza na uplatu proizlazi iz društvenoga ugovora, sukladno čl. 390/1. te «strogom odredbom iz čl. 390/2.».

ovoga Zakona». Kako se iz ove «opće klauzule o zastupanju po zakonu» ne može dobiti odgovor tko je u konkretnomu trgovačkomu društvu ovlašten biti zastupnikom po zakonu, valja «konzultirati» i druge zakonske propise i tako doći do sljedećih odgovora: u društvima osoba «težište» njihova postojanja i jest na članovima društva, iz čega proizlazi, pored ostaloga, i njihovo «pravo i obveza» biti zastupnicima po zakonu. Kod j.t.d. to određuje čl. 91/1. ZTD-a, jer «svaki član društva zastupa društvo», a u komanditnomu društvu, gdje postoje dvije vrste članova: komanditori i komplementari, samo komplementari se pojavljuju u ulozi zastupnika toga društva po zakonu (čl. 142/1., ZTD).⁶⁷

Posve je drukčija situacija u društvima kapitala gdje se osobno sudjelovanje članovima u poslovanju društva ne čini presudnim, odlučujućim. Zbog toga su zastupnici po zakonu dioničkoga društva (čl. 241., ZTD), odnosno društva s ograničenom odgovornošću (čl. 426., ZTD) njihove uprave «za koje, bez obzira sastoje li se iste od jednoga ili više članova ne vrijedi ograničenje ovlasti zastupati društvo po zakonu», a to nije ništa drugo do potvrda napuštanja doktrine «*ultra vires*» u hrvatskom pravu.⁶⁸

Međutim, s obzirom na svrhu i cilj trgovačkih društava te učestalost i brojnost njihovoga sudjelovanja u doista raznolikim, pa i složenim, pravnim situacijama, teško je, gotovo nemoguće, očekivati da je za svu tu pravnu (i poslovnu) aktivnost dovoljno isključivo postojanje samo zastupnika po zakonu. Upravo zbog toga dolazi do angažiranja i ugovornih (dragovoljnih) zastupnika tj. punomoćnika, bez obzira da li se oni tako i nazivaju u praksi. ZTD «poznaje» ove vrste ugovornoga zastupanja: 1. prokuru, 2. zastupanje po punomoći, 3. punomoćnika po zaposlenju, 4. trgovačku punomoć, 5. punomoć trgovačkome putniku.

Najizravniji «razlog» ovome dijelu recentnoga rada jest pojava enormnoga broja dodjele prokure zaposlenicima nekih hrvatskih poslovnih banaka, uz istovremenu pojavu dodjele punomoći radnicima pojedinih poslovnih banaka na poslovima «zasnivanja založnoga prava i fiducijarnoga prava vlasništva».

Kako se ovaj autor već «pozabavio» problemima prokurista, i to poredbeno s ulogom i položajem pomorskoga agenta i trgovačkoga zastupnika,⁶⁹ to će ovdje biti vrlo malo govora o pojmu i obilježjima istoga, pa će se u bitnome reći u kojoj je mjeri praksa dodjele prokure zaposlenicima (radnicima) poslovnih banaka sukladna i primjerena prilagodbi našega prava društava s pravom društava u EU i pojedinih zemalja članica, u prvome redu njemačkim i austrijskim pravom kao nama najbližima i svakako «uzorima», pored ostaloga i u prilagodbi prava društava.

Dakle, povratak prokure, kao vrste trgovačkoga zastupanja, u hrvatski pravni

⁶⁷ Gospodarsko interesno udruženje također spada u društva osoba unatoč nedopuštenoga propusta zakonodavca iz čl. 2/3., ZTD o kojemu je ovaj autor višekratno pisao, međutim umjesto članova društva zastupnik po zakonu istoga udruženja je uprava (čl. 605., ZTD).

⁶⁸ Ledić, D., Pravni položaj članova uprave i nadzornoga odbora, str. 238-240.

⁶⁹ Ledić, D., Pomorski agent, prokurist i trgovački zastupnik – sličnosti i razlike, Zbornik PFRI, Supplement, 2/2002., str. 11-41.

sustav najizravnije je vezan za ZTD. U tomu se zakonskome propisu (čl. 44.-54., ZTD) detaljno uređuje tko može dati i na koji način prokuru, tko može biti prokurist te kakve su njegove obveze, prava, ovlasti i odgovornost.

Prokuru može dati pravna (i fizička) osoba koja je trgovac u smislu ZTD-a i to samo potpuno poslovno sposobnoj fizičkoj osobi. Dodjela prokure mora biti u pisanome obliku i sukladno temeljnome pravnome aktu (izjavi o osnivanju, društvenomu ugovoru ili pak statutu) davatelja prokure. To je trgovačka punomoć najširega i najdjelotvornijega opsega i sadržaja, jer se prokurist, osoba kojoj je dodijeljena prokura, može pojavljivati prigodom sklapanja ugovora i poduzimanja svih pravnih radnji, što ima značiti da eventualna ograničenja koja «ne poznaje» ZTD za postupanje prokurista, nemaju pravnoga učinka. Uvjet za «valjano pojavljivanje» prokurista u pravnome prometu jest, uz naznaku osobe koja mu je tu prokuru dodijelila (zakonski izričaj: dala, op. D.L.) svojemu imenu i prezimenu dodati i oznaku – «p.p.».⁷⁰

Čini se znakovitim odstupanje našega ZTD-a od svojih njemačkih i austrijskih uzora prilikom redigiranja čl. 48. ZTD-a koji nosi naslov «Ograničenje prokure», za razliku od spomenutih uzora gdje se u par. 50. HGB naglašava neograničenost prokure (Unbeschränkbarkeit).⁷¹ Zbog takvoga pristupa u zakonskome tekstu (čl. 48/1., ZTD) stoji: «Ograničenje prokure koje nije predviđeno ovim Zakonom nema učinka prema trećim osobama, bez obzira na to je li treća osoba za njih znala ili morala znati». S obzirom da se u sudski registar mora upisati prokura i da se od ograničenja mogu upisati samo ona koja se tiču poslovanja jedne ili više podružnica (čl. 54/2. u svezi čl. 48/2., ZTD) to, po gledištu ovoga autora u isti sudski registar ne bi se smjela upisivati druga ograničenja osim onih koje propisuje ZTD, čime bi se trebalo izbjeći okolnosti da «treće osobe nisu znale niti morale znati» za postojanje istih.⁷² Dvojbe glede takvih odredbi ZTD-a o tomu je li treća osoba znala ili morala znati za ograničenja prokurista izražene u spomenutome radu,⁷³ došle su «na naplatu» kroz primjere postupanja nekih hrvatskih poslovnih banaka.⁷⁴

Konkretno, dok neke banke «daju» velik broj, i to uglavnom i najčešće, svojim (odgovornim) zaposlenicima (radnicima) prokuru, u isto vrijeme druge banke povjeravaju obavljanje istovjetnih, ili barem najvećim dijelom istovjetnih, poslova također svojim zaposlenicima dajući im punomoć.

⁷⁰ Kratica latinskoga izričaja «*per procuram*» - po punomoćniku, po zastupniku.

⁷¹ Baumbach/Duden/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 28. Auflage, C. H. Beck, München, 1990., s. 164-165., Schuster, P., *The Basics of German Commercial Law*, u knjizi *Basics of German Commercial and Economic Law*, p. 16-18., Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 232., 260. i 389.

⁷² Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga prva, Opći dio, str. 419-425., dovodi u svezu ova ograničenja s propisom iz čl. 13., ZOO koji se nalazi u osnovnim načelima i uređuje «zabranu zloupotrebe prava».

⁷³ Ledić, D., *Pomorski agent, prokurist i trgovački zastupnik – sličnosti i razlike*, str. 23.

⁷⁴ Ako bi se slijedilo «raspoloženje» u javnosti glede privatizacije najvećega dijela hrvatskih poslovnih banaka, onda bi, po njima, ali ne i po ovome autoru, bilo ispravnije govoriti o «poslovnim bankama u Hrvatskoj»!

U poredbenome pravu prokurist je fizička osoba koja se profesionalno bavi djelatnošću u koju ulazi i prokura. Ovaj se autor suglašava s onima domaćim pravnim piscima koji u ulozi prokurista vide i nekoga od članova (dioničara) dotičnoga trgovačkoga društva, ali ne vidi bilo kakve utemeljenosti stajalištima i rješenjima prema kojima bi prokurist mogao biti i djelatnik (zaposlenik, radnik) davatelja prokure.⁷⁵

Zanimljivo je istaknuti da se ovakva dva načina povjeravanja poslova, dakle u jednome slučaju prokuristu, a u drugome slučaju punomoćniku, unatoč nekima i relativno «svježima» primjerenima ne baš zakonitoga i «urednoga i savjesnoga» ponašanja prokurista u hrvatskome bankarskome sustavu, pojavljuju neovisno o tomu što su se jedni debelo «opekli» u takvoj praksi, a drugi su se «školovali» posve sigurno na takvoj tuđoj praksi i ne žele je primijeniti u svojoj «butigi».

U slučaju onih banaka koje zagovaraju i praktično ostvaruju ulogu prokurista u svojem poslovanju «puna su im usta» pozivanja na statut banke i na ZTD, a da nisu ni svjesni kako zapravo krše zakonske odredbe o ovlastima i (ne)ograničenosti opsega ovlasti iz prokure (čl. 47., ZTD).

S druge strane, one banke koje izlaz nalaze u dodjeli punomoći, pa i svojim zaposlenicima, bilo da se to ima smatrati trgovačkom punomoći ili punomoći po zaposlenju,⁷⁶ imaju «čvršće tlo pod nogama», jer se najveći dio odnosa s takvima punomoćnicima može riješiti ugovorom o radu i uz pomoć odredbi ZOO-a koje uređuju pitanje punomoći i zastupanja uopće (čl. 84-98., ZOO).⁷⁷

Ovaj autor pak smatra da je dodjelom prokure svojim zaposlenicima banka – davatelj prokure do krajnjih granica usložila, zakomplicirala odnose s prokuristom (radno vrijeme, odvajanje redovitih prava i obveza temeljem ugovora o radu i onih koji proizlaze iz odnosa prokure, visina, mjerila i način plaćanja jednoga i drugoga «posla»), a poglavito opseg i vrste odgovornosti kada i ako se za istu ispune uvjeti).

Doduše postojeći Zakon o bankama (NN 84/02.) uređuje na nekoliko mjesta i pravni institut prokure, odnosno govori o «prokuristu» pa tako u čl. 23/3. propisuje: «Uprava banke ne smije ovlastiti prokuristu (jednoga ili više njih) za samostalno zastupanje banke, odnosno samostalno sklapanje svih ugovora i poduzimanje svih pravnih radnji u ime i za račun banke...». Ako je ovaj zakon *lex specialis* u odnosu na ZTD zanimljivo je pitanje zašto se prigodom uređenja pravnoga instituta prokure ovdje istaknute banke (*nomina sunt odiosa*, op. D.L.) ne pozivaju na takav *lex specialis*. One se, međutim, pozivaju na ZTD i onda pri tomu stavljaju ograničenja prokuristima koja ne bi smjela postojati s obzirom na ovdje citirane i druge propise ZTD o prokuri, a s druge strane otvaraju «Pandorinu kutiju» ne znajući, ili jednostavno podcjenjujući svu problematičnost i složenost odnosa u koje na taj način ulaze.

⁷⁵ Gorenc, V., *Trgovačko pravo – društva*, str. 41-42., isto kao i Barbić, J., *Ibid.*, str. 381.

⁷⁶ Barbić, J., *Ibid.*, str. 380-381.

⁷⁷ Vedriš, M. – Klarić, P., *Ibid.*, str. 524. i dalje govore o različitim vrstama i oblicima «ugovora o punovlašću».

Za konačno stajalište u svemu ovome bilo bi, po prosudbi ovoga autora, daleko bolje slijediti praksu onih banaka koje se koriste pravnim institutom punomoći i uslugama punomoćnika kada je riječ o njihovima zaposlenicima, jer, na kraju krajeva, ni Zakon o bankama u čl. 24. ne spominje prokuristu uopće, premda je u čl. 190/3. (Prijelazne odredbe) spomenuo «upravu i prokuriste prema odredbama čl. 23., 24. i 25. ovoga Zakona», što ima značiti da se prokuristi ne mogu svrstati u tamo naznačene «članove uprave i ostale zaposlenike».⁷⁸

P – 2. Prilagodba Zakona o trgovačkim društvima svojim europskim i poredbenopravnim uzorima u potpuno pozitivnome ozračju ostvarena je novelom Zakona iz 2003. godine kada je dodan novi odjeljak 5–A koji nosi naslov «Utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća» (čl. 300a.-300e.).⁷⁹

Ovakva rješenja poznavala su prava društava ili kako ih na jednom mjestu oslikava akademik Barbić, «prava uzora»,⁸⁰ budući su i prema par. 125-144. austrijskoga zakona Akt-Gesetz-a odnosno par. 148-178. njemačkoga zakona Akt-Gesetz-a vrlo detaljno uređeni postupak i sadržaj te način donošenja odluka prilikom utvrđivanja godišnjih financijskih izvješća.⁸¹

Unoseći u ZTD posebne propise u odjeljku 5–A i sa svega pet (5) zasebnih i ne baš osobito sadržajem opsežnih članaka, hrvatski zakonodavac ipak čini znakoviti i pozitivni pomak prilagodbe našega prava društava europskome pravu društava.

Naime, utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća prelazi dobrim dijelom s glavne skupštine dioničkoga društva na upravu i nadzorni odbor, što ne znači nužno da ovo «rješenje ne ostavlja glavnu skupštinu bez utjecaja na članove uprave i nadzornoga odbora». Novim se propisima zapravo ubrzava i pojednostavljuje posao koji polazi od toga da je to «brojčani iskaz poslovanja društva u nekom razdoblju», gdje se pojačava uloga i nazočnost revizora, a u krajnjem slučaju ostavlja ipak prigoda i mogućnost glavnoj skupštini da ona utvrđuje ova izvješća «kada joj uprava i nadzorni odbor prepuste da to utvrdi ili kada nadzorni odbor ne daje suglasnost na spomenuta izvješća koja joj podnese uprava» (čl. 300e. stavak 1., ZTD).⁸²

⁷⁸ VTS u svojoj rješidbi Pž – 1850/97 od 30. prosinca 1997. godine izvodi zaključak kako «prokurist nije ovlašten za poduzimanje pravnih radnji koje nisu u svezi s poslovanjem poduzeća» (čl. 47., ZTD), a u jednome drugome slučaju (Pž – 3421/97., od 17. ožujka 1998. godine) isti Sud, pozivom na čl. 49., ZTD stoji na stajalištu, koje ovaj autor «podupire», kako «nije moguće istu osobu ovlastiti na zaključenje ugovora sa samim sobom» (čl. 49., ZTD) (obje su rješidbe objavljene u Zborniku odluka VTS, Broj 9., str. 218-219).

⁷⁹ Barbić, J., Izmjene i dopune Zakona o trgovačkim društvima i novine u temeljnom kapitalu i dionici, Godišnjak Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti i praksu, 10/2003., str. 152.

⁸⁰ Barbić, J., Zakon o trgovačkim društvima, uvodna objašnjenja, str. 14.

⁸¹ U austrijskome Akt – Gesetz-u radi se o petome dijelu koji nosi naslov «Rechnungslegung» (Polaganje računa), dok je to u njemačkome Akt – Gesetz-u također peti dio, ali s naslovom «Rechnungslegung Gewinnverwendung» (Polaganje računa, upotreba dobiti).

⁸² Gorenc – Filipović – Slakoper – Brkanić, Ibid., str. 436., spominju ograničenje glavne skupštine «samo za zakonske i statutarne pričuve» kada joj dođe u nadležnost utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća.

Ne dirajući u druge ovlasti i prava glavne skupštine «prijenos» poslova koji se odnose na utvrđivanje godišnjih financijskih izvješća na upravu i nadzorni odbor ne dira u druge dijelove nadležnosti glavne skupštine kao najvišeg «demokratskoga» tijela u dioničkom društvu gdje svi dioničari koji raspolažu dionicama s pravom glasa imaju mogućnost to pravo i realizirati.⁸³ Tako će glavna skupština moći opozvati članove nadzornoga odbora (čl. 259., ZTD), a kada su u pitanju članovi uprave odbiti ili uskratiti davanje razrješnice na što se može «nadovezati» i njihov opoziv, ovoga puta od strane nadzornoga odbora (čl. 244., ZTD).⁸⁴

L – 2. Trgovačkome sudu u R. podnesena je prijava za upis osnivanja tvrtke «J» d.o.o. iz R. gdje se u ulozi osnivača pojavljuje samo jedan član društva i što je, imajući u vidu propise čl. 385., 387. i 394. ZTD-a, posve normalno rekli bi čitatelji ovih redaka, međutim, za ovoga autora to i nije baš sve u redu!

Jedini član ovoga društva koji prema tome i «osigurava» cjelokupni temeljni kapital u visini od 20.000,00 kuna, koliko iznosi i visina jedinoga temeljnoga uloga, jest malodobna osoba (koja je u vrijeme osnivanja društva imala «čak» navršenih 12 godina života, op. D.L.) znači osoba koja se ne može podvesti u onu dobnu granicu kada se u pravu govori o «mlađoj malodobnoj osobi» i kojoj se priznaje tzv. djelomična poslovna sposobnost.

Ova priča započinje «zahtjevom» majke te malodobne osobe upućenome nadležnome Centru za socijalnu skrb «da joj se odobri osnivanje trgovačkog društva, potrebitih radnji u svezi s tim, u kojem bi malodobna kćerkica ... bila 100% osnivač sa temeljnim kapitalom od 20.000,00 kuna, a koje bi ona i otac uložili za nju u društvo».

«Provodeći» u djelo čl. 167/4. Obiteljskoga zakona isti Centar udovoljava zahtjevu, postavlja posebnoga skrbnika toj malodobnoj osobi «obzirom da se radi o sticanju imovine za malodobnu ..., a istovremeno i o sklapanju pravnog posla između djeteta i roditelja, Obiteljski zakon radi zaštite pojedinih osobnih i imovinskih prava i interesa, obvezuje (podcrtao D.L.) Centar za socijalnu skrb da imenuje posebnog skrbnika sukladno čl. 167. st. 4. ...»

I tako na relaciji roditelji – Centar za socijalnu skrb – posebni skrbnik došlo je do izjave o osnivanju tvrtke «J» d.o.o. iz R., gdje je jedini član malodobna osoba, a u ime koje je posebni skrbnik posebnom odlukom za (jedinoga) člana uprave tvrtke «A» d.o.o. iz R. imenovala «dragoga», tatu iste malodobne kćeri!

Pođimo redom:

1. Majka malodobne kćeri obratila se Centru za socijalnu skrb tvrdeći da će «ona i otac uložiti za nju u društvo» na ime temeljnoga kapitala 20.000,00 kuna, i to za društvo «J» d.o.o. iz R.

⁸³ Ledić, D., *Ustroj dioničkog društva*, u knjizi *Pravo društava i trgovačko pravo*, str. 79., suglašava se s V. Gorencom u njegovoj prosudbi da «temeljno i neotuđivo pravo dioničara je sudjelovanje u radu glavne skupštine».

⁸⁴ Barbić, J., *Zakon o trgovačkim društvima s uvodnim objašnjenjima*, str. 30.

2. Centar za socijalnu skrb imenuje «posebnoga skrbnika» jer da se «radi o sticanju imovine» te «istovremeno sklapanja pravnoga posla između djeteta i roditelja», što u ovome posljednjemu «razlogu» nije točno. Posebni skrbnik se imenuje «zastupati prava i interese malodobnice» glede osnivanja tvrtke «J» d.o.o. iz R.
3. Izjavu o osnivanju, ali tvrtke «A» d.o.o. iz R. potpisuje posebni skrbnik koji onda posebnom odlukom imenuje oca malodobne kćeri za jedinoga člana uprave «A» d.o.o. iz R.

Čemu sva ova priča?

Ovaj autor ne osporava propis čl. 385. i čl. 387/2. ZTD-a da se kao osnivač društva s ograničenom odgovornošću može pojaviti samo jedna fizička osoba. Treba se suglasiti sa stajalištima domaćih⁸⁵ i stranih pravnih pisaca⁸⁶ kako se za one fizičke osobe koje nemaju potpunu poslovnu sposobnost mora pojaviti njihov zakonski zastupnik i/ili posebni skrbnik. Je li to u ovome slučaju sve primjereno zakonu i moralu i učinjeno?

Ovaj autor spada u one ljude iz pravničke struke, poglavito civiliste koji su pobornici izreke da je svatko nevin i pošten dok se pravomoćnom sudskom odlukom ne dokaže suprotno. Moguće su u ovome i drugima sličnima slučajevima doista i nakane i postupci u redu, zakoniti i moralni. Pa ipak!

«Crv sumnje», međutim, polazi od načina kako i zbog čega se tražilo imenovanje posebnoga skrbnika. Razlozi zahtjeva i «razlozi» rješenja Centra za socijalnu skrb, nejasnoće o tzv. pravnom poslu ili poslovima koje trebaju sklopiti malodobna kćer i njezini roditelji, osnivanje d.o.o. posve različite tvrtke od one za koju je doneseno rješenje o imenovanju posebnoga skrbnika, što zadire u pitanje identiteta jedne i druge, pa sve do imenovanja oca malodobne kćeri za jedinoga člana uprave toga, novoga (ili istoga!) d.o.o.. Nije li tu previše «slučajnosti» i onoga «ali»?

Nesporna je uloga zakonskoga zastupnika sudjelovati u pravnome prometu u ime i za račun zastupane osobe, brinuti se o njezinim osobnim potrebama, pravima i interesima. Međutim, samo u slučajevima kada bi došlo do prijedora između zastupanoga i njegovoga zakonskoga zastupnika ili do sklapanja pravnih poslova između tih osoba, dolazi na mjesto zakonskoga zastupnika posebni skrbnik. To je osoba koja štiti interese zastupanoga, jer su oni suprotstavljeni s interesima osobe koja je inače zakonski zastupnik toga istoga zastupanoga.⁸⁷

⁸⁵ Slakoper, Z., Društvo s ograničenom odgovornošću, str. 81-82., Gorenc, V., Trgovačko pravo, str. 391., Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, str. 116., ističe da osnivača koji nema potpunu poslovnu sposobnost ili ima samo ograničenu poslovnu sposobnost zastupa «njezin zakonski zastupnik ili skrbnik».

⁸⁶ Baumbach/Hueck, Ibid., s. 19-20., ne vide ograničenja za fizičku osobu da bude osnivač d.o.o., Kraft, A., Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1., zweite Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln – Berlin – Bonn – München, 1986., s. 369-370.

⁸⁷ Alinčić, M. et al., Komentar Obiteljskoga zakona, Zagreb, 1999., str. 137-138., rabe izričaj «kolizijski skrbnik».

Ima li ovdje osnove za takvo prihvaćanje «posebnoga skrbnika» i u kojemu pravcu olako i ekstenzivno tumačenje takvih zakonskih rješenja zaslužuje daleko veću pozornost pravne književnosti, a u praksi «suzdržanost» svih tijela koja sudjeluju u ovakvim postupcima, od ustanova socijalne skrbi, preko odvjetnika, javnih bilježnika pa do sudskoga registra?

6. Umjesto zaključka – prilagodba i kada se uspori znači zaostajanje

Ukazivanjem na slučajeve iz prakse koju provode, kako trgovačka društva i sudovi u Republici Hrvatskoj i pozivanje na istu takvu praksu u poredbenome pravu, «začinjenu» stajalištima i domaće i inozemne pravne književnosti, ovaj autor opravdava svojom nakanom, u svojim ograničenim, skromnim i, kako se to veli, «subjektivnim» mogućnostima pripomoći da ono što je dobro bude još bolje, dvojbeno da se «preoblikuje» u dobro, a loše zamijeni dobrime i još boljemu. Jednostavno, uzdajući se u djelotvornost narodne mudrosti koju je zapamtio u krajevima iz kojih potječe, a ona glasi: «Da je do kadije, kao od kadije, ne bi se išlo kadiji», što prevedeno na život naš svagdanji ima značiti donositi i provoditi u praksi zakone na dobrobit i korist «cijeloj ljudskoj zajednici i svakomu pojedincu ponaosob».⁸⁸

Sukladno čl. 69.-74. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju preuzela je Republika Hrvatska «da u zadanim rokovima uskladi odgovarajuće hrvatsko zakonodavstvo s propisima Europske unije». Uspješnost toga «usklađivanja», ili ovome autoru simpatičnijega nazivlja prilagodbe hrvatskoga prava (ovdje naglašeno prava društava, op. D.L.) europskome pravu (društava) niti se mjeri niti će se mjeriti isključivo kroz rad zakonodavnih tijela i donošenje tako prilagođenih zakona.⁸⁹ Tomu svakako treba pridodati i sve druge pravne, poslovne i općedruštvene aktivnosti u svakodnevnome životu što će potvrditi potpunu prilagodbu pravnim stečevinama (*acquis communautaire*) EU i spremnost Republike Hrvatske za punopravno članstvo u EU i sposobnost za njeno uključivanje u globalizacijske procese.

Vrlo je istinito i poučno razmišljanje predlagatelja izmjena i dopuna ZTD-a iz 2003. godine kada ukazuje na sljedeće: «Uvođenje u hrvatski pravni sustav pravnih rješenja kakva se primjenjuju u zemljama Europske unije ne znači kraj posla na usklađenju pravnoga sustava s europskim pravom».⁹⁰ (*Res non verba*, rekli bi stari Rimljani, op. D.L.)

Dapače, ovaj autor u potpunosti je suglasan s istim predlagateljem jer ti se propisi, trebaju primjenjivati «onako kako se to tamo čini».

⁸⁸ Čuveni rimski pjesnik Publilius Syrus to opisuje stihovima: «Ibi postes valere populus ubi leges valent.», što bi u slobodnome prijevodu imalo značiti: «Narod će imati onoliko vrijednosti koliko i zakoni imaju vrijednosti». Preneseno, vrijednost naroda mjeri se poštovanjem zakona.

⁸⁹ Ledić, D., *Das kroatische Zivil – und Handelsrecht – Geschichte, Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven*, Zbornik PFRI, vol. 17., br. 2., 1996., str. 424-425.

⁹⁰ Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti te posljedice koje će donošenjem Zakona postići, uz prijedlog ZID/ZTD (svibanj, 2003.).

Parafrazirajući misli uglednoga njemačkoga pravnika Prof. Dr. Dres. h. c. M. Luttera⁹¹ pravo društava «jest i ostaje nedovršena priča. Vremena se brzo mijenjaju, stalno se javljaju nova pitanja, a i ljudi u tome životnome zbivanju uvijek iznova traže i smišljaju nešto novo u svoju korist.»

Na razini Europske unije, kada je riječ o pravu društava, njegovu razvitku i mogućim pravcima poboljšanja istoga znakovito je ukazati na izvješće tzv. «High Level Group of Company Law Experts» i «Akcijski plan» kojega je na temelju istoga izvješća prihvatilo Europsko povjerenstvo 21. 5. 2003. godine i gdje se, između ostaloga, dosta prostora daje pitanjima moderniziranja poslovodne funkcije, problema organizacije, naknada članova poslovodnih tijela (uprava i nadzornoga odbora) koje se zajednički nazivlje «Corporate Governance – Korporacijsko upravljanje» pa do uspješnosti koncerna, vođenja grupa i tzv. piramida tj. međuholdinškoga vođenja i povezivanja poduzeća s ugrađenim utjecajem manjinskih dioničara na svakome stupnju povezivanja.⁹²

Sve to, i bez posebnoga naglaska iz naslova ovoga posljednjega dijela u kojemu se autor bavi dvojama i problemima prilagodbe hrvatskoga prava europskome pravu društava, vrlo uvjerljivo i opominjuće daje dovoljno razloga ostati u igri koja u stilu «*per aspera ad astra*», u procesu potpune i učinkovite prilagodbe hrvatskoga prava društava europskome pravu društava, jednostavno mora biti učinkovita i uspješna!

⁹¹ Lutter, M., Korporacijsko upravljanje u Njemačkoj i Europi, PUG, 4/2003., str. 14.

⁹² Habersack, M., Aktionsplan der Europäischen Kommission und der Bericht der High Level Group zur Entwicklung des Gesellschaftsrechts in Europa, Zentrum für Europäisches Wirtschaft, Bonn, 2003., s. 32., ističe «ozbiljnost i službenu nakanu potpune prilagodbe prava dioničkih društava» i da to čini bitno područje europskoga prava društava.

Summary

ON CERTAIN PRACTICAL AND THEORETICAL DOUBTS AND ISSUES RELATED TO HARMONIZATION OF CROATIAN COMMERCIAL COMPANIES' LAW TO EUROPEAN LAW

Croatian legal system is undergoing a process of intensive legislative adjustment to the European law, especially emphasized since the Republic of Croatia received the official status of candidate country and with establishment of the precise date (March 2005) for beginning of negotiation procedure between the Republic of Croatia, on one side, and the EU and all the 25 Member States, on the other side. In the field of commercial companies' law it is already, in legislative terms, achieved a lot, both by adoption of the Law on Commercial Companies (end of 1993) and by its revisions in 2003.

This article attempts to point out certain doubts and issues related to the harmonization, since it is not less important, but also difficult, to adjust empty legal text and its practical application and understanding from both practical and theoretical points of view.

Key words: harmonization, Croatian law on commercial companies, European law on commercial companies, doubts, issues, theory, practice.

Zusammenfassung

ÜBER EINIGE PRAKTISCHE UND THEORETISCHE ZWEIFEL UND PROBLEME BEI DER ANPASSUNG DES KROATISCHEN GESELLSCHAFTSRECHTS AN DAS EUROPÄISCHE

Das kroatische Rechtssystem befindet sich in einer Phase intensiver gesetzgeberischer Anpassung an das Europarecht, was besonders in der Zeit deutlich wird, als die Republik Kroatien den Status eines offiziellen Kandidaten für die vollberechtigte Mitgliedschaft in der Europäischen Union erhielt, als das Datum für den Beginn der Verhandlungen zwischen der Republik Kroatien auf der einen und der Europäischen Union mit allen 25 Mitgliedsstaaten auf der anderen Seite bestimmt wurde (Anfang März dieses Jahres). Im Bereich des Gesellschaftsrechts ist in diesem Sinne schon ziemlich viel geschehen und zwar durch die Verabschiedung des Gesetzes über Handelsgesellschaften Ende 1993 und noch mehr durch die Novelle von 2003.

In dieser Arbeit wird versucht, bestimmte Zweifel und Probleme hinsichtlich dieser Anpassung anzumelden, wobei es nicht weniger wichtig aber schwer ist, den

trockenen Gesetzestext mit seiner praktischen Anwendung und seinem Verständnis vom praktischen und theoretischen Standpunkt aus anzupassen.

Schlüsselwörter: *Anpassung, kroatisches Gesellschaftsrecht, europäisches Gesellschaftsrecht, Zweifel, Probleme, Theorie, Praxis.*

Sommario

SU ALCUNI DUBBI E PROBLEMI PRATICI E TEORICI DI ADEGUAMENTO DEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ CROATO ALL'EUROPEO

Il sistema giuridico croato sta attraversando un processo di intenso adeguamento legislativo al diritto europeo, particolarmente evidente da quando la Repubblica di Croazia ha ricevuto lo status ufficiale di paese candidato e con la determinazione di una data precisa (marzo 2005) per l'avvio della procedura di negoziazione tra la Repubblica di Croazia, da una parte, e l'Unione Europea e tutti i venticinque stati membri, dall'altro parte. Nel campo del diritto delle società è già, in termini legislativi, stato fatto molto, sia mediante l'adozione della Legge sulle società commerciali della fine dell'anno 1993, sia mediante la sua revisione nell'anno 2003.

In questo lavoro si cerca di indicare alcuni dubbi e problemi in relazione all'adeguamento, poiché non è meno importante, ma anche difficile, adeguare un testo giuridico vuoto alla sua vitale applicazione e comprensione dai punti di vita pratico e teorico.

Parole chiave: *adeguamento, diritto delle società croato, diritto delle società europeo, dubbi, problemi, teoria, prassi.*

PROMIJENJENE OKOLNOSTI DANAS I U NACRTU ZAKONA O OBVEZNYM ODNOSIMA

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.337.63
347.3(497.59(094.5))
Ur.: 7. listopada 2004.
Pr.: 10. siječnja 2005.
Pregledni znanstveni članak

Nacrt Zakona o obveznim odnosima ustanovu promijenjenih okolnosti (clausula rebus sic stantibus) uređuje u značajnoj mjeri drukčije no što je ona uređena u Zakonu o obveznim odnosima koji je preuzet 1991. godine. To se poglavito odnosi na sam pojam i učinke koje promijenjene okolnosti trebaju stvoriti kako bi pogođena strana stekla odgovarajuća prava, na sama prava te strane te na okolnosti koje sud uzima u obzir pri odlučivanju.

Te promjene povod su sustavnom prikazu ove ustanove prema preuzetom ZOO-u, pri čemu su uzeti u obzir i tekst propisa i domaća pravna književnost, ali i sudska praksa koja je razriješila neka otvorena pitanja. Na odgovarajućim mjestima prikazana su i rješenja u poredbenom pravu (njemačkom, švicarskom, francuskom, talijanskom, engleskom).

Rad je strukturiran tako da se - usporedno promatrajući postojeća rješenja i rješenja Nacrta - najprije izlažu pretpostavke primjene ustanove, gdje se odvojeno razmatraju naplatnost ugovora i ostale pretpostavke, a zatim pravni položaj pogođene strane i njenog suugovaratelja, gdje je značajna nova mogućnost pogođene strane da zahtjeva ne samo raskid nego i prilagodbu ugovora novonastalim okolnostima. Nakon toga izlažu se okolnosti o kojima sud vodi računa pri odlučivanju o raskidu odnosno izmjeni ugovora, a na kraju posljedice raskida i dužnost obavještanja koju ima pogođena strana.

Ključne riječi: *obvezno pravo, ugovor, promijenjene okolnosti, klauzula rebus sic stantibus, Nacrt Zakona o obveznim odnosima, promijenjene okolnosti u poredbenom pravu.*

Sadržaj: *1. Uvod; 2. Karakter odredbi o promijenjenim okolnostima; 3. Pretpostavke prava koja se stječu zbog promjene okolnosti; 3.1. Naplatnost ugovora; 3.2. Ostale pretpostavke iz čl. 133.; 3.3. Ostale pretpostavke; 4. Tko stječe prava koja su posljedica promjene okolnosti; 5. Sadržaj prava pogođene strane; 6. Položaj druge ugovorne strane; 7. Odlučivanje suda o raskidu odnosno izmjeni ugovora; 8. Posljedice raskida; 9. Ostalo (obveza obavješćivanja).*

1. Uvod

1. Načelo *pacta sunt servanda* u Zakonu o obveznim odnosima oblikovano je kao načelna dužnost ispunjenja obveze i odgovornost za ispunjenje i potom razrađeno u odredbama o ispunjenju i prestanku obveza na druge načine, te u odredbama o posljedicama neispunjenja, zakašnjenja s ispunjenjem i drugih oblika dužnikovih povreda ugovornih obveza.

Među tim odredbama nalaze se odredbe koje uređuju situacije u kojima je dužniku postalo **nemoguće** ispuniti – pravovremeno ili uopće ili uredno – obvezu zbog okolnosti koje u trenutku sklapanja ugovora nisu postojale, niti ih je on mogao niti morao predvidjeti, spriječiti, otkloniti ili izbjeći, a nastale su u vremenu između sklapanja ugovora i dospijeća dužnikove obveze. Primjerice, zbog potresa bude uništena individualna stvar koju je dužnik dužan predati vjerovniku temeljem ugovora o prodaji.

Sažeto govoreći, ako takve okolnosti **onemoguće** ispunjenje, dužnik neće snositi one posljedice koje snosi dužnik koji na neki od mogućih načina povrijedi svoju ugovornu obvezu.

2. Načelo jednake vrijednosti davanja razrađeno je u odredbama o zeleniškom ugovoru i prekomjernom oštećenju tako što očiti nerazmjer činidbi ugovornih strana - pod odgovarajućim pretpostavkama – dovodi do ništavosti ili poboynosti ugovora u kojem postoji takav nerazmjer. I u slučaju prekomjernog oštećenja i u slučaju zeleniškog ugovora očiti nerazmjer stranačkih činidbi postoji već u trenutku sklapanja ugovora.

Pri sklapanju ugovora strane – svjesno ili nesvjesno – «polaze odatle, da posao treba da odgovara onim prilikama, koje su stranke imale na umu, kad su taj posao zaključivale¹». Posebno zamislimo sad situaciju u kojoj u trenutku sklapanja ugovora nije postojao očiti nerazmjer stranačkih činidbi, ali da je nastao nakon sklapanja ugovora, a prije dospijeća dužnikove obveze, i to zbog okolnosti koje imaju identična obilježja kao i već spomenute okolnosti koje su u izloženom primjeru dužniku onemogućile ispunjenje. Radi se, prema tome, o okolnostima nastalim nakon sklapanja ugovora, a prije dospijeća dužnikove obveze, koje dužnik nije morao niti je mogao predvidjeti, spriječiti, otkloniti ili izbjeći, a uslijed njih **nije nastala nemogućnost ispunjenja, nego je nastao očiti nerazmjer stranačkih činidbi**, i to na njegovu štetu.

Dosljedna primjena načela *pacta sunt servanda* nalagala bi zapostavljanje promjene okolnosti i nalagala dužniku ispunjenje, a tome suprotno načelo jednake vrijednosti davanja nalagalo bi stav da takvom dužniku treba dati neko pravno sredstvo kojim bi mogao i bez pristanka suugovaratelja otkloniti nastali nerazmjer stranačkih činidbi.

Institut promijenjenih okolnosti – koji se još naziva *clausula rebus sic stantibus* – u pozitivnom hrvatskom pravu čine odredbe koje uređuju pravne posljedice na-

¹ Vuković, Mihajlo: *Opći dio građanskog prava*, Knjiga II., Zagreb, 1960., s. 286.

stanka takvih situacija kakve su posljednje opisane.

U poredbenom pravu institut promijenjenih okolnosti samo je ponekad kao takav uređen propisima², ali znatno češće od toga se ugovornoj strani pogođenoj promijenjenim okolnostima dopušta zahtijevati izmjenu ugovora, odnosno njegovo prilagođavanje novonastalim okolnostima. Pravni temelj za to, ovisno o pojedinom nacionalnom pravu, nalazi se u različitim odredbama propisa odnosno proizlazi iz njihova tumačenja, odnosno u različitim pravnim učenjima. Tako, primjerice, u francuskom se pravu razvilo učenje o «imprevision» (nepredvidivosti), koje proizlazi *a contrario* iz odredbe čl. 1134. *Code Civil*. U njemačkom pravu odredbe čl. 313. BGB o «*Geschäftsgrundlage*» (temelju pravnog posla) predviđaju pravo strane koju su pogodile promijenjene okolnosti u tolikoj mjeri da se može govoriti o prestanku poslovnog temelja pravnog posla, da zahtijeva izmjenu ugovora odnosno da odustane od ugovora³. Austrijski *Opći građanski zakonik* nema općih nego samo posebna pravila za određene slučajeve promijenjenih okolnosti.⁴ U engleskom pravu razvijeno je učenje o «frustration», koje obuhvaća ne samo nepredvidivu nemogućnost ispunjenja uzrokovanu vanjskim okolnostima, nego i takvim okolnostima uzrokovane teške poteškoće za jednu stranu («impracticability»), uslijed čega ona može biti oslobođena dužnosti ispunjenja.⁵ U pravu SAD, *Uniform Commercial Code* sadrži odredbu o «presupposed conditions» (predmnijevanim uvjetima) koja u osnovi odgovara *clausuli rebus sic stantibus*⁶. I u konvencijskom pravu nalaze se ustanove koje oslobađaju odgovornosti za ispunjenje u slučaju promijenjenih okolnosti. Tako, primjerice, Konvencija UN-a o međunarodnoj kupoprodaji robe u čl. 79. detaljnije regulira takve slučajeve.⁷

U odnosu na rješenja vrijedećeg ZOO, institut promijenjenih okolnosti u Nacrtu novog ZOO doživio je značajne izmjene, te je stoga vrijedno usporediti postojeća i predložena rješenja. To je posebno vrijedno učiniti uzimajući u obzir postojeću sudsku praksu glede tog instituta, na koju će izmjene utjecati razmjerno njihovom opsegu i značenju.

Iako je dio odredbi Nacrta citiran u tekstu rada, preglednosti radi priložen je radu i cjeloviti tekst odredbi Nacrta koje se tiču promijenjenih okolnosti.

² Npr. u talijanskom Codice Civile, čl. 1467.

³ Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. izdanje, s. 504. – 514. i Kommentar BGB, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. izdanje (dalje: MK), s. 1788. – 1854.

⁴ V. Rummel, Peter (ur.) *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Bd., 2. izdanje, s. 1131., 1237. i dalje i 1445. i dalje

⁵ Treitel, G. H.: *The Law of Contract*, 9. izdanje, s. 778. i dalje i 792. i dalje, Chitty on Contracts, 27. izdanje, Vol. 1, 23-001 – 23-053.

⁶ Čl. 2-615 *Uniform Commercial Code*, 1995 Edition.

⁷ Gorenc, Vilim – Schwank, Friedrich – Slakoper, Zvonimir: *Međunarodna pravila za kupoprodaje plaćanja i arbitraže*, Zagreb, 1996., s. 60., i Schlechtriem, Peter: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 1998., s. 600. – 626., Bianca, C.M. – Bonell, M.J.: *Commentary on the International Sales Law (The 1980 Vienna Sales Convention)*, 1987., s. 572. – 595.

2. Karakter odredbi o promijenjenim okolnostima

Karakter odredbi o promijenjenim okolnostima posredno je naznačen u odredbi važećeg čl. 136, odnosno novog čl. 372., koji je identičan starom, i prema kojem se strane «**mogu ugovorom unaprijed odreći pozivanja na određene promijenjene okolnosti, osim ako je to u opreci s načelom savjesnosti i poštenja**».

Definiranjem takvog opsega i uvjeta postojanja stranačke autonomije, citirana odredba primjenjuje i pronalazi ravnotežu između načelne slobode suugovaratelja da suglasnom voljom raspoložu svojim pravima i obvezama i javnog interesa za zaštitom savjesnog i poštenog postupanja, odnosno sankcioniranjem ponašanja protivnog načelu savjesnosti i poštenja. Odredba čl. 372. Nacrta (sad čl. 136.), dakle, odražava i načelo dispozitivnosti i načelo zaštite javnog poretka.

Ona najprije utvrđuje da je valjano ugovorno - dakle unaprijed - odricanje od «pozivanja na ... promijenjene okolnosti». Dosljedno to znači i odricanje od prava pozivati se na odredbe o promijenjenim okolnostima, odnosno od zahtjeva koji pogođenoj strani pripadaju zbog promjene okolnosti, i time odražava načelo dispozitivnosti.

Ovu slobodu suugovaratelja odredba ujedno i ograničava, čime štiti javni poredak, i u tom je dijelu odredba čl. 372. prisilne naravi.

Ona je prisilna u dijelu u kojem slobodu suugovaratelja ograničava na dva načina.

(1) Suugovaratelji se unaprijed ugovorom mogu odreći pozivanja samo «na određene» promijenjene okolnosti, što upućuje na to da se one mogu odreći pozivanja samo na one promjene okolnosti koje su ugovorom bliže određene (definirane), ali da se ne mogu odreći pozivanja na promijenjene okolnosti općenito, u cijelosti, tj. u odnosu na sve promjene okolnosti koje uopće mogu nastati. Dosljedno prisilnom karakteru tog dijela odredbe, ništava bi bila ugovorna odredba kojom se na takav općeniti način odriču pozivanja na promijenjene okolnosti, a pogođena strana mogla bi se pozivati na svaku promijenjenu okolnost pod pretpostavkama iz čl. 369. Nacrta odnosno 133. sadašnjeg ZOO.

(2) Načelno su, dakle, valjane ugovorne odredbe kojima se strane odriču pozivanja na one promjene okolnosti koje su tim odredbama bliže određene (definirane). No, strane se tako mogu odreći pozivanja «osim ako je to (podcrtao autor) u opreci s načelom savjesnosti i poštenja». Shvaćajući da bi se «to» odnosilo na ugovorno odricanje, možemo zaključiti da se strane ne mogu odreći pozivanja ni na bliže određene okolnosti ako bi ugovoreno odricanje bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja.

Ugovornom odredbom odreći pozivanja na neke okolnosti mogu se obje strane ili samo jedna strana. Onda kad se obje strane odreknu pozivanja na istu okolnost, koja s jednakom vjerojatnošću može otežati ispunjenje ili nanijeti gubitak i jednoj i drugoj strani, držimo da je teže pretpostaviti da bi odricanje bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja. S druge strane, ako bi ugovorna odredba uspostavljala neravnotežu ugovornih strana, vjerojatnost da bi to bilo protivno spomenutom načelu, bila bi veća.

Kao i pod (1), protivnost odredbe (o odricanju od pozivanja na promjene okolnosti) načelu savjesnosti i poštenja dovodi do njene ništavosti i strana koja se odrekla može se pozivati i na one promjene okolnosti u odnosu na koje se pozivanja odrekla, te zahtijevati raskid odnosno izmjenu ugovora.

U sudskoj praksi implicite je zauzeto stajalište da se ugovaranje fiksne cijene u ugovoru o prodaji stana za tržište ne može uzeti kao ugovoreno odricanje od pozivanja na promijenjene okolnosti stavom da se «odredbe o raskidu ili izmjeni ugovora zbog promijenjenih okolnosti primjenjuju ... i na ugovor o prodaji stana za tržište kojim je ugovorena fiksna cijena».⁸

3. Pretpostavke prava koja se stječu zbog promjene okolnosti

3.1. Naplatnost ugovora

U svezi s pretpostavkama nastanka prava koja zbog promjene okolnosti stječe pogođena strana najprije treba reći da se institut promijenjenih okolnosti odnosi samo na ugovorne – a ne i izvanugovorne – obveze. Taj institut u ZOO smješten je u odsjek naslova «Dvostrani ugovori», koji uređuje dvostranoobvezne ugovore, iz čega se može zaključiti da se on primjenjuje samo u svezi s dvostranoobveznim odnosno naplatnim ugovorima, a takvo je stajalište zauzeto i u domaćoj sudskoj praksi: «odredbe o raskidu ili izmjeni ugovora zbog promijenjenih okolnosti primjenjuju se za dvostrano obvezne naplatne ugovore pa se stoga neće primijeniti na ugovor o darovanju».⁹ Općenitije govoreći, to bi značilo da se ovaj institut ne primjenjuje na jednostranoobvezne odnosno besplatne ugovore, pa bi naplatnost ugovora mogla biti uzeta kao prva pretpostavka stjecanja prava koja su posljedica promjene okolnosti.

Citirano stajalište suda, utemeljeno na strukturi odredbi ZOO, ipak je moguće izložiti kritici.

Institut promijenjenih okolnosti polazi od potrebe ponovnog uspostavljanja ravnoteže strana – koja je promjenom okolnosti narušena tako što je jednoj strani bitno otežano ispunjenje – što podrazumijeva postojanje obveza obje ugovorne strane, tj. dvostranoobveznog ugovora. I bez postojanja *clausule rebus sic stantibus*, zbog same dvostrane obvezatnosti ugovora pogođena strana ipak bi primila neku protučinidbu. Različito od toga, u jednostranoobveznim ugovorima – kao što je ugovor o darovanju – dužnik (npr. darodavatelj) ne prima nikakvu protučinidbu, a ako se *clausula rebus sic stantibus* ne primjenjuje na tu vrstu ugovora, onda će on biti dužan dati svoju činidbu, makar mu ispunjenje bude neskrivljeno bitno otežano, s time što nikakvu protučinidbu neće dobiti (sic!). Moguće je ovakav način razmišljanja potaknuo talijanskog zakonodavatelja da pozivanje na promijenjene okolnosti dopusti i strani

⁸ Odluka VSRH, Rev-2578/86 od 7. 4. 1987., PSP-35/74.

⁹ Odluka VSRH, Rev-2154/86 od 5. 5. 1987., PSP-36/59.

koja je dužnik u jednostranoobveznom ugovoru,¹⁰ a *de lege ferenda* bi se i autor založio za to.

3.2. Ostale pretpostavke iz čl. 133.

Za nastanak prava koja proizlaze iz promjene okolnosti potrebno je da nove okolnosti odnosno promjena okolnosti

- uopće nastane, tj. dogodi se;
- pogodenoj strani bude nepredvidiva, neizbježna i nesavladiva;
- nastane nakon sklapanja ugovora, a prije dospijeća obveze pogođene strane;
- izazove određene posljedice za pogođenu stranu.

3.2.1. Promjena okolnosti

U trenutku sklapanja svakog ugovora postoje okolnosti (činjenice) prema kojima se suugovaratelji ravnjaju, odnosno koje uzimaju u obzir pri donošenju odluke o sklapanju ugovora. Pri tome se ne misli na osobu suugovaratelja, predmet ugovora i ugovor, nego na izvanjske (izvan ugovornih strana) okolnosti čije postojanje stoji u svezi sa svrhom ugovora, vrijednošću stranačkih činidbi, naporima i troškovima koje će dužnik imati pri ispunjenju i slično. Misli se na sve one vanjske okolnosti koje mogu utjecati na težinu ispunjenja, ravnotežu vrijednosti stranačkih činidbi i opću ravnotežu između ugovornih strana,¹¹ a u literaturi se izrijeком sintetički navodi i da se radi o onim okolnostima o kojima ovisi vrijednost odnosno bezvrijednost ugovora za jednu ugovornu stranu.¹²

Za nastanak odgovarajućih prava nužno je da se okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora promijene, što se može shvatiti kao promjena činjeničnog stanja zbog nastanka novih činjenica ili prestanka postojanja onih koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora, a u literaturi se navodi da se o promjeni okolnosti radi onda kad nove okolnosti ne odgovaraju ili nisu sukladne stvarnosti kakva je postojala u vrijeme sklapanja ugovora.¹³

S obzirom na potrebu obuhvata izuzetno širokog spektra okolnosti o kojima se u nekom konkretnom slučaju može raditi, st. 1. čl. 133. – koji odgovara st. 1. čl. 369. Nacrta – nije se upuštao u detaljnije opisivanje okolnosti ni promjena, nego je jednostavno govorio o promjeni okolnosti. Držimo da je to bilo dovoljno s obzirom na činjenicu da relevantno pitanje nije «koje okolnosti su se promijenile», nego pitanje «jesu li i kako promjene okolnosti utjecale na ugovorne strane odnosno kakav

¹⁰ Čl. 1468. tal. CC.

¹¹ To proizlazi primjerice iz MK, s. 1805. i dalje, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, čl. 6.2.2., Schwenger, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. izdanje, s. 234., Gauch/Schlupe/Schmid/Rey: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. izdanje, s. 280. a contrario.

¹² Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, s. 275.

¹³ Ibid.

su učinak one proizvele na ugovorne obveze i njihovo ispunjenje».

Sa stajališta hrvatskog prava zbog istog razloga nije relevantno pitanje opsega ili intenziteta promjena, ali je zanimljivo spomenuti kako je u engleskoj literaturi i sudskoj praksi naznačeno kako za primjenu doktrine «frustration» - koja obuhvaća i kontinentalni pojam promijenjenih okolnosti - treba postojati «značajna promjena okolnosti».¹⁴

Tekst st. 1. Nacrta ne govori o «promjeni okolnosti» nego o «izvanrednim okolnostima nastalim nakon sklapanja ugovora». Ovom zamjenom izraza držimo da je tekst poboljšan, stoga što je sad izvan svake sumnje da se ne može raditi o okolnostima koje nastaju redovito, nego da se radi o «izvanrednim okolnostima». Iako se više ne govori o promjeni, navođenje da se radi o izvanrednim okolnostima «nastalim nakon sklapanja ugovora» očito upućuje na to da one u trenutku sklapanja ugovora nisu postojale, tj. da su se u odnosu na stanje u trenutku sklapanja promijenile i to ne na redovit nego izvanredan način. Time se ujedno nacrt ZOO približio stajalištu dijela literature,¹⁵ nekadašnjim Općim uzancama za promet robom i talijanskom *Codice Civile*¹⁶ koje su naznačivale, odnosno koji naznačuje upravo to da okolnosti moraju biti izvanredne.¹⁷

Glede mijenjanja okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora posebno je zanimljivo pitanje onih okolnosti koje se ne mijenjaju naglo i iznenadno, nego kontinuirano kao što je – primjerice – kupovna moć novca. Treba li kontinuirani pad kupovne moći novca uzeti kao promijenjenu okolnost i posljedični nastanak očitog nerazmjera vrijednosti stranačkih činidbi uzeti kao posljedicu koja dovodi do prava zahtijevati raskid sklopljenog dugoročnog ugovora, ili treba reći da načelo monetarnog nominalizma rizik takvog pada kupovne moći novca stavlja na teret ugovorne strane?

Ugovor o podzakupu bio je sklopljen 1981. godine, a nakon 10 godina «zakupnina, koju plaća tuženik ... posve je simbolična i bagatelna, te bi održavanje navedenog ugovora, po općem mišljenju, bilo nepravedno» i zbog toga «zakupodavac je ovlašten zahtijevati raskid ugovora».^{18,19} Ovo stajalište autor drži prihvatljivim, ali

¹⁴ McKendrick, Ewan: *Contract Law*, 2003., s. 850.

¹⁵ Vizner, Boris: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., Knjiga I., s. 530.

¹⁶ Čl. 1467.

¹⁷ O tome pobje Gorenc, Vilim: *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, 1998., s. 179.-180.

¹⁸ Odluka VTSRH, Pž-160/93 od 15. VI. 1993., IO VSRH 1/1997

¹⁹ Zanimljivo je kako je prije nastanka doktrine «imprevision» u francuskom pravu, Cour de cassation u odluci iz 19. stoljeća – a povodom spora u svezi s ugovorima sklopljenim 1560. i 1567. – stao na stajalište da sudovi ne mogu uzeti u obzir vrijeme i okolnosti kako bi modificirali sporazum strana i izmijenili odredbe koje su strane slobodno prihvatile. Dosljedno tome odbijen je zahtjev za izmjenu ugovora zbog toga što je poslije tri stotine godine ugovorena naknada za vodu za navodnjavanje očito postala posve bagatelna (prema: Nicholas, Barry: *The French Law of Contract*, 1992., s. 208. i dalje).

predmijevajući da je tijekom tog razdoblja inflacija prelazila uobičajenu i predvidivu stopu. Ako bi u dugoročnom ugovoru vrijednost činidbe suugovaratelja ugovorne strane – čije obrazovanje obuhvaća pojam inflacije i svijest o njenom kontinuitetu – postala bagatelna, držimo da takav ugovor ne bi trebalo raskinuti ili izmijeniti pozivom na promijenjene okolnosti, jer se radi o promjeni koju je pogođena strana mogla i – s obzirom na osobna svojstva – morala uzeti u obzir.²⁰ Uz to, u takvom bi slučaju trebalo primijeniti odredbu čl. 394. ZOO koja propisuje primjenu načela monetarnog nominalizma i dijelom cilja upravo na fiksiranje kupovne moći novca, odnosno na zapostavljanje njenih promjena koje bi poštivalo načelo monetarnog valorizma.

U sporovima radi raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti tužitelji su imali zanimljiva gledišta o tome što predstavlja promjenu okolnosti, te su time dali povod sudovima da odlučuju o tome što predstavlja, a što ne predstavlja promjenu okolnosti. Tako je u sudskoj praksi istaknuto da «promjena pravnog stajališta sudske prakse nije promijenjena okolnost zbog koje bi se mogao tražiti raskid ugovora»,²¹ zatim da «kasnije donesena odluka nadležnog tijela o zaštitnoj cijeni kultura ne daje pravo poljoprivrednom proizvođaču zahtijevati isplatu zaštitne, više cijene od one koju je s kupcem ugovorio prema prije sklopljenom ugovoru»,²² a također i da «u inflacijskim uvjetima pad vrijednosti novca nije činjenica zbog koje se može tražiti raskid ugovora».²³

Glede istog pitanja, u poredbenom pravu naznačuje se da se, uz ispunjenje ostalih pretpostavki, među promjene okolnosti mogu uvrstiti i smanjenje vrijednosti novca i promjene propisa, a također i promjene općih gospodarskih uvjeta poslovanja.²⁴

Nakon sklapanja ugovora okolnosti se uopće ne moraju promijeniti, mogu se promijeniti jednom, ali i više puta i na više načina. U slučaju različitih promjena okolnosti, od kojih svaka uzrokuje posljedice koje pogođenoj strani daju pravo zahtijevati raskid odnosno izmjenu, strana to može zahtijevati i više puta jer – prema stajalištu sudske prakse – «pravomoćno odbijanje tužbenog zahtjeva da se zbog promijenjenih okolnosti raskine ugovor nije zapreka da se s istim zahtjevom pokrene nova parnica zbog naknadno promijenjenih okolnosti».²⁵

3.2.2. *Nepredvidivost, neizbježnost i nesavladivost promjene okolnosti*

Drugo poboljšanje teksta odredbe st. 1. dosadašnjeg čl. 133. odnosno čl. 369. Nacrta vidimo i u izričitom navođenju nepredvidivosti nastanka izvanrednih

²⁰ Tako i u švicarskom pravu odluka BGE 127 III 300, 305, uz napomenu da se uz redovitu inflaciju u toj odluci – kao okolnosti koje se ne mogu uzeti kao relevantne – navode i promjene tečajeva valuta, promjene zakona.

²¹ Odluka VSRH, Rev-2899/91 od 18. 3. 1992. IO VSRH 94/117.

²² Odluka VSRH, Rev-2021/87 od 24. 3. 1988., PSP-40/76.

²³ Odluka VSRH, Rev-1231/92 od 2. 9. 1992., IO VSRH 94/116.

²⁴ MK, s. 1826., 1832. i 1837. i tamo navedena sudska praksa.

²⁵ Odluka VSRH, Rev-1281/85 od 23. 10. 1985., PSP-30/101.

okolnosti kao uvjeta nastanka prava pogođene strane, kojeg dosad nije bilo, iako se u dijelu literature nepredvidivost isticala kao pretpostavka primjene klauzule *rebus sic stantibus*.²⁶

Nepredvidivost nije formulirana subjektivno, tj. u odnosu na pogođenu stranu, nego općenito, jer tekst Nacrta ne traži da izvanredne okolnosti budu nepredvidive za pogođenu stranu, nego govori o okolnostima **«koje se nisu mogle predvidjeti»**. Unatoč tome, držimo da nepredvidivost treba promatrati subjektivno, tj. s obzirom na osobna svojstva pogođene strane i pozornost s kojom je ona dužna postupati. Ovo gledište imalo bi za posljedicu da prava stječe ona pogođena strana koja uz primjenu onog stupnja pozornosti na koji je obvezana (dobrog domaćina, dobrog privrednika, dobrog stručnjaka) nije mogla predvidjeti nastanak (izvanrednih) okolnosti koje su je pogodile. Suprotno, ako je mogla predvidjeti ili ako nije predvidjela zbog propuštanja postupanja sa zahtijevanom pozornošću, pogođena strana ne bi se mogla pozivati na promjenu okolnosti odnosno nastanak novih i izvanrednih okolnosti.

Osim st. 1. čl. 133. (369.), na nužnost nepredvidivosti promjena odnosno nastanka izvanrednih okolnosti posredno upućuje i odredba st. 2. istih članaka. Prema toj odredbi **«Izmjenu ili raskid ugovora ne može zahtijevati strana koja se poziva na promijenjene okolnosti ako je bila dužna u vrijeme sklapanja ugovora uzeti u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbjeći ili savladati»**.

Iako je teleološko tumačenje nezahvalno, čini se da se citiranim st. 2. željelo reći kako raskid odnosno izmjenju ugovora ne može zahtijevati pogođena strana ako joj je u trenutku sklapanja ugovora bila predvidiva mogućnost nastanka novih okolnosti («uzeti u obzir»), te ako je ona bilo nastanak ili posljedice tih okolnosti mogla izbjeći ili savladati.

U svezi s «uzimanjem u obzir» odnosno s predvidivošću promjena okolnosti zanimljivo je kratko prikazati nekoliko slučajeva i stajališta sudske prakse.

U prvom je slučaju raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti zahtijevala banka, a zahtjev je odbijen uz sljedeće obrazloženje: «Tuženik - protutužitelj je banka, dakle, organizacija u čiju djelatnost spada upravo i sklapanje ugovora o novčanom depozitu, pa je on u vrijeme sklapanja spornog ugovora bio dužan uzeti u obzir i mogućnost promjene politike kamatnih stopa, čime bi izbjegao štetne posljedice tog ugovora. Kako on to, međutim, nije učinio, nije ovlašten ni zahtijevati da se ugovor raskine zbog promijenjenih okolnosti pozivajući se pritom na smanjenje svojih kamatnih stopa».²⁷ U drugom je slučaju tužiteljjev zahtjev za raskid ugovora također bio odbijen jer je «tužiteljica svjesna velike inflacije koja se nakon sklapanja nagodbe samo nastavila bila dužna u vrijeme sklapanja nagodbe s tuženikom nju uzeti u obzir».²⁸

²⁶ Vizner, oc., s. 530.

²⁷ Odluka VSRH, Rev-2521/95 od 7. II. 1996., IO VSRH 4/1997

²⁸ Odluka VSRH, Rev-1656/99 od 9. III. 2000., IO VSRH 1/2000

Budući da je zahtjev za predvidivošću u Nacrtu pojačan u odnosu na dosadašnje odredbe, ova stajališta sudske prakse i dalje ostaju aktualna.

Promjene moraju biti nepredvidive i u poredbenom pravu.²⁹

Osim što promjene moraju biti nepredvidive, one – prema naprijed citiranim izričitim odredbama dosadašnje odredbe i odredbe Nacrta – moraju biti i neizbježne i nesavladive. Pojmovi neizbježnosti i nesavladivosti događaja uobičajeno se rabe u literaturi i glede njih nije potrebno posebno objašnjavanje.³⁰

3.2.3. *Vrijeme nastanka promjena*

Vrijeme nastanka novih izvanrednih okolnosti odnosno promjene okolnosti navedeno je i u starom i u novom tekstu gotovo identičnom formulacijom «nakon sklapanja ugovora», iz čega bi proizlazio posve jasan zaključak da je za nastanak prava koja pogođena strana stječe zbog promjene okolnosti odnosno novih okolnosti, nužno da one nastanu nakon trenutka kad je ugovor sklopljen, što ujedno znači da je nastanak tih prava isključen ako se radi o okolnostima koje su postojale u tom trenutku.

Taj zaključak dovodi u sumnju odredba st. 2. sadašnjeg čl. 133. odnosno novog čl. 369. Naime, prema toj odredbi «**raskid ugovora ne može se zahtijevati ako je strana ... bila dužna u vrijeme sklapanja ugovora uzeti u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbjeći ili savladati**», što podrazumijeva postojanje okolnosti koje bi dovodile do prava zahtijevati raskid odnosno izmjenu ugovora već u trenutku sklapanja ugovora. Naime, ako je strana već u trenutku sklapanja ugovora bila dužna uzeti u obzir ili mogla izbjeći ili savladati okolnosti na koje se poziva kao temelj zahtjeva za raskid ugovora, onda se uopće ne radi o «promijenjenim okolnostima» odnosno o okolnostima koje bi nastupile nakon sklapanja ugovora.

Rješenju ove dvojbe pomaže izmijenjeni dio teksta st. 1. novog čl. 133., koji napominje kako se radi o okolnostima «**koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora**», što potvrđuje da okolnosti o kojima se radi moraju nastati nakon trenutka sklapanja ugovora.

Tim povodom spomenut ćemo kako se iz objavljenog dijela jedne odluke Vrhovnog suda RH može zaključiti da tužitelj – koji je zahtijevao raskid ugovora pozivom na emocionalnu preosjetljivost kao promijenjenu okolnost – nije uspio dokazati da je postao emocionalno preosjetljiv nakon upisa na fakultet. Stoga je taj sud stao na stajalište da «emotivna preosjetljivost na promjenu okoline i dr. u svezi

²⁹ Za švicarsko pravo tako Gauch/Schluep/Schmid/Rey, oc., s. 279. i Schwenger, oc., s. 233. i odluka BGE 101 II 17, 21, Tako i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, čl. 6.2.2. (b)

³⁰ S tim u svezi treba uočiti kako su nepredvidivost, neizbježnost i nesavladivost također sastavnice događaja koji se uvršćuju u pojam više sile. O tome v. detaljnije Lukšić, Branimir: Nemoguće i otežano – viša sila i promijenjene okolnosti u međunarodnim trgovačkim ugovorima, Pravo i porezi 6/94.

sa studijem nije razlog za raskid ugovora (o plaćanju školarine) kad su te okolnosti postojale i prije sklapanja ugovora pa su morale biti uzete u obzir.³¹ S obzirom na izostanak promjena u Nacrtu, ovo je stajalište i dalje aktualno.

Najkasniji trenutak nastanka novih odnosno promjene okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora na istovjetan je način definiran i u važećem ZOO i u Nacrtu. I jedan i drugi tekst dosljedni su u shvaćanju da zakašnjenje s ispunjenjem obveze treba biti sankcionirano. Dosljedno tome, **«strana koja zahtijeva raskid ugovora ne može se pozivati na promijenjene okolnosti koje su nastupile nakon isteka roka određenog za ispunjenje njezine obveze»**.

3.2.4. *Posljedice promjene okolnosti*

Kao karakteristično stajalište poredbene literature kojim se na općeniti način opisuju posljedice koje promjene okolnosti moraju izazvati, može se navesti stajalište kako je potrebno da promjene izazovu tešku povredu ekvivalencije, tj. ravnoteže vrijednosti stranačkih činidbi³² uz istovremenu napomenu da malo uneravnoteženje vrijednosti nije dovoljno.³³

Različito od toga, st. 1. dosadašnjeg čl. 133. vrlo je iscrpno opisivao posljedice koje promjene okolnosti moraju izazvati kako bi pogođena strana stekla odgovarajuće pravo. Prema toj odredbi za nastanak zahtjeva za raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti bilo je potrebno da promijenjene okolnosti **«otežavaju ispunjenje obveze jedne strane ili da se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora»**. Otežano ispunjenje ili nemogućnost ostvarenja svrhe ugovora bile su, dakle, potrebne posljedice promjene okolnosti.

Osim toga, bilo je potrebno da te posljedice imaju određeni intenzitet, koji je bio opisan u nastavku odredbe. Svaka od tih posljedica morala je postojati *«u toj mjeri da je očito da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po općem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je»*.

Prema stajalištu sudske prakse posljedice moraju nastupiti kumulativno: *«Raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti može se tražiti ako su nastale okolnosti koje otežavaju obvezu jedne strane ili zbog kojih se ne može ostvariti svrha ugovora, s tim da u svakome od tih slučajeva kumulativno moraju biti ispunjene i pretpostavke prema kojima je očito da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi ga prema općem mišljenju bilo nepravedno održati na snazi takvim kakav jest»*.³⁴

S obzirom na značajne izmjene koje je odredba st. 1. čl. 133. pretrpjela u Nacrtu, ovo stajalište sudske prakse čini se opsolentnim.

³¹ Odluka VSRH Rev-2084/91 od 12. 12. 1991. Izbor 94/117.

³² Schwenzer, oc., s. 234.

³³ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, oc., s. 280

³⁴ Odluka VSRH Rev-672/88 od 23. 11. 1988., PSP-44/80.

Dok dosadašnja odredba zahtijeva jednu od dvije posljedice i uz to odgovarajući intenzitet posljedica, odredba Nacrta jednostavno traži da je uslijed novih izvanrednih okolnosti **«ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo pretjerano otežano ili bi joj nanijelo pretjerano veliki gubitak»**.³⁵ Dovoljno je, dakle, da nastupi jedna od tih posljedica, dok pitanje intenziteta tih posljedica u odredbi nije riješeno. Očekujući da neka tumačenja ove odredbe budu utemeljena na razlikama između dosadašnje i nove odredbe, autor drži da nije nemoguća pojava tumačenja *a contrario*, koje bi uputilo na stav da nepostojanje zahtjeva za određenim intenzitetom posljedica znači kako taj intenzitet nije potreban. Dapače, formulaciju Nacrta držimo jezičnim ublažavanjem koje - u odnosu na dosadašnju - može proširiti broj ili krug slučajeva u kojima bi strane mogle opravdano zahtijevati raskid odnosno izmjenu ugovora.

Suprotno takvim mogućim tumačenjima držimo - sukladno već navedenim stajalištima poredbene literature - da naglašavanje kako ispunjenje mora biti pretjerano otežano, odnosno gubitak pretjeran, treba uzeti kao bitni orijentir glede pitanja intenziteta nastale posljedice promjene okolnosti. Zahtjev za pretjeranom otežanošću ispunjenja odnosno pretjeranim gubitkom valja shvatiti restriktivno tako da se raskid odnosno izmjena ugovora dopuste samo onda kad postoji bitan i težak gubitak odnosno bitno i teško otežavanje ispunjenja, a nikako gubitak u manjem opsegu odnosno manji opseg otežanosti ispunjenja.

3.3. *Ostale pretpostavke*

ZOO ne govori izrijeком o tome kakav bi učinak na pravo pogođene strane da zahtijeva raskid odnosno izmjenu ugovora imala činjenica što je on ispunio svoju obvezu. No, sudska se praksa susrela s tužiteljima koji su zahtjev za raskid odnosno izmjenu ugovora postavili nakon ispunjenja obveze, pa je odlučivala i o učinku te činjenice na pravo pogođene strane. Dvije objavljene odluke ukazuju na kontinuitet stajališta da «Strana koja je u roku za ispunjenje ugovora ispunila svoju ugovornu obvezu ne može zahtijevati raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti»,³⁶ odnosno da se zbog promjene okolnosti «Ne može ... raskinuti izvansudska nagodba, o dodjeli na trajno korištenje zamjenskog stana za eksproprijirane nekretnine, koja je u cijelosti realizirana».³⁷ I u njemačkom pravu ispunjenje je okolnost zbog koje prestaje pravo zahtijevati prilagođavanje ugovora promijenjenim okolnostima.³⁸

4. *Tko stječe prava koja su posljedica promjene okolnosti*

Novе, izvanredne, nepredvidive, nesavladive i neizbježne okolnosti, odnosno iste takve promjene postojećih okolnosti mogu izazvati navedene posljedice za obje

³⁵ Čl. 369. st. 1. Nacrta

³⁶ Odluka VSRH Rev-101/88 od 28. 12. 1989., PSP-47/75.

³⁷ Odluka VSRH Rev 1331/00 od 17.10.2000., IO VSRH 2/2002.

³⁸ MK, s. 1804.

strane u podjednakoj mjeri ili za jednu stranu u bitno pretežnoj mjeri ili isključivo za jednu stranu.

Iz dikcije odredbe st. 1. čl. 133. – koja govori o jednoj pogođenoj strani i njenom pravu u jednini – očito je da u onom slučaju kad posljedice promjene okolnosti podjednako pogađaju obje strane, ni za jednu stranu ne nastaje nikakvo pravo, nego da ono nastaje samo u slučaju kad posljedice pogađaju samo jednu stranu.

Stoga odgovarajuće pravo i zahtjev stječe samo ona strana kojoj nastanu naprijed navedene posljedice, tj. kojoj promjena okolnosti nanese pretjerani gubitak ili joj pretjerano oteža ispunjenje. Tu stranu nazivamo pogođena strana.

5. Sadržaj prava pogođene strane

1. Strani koja je pogođena promijenjenim okolnostima dosadašnji st. 1. čl. 133. daje samo pravo zahtijevati raskid ugovora, a postojanje samo tog prava – a ne i prava zahtijevati izmjenu ugovora – istaknuto je i u više odluka hrvatskih sudova,³⁹ te u literaturi.⁴⁰ To ujedno znači da pogođena strana nije imala pravo zahtijevati izmjenu ugovora u smislu njegovog prilagođavanja promijenjenim okolnostima, a i da pogođena strana nema pravo na jednostrani raskid ugovora njenim očitovanjem volje.

Kako materijalnopравnom pojmu zahtjeva (ovdje za raskid ugovora) korespondira postupovno pravo na tužbu odnosno postojanje tužbenog zahtjeva za raskid ugovora, za zaključiti je da će – u slučaju potrebe – pogođena strana ostvariti svoje pravo na raskid ugovora u parničnom postupku i to da će ugovor biti raskinut u trenutku pravomoćnosti presude koja ima konstitutivni karakter.⁴¹

S postupovnog stajališta treba reći kako je u sudskoj praksi zauzeto stajalište da zahtjev pogođene strane ne može imati karakter prigovora i da se o njemu ne može raspravljati kao o prethodnom pitanju, nego mora imati karakter upravo tužbenog ili protutužbenog zahtjeva, jer se o raskidu ugovora kao o prethodnom pitanju može govoriti onda kad raskid ugovora nastupa *ex lege*, što nije slučaj kod promijenjenih okolnosti.⁴²

Ipak, i onda kad postoje već navedene pretpostavke usvajanja zahtjeva za raskid ugovora, ugovor ipak neće nužno biti raskinut. Polazeći od načela *favor negotii* i načela jednake vrijednosti davanja, ZOO je pravu pogođene strane da zahtijeva raskid ugovora suprotstavio pravo njenog suugovaratelja da ponudi ili pristane na pravičnu izmjenu ugovora.

O tome će više riječi biti niže, a ovdje je važno konstatirati kako pravo pogođene strane na raskid ugovora postoji ne samo pod navedenim pretpostavkama, nego i pod negativnom pretpostavkom, a to je da suugovaratelj pogođene strane ne ponudi ili

³⁹ Tako i odluka Odluka VSRH, Rev-131/83 od 28. 12. 1983., PSP-24/87 i Odluka VTSRH, Pž-3939/95, od 30. IV. 1996., IO VSRH 2/1997

⁴⁰ Tako i Gorenc, oc., s. 182.

⁴¹ Tako i Gorenc, oc., s. 181.

⁴² Odluka ŽS Ri Gž 282/00 od 16.5.2001., IO VSRH 1/2001.

pristane na to da se odgovarajući uvjeti ugovora pravično izmjene.⁴³

2. Onda kad nastupi promjena okolnosti s opisanim posljedicama, interesi ugovornih strana lako mogu postati suprotstavljeni, a ne više sukladni kao prije toga. Situacija u kojoj pogođena strana može zahtijevati samo raskid ugovora posve sigurno lakše doprinosi daljnjem suprotstavljanju stranačkih interesa, nego njihovu usklađivanju. Zbog toga držimo da je Nacrt učinio korak naprijed u pravcu smanjenja napetosti odnosno u pravcu prvenstvenog usklađivanja stranačkih interesa u situaciji nastale promjene okolnosti. Nacrt je to učinio uvođenjem još jednog prava pogođene strane, koje bi – dapače – prema dikciji odgovarajuće odredbe bilo njegovo prvenstveno pravo.

Nacrt je na prvo mjesto stavio pravo pogođene strane «zahtijevati da se ugovor izmijeni», a tek potom «ili čak i raskine». Očita je, iz toga, nakana autora Nacrta da se smanje napetosti između strana i upute u prvom redu na usklađivanje njihovih interesa, dok bi raskid ugovora bio krajnja («čak i raskine») mjera za slučajeve kad je nemoguće postići prilagođavanje ugovora promijenjenim okolnostima, tj. njegovu izmjenu tako da u novim okolnostima odgovara interesima suugovaratelja.

Dosljedno držimo da – s postupovnog stajališta – pogođenoj strani prema Nacrtu pripada pravo ne samo upraviti tužbeni zahtjev na raskid ugovora nego i pravo zahtijevati izmjenu ugovora u sudskom postupku.

6. Položaj druge ugovorne strane

Za položaj suugovaratelja pogođene strane relevantne su odredbe st. 4. i 5. čl. 133. odnosno čl. 369. Nacrta, koje nisu doživjele sadržajne izmjene.⁴⁴

1. Pri sklapanju ugovora obje su strane imale određeni interes i očekivanja posljedica ispunjenja, koji su u tada postojećim okolnostima bili uravnoteženi. Obostranim ispunjenjem bila bi postignuta svrha koju su i jedan i drugi suugovaratelj imali u vidu pri sklapanju ugovora. Zbog novih odnosno promjene postojećih okolnosti i negativnih posljedica koje to ima za jednu (pogođenu) stranu, toj strani daje se pravo zahtijevati raskid ili izmjenu ugovora.

Istodobno negativne posljedice za jednu ne znače nužno i pozitivne posljedice za drugu stranu, nego je moguće da zbog novih odnosno promjene postojećih okolnosti druga strana ne stekne nikakvu korist. Osim toga, ni pogođena strana ni druga strana nisu skrivile promjenu okolnosti niti odgovaraju za to.

Zbog toga posljedice novih ili promijenjenih okolnosti treba ravnomjerno

⁴³ Čl. 133. st. 5. ZOO, kojem u bitnom odgovara čl. 369. st. 4. Nacrta, glasi: «Ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uvjeti ugovora pravično izmijene».

⁴⁴ Jedina je izmjena u st. 4. koji sad govori o «odredbama ugovora», a ne o «uvjetima ugovora», što je samo terminološko preciziranje odnosno usklađenje s vrijedećom pravnom terminologijom. Uvjeti ugovora su kolokvijalni izraz pod kojim se ne podrazumijevaju uvjeti u smislu koji tom pojmu daje ZOO u čl. 74. – 76., nego odredbe ugovora.

raspodijeliti na obje ugovorne strane.

Upravo imajući to u vidu, najprije je pogođenoj strani dano pravo zahtijevati raskid ili izmjenu ugovora, a zatim i drugoj strani pravo da ponudom odnosno pristankom na izmjenu ugovora otkloni zahtjev pogođene strane za raskid ugovora, ako bi njen zahtjev bio upravljen na raskid. Prema tome, **«ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uvjeti ugovora pravično izmijene»**.⁴⁵ U svezi s ovom odredbom sudska praksa očitovala se najmanje tri puta. Najprije je jednostavno konstatirala da «ugovor neće biti raskinut zbog promijenjenih okolnosti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uvjet ugovora pravedno izmijene»,⁴⁶ no kasnije je to dopunila shvaćanjem kako pogođena strana nema pravo zahtijevati izmjenu ugovora, nego ona ovisi o volji druge strane, tj. predstavlja pravo druge strane. U tom je pravcu navedeno kako se «bez pristanka suprotne strane ne može tražiti izmjenu ugovornih uvjeta»,⁴⁷ a kasnije i kako se drugu stranu «ne može ... prisiliti da prihvati izmjenu ugovora».⁴⁸

Stajalište da se suugovaratelja pogođene strane ne može prisiliti na prihvaćanje izmjene ugovora proizlazi iz odredbi postojećeg ZOO koje pogođenoj strani daju samo pravo zahtijevati raskid ugovora, ne spominjući da bi ona imala pravo zahtijevati i izmjenu ugovora. Nacrt ZOO dopunjava pravo pogođene strane da zahtijeva raskid pravom da zahtijeva i izmjenu ugovora, pa se čini da bi se temeljem nove odredbe ZOO drugu stranu ipak moglo prisiliti na prihvaćanje izmjene ugovora odnosno da postoji mogućnost izmjene ugovora i bez njena pristanka.

2. Na ravnomjernu raspodjelu posljedica promjene okolnosti upravljena je i odredba sadašnjeg st. 5. čl. 133., koja je istovjetna odredbi st. 5. čl. 369. Nacrta.⁴⁹ Prema toj odredbi **«ako izrekne raskid ugovora, sud će na zahtjev druge strane obvezati stranu koja ga je zahtijevala da naknadi drugoj strani pravičan dio štete koju trpi zbog toga»**.

Za primjenu ove odredbe – prema njenoj dikciji – potrebno je da pogođena strana zbog raskida ugovora pretrpi neku štetu, a treba uočiti i činjenicu da za naknadu pravičnog dijela štete koju trpi pogođena strana ovdje nije potrebna ni krivnja druge strane, niti bilo kakva njena – uključujući i štetna – radnja.

7. Odlučivanje suda o raskidu odnosno izmjeni ugovora

1. U slučaju promjene okolnosti suugovaratelj pogođene strane može se suglasiti s njenim traženjem raskida odnosno izmjene, pa će – u takvom slučaju – ugovor

⁴⁵ Čl. 133. st. 4. Čl. 369. st. 4. Nacrta samo je izraz «uvjeti ugovora» promijenio u «odredbe ugovora», što sadržajno odredbu ne mijenja.

⁴⁶ Odluka VSRH Rev-959/82 od 13. 1. 1983., PSP-23/89.

⁴⁷ Odluka Os Split Gž-2967/87 od 20. 11. 1987., PSP-36/60.

⁴⁸ Odluka VTSRH, Pž-3939/95 od 30. IV. 1996., IO VSRH 2/1997.

⁴⁹ Tako i Gorenc, oc., s. 182.

biti sporazumno raskinut odnosno izmijenjen. U slučaju suugovarateljeva odbijanja pogođenoj strani pripada zahtjev za raskid odnosno izmjenu ugovora, o kojem će odlučivati sud. Ako bi zahtjev bio upravljen na raskid, suugovaratelj može ponuditi ili pristati na pravičnu izmjenu ugovora.

Odredba čl. 135. odnosno čl. 371. Nacrta nabraja okolnosti kojima se sud treba rukovoditi i o kojim treba voditi računa **«pri odlučivanju o raskidu ugovora odnosno o njegovoj izmjeni»**, pa je prvo pitanje na što točno cilja ova odredba.

Na prvi bi pogled mogla navesti na pomisao kako su njome određene daljnje pretpostavke postojanja prava pogođene strane, jer su u njoj navedene okolnosti kojima se sud rukovodi pri odlučivanju o raskidu odnosno izmjeni. No, mišljenja smo da se ovdje ne radi o pretpostavkama o kojima bi ovisilo usvajanje odnosno odbijanje zahtjeva, jer su te pretpostavke utvrđene odredbama čl. 133. i dosad već opisane. Umjesto toga držimo da se ovdje radi o okolnostima kojima se sud treba rukovoditi pri odlučivanju o tome hoće li ugovor izmijeniti ili raskinuti. Na to ne upućuje samo to što pretpostavke postojanja prava pogođene strane utvrđuje čl. 133., nego i okolnosti nabrojene u čl. 135., a također i navođenje da se radi o okolnostima kojima se sud rukovodi pri odlučivanju o izmjeni «odnosno» raskidu ugovora.

2. Pri odlučivanju postoji samo jedna okolnost kojom se sud treba rukovoditi i nekoliko koje treba uzeti u obzir. Držimo da razlika između «rukovođenja» i «uzimanja u obzir» nije samo terminološka nego i sadržajna, pogotovu kad se uzme u obzir navođenje da se sud treba rukovoditi «načelima poštenog prometa» odnosno «načelom savjesnosti i poštenja». Sadržajna razlika sastojala bi se u tome što ono čime se sud rukovodi ima prvenstvo, odnosno predstavlja temeljni kriterij ili prizmu kroz koju se promatra sve ono što treba uzeti u obzir. Ili, ono što se treba uzeti u obzir, uzima se u obzir ako je to sukladno onome čime se sud mora rukovoditi.

3. Prema vrijedećem tekstu sud se rukovodi **«načelima poštenog prometa»**, a prema Nacrtu **«načelom savjesnosti i poštenja»**.

Literatura je i dosad pod načelima poštenog prometa razumijevala «pravni standard koji postoji u pravnom prometu ponajprije na načelima savjesnosti i poštenja»,⁵⁰ pa stoga zahtjev Nacrta da se sud rukovodi «načelom savjesnosti i poštenja» ne možemo uzeti kao bitni pomak, nego prije kao preciziranje i pojašnjenje kriterija kojim se sud treba rukovoditi. K tome, dobro je i ovdje naglasiti nužnost primjene jednog od temeljnih načela obveznog prava, dio čije svrhe i jest u tome da otkloni mehaničku primjenu normi i uzme u obzir pristup ugovornih strana sklapanju i ispunjenju ugovora.⁵¹

⁵⁰ Gorenc, oc., s. 183.

⁵¹ Usp. Gorenc, oc., s. 10. – 12., Baretić, Marko: Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci br. 1./2003. i Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (2003.), br. 1.

4. U odnosu na postojeći tekst Nacrt je izmijenio ne samo formulacije glede okolnosti koje se moraju uzeti u obzir, nego i same okolnosti.

4.1. Prema vrijedećem tekstu sud je - između ostalog - morao uzimati u obzir i «**opći interes**», što je posljedica činjenice da je tekst formuliran u vrijeme kad je društveno uređenje dopuštalo pretjerani upliv «općeg» u privatno. Uzimanje općeg interesa u obzir dosljedno promjeni društvenog uređenja više prema Nacrtu nije potrebno.

4.2. Kao i dosad, tako i prema Nacrtu sud treba uzeti u obzir interese obje strane i svrhu ugovora.

Sud je dužan voditi računa o interesima obje strane, što se može shvatiti na sljedeći način. Pogođenoj strani ispunjenje će biti pretjerano otežano ili će joj nastati gubitak. S druge strane, u slučaju raskida određeni gubitak će izvjesno pretrpjeti njen suugovaratelj. U situaciji u kojoj će jedna od strana pretrpjeti neki gubitak, vođenje računa o interesima obje strane shvaćamo kao uputu sudu da svojom odlukom ukupne gubitke učini najmanjim mogućim uz uvažavanje načela jednake vrijednosti davanja.

4.3. Odgovarajući rizik potrebno je uzeti u obzir i prema vrijedećem tekstu i prema Nacrtu. No prema vrijedećem tekstu u obzir je trebalo uzeti uobičajeni rizik kod ugovora odnosno vrste, a prema Nacrtu u obzir treba uzeti podjelu rizika koja proizlazi iz ugovora ili zakona.⁵²

Pri sklapanju svakog ugovora – a naročito dugotrajnijeg – uvijek postoji određeni normalni gospodarski rizik i taj uobičajeni rizik svaka strana treba snositi sama.⁵³ Taj rizik sastoji se u obvezi «vođenja brige o mogućnosti normalnog snošenja gubitka u poslovnom prometu, na nastanak kojeg se mora računati unaprijed pri sklapanju ugovora».⁵⁴ No stupanj rizika koji pri sklapanju ugovora na sebe preuzimaju ugovorne strane ne mora biti nužno podjednak – nego može biti i bitno uneravnotežen – iz čega u dijelu švicarske literature proizlazi stajalište da nema sudskog prilagođavanja ugovora onda kad je strana sama snosila rizik promjene okolnosti.⁵⁵

4.4. Trajanje i djelovanje izvanrednih okolnosti, kao okolnost koju treba uzeti u obzir, novina je Nacrta, koja proizlazi iz mogućnosti da izvanredne i nove okolnosti ne promijene okolnosti – koje su postojale u vrijeme sklapanja ugovora – trajno, nego samo privremeno, iz čega može proizaći mogućnost da jednoj strani ispunjenje postane pretjerano otežano ili joj nanese pretjerano veliki gubitak samo tijekom određenog vremena. Kako rok ispunjenja može biti neobično važan, ovime se upućuje sud na mogućnost – primjerice – izmjene roka ispunjenja.

⁵² Prema Nacrtu sud treba uzeti u obzir «rizika koja proizlazi iz ugovora ili zakona», u čemu Nacrt slijedi odredbu par. 313. njemačkog BGB, koji rabi identičnu formulaciju. V. Palandt: BGB, 62. izdanje, čl. 313. st. 1.

⁵³ MK, s. 1832.

⁵⁴ Gorenc, oc., s. 183.

⁵⁵ Schwenzer, oc., s. 233.

5. Pri odlučivanju o izmjeni odnosno raskidu ugovora, uzimajući naznačene okolnosti u obzir, držimo da bi sud u prvom redu trebao nastojati pravično izmijeniti, a raskinuti tek onda kad je takvu izmjenju zaista nemoguće postići. Na ovome stajalištu stoji i dio poredbene literature.⁵⁶

Kad je riječ o izmjeni ugovora, sud treba nastojati mijenjati ugovor u najmanjoj mogućoj mjeri u odnosu na njegov prvobitni sadržaj⁵⁷ i mora izabrati one posljedice ili učinke prilagođavanja koji najbolje odgovaraju smislu koji ugovor ima za obostrane interese suugovaratelja.⁵⁸ U tom kontekstu dio poredbene literature zauzima stajalište da se pri prilagođavanju⁵⁹ ugovora sud treba rukovoditi ne samo načelom savjesnosti i poštenja, nego i hipotetičnom voljom ugovornih strana, a ugovor se može prilagoditi npr. olakšanjem obveze jedne strane ili povećanjem protučinidbe.⁶⁰

8. Posljedice raskida

Raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti jedan je od modaliteta raskida ugovora. Zbog toga će raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti izazvati iste one posljedice koje izaziva i svaki drugi raskid ugovora. Kako su učinci raskida ugovora na općeniti način uređeni odredbom čl. 132. ZOO, to će se i u slučaju raskida – suglasnom voljom strana ili konstitutivnom presudom suda – i na raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti primijeniti ta odredba ZOO.

Razumije se da će raskidom ugovora strane biti oslobođene svojih obveza.

Također se razumije da će nastati obostrana obveza restitucije, tj. uzajamnog vraćanja onog što je ispunjeno drugoj strani temeljem raskinutog ugovora. Ipak, ovdje se neće raditi o uzajamnom vraćanju potpunog ispunjenja pogođene strane, jer onda kad ona pravodobno ispuni svoju obvezu, ugovor uopće neće moći biti raskinut zbog promijenjenih okolnosti.⁶¹ Stoga će se ovdje moći raditi samo o vraćanju djelomičnog ispunjenja koje je dala pogođena strana i vraćanju djelomičnog ili potpunog ispunjenja koje je dao njen suugovaratelj.

Osim ovih, posljedica raskida ugovora može biti i naknada štete, za čije nastupanje je - uz druge elemente - potrebno i postojanje odgovornosti jedne strane za raskid ugovora.

U slučaju promijenjenih okolnosti pogođenoj strani se ne može pripisati odgovornost za raskid, pa će biti isključena primjena odredbi o učincima raskida u tom dijelu. Iako odgovornost pogođene strane za raskid ugovora ne postoji, treba

⁵⁶ MK, s. 1816. i Schwenger, oc., s. 234.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, oc., s. 278.

⁵⁹ U dijelu poredbene literature i propisa ne govori se o izmjeni nego o prilagođavanju ugovora promijenjenim okolnostima (Schwenger, oc., s. 231., Gauch/Schluep/Schmid/Rey, oc., s. 275., par. 313. BGB.).

⁶⁰ Schwenger, oc., s. 234.

⁶¹ V. naprijed Pretpostavke – ostale pretpostavke.

uočiti kako zbog raskida druga strana može pretrpjeti štetu te kako je ugovor raskinut upravo stoga da bi pogođena strana izbjegla štetne posljedice. Može se, dakle, reći da se s jedne strane ugovor raskida zbog izbjegavanja štetnih posljedica za jednu stranu, a s druge strane istodobno time nanosi šteta drugoj strani, i to unatoč činjenici da ni jedna ni druga strana ne odgovaraju za događaj poradi kojeg je ugovor raskinut. Teret posljedica snosila bi samo jedna strana.

Polazeći od potrebe ravnomjerne raspodjele posljedica događaja za koje ni jedna od strana ne odgovara i odredba st. 5. čl. 133. i sadržajno identična odredba st. 5. čl. 369. Nacrta utvrđuju kao moguću posljedicu raskida ugovora i obvezu pogođene strane da suugovaratelju naknadi pravični dio štete koju njen suugovaratelj trpi zbog raskida ugovora. U ovom kontekstu pojam «pravičnosti» držimo da treba uzeti tako da se pod pravičnošću razumije uspostavljanje ravnoteže ugovornih strana i glede štete koju one trpe.

9. Ostalo (obveza obavješćivanja)

1. Općenito govoreći, pravodobna obaviještenost ugovornih strana o svim događajima koji mogu utjecati na tijek i urednost ispunjavanja ugovornih obveza nužna je upravo zbog toga da bi ugovorne obveze mogle biti ispunjene uredno i na taj način zadovoljena ona očekivanja koja su imali suugovaratelji pri sklapanju ugovora i koja su ujedno pravno zaštićena. Zbog toga načelo savjesnosti i poštenja podrazumijeva – između ostalog – i obvezu obavješćivanja suugovaratelja o svim događajima koje smo spomenuli, a odredba novog čl. 348. (sadašnjeg čl. 268.) na općeniti način utemeljuje odštetnu odgovornost svakog onog suugovaratelja koji je bio dužan obavijestiti drugu stranu o činjenicama koje mogu utjecati na njihov odnos, a propustio je to pravodobno učiniti, pa je zbog tog propuštanja druga strana pretrpjela štetu.

2. Odredba čl. 134., odnosno čl. 370. Nacrta ova opća pravila izrijekom utvrđuje i glede slučaja promijenjenih okolnosti,⁶² uz napomenu da su razlike između tih odredbi jezične i da ne mogu utjecati na sadržaj.

Nakana zahtijevati izmjenu ili raskid ugovora svakako je za «život» jednog ugovora iznimno važan događaj, odnosno činjenica, i upravo je zbog te iznimne važnosti strana koja je pogođena promjenom okolnosti dužna obavijestiti svog suugovaratelja o svojoj nakani da zahtijeva raskid odnosno izmjenu ugovora. Prema tekstu odredbe ona bi bila dužna to učiniti «**čim sazna da su takve okolnosti nastupile**». Po mišljenju autora, u trenutku promjene okolnosti sagledavanje poslje-

⁶² Ova odredba glasi: «Strana koja je ovlaštena da zbog promijenjenih okolnosti zahtijeva raskid ugovora dužna je o svojoj namjeri da traži raskid ugovora obavijestiti drugu stranu čim sazna da su takve okolnosti nastupile, a ako to ne učini, odgovara za štetu koju je druga strana pretrpjela zbog toga što joj zahtjev nije bio na vrijeme priopćen».

dica nije nužno moguće, a time postaje nemoguće očekivanje da bi pogođena strana već u tom trenutku odlučila o tome hoće li zahtijevati raskid ugovora. Umjesto toga, za to je katkad potrebno neko vrijeme. Zbog toga držimo da bi u trenutku promjene okolnosti bilo dostatno – za ispunjenje obveze obavješćivanja – obavijestiti suugovaratelja o promjeni okolnosti i mogućnosti postavljanja zahtjeva za raskid odnosno izmjenu ugovora, a ne nužno čvrsto definirati nakanu da se to zahtijeva.

Okolnosti se mogu mijenjati postupno, a ne uvijek naglo ili odjednom, tako da bi u nekom konkretnom slučaju bilo teško odrediti trenutak u kojem je nastupila njihova promjena. Iako bi iz odredbe čl. 370. moglo proizaći kako je pogođena strana dužna obavijestiti suugovaratelja tek onda kad je posve izvjesno da su se okolnosti promijenile, moglo bi se zauzeti i stajalište da iz načela savjesnosti i poštenja proizlazi obveza obavješćivanja i prije tog trenutka, odnosno već onda kad postoji mogućnost ili vjerojatnost promjene okolnosti.

3. Glede posljedica neispunjenja obveze obavješćivanja najprije treba reći da obavješćivanje nije pretpostavka zahtijevanja raskida odnosno izmjene ugovora, te da neispunjenjem ove obveze pogođena strana ne gubi pravo to zahtijevati.

Jedina posljedica neispunjenja ove obveze sastoji se u nastanku odgovornosti pogođene strane za štetu koju bi druga strana pretrpjela zbog propuštanja pogođene strane da pravovremeno dade obavijest. Ova odgovornost pogođene strane neće postojati – unatoč propuštanju – ako ona ne zahtijeva raskid odnosno izmjenu ugovora jer u takvom slučaju se uopće ne može govoriti o šteti koju bi druga strana pretrpjela, budući da ugovor nije ni izmijenjen niti raskinut.

Korištena literatura i izvori

1. Baretić, Marko: Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka, br. 1/2003.
2. Chitty on Contracts, 27. izdanje, Vol. 1.
3. Rummel, Peter (ur.) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2. izdanje.
4. Bianca, C.M. – Bonell, M.J.: Commentary on the International Sales Law (The 1980 Vienna Sales Convention), 1987.
5. Code Civil, 100. izdanje, 2001., s. 847. i 850.
6. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. izdanje
7. Gorenc, Vilim – Schwank, Friedrich – Slakoper, Zvonimir: Međunarodna pravila za kupoprodaje plaćanja i arbitraže, Zagreb, 1996.
8. Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, 1998.
9. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br./god. 1994., 1/1997., 2/1997., 4/1997., 1/2000., 1/2001., 2/2002.
10. Lukšić, Branimir: Nemoguće i otežano – viša sila i promijenjene okolnosti u međunarodnim trgovačkim ugovorima, Pravo i porezi 6/94.
11. McKendrick, Ewan: Contract Law, 2003.
12. Muenchener Kommentar BGB, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. izdanje.
13. Nacrt Zakona o obveznim odnosima, Ministarstvo pravosuđa RH, lipanj 2004.

14. Nicholas, Barry: *The French Law of Contract*, 1992.
15. Palandt: *Buergerliches Gesetzbuch*, 62. izdanje.
16. Pregled sudske prakse Naše zakonitosti br. 23, 24, 30, 35, 36, 40, 44, 47.
17. Schwenger, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. izdanje.
18. Schlechtriem, Peter: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 1998.
19. Slakoper, Zvonimir: *Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (2003), br. 1.
20. *Codice Civile*.
21. Treitel, G. H.: *The Law of Contract*, 9. izdanje.
22. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*.
23. *Uniform Commercial Code*, izdanje 1995.
24. Vizner, Boris: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., Knjiga I.
25. Vuković, Mihajlo: *Opći dio građanskog prava*, Knjiga II., Zagreb, 1960.
26. *Zakon o obveznim odnosima*.

Nacrt Zakona o obveznim odnosima (Ministarstvo pravosuđa, lipanj 2004.)

4. Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti

Pretpostavke za raskid

Članak 369.

(1) Ako bi zbog izvanrednih okolnosti nastalih nakon sklapanja ugovora, a koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo pretjerano otežano ili bi joj nanijelo pretjerano veliki gubitak, ona može zahtijevati da se ugovor izmijeni ili čak i raskine.

(2) Izmjenu ili raskid ugovora ne može zahtijevati strana koja se poziva na promijenjene okolnosti ako je bila dužna u vrijeme sklapanja ugovora uzeti u obzir te okolnosti ili je mogla izbjeći ili savladati.

(3) Strana koja zahtijeva izmjenu ili raskid ugovora ne može se pozivati na promijenjene okolnosti koje su nastupile nakon isteka roka određenog za ispunjenje njezine obveze.

(4) Kad jedna strana zahtijeva raskid ugovora, ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajuće odredbe ugovora pravično izmijene.

(5) Ako izrekne raskid ugovora, sud će na zahtjev druge strane obvezati stranu koja ga je zahtijevala da ovoj naknadi pravičan dio štete koju trpi zbog toga.

Dužnost obavješćivanja

Članak 370.

Strana koja je ovlaštena zbog promijenjenih okolnosti zahtijevati izmjenu ili raskid ugovora dužna je o svojoj namjeri obavijestiti drugu stranu čim sazna da su

takve okolnosti nastupile, a ako to ne učini, odgovara za štetu koju je druga strana pretrpjela zbog toga što joj zahtjev nije bio na vrijeme priopćen.

Okolnosti značajne za odluku suda

Članak 371.

Pri odlučivanju o izmjeni ugovora odnosno o njegovu raskidu sud će se rukovoditi načelom savjesnosti i poštenja, vodeći računa osobito o svrsi ugovora, o podjeli rizika koja proizlazi iz ugovora ili zakona, o trajanju i djelovanju izvanrednih okolnosti te o interesima objiju strana.

Odricanje od pozivanja na promijenjene okolnosti

Članak 372.

Strane se mogu ugovorom unaprijed odreći pozivanja na određene promijenjene okolnosti, osim ako je to u opreci s načelom savjesnosti i poštenja.

Summary

CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS IN PRESENT LAW AND IN DRAFT LAW ON OBLIGATIONS

In comparison with the Law on Obligations, adopted into the Croatian legal system in 1991, the draft Law on Obligations contains substantially different rules on the *clausula rebus sic stantibus*. The differences primarily relate to notion and effects of *clausula rebus sic stantibus* in order to give rise to certain rights, to rights of adversely affected party, and to circumstances that should be taken into account by the deciding court.

Motivated by the mentioned changes, this paper presents a systematic overview of this institute under the present Law on Obligations, taking into account the textual analysis and views of legal doctrine, but also related case-law that has provided answers to some open issues. Relevant solutions in comparative law have been presented respectively (German, Swiss, French, Italian, British law).

The structure of this paper – comparatively examining present Law and Draft Law – includes, first, preconditions for the application of this institute, and then legal position of adversely affected party and other contracting party, including significant new possibility of adversely affected party not only to terminate contract but also to demand revision of contractual clauses according to newly appeared circumstances. Furthermore, circumstances that are taken into consideration by a court deciding on termination or revision of a contract are examined, and finally, consequences of termination as well as adversely affected party's obligation to provide information are presented.

Key words: *obligations, contract, newly appeared circumstances, clausula rebus sic stantibus, draft Law on Obligations, clausula rebus sic stantibus in comparative law.*

Zusammenfassung

VERÄNDERTE HEUTIGE UMSTÄNDE UND DIEJENIGEN IM ENTWURF DES GESETZES ÜBER SCHULDVERHÄLTNISSE

Der Entwurf zum Gesetz über Schuldverhältnisse regelt das Institut der veränderten Umstände (*clausula rebus sic stantibus*) bedeutend anders als dies in dem Gesetz über Schuldverhältnisse, das 1991 übernommen wurde, der Fall ist. Das bezieht sich hauptsächlich auf den Begriff selbst und auf die Wirkungen, die die veränderten Umstände schaffen sollten damit die betroffene Seite entsprechendes Recht erlangt, ebenso bezieht es sich nur auf die Rechte dieser Seite sowie auf die Umstände, die das Gericht bei seiner Entscheidung in Betracht nimmt.

Diese Veränderungen sind Anlass für eine systematische Darstellung dieses Instituts nach dem übernommenen ZOO (Gesetz über Schuldverhältnisse), wobei auch ein Text der Vorschriften und die einheimische Rechtsliteratur berücksichtigt wurden ebenso wie die Gerichtspraxis, die einige der offenen Fragen gelöst hat. An entsprechenden Stellen werden auch Fälle aus dem vergleichenden Recht dargestellt (dem deutschen, schweizerischen, französischen, italienischen und englischen).

Die Arbeit ist so strukturiert, dass – durch vergleichende Betrachtung von Urteilen und Urteilsentwürfen – zuerst die Voraussetzungen für eine Anwendung des Instituts angeführt werden, wo die Bezahlung des Vertrags und andere Voraussetzungen getrennt betrachtet werden, und danach die Rechtslage der betroffenen Seite und ihres Mitverhandelnden, wo eine bedeutende neue Möglichkeit der betroffenen Seite besteht, nicht nur eine Lösung des Vertrags sondern auch eine Anpassung an die neuen Umstände zu verlangen. Danach werden die Umstände angeführt, die das Gericht bei der Entscheidung über die Lösung bzw. die Veränderung des Vertrags berücksichtigt und die Pflicht zur Informationen, die die betroffene Seite zu erfüllen hat.

Schlüsselwörter: *Schuldrecht, Vertrag, veränderte Umstände, Klausel rebus sic stantibus, Entwurf zum Gesetz über die Schuldverhältnisse, Veränderung der Umstände im vergleichenden Recht.*

Sommario

CAMBIAMENTO DI CIRCOSTANZE OGGI E NEL DISEGNO DI LEGGE SUI RAPPORTI OBBLIGATORI

Il Disegno di Legge sui rapporti obbligatori contiene regole sostanzialmente differenti sul cambiamento di circostanze (*clausula rebus sic stantibus*) rispetto alla Legge sui rapporti obbligatori adottata nell'anno 1991. Le differenze sono relative principalmente alla nozione e agli effetti del cambiamento di circostanze per originare determinati diritti, sui diritti della parte interessata e sulle circostanze che dovrebbero essere considerate dal tribunale decidente.

Sul fondamento delle modifiche menzionate questo saggio presenta una rassegna sistematica dell'istituto nella presente Legge sui rapporti obbligatori, prendendo in esame l'analisi testuale e la letteratura giuridica domestica, ma anche la relativa prassi giudiziale che ha fornito risposte ad alcune questioni aperte. Sono presentate le rispettive soluzioni rilevanti in diritto comparato (tedesco, svizzero, francese, italiano, inglese).

Il lavoro è strutturato – esaminando comparativamente le soluzioni presenti e le soluzioni diseguate – prima con le precondizioni per l'applicazione dell'istituto, dopo con la posizione legale della parte interessata e dell'altra parte contraente, incluse le significative nuove possibilità della parte interessata non solo di risolvere il contratto ma anche di chiedere la revisione delle clausole contrattuali secondo il cambiamento di circostanze. Inoltre sono esaminate le circostanze che sono prese in considerazione dal tribunale decidente su risoluzione o revisione del contratto, e infine sono presentate le conseguenze della risoluzione così come l'obbligazione della parte interessata di fornire informazioni.

Parole chiave: *diritto obbligatorio, contratto, cambiamento di circostanze, clausula rebus sic stantibus, Disegno di Legge sui rapporti obbligatori, cambiamento di circostanze nel diritto comparato.*

OSIGURANJE POTRAŽIVANJA RADNIKA ZA SLUČAJ INSOLVENTNOSTI POSLODAVCA U EUROPSKOME PRAVU U SVJETLU SMJERNICE 80/987/EEZ I SMJERNICE 2002/74/ EZ, S OSVRTOM NA RJEŠENJA U HRVATSKOM PRAVU

Dr. sc. Nada Bodiřoga-Vukobrat, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.736/.739::061.1EU
349.23::061.1EU

Ur.: 8. studenog 2004.

Pr.: 23. prosinca 2004.

Pregledni znanstveni članak

U radu autorica analizira Smjernicu 80/987/EEZ o usuglašavanju prava država članica glede zaštite zaposlenika u slučaju insolventnosti poslodavca i Smjernicu 2002/74/EZ o izmjenama i dopunama Smjernice 80/987/EEZ, dajući raščlambu specifičnih harmonizacijskih metoda u ovoj oblasti. Nadalje analizira polje primjene Smjernica, razine zaštite koje su njima predviđene, jamstvene institucije te judikaturu Europskoga suda. U završnom dijelu rada analizira hrvatska rješenja de lege lata i de lege ferenda.

Ključne riječi: *osiguranje potraživanja radnika, insolventnost, stečaj, radno-zaštitno zakonodavstvo, harmonizacija.*

I. Uvod

Pet je smjernica specifičnoga radnozaštitnoga zakonodavstva, tri navedene koje se odnose na usuglašavanje zakonodavstva država članica u pogledu prava radnika prilikom prijenosa poduzeća (Smjernica 77/187/EEZ, Smjernica 90/50/EZ, Smjernica 2001/23/23/EZ),¹ četvrta koja regulira zaštitu prava radnika u slučaju stečaja njihovog poslodavca (Smjernica 80/987/EEZ), te peta Smjernica 2002/74/EZ, koja mijenja i dopunjuje prethodnu Smjernicu.

Smjernice su usvojene zbog ostvarivanja dva cilja. Predviđene su kao pomoć u ovom procesu restrukturiranja kako bi omogućile stvaranje tržišno sposobnijih i efikasnijih poduzeća. Zbog toga se smjernice nisu bavile pitanjima ovlasti uprave društva prilikom prijenosa društva i otpuštanja radnika. S druge strane, one su bile

¹ Vidi šire: Bodiřoga-Vukobrat, N./Horak, H., Radni odnosi kod statusnih promjena u europskome pravu, Zbornik Pravog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24., br. 1. Rijeka, 2003., str. 393-412.

namijenjene ublažavanju socijalnih posljedica tih odluka te ublažavanju njihovih efekata. Zbog ovoga su bile namijenjene poticanju poduzetništva, te istovremeno stvaranju većeg stupnja socijalne zaštite.

S nastankom zajedničkoga tržišta, EZ je pozornost usmjerila na socijalne posljedice transnacionalnoga korporativnog restrukturiranja poduzeća, koje su nastale zbog potrebe tržišne ekonomije te uspostavljanja velikih poduzeća koja su u mogućnosti djelovati na širokom ekonomskom prostoru kao «global player».

II. Posebnosti procesa harmonizacije

Razdoblje od nastanka Europske zajednice do kasnih sedamdesetih godina prošloga stoljeća naziva se u literaturi «zlatnim razdobljem harmonizacije europskoga prava, pa tako i europskoga radnoga prava».² U europskome radnome pravu to je vrijeme u kojemu se sve više pozornosti obraćalo na uvjete života građana zajednice te uvjete rada, nastojeći ih što više ujednačiti.

U siječnju 1974. godine usvojen je Socijalni akcijski program³ prema naputcima koje je Vijeću dala Komisija. Kako se naglašavalo, cilj programa bio je fokusiranje na četiri sljedeća područja: zaštita zaposlenika i poboljšanje uvjeta rada, jednakost muškaraca i žena, suodlučivanje zaposlenika i pitanja glede Socijalnoga fonda. Znakovito je da su ove ključne točke vodile snažnijem naglašavanju socijalne politike u Jedinostvenom europskom aktu (Single European Act). Nakon usvajanja Jedinostvenog europskog akta posebnu su važnost dobili:

- djelomična harmonizacija – u području zaštite prava zaposlenika;
- načelo jednakosti – koje je imalo središnju ulogu u praksi Europskoga suda, posebno u sferi stvaranja prava;
- harmonizacija tehničkih standarda – prvi «framework directive» u području zaštite zdravlja i sigurnosti na radu;
- socijalni dijalog na razini Zajednice.⁴

Na razini Zajednice veoma je važno naći odgovarajući instrument harmonizacije. Također, važno je utvrditi načine transponiranja te implementiranja u nacionalno zakonodavstvo države članice. Zapravo, može se govoriti o općoj shemi: zakonodavna politika, usvajanje pravne norme, preuzimanje, implementiranje u nacionalni pravni poredak, te primjena.⁵

² Vidi šire: Marglin, S./Schorr, J (Ed.), *The Golden Age of Capitalism: Reinterpreting the Postwar Experience*, Clarendon Press, Oxford, 1992., te Deakin, S., *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, u: Davies, P./Lyon-Caen, A./Sciarra S./Simitis, S.(Ed), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996., str. 62-93.

³ OJ 1974, C 13/1

⁴ Kenner, J., *EU Employment Law*, Oxford, Hart Publishing, 2003., str. 26.

⁵ Oppermann, Th., *Europarecht*, 2. Auflage, 1999., str. 250. i dalje, Curtin D./Mortelmans, K., *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script*, u Curtin, D./Heukels, T., (Ed), *Institutional Dynamic of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schemers*, 1994., str. 426.

Razvidna je bila pragmatičnost glede postizanja ekonomskih i političkih ciljeva. Zapravo, pristup se Zajednice ogledao u interveniranju u područja gdje nacionalni propisi nisu postojali ili su pak propustili regulirati radni okoliš i uvjete rada. Socijalna politika i njezin razvitak u početnim stadijima razvitka izazivala je dvojbe hoće li biti dovoljna za približavanje zakonodavstava (*sufficient convergence*). Međutim, vrijeme je dalo odgovor, uklanjanje zapreka na gospodarskome planu i povećavanje produktivnosti rada, potičući države na sve više socijalne standarde, vodilo je harmonizaciji socijalnih standarda. Usvajanje Socijalno-akcijskog programa bilo je nužno kako se i završio harmonizacijski proces, koje nije moglo tržište učiniti samo po sebi.

Valja istaći da je čl. 94. (ex čl. 100.) bio pravni temelj za izbor mjera usmjerenih na stvaranje i funkcioniranje zajedničkog tržišta.⁶ To je bila središnja točka procesa tzv. «pozitivne harmonizacije», zapravo realiziranja temeljnih sloboda, donošenjem novih propisa te pravnom prilagodbom postojećih nacionalnih propisa. Judikatura Europskoga suda je ne samo ustavnopravno oblikovala temelje europskoga pravnoga sustava (*supremacija*, *neposredna primjena* i *djelovanje*, *preempcija*), nego u isto vrijeme uklanjala barijere na zajedničkome tržištu. Zapravo, proglašavajući određene nacionalne propise protivnim primarnom ili pak sekundarnome pravu Zajednice i propisima donesenima na temelju njih, Europski je sud integrirao «ukidanjem». Zato u ovome slučaju i govorimo o «negativnoj integraciji».

Različitosti industrijskih odnosa, sustava radnoga prava te specifične razlike formi i sadržaja nacionalnih radnih prava predstavljaju nepremostivu prepreku tzv. «potpunoj harmonizaciji». Tako s pravom konstatira Bercusson da je polazna točka politike harmonizacije identifikacija problema zajedničkog različitim europskim državama i pokušaj harmoniziranja prava i prakse u odnosu na dotični problem. To ukazuje da identificiranje zajedničkih problema (*common problems*) koji se odnose na različita nacionalna radna prava ne proizvodi harmonizirani pogled na pravo i praksu.⁷

Implikacije potpune harmonizacije (*full harmonisation*) politički su nepoželjne. Zbog toga se stremilo «različitosti izgrađenoj na zajedničkim standardima». Na ovaj način interesi zaposlenika bili bi osigurani na razini Zajednice, dajući transnacionalnu zaštitu kada je potrebna, bez stvaranja skupine pravila koja uređuju radni odnos. U tome smislu, kako s pravom ističe Kenner,⁸ prava odnosno zbiljska ograničenja svojstvena ovim harmonizirajućim ciljevima poslužila su kao osnova za njihovo opravdanje uz obrazloženje da pomažu eliminirati neloyalnu utakmicu.

Zapravo, koristeći se smjernicama, Zajednica postavlja standarde koji bi trebali biti prihvatljivi svim državama, ali isto tako i dovoljno fleksibilni da dopuštaju poboljšanja na nacionalnoj razini.⁹

⁶ Krimphove, D., *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck, 2001., str. 16. i 17.

⁷ Bercusson, B., *European Labour Law*, Butterworths, London, 1996., str. 52.

⁸ Kenner, J., op. cit., str. 29.

⁹ To je popraćeno time da su u svakoj pojedinoj smjernici o zaštiti zaposlenika bile predviđene

Takav pristup razvijao se kroz minimalnu harmonizaciju koja je svoje uporište imala u čl. 118. a. Ugovora o EEZ-u (o zdravlju i sigurnosti zaposlenika), a sada u čl. 137. st. 2. i st. 5. Ugovora o EZ-u. Takav način harmonizacije i takvu tehniku nastavila je razvijati, prilagođavati za uklapanje u Socijalnu povelju iz Amsterdama.¹⁰

Polazeći od Smjernice o skupnim otpuštanjima, Bijela knjiga je naglasila plan za modifikaciju smjernica koje se odnose na pravo radnika u slučaju insolventnosti poslodavca, te zaštitu stečenih prava. Radi postizanja toga cilja Komisija je izradila nekoliko izvješća i studija.¹¹ Godine 1997. bila je osnovana ad hoc skupina koja je analizirala glavne poteškoće glede primjene Smjernice o insolventnosti.¹²

U razdoblju od 1998.-2000.¹³ nije bilo nikakvoga napretka. Usvajanjem «Agende o socijalnoj politici» iz 2000. godine, Komisija je odlučila revidirati Smjernicu sukladno promjenama koje su se dogodile na području radnih odnosa, sukladno judikaturi Europskoga suda.¹⁴ Tako je u svibnju 2001. godine objavljen prijedlog Komisije. Taj prijedlog nastoji pojam insolventnosti proširiti, te istovremeno osigurati veću konzistentnost s drugim smjernicama iz ovog područja.

Ako raščlanimo definiciju insolventnosti koja se nalazi u Smjernici 80/987/EEZ, dade se zaključiti da je Smjernica ograničena na slučajeve u kojima su poslodavci podvrgnuti postupku koji uključuje likvidaciju njihove imovine kako bi podmirili u cjelini zahtjeve vjerovnika.¹⁵ Zapravo, posloprimci insolventnih poslodavaca koji nisu podvrgnuti postupcima likvidacije ili sličnim postupcima neće biti zaštićeni prema pravu Zajednice, čak i u slučaju kada imaju nenamirena novčana potraživanja prema poslodavcima kod kojih su prestali s radom. Valja istaknuti da je Komisija ustvrdila da veći broj država članica koristi širu definiciju pojma insolventnosti od onoga koji je predviđen čl. 2. st. 1. Uredbe 1346/2000. o postupku u slučaju insolventnosti.¹⁶

odredbe koje su dopuštale državama članicama primjenu ili uvođenje propisa in favorem zaposlenika.

¹⁰ Tako je u Smjernici o skupnim otpuštanjima 98/59/EZ, precizan djelokrug postupovnih obveza delegiran na pojedinu državu članicu, ne samo kod izbora metoda za izračun broja i vremena otpuštanja već i za propuštanje postupaka notifikacije i definiranje predstavnika zaposlenika. Sud je potvrdio u predmetu C 382/92 *Commission v. United Kingdom* da Smjernica nije imala namjeru potpune harmonizacije nacionalnih sustava. Ograničenost prirode takve harmonizacije ne umanjuje učinkovitost Smjernice.

¹¹ Vidi COM(95) 164 i COM(96) 696.

¹² Prijedlog Komisije je bio nametanje socijalnopolitičke obveze državama članicama osnovati institucije koje će jamčiti posloprimcima plaćanje nenaplaćenih zahtjeva za naknadu za određeno razdoblje, a čiji su poslodavci postali insolventni. Čini se da bi zbog toga svaki daljnji pokušaj koji se odnosi na nedostatke ili pak praznine u nacionalnim zakonodavstvima putem jačanja zaposleničkih prava bio kontroverzan. Vidi šire: Explanatory Memorandum, COM(2000) 832.

¹³ COM (98) 259.

¹⁴ COM (2000) 379., Također, vidi šire, O' Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Hart Publishing, 2002., str. 267-275.

¹⁵ Vidi čl. 2. Smjernice 80/987/EEZ, kako je dao tumačenje Europski sud u predmetu C-479/93 *Frankovich II v. Italy* (1995) ECR I-3843.

¹⁶ Reg. 1346/2000 EC, OJ 2000, L 160/1.

Zbog svega naprijed iznijetoga Komisija je predložila novu definiciju u Nacrtu izmijenjene Smjernice o insolventnosti u čl. 2. st. 1.¹⁷

Prvenstveno zbog razloga promjena u pravu insolventnosti (insolvency law) 2002. godine usvojena je nova Smjernica 2002/74/EZ o izmjenama i dopunama Smjernice 80/987/EEZ.¹⁸ Države članice dužne su uskladiti svoje nacionalno zakonodavstvo s odredbama iste od 8. listopada 2005. godine.

Novom Smjernicom usvojena je definicija insolventnosti koja je predložena u istaknutom Nacrtu. Ujedno se u točki 5. preambule Smjernice 2002/74/EZ naglašava potreba usklađivanja definicije insolventnosti s novim trendovima u zakonodavstvima država članica.

III. Smjernice o zaštiti radnika u slučaju insolventnosti poslodavca

Smjernica 80/987/EEZ o usuglašavanju prava država članica glede zaštite zaposlenika u slučaju insolventnosti poslodavca je četvrta iz skupine mjera predviđenih za osiguranje zaposlenika.

Zapravo, ova se Smjernica temelji na nacrtu Smjernice od 13. travnja 1978. godine. Razmišljanja su bila da posloprimci, u pravilu, nemaju mogućnosti zaštititi se, kada nastupi insolventnost njihovoga poslodavca. Postupak je za radnika vrlo često netransparentan. Kako bi određeni dio zahtjeva zaposlenika osigurala, Komisija je smatrala da je potrebno usvojiti Smjernicu koja nalaže državama članicama usuglašavanje nacionalnoga zakonodavstva.

Smjernica 80/987/EEZ kao i Smjernica 2002/74/EZ imaju dvostruki cilj: teže usuglašavanju zakona nacionalnih zakonodavstava i promicanju životnih i radnih uvjeta štiteći radnike u slučaju insolventnosti njihovog poslodavca.

Razlozi za donošenje smjernica pokazuju da je nužno osigurati zaštitu zaposlenika u slučaju insolventnosti njihovog poslodavca, naročito kako bi se osigurala isplata njihovih neplaćenih tražbina, uzimajući u obzir potrebu za uravnoteženim gospodarskim i socijalnim razvitkom u Zajednici.¹⁹

¹⁷ Za svrhu ove Smjernice, smatrat će se da je poslodavac insolventan kada je postavljen zahtjev za otvaranje kolektivnog postupanja zbog razloga insolventnosti poslodavca, kako to previđaju zakoni, pravila i upravne odredbe države članice te uključujući djelomično ili potpuno lišenje poslodavčeve imovine i imenovanje likvidatora, kada su organi koji su nadležni prema navedenim odredbama:

- a) odlučili pokrenuti postupak ili
- b) utvrdili da je poduzeće poslodavca definitivno zatvoreno i da raspoloživa imovina nije dovoljna da jamči pokretanje postupka (OJ 201, C 154/109).

¹⁸ Directive 2002/74/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council 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 L 270/10 od 8. listopada 2002. godine.

¹⁹ Barnard, C., *EC Employment Law, Second Edition*, Oxford EC Law Library, 2000., str. 499.

Kao što je naprijed istaknuto, koristeći se harmonizacijskim metodama, Smjernica 80/987/EEZ o insolventnosti sadrži odredbe koje karakterizira fleksibilnost, budući da države članice imaju široki izbor za izračunavanje kompenzacijskih plaćanja-naknada (compensation payments). Zapravo, odobreni iznosi moraju biti za period od najmanje tri mjeseca prije isteka ugovora o radu, ali da obuhvaćaju period sve do 18 mjeseci, ovisno o metodi za izbor relevantnog datuma, a ovisi o državi članici hoće li to biti datum kada je nastupila poslodavčeva insolventnost ili obavijest o otkazu zaposleniku kao posljedica insolventnosti (čl. 3. st. 2, te čl. 4. st. 1 i 2. Smjernice). Također, prema istaknutim Smjernicama, države mogu postaviti gornju granicu odgovornosti za iznesene zahtjeve zaposlenika «kako bi se izbjegla plaćanja iznosa koji prelaze socijalni cilj ove Smjernice». Valja naglasiti da Komisija mora biti informirana o metodama korištenima za postavljanje gornje granice.

Novom Smjernicom iz 2002. godine mijenja se čl. 3. Smjernice 80/987/EEZ na način da države članice trebaju donijeti mjere potrebne za osiguranje plaćanja potraživanja zaposlenika koja proizlaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa, uključujući, kada je to predviđeno u nacionalnom zakonodavstvu, i isplatu otpremnine s danom prestanka radnog odnosa. Ujedno se naglašava da kada se izračunava minimalni period za zaposlenika (minimum period), treba uzeti onaj period koji je za njega povoljniji.²⁰

III.1. Polje primjene Smjernica

Smjernice se, sukladno čl. 1 st. 1., odnose na potraživanja zaposlenika koja se temelje na ugovoru o radu ili radnom odnosu, te su usmjerena prema poslodavcu koji je insolventan.²¹

Prema čl. 2. Smjernice 80/987/EEZ smatra se da je poslodavac insolventan kada je postavljen zahtjev za otvaranjem postupka koji uključuje njegova sredstva poslovanja, kako je to određeno nacionalnim zakonom, odredbama ili upravnim odlukama određene države članice, a s ciljem namirenja zajedničkih tražbina vjerovnika, i koji omogućavaju uzimanje u obzir potraživanja zaposlenika i kada je nadležno tijelo nacionalne vlasti odlučilo otvoriti postupak ili je ustanovilo da je poslodavčevo poduzeće ili poslovanje definitivno zatvoreno te da postojeća sredstva poslovanja nisu dostatna da osiguraju otvaranje postupka.²² Ovo je jedina definicija koja je sadržana u istaknutoj Smjernici.

²⁰ Čl. 1. Smjernice 2002/74/EZ kojim se mijenja čl. 4. Smjernice 80/987/EEZ.

²¹ Council Directive 80/987 of 20 October on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of insolvency of their employer EC, čl. 1., kao i Directive 2002/74/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council 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, čl. 1.

²² Council Directive 80/987 EC čl. 2. st. 1.

Prema Smjernici iz 2002. godine smatrat će se da je poslodavac insolventan kada je postavljen zahtjev za otvaranje kolektivnog postupanja s razloga insolventnosti poslodavca, kako to previđaju zakoni, pravila i upravne odredbe države članice te uključujući djelomično ili potpuno lišenje poslodavčeve imovine i imenovanje likvidatora ili osobe koja obavlja sličnu djelatnost, kada su organi koji su nadležni prema navedenim odredbama:

- a) odlučili pokrenuti postupak ili
- b) utvrdili da je poduzeće poslodavca definitivno zatvoreno i da raspoloživa imovina nije dovoljna da jamči pokretanje postupka.²³

Definiranje pojmova poslodavac i posloprimac prepušteno je nacionalnome zakonodavstvu države članice,²⁴ što znači da osobe koje se to smatraju po nacionalnome pravu države članice, spadaju u personalno polje Smjernice. Valja istaknuti da čl. 1. st. 2. omogućava državama članicama da određene skupine radnika isključi iz personalnoga polja zbog specifičnih ugovora o radu ili radnih odnosa ili zbog postojanja drugih oblika jamstva koji zaposlenicima osiguravaju istu razinu zaštite u slučaju insolventnosti poslodavca. Skupine radnika koje su bile izuzete od primjene Smjernice 80/987/EEZ nalazile su se u dijelu I. i II. Aneksa Smjernici.²⁵ Navedeni je Aneks Smjernicom iz 2002. godine brisan, što je objašnjeno potrebom pravne sigurnosti i transparentnosti.

Cilj je Smjernica osiguranje potraživanja posloprimaca, koja tijekom trajanja radnoga odnosa sukladno pozitivnopravnim propisima države članice nisu isplaćena. Tome cilju služe odredbe glede osiguranja novčanih potraživanja, s jedne strane, te zahtjevi socijalnopravne prirode, s druge strane. Valja naglasiti da se ovdje radi o minimalnim standardima koji se moraju poštivati, jer čl. 9. Smjernice 80/987/EEZ izrijekom dopušta primjenu nacionalnoga zakonodavstva ako je to u interesu posloprimca, tj. ako je povoljniji za posloprimca. Navedena se odredba nije mijenjala Smjernicom iz 2002. godine.

Za definiciju ostalih pojmova kao što su radnik, poslodavac, plaća, pravo koje neposredno ovlašćuje i pravo koje posredno ovlašćuje Smjernice upućuju na nacionalno zakonodavstvo.

Prema Smjernici iz 1980. godine, države članice imaju mogućnost isključiti primjenu Smjernice za dvije kategorije zaposlenika. Radnici mogu biti isključeni zbog naravi «specijalne prirode» samog ugovora o radu. Detalji su predviđeni u Aneksu Smjernice. Oni uključuju kućne pomoćnice u Španjolskoj, osobe koje rade s nepunim radnim vremenom u Nizozemskoj, pojedine zaposlenike koji rade u kući i zaposlenike s nepunim radnim vremenom u Irskoj, te posade brodova. Drugi

²³ Čl. 1. Smjernice 2002/74/EZ vezano za izmjene i dopune čl. 2. st. 1. Smjernice 80/987/EEZ.

²⁴ Weber, *Sicherung des Arbeitsentgelts bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers*, Juni 1996., EAS B 3300, Rn. 18.

²⁵ Vidi šire *Case C 22/87 Commission v. Italy* (1989) ECR 143., te *Case CC-334/92 Wagner-Miret v. Fondo de Garantía Salarial* (1993) ECR I-6911.

način isključenja od primjene odnosi se na postojanje drugih oblika osiguranja koji radniku pružaju istu razinu zaštite kao i sama Smjernica. Isto tako i oni su nabrojani u Aneksu: posade brodova, stalni i umirovljeni radnici lokalnih ili drugih javnih vlasti, određene grupe nastavnika u Irskoj. Može se izvući zaključak koji slijedi iz cilja Smjernice: osiguranje minimuma zaštite za sve radnike. Zbog same izvanredne prirode mogućnosti isključenja primjene, sukladno čl. 1 st. 2., ova odredba ne može biti široko interpretirana. Ograničena je isključivo na kategorije zaposlenika navedenih u Aneksu Smjernice.²⁶

Ovdje je došla do izražaja posebnost fleksibilnosti Smjernice o insolventnosti (isključenje skupina zaposlenika ako se smatra da imaju ugovor o radu »posebne prirode« koji se nalazi na popisu Aneksa). Postojanje Aneksa može se objasniti zahtjevom za postojanje jednoglasnosti između država članica, što predstavlja još jedan u nizu kompromisa, na štetu zaposlenika. Ovakvo je rješenje posebno arbitrarno za one skupine zaposlenika koji su na neki način isključeni od minimalnoga stupnja zaštite predviđenoga Smjernicom.²⁷

Potrebno je istaknuti da se u prijedlog Nacrta Smjernice²⁸ nastojalo umetnuti odredbu koja propisuje da države članice ne smiju isključiti part-time zaposlenike (zaposlenici sa nepunim radnim vremenom, povremeno zaposleni), zaposlenike koji imaju ugovor o radu na određeno vrijeme te zaposlenike koji su privremeno zaposleni, što je i usvojeno novom Smjernicom. Također je jasno stajalište Komisije da se izbací Aneks koji dopušta državama članicama da iz njezinog polja primjene isključi određene zaposlenike. Komisija smatra da su te iznimke u suprotnosti sa socijalnom politikom Zajednice.²⁹ Ovakvo je stajalište Komisije shvatljivo i u svjetlu Uredbe 1346/2000/EZ, te Smjernice 98/50/EZ.

Međusoban odnos čl. 1. st. 1. i st. 2. i čl. 2. razmatran je u slučaju Francovich (I).³⁰ Tu je poslodavac podnositelja zahtjeva otišao u likvidaciju, ostavljajući ih sa neisplaćenim zaostalim plaćama u vrijeme kada je vlada Italije propustila implementirati Smjernicu. Nakon odluke Suda u slučaju Francovich Vlada Italije

²⁶ Schmidt, M., *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, 2001., str. 238.

²⁷ U predmetu C-53/88, *Commission v. Greece* (1990) ECR I-3931, Sud je smatrao da Smjernica nudi minimum zajamčene zaštite svim zaposlenicima i iznimke su samo moguće na način iznimke interpretacijom.

²⁸ OJ 2001, C 154/109.

²⁹ Prijedlog izmijenjenoga čl. 1. zadržava iznimku za nacionalne službenike (domestic servants) koje zapošljava fizička osoba i ribare (share-fisherman). Također, države članice mogu isključiti zahtjeve «određenih kategorija zaposlenika» na temelju «postojanja drugih oblika osiguranja ako je utvrđeno da one osobama na koje se odnose pružaju jednaki stupanj zaštite, onome koji proizlazi iz ove Smjernice».

³⁰ Tu je poslodavac podnositelja tražbine otišao u likvidaciju, ostavljajući ih s neisplaćenim zaostalim plaćama u vrijeme kada je vlada Italije propustila implementirati Smjernicu. Sud je odlučivao ima li osoba prava sukladno Smjernici. Nacionalni sud mora prvo utvrditi da li se ta osoba smatra zaposlenom prema nacionalnom zakonodavstvu te je li ona isključena iz polja primjene Smjernice, sukladno čl. 1. st. 2. i Aneksu, te nakon toga utvrditi postoji li stanje insolventnosti prema čl. 2. Smjernice.

donijela je zakon kojim se implementira Smjernica u nacionalno zakonodavstvo. Unutar tog zakona određene kategorije zaposlenika bile su isključene od postupaka kojima se zadovoljavaju kolektivni zahtjevi vjerovnika. U slučaju Francovich (II)³¹ nacionalni sud postavio je pitanje da li je to u skladu s čl. 2. Smjernice. Sud je rekao da to jasno proizlazi iz pojmova čl. 2., tj. da se poslodavac može smatrati insolventnim ako su ispunjena četiri uvjeta:

- da zakoni, odredbe i administrativne odluke država članica predviđaju postupke u kojima su uključena poslodavčeva sredstva poslovanja za zadovoljenje vjerovničkih potraživanja;
- da radnička potraživanja, koja se temelje na ugovoru o radu ili radnom odnosu također mogu biti uzeta u obzir u takvim postupcima;
- da je podnesen zahtjev za otvaranje postupka;
- da je nadležna nacionalna vlast odlučila ili pokrenuti postupak ili ustanoviti da je poslodavčevo poduzeće ili poslovanje definitivno zatvoreno te da postojeća sredstva poslovanja nisu dostatna da osiguraju otvaranje postupka.

Kao što je naprijed istaknuto, donošenjem Smjernice 2002/74/EZ Aneks kojim se predviđaju iznimke od primjene Smjernice 80/987/EEZ stavljen je izvan snage. U novoj Smjernici usvojena su predlagana stajališta kojima se izuzimaju od polja primjene Smjernice nacionalni službenici (domestic servants) koje zapošljava fizička osoba te ribari (share fishermen).³² Ujedno, države članice mogu isključiti zahtjeve «određenih kategorija zaposlenika» na temelju «postojanja drugih oblika osiguranja ako je utvrđeno da one osobama na koje se odnose pružaju jednaki stupanj zaštite, onome koji proizlazi iz ove Smjernice».

Smjernice se ne mogu odnositi na radnike čiji je ugovor o radu ili radni odnos bio sklopljen s poslodavcem koji ne može, prema nacionalnom zakonodavstvu, biti subjekt postupka namirenja zajedničkih potraživanja vjerovnika.³³ Takav poslodavac ne može biti u stanju insolventnosti, prema poimanju kakvo se koristi u Smjernici, premda bi to moglo značiti da se zaštita koju pruža Smjernica može razlikovati između država članica zbog razlika u nacionalnim pravilima koja se odnose na insolventnost.³⁴ Ovo se isto ističe u uvodu Smjernice 80/987/EEZ naglašavajući da razlike među državama postoje u odnosu na razinu zaštite zaposlenika, ali da treba učiniti dodatne napore za usklađivanje ovih razlika, što bi kao posljedicu moglo imati direktan utjecaj na funkcioniranje zajedničkog tržišta.

Novom Smjernicom iz 2002. godine reguliraju se slučajevi insolventnosti poduzeća koje obavlja svoje djelatnosti na području dvije ili više država članica (prekogranični slučajevi insolventnosti).³⁵ Dakle, novim čl. 8.a. propisano je da kada je poduzeće koje obavlja svoje djelatnosti na području najmanje dvije države članice

³¹ Case C-479/93, op. cit.

³² Čl. 1. Smjernice 2002/74/EZ kojim se mijenja čl. 1. st. 3. Smjernice 80/987/EEZ.

³³ Barnard, C., op. cit., str. 501.

³⁴ Schmid, M., op. cit. str. 240. i dalje.

³⁵ Navedene odredbe nisu postojale u Smjernici iz 1980. godine.

insolventno, u skladu s definicijom propisanom u Smjernici, nadležno je tijelo države članice u kojoj zaposlenik odnosnog poduzeća radi ili uobičajeno radi. U navedenim situacijama za povećanje zaposlenikovih prava primijenit će se pravo koje se primjenjuje na navedeno tijelo. Člankom 8b. državama članicama nametnuta je obveza učiniti dostupnima relevantne informacije njihovim nadležnim administrativnim tijelima i/ili jamstvenim institucijama, a kako bi se informiralo jamstvenu instituciju nadležnu za isplatu tražbina zaposlenika. Ujedno, države članice moraju obavijestiti Komisiju i druge države članice o kontaktima njihovih nadležnih administrativnih organa i/ili jamstvenih institucija.

U slučaju Francovich postavilo se pitanje odgovornosti države, tj. naknade štete, zbog neispunjavanja obveza koje nameće pravo Zajednice. Nacionalni sudac postavlja pitanje postojanja i opsega odgovornosti države zbog štete nastale kršenjem obveza koje proizlaze iz prava Zajednice.³⁶ Mnoge države nisu poznavale odgovornost države zbog zakonodavnoga propusta. Predmet Francovich, te kasnija judikatura Europskoga suda doprinijeli su da se u tim državama uspostavi i sankcija i novo postupovno sredstvo (tužba za naknadu štete zbog legislativne greške države). Ono zbog čega je presuda u slučaju Frankovich izazvala pozornost široke javnosti jest to što je Sud prvi puta veoma jasno i izriječno ustvrdio da se radi o vrsti pravne zaštite koja je zasnovana na pravu Zajednice.³⁷

Zapravo, presudom u slučaju Francovich, Sud je osnažio vrste pravne zaštite koje stoje na raspolaganju pojedincima, pred nacionalnim sudovima, ako im je onemogućeno ostvarivanje subjektivnoga prava koje proistječe iz prava Zajednice. Iz svega ovoga što prethodi slijedi da pravo Zajednice nameće načelo prema kojemu su države članice obvezne naknaditi štetu pojedincima zbog kršenja prava Zajednice koje se može njima pripisati.³⁸

U slučaju Francovich Sud je postavio tri uvjeta za odgovornost države, koje je kasnije preradio. Prvi je da pravilo koje je prekršeno mora biti s ciljem da dodjeljuje prava pojedincima i sadržaj tih prava mora biti raspoznatljiv. Drugi uvjet je da povreda mora biti dosta ozbiljna, a treći da treba postojati direktna uzročna

³⁶ Ugovorom o EZ-u stvoren je pravni poredak EZ-a, koji proizvodi pravne učinke u državama članicama i koji nacionalni sudovi moraju primjenjivati. Subjekti tog prava nisu samo države, već i njezini stanovnici kojima na isti način kako nameće neke obveze tako dodjeljuje i određena prava koja postaju dio njihovog pravnog nasljeđa. Ova prava izviru ne samo u slučaju kad ih Ugovor izričito spominje, već isto tako i iz odnosa obveza koje Ugovor nameće pojedincima, državama i institucijama Zajednice. Treba konstatirati da bi bila jako narušena potpuna primjena normi Zajednice i oslabljena zaštita priznatih prava, kada pojedinci ne bi imali mogućnost ostvariti naknadu kada država povrijedi njihova prava koja proistječu iz prava Zajednice. To je posebno bitno kada je potpuna efikasnost prava Zajednice podređena uvjetu određene radnje države. Pojedinci se u nedostatku te radnje ne mogu pozivati pred nacionalnim sudom na to pravo, priznato pravom Zajednice. *Joined Cases C-94/95 and 95/95 Danila Bonifaci and others (C-94/95) and Wanda Berto and others (C-95/95) v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).*

³⁷ U hrvatskoj literaturi vidi šire: Čapeta, T., *Sudovi Europske unije: nacionalni sudovi kao europski sudovi*, IMO, 2002., str. 156-157.

³⁸ *Joined Cases C-6/90 and C-9/90*, op. cit.

veza između povrede i obveze. Zapravo, kako s pravom konstatira Čapeta, predmet Francovich je dao dodatnu mogućnost traženja pred Sudom nove vrste pravne zaštite u slučaju kada zbog nemogućnosti izvršenja konkretne obveze, a na temelju norme Zajednice za koju je odgovorna država, štetu pretrpi pojedinac.³⁹

Prema ovoj odredbi, a na temelju odredba o odgovornosti svojeg nacionalnog zakonodavstva država mora nadoknaditi štetu. Uvjeti za naknadu štete u nacionalnom zakonodavstvu ne smiju biti nepovoljniji te ne smiju biti tako postavljeni da je objektivno nemoguće ili nerazmjerno teško ostvariti naknadu štete.

U slučajevima Maso⁴⁰ i Bonifaci⁴¹ Sud je razmatrao da li država, kada je odgovorna za naknadu štete pojedincima zbog zakašnjelog implementiranja Smjernice, može legitimno primjenjivati sa retroaktivnim učinkom mjere koje je usvojila sa zakašnjenjem uključujući i ograničenja predviđena čl. 4. st. 2. Smjernice.⁴²

III.2. Zaštita koju pružaju Smjernice

Smjernice predviđaju tri vrste zaštite zaposlenika: isplatu neisplaćenih tražbina zaposlenika od strane poslodavca, uključujući zaostale plaće, od strane posebno uspostavljene jamstvene institucije; osiguranje od strane države članice da neuplaćeni socijalni doprinosi od strane insolventnog poslodavca ne utječu negativno na radničke naknade; u slučaju bivših zaposlenika, zaštitu njihovih prava na mirovine unutar dopunskih osiguranja.

III.2.1. Isplata od strane jamstvenih institucija

Članak 3. st. 1. Smjernice 80/987/EEZ kao i čl. 1. Smjernice 2002/74/EZ obvezuju države članice na uspostavu jamstvene institucije kako bi osigurale isplate neisplaćenih tražbina zaposlenika utemeljenih na ugovoru o radu ili radnom odnosu za vrijeme koje je prethodilo određenom datumu. Sukladno čl. 3. st. 1. Smjernice 80/987/EEZ zahtjevi zaposlenika, uključujući plaću, osigurani su za vrijeme koje je prethodilo određenom datumu. Prema Smjernici iz 1980. godine, kao i novoj iz 2002. godine, države članice mogu odrediti datum i vremensko razdoblje za koje osiguravaju isplatu.⁴³ Smjernica iz 1980. godine sadrži sljedeće relevantne trenutke za izračun:

³⁹ Čapeta, T., op. cit., str. 159., u inozemnim udžbenicima europskoga prava presuda u slučaju Francovich razmatra se u kontekstu odgovornosti države za neimplementiranje smjernice u nacionalno zakonodavstvo te odgovornosti države za tako nastalu štetu. Vidi šire: Craig, P./de Burca, G., *EU Law*, Oxford, second edition, 1998., str. 236-252.

⁴⁰ Case C-373/95 Federica Maso and others and Graziano Gazzetta and others v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) and Repubblica Italiana.

⁴¹ Joined Cases C-94/95 and 95/95 op. cit.

⁴² Uz to, trebalo je odrediti opseg naknade štete u slučaju zakašnjelog implementiranja. Sud je utvrdio da je država članica ovlaštena primjenjivati retroaktivno zakašnjele implementacijske uvjete prema takvim zaposlenicima.

⁴³ Čl. 3. st. 2. Smjernice 80/987/EEZ kao i čl. 1. Smjernice 2002/74/EZ.

1. od dana otvaranja stečaja nad poslodavcem;
2. od dana obavijesti o otpuštanju danoj zaposleniku zbog otvaranja stečaja nad poslodavcem;
3. od dana otvaranja stečaja nad poslodavcem ili dana od kojeg je ugovor o radu prestao vrijediti zbog otvaranja stečaja.⁴⁴

Prema novoj Smjernici 2002/74/EZ. godine mijenja se navedeni čl. 3. Smjernice 80/987/EEZ na način da države članice moraju donijeti mjere potrebne za osiguranje plaćanja potraživanja zaposlenika koja proizlaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa, uključujući, kada je to predviđeno u nacionalnom zakonodavstvu, i isplatu otpremnine s danom prestanka radnog odnosa.

Prema Smjernici iz 1980. godine što je sadržano i u novoj Smjernici iz 2002. godine države mogu iskoristiti mogućnost ograničavanja odgovornosti, međutim Smjernica postavlja minimalne zahtjeve ovisno o odabranom vremenu:

1. ako je odabran «dan otvaranja stečaja nad poslodavcem», država mora osigurati najmanje isplatu neisplaćenih tražbina koje se odnose na plaću za posljednja tri mjeseca prema ugovoru o radu koji se ostvario unutar perioda od šest mjeseci od otvaranja stečaja nad poslodavcem;
2. ako je odabran dan kada je dana obavijest o otpuštanju zaposleniku zbog otvaranja stečaja nad poslodavcem, država mora osigurati najmanje isplatu neisplaćenih zahtjeva koji se odnose na plaću za posljednja tri mjeseca prema ugovoru o radu koji se ostvario prije dana obavijesti o otpuštanju danoj zaposleniku zbog otvaranja stečaja nad poslodavcem;
3. ako je odabran dan otvaranja stečaja nad poslodavcem ili dan od kojeg se ugovor o radu prestao primjenjivati zbog otvaranja stečaja, država mora osigurati najmanje isplatu neisplaćenih tražbina koje se odnose na plaću za posljednjih osamnaest mjeseci prema ugovoru o radu koje su nastale prije otvaranja stečaja nad poslodavcem ili dana od kojeg se ugovor o radu prestao primjenjivati zbog otvaranja stečaja. U ovom slučaju države mogu ograničiti odgovornost za isplatu plaće koja odgovara periodu od osam tjedana ili nekoliko kraćih perioda ukupnog trajanja osam tjedana.⁴⁵

U ostvarivanju takvog izbora država ima mogućnost biranja vremenskog razdoblja osiguranja od tri mjeseca do osam tjedana, ovisno o slučaju, izračunatom prema prethodnom članku. Članak 3. Smjernice 80/987/EEZ ovlašćuje državu pri izboru dana početka osiguranja, ali ta diskrecija dana državi, izbor više vrsta mogućnosti kako ostvariti predviđeni cilj Smjernice, ne isključuje mogućnost da se pojedinci pozivaju na takvo pravo pred nacionalnim sudom, ako je ono dovoljno precizno i određeno na temelju odredba same Smjernice. U ovom slučaju cilj kojemu se teži je da zahtjevi zaposlenika budu isplaćeni u slučaju insolventnosti poslodavca. Činjenica što čl. 3. i 4. st. 1. i 2. Smjernice 80/987/EEZ dopuštaju mogućnost izbora

⁴⁴ Blainpain, R., *Restructuring of enterprises*, Kluwer, 2000., str. 280.

⁴⁵ Council Directive 80/987/EC, op. cit., čl. 4. st. 2.

metode određivanja osiguranja i ograničavanja njegovog iznosa ne utječe na točnu i neuvjetovanu prirodu cilja koji se postavlja. Ustvare, kako su ustanovili tužitelji i Komisija, moguće je odrediti minimalnu garanciju predviđenu Smjernicom oslanjajući se na dan čiji izbor predstavlja najmanju odgovornost za osiguravajuće institucije. To je dan otvaranja stečaja nad poslodavcem, jer su druga dva, onaj o obavijesti o otpuštanju dostavljene radniku te dan od kojega se ugovor o radu ili ugovor o zasnivanju radnog odnosa prestao primjenjivati, prema uvjetima iz čl. 3. iste Smjernice, nužno kasniji nego otvaranje samog stečaja i kao takvi definiraju duži period za koji trebaju biti osigurane isplate. Prema odredbi čl. 4. st. 2. Smjernice 80/987/EEZ mogućnost ograničavanja osiguranja ne predstavlja nemogućnost utvrđivanja minimuma osiguranja. Iz tog članka slijedi da države članice imaju mogućnost ograničavanja visine osiguranja za određena razdoblja koja su prethodila datumu određenom u čl. 3. iste Smjernice. Ti periodi određeni su prema svakoj od tri mogućnosti iz čl. 3., tako da je uvijek moguće odrediti do koje je granice država mogla smanjiti odgovornost predviđenu Smjernicom ovisno o danu kojega bi odabrala da je usvojila Smjernicu.⁴⁶

Razvidno je da na temelju Smjernice 80/987/EEZ postoji kompleksan postupak u kojemu države mogu nametnuti vremensko ograničenje za postavljanje zahtjeva za plaćanje jamstva, koji uključuje tri alternativna datuma što označavaju početak toga perioda. Zbog toga, u cilju pojednostavljenja, Komisija predlaže da se propiše minimalni period plaćanja od tri mjeseca sukladno europskome pravu, a da se državama članicama prepusti da same odrede dan i vremensko razdoblje u pitanju (reference period).⁴⁷

Navedeno stajalište Komisije usvojeno je u novoj Smjernici 2002/74/EZ kojom se mijenja postojeći čl. 3. i 4. Smjernice 80/987/EEZ. Tim se izmjenama državama članicama prepušta određivanje dana i vremenskog razdoblja.

III.2.2. Jamstvene institucije

Isplata neisplaćenih tražbina zaposlenika osigurana je od strane jamstvenih institucija (eng. guarantee institutions, njem. Garantieeinrichtungen).⁴⁸ Države članice same postavljaju detaljna pravila o organizaciji, financiranju i funkcioniranju jamstvenih institucija, koja moraju biti sukladna sa sljedećim:

⁴⁶ Joined Cases C-6/90 and C-9/90, op. cit.

⁴⁷ Ne samo da bi to bilo u skladu s načelom supsidijarnosti, već bi to, također, omogućilo državama članicama da pokriju troškove nakon perioda u pitanju kada se poslovanje poduzeća nastavlja i vrši isplata plaća. Izmijenjena odredba, čini nam se, omogućila bi državama članicama da postave gornju granicu plaćanja jamstvene institucije pod uvjetom da informiraju Komisiju o metodama koje su upotrijebili pri postavljanju gornje granice.

⁴⁸ Čl. 3. st. 1. Smjernice 80/987/EEZ kao i čl. 1. Smjernice 2002/74/EZ vezano za izmjene čl. 3. Smjernice 80/987/EEZ.

1. imovina institucija mora biti neovisna od poslodavčeve imovine te odvojena od postupka insolventnosti;
2. poslodavci moraju sudjelovati u njenom financiranju, osim ako to nije u potpunosti preuzeto od strane javnih vlasti;
3. odgovornost institucija ne smije ovisiti o činjenici jesu li obveze participacije u davanjima ispunjene.⁴⁹

Smjernice o insolventnosti poslodavca ne zahtijevaju od strane države članice da stvori jednu jedinstvenu jamstvenu instituciju za sve kategorije poslodavaca, što bi kao posljedicu uzrokovalo ovisnost svih članova uprave o jamstvenim institucijama koje su osnovane i za druge kategorije zaposlenika.

U slučaju Wagner⁵⁰ Europski je sud razmatrao ova pitanja. Sud je donio odluku da u slučaju kada nacionalno zakonodavstvo, premda interpretirano u smislu Smjernice, ne dopušta uključivanje članova uprave u sustav osiguranja njome predviđen, ti članovi imaju pravo zahtijevati naknadu štete od strane odnosne države zbog njezina propuštanja usklađivanja sa Smjernicom.⁵¹

U slučaju Francovich (I) Sud je uzeo u obzir odnos članaka 3. i 4. Smjernice 80/987/EEZ, o sadržaju jamstva, da je točno određen i neuvjetovan kako bi bio neposredno efektivan. Stoga omogućuje nacionalnom sudu utvrditi da li je određeni subjekt obuhvaćen Smjernicom.⁵² Slično u slučaju Wagner-Miret,⁵³ Sud je rekao da diskrecija dana državama glede organizacije, funkcioniranja i financiranja jamstvenih institucija znači da se članovi uprave ne mogu osloniti na Smjernicu kako bi zahtijevali isplatu naknada od strane jamstvenih institucija koje su uspostavljene za druge kategorije zaposlenika.⁵⁴

⁴⁹ Čl. 5. Smjernice 80/987/EEZ.

⁵⁰ Case C-344/92 Wagner Europski je sud ustvrdio da Smjernica ne obvezuje države na stvaranje jedinstvene jamstvene institucije za sve kategorije zaposlenika te, sukladno tome, članovi uprave ne trebaju biti obuhvaćeni tom jedinstvenom jamstvenom institucijom za druge kategorije radnika. Iz mogućnosti diskrecije od strane država članica može se zaključiti da se članovi uprave ne mogu pozivati na ovu Smjernicu kako bi postavili zahtjev za isplatu zaostalih plaća od strane jamstvenih institucija koje su uspostavljene za druge zaposlenike. Uz to što je postojala obveza španjolskog suca da tumači svoj zakon što je više moguće slično cilju Smjernice. Španjolske norme nisu dopuštale da se, sukladno zahtjevima Smjernice, članovi uprave pozivaju na njezine odredbe.

⁵¹ Blainpain, R., *European Labour Law*, Kluwer, 2000., str. 281.

⁵² Činjenica da, prema Smjernici 80/987/EEZ, države članice imaju mogućnost izbora dana od kojega isplata tražbina mora biti osigurana, ne predstavlja nikakvu prepreku – minimum osiguranja predstavlja sam dan koji je određen za osiguravajuća društva, npr. datum otvaranja stečaja nad poslodavcem. Premda je velika sloboda dana državama članicama u uspostavljanju osiguravajućih institucija čl. 5. Smjernice 80/987/EEZ značila nedostatnu preciznost za pojedince kako bi se mogli na nju pozvati pred nacionalnim sudom, Sud je rekao da će država biti odgovorna za neimplementaciju Smjernice.

⁵³ Case C-344/92 Wagner-Miret

⁵⁴ Sud je nakon toga dodao da iako je nacionalni zakon tumačen u smislu Smjernice, on ne dopušta da se članove uprave obuhvati jamstvenim institucijama, ali ti članovi imaju pravo tražiti naknadu štete od države zbog neimplementiranja Smjernice u potpunosti.

U novije vrijeme Sud je razmatrao pitanje u kojemu državna jamstvena institucija mora isplatiti tražbinu kada zaposlenik radi u jednoj državi članici, a nad poslodavcem koji je u drugoj otvorio stečajni postupak. U slučaju Mosbæk⁵⁵ Sud je odlučio da je u državi jamstvena institucija obvezna na isplatu zaposleničkih tražbina po čl. 3. Smjernice 80/987/EEZ ona institucija u kojoj je, prema čl. 2. iste Smjernice, ili odlučeno o otvaranju postupka za namirenje vjerovničkih tražbina ili gdje je poslodavčevo poduzeće zatvoreno.⁵⁶

Dakle, stajalište Suda je bilo da je jamstvena institucija Velike Britanije odgovorna za plaćanje. Suprotno tome u case Everson⁵⁷ irsko poduzeće bilo je uspostavljeno i registrirano u Engleskoj i plaćalo svoje radnike kroz podružnicu, prikupljajući poreze i socijalna davanja prema engleskom pravu. U ovom slučaju bila je odgovorna jamstvena institucija države članice gdje su zaposlenici bili zaposleni.

Valja naglasiti da se u prijedlogu Komisije raspravlja o nedostatku odredbe koja regulira pitanje prekograničnih slučajeva insolventnosti. Zapravo, problematična je situacija kada su zaposlenici pogođeni postupcima insolventnosti koji su započeti u drugim državama članicama.

Nakon slučajeva Mosbæk i Everson, te usvajanja Uredbe o insolventnosti, koja propisuje automatsko priznanje insolventnosti započete u drugoj državi članici, Komisija je predložila da se izvrši kodifikacija sukladno presudama u ova dva predmeta.

Zbog navedenih razloga u novoj Smjernici 2002774/EZ unesene su nove odredbe kojima se reguliraju prekogranični slučajevi insolventnosti. Dakle, novim čl. 8.a. propisano je da kada je poduzeće koje obavlja svoje djelatnosti na području najmanje dvije države članice insolventno, u skladu s definicijom propisanom u Smjernici, nadležno je tijelo države članice u kojoj zaposlenik odnosno poduzeća radi ili uobičajeno radi. U navedenim situacijama za povećanje zaposlenikovih prava primijenit će se pravo koje se primjenjuje na navedeni organ.

Razvidno je da je judikatura Europskoga suda ovdje imala pravnostvaralačku ulogu. To je vidljivo i u memorandumu Komisije, gdje se predlaže da poslodavac mora biti dostatno poslovno prisutan na teritoriju gdje zaposlenik radi, uključujući plaćanje zaposlenika u toj zemlji, te poslovati s administrativnim vlastima te države i odgovarati za socijalna davanja.⁵⁸

⁵⁵ Case C-117/96 Danmarks Aktive Handelsrejsende, acting on behalf of Carina Mosbæk v Lønmodtagernes Garantifond (1997) ECR I-5017.

⁵⁶ U Case C-117/96, Mosbæk. Englesko poduzeće sa zaposlenikom u Danskoj postalo je insolventno. Poduzeće nije bilo osnovano, niti je registrirano u Danskoj. Sud je naveo da jamstvena institucija mora biti ona gdje je, ili odlučeno da se započne s postupkom za kolektivno ispunjenje zahtjeva vjerovnika ili gdje je utvrđeno da je poduzeće ili poslovanje definitivno prestalo.

⁵⁷ Case C-198/98 Everson and T. J. Barrass v Secretary of State for Trade and Industry and Bell Lines Ltd. (1999) ECR I-8903.

⁵⁸ COM (2000) 832.

IV. Rješenja u hrvatskome pravu de lege lata

U Republici Hrvatskoj donesen je Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca⁵⁹ te Zakon o Fondu za razvoj i zapošljavanje.⁶⁰

Već u članku 1. Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca zakonodavac je predvidio da se Zakonom utvrđuju vrste i opseg prava u slučaju stečaja poslodavca. Zakon je predvidio osnivanje jamstvenog fonda pod nazivom Fond za razvoj i zapošljavanje. Čini nam se da takvo ime nije adekvatno i da je valjalo fond nazvati jamstvenim fondom, što bi trebao biti u naravi i sukladno europskome pravu, na što bi upućivao čl. 5. Zakona.⁶¹

Međutim, kada čl. 1. spomenutog Zakona tumačimo u kontekstu čl. 1.⁶² Zakona o Fondu za razvoj i zapošljavanje, razvidno je da hrvatski zakonodavac nije imao na umu jamstveni fond, kakav predviđa Smjernica 80/987/EEZ i Smjernica 2002/74/EZ, nego je stvorio «razvojni fond», koji je zbir htijenja i želja, a ne harmonizirana jamstvena institucija sukladno Smjernicama 80/987/EEZ i 2002/74/EZ.

Članak 2. Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca definira pojmove poslodavca, radnika i plaća. Valja kazati da hrvatski zakonodavac nije predvidio ni pojednostavljeni popis iznimki koji predviđa Smjernica 2002/74/EZ.

⁵⁹ Narodne novine br. 114/03., a stupio je na snagu 19. srpnja 2003.

⁶⁰ Narodne novine 107/01., stupio na snagu danom objave, a počeo se primjenjivati 1. siječnja 2002. godine.

⁶¹ Čl. 5. Zakona utvrđuje da su poslovi koje Fond obavlja:

- rješavanje o pravima radnika utvrđenih Zakonom i obavljanje isplate na temelju donesenih rješenja
- osiguravanje zakonitosti ostvarivanja prava radnika
- pružanje stručne pomoći radnicima pri ostvarivanju prava utvrđenim Zakonom
- usmjeravanje i upravljanje sredstvima osiguranim za namjenu utvrđenu Zakonom.

⁶² Čl. 1. Zakona o Fondu za razvoj i zapošljavanje glasi:

(1) Ovim se Zakonom osniva Fond za razvoj i zapošljavanje, te uređuje ustrojstvo, nadležnost, prava i obveze i izvori sredstava Fonda.

(2) Djelatnost Fonda je:

1. poticanje razvoja malih i srednje velikih poduzeća i velikih poduzeća,
2. pružanje pomoći i podrška pri zapošljavanju radnika, osobito mladih i školovanih ljudi, donošenje kvalitetnih i dugotrajnih rješenja i programa za otvaranje mogućnosti gospodarskog razvoja i zapošljavanja,
3. poticanje i sudjelovanje u ostvarivanju razvojnih projekata, investicijskih programa, novih tehnologija, te osobito izvoznih programa,
4. podrška programima županija koje ulažu vlastite napore i sredstva za realizaciju programa zapošljavanja, razvoja poduzetništva i izgradnju infrastrukturnih objekata,
5. pomoć i podrška pri otvaranju poslovnih centara, razvojnih centara, slobodnih zona, industrijskih zona, inkubatora, te tehnoloških parkova,
6. doprinos stvaranju uvjeta za korištenje nekretnina u vlasništvu države u funkciji razvojnih programa,
7. obnova u ratu razrušenih objekata i povratak prognanog i izbjeglog stanovništva.

Člankom 3. predviđeno je da je od konačnosti rješenja u roku od 30 dana Fond dužan radniku isplatiti: neisplaćene plaće za posljednja tri mjeseca prije prestanka radnog odnosa, odnosno otvaranja stečaja (st. 1.), neisplaćene naknade plaće za bolovanje koju je prema propisima o zdravstvenom osiguranju bio dužan isplatiti poslodavac iz svojih sredstava u posljednja tri mjeseca prije prestanka radnog odnosa odnosno otvaranja stečaja (st. 2.), naknadu plaće za neiskorišteni godišnji odmor na koji je radnik stekao pravo u kalendarскоj godini u kojoj je prestao radni odnos, odnosno u kojoj je otvoren stečaj (st. 3.), otpremninu pod uvjetima utvrđenim zakonom, te pravomoćno dosuđenu naknadu štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti.

Činjenica je da države sukladno europskome pravu same postavljaju detaljna pravila o organizaciji, financiranju i funkcioniranju jamstvenih institucija. Sredstva poslovanja jamstvenih institucija moraju biti neovisna od poslodavčeve imovine te odvojena od stečajnoga postupka. Poslodavci moraju sudjelovati u njegovome financiranju, osim ako to nije u potpunosti preuzeto od strane javnih vlasti. U Republici Hrvatskoj financiranje fonda ostvaruje se iz sljedećih izvora: sredstava od prodaje državne imovine, dijela prihoda Hrvatskog fonda za privatizaciju, iz državnog proračuna, iz ostalih izvora sukladno zakonu. Vidljivo je da se hrvatski zakonodavac odlučio za opciju financiranja od strane javnih vlasti.⁶³ Članak 14. utvrđuje da osnivač osigurava sredstva za osnivanje i rad Fonda, a osnivačka prava i dužnosti u ime Republike Hrvatske obavlja Vlada Republike Hrvatske.

Novelom Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003. godine, kako s pravom tvrdi Dika, položaj radnika kao vjerovnika dramatično je pogoršan, jer se po novome tražbine zaposlenika koje su se ranije namirivale kao troškovi stečajnog postupka tek prioritarno namiruju kao tražbine stečajnog vjerovnika. Tražbine radnika koje su se prije namirivale kao tražbine stečajnih vjerovnika prvog višeg isplatnog reda namiruju se kao tražbine stečajnih vjerovnika tzv. općeg isplatnog reda.⁶⁴

Valja istaknuti da se hrvatski zakonodavac odlučio za znatnije pogoršanje položaja radnika nego što je to bilo u ranijem hrvatskome zakonodavstvu.

Također nije konzistentno provedena harmonizacija na horizontalnoj nacionalnoj razini.

Zapravo, hrvatski se zakonodavac odlučio za djelomičnu harmonizaciju hrvatskoga zakonodavstva u ovoj oblasti, budući da su određene odredbe ostale neusklađene, što je naprijed istaknuto.

Nadati se da će nakon provedenoga screeninga nacionalnoga zakonodavstva sukladno europskome pravu, to biti i urađeno.

⁶³ Čl. 3. Zakona o Fondu za razvoj i zapošljavanje.

⁶⁴ Dika, M., *Novela Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003. - opći pregled*, Hrvatska pravna revija, 11/2003., str. 119. Valja istaknuti da se tražbine radnika ne isplaćuju kao troškovi stečajnog postupka nego se isplaćuju kao tražbine prvog višeg isplatnog reda. U stečajni postupak, kada su u pitanju djelomično namirene tražbine radnika koje spadaju u prvi viši isplatni red, stupa Fond kao vjerovnik.

V. Zaključak

Smjernica 80/987/EEZ o usuglašavanju prava država članica glede zaštite radnika u slučaju insolventnosti poslodavca te Smjernica 2002/74/EZ o izmjenama i dopunama Smjernice 80/987/EEZ imaju dvostruki cilj: unaprjeđenje životnih i radnih uvjeta svih vrsta zaposlenika u slučaju insolventnosti njihovog poslodavca te usuglašavanje nacionalnih zakonodavstava. Na njih se mogu pozivati svi zaposlenici koji svoje tražbine temelje na ugovoru o radu, a one teže osiguranju minimuma zaštite. Smjernice navode kada se poslodavac ima smatrati u stanju insolventnosti, dok za druge ključne pojmove (radnik, poslodavac, plaća, radni odnos) Smjernice upućuju na nacionalno zakonodavstvo, što ima za posljedicu različito tumačenje istih pojmova te ne pridonosi usuglašavanju zakonodavstava.

Cilj Smjernica je isplata neisplaćenih tražbina zaposlenika, a u tu svrhu Smjernice nameću obvezu državama za uspostavu jamstvenih institucija koje bi osiguravale takve isplate. Države su tu slobodne u određivanju pravila o organizaciji, funkcioniranju i financiranju takvih institucija, ali Smjernice ne ograničavaju države članice da postavljaju ograničenja glede maksimuma isplate te mogućnosti biranja minimuma osiguranja.

U svezi s pitanjem neposrednog učinka odredaba Smjernica u slučaju neimplementiranja, Sud je zauzeo načelni stav da se pojedinci mogu na njih pozivati ako su one neuvjetovane i dovoljno precizne te ako određuju prava koje pojedinci imaju prema državi.

Vezano za pitanje odgovornosti države zbog kršenja prava zajednice neimplementiranjem mjera Smjernice treba istaknuti da su pojedinci ovlašteni tražiti naknadu izravno od države zbog njezinog propusta, ali postoje tri uvjeta koja moraju biti ispunjena: pravilo mora biti prepoznatljivo i mora dodjeljivati prava, povreda treba biti dovoljno ozbiljna te treba postojati uzročna veza između povrede i propusta države. Visina naknade štete morala bi biti razmjerna s gubitkom ili pretrpljenom štetom kako bi se osigurala učinkovita zaštita.

Smjernica o insolventnosti 80/987/EEZ sadrži odredbe koje karakterizira fleksibilnost, budući da države članice imaju širok izbor za izračunavanje kompenzacijskih plaćanja-naknada (compensation payments). Zapravo, odobreni iznosi moraju biti za period od najmanje tri mjeseca prije isteka ugovora o radu, ali da obuhvaćaju period sve do 18 mjeseci ovisno o metodi za izbor relevantnog datuma, a ovisi o državi članici hoće li to biti datum kada je nastupila poslodavčeva insolventnost ili obavijest o otkazu kao posljedica insolventnosti (čl. 3. st. 2, te čl. 4. st. 1. i 2. Smjernice 80/987/EEZ). Također, države mogu postaviti gornju granicu odgovornosti za iznesene zahtjeve zaposlenika kako bi se izbjegla plaćanja iznosa koji prelaze socijalni cilj ove Smjernice (čl. 4. st. 1. Smjernice). Valja naglasiti da komisija mora biti informirana o metodama korištenim za postavljanje gornje granice.

Razvidna je i potreba za izmjenom Smjernice. Komisija u svome prijedlogu naglašavala osjetljivu ravnotežu između proceduralnoga pojednostavljenja, uključujući uklanjanje nekoliko praznina, te proširenje zaštite prava zaposlenika, što proistječe iz kombinacije kodificiranja sudske prakse Europskoga suda (predmeti *Mosbæk* i

Everson), a sve u skladu s uravnoteženim razvojem prava društava na nacionalnoj razini i razini Europske zajednice. Najnovije presude u predmetima Pflücke,⁶⁵ Mau⁶⁶ i Walcher⁶⁷ to zorno ilustriraju.

Dana 23. rujna 2002. godine usvojena je nova Smjernica 2002/74/EZ o izmjenama i dopunama Smjernice 80/987/EEZ koju države članice moraju implementirati u svoje nacionalno zakonodavstvo do 8. listopada 2005. godine, o čemu su dužne obavijestiti Komisiju.⁶⁸ Ujedno je Komisiji nametnuta obveza podnošenja izvještaja, najkasnije do 8. listopada 2010. godine, o implementiranju i primjeni Smjernice 2002/74/EZ u državama članicama.⁶⁹

Kao što je vidljivo, pitanje insolventnosti poduzeća nije samo problem na hrvatskoj nacionalnoj razini, nego i zemalja članica EZ-a, te na supranacionalnoj razini.

Hrvatsko nacionalno zakonodavstvo izvršilo je djelomičnu harmonizaciju nacionalnoga zakonodavstva sukladno Smjernici. Tijekom prilagodbe nisu korištene mogućnosti koje dopušta Smjernica, a ona je ostavila državama veliki manevarski prostor. Zbog toga će oba Zakona nakon sadašnjeg screeninga nacionalnoga zakonodavstva morati biti harmonizirana sukladno Smjernicama.

Summary

INSURANCE OF WORKERS' CLAIMS IN CASE OF EMPLOYER'S INSOLVENCY IN EUROPEAN LAW IN LIGHT OF DIRECTIVE 80/987/EEC AND DIRECTIVE 2002/74/EC WITH AN OVERVIEW OF RELEVANT CROATIAN LAW

The author analyses the Directive 80/987/EEC on harmonization of law of the Member States on workers' protection in case of employer's insolvency and the Directive 2002/74/EC on amendments and revisions to the Directive 80/987/EEC, presenting specific harmonization methods in this subject area. Furthermore, she analyses Directives' field of application, level of protection, guaranteeing institutions and case-law of the ECJ. Final part of the article contains analysis of the relevant Croatian legal provisions *de lege lata* and *de lege ferenda*.

Key words: *insurance of workers' claims, insolvency, bankruptcy, law on workers' protection, harmonization.*

⁶⁵ Case C-125701 Peter Pflücke v. Bundesanstalt für Arbeit, ECR (2003) I-09375.

⁶⁶ Case C-160/01 Karen Mau v. Bundesanstalt für Arbeit, ECR (2003) I-04791.

⁶⁷ Case C-201/01 Maria Walcher v. Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark, ECR (2003) I-08827.

⁶⁸ Čl. 2. Smjernice 2002/74/EZ.

⁶⁹ Ibid., čl. 4.

Zusammenfassung

SICHERUNG DER FORDERUNGEN DES ARBEITERS IM FALLE DER INSOLVENZ DES ARBEITGEBERS IM EUROPARECHT IM LICHT DER RICHTLINIEN 80/987/ EEG UND 2002/74/EG MIT BLICK AUF DIE LÖSUNGEN IM KROATISCHEN RECHT

Die Autorin analysiert in der Arbeit die Richtlinie 80/987/EEG über die Abstimmung des Rechtes der Mitgliedsstaaten hinsichtlich des Schutzes der Arbeitnehmer im Falle der Insolvenz ihrer Arbeitgeber und die Richtlinie 2002/74/EG über Änderungen und Zusätze der Richtlinie 80/987/EEG indem sie eine Analyse der spezifischen harmonisierenden Methoden in diesem Bereich vorlegt. Außerdem analysiert sie den Anwendungsbereich der Richtlinien, die Ebenen des Schutzes, die in ihnen vorgesehen sind, Garantie-Institutionen sowie die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes. Im Schlussteil analysiert sie kroatische Lösungen *de lege lata* und *de lege ferenda*.

Schlüsselwörter: *Sicherung der Forderungen des Arbeiters, Insolvenz, Konkurs, arbeitsschützende Gesetzgebung, Harmonisierung.*

Sommario

ASSICURAZIONE DELLE DOMANDE DEI LAVORATORI IN CASO DI INSOLVENZA DEL DATORE NEL DIRITTO EUROPEO ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 1980/987/CEE E DELLA DIRETTIVA 2002/74/CE, CON SGUARDO ALLE SOLUZIONI DEL DIRITTO CROATO

Nel lavoro l'Autrice analizza la Direttiva 1980/987/CEE sull'armonizzazione del diritto degli stati membri sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore e la Direttiva 2002/74/CE sulle modificazioni e integrazioni alla Direttiva 1980/987/CEE, presentante specifici metodi di armonizzazione in questo settore. Inoltre, analizza il campo di applicazione delle Direttive, il livello di tutela, le istituzioni di garanzia, e la giurisprudenza della Corte di giustizia europea. La parte finale del lavoro analizza le soluzioni croate *de lege lata* e *de lege ferenda*.

Parole chiave: *assicurazione delle domande dei lavoratori, insolvenza, fallimento, legislazione di tutela del lavoro, armonizzazione.*

ODREĐIVANJE NAKNADE ZA IZVLAŠTENU NEKRETNINU

Mr. sc. Dario Đerđa, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.234
347.426.6
Ur.: 21. prosinca 2004.
Pr.: 31. siječnja 2005.
Pregledni znanstveni članak

U radu je dana analiza određivanja naknade za izvlaštenu nekretninu u hrvatskom i usporednom pravu. U tu je svrhu ponajprije ukazano na praktičnu važnost pravnog instituta izvlaštenja. Slijedi kratak opis obilježja i postupka izvlaštenja. Autor zatim prikazuje rješenja određivanja naknade za izvlaštenu nekretninu usvojena u hrvatskom i usporednom pravu, s posebnim osvrtom na određivanje naknade na osnovi tržišne vrijednosti i određivanje tzv. «pravične naknade». Na kraju, ukratko se osvrće na odluku o naknadi.

Ključne riječi: *izvlaštenje, naknada, tržišna vrijednost.*

1. Uvod

Sve bržim gospodarskim razvojem, pridavanjem sve većeg značenja ulozi javnih službi u modernom društvu te nastojanjima zadovoljenja sve zahtjevnijih potreba od općeg društvenog interesa za građane u državi i jedinicama lokalne samouprave, institut izvlaštenja sve više i više dobiva na važnosti. Tome svakako pridonosi i činjenica da je jedno od osnovnih obilježja tržišnog gospodarstva, ustavom i zakonima adekvatno zaštićeno pravo vlasništva. Kada se imovina privatnih osoba ne bi štitila na odgovarajući način, njezin vlasnik ne bi bio motiviran na sebe preuzeti rizik ulaganja u tu imovinu, jer bi pri tome uvijek postojala mogućnost da od takvog ulaganja ne on, već netko treći, može imati koristi. Stoga se pravo vlasništva redovito štiti pravnim pravilima najviše pravne snage, najčešće ustavima država i međunarodnim ugovorima.¹

¹ Tako primjerice i *Ustav Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 41/01. i 55/01., u članku 48. stavak 1. propisuje: «Jamči se pravo vlasništva». Nadalje npr. *Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke*, u članku 14. stavak 1. propisuje: «Jamče se vlasništvo i pravo nasljeđivanja». Seifert, Karl-Heinz, Hömig, Dieter, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden, 1995. Jamstvo prava vlasništva našlo je npr. svoje mjesto i u *Prvom protokolu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* gdje stoji: «Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva.» *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda: Rim, 4. studenoga 1950.*, Ministarstvo vanjskih poslova, Zagreb, 1996.

Međutim, pravo vlasništva nije neograničeno, već je, ukoliko se to smatra potrebnim, dopušteno da društvena zajednica – država ili jedinica područne (regionalne) samouprave – može utjecati na to pravo.² Ograničiti privatna prava potrebno je kada to zahtijeva opći društveni interes. U protivnom bi vlasnik zemljišta zahvaljujući svom «*monopolnom*» položaju mogao spriječiti daljnji razvoj javnih službi, odbijajući dobrovoljno prenijeti vlasništvo nad svojom nekretninom društvenoj zajednici ili utužujući od nje nerealno visoku naknadu za prijenos vlasništva. Drugi razlog koji ide u prilog izvlaštenju svakako je potreba za učinkovitošću stjecanja nekretnina, jer bi neki vlasnici mogli zbog ovoga ili onoga razloga biti nesposobni poduzimati određene pravne radnje ili jednostavno biti nedostupni tijelima državne vlasti.

Stoga se u nekim slučajevima isključivo zahvaljujući institutu izvlaštenja mogu izgraditi ceste, autoceste, željezničke pruge, brane, postrojenja za proizvodnju električne energije, kanalizacijski sustavi te drugi objekti komunalne infrastrukture, parkovi, bolnice, škole, kao i ostali objekti koji su od općeg društvenog interesa za državu, županiju, grad ili općinu.

Međutim, svakako treba imati na umu da izvlaštenje nije model stjecanja vlasništva koji javna vlast može arbitrarno koristiti, već se primjenjuje samo ako se opravdano zaključi da stjecanje nekretnine u privatnom vlasništvu nije moguće ni na koji drugi način. Tako npr. u § 4. finskog *Zakona o izvlaštenju* stoji kako se izvlaštenje neće provesti ako se svrha izvlaštenja može valjano postići na neki drugi način.³ Ista se odredba susreće i u Švedskoj, dok je u praksi Ustavnog suda Njemačke primjerice izraženo načelo dopustivosti izvlaštenja pod pretpostavkom da se cilj koji se želi postići izvlaštenjem ne može ostvariti slabijim zahvatom u imovinska prava. Borković smatra kako je provođenje izvlaštenja znak da se suprotni interesi, u pravilu gospodarski prema svojoj prirodi, nisu mogli usuglasiti budući da se u najvećem broju slučajeva, makar to zakon i ne propisivao, pristupa prethodnom pokušaju nagodbe.⁴

Poradi gore navedenih razloga, u društvima utemeljenim na privatnom vlasništvu izvlaštenje privatne imovine u javnu korist omogućeno je ponajprije ustavom,⁵ a ako ustavni tekst ne sadrži takve odredbe onda, uvijek zakonima. Tako se najčešće

² *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* u članku 1. *Prvog protokola* određuje: «*Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava.*» te «*Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.*»

³ U skladu s § 12. stavak 2. finskoga *Zakona o izvlaštenju* ono se ne smije koristiti ako je neprikladno da javna korist prevagne nad privatnom. Više o slučajevima u kojima se može provesti izvlaštenje vidi u Viitanen, Kauko, *Just Compensation in Expropriation?*, FIG XXII International Congress, Washington, 2002., str. 1.

⁴ Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 604.

⁵ Tako primjerice *Ustav Republike Hrvatske* u članku 50. stavak 1. propisuje: «*Zakonom je moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.*» *Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke* u članku 14. stavak 3. propisuje:

moćnost provedbe izvlaštenja propisuje ustavom, dok se postupak i ostala važna pitanja provođenja izvlaštenja uređuju posebnim zakonima. Naravno, s ciljem redovitog funkcioniranja slobodnog tržišta propisuju se strogi uvjeti za zadiranje u pravo privatnog vlasništva, pa je tako i sam institut izvlaštenja vrlo strogo pravno normiran.

2. *Općenito o izvlaštenju*

Pojam izvlaštenje ili eksproprijacija dolazi od latinske kovanice *ex* (iz) i *proprius* (vlastit), iz čega je onda složen pojam «*ekspropriare*», «*expropriatio*» (oduzeti, prisilno oduzeti).⁶ U Hrvatskom enciklopedijskom rječniku izvlaštenje je u jezičnom značenju određeno kao «*oduzimanje ili ograničavanje uz naknadu ili bez naknade, nekog prava na imovinu temeljem sudske odluke ili aktom državne vlasti*».⁷ Mnogo suvremeniju definiciju izvlaštenja daje Anić ističući kako je izvlaštenje oduzimanje ili ograničavanje uz naknadu nekog prava na imovinu aktom državne vlasti.⁸

U hrvatskoj pravnoj teoriji prvi je izvlaštenje pokušao odrediti Krbek definirajući ga kao «*oduzimanje ili ograničenje određenog imovinskog prava posebnim aktom državnog organa (obično upravnim aktom) radi opće svrhe uz istovremeno davanje odgovarajućeg prava nekom drugom licu, i to po pravilu uz naknadu (odštetu)*».⁹ Borković je izvlaštenje definirao kao «*pravni institut pomoću kojega država (javna vlast) autoritativnim zahvatom u imovinska prava određenih subjekata oduzima ili ograničava ta prava u svoju korist ili u korist nekog drugog subjekta*»,¹⁰ dok

«*Izvlaštenje je dopustivo samo radi općeg dobra. Može se provesti samo putem zakona ili Temelnog zakona kojim se uređuje način i visina odštete*». I sve državne vlasti saveznih američkih država izvode ovlast pokretanja postupaka izvlaštenja iz svojih državnih ustava, izuzev Sjeverne Karoline, koja ovo pravo izvlači iz zakona. *West's Encyclopedia of American Law*, Vol. 4., West Group, St. Paul, 1997., str. 227. I članak 25. *Ustava Južnoafričke Republike*, <http://pc72.law.wits.ac.za/docs.html>, nadalje određuje kako nitko ne može biti lišen imovine izuzev pod uvjetima zakona koji ima opću primjenu, niti se zakonom smije dopustiti svojevoljno oduzimanje imovine. No, u skladu sa stavkom 2. istoga članka imovina se može izvlastiti, ali samo pod uvjetima sadržanim u zakonskoj odredbi koja ima opću primjenu u javnu svrhu ili u javnom interesu, i uz plaćanje naknade, iznos, vrijeme i način plaćanja koje mora biti ili dogovoren između stranaka koje su u pitanju ili mora biti odlučan od strane suda.

⁶ Uvođenje nove terminologije u naš pravni sustav dovelo je do toga da se pojam «*eksproprijacija*» zamijeni pojmom «*iz-vlaštenje*» koji odgovara duhu hrvatskog jezika. Borković, op. cit., str. 603.

⁷ *Hrvatski enciklopedijski rječnik*, Novi liber, Zagreb, 2002., str. 304.

⁸ Anić, Vladimir, *Rječnik Hrvatskog jezika*, Novi liber, Zagreb, 1998., str. 212. U skladu s današnjim pravnim standardima potpuno je neprihvatljivo izvlastiti nečiju imovinu bez naknade. Davanje primjerene naknade za izvlaštenu imovinu dio pravne doktrine smatra odlučujućim, jer bi se u protivnom radilo ne o izvlaštenju, već o konfiskaciji.

⁹ Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga: Funkcioniranje i upravni spor*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 163.

¹⁰ Borković, op. cit., str. 603.

mu je Ibler pristupio s aspekta međunarodnog javnog prava određujući ga kao, po unutrašnjim pravnim porecima država, prisilno, zakonom predviđeno i regulirano oduzimanje imovine u vlasništvu privatnika koje se aktom vlasti nalaže zbog općih (javnih) interesa.¹¹

Usporedbe radi, izvlaštenje se u Njemačkoj, kao jednoj od država kontinentalnoga pravnog kruga, određuje kao zahvat u vlasništvo privatne osobe, tj. oduzimanje ili opterećenje zemljišta, nekretnine kao i drugih imovinski prava dopuštenih člankom 14. stavak 3. *Temeljnog zakona*, a za dobrobit društva.¹² Ovoj definiciji izvlaštenja njemački pravni leksikoni još kao bitan element pridodaju i praćenje zahvata u vlasništvo «*odgovarajućom naknadom dotadašnjem vlasniku*».¹³ Određivanjem pojma izvlaštenja u Njemačkoj se pozabavila i sudska praksa. Tako je Savezni vrhovni sud Njemačke odredio izvlaštenje vrlo ekstenzivno smatrajući izvlaštenjem svako zadiranje javne vlasti u imovinska prava privatnih osoba, sa svrhom ostvarivanja javnih ciljeva, a koji pojedinca pogađaju nerazmjerno u odnosu na druge osobe. Njemački Savezni ustavni sud postavio je u slučaju *Nassauskiesungsbeschluss* novo shvaćanje pojma izvlaštenja, koje danas slijede njemačka sudska praksa i pravna znanost. U skladu s tom odlukom izvlaštenje je «*samo ono potpuno ili djelomično oduzimanje onih pravnih dobara (vlasništvo u ustavnopravnom smislu) koje se vrši aktom vlasti, a s ciljem ispunjenja određenih javnih zadaća*».¹⁴

U anglosaksonskom pravu izvlaštenje se definira kao isključivo pravo države nad njezinim građanima da oduzme njihovu privatnu imovinu, bez njihovog pristanka, u javne svrhe, a uz plaćanje pravične naknade.¹⁵ Vrlo detaljnu definiciju izvlaštenja u Sjedinjenim Američkim Državama daje *West's Encyclopedia of American Law* koja ga određuje kao «*pravo preuzimanja imovine u javne svrhe od strane države, jedinice lokalne samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima, popraćeno plaćanjem pravične naknade vlasniku imovine*»,¹⁶ dok je u pravu Kanade izvlaštenje određeno jednostavno kao «*prisilno oduzimanje imovine bez suglasnosti vlasnika*».¹⁷ Pravo

¹¹ Ibler, Vladimir, *Rječnik međunarodnog javnog prava*, Informator, Zagreb, 1987., str. 79. U hrvatskoj pravnoj teoriji susreće se još Salmina definicija izvlaštenja. On navodi da je «*eksproprijacija promjena oblika vlasništva, izvršena u javnom interesu, na prijedlog reprezentanta javnog interesa, provedena u zakonom predviđenom (upravnom ili sudskom) postupku uz davanje naknade prijašnjem vlasniku, pri čemu predmet tog postupka čini oduzimanje nepokretnih stvari*». Salma, Jožef, *Eksproprijacija: instituti, sudska praksa i zakonski propisi*, Informator, Zagreb, 1987., str. 3. Međutim, definicija izvlaštenja koja govori o «*promjeni oblika vlasništva*» čini se dobrim dijelom neprimjerenom nakon ukidanja sustava društvenog vlasništva.

¹² *Duden Lexikon in 3 Bänden*, vol. 1., Bibliographisches Institut, Mannheim, Wien, Zuerich, 1976., str. 544.

¹³ Geiger, Mürbe, Wenz, *Beck'sches Rechtslexikon*, Deutschen Taschenbuch Verlag, Muenchen, 1996., str. 179.

¹⁴ Creifelds, Carl, *Rechtswörterbuch*, Beck, München, 2000., str. 391.

¹⁵ *The World Book Encyclopedia*, Vol. 6., World Book, Chicago, 1995., str. 260.

¹⁶ *West's Encyclopedia of American Law*, op. cit., str. 227.

¹⁷ Melville, Bruce J., *What is expropriation?*, *Short Articles*, Expropriation Law Center, Toronto, 2002., str. 1.

na izvlaštenje u državama anglosaksonskog prava ujedno je poznato i pod nazivima *eminent domain* te *condemnation*.¹⁸

Povijesno promatrano, na prvi primjer izvlaštenja nailazi se još vrlo davno, u sumerskom pravu, kada je sumerski kralj Ahab ponudio stanovitom Nabothu naknadu za oduzimanje njegovog vinograda.¹⁹ Izvlaštenje kao pravni institut postojao je još u rimskom pravu, a na primjere njegove upotrebe nailazi se, doduše pod tada odgovarajućim uvjetima, i u srednjem vijeku. Moderna ideja izvlaštenja kao ovlasti svojstvene suverenoj vlasti, ali popraćene obvezom plaćanja naknade, javlja se tijekom 17. stoljeća u školi prirodnog prava, posebice u studijama Huga Grotiusa i Samuela Pufendorfa. U isto je vrijeme i u Engleskoj zaživjela praksa da Parlament proglasi oduzimanje imovine u javnom interesu ujedno propisujući iznos naknade koji će se za ovo oduzimanje platiti dotadašnjem vlasniku ili, čak, da osigura vođenje sudskog postupka u kojem će se ova naknada odrediti.²⁰ Međutim, uvođenje instituta izvlaštenja u suvremenom značenju te riječi u zakonodavstvo susreće se 1789. godine. Tada je Francuska *Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina* i službeno priznala vlasnicima pravo na naknadu za oduzetu imovinu,²¹ dok je izvlaštenje detaljno uredila tzv. *Napoleonovim zakonima o izvlaštenju* 1810. godine. Ubrzo za *Francuskom deklaracijom*, i Sjedinjene Američke Države su 1791. godine *Petim amandmanom na Ustav Sjedinjenih Država* usvojile institut izvlaštenja.²² Ovim se propisima mogućnost izvlaštenja ponajprije uvelike ograničava, a kao minimalan uvjet njegova provođenja pretpostavlja se prethodno proglašenje javne potrebe utvrđene zakonom te davanje naknade prije samog čina izvlaštenja.

Razmatrajući zakonske tekstove i pravnu doktrinu dade se zaključiti da je za provođenje izvlaštenja u pravilu potrebno ispunjenje sljedećih pet pretpostavki: postojanje imovine u privatnom vlasništvu, zakonska određenost izvlaštenja, utvrđivanje interesa društvene zajednice za stjecanje konkretne nekretnine, nemogućnost pribavljanja konkretne imovine na način blaži po vlasnika te isplata naknade za izvlaštenu nekretninu. Predmet izvlaštenja, dakle, uvijek može biti samo nekretnina,

¹⁸ Gifis, Steven H., *Dictionary of Legal Terms*, Barron's, New York, str. 173., *A Concise Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1990., str. 161., *The New Encyclopedia Britannica*, Vol. 4., Encyclopedia Britannica, Chicago, 1998, str. 476. Pojam *condemnation* posebno se koristi u Sjedinjenim Američkim Državama. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford University Press, Oxford, 1987., str. 212.

¹⁹ *West's Encyclopedia of American Law*, op. cit., str. 227.

²⁰ *The New Encyclopedia Britannica*, op. cit., str. 476.

²¹ U članku 17. francuske *Opće deklaracije o pravima čovjeka i građanina* stoji: «*Budući da je vlasništvo nepovredivo i sveto pravo, nitko ne može biti lišen osim ako to razvidno ne zahtjeva zakonito ustanovljena javna potreba, i pod uvjetima pravičnog i prethodnog obeštećenja.*» *Opća deklaracija o pravima čovjeka i građanina*, Zbornik Pravnoga fakulteta u Zagrebu, god. 48/1998., br. 6, str. 739-743.

²² U *Petom amandmanu na Ustav Sjedinjenih Država* između ostalog stoji i: «*... niti će privatni imetak biti oduzet za javnu upotrebu bez pravedne naknade.*» *Ustav Sjedinjenih Američkih Država*, ur. Smerdel, Branko, 2. izd.

i to nekretnina u privatnom vlasništvu. Crnić navodi kako se nekretninom smatraju zemljišta, ali i zgrade i drugi građevinski objekti koji se nalaze na zemljištu.²³ Pravna osnova izvlaštenja može, nadalje, biti samo zakon ili neki drugi opći ili pojedinačni pravni akt donesen na temelju zakona. Imovina se može izvlastiti samo ukoliko je vlasnik odbija prodati ili u postupku nagodbe postavlja potpuno nerazmjerne zahtjeve u odnosu na vrijednost same nekretnine.²⁴ Takva imovina postaje vlasništvo korisnika izvlaštenja, kada se govori o potpunom izvlaštenju, ili se ustanovljenjem služnosti ili zakupa na nekretnini samo ograničavaju prava njezina vlasnika, kada se govori o nepotpunom izvlaštenju, ili se vrijednost imovine umanjuje zbog nekog čimbenika koji je rezultat odluke javne vlasti, kao što je to npr. buka uz novoizgrađenu zračnu luku ili prometna nedostupnost nekretnine zbog preusmjeravanja vodotoka i sl.²⁵ Izvlaštena imovina nakon provedenog postupka izvlaštenja treba biti stavljena u opću korist članova društvene zajednice, a ne u korist nekog pojedinca. S tim ciljem izvlaštena nekretnina treba biti stavljena u korist širokom krugu opće javnosti.²⁶

²³ Crnić, Jadranko, *Komentar Zakona o izvlaštenju*, Informator, Zagreb, 1994., str., 23. Članak 9. stavak 1. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Narodne novine, br. 91/96., 137/99., 22/00., 73/00. i 114/01., određuje da pojedinačnu nekretninu čini zemljišna čestica, uključujući i sve što je s njom razmjerno trajno povezano na njezinoj površini ili ispod nje. Međutim isti stavak dodaje da 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.

²⁴ U skladu s odlukom Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Searl v. School District* no. 2 of Lake County, 133 U.S. 553, 10 S. Ct. 374, 33 L. Ed. 740 (1898), naknada za izvlaštenu nekretninu mora biti pravična kako za vlasnika imovine tako i za zajednicu.

²⁵ Tako primjerice članak 33. stavak 3. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* propisuje: «Ako je vlasnik glede neke svoje stvari podvrgnut ograničenjima radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskoga okoliša ili zdravlja ljudi, koja od njega, ali ne i od svih ostalih vlasnika takvih stvari, zahtijevaju težu žrtvu, ili ga inače dovode u položaj nalik na onaj u kojem bi bio da je provedeno izvlaštenje - on ima pravo na naknadu kao za izvlaštenje.» U pravnoj teoriji i zakonodavstvu nailazi se na stavove da vlasnik ima pravo na naknadu i za zemlju, drvo ili kamen koji se odvezu s njegove nekretnine u svrhu izgradnje autoceste ili nečeg drugog, zatim da ukoliko se skreće tok rijeke tako da ona više ne prolazi preko imovine preko koje je inače prolazila, vlasnik te nekretnine ima pravo na naknadu zbog nemogućnosti daljnjeg korištenja tekuće vode, kao i da treba zaštititi razumno i uredno korištenje prostora iznad zemljišta u privatnom vlasništvu. Konkretno, letovi zrakoplova iznad privatne imovine koji značajno utječu na korištenje zemljišta od strane vlasnika mogu imati učinak oduzimanja. Međutim, letovi neće imati učinak oduzimanja ako oni nisu tako učestali i tako niski da stvaraju neposredan učinak s korištenjem vlasnika i njegovim uživanjem imovine. *West's Encyclopedia of American Law*, op. cit., str. 227. Ovdje je zanimljivo spomenuti kako se podzemlje tretira potpuno drugačije od prostora iznad zemljišta. Tako je, primjerice, u slučaju *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 iz 1922. godine Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država presudio da vađenje ugljena na tuđem zemljištu nije ograničavanje imovinskih prava, izuzev prostora koji se koristi za postrojenja i opremu potrebne za rudarenje te odlaganje materijala.

²⁶ Definicija općeg društvenog interesa i javne upotrebe vremenom je u Sjedinjenim Američkim Državama proširena tako da danas obuhvaća sve što na neki način doprinosi interesu javnosti. Tako ona uključuje i izvlaštenja u svrhu izgradnje trgovačkih centara, zgrada jedinica lokalne samouprave, prostore vezane uz djelatnost zračnih luka i sl. Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih

Međutim, u mnogim je slučajevima teško prosuđivati da li postoji opravdan javni interes za izvlaštenje imovine. Gavella ističe kako se javni interes nerijetko podudara s interesima nekih osoba.²⁷ I konačno, naknada je bitan element izvlaštenja jer se o izvlaštenju i može govoriti samo pod pretpostavkom plaćanja naknade dotadašnjem vlasniku.

U Republici Hrvatskoj nekretnina se može izvlastiti kada je to potrebno radi izgradnje objekata ili izvođenja radova u interesu Republike Hrvatske i kada se ocijeni da će se korištenjem nekretnine za koju se namjerava predložiti izvlaštenje u novoj namjeni postići veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način. Tako se nekretnina može izvlastiti radi izvođenja radova ili izgradnje objekata, gospodarske infrastrukture (prometna, telekomunikacijska, vodoprivredna, energetska), zdravstvenih, prosvjetnih i kulturnih objekata, industrijskih, energetskih, prometnih i telekomunikacijskih objekata, objekata za potrebe hrvatskog pravosuđa, vojske i policije te istraživanja i eksploatacije rudnog i drugog blaga.²⁸ Izvlaštenje se može provesti u korist fizičke ili pravne osobe, koja stječe pravo koristiti izvlaštenu nekretninu u svrhu radi koje je izvlaštenje i izvršeno.²⁹ Međutim, nekretnina se može izvlastiti tek nakon što je na način određen *Zakonom* utvrđen interes Republike Hrvatske za izgradnju objekata ili izvođenje drugih radova.³⁰ Prijedlog za izvlaštenje korisnik izvlaštenja može podnijeti tek pošto je utvrđen interes Republike Hrvatske za izgradnju objekata ili za izvođenje radova, te nakon što je korisnik izvlaštenja s vlasnikom nekretnine pokušao sporazumno riješiti pitanje stjecanja prava vlasništva određene nekretnine.³¹

Država u definiciju općeg društvenog interesa uključio je čak i pitanja estetske prirode. Tako je u slučaju *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, 75 S. Ct. 98, 99 L. Ed. 27 (1954) presudio da se tzv. *slumovi* moraju očistiti da bi se grad učinio sređenijim i privlačnijim, dok je Vrhovni sud države Michigan u slučaju *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich. 616, 304 N. W. 2d 455 (1981), dopustio da se privatna imovina izvlasti u svrhu privatne upotrebe General Motors Co., s obrazloženjem da će javnost profitirati od gospodarskog razvoja. Više vidi u *West's Encyclopedia of American Law*, op. cit., str. 228.

²⁷ Gavella, Nikola, Jamstvo vlasništva iz članka 1. Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Europsko privatno pravo*, Zagreb, 2002., str. 57. Ovu tezu potkrjepljuje odlukom Europskog suda za ljudska prava koji je u slučaju James i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva, vezano uz izvlaštenje stanova najmodavaca, da bi ih mogli otkupiti dugogodišnji najmoprimci, pa i ispod njihove tržišne vrijednosti, utvrdio da oduzimanje jednima radi davanja drugima doduše nije u javnom interesu, ali ipak «*oduzimanje vlasništva provedeno zbog provođenja legitimne socijalne ekonomske ili druge politike može biti u javnom interesu, čak i ako društvo u cjelini nema izravne koristi od uživanja oduzetog vlasništva*».

²⁸ Članak 1. *Zakona o izvlaštenju*, Narodne novine, br. 9/94., 35/94., 112/00. i 114/01.

²⁹ Članak 2. *Zakona o izvlaštenju*.

³⁰ Članak 6. stavak 1. *Zakona o izvlaštenju*. U skladu s člankom 9. ovog Zakona odluku da je izgradnja objekta ili izvođenje radova u interesu Republike Hrvatske donosi Vlada Republike Hrvatske na prijedlog korisnika izvlaštenja, a po prethodno pribavljenom mišljenju skupštine županije odnosno Skupštine Grada Zagreba na čijem se području namjerava graditi ili izvoditi radove, u skladu s prostornim planom.

³¹ Članci 17. i 20. *Zakona o izvlaštenju*.

3. Naknada za izvlaštenu nekretninu

Kao što se iz navedenih definicija izvlaštenja, a i iz samog povijesnog razvoja ovoga instituta dade uočiti, davanje primjerene naknade za izvlaštenu imovinu smatra se odlučujućim obilježjem izvlaštenja. Jer, ukoliko bi se govorilo o oduzimanju imovine bez plaćanja naknade, ne bi se radilo o suvremenom institutu izvlaštenja, već o drugim oblicima ograničavanja prava vlasništva odnosno o konfiskaciji.³² Stoga ustavne odredbe u mnogim državama svijeta izričito zahtijevaju plaćanje naknade kod izvlaštenja.³³ U biti se izvlaštenje i opravdava pretpostavkom da se ovdje ne radi o oduzimanju privatnog vlasništva u javne svrhe, već samo o zamjeni vrste imovine. Na činjenicu kako je naknada za izvlaštenu nekretninu jedan od bitnih elemenata izvlaštenja, te kako način njezinog utvrđivanja i isplate predstavlja veoma važnu fazu čitavog postupka izvlaštenja, posebno upozorava i Borković.³⁴ On tvrdi kako bez obzira kolika je vrijednost izvlaštene nekretnine i od kakvog je imovina značenja za bivšeg vlasnika, njemu pripada naknada predstavljajući tako svojevrstan oblik obeštećenja za oduzetu stvar. Štoviše, u francuskoj pravnoj praksi, koja inzistira na načelu obveznosti naknade, zauzeto je stajalište prema kojemu u slučaju izvlaštenja uvijek mora biti naknade, makar i simbolične, i tamo gdje izvlaštena nekretnina ne vrijedi, pa čak i onda kad vlasnik ništa ne traži. U pitanju je načelo koje zbog svoje političke težine postaje jednim od osnovnih načela pravnog režima izvlaštenja.

Plaćanje naknade za izvlaštenu nekretninu ne smije se poistovjetiti s odgovornošću države za štetu s greškom, jer ova naknada ne proizlazi iz rada s greškom tijela javne vlasti, već je njezino davanje rezultat socijalno-političkih stavova što ih zauzima država kao organizacija političke vlasti, ocjenjujući društvene posljedice svog autoritativnog zahvata u imovinska prava pojedinaca koji zbog zadovoljenja općih interesa trpe gubitak što ga je moguće izraziti u novčanom obliku. Upravo

³² Konfiskacija je u upravnompravnim značenju određena kao oduzimanje, zapljena imovine bez naknade, obično u korist države, a u rjeđim slučajevima na osnovi sudske presude. *Hrvatski enciklopedijski rječnik*, Novi liber, Zagreb, 2002., str. 600.

³³ Borković ističe da ako i ima slučajeva kad ustavne norme otvaraju mogućnost da se izvlaštenje provede bez naknade, one predstavljaju izuzetak od općeg pravila i više su odraz specifičnih prilika sredine i vremena u kojem se javljaju nego što predstavljaju trajnu želju da se odstupa od davno utvrđenog i široko prihvaćenog načela općeg prava na naknadu. Tako je npr. njemački tzv. *Vajmarski ustav* iz 1919. godine, omogućavao zakonu *Reicha* da propiše izvlaštenje bez naknade. *Ustav Čehoslovačke* iz 1920. godine, propisivao je, također, mogućnost da zakon odredi izvlaštenje bez naknade. Prema *Ustavu Italije* iz 1946. godine, moguće je bilo privatno vlasništvo izvestiti bez naknade, ako je to u općem interesu. U jugoslavenskom pravu *Ustavom* iz 1946. godine bila je ostavljena mogućnost zakonodavcu da propiše okolnosti u kojima se neće dati nikakva naknada za izvlaštenu imovinu. Vidi Borković, op. cit., str. 610-611. U državama s mekim ustavom, kao što je npr. Velika Britanija, položaj Parlamenta otvara teoretsku mogućnost da se imovina oduzme i bez naknade, međutim, u praksi se naknada plaćala uvijek do sada. *The New Encyclopedia Britannica*, op. cit., str. 476.

³⁴ Više vidi u Borković, op. cit., str. 610. O tome vidi i u Gavella, op. cit., str. 54.

iz ovih razloga izvire odgovarajuće pravno uređenje režima naknade za izvlaštenu nekretninu kao potraživanje *sui generis* u novčanom ili naturalnom obliku.³⁵

Ibler ističe kako dosadašnji vlasnik, tj. dosadašnji imatelj prava, bio on domaći državljanin ili stranac, prestaje biti vlasnikom određenog imovinskog dobra, ali je zato taj gubitak naknađen stjecanjem vlasništva nad drugim imovinskim dobrom.³⁶ Gavella smatra kako davanje naknade služi uspostavi pravedne ravnoteže, a da te ravnoteže redovito neće biti ako izvlaštenik ne dobije naknadu koja odgovara vrijednosti onoga što mu je oduzeto te da bi izostanak ikakve naknade mogao biti opravdan jedino nekim izvanrednim okolnostima. Stoga dalje zaključuje kako je izvlaštenje dopušteno samo ako izvlaštenik dobije naknadu za vrijednost onoga što izvlaštenjem gubi te ukoliko je ta naknada u razumnom odnosu prema vrijednosti vlasništva kojeg je u javnom interesu lišen.³⁷ Drugim riječima, naknada koju izvlaštenik dobije treba biti u tolikom iznosu da njegova financijska situacija ostaje ista unatoč provedenom izvlaštenju. Nitko, dakle, zbog izvlaštenja ne bi smio biti niti na gubitku, ali niti na dobitku.

Vezano uz naknadu za izvlaštenu nekretninu valja spomenuti da, iako hrvatski *Zakon o izvlaštenju* ne sadrži odredbe o tome, naknada za izvlaštenu nekretninu bi trebala biti dana efikasno, što znači da nije dovoljno da pravo na naknadu bude samo priznato, već naknada treba biti isplaćena bez nepotrebnog odlaganja. Štoviše, Gavella ističe da ako bi izvlaštenik ostao prikraćen i nakon što je dobio naknadu, on time ne bi prestao biti žrtvom povrede jamstva prava vlasništva niti bi država prestala biti odgovorna za to.³⁸ Za razliku od država kontinentalnoga prava, koje ustavom ili zakonom zahtijevaju plaćanje naknade za izvlaštenu imovinu prije samog čina prijenosa vlasništva, mnoge su savezne američke države, a i federalna vlast Sjedinjenih Američkih Država donijele zakone u skladu s kojima se, uz odgovarajući depozit, imovinu može iz vlastiti i prije negoli se naknada odredi.³⁹

Jedno od najbitnijih pitanja naknade za izvlaštenu nekretninu, svakako je određivanje njezinog iznosa. Drugim riječima, postavlja se pitanje koje sve čimbenike treba uzeti u obzir prilikom određivanja iznosa ove naknade. Analizom pravnih pravila o naknadi za izvlaštenu nekretninu uočavaju se dva osnovna modela za određivanje ove naknade: naknada tzv. tržišne vrijednosti nekretnine i naknada tzv. pravične vrijednosti. Koji će od ova dva modela određivanja naknade za izvlaštenu nekretninu usvojiti koja država, ovisi o odluci njezine političke vlasti koja se redovito zasniva na političkim, gospodarskim, socijalnim i drugim razlozima.

Međutim, vezano uz naknadu za izvlaštenu nekretninu, u praksi se često postavljaju pitanja što je to uopće pravična naknada?; kako se ona izračunava?; kako

³⁵ Borković, op. cit., str. 611.

³⁶ Ibler, op. cit., str. 80.

³⁷ Gavella, op. cit., str. 59.

³⁸ Vidi u Gavella, op. cit., str. 59-60. Tako je, primjerice, u slučaju isplaćivanja naknade za izvlašteno zemljište, Europski sud za ljudska prava utvrdio da je povrijeđeno jamstvo prava vlasništva iz članka 1. *Prvog protokola* time što je za vrijeme čekanja na isplatu novčane naknade koja je bila određena, vrijednost novca znatno pala zbog visoke inflacije.

³⁹ *The New Encyclopedia Britannica*, op. cit., str. 476.

se određuje tržišna vrijednost nekretnine?; nije li naknada tržišne vrijednosti ujedno i pravična naknada za izvlaštenu nekretninu? i sl. Upravo će se, uz neke primjere iz normativnih tekstova, na ova pitanja pokušati odgovoriti u nastavku rada.

3.1. Naknada tržišne vrijednosti izvlaštene nekretnine

Članak 50. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske* određuje: «*Zakonom je moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.*».⁴⁰ Slijedom toga i članak 33. stavak 1. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* također propisuje: «*Pravo vlasništva može u interesu Republike Hrvatske biti zakonom oduzeto (potpuno izvlaštenje) ili ograničeno osnivanjem za drugoga nekoga prava glede vlasnikove stvari (nepotpuno izvlaštenje), u kojem slučaju vlasnik ima pravo na naknadu prema propisima o izvlaštenju*», dok članak 8. *Zakona o izvlaštenju* propisuje: «*Za izvlaštenu nekretninu vlasniku pripada naknada u visini tržišne vrijednosti nekretnine.*».⁴¹ Dakle, kao mjerodavni kriterij za određivanje naknade kod izvlaštenja u Hrvatskoj uzeta je tržišna vrijednost izvlaštene nekretnine.

Članak 32. *Zakona o izvlaštenju* propisuje kako se naknada za izvlaštenu nekretninu u Hrvatskoj u pravilu određuje davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine koja odgovara visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, u istoj općini ili gradu kojom se vlasniku nekretnine koja se izvlašćuje omogućuju isti uvjeti korištenja kakve je imao koristeći tu nekretninu. Međutim, vlasnik nekretnine koja se izvlašćuje nije dužan prihvatiti na ime naknade drugu odgovarajuću nekretninu, a ponekad mu korisnik izvlaštenja takvu nekretninu ne

⁴⁰ U Jugoslaviji je *Ustav Narodne Federativne Republike Jugoslavije* iz 1963. godine, Službeni list SFRJ, br. 14/63., utvrdio da se nekretnine mogu izvlástiti uz pravičnu naknadu. *Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije* iz 1974. godine, Službeni list SFRJ, br. 9/74., proširio je, donekle, odredbu o pravičnoj naknadi, a njegovim putem pošao je i *Ustav Socijalističke Republike Hrvatske* iz iste godine, Narodne novine, br. 8/74. Prema odredbama tih ustava bilo je predviđeno da se nekretnine mogu izvlástiti uz pravičnu naknadu čije su se osnove i mjerila utvrđivali zakonom.

⁴¹ Odredbe o plaćanju naknade za izvlaštenu imovinu u pravnom poretku Republike Hrvatske se pronalaze i u drugim zakonima. Tako primjerice članak 19. stavak 3. *Zakona o javnim cestama*, Narodne novine, br. 100/96., 76/98., 27/01., 114/01., 117/01. i 65/02., propisuje: «*Vlasnik izvlaštene nekretnine radi građenja i održavanja javnih cesta ima pravo na naknadu, a može mu se umjesto naknade dati u vlasništvo druga odgovarajuća nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske.*». Članak 196. stavak 4. *Zakona o zaštiti prirode*, Narodne novine, br. 162/03. i 100/04., određuje: «*Za oduzetu nekretninu Republika Hrvatska, županija ili Grad Zagreb moraju osigurati drugu jednakovrijednu nekretninu izvan zaštićenog područja, ili platiti naknadu.*», dok stavak 5. pridodaje kako se visina naknade za oduzetu nekretninu određuje po vrijednosti nekretnine, a s obzirom na njezinu tržišnu vrijednost. Članak 67. stavak 2. *Zakona o vodama*, Narodne novine, br. 107/95., propisuje ako su zemljišne čestice koje se nalaze na području vodnog dobra u Republici Hrvatskoj osobito značajne za održavanje vodnog sustava, moguće ih je izvlástiti u korist Republike Hrvatske prema odredbama zakona kojim se uređuje izvlaštenje, a uz naknadu tržišne vrijednosti.

može ni osigurati.⁴² Tada će se naknada odrediti u novcu u visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja o izvlaštenju, odnosno u vrijeme sklapanja nagodbe.⁴³ Ukoliko vrijednost druge nekretnine koja se stavi na raspolaganje izvlašteniku ne bi u cijelosti pokrila procijenjenu naknadu, razlika vrijednosti bi se, smatra Crnić, trebala isplatiti u novcu.⁴⁴ Što se nepotpunog izvlaštenja tiče, u slučajevima ustanovljavanja služnosti, naknada se određuje u iznosu za koji je zbog ustanovljene služnosti umanjena tržišna vrijednost nekretnine, dok se u slučaju ustanovljenja zakupa naknada određuje u visini zakupnine što se postiže na tržištu.⁴⁵

U svrhu što bolje primjene gore navedenih normi postavlja se pitanje što je to tržišna vrijednost nekretnine, kako je odrediti te koje sve čimbenike treba uzeti u obzir pri određivanju tržišne vrijednosti? Tržišna vrijednost nekretnina najčešće se određuje kao procijenjeni iznos za koji će se imovina na dan procjene zamijeniti između ozbiljnog kupca i ozbiljnog prodavatelja u neposrednom pravnom poslu nakon odgovarajućih pregovora u kojima su stranke postupale obaviješteno i razborito.⁴⁶ Članak 33. stavak 2. hrvatskog *Zakona o izvlaštenju* odredio je tržišnu vrijednost kao vrijednost izraženu u cijeni koja se za određenu nekretninu može postići na tržištu i koja ovisi o odnosu ponude i potražnje u vrijeme njezinog utvrđivanja. Drugim riječima, može se utvrditi kako tržišna vrijednost nekretnine odgovara novčanom iznosu koji bi kupac primio u slučaju prodaje te nekretnine.⁴⁷

U Hrvatskoj se u praksi tržišna vrijednost određuje na način da se uspoređuje vrijednost nekretnine koja se izvlašćuje s vrijednošću drugih nekretnina na području iste općine ili grada na kojem se nalazi nekretnina koja se izvlašćuje. No, na području na kome nije razvijen promet nekretnina, pa ponuda i potražnja tamo gotovo da niti ne postoje, nije moguće utvrditi realnu tržišnu vrijednost nekretnine. Tada će se,

⁴² Već se i u primjeni starog *Zakona o eksproprijaciji* naknada u pravilu davala u obliku davanja u vlasništvo druge odgovarajuće nekretnine. Stoga se već i postavilo pitanje može li se prisiliti korisnik izvlaštenja da osigura odgovarajuću nekretninu. Odgovor prakse bio je negativan. Crnić zaključuje da se i sada niti iz jedne odredbe *Zakona o izvlaštenju* ne može izvesti zaključak da bi se korisnika izvlaštenja moglo prisiliti da osigura takvu nekretninu. Stoga se može zaključiti da se niti prema odredbama *Zakona o izvlaštenju* ne može korisnika izvlaštenja prisiliti na osiguranje odgovarajuće nekretnine. Crnić, op. cit., str. 132.

⁴³ Članak 33. stavak 1. *Zakona o izvlaštenju*.

⁴⁴ Crnić, op. cit., str. 132.

⁴⁵ Članak 37. i članak 38. stavak 1. *Zakona o izvlaštenju*. U visini i na način kako je to određeno za naknadu u slučaju ustanovljenja zakupa određuje se i naknada za privremeno uzimanje u posjed zemljišta.

⁴⁶ *International valuation standards: principles, standards, and applications and performance guidance*, International Valuation Standards Committee, London, 1997., str. 7.

⁴⁷ Tržišna je vrijednost slično određena i u članku 12. stavak 1. točka a) *Zakona o izvlaštenju* Južnoafričke Republike gdje stoji kako je tržišna vrijednost nekretnine «iznos koji će imovina donijeti ako se proda na dan procjene na slobodnom tržištu od za prodaju spremnog prodavatelja za kupnju spremnom kupcu».

prema stajalištu Upravnog suda Republike Hrvatske,⁴⁸ putem vještačenja utvrditi objektivna vrijednost te nekretnine kao vrijednost koju bi ta nekretnina imala na tržištu u redovitim tržišnim prilikama.

Međutim, Crnić ističe kako se naknada za izvlaštenu nekretninu treba procijeniti uz primjenu još jednoga kriterija, a to je da se vlasniku nekretnine koja se izvlašćuje moraju omogućiti isti uvjeti korištenja novostečene nekretnine kakve je imao koristeći izvlaštenu nekretninu.⁴⁹ U svezi s time valja spomenuti *Odluku br. Rev 438/88 od 11. veljače 1989.* kojom je Vrhovni sud Hrvatske riješio da vlasniku izvlaštenog zemljišta pod određenim uvjetima *«pripada i pravo na naknadu za podizanje ograde oko preostalog zemljišta koje će nakon izgradnje prometnice ostati neograđeno»*. Razlog tome je što je izvlaštena čestica već ranije bila ograđena te da će buduća prometnica, zbog čije je izgradnje izvlašteno zemljište, prolaziti između tužiteljeva zemljišta koje je u naravi poljoprivredno te da će to zemljište zbog izgradnje prometnice ostati neograđeno. Naime, ako se naknada za izvlaštenu nekretninu određuje, u pravilu, davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine, kojom se vlasniku nekretnine koja se izvlašćuje omogućavaju isti uvjeti korištenja kakve je imao koristeći tu nekretninu, tada se čini da bi mu te uvjete korištenja trebalo osigurati u cijelosti. Ako je dakle zemljište bilo ograđeno, a naknada za postojeću ogradu nije dovoljna da bi se ono zemljište koje se daje na ime naknade moglo ograditi, Crnić smatra da bi trebalo dati i naknadu za takvo podizanje ograde.⁵⁰

Zanimljivo je osmotriti kako se tržišna vrijednost nekretnine određuje u usporednom pravu. U Finskoj se npr. susreće model prema kojem se tržišna vrijednost nekretnine tradicionalno izračunava iz usporedbe stvarnih transakcija s konkretnom nekretninom.⁵¹ Tako se tržišna vrijednost nekretnine izračunava na osnovi statističkih analiza usporedivog pravnog prometa nekretnina. Međutim, uvjet za ovaj pristup jest da broj transakcija bude kvantitativno dostatan za vršenje takve analize. Upravo u svrhu određivanja tržišne vrijednosti nekretnina na ovaj način, Nacionalni ured za zemljište vodi *Javni registar za promet nekretnina*.⁵²

U Švedskoj se, naprotiv, odmjeravanje vrijednosti nekretnine započinje s vlasnikovom subjektivnom vrijednošću koju bi imovina postigla u dobrovoljnim transakcijama vlasnika. To znači da bi kupac trebao platiti najmanje iznos naknade koji odgovara subjektivnoj vrijednosti imovine prodavatelja. Međutim, kupac ne bi trebao platiti više od subjektivne vrijednosti te nekretnine za njega osobno. To znači da će cijena nekretnine biti između subjektivne vrijednosti prodavatelja i kupca. Međutim, kako većina vlasnika svoju imovinu koriste sami, prodavatelji su na tržištu redovito oni vlasnici koji u toj imovini zbog ovoga ili onoga razloga ne vide daljnji vlasnički interes. To znači da se prodajna cijena nekretnine izvodi iz najniže

⁴⁸ Upravni sud Republike Hrvatske, Us-8017/1994 od 21. lipnja 1995. godine.

⁴⁹ Crnić, op. cit., str. 131.

⁵⁰ Ibid., str. 134.

⁵¹ Viitanen, op. cit., str. 1.

⁵² Ibid., str. 4.

subjektivne vrijednosti prodavatelja.⁵³ No, ne bi se moglo složiti s činjenicom da izvlaštenik nema daljnji vlasnički interes nad nekretninom. Stoga se čini da je on u ovakvom odmjeravanju naknade ipak nešto oštećen. Iako se u Švedskoj ova metoda spominje kod određivanja tržišne vrijednosti nekretnine, čini se da ona ipak kao bitan čimbenik uzima subjektivnu vrijednost, a time se približava pojmu pravične naknade.

Američki institut za procjenu nekretnina (eng. American Institute of Real Estate Appraisers) ustvrdio je kako iznos tržišne vrijednosti uključuje najvišu cijenu u uvjetima koje bi imovina mogla donijeti u postupku nadmetanja na slobodnom tržištu pod svim uvjetima koji se traže za slobodnu prodaju, a i kupac i prodavatelj postupaju razborito i obaviješteno, te s pretpostavkom da cijena nije rezultat pretjerivanja.⁵⁴ Prilikom određivanja tržišne vrijednosti ovo tijelo smatra da treba pretpostaviti sljedeće: kupac i prodavatelj su motivirani za kupoprodaju; obje su stranke valjano informirane ili dobro savjetovane te svaka postupa na način da zaštiti svoj interes na najbolji mogući način; postoji dovoljno vremena za postupanje na slobodnom tržištu; plaćanje se vrši u gotovini ili ekvivalentu gotovine; financiranje, ako ga ima, pod uvjetima je općenito pristupačnim u zajednici na određeni dan i tipično za imovinske stvari u tom mjestu te cijena predstavlja normalno razmatranje za prodanu imovinu na koju ne utječu posebni financijski iznosi i/ili uvjeti, usluge, davanja, troškovi, ili krediti koji se odnose na transakciju. Dakle, prilikom određivanja naknade sve se ove okolnosti trebaju uzeti u obzir.

Iz ovdje izloženoga može se ustvrditi da ni u kom slučaju nije jednostavno odrediti tržišnu vrijednost nekretnine. U tu bi svrhu svakako mogli pomoći registri za promet nekretnina koji bi, kao u Finskoj, vodili sve stvarne transakcije na određenom teritoriju. Međutim, ukoliko se pri određivanju tržišne vrijednosti nekretnine, u obzir uzme i subjektivna vrijednost izvlaštenika, kao što je slučaj u Švedskoj, takvi registri gubili bi na važnosti, a cjelokupan sustav plaćanja naknade za izvlaštenu nekretninu približio bi se ili čak izjednačio s modelom pravične naknade.

3.2. Pravična naknada

Vrlo velik broj država u slučaju izvlaštenja propisuje plaćanje tzv. pravične naknade. Tako primjerice *Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke* u članku 14. stavak 3. između ostalog propisuje da se izvlaštenje može provesti samo putem zakona ili *Temelnog zakona* kojim se uređuje način i visina odštete te da se odšteta određuje pravedno, vodeći računa o općim interesima i o interesima sudionika. Slično, članak 22. stavak 3. *Ustava Švicarske* propisuje «*U slučaju izvlaštenja i drugih ograničenja vlasništva sličnih izvlaštenju, treba se platiti pravična naknada.*».⁵⁵ I *Peti amandman*

⁵³ Ibid., str. 5.

⁵⁴ American Institute of Real Estate Appraisers, *The appraisal of real estate*, Chicago, 1978.

⁵⁵ *The Constitution of the Switzerland*, http://www.uni-wuerzburg.de/law/sz00000_.html.

na Ustav Sjedinjenih Američkih Država zahtijeva od javne vlasti da osigura pravičnu naknadu vlasniku privatne imovine koja je oduzeta. Članak 21. stavak 2. Ustava Poljske propisuje: «Izvlaštenje je dopušteno samo u javne svrhe i uz pravičnu naknadu».⁵⁶ Članak 20. stavak 4. Ustava Slovačke propisuje kako su izvlaštenje te druga prisilna ograničenja vlasničkih prava dopuštena samo na osnovi zakona, u javnom interesu, do mjere do koje je to nužno, te uz odgovarajuću naknadu.⁵⁷ Analizom članaka 20. do 26. slovačkog Zakona o izvlaštenju može se zaključiti da se i u Slovačkoj izvlašteniku treba isplatiti pravična naknada.

Za razliku od tržišne vrijednosti nekretnine, pod pravičnom naknadom u pravilu se podrazumijeva naknada koja će vlasnika izvlaštene nekretnine s financijskog gledišta staviti u isti položaj kao da nekretninu nije niti izgubio. Ovdje, dakle, nije presudna tržišna vrijednost nekretnine već cijeli niz čimbenika koji se javljaju kako na strani izvlaštenika, tako i na strani javne vlasti. Koncept određivanja «pravične naknade» u usporednom je pravu vrlo različit ovisno o zakonodavstvu svake pojedine države.

Tako primjerice Korhonen navodi kako se pravična naknada u Švedskoj određuje na način da se u obzir pri određivanju iznosa naknade uzima trenutna upotreba imovine, dok se planovi vlasnika za buduće korištenje imovine ne uzimaju u obzir.⁵⁸ U Sjedinjenim Američkim Državama ovo je shvaćanje pravične naknade od strane sudova nešto prošireno *in favorem* dotadašnjeg vlasnika, pa se na pravičnu naknadu gleda kao na pravednu (eng. *fair*) tržišnu vrijednost u vrijeme izvlaštenja, što bi značilo da je pravična naknada tržišna vrijednost izvlaštene nekretnine koja uključuje ne samo vrijednost postojećeg korištenja konkretne nekretnine, već i vrijednost najbolje moguće upotrebe takve nekretnine.⁵⁹

Slično shvaćanje pronalazi se i u Engleskoj gdje se prilikom procjene vrijednosti imovine u obzir uzima budući rast vrijednosti zemljišta, a kojem je vlasnik mogao doprinijeti.⁶⁰

Pravična naknada za izvlaštenu nekretninu u Francuskoj treba pokriti ukupnu materijalnu štetu, stvarnu i izmaklu, koja je uzrokovana izvlaštenjem.⁶¹ Stoga, kako bi se odredila pravična naknada, Zakoni od 10. srpnja 1965. i od 18. kolovoza 1985. propisuju da se kvantiteta imovine određuje na dan donošenja odluke o prijenosu

⁵⁶ *The Constitution Of The Republic Of Poland*, <http://www.constitution.org/cons/poland/konse.htm>.

⁵⁷ *Constitution of the Slovak Republic*, <http://www.constitution.org/cons/slovakia.txt>.

⁵⁸ Korhonen, I., *Expropriation of Real Property*, Institute of Law, Espoo, 1997. str. 137.

⁵⁹ *The New Encyclopedia Britannica*, op. cit., str. 476.

⁶⁰ Denyer-Green, B., *Compulsory Purchase and Compensation*, Estates Gazette, London, str. 5.

⁶¹ Članak L 13-13 francuskog Zakona o izvlaštenju, *Code de L'expropriation, Journal Officiel*. Tako je primjerice Europski sud za ljudska prava u slučaju *Lallement* protiv Francuske od 11. travnja 2002. godine, a u svezi s izvlaštenjem poljoprivrednog zemljišta, procijenio da je stanoviti poljoprivrednik Lallement, kojem je izvlašteno šest od sedam parcela, zapravo lišen njegovih «sredstva za rad», te da se naknada nikako ne može svesti samo na tržišnu vrijednost imovine.

vlasništva nad dobrom, dok se vrijednost utvrđuje na dan presude.⁶² No, kako bi se izbjegla «špekuliranja» s cijenom zemljišta, ne smije se uzeti u obzir svako poboljšanje kvalitete zemljišta nakon pokretanja postupka, a učinjeno prvenstveno s ciljem podizanja naknade.⁶³

Analizirajući pravnu praksu kod određivanja pravične naknade za izvlaštenje Van der Walt je ustvrdio kako je pravična naknada «mjera koja se treba odrediti vjerojatno za svaki slučaj posebno, s obzirom na poštenje (eng. fairness) u pogledu kako interesa pojedinca na kojeg se odnosi tako i interesa zajednice». Tome dodaje kako «tržišna vrijednost imovine, opisana kao cijena koju bi razumni kupac bio spreman platiti prije nego li bi odustao od kupnje, ili koju bi razumni prodavatelj bio voljan prihvatiti a razumni kupac platiti na dan kupnje, još uvijek se gleda kao dominantno načelo za određivanje pravičnih uvjeta, međutim čimbenici kao što su vrijednost imovine te posljedice gubitka za vlasnika također moraju biti uzete u obzir».⁶⁴

Viitainen je analizirao način određivanja pravične naknade te je zaključio da ona treba obuhvatiti objektivnu, tj. tržišnu vrijednost izvlaštene imovine, ili umanjenje tržišne vrijednosti imovine u slučaju nepotpunog izvlaštenja ili štetu koju trpi vlasnik imovine zbog ograničenja vršenih u općem društvenom interesu, a koja ga stavljaju u položaj nalik na onaj u kojem bi bio da je provedeno izvlaštenje, te sve troškove koji slabe financijsku moć izvlaštenika. U tu je svrhu dao formulu za izračunavanje ove naknade, koja glasi: $TC = (V + R + D) + C$, a gdje je TC označava pravičnu naknadu, V naknadu tržišne vrijednosti izvlaštene nekretnine, R naknadu za umanjenje tržišne vrijednosti imovine, D naknadu za štetu koju trpi vlasnik imovine zbog aktivnosti koje ograničavaju prava izvlaštenika, dok C označava naknadu za dodatne troškove uzrokovane samim izvlaštenjem. Parametri u zgradama mogu se pojaviti, ovisno o svakom konkretnom slučaju, alternativno ili kumulativno. Uz to Viitainen napominje kako se naknada za tržišnu vrijednost izvlaštene imovine ili umanjenje tržišne vrijednosti imovine u slučaju nepotpunog izvlaštenja (parametri V i R) može jednostavno izračunati na način da se oduzme vrijednost imovine nakon izvlaštenja od vrijednosti imovine prije izvlaštenja.⁶⁵

Analizom izračuna iznosa pravične naknade bavio se i Denyer-Green, koji je

⁶² Članci L 13-14 i 13-15 stavak 1. francuskog *Zakona o izvlaštenju*.

⁶³ Više o tome vidi u *Les conditions de l'expropriation: le bénéficiaire, l'objet, le but*, Université Paris, Faculté de Droit, <http://www.denistouret.net/droitadmdesbiens/expropconditions.html>. Slična odredba pronalazi se i u članku 34. hrvatskog *Zakona o izvlaštenju*. U tu svrhu, kada ured državne uprave na čijem se području nalazi nekretnina čije se izvlaštenje predlaže, primi prijedlog za izvlaštenje, dužan je odmah obavijestiti o tom prijedlogu prijašnjeg vlasnika, a uz to se prijedlog dostavlja i nadležnom zemljišnoknjižnom sudu. Kako je vlasnik obaviješten od nadležnog tijela o podnesenom prijedlogu za izvlaštenje, on više nema pravo na naknadu troškova za ulaganje u zemljište i zgrade, koje bi izvršio nakon što je o tome pismeno obaviješten.

⁶⁴ Van der Walt, *Constitutional property clauses*, Juta, Cape Town, 1997., str. 58-59.

⁶⁵ Vidi primjerice § 43. finskog *Zakona o izvlaštenju*. Više o tome u Viitainen, op. cit., str. 3-4.

zaključio kako se vlasniku izvlaštene nekretnine treba isplatiti naknada koja se sastoji od naknade za stečenu nekretninu ili naknade za umanjene vrijednosti nekretnine poradi izvlaštenja dijela nekretnine ili nekog trećeg faktora do kojeg dolazi radnjom javne vlasti, a s ciljem zadovoljavanja općih društvenih potreba te naknade dodatnih troškova uzrokovanih postupkom izvlaštenja. Ujedno, navodi kako se naknada za izvlaštenu nekretninu sastoji od izračunate vrijednosti nekretnine te naknade štete koju izvlaštenik trpi zbog «uznemiravanja» (eng. *disturbance*) uzrokovanog izvlaštenjem.⁶⁶

U pravilu dominira gledište kako putem pravične naknade izvlaštenik treba, umjesto izvlaštene nekretnine, biti sposoban kupiti istovjetnu nekretninu na tržištu. Međutim, s ovim se gledištem ne slaže Van der Walt, koji je ustvrdio da članak 22. stavak 3. *Ustava Švicarske*, koji se odnosi na plaćanje naknade pri izvlaštenju, ne zahtijeva punu naknadu za izvlaštenu nekretninu, već da iznos naknade čini tržišna vrijednost izvlaštene imovine, ali i svaki mogući gubitak vrijednosti koji je proizašao iz djelomičnog ili potpunog izvlaštenja, kao i naknada za štetu i gubitke koji su sljedili za izvlaštenjem.⁶⁷

Dakle, u većini se pravnih poredaka smatra kako bi pravičnu naknadu trebalo utvrditi na način da se najprije odredi tržišnu vrijednost imovine, a potom će se, oduzimajući ili dodajući iznosu tržišne vrijednosti druge relevantne čimbenike koji utječu na konkretan slučaj, doći do konkretnog iznosa naknade. Međutim, prije utvrđivanja konačnog iznosa naknade potrebno je još postići ravnotežu između privatnog interesa stranke te javnog interesa. Tako primjerice i članak 14. njemačkog *Temelnog zakona* propisuje kako se izvlaštenje mora odrediti uz pravično odmjeravanje općeg interesa i interesa pojedinca. «Pravičnu ravnotežu između javnog interesa i interesa onih na koje se izvlaštenje odnosi» prilikom plaćanja naknade za izvlaštenu imovinu zahtijeva i Europski sud za ljudska prava. Na taj način npr. interes izvlaštenika može podići iznos naknade iznad tržišne vrijednosti, ali i javni interes može smanjiti ovaj iznos ispod tržišne vrijednosti konkretne nekretnine.⁶⁸

Razmatrajući odnos interesa stranke i javnog interesa Badengorst je dao sljedeću formulu za odmjeravanje pravične naknade: pravična naknada je suma ukupne vrijednosti interesa onih na koje se izvlaštenje odnosi, umanjena za vrijednost javnog interesa. On nadalje smatra da su pozitivni čimbenici, odnosno čimbenici koji se nadovezuju na vrijednost interesa stranaka: trenutno korištenje imovine, tržišna vrijednost imovine, vlastiti doprinosi izvlaštenika u povećanju vrijednosti imovine, drugi interesi izvlaštenika, drugi pozitivni čimbenici koji se čine relevantnima tijelu

⁶⁶ Denyer-Green, op. cit., str. 256 i 279.

⁶⁷ Van der Walt, op. cit., str. 359.-373.

⁶⁸ U sudskoj praksi Južnoafričke Republike susreće se slučaj u kojem sud nije pronašao niti jedan relevantan čimbenik koji bi mogao biti uzet u obzir pri određivanju pravične naknade, tako da je, unatoč volji suda da odmjeri naknadu uzevši u obzir više čimbenika, sud utvrdio da, s obzirom da nema drugih čimbenika koji bi se uzeli u obzir, pravičnu naknadu tvori isključivo tržišna vrijednost nekretnine.

koje odmjerava naknadu, dok su tzv. negativni čimbenici odnosno čimbenici koji se nadovezuju na javni interes: način stjecanja imovine, dotadašnje korištenje, izravna ulaganja i potpore države kojima se povećala vrijednost imovine, svrha izvlaštenja te drugi negativni čimbenici koji se čine relevantnima tijelu koje odmjerava naknadu.

Valja naglasiti kako bi odgovarajuća, a posebno pravična naknada, trebala biti naknada pune vrijednosti izvlaštene imovine, međutim članak 1. *Prvog protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* ne jamči da će u svim slučajevima biti naknađena puna vrijednost oduzete imovine. Štoviše, iako smatra da je naknada pune vrijednosti pravilo, Europski sud za ljudska prava ipak ne smatra da u svim slučajevima postoji pravo na punu naknadu. Tako je u slučaju *Lithgow i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, kada je zbog ostvarenja gospodarske reforme izvršene radi uspostave veće socijalne pravednosti u Velikoj Britaniji provedeno izvlaštenje nacionalizacijom cijelih industrijskih grana, Europski sud stao na gledište da visina naknade može biti i znatno manja od tržišne vrijednosti nacionalizirane imovine.⁶⁹

3.3. Razlikovanje naknade tržišne vrijednosti i pravične naknade

Kao što se iz spomenutih gledišta daje zaključiti, tržišna vrijednost i pravična naknada nikako nisu jedno te isto. Stoga se treba složiti s Lindom koji smatra da ukoliko se tržišna vrijednost određuje u odnosu na trenutno stanje na tržištu, može se dogoditi da tržišna vrijednost postane manje relevantna pri određivanju naknade. To objašnjava pretpostavkom da prodavatelji na nekom tzv. «slabom» tržištu nisu pretjerano zahtjevni i informirani. U tom slučaju će tržišna cijena biti niska u usporedbi sa slučajem zahtjevnih i informiranih prodavatelja. Konačno, naknada zasnovana na takvoj tržišnoj vrijednosti biti će tržišna, ali i nepravična. Stoga Lind opravdano postavlja pitanje: «*Treba li vlasnik koji nema interesa u prodaji po trenutnoj tržišnoj cijeni, i ima poteškoće u traženju slične nekretnine, izgubiti novac samo zato što drugi prodavatelji ne nastoje postići najviše moguće cijene?*», te zaključuje kako bi pravna pravila koja se odnose na naknadu za izvlaštenu nekretninu trebalo zasnovati na hipotetski utvrđenoj tržišnoj vrijednosti, odnosno tržišnoj vrijednosti te nekretnine pod uvjetom da su stranke na tržištu zahtjevne i informirane, smatrajući da bi se tada pojmovi tržišne vrijednosti i pravične naknade najviše približili jedan drugome.⁷⁰

4. Odluka o naknadi

U Hrvatskoj o izvlaštenju u prvom stupnju odlučuje ured državne uprave nadležan za imovinsko pravne poslove županije, a u drugom stupnju ministarstvo

⁶⁹ O tome u Gavella, op. cit., str. 59.

⁷⁰ Lind, H., *The definition of market value: Criteria for judging proposals and an analysis of three components*, Working paper no. 28, Royal Institute of Technology, Stockholm, 1997., str. 18.

nadležno za poslove pravosuđa.⁷¹ O naknadi za izvlaštenu nekretninu odlučuje se rješenjem kojim se prihvaća prijedlog za izvlaštenje. U izreci se mora utvrditi i obveza korisnika izvlaštenja glede naknade za izvlaštenu nekretninu.

O naknadi za izvlaštenu nekretninu rješava također ured državne uprave nadležan za imovinskopravne poslove u županiji. On ujedno donosi i rješenje kojim se prihvaća prijedlog za izvlaštenje.⁷² Ovo rješenje mora sadržavati naznačenje akta kojim je utvrđen interes Republike Hrvatske, naznačenje korisnika izvlaštenja, naznačenje nekretnine koja se izvlašćuje, uz navođenje zemljišno-knjižnih podataka, a ako nekretnina nije upisana u zemljišnoj ili drugoj javnoj knjizi ili takva na postoji, uz navođenje katastarskih podataka, naznačenje vlasnika i posjednika izvlaštene nekretnine i njegovog prebivališta ili sjedišta, naznačenje objekta ili radova radi čije se izgradnje, odnosno izvođenja radova nekretnina izvlašćuje, obvezu vlasnika nekretnine da ju je dužan predati u posjed kao i rok predaje u posjed te obvezu korisnika izvlaštenja na isplatu zakonske zatezne kamate, a koje teku od dana donošenja prvostupanjskog rješenja o izvlaštenju pa do isplate.⁷³

Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu tako sada više nije izdvojeno iz postupka izvlaštenja, kako je to bilo prema *Zakonu o eksproprijaciji* iz 1978. godine,⁷⁴ već je postalo sastavni dio toga postupka. Štoviše, članak 21a. stavak 2. *Zakona* zajamčio je sudsku zaštitu cjelokupnog postupka izvlaštenja, pa tako i određivanja naknade za izvlaštenu nekretninu. Tako se od 2002. godine odluka upravnog tijela o naknadi može osporavati pred županijskim sudom, čime se zasigurno na mnogo primjereniji način jamči pravo izvlaštenika.

Ova mogućnost otvorila se donošenjem *Odluke Ustavnog suda RH br. U-I-745/99* od 8. studenog 2000. godine, kojom su ukinute odredbe *Zakona o izvlaštenju* u dijelu u kojem je sudska zaštita bila osigurana u upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske. Podnositelj zahtjeva za ocjenu ustavnosti članka 22., članka 25. točke 7. te članka 36. stavka 3. *Zakona* o izvlaštenju smatrao je kako su osporavane odredbe, kojima se utvrđivala nadležnost upravnog tijela za odlučivanje o prijedlogu za izvlaštenje i o naknadi za izvlaštenu nekretninu, odnosno imovinu (ako nije postignuta nagodba), a da pri tome nije predviđena mogućnost sudske kontrole, odnosno zaštite građanskog prava pred sudom koji ispunjava postupovnopravne zahtjeve, u suprotnosti s odredbama članka 6. *Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*.⁷⁵ Drugim riječima, podnositelj zahtjeva smatra kako se Upravni

⁷¹ Članak 21a. *Zakona o izvlaštenju*.

⁷² Vidi odluke Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 3260/1994. od 23. studenog 1994. godine te Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz 41/1994. od 23. studenog 1994. godine. Više o tome vidi u Crnić, op. cit., str. 130-131.

⁷³ Članak 25. *Zakona o izvlaštenju*.

⁷⁴ Prema *Zakonu o eksproprijaciji*, Narodne novine SRH, br. 46/82., odlučivanje o naknadi bilo je zasebni dio toga postupka i to dijelom pred tijelom uprave, a dijelom pred sudom. Sada cijeli postupak izvlaštenja, uključujući i određivanje iznosa naknade, vodi isto tijelo.

⁷⁵ *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Narodne novine, br. 18/97.

sud Republike Hrvatske kada odlučuje po pravilima u upravnom sporu ne može smatrati tribunalom (sudom), u smislu odredbe članka 6. navedene *Konvencije*, jer on, u pravilu, rješava predmet (upravni spor) na temelju činjenica utvrđenih u upravnom postupku. To znači da se pred Upravnim sudom vodi spor o zakonitosti, a ne spor pune jurisdikcije. Ustavni sud Republike Hrvatske utvrdio je kako Upravni sud u pravilu nije sud pune jurisdikcije, jer samo izuzetno samostalno izvodi i ocjenjuje dokaze te u pravilu upravne sporove rješava na nejavnim sjednicama. Stoga je usvojio zahtjev podnositelja te ukinuo sporne odredbe. Tako se od 1. siječnja 2002. godine protiv drugostupanjskog rješenja o izvlaštenju može podnijeti tužba mjesno nadležnom županijskom sudu u roku od 30 dana od dana dostave drugostupanjskog rješenja, a u postupku pred županijskim sudu, ako nije drugačije određeno, primjenjuju se odredbe *Zakona o upravnim sporovima*.⁷⁶ O tužbi odlučuje vijeće županijskog suda sastavljeno od tri suca, na javnoj raspravi, u vidu presude ili rješenja.⁷⁷

Međutim, nema zapreke da korisnik izvlaštenja i vlasnik nekretnine sve do donošenja rješenja kojim se prihvaća prijedlog za izvlaštenje sklope nagodbu o naknadi. Nagodba svakako treba sadržavati oblik i visinu naknade i rok do kojeg je korisnik izvlaštenja dužan ispuniti obvezu u pogledu naknade. Nagodba se zatim unosi u zapisnik, koji mora sadržavati sve podatke neophodne za ispunjenje obveze korisnika izvlaštenja. Nagodba o naknadi ili dijelu naknade smatra se sklopljenom kada obje strane potpišu zapisnik u koji je nagodba unijeta. Ona ima snagu izvršne isprave.⁷⁸

5. Zaključak

Kao što se iz navedenoga može zaključiti, izvlaštenje je vrlo bitan pravni institut u suvremenim pravnim porecima zasnovanim na jamstvu privatnog vlasništva i slobodnom tržištu. Izvlaštenje je uvijek usmjereno k potpunom ili djelomičnom oduzimanju prava vlasništva neke privatne osobe, a za dobrobit društva. Tako nam u nekim slučajevima upravo izvlaštenje omogućuje izgradnju objekata od općeg interesa za društvenu zajednicu.

Svrha izvlaštenja ogleda se u pravu javne vlasti da provede prisilnu prodaju imovine privatne osobe ukoliko to doprinosi općem društvenom interesu. Stoga je bitan element izvlaštenja svakako plaćanje odgovarajuće naknade izvlašteniku, a kojom mu se treba kompenzirati oduzimanje nekretnine. I upravo se u ovom elementu izvlaštenje razlikuje od konfiskacije. Međutim, određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu svakako je jedno od najtežih i najspornijih pitanja ovoga pravnog instituta.

⁷⁶ *Zakon o upravnim sporovima*, Službeni list SFRJ, br. 4/77., Narodne novine, br. 53/91., 9/92. i 77/92.

⁷⁷ Članci 42a. do 42c. *Zakona o izvlaštenju*.

⁷⁸ Članak 23. *Zakona o izvlaštenju*.

Izvlaštenika se, dakle, treba staviti u isti položaj u kojem bi bio da do izvlaštenja nikada nije niti došlo. U tu mu se svrhu treba dodijeliti druga nekretnina koja po svojim svojstvima potpuno odgovara izvlaštenoj nekretnini ili mu treba platiti odgovarajuću naknadu za oduzimanje. Kada se govori o naknadi isplaćenoj u novcu, u zakonodavstvu različitih država najčešće se nailazi ili na model naknade izražene u tržišnoj vrijednosti nekretnine ili na model pravične naknade.

Tržišna vrijednost nekretnine najčešće se određuje usporedbom stvarnih transakcija s konkretnom nekretninom, međutim, može se koristiti i metoda odmjeravanja vrijednosti prema prihodu koji nekretnina donosi ili metoda tržišne simulacije. No, veoma je bitno da određivanje tržišne vrijednosti izvlaštene nekretnine u svakom slučaju bude predmet vještačenja po vještacima odgovarajuće struke.

Pri odmjeravanju pravične naknade također postoji više metoda. Čini se da će se pravična naknada najbolje odrediti ukoliko se najprije odredi tržišna vrijednost nekretnine, a zatim se ovoj vrijednosti pridodaju ili oduzmu drugi relevantni čimbenici. Nakon određivanja tržišne vrijednosti, potrebno je još odrediti i odgovarajuću ravnotežu između privatnog i javnog interesa. Tako interes izvlaštenika može, primjerice, podići naknadu iznad tržišne vrijednosti nekretnine, ali je slično javni interes može umanjiti na iznos koji je niži od tržišne vrijednosti. Ovaj pristup u odmjeravanju naknade za izvlaštenu nekretninu prisutan je u mnogim pravnim porecima, kao npr. u njemačkom, švedskom, irskom, australskom, japanskom te Ujedinjenog Kraljevstva.

Tržišna vrijednost nekretnine i pravična naknada nisu sinonimi. U odmjeravanju pravične naknade tržišna je vrijednost samo jedan od čimbenika koji se razmatra. Tako pravična naknada može, ali i ne mora, biti jednaka tržišnoj vrijednosti nekretnine.

Summary

DETERMINATION OF COMPENSATION FOR EXPROPRIATED REAL ESTATE

The article contains analysis of determination of compensation for expropriated real estate in Croatian and comparative law. For this purpose, the author firstly emphasizes importance of expropriation as a legal institute in a society based on market economy and right of ownership. Subsequently, he gives a short description of expropriation characteristics and procedures. Finally, the author presents methods for determining compensation for expropriated real estate contained in comparative law, putting a special emphasis on determination on the basis of market value and on determination of the so called «fair compensation».

Key words: *expropriation, compensation, market value.*

Zusammenfassung

FESTLEGUNG DER ENTSCHÄDIGUNG FÜR EINE ENTEIGNETE IMMOBILIE

In der Arbeit wird eine Analyse der Festlegung der Entschädigung für eine enteignete Immobilie im kroatischen und komparativen Recht durchgeführt. Zu diesem Zweck wird zuerst die praktische Wichtigkeit des Rechtsinstituts Enteignung in der Gesellschaft der Marktwirtschaft und des garantierten Rechts auf Eigentum aufgezeigt. Es folgt eine kurze Beschreibung von Merkmalen und Verfahren der Enteignung. Abschließend legt der Autor Lösungen zur Festlegung der Entschädigung für enteignete Immobilien, die im komparativen Recht angenommen wurden, dar und bezieht sich insbesondere auf die Festlegung der Entschädigung auf Grund des Marktwertes und die Festlegung der sogenannten «gerechten Entschädigung».

Schlüsselwörter: Enteignung, Entschädigung, Marktwert.

Sommario

DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ PER L'IMMOBILE ESPROPRIATO

Nel lavoro si analizza la determinazione dell'indennità per l'immobile espropriato nel diritto croato e comparato. A questo scopo innanzitutto è accentuata l'importanza dell'espropriazione come istituto giuridico in una società basata sull'economia di mercato e il diritto di proprietà. Successivamente è offerta una breve descrizione delle caratteristiche e delle procedure dell'espropriazione. Infine l'Autore presenta le soluzioni per determinare l'indennità dell'immobile espropriato contemplate in diritto comparato con particolare sguardo alla determinazione sulla base del valore di mercato e sulla determinazione della cosiddetta "equa indennità".

Parole chiave: espropriazione, immobile, valore di mercato.

RADNO ZAKONODAVSTVO REPUBLIKE HRVATSKE I *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 349.2(497.5)(094)
349.2::061.1(EU)
Ur.: 3. studenog 2004.
Pr.: 20. prosinca 2004.
Stručni članak

*Potpisujući Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, 29. listopada 2001. u Luxembourg, Republika Hrvatska je preuzela brojne obveze (političke, gospodarske, pravne i druge), (u nastavku SSP). To je početak procesa usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske s *acquis communautaire* (francuski izraz pravna stečevina EU). Osnovne odredbe o usklađivanju nacionalnih propisa s *acquis communautaire* sadržane su u Glavi VI., Poglavlja 3. Ugovora o osnivanju Europske zajednice. To se odnosi i na proces potpunog usvajanja i provedbe *acquis communautaire* u radnom (i socijalnom) području (odnosima). Pravna stečevina nije samo pravo u užem smislu, jer obuhvaća: sadržaj, načela i političke ciljeve osnivačkih ugovora, zakonodavstvo usvojeno na temelju osnivačkih ugovora te presude Europskog suda pravde, deklaracije i rezolucije koje je EU usvojila, mjere koje se odnose na zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku, mjere koje se odnose na pravosuđe i unutarnje poslove te međunarodne ugovore koje je sklopila Europska zajednica, kao i ugovore zaključene između država članica s trećim zemljama u području djelovanja EU.*

*U ovom radu se izdvajaju područja *acquis communautaire*: slobodno kretanje osoba, socijalna politika i zapošljavanje, a posebno se piše o radnom zakonodavstvu Republike Hrvatske u procesu harmonizacije s *acquis communautaire*.*

Ključne riječi: *acquis communautaire, radno zakonodavstvo, harmonizacija prava, direktiva.*

1. Uvod

Odnosi između Republike Hrvatske i Europske Unije poboljšavaju se nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, u cilju predanosti i odlučnosti Republike Hrvatske za pridruženo, a kasnije i punopravno članstvo u Europskoj

Uniji (dalje: EU), čime bi se osigurala stabilnost i blagostanje.¹ Od 1. siječnja 2002. godine trgovinske i prometne odredbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (dalje: SSP) primjenjuju se u skladu s Privremenim sporazumom o trgovinskim i s njima povezanim pitanjima između Republike Hrvatske i Europske zajednice.²

Odnosi se zasnivaju na provedbi standarda i prava EU u pojedinim područjima. Riječ je o pravnom ugovornom odnosu između Republike Hrvatske i EU, jer je SSP originalan i nov oblik međunarodnog ugovora. To je pravni temelj i sadržajni oblik odnosa Republike Hrvatske i EU, koji se trebaju institucionalizirati sve do punopravnog članstva Republike Hrvatske u EU. Sada je Republika Hrvatska potencijalni član EU u procesu njezinog proširenja i od potpisivanja SSP-a ispunjava preuzete obveze prema planu provedbe SSP koji je usvojen neposredno prije potpisivanja SSP-a i od tada je na snazi. Plan osigurava provedbu niza politika kojima se potiču reforme u cjelokupnim odnosima Republike Hrvatske i sadrži više od 370 zakonodavnih, analitičkih, institucionalnih mjera te mjera vezanih uz pripremu projekta za tehničku pomoć.

Republika Hrvatska se nalazi pred provedbom sveobuhvatnih reformi gospodarskog i političkog sustava i temeljite prilagodbe pravnim, gospodarskim i političkim standardima EU. Paralelno se vrši prilagodba za pridruženo članstvo i prilagodba s ukupnim sustavom kriterija za punopravno članstvo, «kako bi se osiguralo da proces približavanja i konačnog ulaska u EU, prođe što organiziranije, promišljenije i učinkovitije, te svakako, u što kraćem roku.»³

Nacionalni program usmjeren je na nekoliko tema, među inima i na usklađivanje zakonodavstva Republike Hrvatske s *acquis communautaire* (sukladno SSP-u).⁴ U tom smislu je Vlada Republike Hrvatske 15. veljače 2001. donijela nekoliko zaključaka i obvezala sva ministarstva i državne upravne organizacije «da bez odgode pristupe pripremama za promjene zakonodavstva koje će Republika Hrvatska biti dužna uskladiti s *acquis communautaire*, te da u izradi novih zakona u najvećoj mogućoj mjeri uzimaju u obzir odredbe *acquis communautaire* i o razini usklađenosti izvijeste u obrazloženju zakona...». Traži se i «primjena nomotehničkih znanja u izradi zakonodavnih prijedloga prilagođenih standardima EU.» Tijela državne

¹ Sporazum o Stabilizaciji i pridruživanju parafiran je 14. svibnja 2001. u Bruxellesu, a potpisan 29. listopada 2001. Time je započeo period u kome će Republika Hrvatska i sve zemlje EU ratificirati Sporazum, kako bi mogao stupiti na snagu.

² Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine-Međunarodni ugovori, broj 14., od 27. prosinca 2001. Zakon o provedbi Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica i Privremenog sporazuma o trgovinskim i s njima povezanim pitanjima između Republike Hrvatske i Europske zajednice, Narodne novine-Međunarodni ugovori, broj 15. od 28. prosinca 2001.

³ Hrvatski sabor, Prijedlog nacionalnog programa Republike Hrvatske za pridruživanje Europskoj Uniji - 2003. godina. Klasa: 910-04/02-01/04. Ur. broj: 61-02-02, Zagreb, 12. prosinca 2002.

uprave ...»obvezna su uz zakonodavni akt priložiti ispunjenu izjavu o usklađenosti (s *acquis communautaire*) i usporedni prikaz podudarnosti odredaba prijedloga akta s odredbama relevantnih propisa EU».

Pristupilo se i prevođenju pravne stečevine europskog prava kako bi bilo ispoštovano «osnovno demokratsko načelo dostupnosti i javnosti zakona, te osiguranje jedinstvene primjene prava za sve...»⁵ Dugoročni je cilj prijevod cjelokupne pravne stečevine te prijevod važećeg zakonodavstva Republike Hrvatske (uz poštivanje pravne, stručne i jezične redakture) s konačnom verifikacijom prijevoda.

Poštivanje demokratskih načela i ljudskih prava, međunarodnog prava, vladavine prava i tržišnog gospodarstva čine temelje unutarnje i vanjske politike EU, odnosno država – članica i Republike Hrvatske. Temeljne vrijednosti upisane su u preambulu SSP-a i bitne su za sve pravne odnose. U radnopravnim (i socijalnopravnim) odnosima to su izravno i neizravno razvoj civilnog društva i demokratizacija, izgradnja institucija i reforma javne uprave, povećana trgovina i gospodarska suradnja te suradnja na području pravosuđa i unutarnjih poslova, veće političke i gospodarske slobode i poštivanje ljudskih prava, vladavina prava, slobodno tržišno gospodarstvo, razvitak trgovine i ulaganja, usklađivanje zakonodavstva u ovom (i drugim relevantnim) području sa zakonodavstvom EU. Na tim načelima provode se reforme. Uzajamne su koncesije glede kretanja radnika, prava poslovnog nastana, usluga, tekućih plaćanja i kretanja kapitala i osoba. (Prvo poglavlje od 31. propisa EU)

Proces mora biti praćen odgovarajućim mjerama makroekonomske i razvojne politike, što će pozitivno utjecati na rekonstruiranje i gospodarski rast, ali i na zaposlenost. Politički odnosi između EU i Republike Hrvatske idu i u pravcu dijaloga i suradnje sa zemljama putem dvostranih ugovora.

«Stranke pridaju važnost usklađivanju postojećega hrvatskoga zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice. Hrvatska će nastojati osigurati postupno usklađivanje postojećih zakona i budućeg zakonodavstva s pravnom stečevinom Zajednice (*acquis communautaire*)».⁶

⁴ Poslovnik Vlade Republike Hrvatske, NN 107/00. utvrđuje: uz nacрте prijedloga zakona i drugih propisa mora, između ostalih, biti priloženo mišljenje Ministarstva za europske integracije, u čiji djelokrug ulaze pitanja koja se uređuju predmetnim prijedlozima; Izmjene i dopune Poslovnika Hrvatskog sabora, NN 11/01, utvrđuju da prijedlog Zakona koji se usklađuje s propisima Europske unije nosi posebnu oznaku, i to « P.Z.E.br...»

⁵ Prvi korak u tom nastojanju bila je izrada englesko-hrvatskog glosara na osnovi prijevoda SSP-a na hrvatski književni jezik, kako bi se dobila leksička i terminološka podloga koja će omogućiti ujednačeniji pristup prevođenju temeljnih pravnih akata EU na hrvatski jezik i na kojoj će se dalje razvijati terminološka baza podataka potrebna da bi se tako zahtjevan zadatak što kvalitetnije obavio.

⁶ SSP- cit. (p.b.2.) ; članak 69. st. 1.

Usklađivanje je započelo «danom potpisivanja SSP» i proširivalo se «na sve elemente pravne stečevine Zajednice (*acquis communautaire*)...» da bi bilo dovršeno («u potpunosti ostvareno») najkasnije u roku od šest godina od stupanja na snagu SSP-a. Taj je posao dogovoren s Komisijom EU te definirani «načini nadgledanja provedbe usklađivanja zakonodavstva i radnji koje treba poduzeti u svezi s njegovom provedbom.»⁷

Za radnopravne i socijalnopravne odnose bitna je i odredba članka 117. SSP-a u Sadržaju: «Svaka stranka obvezuje se unutar dosega ovoga Sporazuma osigurati da fizičke i pravne osobe druge stranke imaju pristup bez diskriminacije u odnosu na vlastite državljane nadležnim sudovima i upravnim tijelima stranaka radi zaštite svojih osobnih i imovinskih prava».

SSP sklopljen je na neograničeno vrijeme (čl. 124.), ali je bitno da je usklađivanje zakonodavstva Republike Hrvatske s pravnom stečevinom EU započelo, ali je još bitnije da bude dovršeno («u potpunosti ostvareno»). To u svemu vrijedi i za radno i (socijalno) zakonodavstvo, što je predmetom obrade u ovom radu. «To su preduvjeti koje Hrvatska mora ispuniti na svom putu do željenog cilja – punopravnog članstva u EU.»⁸

2. Pravni akti Europske unije

Ugovor iz Maastrichta 1992. «pod jedan krov» stavio je EU (Europsku zajednicu za ugljen i čelik, Europsku zajednicu (EEZ) i Europsku zajednicu za atomsku energiju). Pravo EU je primarno i sekundarno, utemeljeno na načelu vladavine prava i priznavanju ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Uredbe i direktive (smjernice), kao pravni akti EU, imaju obvezujuću snagu. Uredbe su obvezujuće u cijelosti i izravno se primjenjuju u državama članicama. Direktiva je obvezujuća za svaku državu članicu kojoj je upućena, u pogledu rezultata koji se moraju postići, s time da država sama bira oblik i metode za realizaciju te obveze.

Mjere EU moraju ostaviti više prostora za nacionalne odluke, u skladu s Ugovorom između država i EU. Riječ je o minimalnoj harmonizaciji propisa. Za inkorporaciju direktive u nacionalno pravo potreban je akt transformacije direktive nacionalnim propisima. To, u pravilu, znači donošenje novog propisa ili izmjena i dopuna postojećih propisa, jer se direktive u nacionalno zakonodavstvo unose samo

⁷ SSP- isto: čl. 69. st. 2. i čl. 5. Prema čl. 129. st. 2. «ovaj sporazum stupa na snagu prvog dana drugog mjeseca koji slijedi nakon dana kada su stranke jedna drugu obavijestile o okončanju postupka koji su navedeni u prvom stavku» (misli se na postupke utvrđene za jednu ili drugu stranu – «odgovarajući postupci»).

⁸ GRABAR-KITAROVIĆ, KOLINDA, Informator 5267-5268, od 28.8. i 1.9.2004., str. 1. i 2.; Nacionalni program Republike Hrvatske za pridruživanje Europskoj uniji 2004. godina, NN 37/04.; LUKAČEVIĆ-SUBOTIĆ, Željka, Tehnička provedba harmonizacije zakonodavstva Republike Hrvatske prema propisima Europske unije, Hrvatska pravna revija 5/2003., Inž. biro, Zagreb, 2003.

obvezujućom pravnom normom (zakon ili uredba). Direktiva je akt općeg karaktera. Donosi se da bi se provelo usklađivanje pravnih sustava država članica u onom dijelu na koga se sadržaj direktive odnosi. Specifičnost direktive jest da ona sadrži obvezu postizanja rezultata, a ne obvezu na određeno postupanje. Nacionalne mjere provedbe direktive moraju biti potpune, obvezujuće i transparentne. Povreda i nepoštivanje direktive ima za posljedicu postupak zbog povrede Ugovora EU, pred Europskim sudom, čija se odluka mora poštovati, pod prijetnjom kazne. Poštuje se tradicija država i njihov pravni poredak u okviru zahtjeva za ujednačavanje propisa i prakse.

Kada Vijeće EU donose određenu direktivu (smjernicu), onda se ona upućuje državama (članicama) da svojim nacionalnim propisima urede odnose u skladu s tom direktivom. Određen je rok usklađivanja odnosno provedbe direktive. Postoje dvije situacije: jedna je postupiti i uskladiti zakonodavstvo države u roku s direktivom, i, drugo, "neposredno" primjenjivati direktivu, ako se stranke u sporu na nju pozivaju, odnosno kada je sud tumači. Sudovi primjenjuju direktivu "u skladu s njezinim regulativnim ciljevima". Obveza je sudova da "interpretiraju" nacionalno pravo u skladu s ciljem i svrhom smjernice nakon što su doneseni nacionalni provedbeni propisi. Na taj način oni prepoznaju i realiziraju "regulatornu politiku" i "regulatorne ciljeve" upisane u direktive i nacionalne propise. Za to je potrebno poznavati praksu Europskog suda. Primjena prava u Republici Hrvatskoj u tom smislu, poštuje interpretativno načelo *favor conventionis*.⁹

Pravna stečevina EU čini pravni okvir u kome se formira novi pravni sustav Republike Hrvatske. To je osnova za tržišno gospodarstvo, koje će, opet, na taj sustav povratno djelovati. U toj i takvoj objektivnoj realnosti djelovat će svi dijelovi vlasti, a posebno sudovi, odgovorni za djelovanje i suđenje po pravnim pravilima u tom sustavu.

U temeljne dokumente EU spada Ugovor o utemeljenju EEZ-a (Rim, 23. ožujak 1957.), u kome su upisana i načela: osobne jednakosti, slobode, središnje uloge ljudskog bića i njegovih nepovredivih i neotuđivih prava, poštivanja prava (općenito) i poštivanje prava svakog pojedinca. U brojnim dokumentima EU naglašava se pluralizam, tolerancija, pravednost, solidarnost i nediskriminacija na putu ka socijalnom napretku i punoj zaposlenosti, potičući "socijalnu pravednost i socijalnu zaštitu, jednakost među ženama i muškarcima, međugeneracijsku solidarnost i zaštitu prava djeteta." Jamči se slobodno kretanje osoba, roba, usluga i kapitala te sloboda poslovnog nastana.

Tendencija je deformalizacija pravnih izvora u pravu EU.

Primarni izvori prava EU su i u drugim Ugovorima, a njih neposredno i zajedno uspostavljaju države članice EU.

⁹ RODIN, Siniša, Informator, Novi informator 5265-5266, Zagreb, 21. i 25.8.2004., str. 1. i 2. "Smjernice su sekundarni izvor prava EU, a upućene su državama članicama, te obvezuju glede cilja koji valja ostvariti. Države članice imaju slobodu u izboru sredstava za ostvarenje regulatornih ciljeva koje smjernice propisuju."

Sekundarni (ili izvedeni) izvori prava EU jesu: uredbe, direktive (smjernice), odluke i preporuke. U radnim odnosima posebno je značajan sadržaj direktiva. Njihov sadržaj je obvezan za svaku državu članicu. Bez obzira na "način i oblik" uređenja sadržaja direktive u nacionalnom zakonodavstvu mora se osigurati rezultat koji se očekuje tim sadržajem. Za sada je u Republici Hrvatskoj prihvaćeno da se to učini zakonom, iako se ne isključuje i drugi oblik (npr. odluke Hrvatskog sabora o prihvaćanju određene direktive ili Kolektivnim ugovorom, pa i postupkom njegovog oktroiranja i dr.). Bez obzira na oblik i način, ispod postavljenih standarda u direktivi, nacionalno zakonodavstvo ne smije ići.

U izvore radnog prava EU ubrajaju se i kolektivni ugovori sklopljeni na razini država članica EU, kao granski kolektivni ugovori, temeljem čl. 138. i 139. Ugovora o EZ-u. Do sada je posebno značajan onaj iz 1991. sklopljen u Brusselesu između Europske Konfederacije industrijskog i poslodavačkog Saveza (UNICEF) i Europskog centra javnih poduzeća (CEEP) s jedne strane i Europske Konfederacije sindikata s druge strane.

Postupak usklađivanja počinje u "resornom" ministarstvu putem Vlade Republike Hrvatske (propisanom Ustavom i Poslovníkom), dolazi u Hrvatski Sabor na usvajanje kao novog ili izmijenjenog (i dopunjenog), zakona odnosno na drugi odgovarajući način.

To je proces harmonizacije prava EU i država članica EU. To je složen, zahtjevan i strogo formalan postupak u kome treba postići što veći stupanj jednakosti i zajedništva prava Republike Hrvatske (kao nacionalnog prava) s pravom EU. Taj proces traje i teško je postići zahtijevani rezultat. Razlog je u datim gospodarskim, tehničkim, tehnološkim, povijesnim i drugim determinantama stvarnog stanja.

U slučaju da je država obvezna po određenoj direktivi, a to nije u nacionalnom zakonodavstvu uredila, ima se primijeniti direktiva po načelu prioriteta prava EU nad nacionalnim pravom. Direktiva je, kao i konvencija, dio nacionalnog prava i po pravnoj je snazi iznad zakona. Institucije EU imaju nadnacionalnu narav. Pravo EU čini novi pravni poredak međunarodnog prava. Nedvojbeno je da odredbe radnog prava EU imaju prednost pred propisima radnog prava u Republici Hrvatskoj. To onda znači i prednost u neposrednoj primjeni prava EU na konkretne slučajeve u praksi.

Utjecaj kako primarnih tako i sekundarnih izvora prava EU na radno zakonodavstvo u Republici Hrvatskoj nesporan je, prisutan i sve će više djelovati na sve radnopravne odnose (izravno i neizravno). Riječ je o "novom pravnom poretku međunarodnog prava" kojega Republika Hrvatska preuzima temeljem SSP. To je, svojevrsni oblik "ograničenja" suvereniteta Republike Hrvatske u području radnopravnih (i socijalnopravnih) odnosa.

Acquis communautaire je nastao kao rezultat optimalnih rješenja u radnom (i drugom) zakonodavstvu pojedinih država članica EU (Francuske, Njemačke i dr.). To se odnosi na pitanje zabrane diskriminacije, prava suodlučivanja radnika, radnog vremena, isplata plaća i drugih. No, i ovdje treba naglasiti velik utjecaj propisa (prvenstveno konvencija) Međunarodne organizacije rada (MOR, ILO, ITO).

Određenu mjeru ima uređivanje "preostalih" radnopravnih odnosa u okviru

nacionalnog zakonodavstva, dakako u skladu s prihvaćenim rješenjima *acquis communautaire*, pazeći da se time ne smiju narušiti principi i općeprihvaćeni odnosi, prvenstveno u direktivama EU. U konačnici ipak će biti riječ o nacionalnom radnom pravu u Republici Hrvatskoj. To proizlazi iz odredaba članka 140. Ustava Republike Hrvatske o konzistentnosti propisa u jedinstvenom pravnom sustavu države.

Bitni su i stvaraoci pravnih normi. To je bitna objektivna nomotehnička pretpostavka za izradu pravnog propisa određena kao nadležnost. Zbog toga je "plan provedbe SSP-a" utvrdio da su mjere izrade metodologije usklađivanja zakonodavstva RH s pravnom stečevinom EU i izrada analiza o toj usklađenosti trajne mjere, a "Priručnik za usklađivanje zakonodavstva RH s *acquis communautaire*" je već trebao biti donesen.

U osnovi je stvaranje zajedničkog europskog gospodarskog tržišta, a posredno izvire iz toga slobodno kretanje ljudi (i roba). To se posebno vidi iz odredbi Maastrichtskog ugovora (sklopljenog 1992.) kojim je osnovana EU, kao veći stupanj ujedinjenja država Europe. U taj okvir (i cilj) ulazi i "usklađivanje radnog i socijalnog zakonodavstva". Taj cilj je postavljen kako bi se osiguralo slobodno kretanje radnika, razvijao njihov životni standard i usklađivale socijalne aktivnosti država članica EU, iako je socijalna politika u isključivoj nadležnosti država članica.

Vijeće EU odlučuje, u pravilu, apsolutnom većinom, ali i kvalificiranom u određenim pitanjima iz ovih odnosa: kretanje radnika, osnivanje unutarnjeg tržišta, zdravlje i sigurnost radnika, uvjeti rada, informiranje radnika i njihovo sudjelovanje u upravljanju s poslodavcem, jednakost između muškaraca i žena, zaposlenost i mjere za brže zapošljavanje, pitanje Europskog socijalnog fonda, stručno osposobljavanje i gospodarska socijalna kohezija.

Glavni nosilac zakonodavne inicijative jest Komisija. Na njezin prijedlog Vijeće EU donosi propise. Struktura tijela pokazuje priznavanje tri skupine partnera (poslodavaca, sindikata i ostalih (poljoprivrednika, potrošača i dr.), u ekonomsko-socijalnim odborima Vijeća i Komisije.

O pitanjima: prava i interesa zaposlenih, socijalnog osiguranja, socijalne zaštite radnika, zaštite prava radnika nakon prestanka ugovora o radu, kolektivnog pregovaranja i kolektivnih ugovora (kolektivnoj zaštiti interesa radnika i poslodavaca), te uvjetima rada stranih radnika odlučuje Vijeće EU jednoglasno. Po primarnim izvorima prava EU ostaje u nadležnosti država članica pitanje odlučivanja o: plaćama, pravu koalicije radnika odnosno udruživanju poslodavaca, pravo na štrajk i pravo na isključenje (lock-out).

2.1. EU i MOR (ILO, ITO)

Ugovor o EU je temeljni dokument koji uređuje odnose EU prema drugim međunarodnim organizacijama. Tu vezu osigurava Komisija EU. MOR je specijalizirana organizacija UN-a. Temeljna zadaća te organizacije je da se konvencijama i preporukama na međunarodnoj razini urede uvjeti rada i radnopravni odnosi u najširem smislu riječi. U direktivama i drugim dokumentima EU uređena su brojna pitanja i odnosi iz te oblasti.

Suradnja se odnosi na: radne standarde, zapošljavanje svih, a posebno određenih kategorija, socijalni dijalog i širenje sadržaja socijalne politike i politike rada.

Kada je u pitanju primjena ratificiranih konvencija MOR-a, mišljenja smo da treba to prihvatiti kao izvor prava koji ne kolidira s direktivama EU, jer su to zajednička pitanja navedenih subjekata. Ona pitanja koja uređuju konvencije MOR-a koja spadaju u isključivu nadležnost država članica nisu sporna, ali se javlja problem za ona pitanja koja ima pravo urediti EU odnosno njena tijela.

Tendencija je, u ovakvim odnosima, slabljenje uloge MOR-a, iako je to nepotrebno. MOR ima svoj specijalan program i cilj, pravila igre i strukturu koja ne kolidira s onim u EU, već je širi okvir i temelj za njezino djelovanje u oblasti radnopravnih (i socijalnopravnih) odnosa: pravo na rad, pravo na pravedne uvjete rada, sindikalna prava, pravo na udruživanje, pravo na jednaku plaću za jednak rad i druga.

3. Područja i odnosi koje treba urediti radnim (i socijalnim) zakonodavstvom

Propisi EU iz područja radnog prava koje još treba inkorporirati u radno zakonodavstvo sistematizirani su (sukladno fazama usklađivanja) u dokumentu "Bijela knjiga o pripremama pridruženih zemalja Središnje i Istočne Europe za integraciju na unutarnje tržište Unije" (COM (95) 163 final).

Radno zakonodavstvo u Republici Hrvatskoj rezultat je (još uvijek) kompromisa između fleksibilnosti tržišta rada i sigurnosti radnih mjesta u cilju uspješnog zadovoljavanja interesa kako radnika tako i poslodavaca, ali i nacionalnog gospodarstva. Veća konkurentna sposobnost Republike Hrvatske značila bi dugoročno više novih radnih mjesta, povećanje zaposlenosti, smanjenje siromaštva i jačanje socijalne sigurnosti. Za postizanje navedenih ciljeva potrebno je uskladiti radno zakonodavstvo s direktivama Vijeća EU. Prioriteti su fleksibilizacija tržišta rada, otvaranje novih radnih mjesta i povećanje konkurentnosti gospodarstva.

Jedno od pitanja jest i način određivanja zastupljenosti radničkih udruga (sindikata) više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, čime bi se omogućilo ujedinjavanje sindikata. To je inicijativa za promjene Zakona o radu u dijelu koji to regulira, pored drugih pitanja.

3.1. Socijalna politika i socijalna sigurnost

Područje socijalne sigurnosti, u okviru teme, treba analizirati zajedno sa slobodom kretanja radnika. Sada je to uređeno dvostranim ugovorima o socijalnom osiguranju kojima se koordiniraju sustavi država ugovornica u području zdravstvenog, mirovinskog (i invalidskog) i osiguranja za slučaj nezaposlenosti te prava na dječji doplatak.

Osiguranike i osigurane osobe, određene socijalne prestacije u ovom području

te postupak (tijela, radnje i rokove) uređuju propisi u sustavu socijalne sigurnosti.¹⁰

S državama EU Republika Hrvatska primjenjuje ugovore o socijalnom osiguranju koje je sklopila bivša Jugoslavija, a koje je Republika Hrvatska preuzela prema načelu sukcesije međunarodnih ugovora (do 1990.), kao što su oni s Belgijom, Danskom, Francuskom, Italijom, Luksemburgom, Švedskom, Velikom Britanijom i Irskom, koje se zamjenjuje novim ugovorima, kao što je slučaj s ugovorima s Austrijom, Njemačkom, Nizozemskom.

Odnosi među državama u području socijalne sigurnosti temelje se na ovim načelima: zbrajanja staža za ostvarivanje prava, načelo jednakosti postupanja, načelo isplate stečenih novčanih prestacija, načelo univerzalne primjene i dr.

Ova i druga načela temelj su i okvir da svaka država autonomno uređuje sustav socijalne sigurnosti koji se u toj državi primjenjuje. Npr. za radnike s hrvatskim državljanstvom koji rade u drugim državama članicama EU primjenjuju se propisi te države iz socijalnog osiguranja te dvostrani ugovori koje je Republika Hrvatska s tom državom sklopila.

Posebno pitanje je (a i problem koji se mora urediti) osiguranje hrvatskih državljana zaposlenih u inozemstvu kod stranog poslodavca, međunarodne organizacije ili na brodu strane zastave, koji nisu osigurani. Potrebno je posebno urediti odnose u mirovinskom, ali i u zdravstvenom osiguranju.

Državljeni država EU koji imaju svojstvo osiguranika u Republici Hrvatskoj imaju isti status kao osiguranici hrvatski državljeni i na njih se odnosi zakonodavstvo Republike Hrvatske, a davanja u mirovinskom osiguranju na koja su stekli pravo u Republici Hrvatskoj isplaćuje se u inozemstvu bez ograničenja (uz uvjet da s državom u kojoj osiguranik prebiva ima redovit platni promet).

Minimalni standardi sustava socijalne sigurnosti usuglašeni su s onima u EU, prema Europskom zakoniku o socijalnoj sigurnosti.¹¹

U članku 91. SSP-a («suradnja na području socijalne politike») naglašava se suradnja na području zapošljavanja koja će se «usredotočiti na unapređivanje službi za posredovanje u zapošljavanju i za profesionalnu orijentaciju osiguravanjem podrške i promicanjem lokalnog razvoja kao pomoći restrukturiranja industrijskog tržišta i tržišta radne snage» (uključujući i mjere kao što su studije, razmjene stručnjaka te informatičke i obrazovne aktivnosti). Nadalje (st. 3. čl. 91.) suradnja uključuje «prilagodbu hrvatskoga zakonodavstva u pogledu radnih uvjeta i jednakih mogućnosti za žene i muškarce», kao i poboljšanje razine zaštite koja postoji u Zajednici» (st. 4. čl. 91.).

Temeljna socijalna prava i ciljevi koje se treba postići i mjere koje se u tu svrhu primjenjuju regulirani su osnovnim (primarnim) izvorima prava EU. Tu

¹⁰ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN 121/03.; Zakon o zdravstvenom osiguranju, NN 94/01., 88/02., 149/02., 17/03., 30/04.; Zakon o mirovinskom osiguranju, NN 102/98., 127/00., 59/01., 109/01., 147/02., 117/03., 30/04.; Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, NN 32/02., 114/03., 151/03.

¹¹ Europski zakonik o socijalnoj sigurnosti (1964.), s dopunama i protokolima. www. Coe. Ht.

su odredbe u Poglavlju 1. Glave XI. UEZ-a, koja se odnosi na socijalnu politiku, obrazovanje, stručno usavršavanje i mladež.¹² Hrvatski Sabor je još 1991. godine usvojio Deklaraciju o prihvaćanju ciljeva iz Europske povelje o osnovnim socijalnim pravima radnika,¹³ a što je još važnije Hrvatski Sabor je donio Zakon o potvrđivanju Europske socijalne povelje s dodatnim protokolima.¹⁴

Maastrichtski ugovor ima «Socijalno poglavlje» čiji je cilj razvijanje socijalne dimenzije EU. Usvojen je Ugovor o socijalnoj politici uz Protokol o socijalnoj politici.

Najvažniji ciljevi socijalne politike u Republici Hrvatskoj jesu postizanje jedinstvenog i pravičnog postupka u osnovnim socijalnim uslugama, podizanje obrazovne razine radne snage, postizanje visoke stope zaposlenosti uz posebnu brigu za skupine koje su diskriminirane na tržištu rada, omogućavanje postizanja sigurnih i održivih prihoda, kao i dostojnih uvjeta rada za žene i muškarce, s krajnjim učinkom potpunog socijalnog uključivanja.

Socijalna sigurnost u širem smislu (u Republici Hrvatskoj, kao socijalnoj državi) obuhvaća mirovinsko (i imovinsko) osiguranje, zdravstveno osiguranje, osiguranje za slučaj nezaposlenosti, socijalnu skrb, zaštitu djeteta i majčinstva, zaštitu invalida rada i branitelja iz Domovinskog rata te druge oblike socijalne zaštite koji nisu obuhvaćeni u sustavu socijalnog osiguranja i čija davanja nisu zajamčena zakonom ili priznata pravom na drugi način.

Potrebno je urediti odnose u invalidskom osiguranju (profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom), a posebno povećati broj zaposlenih navedenih osoba i dostići razinu u većini europskih zemalja.¹⁵

3.2. Zapošljavanje

Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, (na snazi od 5. travnja 2002.) postavio je ove ciljeve: uređivanje sustava posredovanja između ponude i potražnje za radom, definiranje institucionalnih oblika na tržištu rada, uređivanje sustava materijalnog osiguranja za vrijeme nezaposlenosti i mehanizma provođenja mjera aktivne politike za poticanje zapošljavanja i razvoj poduzetništva.¹⁶

¹² Ugovor o EU, je Ugovor Europske zajednice (EC), ranije poznata kao Europska ekonomska zajednica (EEC), potpisan u Rimu 25. ožujka 1957., a stupio je na snagu 1. siječnja 1958. Ugovor stvara okvire za brojne odnose.

¹³ NN 37/91.

¹⁴ NN - Međunarodni ugovori 15/02., 8/03.

¹⁵ Strategija razvitka Republike Hrvatske «Hrvatska u 21. stoljeću» - strategija razvitka mirovinskog sustava i sustava socijalne skrbi, NN 97/03.; Zakon o socijalnoj skrbi, NN 73/97., 27/01., 59/01., 82/01., 103/03.

¹⁶ Zakon o posredovanju pri zapošljavanju i pravilima za vrijeme nezaposlenosti, NN 32/02., 86/02., 114/03., 151/03.; Pravilnik o obavljanju djelatnosti u svezi s zapošljavanjem izvan Hrvatskog Zavoda za zapošljavanje, NN 96/02.; Pravilnik o aktivnom traženju posla i raspoloživosti za rad, NN 96/02.

Navedeni zakon sadrži «većinu standarda koji za sada postoje unutar primarnih i sekundarnih propisa EU... u ovoj oblasti». ¹⁷ Dakako, nije riječ o potpunom usklađenju i u tom smislu potreban je nastavak toga procesa. ¹⁸

Za primjenu pojedinih odredbi (npr. O priznavanju prava na novčanu naknadu za nezaposlenost i priznavanje staža osiguranja, potrebno je zaključiti bilateralne ugovore s pojedinim državama (što opet znači sinhronizaciju propisa o kretanju radnika i socijalnoj sigurnosti).

Stranci se zapošljavaju u Republici Hrvatskoj u točno određenim slučajevima i pod propisanim uvjetima.

Aktivna politika pune zaposlenosti Republike Hrvatske temelji se na Konvenciji MOR-a broj 122 o politici zapošljavanja. ¹⁹

Utvrđivanje i provođenje aktivne politike promicanja pune zaposlenosti prati se kroz produktivno i slobodno odabrano zaposlenje, u svrhu poticanja gospodarskog rasta i razvoja, podizanje razine životnog standarda, zadovoljavanje potreba za radnom snagom i rješavanja problema nezaposlenosti i nedovoljne nezaposlenosti. Takva politika ima za cilj osigurati što je moguće produktivniji posao za sve osobe koje su na raspolaganju i koje traže posao, kao i slobodu izbora zaposlenja i korištenja svojih vještina i nadarenosti u obavljanju posla, bez obzira na rasu, boju kože, spol, vjeru, političko mišljenje, nacionalnu pripadnost ili socijalno podrijetlo.

Nacionalna politika zapošljavanja treba se temeljiti na Europskoj strategiji zapošljavanja. Opći su ciljevi: unapređenje tržišta rada, zapošljavanje, poticanje samozapošljavanja, olakšavanje zapošljavanja pojedinih skupina na tržištu rada te općenito smanjenje broja nezaposlenih osoba. ²⁰

3.3. Usklađivanje propisa o slobodi kretanja radnika

Sloboda kretanja radnika u Republici Hrvatskoj uređena je prema načelima SSP-a (Glava V.). U postupanju prema radnicima koji su hrvatski državljani, kao i prema državljanima pojedinih država članica koji su zakonito zaposleni na teritoriju RH ne smije biti nikakve diskriminacije na temelju državljanstva - u pogledu radnih uvjeta, naknade za rad ili otpuštanja s posla.

Zakonom o radu, kao općim propisom na području rada, propisano je da strani državljanin ili osoba bez državljanstva može sklopiti ugovor o radu pod uvjetima propisanim tim Zakonom i posebnim zakonom kojima se uređuje zapošljavanje tih osoba. Temelj za rad stranaca u Republici Hrvatskoj je radna dozvola i udovoljenje općim i posebnim uvjetima utvrđenim zakonom.

¹⁷ Ugovor o osnivanju EZ-a, Dio prvi, Načela, čl. 3.1.

¹⁸ isto: Dio treći, Politika zajednice, Glava III. čl. 42. st. 1a); uredba... 1408/71. i uredba 574/72.

¹⁹ Konvencija MOR-a br. 122 o politici zapošljavanja, usvojena u Ženevi, 9. srpnja 1964., NN, M.U. 2/94. i 11/00.

²⁰ Prvi program mjera aktivne politike u zapošljavanju i dopuna i razrada istog programa, NN 26/00.; Dodatne i nove mjere aktivne politike u zapošljavanju, NN 26/00.

Bitno je i kako je uređeno pitanje putnih isprava, viza te općenito ulaska, boravka i prestanka boravka stranaca, što je u vezi sa zakonodavstvom koje regulira zapošljavanje stranaca. U tom smislu poboljšani su propisi o izdavanju dozvola strancima za boravak i rad, definiranje osoba kojima se dozvole izdaju, utvrđivanje nadležnih tijela koji dozvole izdaju i dr. Sve se to čini u skladu s određenjima EU.²¹ U tom smislu je i donesen Zakon o strancima.²²

Cjelovito je uređen rad stranaca u Republici Hrvatskoj te uvjeti za izdavanje radne i poslovne dozvole. S tim u vezi je i priznavanje inozemnih obrazovnih kvalifikacija u Republici Hrvatskoj.²³ I na ovaj način bi se pojednostavilo ovo zakonodavno područje i postigla veća prilagodba uvjetima koje propisuje Svjetska trgovinska organizacija te EU kao jedinstveno tržište rada. Odvojen je vizni režim od dozvola za boravak i rad, odvojen je institut poslovne dozvole i kategorije osoba kojima se ona izdaje, te razgraničena radna i poslovna dozvola. Određeno je tijelo za utvrđivanje godišnjeg kontingenta radnih dozvola a određen je režim radnih dozvola koje će se izdavati samo za strance koji se zapošljavaju temeljem ugovora o radu, te tijela i rokovi za njihovo izdavanje. Kontingent, tzv. «kvota» (radnih dozvola) utvrđuje se godišnje, a specifikacija «kvota» po vrstama djelatnosti. Poslovna viza izdaje se strancu koji u Republici Hrvatskoj ima registriran obrt ili s obrtom izjednačenu djelatnost ili slobodno zanimanje, vodi poslove u registriranom vlastitom trgovačkom društvu ili u pravnoj osobi u kojoj ima većinski udio, ili strancu koji pruža usluge u ime inozemnog poslodavca i ispunjava ostale uvjete za izdavanje dozvole za privremeni boravak.

3.4. Uzajamno priznavanje kvalifikacije

Priznavanje istovrijednosti stranih diploma o završenom sveučilišnom i stručnom studiju, magisteriju i doktoratu te dijelovima visoke naobrazbe uređeno je zakonom i podzakonskim aktima u Republici Hrvatskoj.²⁴

To je predmet kojega uređuje odredba članka 53. SSP-a, kako bi se državljanima EZ-a i hrvatskim državljanima olakšalo započinjanje bavljenjem zakonski uređenim profesionalnim djelatnostima u Republici Hrvatskoj, odnosno EU.

²¹ FIAS studija (Foreign Investment Advisory Service), 2001. o boravku i kretanju stranaca.

²² Zakon o strancima, NN 109/03.

²³ SKENDEROVIĆ, Aleksandar, Zapošljavanje stranaca i priznavanje stranih svjedodžbi, Informator 5097/04., Zagreb, 2004.; Pravilnik o statusu stranaca u Republici Hrvatskoj, NN 202/03.

²⁴ Zakon o priznavanju inozemnih obrazovnih kvalifikacija, NN 158/03. i 198/03.

Uzajamno priznavanje kvalifikacija uređeno je u RH i mnogostranim međunarodnim ugovorima,²⁵ a ima i dvostranih ugovora koje je RH sklopila o uzajamnom priznavanju školskih svjedodžbi i diploma visokih škola (s Mađarskom, Slovačkom, Austrijom, Poljskom i dr.).

Propisi na snazi usklađeni su u području priznavanja pojedinih stupnjeva i dijelova visokoga obrazovanja s međunarodnim pravnim aktima Vijeća Europe, UNESCO-a. Podzakonskim aktima nastavit će se taj proces, kako bi se cjelovito uskladilo hrvatsko zakonodavstvo s *acquis communautaire* i automatsko priznavanje kvalifikacija.²⁶

3.5. Poslovni nastan

Kada je riječ o poslovnom nastanu, onda se očekuje da Republika Hrvatska nastavi pregovore s državama koje su već potpisale SSP radi sklapanja dvostranih ugovora o regionalnoj suradnji čiji će cilj biti povećanje opsega suradnje među zemljama, u skladu s odredbama članka 12. SSP-a.

Pravo poslovnog nastana za strane državljane podrazumijeva pravo započinjanja gospodarskih djelatnosti kao samostalno zaposlenih osoba, kao i pravo osnivanja poduzeća, posebice osnivanje trgovačkih društava na koje imaju prevladavajući utjecaj. Odredbe se izričito ne primjenjuju na osobe koje nisu isključivo samozaposlene.²⁷ Tek četiri godine od stupanja na snagu SSP-a, Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje utvrdit će načine za proširenje prava na poslovni nastan državljana obiju stranaka SSP-a, radi pokretanja gospodarstvenih, kao samostalno zaposlenih osoba.²⁸

Iznimka je za državljane država članica EU, odnosno državljane RH s poslovnim nastanom izvan EU odnosno RH, te brodarskih društava s poslovnim nastanom izvan EU i RH, a koja su pod prevladavajućim utjecajem neke države članice, odnosno Republike Hrvatske, tako da se na njih odnose odredbe SSP-a, ali samo u okviru međunarodnoga pomorskog prometa, uključujući i kombinirani promet, i ako su njihova plovila registrirana u nekoj od država članica odnosno u RH, u skladu s odgovarajućim zakonodavstvom pojedine zemlje.

²⁵ Narodne novine-Međunarodni ugovori 6/94.

²⁶ Direktiva (smjernica) 89/48/EEZ i 92/51/EEZ; Konvencija o priznavanju visokoškolskih kvalifikacija u području Europe, Lisabon, 11.4.1997, NN-Međunarodni ugovori 9/02., 15/02.; Uredba o osnivanju Agencije za znanost i visoko obrazovanje, NN 101/04.

²⁷ «Samozapošljavanje i poduzetništvo državljana ne obuhvaća traženje zaposlenja ili zapošljavanje na tržištu rada niti daje prava na pristup tržištu rada druge stranke» (čl. 48. st. 1. pod (i), SSP).

²⁸ «Državljanin Zajednice» koji može steći pravo poslovnog nastana, značit će fizičku osobu koja je državljanin jedne od država članica EU, čl. 48. st. 1. pod (g), SSP.

To će utjecati i na radno-pravni status jer je odredbama članka 49. SSP-a propisana obveza Republike Hrvatske da olakša državljanima EU početak djelovanja na svom teritoriju, i omogućiti im tretman koji nije manje povoljan od tretmana koji daje vlastitim trgovačkim društvima, odnosno njihovim članovima, kao i u odnosu na treće zemlje (zemlje izvan EU), primjenjujući tretman koji je povoljniji. U tom smislu «Trgovačko društvo Zajednice ili hrvatsko trgovačko društvo osnovano na teritoriju Hrvatske odnosno Zajednice imat će pravo zapošljavati, izravno ili preko neke od svojih društava kćeri ili podružnica na teritoriju Hrvatske odnosno Zajednice, u skladu sa zakonodavstvom koje je na snazi u zemlji osnivanja, zaposlenike koji su državljani država članica odnosno Hrvatske, pod uvjetom da su oni ključno osoblje (pod posebnim režimom) a zapošljavaju se uvijek sukladno zakonodavstvu koje je na snazi u zemlji osnivanja.»²⁹

Povećanjem broja stranih ulaganja pojavit će se potreba za većim brojem izdavanja radnih i poslovnih dozvola. Zbog toga će biti potrebno u Republici Hrvatskoj povećati broj stručnog osoblja, kao i dodatno ga obrazovati, što se odnosi na zaposlene u ministarstvu unutarnjih poslova, koje je nadležno za izdavanje radnih dozvola. Treba se omogućiti jednostavnija procedura za one strane državljane koji se u RH nalaze u svojstvu osnivača trgovačkih društava, odnosno predstavljaju «ključno osoblje».

Za obavljanje pojedinih samostalnih djelatnosti u Republici Hrvatskoj, sukladno Zakonima koji reguliraju obavljanje tih djelatnosti, kao uvjet traži se hrvatsko državljanstvo (liječnička, stomatološka, fizioterapeutska djelatnost, odvjetnička, javno bilježnička, veterinarska, arhitektonska, pirotehnička i dr.).³⁰

Pored toga, Republika Hrvatska može tri godine od dana stupanja na snagu SSP-a, uvesti određene izuzetke poslovnog nastana za pojedine djelatnosti, trgovačka društva, ali mjere moraju prestati najkasnije pet godina od stupanja na snagu SSP.

Svaka stranka SSP-a može urediti pravo poslovnog nastana državljana na svom području pod uvjetima da se državljani druge strane ne diskriminiraju u usporedbi s njezinim državljanima. Istaknuti je i definiranje brojnih pojava koje se javljaju u oblasti poslovnog nastana, a bitni su u radnopravnim (i socijalnopravnim) odnosima, odnosno propisima (izravno ili neizravno).³¹

3.6. Jednake mogućnosti za žene i muškarce

Ustav Republike Hrvatske sadrži temeljne odredbe o jednakim mogućnostima za žene i muškarce. Ustavna načela zabranjuju diskriminaciju i osiguravaju jednake

²⁹ SSP: članak 54: «Boravišnom i radnom dozvolom tih zaposlenika bit će obuhvaćeno samo vrijeme trajanja takva radnoga odnosa».

³⁰ Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93., 34/99., 121/99., 52/00. i 118/03.; Zakon o obrtu, NN 49/03.; Zakon o zdravstvenoj zaštiti, NN 121/03.; Zakon o odvjetništvu, NN 9/94.; Zakon o javnom bilježništvu, NN 78/93., 29/94.; Zakon o veterinarstvu, NN 70/97., 105/01., 172/03.; Zakon o Hrvatskoj komori arhitekata i inženjera u graditeljstvu, NN 47/98.

mogućnosti za muškarce i žene.³²

Zakon o radu propisuje jednake uvjete za žene i muškarce prilikom zasnivanja radnog odnosa i u radnom odnosu.³³ Na gospodarskom planu zakonodavstvo Republike Hrvatske propisuje jednake uvjete za žene i muškarce u poticanju malog poduzetništva, te jednako postupanje prema ženama i muškarcima poduzetnicima. Tu su i brojne odredbe u području zdravstvene zaštite i socijalne skrbi koje se odnose na promicanje i osiguravanje ostvarivanja prava žena i muškaraca na najviše standarde tjelesnog i duševnog razvoja, naglašavajući žene-trudnice kao osjetljive skupine (rizične grupe). Garantira se zaštita dostojanstva po spolu i u oružanim snagama RH.

Ravnopravnost žena i muškaraca posebno je bitna u zapošljavanju i radnim odnosima, obrazovanju, kulturnom i profesionalnom napredovanju, javnom i političkom djelovanju, te dostupnosti i korištenju socijalnih prava.

Republika Hrvatska je u ovoj oblasti ratificirala odgovarajuće konvencije.³⁴

Svi ti «materijalni i procesni» propisi utječu na uklanjanje diskriminacije protiv žena i zadiru u sva životna područja, pa i u područje jednakih mogućnosti pri zaposlenju. Ravnopravnost spolova je temeljna vrednota ustavnog poretka RH, a znači stvaranje jednakih mogućnosti za žene i muškarce u političkom, gospodarskom, obrazovnom i svim drugim područjima društvenog života. Diskriminacija je izravna i neizravna, uznemiravanje i spolno uznemiravanje (diskriminacija na osnovi spola).

³¹ «Djelovanje» će značiti obavljanje gospodarskih djelatnosti (industrijske, trgovačke i profesionalne naravi te obrtničke djelatnosti); «državljanin Zajednice» odnosno «hrvatski državljanin» značit će fizičku osobu koja je državljanin jedne od država članica odnosno Hrvatske; uzajamno priznavanje kvalifikacija, izravno ili neizravno zapošljavanje, radna dozvola, radni odnos, «ključno osoblje» (osobe namještene unutar društva imaju viši položaj koje u prvom redu upravljaju poslovanjem poduzeća i koje se uglavnom nalaze pod općim nadzorom ili rukovodstvom uprave ili dioničara društva, odnosno osobe koje obnašaju neku istovjetnu dužnost... upravljanje osnivanjem odjela ili pododjela društva, praćenje i nadziranje rada drugih zaposlenika, osobne ovlasti za zapošljavanje i otpuštanje radnika odnosno davanje preporuka vezanih uz zapošljavanje, otpuštanje ili druge kadrovske poslove), posebna znanja, stručna osposobljenost, stručno znanje, članstvo u ovlaštenoj stručnoj udruzi, ulazak i privremena prisutnost, ozbiljni socijalni problemi i dr.: SSP: članak 48-55.

³² Ustav Republike Hrvatske – cit.: čl. 3., čl. 14., čl. 21. i dr.

³³ Zakon o radu – cit.: čl. 2., 2a, 2b, 22a, 82. i dr.; Zakon o poticanju razvoja maloga poduzetništva, NN 29/02.; Zakon o poticanju ulaganja, NN 73/00.; Zakon o obrani, NN 33/02.; Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, NN 33/02., 58/02. i 175/03.

³⁴ Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW), New York, 18. prosinca 1979., NN – Međunarodni ugovori 12/93., 15/03. Fakultativni protokol uz Konvenciju ... NN – M.U. 3/01., 4/01.; BLANPAIN, R., *Labour Law and Industrial Relations of the European Community*, Kluwer, Deventer, 1991.

3.7. Socijalni dijalog

Pitanja socijalnog dijaloga uređena su radnim zakonodavstvom u Republici Hrvatskoj, prvenstveno, u skladu s odgovarajućim konvencijama Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, ITO) i drugim univerzalnim vrelima prava. Najznačajniji su: Konvencija MOR-a broj 98 o pravu na organiziranje i kolektivno pregovaranje, 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje te 135 o predstavnicima radnika, uz Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.³⁵

Socijalno (razvojno) partnerstvo je zahtjevan proces. To je permanentna aktivnost države, poslodavaca i sindikata u pripremi radnog i socijalnog zakonodavstva i njegovog usklađivanja s pravnom tekovinom EU, sudjelovanju predstavnika socijalnih partnera u svim institucionalnim oblicima za vođenje socijalnog dijaloga, aktiviranju «nižih» razina i oblika gospodarsko-socijalnih vijeća radi poticanja konkurentnih mjera gospodarskog razvoja, implementacije poticajnih mjera za zapošljavanje, usklađivanje lokalne porezne politike u odnosima suradnje socijalnih partnera, izradi stručnih analiza i istraživanja tema od interesa za socijalne partnere, na temelju iskustva zapadnoeuropskih i tranzicijskih zemalja, istraživanju industrijskih odnosa, definiranju jedinstvene potrošačke košarice, provođenju edukacije o socijalnom partnerstvu na svim razinama i dr.

4. Direktive (Smjernice) Vijeća EU i Zakon o radu

Zakon o radu je temeljni zakon u Republici Hrvatskoj kojim se uređuju radni odnosi. Radni odnosi uređuju se i drugim zakonima i međunarodnim ugovorima «koji je sklopljen i potvrđen u skladu s Ustavom te objavljen.»³⁶

U ovom dijelu piše se o pojedinim direktivama VE koje su bile razlogom i osnovom za izmjene i dopune Zakona o radu, i to onim redom kako su po godinama donesene.

³⁵ Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01., 55/01.; Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima, New York, 16. prosinca 1996., NN – M.U. 12/93.; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, New York, 16. prosinca 1966., NN – M.U. 12/93.; Konvencija MOR-a br. 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na udruživanje, San Francisco, 9. srpnja 1948., NN – M.U. 2/94., 3/00.; Konvencija MOR-a broj 98 o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivno pregovaranje, Ženeva, 1. srpnja 1949., NN – M.U. 2/94., 3/00.; Konvencija MOR-a br. 135 o zaštiti predstavnika radnika u poduzeću i pogodnostima koje bi im trebalo osigurati, Ženeva, 23. lipnja 1971., NN – M.U. 2/94., 5/00.; Zakon o radu, NN 38/95., 54/95., 17/01., 82/01., 114/03., 142/03., 30/04., Sporazum o gospodarsko-socijalnom vijeću i drugim oblicima socijalnog partnerstva u Republici Hrvatskoj, NN 88/01., 188/03.; Uredba o osnivanju Ureda za socijalno partnerstvo u Republici Hrvatskoj, NN 79/01.

³⁶ Zakon o radu – cit.: članak 1.

4.1. Direktiva vijeća 75/117/EEZ, od 20. veljače 1975., o približavanju (usklađivanju) zakona zemalja članica, vezano uz primjenu načela jednakih plaća za muškarce i žene³⁷

Riječ je o univerzalnom načelu i temeljnom pravu i ljudskoj slobodi, upisanom u odredbe članka 119. Ugovora o osnivanju Europskih zajednica i u Ustavu Republike Hrvatske,³⁸ o načelu jednakih plaća za muškarce i žene.³⁹

«Načelo jednake plaće podrazumijeva za isti rad ili za rad koji se jednako vrednuje uklanjanje svih oblika diskriminacije utemeljenih na spolu u odnosu na sve aspekte i uvjete naknade u plaći. Posebno tamo gdje se koristi sustav klasifikacija prilikom određivanja iznosa plaća, isti se može temeljiti na jednakim kriterijima za muškarce i žene te mora isključivati bilo koji oblik diskriminacije utemeljene na spolu.⁴⁰

Bitno je poštovati ovaj standard i urediti ga zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom i dr.⁴¹ Odnosi se na sve aspekte plaća (osnovnu plaću i sva dodatna davanja, bilo koje vrste koju poslodavac, izravno ili neizravno, u novcu ili naravi... isplaćuje radnicima / radnicama za obavljeni rad.)

Jamči se pravo na žalbu zbog povrede ovog načela, a države «moraju proglasiti ništavim, nevažećim... odredbe propisa suprotne ovom načelu.» Radnici su zaštićeni u slučaju prigovora na povredu ovog načela.

4.2. Direktiva Vijeća 76/207/EEZ o primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena s obzirom na mogućnost zapošljavanja, stručnog osposobljavanja i napredovanja te na radne uvjete i Direktiva Vijeća 2002/73 kojom se mijenja ta Direktiva⁴²

U Republici Hrvatskoj pristupilo se harmonizaciji propisa i odnosa u primjeni načela ravnopravnosti muškaraca i žena (in fact and in law), s Direktivom koja uređuje

³⁷ Službeni list L 045, 19/02/1975. 10.0019-002 (31975 L. 117)

³⁸ Ugovor o osnivanju Europskih zajednica, 1992., čl. 119.; Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01., 55/01., članak 14. u vezi s čl. 3. i dr.

³⁹ Council Directive 75/117/EEZ on the approximation of the laws of the member states relating to the application of the principle of equal pay for men and women.

⁴⁰ Direktiva...članak 1.

⁴¹ Ustav Republike Hrvatske, NN 41/01., 55/01., Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu, NN 114/03.: čl. 82. st. 2: Ima se smatrati da dvije osobe različitog spola obavljaju jednak rad i rad jednake vrijednosti ako «obavljaju isti posao u istim ili sličnim uvjetima ili bi mogla jedna drugu zamijeniti u odnosu na posao koji obavljaju», odnosno ako rad obavlja jedna od osoba različitog spola koji je «slične naravi... a razlike između obavljenog posla i uvjeta pod kojima ih obavlja svaka od njih nemaju značaja u odnosu na narav posla u cijelosti ili se pojavljuju tako rijetko da ne utječu na narav posla u cijelosti...»

⁴² Council Directive 76/207 EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJL 039, 14.02.1976. b 0040- 042. 31976. l. 0207.

princip jednakog postupanja za pristup zaposlenju, stručnoj izobrazbi i napredovanja te uvjetima rada, s ciljem zaštite od diskriminacije na temelju spola.

Uvedene su antidiskriminacijske mjere u novom radnom zakonodavstvu Republike Hrvatske.⁴³ Direktiva je donesena po propisanom postupku «uzimajući u obzir Ugovor o osnivanju EZ-a, prijedlog Komisije, mišljenje Europskog parlamenta i mišljenje Gospodarskog i socijalnog odbora, te Rezoluciju Vijeća Europe, od 21. siječnja 1974., o prioritetima djelovanja.»

23. rujna 2002. VE donijelo je Direktivu 2002/73/EZ kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva 76/207/EZ. U njoj se definiraju: direktna i indirektna diskriminacija, zlostavljanje na temelju spola na radnom mjestu, a cilj joj je promicanje jednakih mogućnosti za muškarce i žene, ističući zajednička načela država članica EU (načelo slobode, demokracije, poštovanja ljudskih prava i temeljnih sloboda te vladavine prava) i ona sadržana i zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Potrebne su preventivne mjere protiv uznemiravanja i spolnog uznemiravanja na radnom mjestu «u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i praksom».

Izravna diskriminacija podrazumijeva slučajeve u kojima se prema nekoj osobi postupa na nepovoljan način zbog njezina spola drukčije nego što se prema nekoj drugoj osobi postupa, postupalo ili bi se postupalo u usporedivoj situaciji. Neizravna diskriminacija podrazumijeva slučajeve u kojima bi naizgled neutralna odredba, kriterij ili praksa doveli osobe jednakoga spola u posebno nepovoljan položaj u usporedbi s osobama drugog spola, osim ako se takva odredba, kriterij ili praksa objektivno mogu opravdati zakonitim ciljem, a sredstva za njegovo postizanje smatraju se prikladnim i nužnim. Postoje aktivni (poslodavci) i pasivni (radnici) subjekti diskriminacije. Diskriminacija može biti u prošlosti, sadašnjosti i budućnosti. Buduća diskriminacija je češća u fazi reguliranja i suptilnija je.

Diskriminacijom se smatraju i uznemiravanje i spolno uznemiravanje, ali i uputa kojom se potiče diskriminiranje osoba na temelju spola.

Direktiva obvezuje države da donose zakone, da potiču sklapanje kolektivnih ugovora a i praksu, kako bi se spriječio svaki oblik diskriminacije na temelju spola. Posebno mjesto zauzima Okvirni sporazum o roditeljskom dopustu (s posebnim direktivama iz te oblasti).

Zabrana diskriminacije odnosi se na mogućnost zapošljavanja, obavljanje samostalne ili “nesamostalne” profesionalne djelatnosti, uključujući i kriterije za odabir za posao, uključujući i napredovanje na svim razinama profesionalne hijerarhije, pristup svim vrstama i svim razinama stručnog obrazovanja i sl., rad i radne uvjete, otkaz, plaću i dr., članstvo u udrugama poslodavaca ili radnika itd.

⁴³ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu, NN 114/03. : čl. 1-3, Zakon o ravnopravnosti spolova, NN 116/03., Zakon o istospolnim zajednicama, NN 116/03.; TEREK D., *Zabrana diskriminacije...*, Aktualna pitanja ..., Inž. biro, Zagreb, 2004., str. 11. i dr.; POTOČNJAK, Ž., *Novine u radnim odnosima*, Organizator, 2003., str. 3. i 4.; ROŽMAN, K., *Zabrana diskriminacije*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 9/03., str. 9.

U odredbama o zaštiti povrijeđenog prava utvrđena je obveza država da osiguraju da sudski, upravni, postupci mirenja i dr., budu dostupni svim osobama koje smatraju da su oštećene zbog nepoštivanja načela ravnopravnosti uz druge sustavne mjere. Države moraju formirati tijela za promicanje, analizu, nadzor i podupiranje ravnopravnosti svih osoba bez obzira na njihov spol. Naglašava se suradnja sa socijalnim partnerima i s nevladinim organizacijama. Države su dužne donijeti propise o sankcijama zbog kršenja propisa usklađenih s odredbama Direktive.

Odredbe ovih Direktiva unesene su u radno zakonodavstvo Republike Hrvatske, ali je potrebna analiza svih propisa koji kolidiraju s rješenjima iz Direktive. To se odnosi i na upravnu i sudsku praksu, ali i na praksu brojnih drugih subjekata u društvu.

4.3. Direktiva Vijeća EU 91/533/EEZ o obvezi poslodavca da obavijesti radnika o uvjetima koji se mogu primijeniti na ugovor ili radni odnos⁴⁴

Direktivom se stvara obveza državama – članicama EU da heteronomnim i autonomnim zakonodavstvom (u najširem smislu riječi) urede uvjete za zaključivanje ugovora o radu, odnosno uspostavljanje radnog odnosa, u cilju ujednačavanja prakse za bolji standard radnika i viših uvjeta rada. Opći uvjet je da radnik mora dobiti ispravu koja sadrži podatke o bitnim elementima njegova ugovora ili radnog odnosa. Svaka izmjena ugovora mora se pismeno saopćiti radniku. Direktiva određuje koji se podaci smatraju bitnim kako za ugovor tako i za radni odnos. Posebna je odredba koja se odnosi na radnike koji se upućuju na rad u inozemstvo. Obveza je država da propišu i u svoje nacionalne sustave uvedu takve mjere kakve su potrebne da se omogućí zaštita prava radnika.⁴⁵

4.4. Direktiva Vijeća EU 93/104/EC, od 23. studenoga 1993., o određenim aspektima organizacije radnog vremena⁴⁶

Direktiva uređuje minimalni period za dnevni odmor, tjedni i godišnji odmor, stanke i maksimalno tjedno radno vrijeme u cilju zaštite na radu u odnosu na organizaciju radnog vremena, kako bi se osigurala viša razina zaštite sigurnosti i

⁴⁴ Council Directive 91/533/EEC of 14. October 1991. On an employer's obligation to inform employers of the conditions applicable to the contract of employment relationship (OJ. L. 288. 18. 10. 1991. P. 32. 31991 L 0533)

⁴⁵ Zakon o radu – cit.: čl. 11., 12., 13., 125.-128.; Povelja Zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika, usvojena na Europskom Vijeću u Strasbourgu 5. prosinca 1989. od strane šefova država ili vlada 11 država, u članku 9. utvrđuje: "uvjeti zapošljavanja svakog radnika u EZ biti će određeni Zakonima, kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu, prema odgovarajućim sporazumima, u svakoj zemlji."

⁴⁶ Council Directive 93/104/EC od 23. November 1993 Concerning certain aspects of the organization of working time OJT 307.13.12.1493.p.18. Dokument ID: 31913 L 0104.

zdravlja radnika, ne namećući upravna, financijska i druga pravna ograničenja. Svaki radnik mora imati zadovoljavajuće zdravstvene i sigurnosne uvjete u svojoj radnoj okolini, a poboljšanje sigurnosti, higijene i zdravlja radnika na radu ne može biti podređeno samo gospodarskim razlozima. Direktiva polazi od načela Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, ITO) o organizaciji radnog vremena, o noćnom radu, tjednom vremenu odmora i dr. Ograničen je noćni i prekovremeni rad. Direktiva se odnosi na sve sektore rada osim na pomorce. Daje precizne definicije pojmova: radno vrijeme, vrijeme odmora, stanke, maksimalno tjedno vrijeme rada, godišnji odmori i dr. U odredbama članaka 8.-13. Direktiva uređuje pitanje rada noću, a drugim odredbama uređuje izuzetke.⁴⁷

4.5. Direktiva Vijeća 97/80/EC o obvezi iznošenja dokaza u slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu (1997.)⁴⁸

Države članice EU obvezuju brojni dokumenti o socijalnoj politici (Protokol o socijalnoj politici, Socijalna povelja 1989., Sporazum o socijalnoj politici, Povelja o osnovnim socijalnim pravnima radnika i dr.), u kojima se naglašava važnost borbe protiv svih oblika diskriminacije, uključujući diskriminaciju na temelju spola, boje kože, rase, mišljenja i uvjerenja.

Cilj Direktive je omogućavanje veće zaštite osobama koje se smatraju diskriminiranim na temelju spola i da se omogući efikasna sudska zaštita zbog neprovođenja tog načela. Zakon o radu potpuno je usklađen s odredbama Direktive (postupak zapošljavanja, plaća, radnih uvjeta, socijalne zaštite, obrazovanje, stručna izobrazba i razvoj poslovne karijere). Naglašena je uloga socijalnih partnera. Naglašava se značenje sudskog i izvansudskog postupka (mirenje i arbitražu). Na tuženom je teret dokazivanja da njegovi postupci nisu diskriminatorni. "Pod načelom jednakog tretmana smatra se nepostojanje bilo kakve, izravne ili neizravne, diskriminacije utemeljene na spolu." Uređena je obveza iznošenja dokaza, informiranja i provedba u zakonima, drugim propisima i pravnim mjerama usklađenim s ovom Direktivom.⁴⁹

⁴⁷ Zakon o radu – cit., čl. 36. st. 1., 37., 38., 39.-48., 51.-54.; Direktiva 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu; Direktiva 1999/63/EZ od 21. lipnja 1999. i Sporazum o organizaciji radnog vremena pomoraca, zaključen između Udruženja brodara (ECSA) i federacije sindikata transportnih radnika u EU (FST). UČUR, Marinko, Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet, Rijeka, 2003.

⁴⁸ Council Directive 97/80/EC on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, O.J.014. 20. 01. 1998.

⁴⁹ Europska socijalna povelja, NN – M.U. 15/02.; Europska povelja o osnovnim socijalnim pravnima radnika, NN 37/91.; Zakon o radu – cit.; Ustav Međunarodne organizacije rada (MOR, ILO, ITO), vidi u udžbeniku Učur, Marinko, Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet, Rijeka, 2003., str. 215.

4.6. Direktiva Vijeća 98/59/EZ o usklađivanju zakona država članica u odnosu na kolektivni višak radnika (1998.)⁵⁰

Direktiva definira pojam «kolektivnog viška» i utvrđuje obveze poslodavca u slučaju kolektivnih otkaza ugovora o radu. Cilj joj je bolja zaštita radnika. Države moraju svojim zakonima urediti ta pitanja, obavještavajući i konzultirajući radnike o tome. Precizno su utvrđeni subjekti na koje se Direktiva odnosi: država, poslodavci, radnici i njihovi predstavnici, sudovi i upravni organi, sindikati i drugi.

«Kolektivni višak radnika znači otpuštanje koje vrši poslodavac iz jednog ili više razloga koji se odnosi na određene radnike prema izboru država..» navodeći razdoblja kraća (30 dana) ili duža (90 dana) u kojima se daju otkazi, najmanje desetorici radnika, ako zapošljava manje od 100 radnika, pa najmanje 10% otkaza ako zapošljava od 100 do 300 radnika, odnosno ako zapošljava više, najmanje 30 otkaza. Tri su kategorije radnika na koje se ne primjenjuje Direktiva (određeno vrijeme, službenici, pomorci na prekoceanskim brodovima). Posebnu ulogu imaju predstavnici radnika i radnički sindikati, u propisanom postupku informiranja (interno i eksterno).⁵¹

4.7. Direktiva Vijeća EU 1999/70/EC koja se odnosi na okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme (1999.)⁵²

Sindikalne centrale koje djeluju na području EU («glavne organizacije radnika»): UNICE, CEEP I ETUC, nakon dužeg pregovaranja, sklopile su 18. ožujka 1999. okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme i uputile svoj zajednički prijedlog da VE to provede svojom odlukom, što je rezultiralo ovom Direktivom.

Cilj je nekonkurencija oblika radnog odnosa, veća radna i socijalna sigurnost radnika koji rade na određeno vrijeme. Radi se o fleksibilnoj organizaciji rada (fleksibilno radno vrijeme, sigurnost radnog mjesta i dr.), bez obzira što ugovor o radu na neodređeno vrijeme ostaje glavni oblik radnog odnosa. Ugovor o radu na određeno vrijeme je specifičan u svim radnopravnim i socijalnopravnim dimenzijama. Naglašava se suradnja i utjecaj socijalnih partnera u objektivno datim okolnostima. Cilj je spriječiti diskriminaciju i spriječiti zlorabe. Daju se definicije «radnika na

⁵⁰ Council Directive 98/59/EC on the approximation of the law of the Member states relating to collective redundancies, OJL 225 12.08.1998.p.16. 319988 1. 0059.

⁵¹ Zakon o radu – cit. usklađen je s Direktivom čl. 119., 132.-148., čl. 156., Funkcija službe za zapošljavanje – čl. 119. st. 4., Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu, NN 114/03.: čl. 29.; BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, BILIĆ, Alen, Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskom pravu u svijetlu smjernice 98/59/EZ..., Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Vol. 25 broj 1 (2004.) str. 105.-122.

⁵² ETUC=European Trade Union Confederation (Europska konfederacija sindikata); UNICE=Union of Industrial and Employers Confederations of Europe (Unija industrijskih i poslodavačkih konfederacija Europe), CEEP= European Center of Public Enterprises (Europska centrala javnih poduzeća). Direktiva je objavljena u O L 175, 10.07.1999. str. 0043-0048.

određeno vrijeme», «usporedivo stalnog radnika», «objektivnih uvjeta» i dr., uređuju se pitanja sprečavanja zlorporaba, informiranje o izgledima za zapošljavanje te potreba preciznog reguliranja. Odgovarajuće odredbe Zakona o radu usklađene su s Direktivom.⁵³

4.8. Direktiva Vijeća 200/43/EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko (nacionalno) podrijetlo (od 29. lipnja 2000.)⁵⁴

Direktiva se poziva na Ugovor o osnivanju EZ (čl. 13.), i Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda «u cilju osiguranja razvoja demokratskih i tolerantnih društava koja omogućavaju sudjelovanje svih osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo.» Države svojim zakonima uređuju, a sudovi prosuđuju «činjenice na temelju kojih se može zaključiti da postoji izravna ili neizravna diskriminacija...». Zaštita obuhvaća i pravne osobe. Oštećeniku se jamči sudska zaštita. Teret dokazivanja je na tuženom. Naglašen je dijalog među socijalnim partnerima i nevladinim organizacijama.

Načelo ravnopravnosti označava nepostojanje izravne ili neizravne diskriminacije na temelju rasnoga ili etničkoga podrijetla, a upućivanje, sugeriranje kojim se potiče diskriminacija smatra se diskriminacijom. Propise suprotne ovom načelu treba staviti izvan snage. Propisane su sankcije za neprimjenu Direktive a «žrtva» ima pravo na naknadu štete. Sugerira se i autonomno reguliranje ovih odnosa.

Zakon o radu usklađen je s ovom Direktivom.⁵⁵

4.9. Direktiva Vijeća 2000/78/EC o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabir zvanja (2000.)⁵⁶

Svrha Direktive je «utvrditi opći okvir za borbu protiv diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, starosne dobi ili seksualnog uznemiravanja», a odnosi se i na zapošljavanje i odabir zvanja «kako bi se u državama članicama uspostavilo načelo jednakog tretmana». Direktiva postavlja samo minimalne zahtjeve, a državama se sugerira da zadrže ili donesu posebne mjere za sprečavanje ili kompenziranje neravnopravnog položaja vezanog za bilo koji od navedenih temelja (čl. 7.), naglašeno je osiguranje i poticanje osoba s invaliditetom u radno okruženje. Daje se definiranje

⁵³ Zakon o radu – cit., čl. 10., 81., 132., 228a (t. 29) te čl. 125.-128., 204.-205., 207.-209.

⁵⁴ Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of nacional or etnic origin (O J L 180, 19/07/2000. P. 0022-0026, 3200L0043). Vidi Direktive VE 200/78/EC, 76/207/EEZ, 2002/73/EZ.

⁵⁵ Zakon o radu – cit., čl. 2. i 22a (zabrana diskriminacije i zaštita dostojanstva radnika)

⁵⁶ Council Directive 2000/78/EC od 27. November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (O J L 303.02.12. 2000. p. 16)

pojma diskriminacije. Direktiva se odnosi na sve osobe, «bilo u javnom ili privatnom sektoru» u pogledu uvjeta za prijem u radni odnos, pristupa svim vrstama i razinama profesionalne orijentacije, otkaza, plaća, članstva u radničkim udrugama i dr. Ne mora se odnositi na oružane snage u «mjeri koja se odnosi na diskriminaciju zbog invaliditeta i starosne dobi». Specifičan je sadržaj odredbe čl. 4. koji se odnosi na «uvjete za obavljanje posla», te čl. 6. o «opravdanim razlikama u tretmanu na temelju starosne dobi». Garantira se sudska i druga zaštita povrede iz Direktive.⁵⁷

5. Zaštita na radu

Na snazi je izmijenjeni Zakon o zaštiti na radu.⁵⁸ Osobita zaštita propisuje se radi očuvanja nesmetanog duševnog i tjelesnog razvitka mladeži, zaštite žene od rizika koji bi mogli ugroziti ostvarivanje materinstva, zaštite invalida i profesionalno oboljelih osoba od daljnjeg oštećenja zdravlja i umanjenja njihove radne sposobnosti te radi očuvanja radne sposobnosti primjerenim njihovoj životnoj dobi.

Ovo polivalentno područje ljudske aktivnosti uređeno je i brojnim podzakonskim aktima, temeljem zakona o zaštiti na radu iz prethodnog perioda, kao i čitavim nizom pravilnika koji se primjenjuju kao priznata pravila i pravilnicima o tehničkim normativima i standardima.⁵⁹

Propisi u ovoj oblasti u cijelosti su usklađeni s Direktivom (Smjernicom) VE 89/391/EEZ o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika pri radu, ali su ostale obveze usklađivanja s drugim direktivama (npr. Direktiva 90/269/EEZ o minimalnim zahtjevima za sigurnost i zdravlje pri ručnom rukovanju s teretima, Direktiva 90/270/EEZ o minimalnim zahtjevima za sigurnost i zdravlje pri radu sa zaslonima, Direktive 90/394/EEZ i 99/38/EZ o zaštiti radnika pred rizicima zbog izloženosti kancerogenim tvarima).

U ovoj oblasti nužno je posebno urediti sustav osiguranja za slučaj ozljeda na radu i profesionalnih bolesti, kako bi poslodavci bili materijalno zainteresirani da ulažu u zaštitu na radu.

To treba pratiti i sustav uprave i pravosuđa (inspekcija zaštite na radu, prekršajnih sudova i dr.).

⁵⁷ Zakon o radu – cit: čl. 2c, i 22a.; Ugovor o osnivanju EZ – cit., Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Opća deklaracija o ljudskim pravima, Konvencija UN o uklanjanju svih oblika diskriminacije protiv žena, Pakt UN o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Konvencija MOR-a br. 111. o zapošljavanju i dr.; Ustav Republike Hrvatske – cit.; Ustav Međunarodne organizacije rada – cit.

⁵⁸ Zakon o zaštiti na radu, NN 59/96., 114/03.

⁵⁹ Zakon o zaštiti na radu, NN 19/83., 17/86., 46/92., 26/93., 29/94.; UČUR, Marinko, Osnove prava i zakonodavstvo sigurnosti, Visoka škola za sigurnost na radu, Zagreb, 2002.; BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, Europsko pravo zaštite na radu, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Vol. 18., Supplement, 1997., str. 609-619.

5.1. Pitanje usklađenosti Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu s *acquis communautaire*

U SSP u Glavi VI. Usklađivanje zakona, provedba suradnje, članak 91. st. 3., nalazi se osnova za Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu, NN br. 114/03.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu samo su djelomično ispunjene obveze hrvatskog zakonodavstva koje proizlaze iz navedenih odredbi SSP-a. Imajući to u vidu, ima se očekivati da će uslijediti «cjelovito usklađivanje» Zakona o zaštiti na radu s *acquis communautaire* kako je predviđeno Planom provedbe Sporazuma (čl. 69. Sporazuma, točka II, mjera 319). SSP ne sadrži odredbu koja se odnosi na normativni sadržaj Zakona o zaštiti na radu. Obveza je postupnog usklađivanja zakonodavstva u pogledu radnih uvjeta Republike Hrvatske s *acquis communautaire*.

To zahtijeva od socijalnih partnera dosta posla, a od nadležnog ministarstva stručne i dokumentirane prijedloge: Vladi RH i Gospodarsko – socijalnom vijeću.

Usklađenost Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu s *acquis communautaire*, ocjenjuje se imajući u vidu njegov odnos prema primarnim i sekundarnim izvorima Europske unije.⁶⁰ Odnos prema primarnim izvorima uzima u obzir osnivačke ugovore i druge izvore istog ranga, koji čine osnovu za «sekundarno» pravo koje stvaraju tijela Zajednice (Vijeće EU i Komisija). Tvrdi se da će u roku od šest godina od stupanja na snagu odredbe Zakona o zaštiti na radu biti usklađene s člancima 5. i 69. Sporazuma.

Brojniji su sekundarni izvori prava Europske unije s kojima su usklađene (potpuno ili djelomično) odredbe Zakona o zaštiti na radu (u nastavku: Zakon), ili će trebati s njima uskladiti ostale odredbe Zakona o zaštiti na radu.⁶¹

Za analizu sadržaja odredbi Zakona i njihove usklađenosti sa zakonodavstvom EU potrebno je imati u vidu smjernice koje reguliraju ova pitanja: unapređivanje sigurnosti i zdravlja na radu, osiguranje minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenom ili pokretnim radilištima, minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na radnom mjestu.

Usklađujući Zakon o zaštiti na radu s izvorima prava EU u Zakonu su uređena ova pitanja: nadopuna osnovnih pravila zaštite na radu, primjena stranih propisa,

⁶⁰ HERDEGEN, Matthias, *Europsko pravo*, Pravni fakultet Rijeka, 2002., str. 110. i druge. U «primarno pravo» EZ (EU) ubraja: osnivačke ugovore (UEZ, EUROATOM, UEZUČ), protokole na ugovore i opća pravna načela prava zajednica (Međunarodni ugovori zajednica, Pravila međunarodnog prava: običajno pravo, opća načela međunarodnog prava). A u «sekundarno pravo» svrstava: uredbe, «temeljne uredbe» (Vijeće), provedbene uredbe (Komisija), smjernice, odluke i preporuke i mišljenja.

⁶¹ Zakon o zaštiti na radu, NN, br. 59/96., 94/96., 114/03.

odgovornost poslodavca za osobe koje rukovode radnicima, postupak i izrada procjene opasnosti, organizacija i provedba mjera zaštite na radu, podzakonski propisi, osposobljavanje povjerenika radnika, uviđaji, poslovi s posebnim uvjetima rada na izdvojenim mjestima rada, posebne mjere, posebni zdravstveni pogledi, organi zaštite na radu kod poslodavaca, odnos prema inspekciji rada i drugima, prava radnika, ovlaštene osobe i dr.⁶²

5.2. Odredbe sekundarnih izvora prava u EU i Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu

U obrazloženju Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu i izjavi o usklađenosti toga Zakona s *acquis communautaire*, upisano je da je postupak usklađivanja zakonodavstva iz područja zaštite na radu započeo donošenjem Zakona o zaštiti na radu, koji je u primjeni od 1997. Već tada je Zakon bio skoro u potpunosti usklađen s Direktivom 89/391/EEC, od 12. lipnja 1989. o poticanju unapređenja sigurnosti i zdravlja radnika na radu. Djelomično je usklađen Zakon s Direktivom 92/654/EEZ, od 24. lipnja 1992., o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim ili pokretnim radilištima kao i s Direktivom 89/654/EEZ o minimalnim zahtjevima za sigurnost i zdravlje na radnom mjestu. Očekivati je da će potpuno usklađenje propisa u zaštiti na radu s odredbama navedenih direktiva uslijediti donošenjem podzakonskih propisa koje se odnose na sadržaj direktiva. No, u tome se ne kasni jer «potpuno usklađivanje cjelokupnog zakonodavstva za područje zaštite na radu predviđeno je u roku 6 godina od stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju».⁶³

Zakon je usklađen i s primarnim izvorima prava EU i to: UEZ, dio treći, Politika Zajednice, Glava XI., članak 136. st. 1.: UEZ, dio treći, Politika zajednice, Glava XI., čl. 137., st. 1. i UEZ, dio treći, Politika zajednice, Glava XI., čl. 40. st. 1.

Direktivom 89/391/EEC (odredba čl. 6. st. 3c) kao opća (osnovna) obveza poslodavca utvrđena je i da osigura savjetovanje s radnicima i /ili njihovim predstavnicima o planiranju i uvođenju novih tehnologija «s obzirom na sigurnost i zdravlje radnika». S tom odredbom usklađen je Zakon o zaštiti na radu u odredbi čl. 42 a. (vidi čl. 15. Zakona i izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu, NN 114/03).

⁶² Iz obrazloženja za donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu... P.Z.E. br. : 735, Hrvatski Sabor, Predsjednik, Klasa: 115-01/03-01/01, Ur. br. 61-03-02., Zagreb, 13. lipnja 2003.

⁶³ Nacionalni program za pridruživanje Republike Hrvatske Europskoj uniji – I Kontrol 2003. (čl. 5. i 69), vidi Obrazloženje uz Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti na radu - cit.

Poslodavci su dužni surađivati u provedbi odredbi koje se odnose na sigurnost, zdravlje i higijenu radnika, i to sve bez financijskih tereta za radnike (čl. 6., st. 5. Direktive).

Usluge prevencije i zaštite uređene su odredbama čl. 7. Direktive (određivanje ovlaštenika poslodavaca i radnika u zaštitu na radu i pitanje njihovog statusa i određivanje kompetentnih vanjskih službi ili osoba (dobro informirane o faktorima koji utječu na zdravlje i sigurnost radnika i dr.). I jedni i drugi moraju imati «potrebne sposobnosti i potrebna sredstva» koje definiraju nacionalna zakonodavstva.

Člankom 8. Direktive 89/391 EEC uređuju se pitanja prve pomoći, protupožarnih mjera i evakuacija radnika, te ozbiljna i iznenadna (neminovna) opasnost. Te mjere poduzima poslodavac, «prilagođene prirodi aktivnosti i veličini poduzeća i uzimajući u obzir prisutne osobe i dogovor s vanjskim službama». Posebno se (čl. 8. st. 4. i 5.) uređuje koje mjere valja poduzeti u slučaju ozbiljne, neminovne i neizbježne opasnosti.

Poslodavac je dužan izraditi (imati) procjenu rizika za sigurnost i zdravlje na radu, s posebnim dijelom koji se odnosi na grupe radnika izložene posebnim rizicima i za sve to osigurati mjere zaštite i zaštitnu opremu. Poslodavac je dužan voditi propisanu evidenciju o nesrećama na poslu i o odsutnosti radnika s rada duže od tri dana, te o tome obavještavati ovlaštena državna tijela (čl. 9 Direktive 89/391/EEC).

U čl. 10. Direktiva 89/391/EEC uređuje pitanje informiranja radnika kao posebnu obvezu poslodavca. Poslodavac će, u skladu s nacionalnim zakonodavstvom, prikladnim mjerama informirati radnike (uzimajući u obzir veličinu poslodavaca) koje se odnose na prevenciju zaštite i rizika na radu (pa i radnike angažirane na radu a pripadaju drugom poslodavcu). Posebna obveza poslodavca odnosi se na omogućavanje pristupa radnika koji odgovaraju za sigurnost i zdravlje radnika i onih koji imaju specifičnu odgovornost u tim odnosima, svim procjenama, mjerama zaštite i informiranja koje poslodavac ima od ovlaštenih osoba, agencija ili inspekcija.

Savjetovanje ili sudjelovanje radnika u ovom složenom i osjetljivom području uređeno je u odredbama čl. 11. Direktive 89/391/EEC. Poslodavac je, pored ostalog, dužan omogućiti radnicima "sudjelovanje u raspravama o svim pitanjima koja se odnose na sigurnost i zdravlje na radu".

Obrazovanje radnika uređeno je u odredbama čl. 12 Direktive 89/391/EEC, kao obveza i pravo poslodavca i radnika. Riječ je o "primjerenom obrazovanju... specifično za radno mjesto ili posao prilikom zapošljavanja, u slučaju premještaja ili promjene posla, u slučaju uvođenja nove radne opreme ili promjene opreme i u slučaju uvođenja bilo koje nove tehnologije". Pri tome se uzimaju u obzir novi ili promijenjeni rizici. Ističe se permanentno (periodično) obrazovanje. To se odnosi ne samo na radnike koji su kod poslodavaca u radnom odnosu već i na sve "angažirane na radu kod poslodavaca... s obzirom na rizike kod njega..."

Primjereno obrazovanje je pravo predstavnika radnika sa specifičnom ulogom zaštite sigurnosti i zdravlja radnika (čl. 12. st. 3. Direktive 89/391/EEC).

Svi oblici obrazovanja provode se tijekom radnog vremena i trošak su poslodavca.

5.3. Obveze radnika i druge odredbe

U odredbama čl. 13. Direktiva uređuje ove obveze radnika: pozornost na radnom mjestu za svoju sigurnost i zdravlje te sigurnost i zdravlje osoba na koje utječu svojim radom, u skladu s obrazovanjem i uputama koje je dao poslodavac: pravilno korištenje strojeva, uređaja, alata, opasnih radnih tvari, transportne opreme i ostalih sredstava proizvodnje, pravilno korištenje osobne zaštitne opreme, zabrana svojevolijskog korištenja opreme i sredstava rada, objašnjavanje poslodavca o bilo kojoj radnoj situaciji za koju smatraju da predstavlja opasnost za sigurnost i zdravlje i o drugim nedostacima u zaštiti..."suradnja s poslodavcem i odgovornim radnicima po uputama inspektora ili dok se ne osigura radni okoliš i radni uvjeti" koji ne predstavljaju rizik za sigurnost i zdravlje u njihovom području djelovanja.⁶⁴

U odredbama čl.14. Direktive 89/391/EEC uređuju se pitanja nadzora zdravlja, u odredbama čl. 15. rizične skupine, a u čl.16. potrebu i mogućnost donošenja "posebnih direktiva".

Dodatak Direktive čine: popis područja i radna mjesta iz posebnih direktiva, radna oprema: osobna zaštitna oprema, rad s vizualnim prikazima; rukovanje teškim teretima koji uključuje rizik od ozljede leđa, privremene i pokretne radne lokacije (mjesto rada) te, posebno, područje ribarstva i poljoprivrede.

Cjelovitiji uvid u rješenja *acquis communautaire* u zaštiti na radu nalazimo u direktivama i to: Direktive 92/57/EEC od 24. lipnja 1992., o osiguranju minimalnih zahtjeva za sigurnost i zdravlje na privremenim ili pokretnim radilištima.⁶⁵ i Direktiva 89/654/EEC o minimalnim zahtjevima za sigurnost i zdravlje na radnom mjestu.⁶⁶

6. Zaključak

6.1. Proces stvaranja (novoga i izmijenjenog) radnog zakonodavstva stalan je, evidentan, u pravilu planiran i zahtjevan. U taj proces pored države uključena su i druga dva socijalna partnera: poslodavci i sindikati, realizirajući tripartizam i socijalni dijalog. Treba postići europski standard rada, razinu reguliranja radnopravnih (individualnih i kolektivnih) odnosa, odnosno industrijskih odnosa te promicati socijalnu jednakopravnost i ekonomsku učinkovitost i rast, sve to utemeljeno na univerzalnim vrelima prava i pravu EU. U pravom smislu riječ je o zakonodavnoj reformi u Republici Hrvatskoj. Temeljnim načelima i pravu na rad treba dati praktičan sadržaj i djelovanje, od reguliranja do zaštite i rješavanja radnih sporova,

⁶⁴ UČUR, Marinko, Labour law and safety at work law, Rad i sigurnost, 3, 1999., 1., 37-59.

⁶⁵ Council Directive 92/57/EEC of 24 June 1992 on the implementation of minimum safety and health requirements at temporary or mobile construction sites (eight individual Directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC (OJL 245, 26.8. 1992).

⁶⁶ Council Directive 89/654/EEC of 30 November 1989 concerning the minimum safety and health requirements for the workplace (first individual directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC (OJL 897654/EEC).

u kontekstu datih političkih, kulturnih i gospodarskih odnosa. Zakonske odredbe nadopunjuju brojni kolektivni ugovori. Propisi moraju biti dostupni i razumljivi, a svojim sadržajem moraju obuhvatiti: slobodu udruživanja i priznavanje prava na kolektivno pregovaranje i sklapanje kolektivnih ugovora, zaštitu udruživanja i pristupanja udrugama radnika i poslodavaca, rješavanje individualnih i kolektivnih radnih sporova, prava na štrajk, lock-out i druge industrijske akcije, eliminaciju diskriminacije u odnosu na zapošljavanje i zanimanje i brojni drugi. U pitanju su suvremeni ekonomski i socijalni izazovi, a naslonjeni na SSP i obveze Republike Hrvatske, u skladu sa SSP-om. Stvaranje radnog zakonodavstva uspostavlja pravni okvir koji će omogućiti produktivne i individualne i kolektivne radne odnose te dosljedne, učinkovite i pouzdane ishode, kao rezultat tih normi i odnosa, omogućavajući ostvarivanje međusobne interakcije na radnom mjestu.

6.2. *Acquis communautaire* postupno, ali neosporno ulazi u radno zakonodavstvo RH, kako u individualne tako i u kolektivne radne odnose. U tom smislu valja istaknuti ova područja kolektivnih radnih odnosa: sloboda udruživanja (značaj nediskriminacije, uvjeti za osnivanje udruga, registracije, interne organizacije, minimalno članstvo, savezi udruga radnika ili poslodavaca, aktivnosti i dr.), pravo na kolektivno pregovaranje (stranke, razina, reprezentativnost, posrednici u pregovaranju, kolektivno pregovaranje na razini grane (djelatnosti), zakonska obveza vođenja pregovora u dobroj vjeri, obveza davanja informacije u svrhu kolektivnog pregovaranja, predmet kolektivnog pregovaranja i dr.), kolektivni ugovori (oblik i sadržaj, pravna snaga, registracija i informiranje radnika, proširenje važenja i dr.), kolektivni radni sporovi (definicija i klasifikacija radnih sporova, postupak rješavanja i dr.), mirenje i arbitraža (dragovoljno, obvezno, ad hoc mirenje, institucionalno mirenje, postupak mirenja i arbitraže, izbor i rad miritelja i arbitara i dr.), socijalni mir i pravo na štrajk (definicije štrajka, moguća izuzeća od prava na štrajk, poslovi koji se ne smiju prekidati za trajanja štrajka, postupak, mirenje i posredovanje, odlučivanje o štrajku, zaštita štrajkača) i druge industrijske akcije. U području prava na radu istači je ova: ukidanje diskriminacije u odnosu na zaposlenje i zanimanje (bez obzira na spol, vjeru, rasu, nacionalno podrijetlo, političko mišljenje i dr.), zaštita majčinstva, zapošljavanje i dostupnost javnih službi, jednakost plaće, seksualno uznemiravanje, rad mladeži, zaštita na radu i drugo. Potrebno je puno toga da se propisano realizira i adekvatno zaštititi. Potrebno je puno sustavnih mjera za zaštitu koju pružaju institucionalizirani organi, a prvenstveno sudovi (izobrazba, prostor, oprema, informatizacija i literatura, racionalna mreža i dr.).

6.3. Prilagođavanje pravnog, političkog i društvenog sustava onome iz EU proces je koji ne može trajati u nedogled. Riječ je o dinamičnoj harmonizaciji pravnog sustava RH s pravom EU. Intenzitet je zadan. Na djelu je formalno usklađivanje radnog (i socijalnog) zakonodavstva s europskim (primarnim i sekundarnim) izvorima prava, a slijedi potpuna i djelotvorna harmonizacija i primjena tih vrela u novostvorenim društvenim odnosima. Nakon toga radi se kontinuirano.

Tržišno gospodarstvo zahtijeva nove radne odnose (i stvara ih) u relacijama liberalne demokracije i trodiobe vlasti: to treba prihvatiti kao dinamičan zahtjev, ali prvenstveno u primjeni stvorenog prava. Zahtijeva se veliko znanje u primjeni, ali i

sposobnost što veće originalnosti i prilagodljivosti. U tome pravcu će se kretati i odnos heteronomnog i autonomnog radnog prava. U jednom i drugom treba biti analitičar u konkretno datim okolnostima.

Novo radno zakonodavstvo RH moći će se primjenjivati samo u cjelovitom kontekstu prava EU. Tu se prvenstveno misli na brojne direktive VE iz oblasti radnopravnih (i socijalnopravnih) odnosa, ali i na cjelokupni pravni poredak. Isključena je suprotnost propisa RH s propisima EU. To se ima tumačiti i u novom sadržaju suverenosti država članica EU, kao posebnoj asocijaciji i savezu.

Usklađivanje radnog zakonodavstva je samo jedno od 24 poglavlja iz plana usklađivanja zakonodavstva RH s relevantnom pravnom stečevinom (*acquis communautaire*) EU. Kada je riječ o direktivama EU, one se u nacionalno zakonodavstvo unose samo obvezujućom pravnom normom.

6.4. Socijalnu politiku treba učiniti punopravnim ciljem EU u smislu harmonizacije, međusobnog približavanja i napretka k solidarnosti i socijalnoj pravdi. Prioriteti su zapošljavanje, socijalna prava, suzbijanje svih oblika diskriminacije i «socijalna demokracija».

Prava definirana u Socijalnoj povelji morala bi biti zakonski obvezujuća, a Povelju proširiti novim političkim, građanskim i socijalnim pravima. Za postojeća prava treba utvrditi minimalne osnove socijalnih standarda.

Na području radnog zakonodavstva nužna je sveobuhvatna aktivnost na zaštitu radnika od negativnih utjecaja fleksibilizacije radnih odnosa (novi oblici organizacije rada: ugovori o radu na određeno vrijeme, rad s nepunim radnim vremenom, povremeni rad, rad na daljinu – telework), a posebno na promicanje sigurnosti i zaštite na radu.

Sljedeći zahtjev odnosi se na pogodnosti radnika za vrijeme stručnog obrazovanja i usavršavanja, te omogućavanja slobode kretanja. To bi se priznalo svima, eliminirajući sve oblike diskriminacije žena, mladih, starih, ili osoba s posebnim potrebama, ali i radnika stranaca.

Radnici moraju biti uključeni u područje informiranja i konzultiranja, sigurnosti i zaštite na radu, profesionalnog osposobljavanja i stjecanja kvalifikacija te organizacije rada.

Budućnost u reguliranju radnopravnih odnosa jest u pronalasku prave mjere u njihovom reguliranju u zakonima i kolektivnim ugovorima. Kolektivno pregovaranje treba usavršavati. Treba afirmirati sindikalne akcije, štrajk i štrajk solidarnosti.

Valja naglašavati autonomiju socijalnih partnera u industrijskim odnosima, socijalnoj politici, politici zapošljavanja, obrazovanja i osposobljavanja.

Zapošljavanje može biti samo rezultat gospodarske aktivnosti (javna i privatna ulaganja, povećanje kupovne moći, snižavanje kamatne stope, strukturne promjene), otvaranje novih radnih mjesta u kontekstu tehnoloških promjena i globalizacije gospodarstva. Prioritet treba dati mladima i dugotrajno nezaposlenima. Poslodavcima ne treba stvarati nove terete jer novog zapošljavanja neće biti. Novo zapošljavanje ne smije biti na štetu plaća i drugih naknada niti radnih uvjeta.

Smanjivao bi se radni tjedan. Stariji radnici postupno bi odlazili u mirovinu. Svuda gdje je moguće, treba organizirati kraće radno vrijeme u danu i u tjednu, kao dobrovoljan izbor radnika, uz garanciju jednakosti radnika na radu ili u svezi s radom.

6.5. Nužno je praćenje primjene propisa o atipičnim radnim odnosima, kao i «klasičnih oblika», radi veće slobode ugovaranja i veće autonomije subjekata radnih odnosa. To se odnosi i na internu fleksibilnost rada kod poslodavaca (organizaciju rada, radnog vremena, prilagodbe poslova, plaća, odmora i dr.).

U primjeni prava EU u pojedinoj državi, odnosno u pojedinim slučajevima vrijedi načelo prioriteta prava EU.

Međutim, odlučivanje (uređivanje i realiziranje) o plaćama, pravu koalicije radnika odnosno udruživanja poslodavaca, pravu na štrajk i lock-out, ostaje u nadležnosti država – članica. No, i ta pitanja moraju biti uređena u skladu s konvencijama MOR-a i direktivama EU.

Summary

LABOR LAW OF THE REPUBLIC OF CROATIA AND *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

By signing the Stabilization and Accession Agreement (SAA) in Luxembourg, on October 29th, 2001, the Republic of Croatia has committed herself to many obligations (political, economic, legal and others). This was a beginning of harmonization process of the Croatian legal order with the so called *acquis communautaire*. The basic provisions on harmonization of national rules with *acquis communautaire* are found in Part VI, Chapter 3, of the Treaty Establishing the European Community. These provisions apply as well to the process of complete adoption and enforcement of *acquis* in labor (and social) law domain (relations). *Acquis communautaire* is more than law in a narrow meaning since it includes: content, principles and political goals of the Founding Treaties, legislation enacted on the basis of those Treaties, judgments of the European Court of Justice, declarations and resolution adopted by the EU, measures related to the Common Foreign and Security Policy, measures related to Justice and Home Affairs, international agreements made by the European Community, as well as agreements concluded between the Member States and third countries in the EU field of action.

This article deals with a part of *acquis*: free movement of persons, and social policy and employment. It especially analyses labor law of the Republic of Croatia within the process of harmonization with *acquis communautaire*.

Key words: *acquis communautaire, labor law, harmonization, directive.*

Zusammenfassung

ARBEITSGESETZGEBUNG DER REPUBLIK KROATIEN UND DER *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Mit der Unterzeichnung des Vertrags zur Stabilisierung und zum Anschluss am 21. Oktober 2001 in Luxemburg hat die Republik Kroatien zahlreiche Pflichten übernommen (politische, wirtschaftliche, rechtliche u.a.). Dies ist der Anfang des Prozesses der Angleichung der Gesetzgebung der Republik Kroatien an den *acquis communautaire* (französischer Ausdruck für den Rechtserwerb der EU). Grundbestimmungen für die Angleichung der nationalen Vorschriften an den *acquis communautaire* beinhaltet Kapitel VI, Abschnitt 3. des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Dies bezieht sich auch auf den Prozess der völligen Aneignung und Durchführung des *acquis* auf dem Bereich der Arbeit und der sozialen Beziehungen. Der Rechtserwerb ist nicht nur ein Recht im engeren Sinne, denn es umfasst Inhalt, Prinzipien und politische Ziele der Gründungsverträge, die Gesetzgebung, die auf Grund der Gründungsverträge sowie der Urteile des Europäischen Gerichtshofes verabschiedet wurde, Deklarationen und Resolutionen, die die EU verabschiedet hat, Maßnahmen, die sich auf die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik beziehen, Maßnahmen, die sich auf die Rechtsprechung und Innenpolitik beziehen sowie internationale Verträge, die die Europäische Gemeinschaft abgeschlossen hat, sowie auch Verträge zwischen den Mitgliedsstaaten und dritten Ländern im Wirkungsbereich der EU.

In dieser Arbeit werden folgende Gebiete des *acquis* herausgehoben: Freizügigkeit der Personen, Sozialpolitik und Anstellung, doch besonders geht es um die Arbeitsgesetzgebung der Republik Kroatien im Prozess der Harmonisierung mit dem *acquis communautaire*.

Schlüsselwörter: *acquis communautaire, Arbeitsgesetzgebung, Harmonisierung des Rechts, Direktive.*

Sommario

LEGISLAZIONE DEL LAVORO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA E *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Con la sottoscrizione dell'Accordo di stabilità e adesione (ASA) il 29 ottobre 2001 in Lussemburgo, la Repubblica di Croazia si è impegnata in molti obblighi (politici, economici, giuridici e altri). Questo è stato l'avvio del processo di armonizzazione dell'ordinamento giuridico croato con il cosiddetto *acquis communautaire*. Le disposizioni fondamentali sull'armonizzazione delle norme nazionali con l'*acquis communautaire* si trovano nella Parte VI, Capitolo 3, del Trattato sulla costituzione della Comunità Europea. Queste disposizioni si applicano altresì al processo di completa adozione e applicazione dell'*acquis communautaire*

al campo (alle relazioni) del diritto del lavoro (e sociale). L'*acquis communautaire* è più che una legge in senso stretto, poiché include: indice, principi e scopi politici dei Trattati istitutivi, legislazione approvata sulla base di quei Trattati, giudizi della Corte di Giustizia Europea, dichiarazioni e risoluzioni adottate dall'UE, misure correlate alla politica estera e di sicurezza comune, misure collegate agli affari interni e di giustizia, accordi internazionali realizzati dalla Comunità Europea, come anche accordi conclusi tra stati membri e paesi terzi nel campo di azione dell'UE.

Questo articolo affronta una parte dell'*acquis communautaire*: libero movimento di persone, politica sociale e occupazione, e particolarmente si occupa del diritto del lavoro della Repubblica di Croazia all'interno del processo di armonizzazione con l'*acquis communautaire*.

Parole chiave: *acquis communautaire, legislazione del lavoro, armonizzazione del diritto, direttiva.*

ZAKON O ZAKUPU I PRODAJI POSLOVNOG PROSTORA - primjena u praksi -

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.453.4
Ur.: 3. siječnja 2005.
Pr.: 17. siječnja 2005.
Stručni članak

Zakonom o zakupu poslovnog prostora iz 1996. uređeno je zasnivanje zakupa, međusobna prava i obveze stranaka i prestanak zakupa. Uređenje tih odnosa posebnim zakonom smatralo se opravdanim zbog specifičnosti zakupa kad je predmet zakupa poslovni prostor. U referatu se razmatraju pojedina pitanja koja su u primjeni navedenog Zakona izazvala dvojbe, ili su se pokazala kao sporna. O nizu tih pitanja izjašnjavala se sudska praksa koja je korištena u referatu da bi se pokazalo u kojim okvirima je određena materija raspravljana.

Ključne riječi: zakup, poslovni prostor.

I. Uvod

Izuzetno važno područje pravnog statusa i raspolaganja poslovnim prostorom, u hrvatskom je zakonodavstvu niz godina, a tako i danas, uređeno posebnim propisima.

Stupanjem na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora 5. studenog 1996. godine ("Narodne novine", broj 91/96., 124/97., 174/04.) koji, nakon najnovijih izmjena i dopuna¹ nosi naziv Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora, u daljnjem tekstu: Zakon o zakupu poslovnog prostora ili ZZPP (uz pojedine članke) prestao se primjenjivati Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama ("Narodne novine", broj 52/71., u daljnjem tekstu: ZPZP) koji je, kao posebni zakon, regulirao to područje.

Smatralo se da ta materija i nadalje treba biti uređena posebnim zakonom pa je, u svezi s time, u obrazloženju koje je dano prilikom donošenja Zakona o zakupu poslovnog prostora, između ostalog navedeno:

"Upravo zbog specifičnosti zakupa poslovnoga prostora, osobito u pogledu prava i obveza zakupodavca i zakupnika ocjenjuje se potrebnim važeći Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama staviti izvan snage, a umjesto njega donijeti novi

¹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnog prostora objavljen u "Narodnim novinama", broj 174/04.

Zakon, usklađen s Ustavom Republike Hrvatske, kojim će se i nadalje kao posebnim Zakonom (*lex specialis*) urediti pitanje zasnivanja i prestanka zakupa, te prava i obveze ugovornih strana kada se zakup zasniva na poslovnom prostoru.

Stoga se predloženim Zakonom normiraju upravo one osobitosti odnosa između zakupodavca i zakupnika koje proizlaze iz činjenice da je predmet zakupa poslovni prostor. To su primjerice odredbe o održavanju poslovnoga prostora u određenom stanju, o tekućim i izvanrednim popravcima, izvođenju radova radi poboljšanja kvalitete ili modernizacije zakupljenog prostora za vrijeme trajanja zakupa, pravima zakupnika na preinake poslovnoga prostora za vrijeme trajanja zakupa, o podzakupu, o načinu otkaza ugovora o zakupu i sl.”²

Zakon o zakupu poslovnog prostora donesen je istovremeno sa Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (“Narodne novine”, broj 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., u daljnjem tekstu: Zakon o vlasništvu, ili uz pojedine članke: ZV) i Zakonom o najmu stanova (“Narodne novine”, broj 91/96., 48/98., 66/98., u daljnjem tekstu: Zakon o najmu), pa je možda upravo značaj tih zakona bio razlogom da donošenje i stupanje na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora, čini se, nije izazvalo pažnju u onoj mjeri koju zaslužuje predmet reguliranja tog Zakona.

Međutim, ubrzo nakon njegova stupanja na snagu, upravo neizbježna prisutnost tog obveznog pravnog odnosa u pravnom prometu u različitim gospodarskim djelatnostima potakla je niz pitanja u svezi s njegovom primjenom.

To pokazuje i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnog prostora (“Narodne novine”, broj 174/04., u daljnjem tekstu: ZID ZZPP) kojim se uređuje zasnivanje zakupa poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, općina, gradova, županija i Grada Zagreba, te pravnih osoba u njihovom vlasništvu i pretežnom vlasništvu, te omogućuje sadašnjim zakupnicima kupnju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske.

Razlozi njegova donošenja obrazlažu se interesom Republike Hrvatske da se potakne razvoj malog gospodarstva i potrebne izmjene dosadašnjih odredaba kako bi se izbjegli “mogući veći poremećaji u sektoru malog poduzetništva”.³

Zakon o zakupu poslovnog prostora bio je jedna od tema na više Zajedničkih sastanaka predstavnika Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske i predstavnika građanskih odjela županijskih sudova (u daljnjem tekstu: Zajednički sastanak Vrhovnog suda RH i županijskih sudova) na kojima je raspravljano o pitanjima za koja se smatralo da bi se mogla pokazati kao sporna ili su se kao takva već pokazala u određenim predmetima.

U okviru ovog referata osvrnut ćemo se na pojedina pitanja u svezi s tumačenjem i primjenom Zakona o zakupu poslovnog prostora, prvenstveno na ona koja su se mogla uočiti kao otvorena i dvojbeni.

² Konačni prijedlog Zakona o zakupu poslovnog prostora, Zagreb, srpanj 1996., u daljnjem tekstu: Konačni prijedlog ZZPP, obrazloženje str. 13 i 14.

³ Obrazloženje Prijedloga ZID ZZPP-a, str. 1. i 2.

U svezi s time koristili smo dostupnu sudsku praksu, i to kako onu koja se formirala uz primjenu Zakona o zakupu poslovnog prostora, tako i onu nastalu uz primjenu ranijih propisa, u okvirima u kojima ona i nadalje može biti aktualna (npr. zbog identičnosti nekih zakonskih odredaba) odnosno u kojima ukazuje na određene razlike u ranijoj i sadašnjoj regulativi.

Smatramo stoga potrebnim naglasiti da svrha ovog izlaganja nije sveobuhvatna analiza i cjelovit prikaz sadržaja odredaba Zakona o zakupu poslovnog prostora. Težište je, naprotiv, na pojedinim pitanjima koja su se već javila u svezi s njegovom primjenom u praksi, ili su se, neovisno o tome, mogla uočiti kao značajna, otvorena pa i problematična. Pri tome je nužno izložiti i sadržaj niza zakonskih odredaba, koliko je to potrebno za razumijevanje onih pitanja koja su predmet raspravljanja u okviru ovog referata.

Uz određena pitanja razmatrat ćemo i odredbe Zakona o izmjenama i dopunama ZZPP-a kojima su: izmijenjeni čl. 1. st. 1. (tako da zakon uređuje i prodaju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske) i čl. 6. (u kojem se brišu st. 5. i 6.); dodan je čl. 6.a/ (davanje u zakup putem javnog natječaja poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i drugih osoba, javnog prava, o pravu prvenstva i dr.); dodana Glava IV. o prodaji poslovnog prostora.

Imajući na umu sve navedeno nastojat ćemo izložiti problematiku vezanu uz:

- primjenu propisa
- zasnivanje zakupa
- prava i obveze stranaka
- prestanak zakupa
- nadležnost.

II. Primjena Zakona

II.1. Općenito

Izmijenjenim odredbama članka 1. stavak 1. Zakona o zakupu poslovnog prostora⁴ dodane su odredbe o prodaji poslovnog prostora, pa je predviđeno da taj Zakon uređuje:

- zasnivanje zakupa poslovnog prostora
- prestanak zakupa poslovnog prostora, te

⁴ Članak 1. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

“(1) Ovim Zakonom uređuju se zasnivanje i prestanak zakupa poslovnoga prostora te međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupnika, kao i prodaja poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske.

(2) Na odnose koji nisu uređeni ovim Zakonom primjenjuju se opći propisi obveznoga prava o zakupu.

(3) Odredbe ovoga Zakona ne primjenjuju se na slučajeve privremenoga korištenja poslovnoga prostora radi održavanja sajмова, priredaba, predavanja, savjetovanja ili u druge slične svrhe.”

- međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupoprirnca
- prodaju poslovnog prostora u vlasništvu Republike Hrvatske.

Odredbama čl. 1. st. 2. ZZPP-a propisano je da se na odnose koji nisu uređeni tim Zakonom primjenjuju opći propisi obveznog prava o zakupu. Nadalje, odredbe Zakona ne primjenjuju se na slučajeve privremenog korištenja poslovnog prostora radi održavanja sajmova, priredaba, predavanja, savjetovanja ili u druge slične svrhe (čl. 1. st. 3.).

Polazeći od tih odredaba, kad govorimo općenito o propisima odnosno o zakonu koji dolazi do primjene na odnose zakupa poslovnog prostora, mislimo na primjenu odredaba Zakona o zakupu poslovnog prostora, kao i na primjenu općih propisa, Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99., u daljnjem tekstu: Zakon o obveznim odnosima ili uz pojedine članke: ZOO) ukoliko se primjenjuje i na taj poseban slučaj zakupa.

Treba, međutim, dodati da odredbe koje se odnose na zakup poslovnog prostora sadrže i neki drugi posebni propisi (tako npr. Zakon o zdravstvenoj zaštiti ("Narodne novine", broj 75/93.), Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine - ("Narodne novine", broj 92/96., 33/99., 92/99., 80/02., 81/02., u daljnjem tekstu: Zakon o naknadi) koji nisu predmet posebnog razmatranja u okviru ovog referata.

II.2. Primjena općih propisa

U svezi s primjenom Zakona o zakupu poslovnog prostora dvojbu u tumačenju izazvala je odredba čl. 1. st. 2. ZZPP-a koja izričito upućuje na "primjenu općih propisa obveznog prava o zakupu".

Time je bitno izmijenjena dotadašnja zakonska regulativna jer ranije važeći posebni zakon, tj. Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama, nije sadržavao odredbu koja bi upućivala na primjenu općih propisa o zakupu. Istovremeno su opći propisi o zakupu sadržani u Zakonu u obveznim odnosima, odredbama čl. 568. izričito isključili svoju primjenu na zakupe uređene posebnim zakonom.⁵

Zakonodavac je, inače, obrazlažući potrebu donošenja posebnog zakona o zakupu poslovnog prostora naglašavao da se odredbe Zakona o obveznim odnosima "odnose na sve vrste stvari, pa su njegove odredbe uopćene i u nedovoljnoj mjeri uzimaju u obzir posebnosti koje proizlaze iz činjenice da je predmet zakupa poslovni prostor. Pored posebnosti uvjetovanih prirodom poslovnoga prostora, kao objekta zakupa (održavanje, korištenje zajedničkih uređaja, preinake i sl.) u ovom Zakonu (misli se na Zakon o zakupu poslovnog prostora) propisane su i posebnosti glede zakupa poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske i drugih pravnih osoba javnoga prava."⁶

⁵ Odredbe članka 568. Zakona o obveznim odnosima glase:

"Odredbe ove glave neće se primjenjivati na zakupe uređene posebnim propisima."

⁶ Konačni prijedlog ZZPP, Zagreb, srpanj 1996., str. 23.

Smatrali smo korisnim izložiti stajališta zakonodavca kojim obrazlaže potrebu donošenja posebnog Zakona o zakupu poslovnog prostora jer ona nesumnjivo mogu poslužiti, barem u određenoj mjeri, kod odlučivanja o okvirima primjene općih propisa.

U razdoblju ranijih propisa, tj. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama sudska praksa je, u slučaju zakupa, razgraničavala primjenu općih propisa obveznog prava, zatim primjenu općih propisa o zakupu te primjenu posebnih zakona za pojedine vrste zakupa.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1485/96 od 18. travnja 2000. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2000, sent. 29), "sudovi su pravilno ocijenili da se ugovor o zakupu poslovnog prostora ne može raskinuti prostom izjavom u smislu čl. 124. ZOO kako to pogrešno revident nalazi, jer se na sporni ugovorni odnos te odredbe i ne primjenjuju (čl. 568. ZOO - "Narodne novine", br. 53/91), već posebne odredbe Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama (čl. 41. i 49.), pa ni sama predaja jednog primjerka ključeva od poslovnog prostora tužitelju nema i ne može imati značenje raskida spornog ugovornog odnosa".

Smatramo, da ne bi trebalo biti sporno da odredbe čl. 568. ZOO-a ne otklanjaju mogućnost da *lex specialis* uputi na primjenu općih propisa o zakupu i u slučaju zakupa uređenog posebnim propisom, kao što je to učinjeno Zakonom o zakupu poslovnog prostora.

Postavlja se, međutim, pitanje, kada i u kojim granicama to dovodi do primjene općih odredaba Zakona o obveznim odnosima o zakupu i na zakup poslovnog prostora.

a) U svezi s primjenom čl. 1. st. 2. ZZPP-a koji upućuje na primjenu općih propisa o zakupu, kad se radi o odnosima koji nisu uređeni tim Zakonom, treba prvenstveno istaći da odgovor na pitanje da li je neki odnos uređen određenim zakonom, nije uvijek nedvojbena i u praksi se, u primjeni različitih zakona, to pitanje pokazalo spornim.

Npr. u primjeni posebnih zakona koji sadrže odredbe o radnim odnosima a upućuju i na podrednu primjenu općih radnopravnih propisa, često je bilo sporno da li je neki odnos cjelovito uređen posebnim zakonom i ima li mjesta primjeni općih propisa radnog prava.

Ista se dvojba javila i u primjeni Zakona o zakupu poslovnog prostora.

O tome je raspravljano na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova (16. i 17. prosinca 1999.g.).

Jedno od pitanja u svezi s kojim se postavila takva dvojba odnosilo se na prestanak ugovora o zakupu sklopljenog na određeno vrijeme.

Smatramo korisnim izložiti dileme koje su se javile kod razmatranja tog pitanja, jer nam se čini da pokazuju u kojim se okvirima, i u drugim slučajevima, mogu pojaviti sporna pitanja tumačenja i primjene čl. 1. st. 2. ZZPP-a.

Odredbama čl. 23. ZZPP-a predviđeno je, da ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koje je sklopljen.

Postavilo se pitanje, da li bi, u situaciji kad Zakon o zakupu poslovnog prostora

ne predviđa prešutno obnavljanje takvog ugovora, moglo doći do primjene odredaba čl. 596. ZOO-a koje predviđaju prešutno obnavljanje ugovora o zakupu sklopljenog na određeno vrijeme.⁷

Mišljenja i argumentacija nisu bili jedinstveni.

Prema jednom mišljenju, člankom 23. ZZPP-a uređen je prestanak ugovora o zakupu sklopljenog na određeno vrijeme pa, stoga, u smislu odredbe čl. 1. st. 2. ZZPP-a, nema osnove za primjenu općih odredaba o zakupu, dakle odredbe članka 596. ZOO-a.

Dodaje se i to da izostanak izričite odredbe o tome u posebnom zakonu (iako je postojala u ranijem zakonu pa i u Prijedlogu prilikom donošenja novog zakona) pokazuje namjeru zakonodavca da se izbjegne mogućnost prešutnog obnavljanja ugovora.

Prema drugom mišljenju također se smatra, da ne bi dolazilo do podredne primjene odredbe članka 596. ZOO-a, o prešutnom obnavljanju ugovora, zbog već naprijed navedenih razloga, tj. budući da je prestanak ugovora o zakupu sklopljenog na određeno vrijeme uređen odredbama čl. 23. Zakona o zakupu poslovnog prostora. Ističe se, međutim, da nema razloga da se mogućnost prešutnog obnavljanja ugovora ne prihvati i u slučaju zakupa poslovnog prostora, budući da se ne može zanemariti činjenica daljnjeg izvršavanja ugovora o zakupu nakon proteka roka na koji je zaključen, ali to ne znači da dolazi do analogne primjene čl. 596. ZOO-a, tj. do prešutnog obnavljanja ugovora pod pretpostavkama koje predviđaju te odredbe. Naprotiv, u svakom konkretnom slučaju treba ocijeniti sadržaj odnosa među stranaka nastalog nakon proteka roka na koji je ugovor sklopljen, odnosno ispitati pravu volju stranaka i suglasno tome utvrditi sadržaj njihovog odnosa, tj. da li on ima značaj obnavljanja ugovora i pod kojim pretpostavkama.

Pri tome, smatra se, mogućnost stranaka da produže trajanje ugovora o zakupu, nakon isteka ugovorenog vremena proizlazi ne iz primjene propisa Zakona o obveznim odnosima o zakupu, već iz dispozitivnosti odredaba o načinu prestanka ugovora o zakupu.

To stoga, obrazlaže se nadalje, jer upućivanje na primjenu općih propisa obveznog prava o zakupu znači ujedno i upućivanje na primjenu općeg dijela Zakona o obveznim odnosima, pa tako i na primjenu općih načela obveznih odnosa, a jedno od tih je i načelo dispozitivnosti.

Ovdje smatramo potrebnim dodati da, neovisno o upućivanju posebnog zakona na primjenu općih propisa, opći dio Zakona o obveznim odnosima vrijedi za

⁷ Članak 596. Zakona o obveznim odnosima u cijelosti glasi:

“(1) Kad nakon proteka vremena za koje je ugovor o zakupu bio sklopljen zakupac produži upotrebljavati stvar, a zakupodavac se tome ne protivi, smatra se da je sklopljen nov ugovor o zakupu neodređenog trajanja, pod istim uvjetima kao i prethodni.

(2) Osiguranja koja su treće osobe dale za prvi zakup prestaju protekom vremena za koje je bio zaključen.”

sve ugovore, pa se tako i načelo dispozitivnosti primjenjuje i na ugovor o zakupu poslovnog prostora ako zakonom nije drugačije predviđeno.⁸

O dispozitivnosti odredaba o prestanku ugovora o zakupu poslovnog prostora izjašnjavala se i sudska praksa u primjeni ranije važećih propisa, ali smatramo da se to stajalište i nadalje može primjenjivati budući da, u izloženom smislu, ne bi trebala biti sporna despozitivnost odredaba Zakona o zakupu poslovnog prostora o prestanku zakupa.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH broj Gzz-15/93 od 28. listopada 1993. (objavljena u "Izboru odluka" 1994, sent. 70), "odredbe Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama koje se odnose na pitanje načina prestanka ugovora o zakupu poslovnih prostorija i predaje u posjed poslovne prostorije nisu kogentne naravi, pa dispozitivno odstupanje ne dovodi do ništavosti ugovornih utanačenja".

U obrazloženju te odluke između ostalog navodi se: "Odredbom čl. 103. Zakona o obveznim odnosima - ZOO ("Narodne novine", br. 53/91, 73/91) propisana je sankcija ništavosti za ugovor koji je protivan Ustavu Republike Hrvatske, prinudnim propisima te moralu društva. Sporazum stranaka kojim su odredile prestanak i regulirale način prestanka ugovora o zakupu zbog neizvršavanja ugovornih obveza (neplaćanja zakupnine), te pretpostavke u ispunjenju kojih je zakupodavac ovlašten ući u posjed poslovnih prostorija u tom slučaju, nesumnjivo da odstupa od odredbi Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama i to kako propisanih načina prestanka ugovora o zakupu poslovnih prostorija, tako i zakonom predviđene procedure za ostvarivanje posjeda.

Međutim, po nalaženju ovoga suda takvo odstupanje ne opravdava ujedno i zaključak o ništavosti sporne ugovorne odredbe. Doduše, u zahtjevu za zaštitu zakonitosti izričito se ne navodi s kojim bi prinudnim (prisilnim) propisom navedeno utanačenje bilo u suprotnosti, a što bi tek imalo za učinak ništavost spornog uglavka. Naime, iako se radi o zakupu poslovnih prostorija, riječ je o obvezno-pravnom - ugovornom odnosu stranaka gdje inače vrijedi pravilo poštivanja autonomije volje stranaka i slobode ugovaranja. Stoga, iako je ugovor o zakupu kada je riječ o zakupu poslovnih prostorija reguliran posebnim zakonom - Zakonom o poslovnim zgradama i prostorijama to ujedno ne opravdava i zaključak o kogentnoj naravi svih normi toga Zakona. Naprotiv, po nalaženju ovoga suda, ukoliko su u pitanju one odredbe toga Zakona koje se odnose na pitanje mogućeg načina prestanka ugovora o zakupu poslovnih prostorija i procedure kako ostvariti posjed nakon prestanka ugovora, one nisu kogentne naravi, već dispozitivne odstupanje od kojih ne dovodi i do ništavosti ugovornih utanačenja. Ovo tim više što se za sporno utanačenje ne može zaključiti da bi bilo u suprotnosti sa samim smislom ugovora o zakupu poslovnih prostorija."

Prema stajalištu zauzetom u odluci Vrhovnog suda RH, Rev-3218/99 od 11. prosinca 2002., također proizlazi da u slučaju kad je nakon proteka vremena na koje

⁸ Mladen Pavlović: Aktualnosti zakupa poslovnog prostora, Hrvatska pravna revija, srpanj 2002., str. 66. (dalje: M. Pavlović, op. cit.)

je ugovor o zakupu poslovnog prostora bio sklopljen, zakupac nastavio koristiti poslovni prostor, ugovor o zakupu nije prešutno obnovljen na neodređeno vrijeme u smislu odredaba čl. 596. Zakona o obaveznim odnosima, već je potrebno utvrditi pravu volju stranaka o sadržaju njihovog međusobnog odnosa.

U razlozima te odluke, između ostalog, navedeno je:

“Nije sporno da su stranke dana 11. listopada 1994. godine sklopile ugovor o zakupu poslovnog prostora na određeno vrijeme od jedne godine i da je prema tome vrijeme na koje je ugovor sklopljen isteklo 11. listopada 1995. godine. Tužitelj je ustao tužbom dana 4. kolovoza 1997. godine sa zahtjevom da mu tuženik poslovni prostor preda u posjed jer ga drži bez pravne osnove. Tuženik pak smatra da je ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme prešutno postao ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme time što je on nastavio koristiti poslovni prostor i nakon proteka vremena na koje je ugovor bio sklopljen, pa je stoga ustao protutužbom dana 9. studenog 1998. godine za utvrđenje da je ugovor o zakupu na određeno vrijeme postao ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme.

Primjenjujući materijalno pravo na utvrđeno činjenično stanje pravilno nižestupanjski sudovi nalaze da temeljem čl. 23. st. 1. Zakona o zakupu poslovnoga prostora (“Narodne novine” br. 91/96, dalje: ZZPP) ugovor o zakupu poslovnoga prostora sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koji je sklopljen. I prema pravnom shvaćanju ovog suda ugovor nije prešutno obnovljen na neodređeno vrijeme u smislu čl. 596. Zakon o obveznim odnosima (“Narodne novine” broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99, dalje: ZOO) time što je tuženik nastavio koristiti poslovni prostor i nakon proteka vremena za koje je ugovor o zakupu bio sklopljen, jer se odredbe ZOO kojima je uređen ugovor o zakupu (čl. 567. do 599) ne primjenjuju na zakupe uređene posebnim propisima (čl. 568. ZOO).

Pravilno su stoga nižestupanjski sudovi odbili protutužbeni zahtjev na utvrđenje da je ugovor o zakupu od 11. listopada 1994. godine, koji je bio sklopljen na određeno vrijeme, postao ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme. Taj ugovor je prestao istekom vremena na koji je sklopljen (istekom 11. listopada 1995. godine) i nije postao ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme, odnosno nije prešutno obnovljen na neodređeno vrijeme pod istim uvjetima.

Za sada je međutim preuranjen zaključak nižestupanjskih sudova da tuženik poslovni prostor drži u posjedu bez pravne osnove. Činjenica da ugovor o zakupu na određeno vrijeme od 11. listopada 1994. godine nije više pravna osnova po kojoj tuženik koristi i drži u posjedu tužiteljev poslovni prostor ne znači da za to ne postoji neka druga valjana pravna osnova.

Prema shvaćanju ovog Vrhovnog suda RH za ishod spora relevantno je ponašanje stranaka nakon isteka vremena na koji je ugovor o zakupu sklopljen, pa je stoga bilo potrebno ocijeniti sadržaj odnosa među strankama nastalog nakon isteka vremena na koji je ugovor sklopljen. Potrebno je ispitati pravu volju stranaka (je li tuženik nastavio koristiti poslovni prostor unatoč protivljenju tužitelja ili je to učinio uz izričitu ili prešutnu suglasnost tužitelja, je li tuženik plaćao i dalje zakupninu itd.), jer je moguće da su stranke sklopile novi ugovor o zakupu. Pod određenim uvjetima ugovor o zakupu može biti valjan i kada nije sklopljen u pisanom obliku, jer nisu

isključeni od primjene općih propisa obveznog prava (arg. iz čl. 1. st. 2. ZZPP), pa tako ni odredba čl. 73. ZOO o konvalidaciji ugovora kojem nedostaje propisani oblik. Ako su stranke u cijelosti ili u pretežnom dijelu izvršavale obveze koje proizlaze iz ugovora o zakupu (ako je tuženik bez protivljenja tužitelja nastavio koristiti poslovni prostor i uredno plaćati zakupninu), onda se može smatrati da su sklopile pravovaljan ugovor o zakupu unatoč tome što nije sklopljen u pisanom obliku. Dakle, nije u pitanju prešutno obnavljanje ugovora o zakupu na određeno vrijeme niti je taj ugovor dana 12. listopada 1995. godine "postao" ugovor o zakupu na neodređeno vrijeme kako to smatra tuženik, ali je moguće da su stranke nakon toga (nakon isteka vremena na koje je prethodni ugovor bio sklopljen) sklopile novi ugovor o zakupu na opisani način, koji se može smatrati pravovaljanim unatoč tome što mu nedostaje pisani oblik ako su ispunjene pretpostavke iz čl. 73. ZOO."

Jedno drugo pitanje također je potaklo razmatranje primjene općih propisa obveznog prava na zakup poslovnog prostora, a postavilo se u svezi s primjenom odredaba o pravu zadržanja. O tome se, također, raspravljalo na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova, održanom 16. i 17. prosinca 1999.

Suglasno je bilo mišljenje da u slučaju zakupa poslovnog prostora ima mjesta primjeni čl. 286. do 289. ZOO-a, kao općih odredaba o pravu zadržanja, iako taj institut nije normiran odredbama Zakona o obveznim odnosima koje se odnose na zakup, a ni Zakonom o zakupu poslovnog prostora.

Suglasni smo s navedenim stajalištem i smatramo da je to primjer opravdane primjene općih propisa obveznog prava u skladu s ciljem i svrhom odredbe čl. 1. st. 2. ZZPP-a, koja, kako smo već izložili, upućuje i na primjenu općih odredaba Zakona o obveznim odnosima, koje se na odgovarajući način mogu primijeniti i na zakup poslovnog prostora. Budući da Zakon o zakupu poslovnog prostora ne sadrži odredbe o pravu zadržanja, a prema Zakonu o obveznim odnosima pravom zadržanja mogu biti osigurane sve novčane tražbine neovisno o tome iz koje vrste ugovora odnosno pravnog posla proizlaze, nema zapreke da se institut prava zadržanja primijeni i na zakup poslovnog prostora.

Dakle, dileme nije bilo i ne bi trebalo biti o primjeni prava zadržanja i na zakup poslovnog prostora, ali su se u svezi s time javila neka druga sporna pitanja, o čemu govorimo nastavno (Točka VI.), uz prestanak ugovora o zakupu.

U praksi će, sigurno, i nadalje biti spornih pitanja u svezi s primjenom općih propisa obveznog prava na zakup poslovnog prostora.

Usprkos dvojbi o tumačenju i doseg u odredaba čl. 1. st. 2. ZZPP-a, smatramo da one, upućujući na primjenu općih odredaba obveznog prava o zakupu, istovremeno ograničavaju mogućnost njihove primjene na one odnose koji "nisu uređeni ovim zakonom".

Iz toga slijedi da u onim slučajevima u kojima je Zakon o zakupu poslovnog prostora cjelovito uredio neki odnos (kao što se npr. smatra za prestanak ugovora o zakupu na određeno vrijeme) nema mjesta podrednoj primjeni općih propisa o zakupu.

Naglasili smo da odgovor na pitanje da li je neki odnos cjelovito uređen, određenim posebnim zakonom, nije uvijek nedvojbena.

Ima, međutim, mišljenja da odredbe članka 1. stavak 2. ZZPP-a dopuštaju "izravnu primjenu općih propisa Zakona o obveznim odnosima o zakupu u svim slučajevima kad odredbama Zakona o zakupu poslovnog prostora nije izričito drukčije predviđeno."⁹ Smatramo ipak da citirane odredbe ne daju osnovu za primjenu općih odredaba u svim onim situacijama kad ti propisi sadrže odredbe koje ne nalazimo u Zakonu o zakupu poslovnog prostora.

Čini nam se da to nije bila namjera zakonodavca koji je obrazlažući potrebu donošenja posebnog zakona upravo naglašavao specifičnost predmeta zakupa poslovnog prostora koju specifičnost opće odredbe o zakupu ne uzimaju dovoljno u obzir, o čemu smo već govorili.

U praksi će u svakom konkretnom slučaju trebati ocijeniti da li se radi o situaciji koja je uređena, odnosno cjelovito uređena Zakonom o zakupu poslovnog prostora i ovisno o tome odlučiti da li ima osnova za primjenu općih propisa o zakupu.

b) Odredbama čl. 1. st. 3. Zakona o zakupu poslovnog prostora primjerice su navedeni slučajevi u kojima je isključena njegova primjena i to:

- kad se radi o privremenom korištenju poslovnog prostora,
- radi održavanja sajмова, priredaba, predavanja, savjetovanja ili u druge slične svrhe.

Potrebno je, dakle, da su kumulativno ispunjene pretpostavke glede privremenog karaktera korištenja i određene svrhe korištenja.

U takvim slučajevima Zakon o zakupu poslovnog prostora neće se primijeniti, iako je predmet korištenja poslovni prostor u smislu čl. 2. st. 1. ZZPP-a.

Zakon o zakupu poslovnog prostora neće se primijeniti ni u slučajevima korištenja odnosno zakupa prostora koji se u smislu čl. 2. st. 1. ne smatra poslovnim prostorom jer se na takve odnose taj Zakon također ne primjenjuje (čl. 1. st. 1. ZZPP).

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-3123/99 od 29. siječnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 28), "na odnose stranaka iz ugovora o zakupu otvorenog sajmenog prostora ne primjenjuju se odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora ("Narodne novine", broj 91/96)."

U obrazloženju citirane odluke, navedeno je, između ostalog:

"Nije prihvatljiv revizijski navod tužitelja da je u predmetnom slučaju trebalo primijeniti odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora ("Narodne novine", broj 91/96) o zaključenju ugovora o zakupu na određeno vrijeme. Naime, prema odredbi čl. 2. st. 1. toga Zakona poslovnim prostorom u smislu toga zakona smatraju se poslovne zgrade, poslovne prostorije, garaže i garažna mjesta, a prema odredbi čl. 3. istog Zakona, poslovnim prostorijama smatraju se jedna ili više prostorija u poslovnoj ili stambenoj zgradi namijenjenih obavljanju poslovne djelatnosti, koje u pravilu čine građevinsku cjelinu i imaju zaseban glavni ulaz. U konkretnom slučaju predmet ugovora je otvoreni sajmeni prostor sa izgrađenom infrastrukturom. Prema odredbi čl. 1. st. 2. istog Zakona na odnose koji nisu uređeni tim zakonom primjenjuju se opći

⁹ M. Pavlović, op. cit., str. 72.

propisi obveznog prava o zakupu, a ti propisi sadržani su u ZOO-u.”

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-90/00 od 15. siječnja 2002. (objavljena u “Izboru odluka” 2/2002, sent. 27), “na ugovor o zakupu zemljišta ne primjenjuju se odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora (“Narodne novine”, broj 91/96) neovisno o tome što je na zemljištu postavljen montažni poslovni objekt.”.

U obrazloženju je, između ostalog navedeno:

“Utvrđeno je da su stranke 15. siječnja 1996. godine sklopile ugovor o zakupu čiji predmet je dio kč.br. 401/1 na kojoj je tuženik postavio montažni objekt.

Pogrešno smatra revident da se u konkretnom slučaju ima primijeniti Zakon o zakupu poslovnog prostora (“Narodne novine”, broj 91/96). Naime, predmet zakupa u konkretnom slučaju nije bio poslovni prostor već zemljište na kojem je tuženik postavio montažni objekt radi obavljanja svoje poslovne djelatnosti, pa se u konkretnom slučaju primjenjuju odredbe ZOO-a o zakupu.”

III. Zasnivanje zakupa poslovnog prostora

Kao što smo već isticali, Zakonom o zakupu poslovnog prostora uređuje se zasnivanje i prestanak zakupa poslovnog prostora te međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupnika (čl. 1. st. 2., ZZPP).

Prema odredbama čl. 4. st. 1. ZZPP-a,¹⁰ zakup poslovnog prostora zasniva se ugovorom o zakupu.

Ugovorom o zakupu poslovnog prostora obvezuje se zakupodavac predati zakupniku određeni poslovni prostor na korištenje, a zakupnik se obvezuje platiti mu za to ugovorenu zakupninu (čl. 5. st. 1., ZZPP).¹¹

Navedenim odredbama pojmovno je određen zakup poslovnog prostora, subjekti zakupa, način zasnivanja ove vrste zakupnog odnosa te bitni sastojci i sadržaj ugovora o zakupu.

¹⁰ Članak 4. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

- “(1) Zakup poslovnoga prostora zasniva se ugovorom o zakupu.
- (2) Ugovor o zakupu poslovnoga prostora sklapa se u pisanom obliku.
- (3) Ugovor o zakupu sklopljen protivno odredbi stavka 2. ovoga članka ništav je.”

¹¹ Članak 5. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

- “(1) Ugovorom o zakupu poslovnoga prostora obvezuje se zakupodavac predati zakupniku određeni poslovni prostor na korištenje, a zakupnik se obvezuje platiti mu za to ugovorenu zakupninu.
- (2) Ugovor iz stavka 1. ovoga članka sadrži u pravilu:
 1. naznaku ugovornih strana,
 2. podatke o poslovnom prostoru,
 3. djelatnost koja će se obavljati u poslovnom prostoru,
 4. odredbe o korištenju zajedničkih uređaja i prostorija u zgradi, te zajedničkih usluga u zgradi i rok njihova plaćanja,
 5. rok predaje poslovnoga prostora zakupniku,
 6. vrijeme na koje je ugovor sklopljen,
 7. iznos zakupnine i rokove plaćanja,
 8. odredbe o prestanku ugovora, posebno o otkazu i otkaznim rokovima,
 9. mjesto i vrijeme sklapanja ugovora. “

III.1. Pojmovno određenje

Prilikom donošenja Zakona o zakupu poslovnog prostora nije prihvaćena primjedba Odbora za zakonodavstvo, uz tekst članka 5. st. 1. ZZPP-a, da bi institut zakupa trebalo jasno definirati. Neprihvatanje primjedbe obrazloženo je time da je sadržaj ove odredbe već usvojeni pravni standard "propisan člankom 567. Zakona o obveznim odnosima. Sukladno tome, ovom odredbom se izrijeckom propisuje da se ugovorom o zakupu zakupodavac obvezuje predati zakupniku određeni poslovni prostor, a zakupnik se obvezuje za to mu platiti određenu zakupninu."

Ovdje treba naglasiti da se, prema odredbama čl. 5. st. 1. ZZPP-a, zakupodavac obvezuje predati zakupniku određeni poslovni prostor na korištenje.

Korištenje obuhvaća uporabu stvari s pravom crpljenja plodova.¹²

Upravo u svezi s time napominje se da se definicija zakupa koja govori o korištenju u biti ne razlikuje od one iz Zakona o obveznim odnosima, iako se prema odredbama čl. 567. st. 1. stvar daje na uporabu, a ne na korištenje, budući da prema odredbama čl. 567. st. 2. "uporaba obuhvaća i uživanje stvari pod kojom se podrazumijeva pribiranje plodova", što znači da korištenje obuhvaća uporabu stvari proširenu pravom crpljenja plodova.¹³

Zakonodavac je, nesumnjivo, prihvaćajući pojam "korištenja" imao na umu takvo njegovo šire značenje, svojstveno institutu zakupa, pa tako i zakupu poslovnog prostora.

To je vidljivo i iz obrazloženja koje je dato prilikom donošenja Zakona o zakupu poslovnog prostora, a u svezi s odbijanjem prijedloga da se umjesto izraza zakup upotrijebi izraz najam, pri čemu je navedeno sljedeće: "Naime, u pravnoj teoriji pravi se razlika između uporabe i korištenja kao dvaju vlasničkih ovlaštenja pri čemu je korištenje širi pojam jer obuhvaća i crpljenje plodova. Sukladno tome neplodonosne stvari daju se na uporabu, a plodonosne na korištenje. Ako je predmet ugovora uporaba stvari za plaću riječ je o najmu, a ako se daje na korištenje tada je riječ o zakupu. Vladajuće je gledište u pravnoj teoriji i praksi da se prostori namijenjeni za obavljanje djelatnosti daju na korištenje odnosno zakup, jer omogućuju korisniku stjecanje prihoda obavljanjem poslovne djelatnosti u njima. Djelatnost koja zahtijeva poslovni prostor ne može dati prihod bez poslovnog prostora."

III.2. Oblik ugovora

Ugovor o zakupu poslovnog prostora jedna je od vrsta ugovora o zakupu.

Kao pravne karakteristike ugovora o zakupu navode se konsenzualnost, nefor-

¹² Mladen Vedriš, Petar Klarić: Građansko pravo, Zagreb, 1998., str. 193. (dalje: M. Vedriš – P. Klarić, op. cit.)

¹³ M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 487. U predloženim izmjenama ZOO-a, u odredbama koje se odnose na zakup, uporaba je zamijenjena korištenjem.

malnost, recipročnost, naplativost (teretnost), trajnost, imenovanost, stvarnopravnost (kad se radi o zakupu nekretnina).¹⁴

Međutim, za oblik ugovora o zakupu poslovnog prostora ne vrijedi načelo neformalnosti.

Naprotiv odredbama čl. 4. st. 2. ZZPP-a predviđeno je da se ugovor o zakupu poslovnog prostora sklapa u pisanom obliku.

Izričito je propisana sankcija ništavosti (čl. 4. st. 3., ZZPP) kad je ugovor o zakupu sklopljen protivno tim odredbama, dakle u slučaju nedostatka pisanog oblika.

Smatramo, međutim, da i u slučaju ugovora o zakupu poslovnog prostora mogu doći do primjene opće odredbe čl. 73. Zakona o obveznim odnosima o konvalidaciji ugovora koji nije sklopljen u propisanom pisanom obliku, ako su ga ugovorne strane izvršile u cijelosti ili u pretežnom dijelu.

Prema stajalištu sudske prakse, da bi se ugovor smatrao izvršenim u pretežnom dijelu, potrebno je da ga svaka od stranaka izvrši u pretežnom dijelu.

U sudskoj praksi članak 73. ZOO-a primjenjivao se i u slučajevima u kojima je zakonom bila predviđena sankcija ništavosti zbog nedostatka propisanog oblika (npr. kod ugovora o prodaji nekretnina).

Takva stajališta zauzimala je sudska praksa (ne uvijek dosljedno) i u svezi s ugovorom o zakupu poslovnog prostora.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-208/96 od 19. siječnja 2000. (objavljena u "Izboru odluka" 1/2000, sent. 34), "valjan je usmeni ugovor o zakupu koji je izvršen u pretežnom dijelu".

U razlozima te presude rečeno je, između ostalog: "Neosnovani su revizijski razlozi da usmeni ugovor ne bi proizvodio pravne učinke, jer da se ugovor o zakupu zaključuje u pismenoj formi. Ovo stoga, kako to zaključuju i nižestupanjski sudovi i ugovori za koje se po odredbi čl. 73. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 112/99), traži pismena forma, a sačinjeni su usmeno, proizvode pravne učinke i smatraju se pravno valjanim, ako su izvršeni u pretežitom dijelu, o čemu se u nazočnom slučaju i radi, jer je tuženik tužitelju plaćao po 700 DEM mjesečno."

Isto tako u odluci Vrhovnog suda RH, Rev-219/98 od 20. rujna 2000. (objavljenoj u "Izboru odluka" 1/2001, sent. 38), zauzeto je stajalište da je valjan usmeni ugovor o zakupu poslovnih prostorija kad su ga ugovorne strane u cijelosti izvršavale (od 15. prosinca 1991. do kraja 1992. godine).

¹⁴ Vilim Gorenc: *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., str. 739 (dalje: V. Gorenc, op. cit.); Mladen Žuvela: *Ugovor o zakupu poslovnih prostorija*, *Godišnjak 2, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Zagreb, 1995., str. 182 (dalje: M. Žuvela, op. cit.); Ivan Bukljaš, Boris Vizner: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1979., str. 1825 (dalje: I. Bukljaš – B. Vizner, op. cit.)

Također i prema odluci Vrhovnog suda RH, II-Rev-174/98 od 30. siječnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 32), "valjan je usmeni ugovor o zakupu poslovnog prostora koji je izvršavan tako da je zakupodavac predao posjed i da se zakupac nalazi u posjedu poslovnog prostora i da je izvjesno vrijeme plaćao zakupninu".

U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

"Kraj utvrđenja nižestupanijskih sudova, da su stranke sklopile usmeni ugovor o zakupu, na temelju kojeg tuženik drži u posjedu poslovne prostorije i da je tuženik stanovito vrijeme tužitelju isplaćivao zakupninu, iz čega slijedi da je ugovor o zakupu u cijelosti izvršen, pravilnim se pokazuje zaključak nižestupanijskih sudova, da je i usmeni ugovor o zakupu, koji je izvršavan, valjan i da proizvodi pravne učinke. Takav zaključak utemeljen je na odredbi čl. 73. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99 – dalje: ZOO)."

Pravno shvaćanje da je valjan i usmeni ugovor o zakupu poslovnog prostora ako je u međuvremenu izvršavan u cijelosti ili u pretežnom dijelu nalazimo i u ranijoj sudskoj praksi.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Gzz-51/73 od 26. rujna 1973., "pitanje pismenog oblika ugovora o zakupu poslovnih prostorija kao pretpostavke za njegovu valjanost od važnosti je dok ugovor još nije izvršen. Kad je međutim usmeni ugovor o zakupu poslovnih prostorija u cijelosti ili u najvećem dijelu izvršen onda pomanjkanje zakonom predviđene forme ugovora nije više od važnosti (pravno pravilo iz paragrafa 1432. bivšeg OGZ-a)."

Isto i odluka Vrhovnog suda RH, II-Rev-57/86 od 28. kolovoza 1986. (objavljena u "Pregledu sudske prakse", dalje: PSP 33/84).

Što se tiče oblika izmjene i dopuna ugovora o zakupu poslovnog prostora, trebalo bi, također, primijeniti odredbe Zakona o obveznim odnosima (čl. 67. st. 2.) prema kojima propisani oblik vrijedi i za sve izmjene i dopune ugovora.

Kasnije usmene dopune bile bi valjane samo ako se radi o sporednim točkama o kojima u formalnom ugovoru ništa nije rečeno (čl. 67. st. 3., ZOO).

U slučajevima u kojima nema osnova za primjenu odredaba čl. 67. st. 2. ZOO-a, izmjene i dopune moraju biti zaključene u pisanom obliku.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1232/80 od 3. rujna 1980., "ne samo ugovor o zakupu poslovnih prostorija već i njegove izmjene, da bi imale pravni učinak, moraju biti zaključene u pismenom obliku (čl. 22. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama). Zato ako izmjena ugovora nije učinjena u pismenom obliku, ugovor i dalje važi u nepromijenjenom sadržaju."

"Izmjena ugovora o zakupu poslovnih prostorija, u pogledu poslovne djelatnosti koju će zakupac vršiti, koja nije izvršena u pismenom obliku, nema pravni učinak" (Vrhovni sud RH, Rev-1221/83 od 22. prosinca 1983.).

Međutim, smatramo da naprijed izloženo pravno shvaćanje o valjanosti usmenog ugovora o zakupu poslovnih prostorija koji su stranke izvršile u cijelosti ili u pretežnom dijelu treba primijeniti i na usmene izmjene i dopune takvog, dakle usmenog ugovora o zakupu.

U svezi sa zaključivanjem predugovora i njegovim oblikom sudska praksa

zauzela je sljedeće stajalište: “Da bi predugovor o zakupu poslovnih prostorija obvezivao na zaključenje glavnog ugovora, mora biti zaključen u pismenom obliku i sadržavati bitne sastojke ugovora o zakupu poslovnih prostorija, a to su predmet zakupa i zakupnina.” (Vrhovni sud Hrvatske, Rev-214/85 od 10. listopada 1985.)

Time se ustvari primjenjuju opći propisi čl. 45. ZOO-a.

Zakon o zakupu poslovnog prostora ne uređuje pitanje predugovora, pa nema zapreke da se u primjeni tog Zakona primijene opći propisi Zakona o obveznim odnosima.

III.3. Postupak zasnivanja zakupa

Zakon o zakupu poslovnog prostora ne sadrži posebne odredbe koje bi se općenito odnosile na postupak zasnivanja zakupa.

Iznimka je predviđena odredbama čl. 6. ZZPP-a, o čemu govorimo u daljnjem izlaganju.

Odredbe o postupku prilikom zasnivanja zakupa ne sadrže ni opći propisi o zakupu, a nisu ih sadržavali ni ranije važeći posebni propisi (Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama).

U tom smislu izjašnjavala se i sudska praksa.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2687/90 (objavljena u “Izboru odluka” 1994, sent. 67) “javno nadmetanje i oglašavanje javnog nadmetanja radi davanja u zakup poslovnog prostora nije zakonska obveza radne organizacije kao zakupodavca.”

U obrazloženju se, između ostalog, ističe: “Javno nadmetanje i oglašavanje tog nadmetanja radi davanja u zakup poslovnih prostorija Zakonom o obveznim odnosima nije propisano, a ne proizlazi niti iz Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama: za radnu organizaciju kao zakupodavca takva obveza direktno ne proizlazi niti iz druge pravne norme, pa stoga i prigovor revizije o propustu oglašavanja javnog nadmetanja u “javnom glasilu dostupnom svim građanima” nema osnove.”

I prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1448/91 (objavljena u “Izboru odluka” 1993, sent. 75) “Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama ne sadrži odredbe po kojima bi se poslovne prostorije morale davati u zakup putem javnog nadmetanja.”

Međutim, u čl. 6. ZZPP-a¹⁵ sadržane su odredbe o postupku davanja u zakup poslovnog prostora ako se radi o poslovnom prostoru koji je u vlasništvu određenih osoba, i to:

- Republike Hrvatske
- općina, gradova, županija i Grada Zagreba
- pravnih osoba u njihovom vlasništvu ili pretežnom vlasništvu (čl. 6. st. 1. ZZPP-a).

¹⁵ Odredbe članka 6. Zakona o zakupu poslovnog prostora u dosadašnjem tekstu u cijelosti su glasile:

“(1) Poslovni prostor u vlasništvu Republike Hrvatske, općina, gradova, županija i Grada Zagreba, te pravnih osoba u njihovu vlasništvu ili pretežitom vlasništvu daje se u zakup putem javnoga

Zakonom o izmjenama i dopunama ZZPP brisani su st. 5. i 6. čl. 6. dok u preostalom dijelu (st. 1., 2., 3., 4. i 7.) čl. 6. nije izmijenjen.

Odredbama čl. 34. ZZPP-a predviđeno je da se "odredbe članka 6. ovoga Zakona odnose se i na poslovni prostor u društvenom vlasništvu na kojem Republika Hrvatska, općine, gradovi, županije i Grad Zagreb i druge pravne osobe imaju pravo raspolaganja ili korištenja (čl. 34. st. 1.).

Po odredbama ovoga Zakona dužne su postupiti i pravne osobe koje po posebnim propisima nisu provele pretvorbu društvenoga vlasništva prilikom davanja u zakup poslovnoga prostora na kojem imaju pravo raspolaganja ili korištenja (čl. 34. st. 2.)."

a) Za navedeni poslovni prostor propisano je da se daje u zakup putem javnog natječaja.

Uvjeti i postupak određuju se u skladu s odlukom Vlade Republike Hrvatske, županijske skupštine, gradske skupštine Grada Zagreba, odnosno općinskog ili gradskog vijeća.

Postupak natječaja provodi i odluku o najpovoljnijoj ponudi donosi Vlada Republike Hrvatske, poglavarstvo županije, odnosno Grada Zagreba, grada ili općine, odnosno od njih ovlašteno tijelo, a za pravne osobe u njihovom vlasništvu ili pretežitom vlasništvu nadležno tijelo utvrđeno aktima te pravne osobe (čl. 6. st. 3., ZZPP).

Predviđeno je, također da će se najpovoljnijom ponudom smatrati ona ponuda koja "uz ispunjenje uvjeta iz natječaja sadrži i najviši iznos zakupnine" (čl. 6. st. 4., ZZPP).

Međutim iznimno, javni se natječaj ne bi provodio, odnosno prema Izmjenama

natječaja.

(2) Uvjeti i postupak natječaja određuju se u skladu s odlukom Vlade Republike Hrvatske, županijske skupštine, Gradske skupštine Grada Zagreba, odnosno općinskoga ili gradskoga vijeća.

(3) Postupak natječaja provodi i odluku o najpovoljnijoj ponudi donosi Vlada Republike Hrvatske, poglavarstvo županije, odnosno Grada Zagreba, grada ili općine, odnosno od njih ovlašteno tijelo, a za pravne osobe u njihovom vlasništvu ili pretežitom vlasništvu nadležno tijelo utvrđeno aktima te pravne osobe.

(4) Najpovoljnijom ponudom smatrat će se ona ponuda koja uz ispunjenje uvjeta iz natječaja sadrži i najviši iznos zakupnine.

(5) Ako sudjeluju i udovolje uvjetima postignutim na natječaju hrvatski invalidi Domovinskoga rata, nezavojačeni hrvatski branitelji, članovi obitelji hrvatskih branitelja i civila poginulih, zatočenih ili nestalih i udruge invalida domovinskoga rata i druge udruge za koje to odredi ministar rada i socijalne skrbi imaju prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu poslovnoga prostora iz stavka 1. ovoga članka, osim u slučaju iz članka 35. stavka 3. ovoga Zakona. Ako više osoba ostvaruje prvenstveno pravo, prvenstveni red između tih osoba utvrđuje se odgovarajućom primjenom odredbe članka 29. stavka 1. Zakona o područjima posebne državne skrbi ("Narodne novine", br. 44/96.).

(6) Prije sklapanja ugovora o zakupu osobe iz stavka 1. ovoga članka dužne su pribaviti mišljenje o pravnoj valjanosti ugovora od nadležnoga državnog pravobranitelja.

(7) Ugovor o zakupu sklopljen protivno odredbama ovoga članka ništav je."

i dopunama ZZPP-a, odredbama čl. 6a. predviđeno je da će zakupodavac sadašnjem zakupniku poslovnoga prostora koji u potpunosti izvršava obveze iz ugovora o zakupu, najkasnije 60 dana prije isteka roka na koji je ugovor sklopljen, ponuditi sklapanje novog ugovora o zakupu.

Tek ako sadašnji zakupnik ne prihvati navedenu ponudu u roku od 30 dana, raspisalo bi se davanje u zakup poslovnoga prostora u kojem bi početni iznos zakupnine bio onaj koji je ponuđen sadašnjem zakupniku.

U tom slučaju prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu poslovnoga prostora imale bi osobe iz Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskoga rata i članova njihovih obitelji ("Narodne novine", broj 94/101., 122/02., 17/04.).

Nedvojbeno je da se tim odredbama doprinosi sigurnosti pravnog položaja sadašnjeg zakupnika, što je i bila svrha izmjena i dopuna ranije važećih odredaba čl. 6. ZZPP-a.

Sudska praksa bavila se i pitanjem pravnih karakteristika natječaja objavljenog u tisku u svezi sklapanja ugovora o zakupu poslovnog prostora.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-3771/99 od 3. veljače 2000. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2000, sent. 22), "natječaj objavljen u tisku kojim se poziva na stavljanje ponuda za sklapanje ugovora o zakupu poslovnih prostorija, nema značaj opće ponude (čl. 35. ZOO) za sklapanje ugovora."

U obrazloženju te odluke, između ostalog, se navodi: "Svrha raspisanog natječaja bila je prikupljanje pismenih ponuda, a sam natječaj nije bio ponuda, jer je u zaključku rečeno da će se poslovne prostorije dati u zakup po natječaju prikupljanjem pismenih ponuda, pa je prema tome osnovano pravno motrište nižestupanjskih sudova da sam natječaj ne predstavlja ponudu za sklapanje ugovora nego samo poziv, da se učini ponuda pod objavljenim uvjetima. Očito se radi o pozivu da se učine ponude pod objavljenim uvjetima u smislu čl. 35. st. 1. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, u daljnjem tekstu: ZOO). U ovom pravnom odnosu također nema mjesta primjeni odredbe čl. 33. ZOO, na što upućuje revident. Naime, generalna ponuda iz čl. 33. ZOO je također ponuda, tj. unatoč toga što je ona upućena neograničenom broju osoba, odnosno neodređenom broju osoba ona, također, mora sadržavati sve sastojke ugovora koji se prema propisima smatraju bitnima za dotični pravni posao, te kod generalne ponude sadržaj ugovora određuje samo jedna strana. Prema tome, u ovom slučaju javnom objavom natječaja dana je mogućnost svima, a nepoznatim osobama da u određenom roku stave ponudu za zaključenje ugovora o zakupu prijepornog poslovnog prostora tj. tuženi je javnim oglasom samo pozvao osobe koje imaju interes da stave ponude za zaključenje ugovora o zakupu prijepornog poslovnog prostora i to pod objavljenim uvjetima. Dakle, sam natječaj nije ponuda za sklapanje ugovora nego samo poziv da se učini ponuda pod objavljenim uvjetima. Na taj način se upućivač generalnog poziva na stavljanje ponuda stavljao u položaj da između više ponuda izabire najpovoljniju i s ponudačem te, za njega, najpovoljnije ponude može sklopiti posao. Zbog toga se osnovano nižestupanjski sudovi pozivaju na odredbu čl. 35. ZOO. U ovom slučaju oglašivač bi s obzirom na odredbu čl. 35. st. 2. ZOO, mogao odgovarati samo za štetu ukoliko bi bile ispunjene sve zakonom predviđene pretpostavke za takovu odgovornost."

Ovdje napominjemo da, osim zakonom priznatog prava prvenstva na sklapanje ugovora o zakupu, kao što je to učinjeno odredbama čl. 6.a/ i čl. 35. st. 3. ZZPP-a, sa značenjem prinudnog propisa i sankcijom ništavosti u slučaju povrede tog prava, prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu poslovnog prostora može biti predviđeno i ugovorom, u kojem slučaju povreda tog prava ima značenje povrede ugovorne obveze s građanskopravnim posljedicama koje iz toga proizlaze (odgovornost za štetu i dr.). Smatramo da bi se u tom slučaju moglo primijeniti stajalište koje je Vrhovni sud RH zauzeo u odluci, Rev-840/83 od 24. studenog 1983., (objavljena u PSP 24/88), a prema kojem je "valjan ugovor o zakupu poslovne prostorije koji je zakupoprimac zaključio u dobroj vjeri, ne znajući da zakupodavac ima obvezu prvenstvene ponude zakupljenog prostora trećoj osobi. Treća osoba mogla bi od zakupodavca zahtijevati naknadu štete koja joj je nastala kršenjem obveze."

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1557/01 od 18. listopada 2001. (objavljena u "Izboru odluka" 1/2002, sent. 40), "ugovoreno pravo prvenstva dotadašnjeg zakupnika kod ponovnog davanja u zakup poslovnog prostora ne odnosi se na situaciju kad je jedan ugovor o zakupu zaključen na određeno vrijeme, prestao prije isteka vremena, odustankom zakupodavca, zbog neplaćanja zakupnine."

U obrazloženju se navodi:

"Obzirom na utvrđenu činjenicu da je predmetni ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme prestao i prije isteka vremena na koje je sklopljen, i to na osnovi odustanka, temeljem odredbe iz čl. 49. st. 1. toč. 2. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama – ZPZP ("Narodne novine" broj 52/71), sudovi su materijalno pravo pravilno primijenili kada su tužbeni zahtjev prihvatili, a odbili kao neosnovan protutužbeni zahtjev kako u odnosu na zahtjev za sklapanje ugovora, tako i u odnosu na deklaratorni zahtjev za utvrđenje tužiteljeve odgovornosti za štetu zbog nesklapanja ugovora.

Prema odredbi iz čl. 49. st. 1. toč. 2. istog Zakona, zakupodavac može odustati od ugovora o zakupu poslovnih prostorija u svako vrijeme, bez obzira na ugovorne ili zakonske odredbe o trajanju zakupa, ako zakupac ne plati dospjelu zakupninu ni u roku od 2 mjeseca od dana saopćenja opomene zakupodavca.

Odredbom čl. 13. ugovora određeno je da po isteku ugovora stranke ga mogu sporazumno produžiti i da zakupac ima prvenstvo ponovnog uzimanja u zakup, pod istim uvjetima.

Dakle, do primjene te odredbe može doći samo u slučaju prestanka ugovora zbog isteka vremena na koje je ugovor sklopljen (čl. 47. st. 1. ZPZP), a ne i u slučaju kada je do prestanka ugovora došlo iz razloga zakupčevog kršenja ugovorne obveze plaćanja zakupnine.

Sukladno tome tužitelj nije bio dužan sklopiti s tuženicima novi ugovor o zakupu, pa stoga ne postoji niti njegova ugovorna odštetna odgovornost zbog nesklapanja tog ugovora."

U slučaju kad se poslovni prostor daje u zakup putem javnog natječaja (čl. 6. st. 1., ZZPP) stranke, također, sklapaju ugovor o zakupu.

Zakonom o izmjenama i dopunama ZZPP-a brisana je odredba čl. 6. st. 6.d/, a prije sklapanja ugovora o zakupu osobe iz čl. 6. st. 1. ZZPP-a dužne su pribaviti

mišljenje o pravnoj valjanosti ugovora od nadležnog javnog pravobranitelja.

Obrazlaže se to time da su stupanjem na snagu Zakona o državnom odvjetništvu ("Narodne novine", broj 51/01.) prestale vrijediti odredbe Zakona o državnom pravobraniteljstvu, a s tim u vezi i obveza postupanja po stavku 6. članka 6. Zakona za općine, gradove, županije i Grad Zagreb, te pravnih osoba u njihovom vlasništvu. Zakonom o državnom odvjetništvu (čl. 16.) drugačije su uređeni poslovi zastupanja, po posebnoj punomoći.

Odredbama čl. 6. st. 7. ZZPP-a predviđena je izričito sankcija ništavosti ugovora o zakupu ako je sklopljen protivno odredbama čl. 6. ZZPP-a.

Navedena odredba čl. 6. st. 7. ZZPP, po našem mišljenju, bitno će utjecati na dosadašnja stajališta sudske prakse, uz ranije važeće propise prema kojima npr. "sudionici javnog nadmetanja radi izbora najboljeg ponuđača za zaključenje ugovora o zakupu poslovnog prostora ne mogu, osporavajući valjanost provedenog postupka, zahtijevati ponovni izbor najboljeg ponuđača niti poništenje zaključenog ugovora o zakupu, ali imaju pravo na naknadu štete" (VSH, Rev-2086/87 od 19. travnja 1988., objavljena u PSP 44/75).

Isto tako "Valjan je ugovor o zakupu poslovne prostorije koji je zakupoprimac zaključio u dobroj vjeri, ne znajući da zakupodavac ima obvezu prvenstvene ponude zakupljenog prostora trećoj osobi. Treća osoba mogla bi od zakupodavca zahtijevati naknadu štete koja joj je nastala kršenjem obveze." (VSH, Rev-840/83 od 24. studenog 1983.).

Naprotiv, u primjeni Zakona o zakupu poslovnog prostora Županijski sud u Zagrebu u odluci Gž-2239/02 od 23. srpnja 2002., pozivom na odredbe čl. 6. ZZPP-a i predviđenu sankciju ništavosti ugovora (čl. 6. st. 7., ZZPP) u obrazloženju, između ostalog navodi:

"Nije sporno da su stranke 15. studenog 1999. godine zaključile privremeni ugovor o zakupu predmetnih poslovnih prostorija bez prethodno provedenog javnog natječaja.

Točkom drugom tog ugovora utanačeno je da se "privremenost" odnosi na razdoblje nakon kojeg će zakupodavac (tužitelj) po svojoj volji i svojem nahođenju raspisati za obavljanje istih usluga javni natječaj.

Međutim, 5. studenog 1996. godine stupio je na snagu Zakon o zakupu poslovnog prostora, a 28. studenog 1997. godine Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zakupu poslovnog prostora ("Narodne novine", broj 91/96 i 124/97, u daljnjem tekstu: ZZPP).

Točno je da je tužitelj, kao osoba iz čl. 6. st. 1. ZZPP, bio dužan u roku od dvije godine od dana stupanja na snagu tog Zakona ugovore o zakupu poslovnog prostora sklopljene po odredbama Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama, bez prethodno provedenog javnog natječaja, uskladiti s odredbama ZZPP. Taj je rok istekao 28. studenog 1998. godine. Ukoliko ne bi tako postupio ugovor se raskidao po sili zakona (čl. 35. st. 2. ZZPP).

Već je rečeno da su stranke privremeni ugovor o zakupu poslovnog prostora zaključile 15. studenog 1999. godine.

Prema tome u to vrijeme tužitelj je mogao dati poslovni prostor u zakup isključivo putem javnog natječaja (čl. 6. ZZPP), a ugovor sklopljen protivno

odredbama čl. 6. ZZPP, prema stavku 7. tog članka, je ništav (čl. 103. st. 1. Zakona o obveznim odnosima "Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, u daljnjem tekstu: ZOO).

Znači da iz tog ugovora tuženica i nije mogla steći neko pravo prvenstva prilikom kasnijeg javnog natječaja."

Ustavni sud RH, u više svojih odluka odlučivao je o prijedlozima za pokretanje postupka ocjene ustavnosti odredaba čl. 6., čl. 34. i čl. 35. Zakona o zakupu poslovnog prostora sa stajališta povrede prava vlasništva te ustavnog jamstva samostalnosti tijela jedinica lokalne samouprave u obavljanju poslova iz njihova djelokruga.

U odluci broj U-I-1852/2000 od 20. lipnja 2001., odbijajući prijedlog, u razlozima je, između ostalog, naveo:

"Iz navedenog proizlazi da Zakon o vlasništvu uređuje opći režim prava vlasništva koji je, načelno, jednak za sve subjekte koji mogu biti nositelji tog prava, dakle za osobe javnog prava i privatnog prava, kao i za različite osobe javnog prava međusobno. Naglašena je, međutim, mogućnost uređivanja pojedinih dijelova ove materije i na drugi način, posebnim zakonom.

Tako je, u konkretnom slučaju Zakonom o državnom pravobraniteljstvu i Zakonom o zakupu poslovnog prostora, zakonodavac predvidio određene oblike nadzora i tijelo ovlašteno za provođenje nadzora nad izvršavanjem vlasničkog ovlaštenja pojedinih subjekata, a prema Zakonu o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi također nema zapreka da država posebnim zakonom uredi pojedina pitanja iz oblasti vlasništva jedinica lokalne samouprave.

Polazeći od neospornog prava zakonodavca, koje, kako je razvidno, proizlazi iz Ustava, da uspostavi sustav kontrole nad prometom određenih nekretnina, i to na način da se ovlaštenom državnom tijelu omogući uvid u zakonitost takvog raspolaganja (a ne na način da se zakonito raspolaganje ograniči ili onemogući), ukazuje se neutemeljenim stajalište podnositelja izloženo u prijedlogu, da je protuustavna i protuzakonita kontrola raspolaganja nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i pravnih osoba u njihovom vlasništvu, te da nije dopušteno propisivanje nadležnosti Državnog pravobraniteljstva za obavljanje takve vrste kontrole.

Smisao odredbe čl. 136. Ustava jest samostalnost djelovanja lokalnih jedinica u ustavnim i zakonskim okvirima te je na taj način valja i tumačiti pa, stoga, ne postoji nesuglasje osporavane odredbe čl. 6. st. 6. Zakona o zakupu poslovnog prostora s ovom ustavnom odredbom."

U odlukama U-I-243/1997, U-I-248/1997 i U-I-806/1998 od 20. siječnja 1999., kojima je odbijen prijedlog za ocjenu ustavnosti čl. 6., čl. 34. i čl. 35. ZZPP-a, u razlozima je između ostalog navedeno:

"Propisivanjem da se javnim natječajem daje u zakup poslovni prostor u vlasništvu države, jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave zaštićen je ne samo interes države za zaštitu naznačenog vlasništva, već se na taj način svim poduzetnicima osigurava jednak pravni položaj na tržištu u pogledu zakupa poslovnog prostora, kako u vlasništvu države, tako i u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i uprave i pravnih osoba iz članka 6. Zakona, kao i poslovnog prostora u društvenom vlasništvu na kojem imaju pravo raspolaganja ili korištenja

pravni subjekti iz članka 34. istog Zakona.

Iz tih razloga su, temeljem izmijenjenih i dopunjenih odredaba članka 35. Zakona o zakupu... ("Narodne novine", br. 124/97), osobe iz članka 6. stavka 1. i članka 34. Zakona (zakupodavci) dužne ugovore o zakupu poslovnog prostora, sklopljene po odredbama Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama ("Narodne novine", br. 52/71), bez prethodno provedenog javnog natječaja, uskladiti s odredbama ovog Zakona u roku od dvije godine, od dana stupanja na snagu ovog Zakona (stavak 1.), a raniji zakupnik, koji sudjeluje i udovoljava uvjetima natječaja, ima pravo prvenstva na sklapanje ugovora o zakupu (stavak 3.), dok raniji zakupnik, koji ne uspije na natječaju pa osobe (zakupodavci) iz stavka 1. ovog članka sklope ugovor o zakupu s drugom osobom, ima pravo zahtijevati isplatu naknade za učinjena ulaganja (stavak 4.).

Odredbama stavaka 3. i 4. noveliranog članka 35. Zakona zaštićeni su interesi ranijih zakupnika, posebice ulagača pa i stranih ulagača u poslovni prostor što su ga zakupili po ugovoru zaključenom neposrednom pogodbom. Obvezivanje subjekata iz osporenih odredaba članaka 6., 34. i 35. Zakona na davanje u zakup nekretnina javnim natječajem i na plaćanje naknade za izvršeno ulaganje kapitala u skladu je s odredbom stavka 2. članka 50. Ustava Republike Hrvatske. Stoga će zakupodavac poslovnog prostora morati dobro procijeniti uvjete po kojima će se nuditi u zakup poslovni prostor na kojemu postoje ulaganja dosadašnjeg zakupca.

Izmijenjenom odredbom stavka 3. članka 35. dovoljno je da dosadašnji zakupac prihvati u natječaju navedeni iznos zakupnine čime dobiva prvenstveno pravo sklapanja ugovora o zakupu pa se time postojeći ugovori o zakupu u stvari samo usklađuju s odredbama novog Zakona. Stoga se i najviši iznos zakupnine smatra najpovoljnijom ponudom samo ako na natječaju ne sudjeluje raniji zakupnik (članak 34. stavak 3.) i u slučaju kada se u zakup daje novi poslovni prostor koji, prije stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora, nije bio dat u zakup.

Odrebe Zakona o zakupu poslovnog prostora, čija se ustavnost osporava, po ocjeni Ustavnog suda, štite vlasništvo jedinica lokalne uprave i samouprave na potpuno jednak način kao i državno vlasništvo i osiguravaju svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu kod zakupa poslovnog prostora u vlasništvu države, odnosno u vlasništvu jedinica lokalne uprave i samouprave."

U odluci Ustavnog suda RH broj U-II-946/1998 od 21. travnja 1999., kojom je pokrenut postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti određenih odredaba Odluke Grada P. o davanju u zakup poslovnog prostora, u razlozima je, između ostalog navedeno:

"Odredbom članka 35. stavka 3. Zakona o zakupu poslovnog prostora pisano je da raniji zakupnik koji sudjeluje i udovoljava uvjetima natječaja te prihvati iznos zakupnine objavljen u javnom natječaju sukladno odluci iz članka 6. stavka 2. toga Zakona ima prvenstveno pravo na sklapanje ugovora o zakupu dato podzakupniku pod uvjetom da je u momentu sklapanja ugovora o podzakupcu sa zakupnikom bio u radnom odnosu.

Dakle, navedenom odredbom Odluke o izmjenama i dopunama Odluke o davanju u zakup poslovnog prostora priznato je, na štetu ranijeg zakupnika, u određenim

slučajevima, prvenstveno pravo ranijem podzakupniku na sklapanje ugovora o zakupu. Time je povrijeđeno prvenstveno pravo ranijeg zakupnika utvrđeno citiranim Zakonom o zakupu poslovnog prostora.

U Zakonu o zakupu poslovnog prostora nema uporišta kojim se pravo ranijeg zakupnika može ograničiti podzakonskim propisom, ukoliko raniji zakupnik ispunjava uvjete iz članka 35. stavka 3. citiranog Zakona, odnosno nema ovlaštenja za ovakvo propisivanje.

S obzirom na navedeno ovaj Sud utvrđuje da je citirana odredba članka 1. Odluke o izmjenama i dopunama Odluke o davanju u zakup poslovnog prostora u nesuglasju s člankom 35. stavkom 3. Zakona o zakupu poslovnog prostora, a samim time i s člankom 5. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske.”

Napominjemo da je u nizu svojih ranijih odluka povodom prijedloga za ocjenu ustavnosti općinskih odluka glede davanja u zakup poslovnog prostora, Ustavni sud RH zauzimao sljedeće stajalište:

“Nema karakter propisa iz čl. 125. al. 3. Ustava Republike Hrvatske, pa stoga i ne može biti predmetom ustavnosudske ocjene Odluka o davanju u zakup i korištenju poslovnog prostora odnosno Uputstvo za utvrđivanje prenamjene i korištenje poslovnih prostora (i sl. opći akti) kojim općina uređuje uvjete zakupa poslovnog prostora kojega je vlasnik (rješenje Ustavni sud RH, U-II-128/91 od 12. svibnja 1992. “Narodne novine”, broj 33/92).”¹⁶

III.4. Subjekti ugovora

Subjektom ugovora o zakupu, pa tako i ugovora o zakupu poslovnog prostora, prema terminologiji Zakona o zakupu poslovnog prostora (čl. 5. st. 1.) jesu zakupodavac i zakupnik.

III.4.a. Zakupodavac može biti fizička ili pravna osoba.

Zakon o zakupu poslovnog prostora u tom pogledu ne sadrži ograničenja.¹⁷

a) Zakupodavac može biti vlasnik stvari ili osoba koja nije vlasnik, ali je ovlaštenik nekog drugog prava koje sadrži i pravo na davanje u zakup poslovnog prostora.

Pitanje vlasništva poslovnog prostora, opravdano ili ne, često se postavljalo u sporovima u svezi sa ostvarivanjem zaštite prava iz ugovora o zakupu poslovnog prostora, što najbolje prikazuje relativno velik broj stajališta koja je o tome zauzimala sudska praksa.

Kao što smo već istakli, a što ne bi trebalo biti sporno, za zakupodavca nije odlučujuće da li je vlasnik stvari.

¹⁶ M. Žuvela, op. cit., str. 188.; M. Pavlović, op. cit., str. 69.

¹⁷ M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 493.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-663/98 od 3. travnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 180): "Zakupodavac može biti osoba koja nije vlasnik stvari".

Dosljedno izloženom stajalištu kad je zakupodavac osoba koja nije vlasnik stvari, nije bila upitna niti njegova aktivna legitimacija u parnici u ostvarivanju prava iz ugovora o zakupu.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, II-Rev-174/98 od 30. siječnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 30): "Zakupodavac je aktivno legitimiran zahtijevati isplatu zakupnine neovisno o tome što nije vlasnik poslovnog prostora".

Nadalje "zakupodavac iz ugovora o zakupu poslovnih prostorija aktivno je legitimiran zahtijevati da se isprazne i predaju prostorije po prestanku ugovora neovisno o tome što nije ovlaštenik prava vlasništva ili prava korištenja". (Vrhovni sud RH, Rev-2994/1990 od 11. travnja 1991., objavljena u PSP 53/91).

I prema odluci Županijskog suda u Zagrebu, Gž-6382/00 od 8. lipnja 2001., priznata je aktivna legitimacija zakupodavcu da, nakon prestanka ugovora o zakupu, zahtijeva predaju u posjed poslovnog prostora neovisno o tome što nije vlasnik tog prostora.

Međutim, okolnost da je neka osoba ovlaštenik prava koje uključuje i pravo davanja stvari u zakup, sama po sebi ne daje joj aktivnu legitimaciju za ostvarivanje prava koja proizlaze iz ugovora o zakupu te stvari, kad ona nije ugovorna strana tog ugovora.

Tako prema odluci Županijskog suda u Rijeci, Gž-1046/97 od 4. veljače 1998., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1998, sent. 29), "tužiteljica kao nositelj prava plodouživanja na poslovnom prostoru koji je bio predmet ugovora o zakupu zaključenog između drugih osoba, ne može pozivajući se na to svoje pravo tražiti od zakupoprimca isplatu dospjele zakupnine, osim u situaciji ako bi to bilo predviđeno ugovorom o zakupu."

U obrazloženju se navodi: "Ugovor o zakupu kao ugovor obveznog prava stvara prava i obveze za ugovorne strane (čl. 148. stavak 1. ZOO), a za treće osobe iz takvog ugovora mogu proizlaziti određena prava samo ako je riječ o ugovoru u korist trećeg u smislu odredbe iz čl. 149. st. 1. ZOO. U protivnom tužiteljica bi svoju tražbinu mogla ostvarivati jedino od zakupodavca, jer je upravo on davanjem stvari u zakup i ubiranjem zakupnine priskrbio za sebe prihod na koji je imala pravo tužiteljica kao plodouživatelj stvari koja je bila predmet zakupa. Pri tome nije odlučno je li zakupoprimac znao ili nije znao da je stvar koju uzima u zakup opterećena pravom plodouživanja u korist treće osobe."

b) Promjenom prava vlasništva na poslovnoj prostoriji time da treća osoba stekne pravo vlasništva, zakup ne prestaje.

To proizlazi iz odredbe čl. 31. st. 1. ZZPP-a prema kojoj zakup ne prestaje kad treća osoba kupnjom ili po drugoj osnovi stekne od zakupodavca poslovni prostor.

Treća osoba tada stupa u prava i obveze zakupodavca, kako se to izričito propisuje odredbama čl. 31. st. 2. ZZPP-a.

Radi se, dakle o slučaju kada na temelju zakonske odredbe dolazi do prijenosa ugovora.¹⁸

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1059/98 od 12. prosinca 1998., (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 31), "promjenom prava vlasništva na poslovnim prostorijama ne prestaje zakup, a novi vlasnik stupa u prava i obveze zakupodavca".

"Zakupni odnos na poslovnoj prostoriji (garaži) ne prestaje prodajom poslovne prostorije trećoj osobi na javnoj dražbi" (VS, Rev-1135/83 od 16. studenog 1983.).

Iako su navedene odluke donesene u primjeni ranije važećeg propisa (čl. 56. ZPZP) zbog identičnosti ranije važeće odredbe i sada važeće odredbe (čl. 31. ZZPP) nisu izgubila na svojoj aktualnosti.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1346/01 od 5. veljače 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 17): "ustupanjem ugovora o zakupu poslovnog prostora od strane zakupnika trećoj osobi, koje je odobrio zakupodavac na treću osobu prešla su sva prava i obveze zakupca."

U ovom slučaju, treba uočiti da je do ustupanja ugovora došlo između zakupnika i treće osobe, uz suglasnost zakupodavca. To nije situacija koju uređuje čl. 31. st. 1. i 2. ZZPP-a jer on govori o prenošenju prava i obveza zakupodavca.

U svezi s učincima promjene vlasništva na poslovnom prostoru na zakupni odnos treba naglasiti da čl. 31. ZZPP-a regulira situaciju kad poslovnu prostoriju stječe treća osoba i u tom slučaju zakup ne prestaje. Drugačija je situacija kad vlasništvo poslovne prostorije stekne zakupnik. Zakup tada prestaje.

Takvo stajalište zauzeo je i Vrhovni sud RH u odluci Rev-669/02 od 19. prosinca 2002. U razlozima te odluke, između ostalog, navedeno je: "Kako su, dakle, tuženici kupili navedeni stan temeljem postojećeg ugovora o prodaji, koji čini osnov za stjecanje prava vlasništva na tom stanu, pravilan je zaključak tih sudova da je došlo do sjedinjenja (čl. 353. ZOO), pa da stoga nema svrhe utvrđivati raskinutim ugovore o zakupu stana budući da tuženici kao kupci, a ranije zakupoprимci imaju osnov za stjecanje prava vlasništva na tom stanu, odnosno da su ugovori o zakupu prestali važiti činjenicom zaključenja ugovora o prodaji."

Također i prema odluci Vrhovnog suda RH, Gzz-36/00 od 13. prosinca 2000., (objavljena u "Izboru odluka" 1/2001, sent. 40), "kad zakupoprимac stekne vlasništvo zakupljenih prostorija, ugovor o zakupu prestaje sjedinjenjem pa nema osnova za otkazivanje ugovora."

U obrazloženju se navodi:

"U ovom sporu radi otkaza ugovora o zakupu poslovnog prostora sklopljenog između prednika tužitelja kao zakupodavca i tuženika doma zdravlja kao zakupca, osporavajući osnovanost zahtjeva za otkaz ugovora o zakupu, tuženik je u postupku pred nižestupanjskim sudovima isticao prigovor da se radi o prividnom ugovoru, te da tužitelj nije vlasnik predmetnog poslovnog prostora, već da je temeljem odredaba Zakona o zdravstvenoj zaštiti tuženik stekao vlasništvo istog.

¹⁸ M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 496.

Taj prigovor sudovi su ocijenili neodlučnim jer da “u ovoj pravnoj stvari nema mjesta raspravljanju o pravu vlasništva spornog objekta, odnosno poslovnih prostorija niti kao o prethodnom pitanju. To iz razloga što je predmetom raspravljanja i odlučivanja isključivo jedino otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija, a predmetni ugovor do danas niti je raskinut, niti je stavljen izvan snage”.

U zahtjevu za zaštitu zakonitosti osnovano se ističe da je navedeno pravno shvaćanje sudova da u ovom sporu nema mjesta raspravljanja o pravu vlasništva poslovnog prostora pogrešno, jer bi se u slučaju osnovanosti tuženikovog prigovora da je on stekao vlasničko pravo radilo o prestanku ugovora o zakupu sjedinjenjem, pa stoga ne bi bilo mjesta otkazivanju ugovora koji je već prestao postojati.”

c) U svojstvu zakupodavca može se istovremeno javiti više osoba.

To je npr. slučaj suvlasnika, kad je poslovni prostor u suvlasništvu.

Odredbe o ovlaštenjima suvlasnika, općenito, kao i glede davanja stvari u zakup, treba potražiti u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenog posebnog dijela zgrade ovlašten je taj dio cijeli ili pojedine njegove dijelove dati u zakup ne tražeći za to odobrenje ostalih suvlasnika ako nije što drugo ugovoreno ili upisano u zemljišnoj knjizi. (čl. 81., ZV).

O davanju u zakup kao i otkazivanju ugovora o zakupu glede posebnog dijela nekretnine (dakle u ovom slučaju poslovnog prostora) glede kojeg nije uspostavljeno vlasništvo posebnog dijela zgrade, što znači da na tom dijelu svi suvlasnici nekretnine ostvaruju suvlasnička ovlaštenja, suvlasnici odlučuju po općim pravilima o odlučivanju o poslovima redovite uprave (čl. 86. al. 7., ZV). To znači da je dovoljna suglasnost suvlasnika koji zajedno imaju više od polovine nekretnine (čl. 40., ZV).¹⁹

Za davanje cijele stvari u zakup na dulje od jedne godine, potrebna je suglasnost svih suvlasnika jer se to smatra poslom koji premašuje okvir redovitog upravljanja, dakle o poslu izvanredne uprave (čl. 41., ZV).

Citiranim odredbama Zakona o vlasništvu izmijenjena je situacija suvlasnika u odnosu na odredbe čl. 15. ZOVO-a, u primjeni kojeg je sudska praksa zauzimala stajalište da je davanje u zakup poslovnog prostora posao izvanredne uprave (npr. Vs, Rev-1120/97 od 22. rujna 1999., objavljena u “Izboru odluka” 1/2000, sent. 7; Vs, Rev-619/98 od 6. lipnja 2001., objavljena u “Izboru odluka” 2/2002, sent. 3).

Sudska praksa se bavila i nizom drugih pitanja o suvlasničkim pravima u svezi s ugovorom o zakupu poslovnog prostora.

Navodimo sljedeća zauzeta stajališta:

“Osim suvlasnika koji je zakupodavac i ostalim suvlasnicima, na temelju njihova suvlasničkog ovlaštenja, pripada pravo da traže predaju i ispražnjenje poslovne prostorije po isteku ugovora o zakupu” (VSH, Rev-553/89 od 31. kolovoza 1989., objavljena u PSP 49/39).

¹⁹ Tatjana Josipović: *Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (uspostava i raspolaganje)*, Inženjerski biro Zagreb, 2001., *Prava na nekretninama – IV. savjetovanje*, str. 28.

“Okolnost da je prostoriju koju je u zakupu zauzeo jedan od suvlasnika prostorije bez zakupodavčeva znanja ne oslobađa zakupoprimca da nakon isteka ugovora o zakupu preda prostoriju zakupodavcu” (VSH, Rev-51/88 od 6. veljače 1990., objavljena u PSP 50/69).

“Po prestanku ugovora o zakupu poslovnih prostorija svaki od suvlasnika ovlašten je tražiti predaju prostorije, i to od svake osobe koja prostorije drži bez pravne osnove” (VSH, Rev-1619/86 od 27. studenog 1986.).

d) Ugovorna strana i subjekt ugovora o zakupu poslovnog prostora može biti i strana fizička ili pravna osoba.

S tim u svezi ističe se načelo izjednačenosti stranih i domaćih osoba, a ono dolazi do izražaja i kod stjecanja obveznih prava na nekretninama koje ovlašćuju svog nositelja, između ostalog i na gospodarsko korištenje nekretnine kao što je to i zakup poslovnog prostora.

Pri tome Zakon o zakupu poslovnog prostora ne razlikuje pretpostavke za zasnivanje zakupa ovisno o tome je li zakupnik strana fizička ili pravna osoba.²⁰

Međutim, neovisno o tome što važeći posebni propisi o zakupu poslovnog prostora ne predviđaju ograničenja za strane osobe kao subjekte ugovora o zakupu, ta ograničenja mogu proizlaziti temeljem odredaba sadržanih u drugim zakonima, a da se pri tome odnose i na zakup poslovnog prostora.

Tako je Republika Hrvatska, u provođenju Rezolucije 757 (1991.) Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, propisima predvidjela određene zabrane raspolaganja imovinom (nekretninama i pokretninama) i pravima za strane fizičke i pravne osobe obuhvaćene tim propisima.

Naredbom za provođenje Rezolucije 757 (1992.) Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda na području prometa nekretninama (“Narodne novine”, broj 32/92.) državljanima iz Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) bilo je zabranjeno “raspolaganje i opterećenje (prodaja, zamjena darovanje, prijenos prava korištenja, davanje u zakup i privremenu uporabu, osnivanje hipoteke i sl.) nekretninama na teritoriju Republike Hrvatske koje su u vlasništvu odnosno na kojima imaju pravo korištenja državljani tzv. Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora).” (Točka 1.)

Kao što je vidljivo zabrana se odnosila i na davanje u zakup.

“Pravni posao sklopljen ili pravni akt donijet protivno toj Naredbi bio je ništav.” (T. 3. Naredbe).²¹

Zabrane su bile propisane i za pravne osobe sa sjedištem izvan Republike

²⁰ T. Josipović: Položaj stranaca u pravnom prometu nekretnina, Inženjerski biro d.d. Zagreb 2001., Nekretnine u pravnom prometu – IV. savjetovanje, str. 140 (dalje: T. Josipović, op. cit.).

²¹ Zabrana je vrijedila do donošenja Uredbe o privremenom neprimjenjivanju Zakona o provođenju rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda u svezi sa sankcijama protiv tzv. SRJ (Srbije i Crne Gore) (“Narodne novine”, broj 76/96.), a zatim i Zakona o privremenom neprimjenjivanju Zakona o provođenju Zakona o provođenju Rezolucija Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda u svezi sa sankcijama protiv tzv. SRJ (Srbije i Crne Gore) (“Narodne novine”, broj 80/96.).

Hrvatske Uredbom o zabrani raspolaganja nekretninama na teritoriju Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 36/91.). Zabrana se, između ostalog, također odnosila i na davanje u zakup.

Pravni posao sklopljen ili pravni akt donijet protivno odredbama Uredbe bio je ništav (čl. 3/I. Uredbe).²²

Vrhovni sud RH u svojoj odluci Rev-2572/00 i Gzz-93/00 od 14. veljače 2001. (odnosila se na davanje u zakup pokretnina), uputio je na potrebu ocjene pretpostavki za primjenu propisa o zabrani raspolaganja donesenih u provođenju Rezolucije br. 757.

U razlozima te odluke, između ostalog, navedeno je:

"Osporavajući osnov tužiteljevog potraživanja tuženik je u žalbi na prvostupanjnsku presudu prigovorio kako bi ovakvo potraživanje tužitelja bilo nedopušteno, sve obzirom na zabrane iz Rezolucije br. 757 Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, a koje zabrane da se odnose i na stranke u ovom sporu.

Drugostupanjski sud zanemarujući ovaj žalbeni navod, propustio je ocijeniti ga, unatoč njegovu značaju, tako da je izostala ocjena žalbenih navoda koji su od odlučnog značaja za ovaj spor.

U nastavljenom postupku prvostupanjski sud će provođenjem relevantnih dokaza utvrditi da li se na stranke ovog spora odnosi zabrana iz Zakona o provođenju rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda u svezi sa sankcijama protiv tzv. SRJ (Srbije i Crne Gore) ("Narodne novine", broj 109/93)."

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-933/02 od 13. kolovoza 2002., (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 1), "kad se na poslovne prostorije odnosila zabrana raspolaganja i opterećenja ništav je ugovor o zakupu tog poslovnog prostora sklopljen s vlasnikom predmetne nekretnine."

Isto tako i prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1172/96 od 1. veljače 2000., (objavljena u "Izboru odluka" 1/2000, sent. 32), "ništava je odredba o davanju u zakup poslovnih prostorija za koje vrijedi zabrana raspolaganja prema Uredbi o zabrani raspolaganja nekretninama na teritoriju Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 36/91.)."

U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

"Pravilno su nižestupanjski sudovi ocijenili da je odredba čl. 22. Ugovora o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću što su ga tuženici sklopili, ništava, te su pravilnom primjenom materijalnog prava prihvatili tužbeni zahtjev. Odredbom čl. 1. Uredbe o zabrani raspolaganja nekretninama na teritoriju Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 36/91) zabranjeno je raspolaganje i opterećenje nekretnina na teritoriju Republike Hrvatske, koje su u vlasništvu pravnih osoba izvan sjedišta Republike Hrvatske, a odredbom čl. 2. te Uredbe Vlada Republike Hrvatske ovlaštena je izuzeti od zabrane raspolaganja određene nekretnine. Člankom 3. iste Uredbe određeno je da su svi pravni poslovi zaključeni protivno odredbama Uredbe ništavni, te da sudovi i druga državna tijela Republike Hrvatske neće priznati pravne učinke

²² T. Josipović, op. cit., str. 146.

tako sklopljenih pravnih poslova.”

U slučajevima u kojima bi zabrana naknadno prestala samo zbog te činjenice ne bi došlo do konvalidacije ugovora zaključenih suprotno zabrani, za koje je predviđena sankcija ništavosti.

Navodimo stajalište koje je zauzeo Vrhovni sud RH, istina, u svezi sa stjecanjem prava vlasništva stranih osoba, međutim, smatramo da se može primijeniti i u slučaju ništavosti ugovora o zakupu poslovnog prostora.

Prema odluci Rev-3010/94 od 8. listopada 1994., (objavljena u “Izboru odluka” 1/1999, sent. 25), “zabranu manjeg značaja kao razlog ništavosti ugovora mogu predstavljati zabrane čija je svrha zaštita nekih pojedinačnih interesa ugovornih stranaka, a ne i zabrane čiji je cilj zaštita određenih javnih interesa.

Odredbe kojima je zabranjeno stjecanje prava vlasništva nekretnine strancima, nemaju značaj zabrane manjeg značaja pa naknadna izmjena propisa ne dovodi do konvalidacije ništavih ugovora koji se odnose na stjecanje prava vlasništva stranca.”

U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

“Prijeporni ugovor sklopljen je protivno prinudnim propisima, jer je ugovorni odnos nastao 1979. g. kada je bio na snazi Zakon o prometu zemljišta i zgrada (“Službeni list SFRJ”, broj 43/65 i dr.) kojim je glede stranih državljana bila ustanovljena zabrana stjecanja prava vlasništva nekretnina na teritoriju bivše SFRJ, kao i zaključak istoga suda da naknadni nestanak uzroka ništavosti u smislu odredbe iz čl. 17. st. 1. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima nije od značaja za ocjenu pitanja valjanosti istog ugovora, pa je stoga materijalno pravo pravilno primijenjeno kada je tužbeni zahtjev odbijen.

Prema odredbi iz čl. 107. st. 1. ZOO ništav ugovor ne postaje pravovaljan kad zabrana ili koji drugi uzrok ništavosti naknadno nestane, a odredbom st. 2. istog članka je propisano: “Ali ako je zabrana bila manjeg značaja a ugovor je izvršen ništavost se ne može isticati”.

Dakle, odredba st. 1. navedenog članka sadrži pravilo po kojem naknadni nestanak uzroka ništavosti kod apsolutno ništavih ugovora ne dovodi do njihove konvalidacije, dok je odredbom st. 2. istog članka ustanovljen izuzetak od ovog pravila tako da se ne može isticati ništavost već izvršenog ništavog ugovora ako je zabrana koja je bila uzrokom njegove ništavosti naknadno nestala, pod uvjetom da je zabrana bila manjeg značaja.

Po shvaćanju ovoga suda zabranu manjeg značaja u smislu rečene odredbe može predstavljati zabrana čija svrha ide za zaštitom nekih pojedinačnih interesa ugovornih stranaka, a ne i zabrana čiji se cilj tiče zaštite određenih javnih interesa.

Propisima o pravima stranih osoba glede stjecanja vlasništva štiti se javni interes, pa kada je tim propisima strancu zabranjeno stjecanje prava vlasništva nekretnina, onda se ne radi o zabrani manjeg značaja. Stoga okolnost da dođe do promjene propisa kojom ista zabrana prestane samim tim ne dovodi do valjanosti ugovora, jer time nije prestala zabrana koja bi bila manjeg značaja.”

Zakon o zakupu poslovnog prostora za određene subjekte predviđa drugu vrstu ograničenja odnosno predviđa određen način zasnivanja zakupa (čl. 6., čl. 34. i čl. 35., ZZPP), o čemu smo već govorili u Točki III. 2.

III.4.b. Zakupnik može također biti svaka fizička i pravna osoba uključivo i strana fizička osoba kojoj su poslovne prostorije potrebne radi obavljanja dopuštene djelatnosti.²³

Treba podsjetiti, da Zakon o zakupu poslovnog prostora određenim osobama daje prednost kad se pojavljuju kao potencijalni zakupci u postupku davanja u zakup poslovnog prostora (čl. 6.a/, čl. 35., ZZPP), o čemu smo govorili u Točki III. 2.

Što se tiče stranih osoba, Zakon o zakupu poslovnog prostora ne predviđa posebne pretpostavke za zasnivanje zakupa u slučaju kad je zakupnik strana osoba.

Ograničenja predviđena drugim posebnim zakonom koje smo primjerice naveli, u pravilu se odnose na zakupodavce.

Ukoliko to ne bi bio slučaj, trebalo bi ih na odgovarajući način primijeniti i na zakupnike.

Primjer ograničenja koje se odnosi upravo na zakupnike je npr. odredba članka 17. Pravilnika o uvjetima za davanje u zakup zdravstvenih ustanova primarne zdravstvene zaštite i liječilišta ("Narodne novine", broj 6/66.) prema kojoj se u određenim slučajevima prostorije mogu dati u zakup "djelatnicima uposlenima u domu zdravlja".

III.5. Objekt zakupa

Objekt zakupa, u smislu predmeta ugovorne obveze zakupodavca je poslovni prostor koji se zakupodavac obvezuje predati zakupniku na korištenje (čl. 5. st. 1., ZZPP).

Predmet zakupa, u izloženom smislu, jedan je od bitnih sastojaka tog ugovora.

Poslovnim prostorom u smislu Zakona o zakupu poslovnog prostora (čl. 2., ZZPP)²⁴ smatraju se:

- poslovna zgrada
- poslovna prostorija
- garaža
- garažno mjesto.

Poslovnom zgradom smatra se zgrada namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti ako se pretežitim dijelom i koristi u tu svrhu (čl. 2. st. 2., ZZPP).

²³ M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 493.

²⁴ Članak 2. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

"(1) Poslovnim prostorom u smislu ovoga Zakona smatraju se poslovna zgrada, poslovna prostorija, garaža i garažno mjesto.

(2) Poslovnom zgradom smatra se zgrada namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti ako se pretežitim dijelom i koristi u tu svrhu.

(3) Poslovnom prostorijom smatraju se jedna ili više prostorija u poslovnoj ili stambenoj zgradi namijenjenih obavljanju poslovne djelatnosti koje, u pravilu, čine građevinsku cjelinu i imaju zaseban glavni ulaz.

(4) Garaža je prostor za smještaj vozila.

(5) Garažno mjesto je prostor za smještaj vozila u garaži."

Poslovnom prostorijom smatraju se jedna ili više prostorija u poslovnoj ili stambenoj zgradi namijenjenih obavljanju poslovne djelatnosti koje, u pravilu, čine građevinsku cjelinu i imaju zaseban glavni ulaz (čl. 2. st. 3., ZZPP).

Garaža je prostor za smještaj vozila (čl. 2. st. 4., ZZPP).

Garažno mjesto je prostor za smještaj vozila u garaži (čl. 2. st. 5., ZZPP)

Čini nam se da se s pravom ističe da navedene odredbe nisu u potpunosti razjasnile vrste poslovnog prostora i njihove karakteristike.²⁵

To nadalje znači da će se i u primjeni Zakona o zakupu poslovnog prostora (kao što je to bilo i u primjeni ranije važećih propisa) spornim pokazati pitanje da li određeni prostor, u smislu tog Zakona, predstavlja poslovni prostor, a o tome ovisi i odgovor na pitanje da li se u određenom slučaju primjenjuju odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora.

U primjeni ranijih propisa o zakupu poslovnog prostora u sudskoj praksi se pojam poslovne zgrade određivao prema tim propisima i u primjeni drugih zakona tako npr. Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo ("Narodne novine", broj 27/91., 33/92., 43/92. – pročišćeni tekst, 69/92., 25/93., 26/93., 48/93., 2/94., 47/94., 58/9., u daljnjem tekstu: Zakon o prodaji stanova).

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-658/02 od 1. listopada 2002., (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 91), "pojam poslovne zgrade u vrijeme važenja Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama ("Narodne novine", broj 53/71.) određuje se prema odredbama tog Zakona."

Nadalje prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2790/99 od 8. svibnja 2003., (objavljena u "Izboru odluka" 1/2003, sent. 107), "kad se ne radi o poslovnoj zgradi koja se koristi u cijelosti ili u pretežnom dijelu za obavljanje djelatnosti državne uprave, stan koji se nalazi u takvoj zgradi može biti predmet prodaje."

"Na odnose stranaka iz ugovora o zakupu otvorenog sajmenog prostora ne primjenjuju se odredbe Zakona o zakupu poslovnog prostora ("Narodne novine", broj 91/96)." (Vrhovni sud RH, Rev-3123/99 od 20. siječnja 2002., objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 28.).

Zakon o zakupu poslovnog prostora obuhvatio je kao poslovni prostor garaže i garažno mjesto u garaži što, prema dosada važećim propisima, nije bio slučaj.

Već prilikom njegovog donošenja postavljala se dvojba da li se pravni režim predviđen za poslovni prostor može primijeniti i na garaže.

Kako za garaže i garažna mjesta u garaži Zakon o poslovnom prostoru ne sadrži neke posebne odredbe, zaključuje se da nema osnova da se njegova primjena dovodi u sumnju.²⁶

S osnovom se ističe da to znači npr. i primjenu odredaba čl. 6. ZZPP-a (davanje u zakup javnim natječajem garaže koje su u vlasništvu određenih osoba) i čl. 35. ZZPP-a (pravo prvenstva za ranijeg zakupnika).²⁷

²⁵ M. Pavlović, op. cit., str. 67.

²⁶ V. Gorenc, op. cit., str. 5.

²⁷ Ljerka Abramović: Neka razmišljanja o pravnom statusu garaža i garažnog prostora, Informator br. 4550-4551, str. 10.

Glede objekta zakupa, također, moguća su ograničenja tako da se određeni objekti, kao predmet zakupa smatraju nedopuštenim.

Ograničenje može proizlaziti iz prinudnih propisa, kao što su to propisi o zabrani raspolaganja o kojima smo govorili kao o ograničenjima glede subjekta (Točka III./4.) ali su oni istovremeno zabrana da nekretnina koja je u vlasništvu određenih osoba bude predmet zakupa, dakle ti su propisi istovremeno i ograničenje glede objekta zakupa.

Ograničenje može proizlaziti i iz općih propisa. U smislu općih propisa, tj. općeg dijela Zakona o obveznim odnosima (čl. 47. ZOO) radilo bi se o nedopuštenom predmetu zakupa.

Po općim propisima za valjani predmet zakupa traži se da se on tretira kao moguć, dopušten i određen odnosno odrediv predmet ugovorne obveze.²⁸ U protivnom sankcija je apsolutna ništavost ugovora o zakupu.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-954/99 od 22. siječnja 2003. (objavljena u "Izboru odluka" 1/2003, sent. 37), "nema pravni učinak ugovor o davanju u zakup stvari koja se smatra materijalnim ulaganjem, na koji ugovor nije prethodno dana suglasnost Javnog pravobraniteljstva Republike Hrvatske."

Navodimo i odluku Vrhovnog suda RH, Rev-341/02 od 4. rujna 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 1/2003, sent. 25), koja se, istina, odnosi na zakup poljoprivrednog zemljišta, ali pokazuje mogućnost istih posljedica i u drugim slučajevima.

Prema toj odluci "okolnost da je poljoprivredno zemljište koje je predmet zakupa minirano ili u zakupu trećih osoba, ocijenjena je kao objektivna nemogućnost predmeta obveze."

U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

"S obzirom, međutim, na utvrđenu činjenicu da je pretežni dio poljoprivrednog zemljišta na koje se odnosi ugovor stranaka miniran, a manjim dijelom u posjedu trećih osoba, ispunjenje obveze tužiteljice, predaja navedenog zemljišta u posjed tuženiku radi iskorištavanja – poljoprivredne proizvodnje, nije objektivno niti moguće. Prema odredbi čl. 47. ZOO, kad je predmet obveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav. Pritom Zakon ima u vidu upravo prvobitnu objektivnu nemogućnost, dakle situaciju kad nemogućnost predmeta ugovorne obveze postoji već u vrijeme sklapanja ugovora, te se odnosi na sve osobe koje bi mogle izvršiti obvezu, kao u predmetnom slučaju. Osnovano je stoga istaknuti prigovor ništavosti ugovora od 20. studenog 1998. godine, u odnosu na dio zemljišta koji tuženiku nije predan u posjed iz istaknutih razloga."

IV. Prava i obveze ugovornih strana

Odredbe o pravima i obvezama zakupodavca i zakupnika sadržane su u člancima 8. do 22. Zakona o zakupu poslovnog prostora.

²⁸ I. Bukljaš – B. Vizner, op. cit., str. 1831.

Jedna od karakteristika ugovora o zakupu poslovnog prostora je njegova dvostrana obvezatnost odnosno recipročnost.

Svaka ugovorna strana ima određena prava i određene obveze kao što je za zakupodavca npr. obveza predaje poslovne prostorije ili održavanje poslovne prostorije, a za zakupnika plaćanje zakupnine ili predaja poslovnog prostora zakupodavcu po prestanku ugovora o zakupu.

Pritom obveza jedne strane ima istovremeno značenje prava za drugu stranu.²⁹

Međusobnim pravima i obvezama ugovornih strana iz ugovora o zakupu poslovnog prostora bavila se i sudska praksa povodom sporova nastalih iz tih ugovora, pri čemu su se neke temeljne obveze jedne ili druge strane (kao što je za zakupodavca predaja i održavanje poslovnog prostora, a za zakupnika obveza plaćanja zakupnine ili vraćanje poslovne prostorije zakupodavcu po prestanku ugovora) pokazale kao najčešći predmet spora.

IV.1. Predaja poslovne prostorije

Predaja poslovne prostorije smatra se primarnom i glavnom, temeljnom obvezom zakupodavca.³⁰

U svezi s predajom poslovne prostorije podsjetili bismo na jednu od karakteristika ugovora o zakupu poslovnog prostora, a to je njegova konsenzualnost što znači da je ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen kad se ugovorne strane suglase o bitnim sastojcima ugovora (čl. 26., ZOO).

Sama predaja poslovne prostorije nije bitni sastojak ugovora o zakupu poslovnog prostora i nije od utjecaja za nastanak ugovora već ulazi u sferu ispunjenja već nastalog ugovora.

Zakupodavac je dužan predati zakupniku poslovnu prostoriju:

- u roku utvrđenom ugovorom (čl. 8. st. 1., ZZPP³¹),
- u stanju utvrđenom ugovorom (čl. 9. st. 1., ZZPP³²).

Iz navedenog proizlazi da je prvenstveno odlučno ono što su stranke ugovorile.

²⁹ V. Gorenc, op. cit., str. 731.

³⁰ J. Bukljaš – B. Vizner, op. cit., str. 1829.; V. Gorenc, op. cit., str. 732.

³¹ Članak 8. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

“(1) Zakupodavac je dužan predati zakupniku poslovni prostor u roku utvrđenom ugovorom.

(2) Ako zakupodavac ne preda zakupniku poslovni prostor u ugovorenom roku, zakupnik može svoje pravo ostvariti tužbom ili raskinuti ugovor o zakupu.

(3) U slučaju iz stavka 2. ovoga članka, zakupnik ima pravo na naknadu štete.”

³² Članak 9. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

“(1) Zakupodavac je dužan zakupniku predati i održavati poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom.

(2) Ako ugovorom nije utvrđeno u kakvom je stanju zakupodavac dužan zakupniku predati i održavati poslovni prostor, poslovni prostor mora biti u stanju prikladnom za obavljanje djelatnosti predviđene ugovorom.”

Tek u nedostatku ugovornih odredaba dolazi do primjene dopunskog pravila predviđenog zakonom.

Sudska praksa je i u primjeni ranije važećih posebnih propisa zauzimala stajalište da odredbe koje se odnose na pitanje predaje u posjed poslovne prostorije "nisu kogentne naravi, pa dispozitivno odstupanje ne dovodi do ništavosti ugovornih utanačenja" (Vs, Gzz-15/93, od 28. listopada 1992., objavljena u "Izboru odluka" 1994, sent. 70).

Ako zakupodavac ne preda zakupniku poslovni prostor u ugovornom roku zakupnik može (čl. 8. st. 2.):

- svoje pravo ostvariti tužbom, ili
- raskinuti ugovor o zakupu.

U slučaju kad zakupodavac ne preda poslovni prostor u ugovornom roku, zakupnik ima pravo na naknadu štete, neovisno o tome da li je svoje pravo ostvarivao tužbom ili je raskinuo ugovor.

Zahtjev zakupnika za predaju u posjed poslovnog prostora je obveznopravne prirode, a ne stvarnopravne.

Predajom i preuzimanjem poslovnog prostora zakupnik postaje posjednikom i to neposrednim posjednikom, dok je zakupodavac posredni posjednik. Moguće je, međutim, da i zakupnik bude posredni posjednik npr. u slučaju kad daje poslovni prostor u podzakup jer tada podzakupac postaje posredni posjednik.

Važnost same činjenice predaje poslovne prostorije vidljiva je u slučaju usmenog ugovora o zakupu jer će taj ugovor konvalidirati ako su ga obje strane u cijelosti ili u pretežnom dijelu izvršile. Izvršenje obveze zakupodavca, u pravilu, se sastoji u predaji poslovne prostorije.

Tako i prema odluci Vrhovnog suda RH, II-Rev-174/98 od 30. siječnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 32), "valjan je usmeni ugovor o zakupu poslovnog prostora koji je izvršavan tako da je zakupodavac predao posjed i da se zakupac nalazi u posjedu poslovnog prostora i da je izvjesno vrijeme plaćao zakupninu."

Prema odluci Vrhovnog suda RH, II-Rev-125/97 od 26. studenog 1997. (objavljena u "Izboru odluka" 1/1998, sent. 28) "odgodni uvjet pod kojim je sklopljen ugovor o zakupu poslovnih prostorija, tj. da bude dovršen poslovni prostor u koji će preseliti zakupodavac, bio bi ostvaren kad bi zakupodavac protivno načelu savjesnosti i poštenju spriječio ostvarenje uvjeta."

Zakupodavac je u obvezi zakupniku predati poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom.

Ako ugovorom nije utvrđeno u kakvom je stanju zakupodavac dužan zakupniku predati poslovni prostor, poslovni prostor mora biti u stanju prikladnom za obavljanje djelatnosti predviđene ugovorom (čl. 9., ZZPP³³).

³³ Članak 9. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

"(1) Zakupodavac je dužan zakupniku predati i održavati poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom.

Treba upozoriti da je ranije važeći Zakon o poslovnim zgradama i prostorijama na drugačiji način od sada važećeg Zakona o zakupu poslovnog prostora uređivao tu situaciju.

Stoga, u primjeni ranije važećih propisa, činjenica predaje u posjed odnosno useljenja u poslovni prostor smatrala se odlučujućom za međusobna prava i obveze stranaka i u slučaju kad je zakupodavac za isti poslovni prostor zaključio dva ili više ugovora s različitim zakupcima.

U praksi se postavljalo pitanje kojem od zakupnika u takvom slučaju treba dati prednost.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2497/00 od 8. studenog 2000. (objavljena u "Izboru odluka" 1/2001, sent. 39), "kad je zakupodavac za isti poslovni prostor zaključio dva ugovora o zakupu s različitim zakupoprincima, zakupoprincem treba smatrati zakupoprimca iz kasnije zaključenog ugovora koji je uselio u poslovne prostorije, a da nije znao za ranije zaključen ugovor o zakupu temeljem kojeg nije izvršena predaja u posjed istih poslovnih prostorija."

Međutim, prema sada važećim odredbama čl. 7. ZZPP-a ta je situacija regulirana na način da pravo na zakup ima zakupnik koji je prije sklopio ugovor o zakupu (čl. 7. st. 1. ZZPP).

Budući da u takvom slučaju prednost odnosno pravo na useljenje ima onaj zakupnik koji je prvi sklopio ugovor, naglašava se da je time kod ugovora o zakupu poslovnog prostora napušteno obvezno pravno načelo preferencije, a usvojeno stvarnopravno načelo prioriteta.³⁴

Oštećeni zakupnik može zahtijevati naknadu štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu (čl. 7. st. 1. i 2., ZZPP).³⁵

Dispozitivnost tih odredaba omogućava ugovornim strankama da ugovore drukčije (npr. mogle bi ograničiti ili isključiti obvezu zakupodavca i predvidjeti da je zakupnik u obvezi urediti poslovnu prostoriju za obavljanje ugovorne djelatnosti).

Tako i prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1127/91 od 15. listopada 1991. (objavljena u "Izboru odluka" 1993, sent. 76), "kad zakupoprinci zbog krivnje zakupodavca koji nije pribavio potrebnu dokumentaciju nisu izvršili uređenje poslovnog prostora kako je ugovoreno, raskidni uvjet nije nastupio."

(2) Ako ugovorom nije utvrđeno u kakvom je stanju zakupodavac dužan zakupniku predati i održavati poslovni prostor, poslovni prostor mora biti u stanju prikladnom za obavljanje djelatnosti predviđene ugovorom."

³⁴ Članak 7. ZZPP-a u cijelosti glasi:

"(1) Ako dva ili više zakupnika sklope odvojeno posebne ugovore o zakupu istoga poslovnoga prostora, pravo na zakup ima zakupnik koji je prije sklopio ugovor o zakupu.

(2) Oštećeni zakupnik može zahtijevati naknadu štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu."

³⁵ M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 194.

Odbredbama čl. 11. ZZPP-a³⁶ predviđena su prava zakupnika u slučaju kad zakupodavac ne preda poslovni prostor zakupniku u stanju utvrđenom ugovorom ili Zakonom.

Zakupnik tada ima pravo:

- raskinuti ugovor o zakupu ili
- tražiti razmjerno sniženje zakupnine, ili
- na teret zakupodavca sam dovesti poslovni prostor u takvo stanje, ako to nije učinio zakupodavac nakon što ga je zakupnik na to pozvao i ostavio mu za to primjeren rok.

U svakom od tih slučajeva ima pravo i na naknadu štete.

Propisano je i što se smatra primjerenim rokom. To je rok u kojem se određeni radovi mogu izvesti uzimajući u obzir pripreme, mjesto i prilike pod kojima se radovi moraju izvesti (čl. 11. st. 3., ZZPP).

IV.2. Održavanje i popravci

Održavanje i popravci poslovnog prostora daljnje su obveze zakupodavca koje proizlaze iz odredaba čl. 9., čl. 12. i čl. 13. ZZPP-a.

a) Zakupodavac je dužan održavati poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom (čl. 9. st. 1.), a ako to ugovorom nije utvrđeno, poslovni prostor mora biti održavan u stanju prikladnom za obavljanje djelatnosti predviđene ugovorom.

Dispozitivnost navedenih odredaba također omogućava npr. isključivanje ili ograničenje obveze zakupodavca da održava poslovni prostor.

Ima mišljenja da navedene obveze zakupodavca ne bi trebalo vezivati uz djelatnost koju će obavljati zakupnik u poslovnom prostoru.³⁷

Naznaka poslovne djelatnosti koja će se obavljati u poslovnom prostoru, nije bitni sastojak ugovora o zakupu, iako prema odredbama članka 5. st. 2. ZZPP-a navedeni ugovor, u pravilu, sadrži, uz ostalo i djelatnost koja će se obavljati u poslovnom prostoru.

Stoga bi bio valjan ugovor o zakupu poslovnog prostora i kad ne bi sadržavao odredbe o djelatnosti koje će se obavljati u poslovnom prostoru.

³⁶ Članak 11. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

“(1) Ako zakupodavac ne preda zakupniku poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom, odnosno ovim Zakonom, zakupnik ima pravo raskinuti ugovor o zakupu, ili tražiti razmjerno sniženje zakupnine, ili na teret zakupodavca sam dovesti poslovni prostor u takvo stanje, ako to nije učinio zakupodavac nakon što ga je zakupnik na to pozvao i ostavio mu za to primjeren rok.

(2) U slučaju iz stavka 1. ovoga članka, zakupnik ima pravo na naknadu štete.

(3) Primjerenim rokom smatra se rok u kojem se određeni radovi mogu izvesti uzimajući u obzir pripreme, mjesto i prilike pod kojima se radovi moraju izvesti.”

³⁷ M. Pavlović, op. cit., str. 72.

Ipak, iskustvo pokazuje da većina ugovora o zakupu poslovnog prostora sadrži odredbe o djelatnosti koja će se obavljati. Stoga treba polaziti od toga da je u interesu obiju stranaka da se poslovna prostorija preda i održava u stanju koje odgovara svrsi zbog koje je ugovor sklopljen.

Što više, iz toga proizlazi, s jedne strane, pravo i obveza zakupnika na korištenje poslovne prostorije u skladu s ugovorom, dakle, i za ugovorenu djelatnost, a s druge strane, za zakupodavca, osim obveze na predaju i održavanje u prikladnom stanju, proizlazi također i pravo na otkaz ugovora o zakupu ako zakupnik koristi poslovni prostor protivno ugovoru (čl. 27. st. 1. toč. 1., ZZPP).

Stajališta koja je zauzimala sudska praksa pokazuju da su međusobna prava i obveze ugovornih strana upravo u svezi s predajom, održavanjem i korištenjem poslovne prostorije u skladu s ugovorom često bila predmet spora.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2941/98 od 2. lipnja 1998. (objavljena u "Izboru odluka" 1/2000, sent. 35), "ocijenjeno je da držanje dokumentacije i povremeno navraćanje jednog zaposlenika ne znači korištenje poslovne prostorije kao uredskog prostora."

Prema odluci Vrhovnog suda RH, II-Rev-25/94 od 29. lipnja 1994. (objavljena u "Izboru odluka" 2/1995, sent. 28), "kad zakupodavac nakon predaje poslovne prostorije zakupoprimcu onemogućava korištenje poslovne prostorije na način i u svrhu za koju je zakupljena, zakupac nije u obvezi plaćati zakupninu za vrijeme dok poslovni prostor nije mogao koristiti."

U obrazloženju se ističe:

"U ovom sporu tužitelj zakupodavac traži da tuženik zakupac isplati dužnu zakupninu koju da nije plaćao u razdoblju od siječnja 1991.g. do ožujka 1992.g. Tuženik je u tijeku postupka (pa i u žalbi) stavio prigovor da mu je tužitelj onemogućavao kroz sve to vrijeme korištenje zakupljenog poslovnog prostora (da je predstavnik istjerivan iz prostorija, ukinute su telefonske linije, faks, isključena struja i drugo) pa je i pokrenuo parnice zbog smetanja posjeda i da zbog toga nije plaćao zakupninu. Oba nižestupanja suda otklonila su takav prigovor tuženika zauzimanjem pravnog stava da onemogućavanje korištenja poslovnog prostora od strane zakupodavca nije odlučno u određivanju obveze zakupca da isplati dužnu zakupninu kroz vrijeme onemogućenog korištenja, već da je zakupac i dalje u obvezi redovito plaćati zakupninu budući da se radi o "konsenzualnom ugovoru" gdje obveza iz ugovora nastaje časom samog sklapanja ugovora i da je tužitelj svoju obvezu izvršio, tj. predao zakupoprimcu poslovni prostor na uporabu. U pogledu smetanja korištenja poslovnog prostora tuženik kao i svaki posjednik ima sva prava posjednika prema onome tko vrši smetanje posjeda". (To je izraženi pravni stav drugostupajnske presude). Iz pravnog stava nižestupajnskih sudova proizlazilo bi da predajom poslovnih prostorija za zakupodavca ne postoje više daljnje obveze prema zakupcu. Međutim, već iz odredbe čl. 28. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama proizlazi da je zakupodavac u obvezi i nakon predaje poslovnih prostorija taj prostor održavati u stanju u kome se taj prostor može upotrebljavati u svrhu određenu ugovorom, pa kada je propisana takva obveza zakupodavca (osim ako nije drugačije ugovoreno), to više iz prirode takva ugovora proizlazi obveza zakupodavca da omogućava nesmetano korištenje

poslovnog prostora zakupcu, dakle, da ga ne onemogućava u korištenju zakupljene stvari bilo smetanjem u posjedu poslovnih prostorija ili na neki drugi način. Odnos zakupodavca i zakupca je koordinirani odnos, pa ako dođe do poremećenosti tog odnosa na način da zakupodavac onemogućava zakupca u korištenju zakupljene stvari, dolazi u biti do narušavanja sadržaja obveze i prava ugovora o zakupu, pa kada zakupac zbog toga ne može koristiti poslovni prostor na način i u svrhu za koju je zakupljen, nije dužan da i dalje izvršava svoju obvezu plaćanja zakupnine, usprkos tome što nije u mogućnosti koristiti poslovni prostor. To što je tuženiku kao neposrednom posjedniku omogućena zaštita zbog smetanja posjeda stvari u odnosu na svaku osobu koja ga smeta u posjedu pa tako i u odnosu na posrednog posjednika - ovdje tužitelja, takva vrsta pravne zaštite ne isključuje druge vrste zaštite tuženikovih prava kao zakupca iz obveznopravnog odnosa budući da se posjedovnom zaštitom štiti samo posjed stvari, a uskratim plaćanja zakupnine zbog onemogućenog korištenja stvari uspostavlja se ravnopravni odnos u obvezama stranaka.”

U odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2900/90 od 5. rujna 1991. i Rev-2533/91 od 20. veljače 1992. (objavljena u “Izboru odluka” 1993, sent. 77), izraženo je sljedeće stajalište: “Ako među strankama nije drukčije ugovoreno, zakupoprimalatelj koji je izvršio adaptaciju poslovne prostorije radi njezinog privođenja u stanje u kojem se može upotrijebiti za ugovorenu svrhu može tražiti od zakupodavca naknadu tako učinjenih troškova, ukoliko je prethodno bezuspješno odredio primjeren rok zakupodavcu da to sam učini.”

b) Popravci poslovnog prostora, a radi njegovog održavanja regulirani su odredbama čl. 12. i 13. ZZPP-a.

Ako za vrijeme trajanja zakupa nastane potreba da se na poslovnom prostoru, radi njegova održavanja u stanju u kojem ga je zakupodavac dužan održavati, izvrše popravci koji padaju na teret zakupodavca, zakupnik je dužan bez odgađanja o tome pisano obavijestiti zakupodavca i odrediti mu za to primjeren rok.

Ako zakupodavac u primjerenom roku ne izvrši popravke koje je dužan izvršiti, zakupnik ima pravo:

- na teret zakupodavca sam izvršiti popravke ili
- raskinuti ugovor o zakupu.

Ako je zakupnik sam izvršio popravke, a nije prethodno pisano obavijestio zakupodavca o potrebi popravaka i ostavio mu za to primjeren rok, odgovara zakupodavcu za štetu koju ovaj trpi zbog tog propuštanja, osim u slučaju hitnih popravaka.

Za vrijeme trajanja popravaka radi održavanja poslovnog prostora u stanju u kojem ga je zakupodavac dužan održavati i koji padaju na teret zakupodavca, a zbog kojih zakupnik nije mogao koristiti poslovni prostor, zakupnik nije dužan plaćati zakupninu.

Ako se radi o djelomičnoj ograničenosti u obavljanju poslovne djelatnosti, zakupnik je dužan plaćati razmjerni dio zakupnine.

U tim slučajevima zakupnik ima pravo na naknadu štete.

Prema odluci Županijskog suda u Rijeci, GŽ-533/96 (objavljena u “Izboru

odluka" 2/1996, sent. 170), "okolnost da je poslovni prostor tijekom trajanja ugovora o zakupu postao neuvjetan iz razloga za koje ne bi odgovarao zakupac, ne može biti opravdanim razlogom za neplaćanje zakupnine."

Iz obrazloženja slijedi:

"Okolnost da je tijekom korištenja poslovni prostor postao neuvjetan iz razloga za koje ne bi odgovarao zakupac, ne može biti opravdanim razlogom za neplaćanje zakupnine, već zakupcu predstoji mogućnost iz čl. 30. ZPZP, što znači da on ima pravo odustati od ugovora o zakupu ili na teret zakupodavca sam izvršiti popravak, sve pod uvjetom da prethodno odredi zakupodavcu primjereni rok da on sam to učini."

Tako i prema ranijoj sudskoj praksi (odluka Vrhovnog suda RH, Rev-1690/82 od 6. listopada 1982.), "zakupoprimalac nema pravo na smanjenje ili neplaćanje zakupnine zato što zakupodavac ne održava prostoriju u stanju u kojem se ona može upotrebljavati za svrhe određene ugovorom, već pod određenim pretpostavkama ima pravo da sam izvrši popravak na teret zakupodavca, ili da odustane od ugovora, kao i na naknadu štete."

U odredbama čl. 14. i 15. ZZPP-a sadržana su pravila o radovima koje ima pravo izvršiti zakupodavac radi uređenja prostora ili radi sniženja troškova energije i održavanja.

Članak 16. ZZPP-a govori o preinakama poslovnog prostora.

U svezi s obvezom zakupodavca da održava poslovni prostor tijekom trajanja zakupa i u vezi s njegovom obvezom da izvrši popravke upravo radi ispunjenja svoje obveze održavanja poslovnog prostora, treba uputiti na odredbe čl. 19. ZZPP-a koji govori o obvezama zakupnika u svezi s troškovima tekućeg održavanja poslovnog prostora.

Kao što smo već istakli, odredbe o održavanju poslovnog prostora, popravcima i radovima u vezi s održavanjem, o preinakama i troškovima tekućeg održavanja i dr., dispozitivne su naravi, što omogućava strankama da svoja međusobna prava i obveze urede ugovorom, a što znači da naprijed izložena pravila vrijedi ako stranke sporazumno ne ugovore što drugo.

IV.3. Zakupnina

Obveza plaćanja zakupnine bitan je sastojak ugovora o zakupu poslovnog prostora i temeljna obveza zakupnika.

Prema odredbama čl. 17. st. 1. ZZPP-a zakupnik je dužan zakupodavcu platiti ugovorom utvrđeni iznos zakupnine u roku utvrđenom ugovorom.

Ako vrijeme plaćanja nije utvrđeno ugovorom, zakupnik je dužan zakupninu plaćati mjesečno unaprijed i to najkasnije do petoga dana u mjesecu (čl. 17. st. 2., ZPP).

Zakupnina se definira³⁸ kao imovinska naknada koju zakupnik plaća zakupo-

³⁸ I. Bukljaš – B. Vizner, op. cit., str. 186.

davcu za korištenje stvari, u ovom slučaju poslovnog prostora.

Ugovorom se zakupnik obvezuje platiti ugovorenu zakupninu (čl. 5. st. 1., ZZPP) odnosno dužan je zakupodavcu platiti određeni iznos zakupnine (čl. 17. st. 1.).

Iz navedenih odredaba slijedi da zakupnina, što se tiče visine, treba u ugovoru biti određena.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, II-Rev-79/92 od 14. listopada 1993. (objavljena u "Izboru odluka" 2/1995, sent. 27), "zakupodavcu ne pripada pravo tražiti veću zakupninu od ugovorene, a ukoliko je nezadovoljan visinom zakupnine ima pravo iz tog razloga otkazati ugovor o zakupu."

U obrazloženju se ističe:

"Prema čl. 9. st. 1. i čl. 46. st. 2. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama visina zakupnine za poslovne prostorije određuje se sporazumom zakupodavca i zakupca, a u slučaju kad se takav sporazum ne postigne, zakupodavac koji nije zadovoljan visinom zakupnine ima zbog tog razloga pravo otkazati zakup poslovnih prostorija. Prema tome tužitelj ne može osnovano tražiti veću zakupninu od one o kojoj je između stranaka postignut sporazum niti da visinu zakupnine utvrdi sud, kako su to nižestupanjski sudovi pravilno zaključili. Treba naglasiti još i to da zakupodavac ne može osnovano tražiti povišenje ugovorenog iznosa zakupnine ni radi bitno promijenjenih okolnosti, kao npr. radi višestrukog povećanja cijena poslovnog prostora poslije zaključenja ugovora o zakupu."

Sporazumno utvrđivanje visine zakupnine najčešće će biti fiksno ugovaranje unaprijed točno određene visine zakupnine.

Međutim, zakupnina bi se mogla ugovoriti i na način da je određiva na temelju elemenata koji proizlaze iz ugovora. Takva stajališta zauzima i sudska praksa.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2407/89 od 12. travnja 1990. (objavljena u PSP 51/100), "visinu zakupnine stranke mogu odrediti tako da je povećavaju za stopu službeno utvrđene inflacije."

Prema odluci Okružnog suda u Rijeci, Gž-163/95 od 21. veljače 1990. (objavljena u PSP 45/57), "kad je visina zakupnine za poslovnu prostoriju utvrđena na osnovi provedene licitacije, s ugovorenom klauzulom o povećanju zakupnine u skladu s odlukom općine ili aktom SIZ-a stanovanja, zakupac ne može tražiti naknadno poništaj ugovora kao zelenaškoga, u smislu čl. 141. ZOO."

Prema odluci Županijskog suda u Karlovcu, Gž-762/98 od 23. prosinca 1998. (objavljena u "Izboru odluka" 1/1999, sent. 32), "ugovorom o zakupu predviđeno je da će ugovorne strane po potrebi svakih 6 mjeseci sporazumno korigirati jediničnu cijenu zakupnine ovisno o tržišnim uvjetima, pa ukoliko do sporazuma ne dođe, zakupac ima pravo raskinuti ugovor, a ne može jednostrano, bez suglasnosti druge ugovorne strane, početi plaćati sniženu zakupninu."

U odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2141/98 od 23. listopada 2001. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 29), zauzeto je sljedeće stajalište: "utjecaj ratnih prilika na obim turističke djelatnosti može imati značenje ugovorom predviđene više sile, koja utječe na visinu zakupnine."

U obrazloženju se navodi:

“Za ocjenu provedenih dokaza i pravilno utvrđeno činjenično stanje je upravo trebalo utvrditi obim turističke djelatnosti u I. u 1995. godini u odnosu na ranije godine tj. 1993. i 1994. godinu, kroz koju je tuženik držao u zakupu poslovne prostorije tužitelja.

Naime, odredbom čl. 10. Ugovora o zakupu poslovnog prostora sklopljenog između stranaka izričito je predviđeno neplaćanje, odnosno smanjenje zakupnine zbog više sile (kao što je na primjer: zabrana ili preporuka europskih zemalja svojim državljanima za odlazak u I., odnosno Hrvatsku zbog opasnosti po život, ratnih nemira u prostoru bivše Jugoslavije, koji će izazvati smanjenu posjetu turista od uobičajene, ponovne eskalacije sukoba, odnosno napad četnika i okupatora na prostor Države Hrvatske i druge više sile).”

Osim zakupnine, zakupnika terete i neki drugi troškovi u vezi s korištenjem poslovnog prostora.

Zakupnik je dužan snositi troškove korištenja zajedničkih uređaja i obavljanja zajedničkih usluga (čl. 18., ZZPP) kao i troškove tekućeg održavanja (čl. 19., ZZPP).

Iako stranke ugovorom određuju visinu zakupnine, a mogu odrediti da li se određeni troškovi uračunavaju u zakupninu ili ne, (čl. 18. st. 2., ZZPP), u praksi to pitanje često se postavlja kao sporno.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2886/99 od 14. siječnja 2003. (objavljena u “Izboru odluka” 1/2003, sent. 38) “nije ništava odredba ugovora o zakupu poslovnog prostora kojom se zakupac obvezao plaćati, pored zakupnine, iznos poreza koji inače tereti zakupodavca.”

U obrazloženju se navodi: “Neosnovano revident prigovara da bi ugovorna odredba o plaćanju (pored zakupnine) i poreza – kojeg su zakonski obveznici zakupodavci – bila ništava. Takva ugovorna odredba nije protivna ni Ustavu Republike Hrvatske niti nekom prisilnom propisu niti moralu društva – što bi ugovornu odredbu činilo ništavom u smislu odredbe čl. 103. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.), pa su nižestupanjski sudovi pravilno smatrali da postoji valjana obveza tuženog u tom pravcu i naložili tuženom plaćanje dužnog iznosa u skladu s tom ugovornom obvezom.”

U proteklom razdoblju visina zakupnine je često bila određena u stranoj valuti odnosno u protuvrijednosti strane valute.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-3252/94 od 22. siječnja 1998. (objavljena u “Izboru odluka” 1/1998, sent. 17), “kada je isplata protuvrijednosti strane valute vezana uz dospjeće pojedinog obroka zakupnine, protuvrijednost se utvrđuje u času dospjeća svakoga pojedinačnoga mjesečnog obroka zakupnine.”

U obrazloženju se navodi:

“Tužitelji smatraju da su nižestupanjski sudovi pogrešno primijenili materijalno pravo kada nisu u cijelosti prihvatili tužbeni zahtjev, tj. dosudili isplatu u dinarskoj protuvrijednosti cjelokupnog iznosa dužne zakupnine od 13.600 DEM u času isplate.

Pritom se tužitelji pozivaju u reviziji i na izmijenjenu odredbu čl. 395. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, br. 53/91, 71/92, 3/94, u daljem

tekstu: ZOO) temeljem koje je dopuštena odredba ugovora kojom se vrijednost ugovorne obveze u valuti Republike Hrvatske izračunava u odnosu prema stranoj valuti (valutna klauzula), dok je odredbom st. 2. istog članka dopušteno zahtijevati ispunjenje obveze u valuti Republike Hrvatske prema prodajnom tečaju na dan isplate, što da su tužitelji upravo i tražili.

Prema utvrđenjima sudova (a i među strankama nije sporno) proizlazi da je visina zakupnine bila ugovorena uz valutnu klauzulu, tj. da je ona bila ugovorena u iznosu od 800 DEM u dinarskoj protuvrijednosti koju je tuženica uredno podmirivala do srpnja 1992.g.

No, suprotno tvrdnji tužitelja, isplata dinarske protuvrijednosti po tečaju u času dospijeca svakoga pojedinačnoga mjesečnog obroka zakupnine, kako je naloženo drugostupanjskom presudom, nije u suprotnosti s citiranom zakonskom odredbom, niti utvrđenjima nižestupanjskih sudova.

Naime, prema utvrđenjima nižestupanjskih sudova proizlazi da je isplata u dinarskoj protuvrijednosti strane valute bila vezana uz dospijee svakog pojedinog obroka zakupnine, pa se stoga i vrijeme konverzije podudara s tim datumom, što je i logično jer se radi o periodičnim davanjima.

Tužitelj i ne tvrdi da bi bila ugovorena isplata na drugi način. Naime, u smislu čl. 395. st. 2. ZOO u slučaju ugovaranja valutne klauzule, obaveza se ispunjava plaćanjem u valuti Republike Hrvatske prema prodajnom tečaju ovlaštene banke u mjestu ispunjenja obveze koji vrijedi toga dana, osim ako stranke nisu ugovorile drugi tečaj.

Kako je, dakle, prema utvrđenju nižih sudova ugovoren tečaj u času dospijeca svakog pojedinog obroka, (a suprotno ne proizlazi iz navoda tužitelja kako tijekom postupka, tako ni u reviziji), valjalo je reviziju tužitelja odbiti kao neosnovanu.”

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-873/93 od 11. svibnja 1994. (objavljena u “Izboru odluka” 2/1995, sent. 26), “kad je ugovorena zakupnina određena uz valutnu klauzulu, zakupodavac ima potraživanje u domaćoj valuti zaštićeno valutnom klauzulom na koje pripada kamata po stopi koja se plaća na devizne štedne uloge po viđenju u valuti koja je služila kao valuta ugovora.”

U obrazloženju je navedeno: “Tuženici pobijaju presudu u dijelu kojim je sud drugog stupnja potvrdio presudu suda prvoga stupnja, kojom su oni dužni platiti tužiteljima dinarsku protuvrijednost iznosa od 3.900 DEM, te 3.790 HRD zajedno s kamatom. Obveza tuženika za plaćanje zakupnine za poslovni prostor određena je uz valutnu klauzulu. Tužitelj, prema tome, ima prema njemu potraživanje u domaćoj valuti i potraživanje u stranoj valuti koje se ispunjava u domaćem novcu. Zato, budući da se u konkretnom slučaju strana valuta preračunava u domaću, prema tečaju koji vrijedi na dan ispunjenja obveze, tužitelj kroz cijelo vrijeme zakašnjenja tuženika ima pravo na zateznu kamatu po stopi koju banke u mjestu ispunjenja plaćaju na devizne štedne uloge po viđenju u valuti koja je služila kao valuta ugovora, konkretno DEM. Odluka sudova da je taj tuženik dužan isplatiti dinarsku protuvrijednost iznosa deviza po tečaju na dan isplate sada ima uporište u odredbi čl. 2. Zakona o izmjenama Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 3/94) koju odredbu temeljem čl. 7. toga zakona treba primijeniti u ovom sporu.”

U slučajevima kad zakupodavac nije vlasnik stvari, što nije sporno u sudskoj praksi, kako smo već isticali u nizu odluka, izražavano je stajalište da je "zakupodavac aktivno legitimiran da zahtijeva isplatu zakupnine neovisno o tome što nije vlasnik poslovnog prostora." (VS, II-Rev-174/98 od 30. siječnja 2002., objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 30; isto i VS, Rev-2015/89 od 1. ožujka 1990.)

Pravo ugovornih strana da sporazumno, slobodno, ugovorom određuju iznos zakupnine može biti ograničeno propisima temeljem kojih se npr. za određene slučajeve propisuju iznosi zakupnine ili je propisan način zasnivanja zakupa i određivanja zakupnine (npr. javnim natječajem). Takvi propisi mogu imati karakter prinudnih propisa, o čemu smo govorili u svezi sa zasnivanjem zakupa odnosno davanjem u zakup poslovnog prostora javnim natječajem (Točka III.1.).

Takvi propisi primjenjivali su se kako u režimu ranijeg posebnog zakona tako i sada.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1554/92 od 22. listopada 1992. (objavljena u "Izboru odluka" 1994, sent. 69), "iznose najviše zakupnine za poslovni prostor ovlaštena je propisati općina, pa to nije bila ovlaštena propisati Samoupravna interesna zajednica stambeno-komunalne djelatnosti."

U odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1901/89 od 23. srpnja 1991. (objavljena u "Izboru odluka" 1993, sent. 79), zauzeto je sljedeće stajalište: "Otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija zbog neplaćanja zakupnine ne može dati zakupodavatelj koji odbija utvrditi visinu zakupnine putem javnog nadmetanja."

Iz obrazloženja slijedi: "U postupku je utvrđeno: da tuženik koristi kao zakupoprimalac tužiteljeve poslovne prostorije, da je tužitelj povisio zakupninu, a tuženik odbio da plaća tolik iznos i da je tužitelj izjavio da neće utvrđivati zakupninu putem javnog nadmetanja. Polazeći od spomenutih utvrđenja, sudovi su odbili zahtjev tužitelja za otkaz uz obrazloženje u bitnome da je među strankama sporna visina zakupnine, da tuženi predlaže da se visina utvrdi putem javnog nadmetanja, ali da to tužitelj odbija, pa da stoga nema pravo na otkaz ugovora o zakupu. Pravilan je i po ocjeni ovog revizijskog suda stav nižestupanjskih sudova. Skupština općine R. koristeći ovlaštenje iz čl. 46. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama propisala je otkazne razloge, pa tako da se može otkazati ugovor o zakupu poslovnih prostorija zato što zakupodavac nije zadovoljan visinom zakupnine. Prema odredbi čl. 42. st. 3. cit. zakona, međutim, zakupoprimalcu treba omogućiti da se zakupnina utvrdi javnim nadmetanjem i, ako prihvati uvjete koji su na javnom nadmetanju postignuti, ima pravo prvenstva na korištenje prostorija. Zakupodavac nije izrazio spremnost da se zakupnina utvrdi javnim nadmetanjem, što tuženik traži, pa uz takvo stanje stvari pravilna je odluka sudova o odbijanju tužbenoga zahtjeva."

Neplaćanje zakupnine, kao povreda ugovorne obveze, jedan je od razloga za otkaz ugovora o zakupu (čl. 27. st. 1. toč. 2., ZZPP), o čemu opširnije govorimo u nastavku, uz prestanak ugovora o zakupu.

Ovdje bismo spomenuli jedno sporno pitanje koje se javilo u praksi, a to je pitanje opravdanih razloga odnosno opravdanja za neplaćanje zakupnine. Ne mislimo pri tome na situacije u kojima zakupnik, u skladu sa zakonskim odredbama nije dužan plaćati zakupninu (npr. čl. 13. st. 1. i 2. i čl. 15., ZZPP).

O tome se pitanju izjašnjavala i sudska praksa.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-515/99 od 11. srpnja 2001. (objavljena u "Izboru odluka" 2/99, sent. 29), "za pravo na odustanak od ugovora o zakupu zbog neplaćanja dospjele zakupnine nije odlučno da li na strani zakupoprimca postoje opravdani razlozi zbog kojih je došao u zakašnjenje s plaćanjem zakupnine."

U obrazloženju se navodi:

"Nije osnovan prigovor revizije, da nije bilo mjesta odustanku od ugovora o zakupu, kad zakupac nije iz neopravdanih razloga došao u zakašnjenje s plaćanjem dospjele zakupnine. To zato, jer Zakon kao pretpostavku za odustanak od ugovora o zakupu radi neplaćanja dospjele zakupnine ne propisuje da neplaćanje dospjele zakupnine treba biti iz neopravdanih razloga."

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-947/93 od 28. rujna 1993. (objavljena u "Izboru odluka" 2/1995, sent. 30), "socijalni momenti i slabo poslovanje zakupoprimca u lokalnu koji je predmet zakupa nisu opravdani razlog neplaćanja zakupnine koji bi sprječavao zakupodavca da otkáže ugovor o zakupu poslovnih prostorija."

U obrazloženju se navodi:

"Nije u pravu tuženik koji tvrdi da je pogrešnom primjenom materijalnog prava usvojen otkazni nalog i da nisu postojali razlozi za otkaz jer da postoje opravdani razlozi zbog kojih on nije plaćao zakupninu. Naime, tuženik tvrdi da zakupninu nije plaćao iz objektivnih razloga koji predstavljaju višu silu, a tu višu silu vidi u tome što je poslovanje u spornom razdoblju bilo slabo jer nije bilo turista, pa nije imao odakle plaćati zakupninu. Pobijanom presudom pravilno je primijenjeno materijalno pravo s time što je sud drugog stupnja ocijenio da ne postoje razlozi koji bi mogli opravdati neplaćanje zakupnine. Naime, socijalni moment i slabo poslovanje zakupoprimca u lokalnu koji je predmet zakupa ne može biti opravdanje za neplaćanje zakupnine i ne može predstavljati razlog koji bi sprječavao zakupodavca da u okviru zakonskih razloga otkáže ugovor o zakupu poslovnih prostorija."

Iako su navedene odluke donijete u primjeni Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama, smatramo da su aktualne i u primjeni Zakona o zakupu poslovnog prostora.

IV.4. Podzakup

Podzakup je uređen odredbama čl. 20. st. 1. ZZPP-a³⁹ prema kojima zakupnik nema pravo poslovni prostor ili dio poslovnoga prostora dati u podzakup, osim ako nije drukčije ugovoreno.

³⁹ Članak 20. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

"(1) Zakupnik nema pravo poslovni prostor ili dio poslovnoga prostora dati u podzakup, osim ako nije drukčije ugovoreno.

(2) Na ugovor o podzakupu poslovnoga prostora na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ovoga Zakona koje se odnose na zakup poslovnoga prostora.

(3) Zakupniku iz članka 6. stavka 5. ovoga Zakona nije dopušteno poslovni prostor na kojemu je zasnovao zakup na temelju uvjeta iz te odredbe, dati taj poslovni prostor u podzakup."

Načelno, dakle, zakupnik nema pravo dati poslovni prostor u podzakup, osim ako nije drukčije ugovoreno.

To je bitna razlika u odnosu na ranije važeće odredbe Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama prema kojima je zakupnik mogao dati poslovni prostor u zakup, osim ako to ugovorom (ili propisom) nije bilo isključeno.

Prema odredbama Zakona o obveznim odnosima (čl. 568.) zakupnik, također, ima pravo davati stvar u zakup, ako nije drukčije ugovoreno.

Ove razlike naglašavamo stoga jer smatramo da u primjeni Zakona o zakupu poslovnog prostora, upravo iz navedenog razloga treba s dužnim oprezom koristiti stajališta sudske prakse koja su se formirala u primjeni ranijeg zakona.

Nadalje, Zakon o zakupu poslovnog prostora sadrži za određeni slučaj (čl. 20., ZZPP) izričitu odredbu prema kojoj nije dopušteno dati poslovni prostor u podzakup:

- zakupniku iz čl. 6. st. 5. ZZPP-a (hrvatski invalidi Domovinskog rata, razvojačeni hrvatski branitelji, članovi obitelji hrvatskih branitelja i civila poginulih, zatočenih ili nestalih i udruge invalida Domovinskog rata),
- ako se radi o poslovnom prostoru na kojem je zasnovao zakup na temelju uvjeta iz te odredbe.

S tim u svezi iznosi se mišljenje⁴⁰ da bi podzakup bio dopušten i za navedene kategorije zakupnika, ako je ugovorom predviđena takva mogućnost.

Istina je da članak 20. ZZPP-a ne predviđa sankciju za slučaj da je ugovor o podzakupu sklopljen protivno odredbama čl. 20. st. 3.

Međutim, ako bi se na taj način tumačile odredbe čl. 20. st. 3. to bi, ustvari, značilo primjenu čl. 20. st. 1., što bi činilo suvišnom odredbu čl. 20. st. 3., a zakonodavac je ipak, smatrao potrebnim drukčije urediti pitanje davanja poslovnog prostora u podzakup, kad se radi o kategorijama iz čl. 6. st. 5. ZZPP-a.

S obzirom da zakupnik ne može dati poslovni prostor ili dio poslovnog prostora u podzakup bez suglasnosti zakupodavca (čl. 20. st. 1., ZZPP) suprotno ponašanje zakupnika, dakle davanje u podzakup poslovnog prostora kad to nije ugovoreno, značilo bi korištenje poslovnog prostora protivno ugovoru, s daljnjim zakonom predviđenim posljedicama (pretpostavke za otkaz, naknada štete).

Stoga će se u praksi pokazati spornim da li se u određenom slučaju radi o davanju poslovne prostorije u podzakup.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-3238/93 od 19. listopada 1994. (objavljena u "Izboru odluka" 1/1996, sent. 39), "ocijenjeno je da pružanje gostima zabavnog sadržaja (bilijar) na temelju ugovora o poslovnoj suradnji između zakupoprimca i treće osobe u sklopu postojeće ugostiteljske usluge koje pruža zakupoprimac nema značenje izdavanja poslovnih prostorija u podzakup."

Zakupodavac nije u izravnom odnosu s podzakupnikom pa nema mogućnosti za otkazivanje ugovora o podzakupu, ali otkazivanjem ugovora o zakupu prestaje i ugovor o podzakupu.

⁴⁰ M. Pavlović, op. cit., str. 70.

Tako i prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1488/96 od 18. svibnja 1990. (objavljena u "Izboru odluka" 2/1999, sent. 35), "otkazom ugovora o zakupu poslovnog prostora prestaje i ugovor o podzakupu."

U obrazloženju se navodi:

"U situaciji, kada je vlasnik poslovnog prostora prema zakupcu pravomoćnom odlukom suda ostvario svoje pravo na otkaz ugovora o zakupu i obvezu zakupoprirnca da mu taj prostor preda u posjed, ugovor o podzakupnom odnosu nema nikakav pravni učinak prema vlasniku poslovnog prostora, kako to pravilno ističu i nižestupanjski sudovi, jer takav pravni posao slijedi sudbinu ugovora o zakupnom odnosu (čl. 57. st. 2. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama). Jednako tako okolnost što vlasnik poslovnog prostora od tužitelja u posebnoj parnici zahtijeva plaćanje zakupnine za korištenje spornog poslovnog prostora, na strani tužitelja ne stvara povoljniju pravnu situaciju, a izvršena ulaganja u uređenje lokala i isplata određene novčane gotovine zakupcu na ime zaključenog podzakupnog odnosa, nije činjenica koja bi utjecala na mogućnost donošenja drugačije odluke o sporu. Stoga je za zaključiti, da se u konkretnom slučaju ne ostvaruju opozicijski prigovori iz čl. 56. tada važećeg Zakona o izvršnom postupku, zbog čega su nižestupanjski sudovi pravilnom primjenom propisa materijalnog prava zahtjev tužbe kao neosnovan opravdano odbili."

IV.5. Predaja poslovnog prostora zakupodavcu

Obveza je zakupnika nakon prestanka zakupa predati poslovni prostor zakupodavcu.

Prema odredbi čl. 21. ZZPP-a nakon prestanka zakupa zakupnik je dužan predati zakupodavcu poslovni prostor u stanju u kojemu ga je primio, ako nije drukčije ugovoreno ili propisano ovim Zakonom.

Prema odredbi čl. 30. ZZPP-a (nalazi se u Glavi IV koja se odnosi na prestanak zakupa) prilikom predaje ispražnjenoga poslovnoga prostora sastavlja se zapisnik o stanju u kojemu se nalazi poslovni prostor u vrijeme predaje. Ako prilikom predaje nije sastavljen zapisnik, smatra se da je poslovni prostor predan u ispravnom stanju.

Različita pitanja javljala su se kao sporna u svezi s pravima zakupodavca i obvezom zakupca na predaju odnosno vraćanje poslovne prostorije.

Navodimo sljedeća stajališta sudske prakse:

"Okolnost da je zakupodavac onemogućavao zakupoprirnca korištenje nekretnina datih u zakup prije proteka ugovorenog vremena zakupa ne oslobađa zakupoprirnca obveze da po proteku određenog vremena na koje je ugovor o zakupu sklopljen vrati stvar zakupodavcu." (VSH, Rev-1513/85 od 9. listopada 1985., objavljena u PSP 30/49).

"Kad je zakupoprirnac prema ugovoru o zakupu bio dužan adaptirati zakupljene prostorije i takve ih predati zakupodavcu nakon isteka ugovora, onda je u toj obvezi ostao premda je ugovor raskinut njegovom krivnjom prije isteka vremena na koje je bio zaključen." (VSH, Gž-4447/76 od 27. prosinca 1977.)

"Zakupoprirnac koji nakon valjanog otkaza ugovora o zakupu poslovnih prostorija nastavi koristiti poslovne prostorije, koristi tuđu stvar kao nesavjestan

posjednik i dužan je vlasniku stvari na njegov zahtjev ne samo predati stvar već i naknaditi štetu." (VSH, Rev-452/84 od 12. lipnja 1984.)

"Po prestanku ugovora o zakupu poslovnih prostorija svaki od suvlasnika ovlašten je tražiti predaju prostorije, i to od svake osobe koja prostorije drži bez pravne osnove." (VSH, Rev-1619/86 od 27. studenog 1986.)

"Osim suvlasnika koji je zakupodavac i ostalim suvlasnicima, na temelju njihova suvlasničkog ovlaštenja, pripada pravo da traže predaju i ispražnjenje poslovne prostorije po isteku ugovora o zakupu." (VSH, Rev-553/89 od 31. kolovoza 1989., objavljena u PSP 49/39)

"Zakupodavac iz ugovora o zakupu poslovnih prostorija aktivno je legitimiran zahtijevati da se isprazne i predaju prostorije po prestanku ugovora neovisno o tome što nije ovlaštenik prava vlasništva ili prava korištenja." (VSH, Rev-2994/90 od 11. travnja 1991., objavljena u PSP 53/71).

U svezi s pitanjem aktivne legitimacije suvlasnika, a o tome upravo govore naprijed citirane presude Vrhovnog suda RH, Rev-553/89 i Rev-2994/90, treba prije svega razlikovati obveznopravna ovlaštenja čiji je temelj ugovor o zakupu i stvarnopravna ovlaštenja koja proizlaze iz suvlasničkih prava.

Stoga treba uzeti u obzir i odredbe Zakona o vlasništvu koje se odnose na prava i obveze suvlasnika, o čemu smo naprijed govorili pod Točkom III.4.

IV.6. Pravo zadržanja (ius retentionis)

Kao što smo već istaknuli (Točka II.), pravo zadržanja uređeno je općim propisima obveznog prava, a u svezi sa zakupom poslovnog prostora postavilo se pitanje primjene instituta prava zadržanja i na taj ugovor.

Pitanje je vezano prvenstveno uz primjenu čl. 1. st. 2. ZZPP-a odnosno uz primjenu općih propisa, odnosno općeg dijela Zakona o obveznim odnosima.

To stoga jer Zakon o zakupu poslovnog prostora ne sadrži odredbe o pravu zadržanja. Takve odredbe ne sadrži niti Zakon o obveznim odnosima u odredbama o zakupu već u općem dijelu, u čl. 286. – 289.

Na Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova održanom 16. i 17. prosinca 1999. izraženo je jedinstveno mišljenje da i u slučaju zakupa poslovnog prostora ima mjesta primjeni prava zadržanja pozivom na odredbu čl. 1. st. 2. ZZPP-a u svezi s odredbama čl. 286. – 289. ZOO-a (o tome smo govorili u Točki II.).

Prema odredbama čl. 286. st. 1. ZOO-a vjerovnik dospjelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje.

Prema odredbama čl. 289. st. 2. ZOO vjerovnik koji drži dužnikovu stvar po osnovi prava zadržanja ima pravo da se naplati iz njezine vrijednosti na isti način kao založni vjerovnik, ali je dužan prije nego što pristupi ostvarenju naplate o svojoj namjeri pravodobno obavijestiti dužnika.

Iz navedenog slijedi da pravo zadržanja daje vjerovniku dvostruko ovlaštenje:

- pravo zadržati dužnikovu stvar

- pravo namiriti se, iz njezine vrijednosti.

Takav pojam prava zadržanja koji uključuje i pravo namirenja (nazivaju ga i trgovačkim konceptom prava zadržanja za razliku od civilnopravnog koncepta koji vjerovniku daje samo pravo zadržanja stvari ali ne i namirenja⁴¹) zahtijeva da stvar koja je objekt prava zadržanja ima imovinsku vrijednost i da može biti predmet prodaje odnosno javne prodaje prema pravilima o prodaji zaloga.

Prema odredbama Zakona o obveznim odnosima objekt prava zakupa mogu biti pokretnine i nekretnine.⁴²

Tako i prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-933/00 od 29. siječnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 16), "pravo zadržanja može se vršiti ne samo kad se drži dužnikova pokretnina već i kad se drži dužnikova nekretnina."

U obrazloženju je navedeno:

"Utvrdivši da su tužitelji kao i drugi bivši stanari u navedenoj zgradi, otkupili svoje stanove u istoj zgradi, te postali vlasnici stanova i suvlasnici potkrovlja kao zajedničkog dijela iste zgrade, nižestupanjski sudovi su prihvatili tužbeni zahtjev obvezavši tuženika koji sada koristi predmetni atelijer, da ga isprazni i preda u posjed tužiteljima.

Smatrajući neosnovanim tuženikov prigovor retencije uz obrazloženje da se prigovor retencije može vezati samo uz držanje pokretne stvari, nižestupanjski sudovi su odbili protutužbeni zahtjev za isplatu novčanog iznosa u vezi s adaptacijom dijela potkrovlja predmetne stambene zgrade u atelijer.

Međutim, zbog pogrešne pravne ocjene činjenično stanje u postupku ostalo je nepotpuno utvrđeno. Pogrešno nižestupanjski sudovi smatraju da se pravo retencije veže samo uz držanje pokretne stvari. Naime, prema odredbi čl. 286. st. 1. Zakona o obveznim odnosima vjerovnik dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje. S obzirom da tom zakonskom odredbom pravo zadržanja nije ograničeno samo na držanje pokretnih stvari, valja zaključiti da se pravo zadržanja može vršiti i uz držanje dužnikove nekretnine. U dosadašnjem postupku propušteno je utvrditi ima li tuženik prema tužiteljima dospjelo potraživanje i njegov iznos, ako ono postoji."

Predmet zakupa u slučaju zakupa poslovnog prostora je nekretnina, i to poslovni prostor.

Kad pravo zadržanja pripada zakupniku (ono naravno, može pripadati i zakupodavcu) objekt prava zadržanja može biti, a najčešće i jest, upravo poslovni prostor. Ta okolnost danas više nije zapreka da se pravo zadržanja primjenjuje i na ovu vrst zakupnog odnosa. Radi se naime o stvari, nekretnini, koja ima prometnu vrijednost i može biti izložena prodaji odnosno javnoj prodaji.

Napominjemo da je u režimu bivšeg društvenog vlasništva situacija bila nešto drukčija.

⁴¹ Vidjeti o tome opširnije: Silvija Petrić: "Prigovor neispunjena ugovora i pravo zadržanja", Vladavina prava (1998.) Zagreb, God. II, br. 3-4, str. 56.

⁴² I. Kaladić, op. cit., str. 44.; M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 417.

Načelno, također, nije bilo sporno da nekretnine mogu biti predmet prava zadržanja.

O tome se izjašnjavala i sudska praksa. Tako se npr. i odluka Vrhovnog suda RH, Rev-26/84 od 31.VII.1985.g. (objavljena u PSP 29/42).

Međutim, što se tiče prava zadržanja na poslovnoj prostoriji, "iako načelno nema dvojbe da i nekretnine mogu biti predmetom prava zadržanja, ako se mogu izložiti prodaji ipak je ostalo sporno može li se na poslovnoj prostoriji koja je bila predmetom zakupa zasnovati pravo retencije dok ne bude isplaćeno potraživanje s naslova izvršenih ulaganja u tu poslovnu prostoriju". (Vs, Rev-829/87 od 17. rujna 1987.)

Uzimajući u obzir sve izloženo, smatramo da sada, u primjeni Zakona o zakupu poslovnog prostora, treba prihvatiti shvaćanje da primjenom općih propisa obveznog prava o pravu zadržanja zakupniku koji poslovni prostor drži u svojim rukama pripada pravo zadržanja na poslovnom prostoru kad prema zakupodavcu, kao dužniku, ima dospjelu novčanu tražbinu.

Treba još naglasiti da je jedna od pretpostavki prava zadržanja faktična vlast na stvari, dakle stvar se mora nalaziti u posjedu vjerovnika.

Prema odredbama čl. 287. ZOO-a vjerovnik nema pravo zadržanja kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegova posjeda protiv njegove volje, ili kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je predana vjerovniku na čuvanje ili na poslugu. On ne može zadržati ni punomoć dobivenu od dužnika, a ni druge dužnikove isprave, legitimacije, prepisku i ostale slične stvari, kao ni druge stvari koje se ne mogu izložiti prodaji.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-2454/95 od 6. svibnja 1999. (objavljena u "Izboru odluka" 2/1999, sent. 19), "pravo zadržanja na automobilu ne pripada zakupodavcu na temelju ugovora koji mu ne daje pravo na posjed automobila."

U obrazloženju se navodi:

"U postupku je utvrđeno da je tužiteljica s tuženikom zaključila ugovor o najmu garaže koji je ugovor realiziran, te da je iz toga odnosa tuženik ostao dužan najamninu tužiteljici za vrijeme od 1. III. do 7. VIII. 1993. g. u iznosima kako je dosuđeno tužiteljici, u skladu sa zaključenim ugovorom. Osnovano, međutim, tuženik-protutužitelj prigovara u reviziji, da su nižestupanjski sudovi pogrešno primijenili materijalno pravo kada je odbijen protutužbeni zahtjev protutužitelja (za naknadu štete zbog zadržavanja vozila tuženika). Naime, nižestupanjski sudovi su imali u vidu odredbu čl. 286. Zakona o obveznim odnosima ("Narodne novine", broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99, u daljnjem tekstu: ZOO) kada su ocijenili da je tužiteljica-protutužena imala pravo zadržanja na vozilima tuženika-protutužitelja, pa da zbog toga zahtjev tuženika-protutužitelja nije osnovan. Takav pravni stav nižih sudova, međutim, ovaj revizijski sud, za sada ne može prihvatiti kao pravilan. Naime, temeljem odredbe čl. 286. st. 1. ZOO "vjerovnik dospjelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje". U ovom slučaju, pak, postavlja se pitanje da li je tužiteljici pripadalo pravo zadržanja na vozilima tuženika-protutužitelja, jer ako je tužiteljica dala tužitelju garažu u zakup, onda ona nije bila u posjedu automobila tužitelja, pa

nije imala pravo zadržanja, a ukoliko se radilo o ugovoru o ostavi (na što upućuje ispostavljanje računa o stvarnom korištenju prostora) niti tada tužiteljica nije imala pravo zadržanja, jer je obveza ostavoprimca temeljem odredbe čl. 712. st. 1. ZOO, da stvar koju primi od ostavioca čuva i da je vrati kad je ovaj bude zatražio. Zbog toga je bilo potrebno utvrditi na koji način je tužiteljica imala u ovom slučaju mogućnost raspolaganja na stvarima koje je zadržala. Osim toga sudovi su izgubili iz vida i odredbu čl. 287. ZOO u kojoj je određeno da "vjerovnik nema pravo zadržaja kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegova posjeda protiv njegove volje ili kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je predana vjerovniku na čuvanje ili na posudbu".

Međutim, sve ako i polazimo od stajališta da primjeni prava zadržanja ima mjesta i kad se radi o ugovoru o zakupu poslovnog prostora, pokazalo se da su sporna neka druga pitanja vezana uz način ostvarivanja prava zadržanja.

Na neka od tih pitanja upozoreno je i na spomenutom Zajedničkom sastanku Vrhovnog suda RH i županijskih sudova, od 16. i 17. prosinca 1999.

Tako se postavilo pitanje koje su procesne mogućnosti pozivanja na pravo zadržanja.

Nema dvojbe da se to pravo može ostvarivati posebnom tužbom odnosno protutužbom ali se postavilo pitanje da li se na pravo zadržanja može pozivati prigovorom istaknutim u parnici u kojoj zakupodavac zahtijeva i predaju u posjed poslovnog prostora.

Mišljenja nisu bila jedinstvena.

Suglasni smo s mišljenjem, koje je zastupala većina, da se na pravo zadržanja može pozivati i prigovorom. U prilog tog stajališta ističe se da bi se stranci oduzelo pravo zadržanja ukoliko bi se zahtijevalo da postavi protutužbeni zahtjev. Nadalje, suglasno je bilo, također, i mišljenje da prigovor mora biti određen glede iznosa novčanog potraživanja u svezi s kojim se ostvaruje pravo zadržanja.

Smatra se da bez određenog zahtjeva, u izloženom smislu, sud ne bi mogao odlučivati (čl. 2. ZPP-a) o istaknutom prigovoru.

Postavilo se i daljnje pitanje, do kojeg stadija postupka zakupnik, kao tuženik od kojeg se zahtijeva predaja poslovnog prostora, može istaknuti prigovor prava zadržanja.

Prema jednom mišljenju takav prigovor može se istaći do zaključenja glavne rasprave, a ne i u žalbenom postupku. Obrazlaže se to time da se radi o prigovoru materijalnopravne prirode (a ne o novoj činjenici), pa u slučaju kad nije bio istaknut u prvostupanjskom postupku, o njemu prvostupanjski sud nije niti mogao odlučivati, pa nema niti propusta koji bi utjecali na zakonitost prvostupanjske odluke.

Prema drugom mišljenju,⁴³ kad je prvostupanjskom presudom prihvaćen tužbeni zahtjev za otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora i zahtjev za povrat odnosno predaju zakupodavcu poslovnog prostora, tuženik (zakupnik) može i u žalbi istaći

⁴³ I. Kaladić, op. cit., str. 25.

prigovor prava zadržanja jer je ovlašten u žalbi isticati nove činjenice, a to bi upravo bila nova činjenica koja je od značaja za pravilno i zakonito rješenje spora među strankama.

U slučaju priznavanja prava retencije sud će odbiti tužbeni zahtjev za predaju poslovnog prostora, neovisno o tome što je udovoljio zahtjevu za otkaz.

U svezi s pitanjem donošenja djelomične presude o tužbenom zahtjevu zakupodavca za otkaz ugovora o zakupu i predaju poslovne prostorije, kad je istaknut i prigovor prava zadržanja, s pravom se ističe da bi takva pravomoćna presuda predstavljala ovršni naslov a provođenjem ovrhe osujetio bi se prigovor retencije jer nakon što stvar iziđe iz posjeda zakupnika, nema više pretpostavki za ostvarivanje prava zadržanja.

U svezi s ostvarivanjem prava zadržanja postavilo se i pitanje da li zakupnik ima pravo zadržati sav poslovni prostor ili može uskratiti predaju samo onog (dijela) poslovnog prostora koji je dovoljan radi namirenja njegove tražbine.

S obzirom na svrhu prava zadržanja, a to je namirenje vjerovnika, opravdanim se čini zaključivanje da bi se, s obzirom na odnos vrijednosti s jedne strane poslovnog prostora, a s druge strane visine potraživanja koje se osigurava pravom zadržanja, pravo zadržanja moglo ostvarivati samo u dijelu koji je dostatan za namirenje.

Međutim, čini nam se, također, da to u praksi može izazvati niz problema.

Prema općim propisima Zakona o obveznim odnosima ne zahtijeva se da vjerovnikova tražbina i stvar koja je objekt prava zadržanja, dakle stvar koja se zadržava, potječu iz istog pravnog osnova.

Ne zahtijeva se, dakle, koneksitet kao pretpostavka prava zadržanja⁴⁴ već se stvar može zadržati zbog različitih osnova.

Pravo zadržanja može biti uređeno posebnim propisima na drugačiji način od onog uređenog odredbama Zakona o obveznim odnosima.

Npr. prema Zakonu o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ("Narodne novine", broj 92/96., 33/99., 92/99., 80/02., 81/02.) u čl. 41. st. 4. priznaje se zakupniku pravo retencije "dok mu vlasnik ne isplati naknadu za učinjena ulaganja".

U primjeni odredaba o pravu zadržanja treba također imati na umu da su te odredbe Zakona o obveznim odnosima dispozitivne naravi i primjenjuju se u slučaju kad stranke nisu ugovorile drukčije, što znači da bi se pravo vjerovnika moglo ugovorom npr. proširiti ili sasvim isključiti.

V. Prestanak zakupa

Odredbe o prestanku zakupa sadržane su u čl. 23. do 33. ZZPP-a.

Kao što smo uvodno naglasili nije nam namjera sustavno u cijelosti izložiti sadržaj odredaba Zakona o zakupu poslovnog prostora već je naglasak na nekim

⁴⁴ M. Vedriš – P. Klarić, op. cit., str. 418.

pitanjima koja su u njegovoj primjeni izazvala dvojbe odnosno kojima se upravo iz tog razloga bavila i sudska praksa.

U tim okvirima govorimo i o prestanku zakupa.

Ugovor o zakupu poslovnog prostora može prestati istekom vremena, otkazom, raskidom.

V.1. Istek vremena

Istekom vremena prestaje ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme (čl. 23., ZZPP⁴⁵).

O pitanju prešutnog obnavljanja ugovora u slučaju kad zakupnik nakon isteka vremena za koje je ugovor sklopljen nastavi koristiti poslovni prostor, o čemu Zakon o zakupu poslovnog prostora ne sadrži odredbe, govorili smo u Točki II., a u svezi s primjenom općih odredaba o zakupu.

Izložili smo, između ostalog, stajalište prema kojem nema mjesta primjeni čl. 596. ZOO-a o prešutnom obnavljanju zakupa već je potrebno utvrditi pravu volju stranaka o sadržaju njihovog međusobnog odnosa. Citirali smo i odluku Vrhovnog suda RH, Rev-3218/99 od 11. prosinca 2002., koja zauzima upravo izloženo stajalište.

Odgovor na pitanje da li je voljom stranaka došlo do obnavljanja ugovora o zakupu sklopljenog na određeno vrijeme od značenja je za pravo i obveze stranaka posebno za pitanje naknade za korištenje poslovnog prostora. Dok se u slučaju obnavljanja ugovora nastavlja ugovorni odnos među strankama, kad to nije slučaj, raniji zakupnik koristi poslovni prostor bez valjane pravne osnove.

Zakupodavac bi tada imao pravo na naknadu za korištenje poslovnog prostora čija se visina određuje prema visini zakupnine koja bi se mogla postići davanjem u zakup poslovnog prostora time da ta naknada ne bi mogla biti manja od ugovorene zakupnine.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-3830/99 od 23. siječnja 2002. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 34), "ocijenjeno je da ne postoje pretpostavke za obnavljanje ugovora o zakupu poslovnog prostora zaključenog na određeno vrijeme, kad je zakupodavac protiv zakupca pokrenuo parnicu za otkaz ugovora zbog neplaćanja zakupnine."

U obrazloženju se navodi:

"Sudovi su utvrdili i da tuženik nije plaćao uredno zakupninu zbog čega mu je preporučenom pošiljkom otkazan ugovor o zakupu i da se vodi parnica po

⁴⁵ Odredba članka 23. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

"(1) Ugovor o zakupu poslovnoga prostora sklopljen na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koji je sklopljen.

(2) Ako se ugovor o zakupu sačini kao ovršna isprava u smislu Zakona o javnom bilježništvu ("Narodne novine", br. 78/93.), ovrha se provodi neposredno na temelju ugovora o zakupu."

tužbi tužitelja, protiv istog tuženika radi isplate – novčanog potraživanja – na ime zakupnine.

Budući da je u odredbi čl. 11. citiranog Ugovora o zakupu navedeno da se “po isteku (ugovor) obnavlja ukoliko postoji obostrani interes” nižestupanjski sudovi su ispitali postoje li za to (produženje) interes i zaključili da ne postoji u prilog čega govori postojanje ove parnice za ispražnjenje poslovnog prostora.”

Ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme može prestati i otkazom (čl. 27., 28. i 29., ZZPP) ili raskidom (čl. 11., 12. i 16., ZZPP), o čemu govorimo nastavno.

V.2. Otkaz

Otkaz ugovora o zakupu detaljno je razrađen odredbama čl. 24. do 29. ZZPP-a.

Otkazom redovito prestaje ugovor o zakupu sklopljen na neodređeno vrijeme (čl. 24., ZZPP⁴⁶), a u predviđenim slučajevima i ugovor o zakupu sklopljen na određeno vrijeme (čl. 27., 28. i 29., ZZPP).

Neki od predviđenih razloga daju pravo na otkaz ugovora jednoj i drugoj ugovornoj strani, dok se na neke razloge može pozvati samo jedna ili druga strana.

Svaka ugovorna strana može u svako doba otkazati ugovor o zakupu, neovisno o tome da li je sklopljen na određeno ili na neodređeno vrijeme, ako druga ugovorna strana ne izvršava svoje obveze (čl. 29., ZZPP).

Zakupodavac može otkazati ugovor o zakupu u svako doba bez obzira da li je sklopljen na neodređeno ili na određeno vrijeme u sljedećim slučajevima (čl. 27., ZZPP):

- ako zakupnik i poslije pisane opomene zakupodavca koristi poslovni prostor protivno ugovoru ili mu nanosi znatniju štetu koristeći ga bez dužne pažnje,
- ako zakupnik ne plati dospjelu zakupninu u roku od petnaest dana od dana priopćenja pisane opomene zakupodavca,
- ako zakupodavac, zbog razloga za koje on nije odgovoran, ne može koristiti poslovni prostor u kojem je obavljao svoju djelatnost, pa zbog toga namjerava koristiti prostor koji drži zakupnik.

Zakupnik može, također, otkazati ugovor u svako doba bez obzira da li je sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme ako zakupodavac u primjerenom roku ne dovede poslovni prostor u stanje u kojem ga je dužan predati odnosno održavati (čl. 28., ZZPP).

Za otkaz ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme predviđena su i daljnja pravila:

- ugovor ne može prestati prije isteka jedne godine od dana sklapanja, osim ako strane nisu drukčije ugovorile (čl. 24., ZZPP) ili postoji neki od navedenih razloga iz čl. 27., 28. i 29. ZZPP

⁴⁶ Članak 24. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:

“(1) Ugovor o zakupu poslovnoga prostora sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje otkazom.

(2) Ugovor o zakupu poslovnoga prostora sklopljen na neodređeno vrijeme ne može na osnovi otkaza prestati prije isteka jedne godine od dana sklapanja, ako ugovorom nije drukčije određeno.”

- otkazni rok je tri mjeseca ako ga ugovorne strane nisu drukčije odredile (čl. 25. st. 2., ZZPP)
- otkaz se daje u pisanom obliku i dostavlja preporučenom poštom zakupodavcu (ugovor se može otkazati i putem javnog bilježnika).

Mogućnost otkazivanja putem javnog bilježnika (čl. 26. st. 2., ZZPP) novina je predviđena Zakonom o zakupu poslovnog prostora.

U tom slučaju javni bilježnik o priopćenom otkazu sastavlja zapisnik koji pod određenim pretpostavkama (ako sadrži izjavu potpisanu po protivnoj stranici da se ne protivi otkazu) ima snagu ovršne isprave (čl. 26. st. 3., ZZPP).

Sudska praksa pokazuje da su prava i obveze stranaka iz ugovora o zakupu poslovnog prostora u svezi s otkazom bile česti predmet spora. To se posebno odnosi na slučajeve koji su sada obuhvaćeni odredbama čl. 27. st. 1. toč. 1. ZZPP-a⁴⁷, tj. neplaćanje zakupnine.

Navodimo sljedeća zauzeta stajališta:

“Kad je zakupoprimac koji prethodno nije opomenut da plati zakupninu, odmah po primitku naloga suda platio dužnu zakupninu, zakupodavac ne može s osnovom zahtijevati ispražnjenje poslovnih prostorija.” (VS, Rev-1652/93 od 16. lipnja 1993., objavljena u “Izboru odluka” 1/1995, sent. 24)

“Samo neisplaćeni iznos zakupnine, a dospio do opomene koju je zakupodavac uputio zakupcu može biti razlog odustanka od ugovora.” (VS, Rev-1512/01 od 2. listopada 2001., objavljena u “Izboru odluka” 2/2002, sent. 33)

“Podnošenje tužbe iz odredbe čl. 52. st. 1. Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama ima značenje izjave zakupodavca o odustanku od ugovora o zakupu u smislu odredbe čl. 51. tog zakona ako je do donošenja prvostepene presude istekao rok za ispražnjenje poslovnih prostorija.” (Stav zauzet na sjednici Građansko-privrednog odjela Vrhovnog suda RH (VII/87), održanoj 21. prosinca 1987., objavljen u PSP 39/59a)

“Kad je zakup poslovnih prostorija ugovoren na određeno vrijeme, a zakupodavac propusti obavijestiti zakupoprimca o odustanku od ugovora i o roku za predaju poslovnih prostorija, tada tužba sudu zamjenjuje takvu obavijest kad je rok za predaju poslovnih prostorija istekao prije odlučivanja o tužbenom zahtjevu za predaju poslovnih prostorija.” (VS, Rev-196/87 od 14. lipnja 1987., objavljena u PSP 39/59)

“Kad je zakupodavac dao izjavu o odustanku od ugovora o zakupu, a da u njoj nije odredio rok za predaju ispražnjene poslovne prostorije, treba smatrati da taj rok iznosi mjesec dana od dana kad je druga strana primila izjavu o odustanku.” (VS, Rev-1682/92 od 29. listopada 1992., objavljena u “Izboru odluka” 1993, sent. 80)

“Plaćanje zakupnine nakon što je izjavom o odustanku već prestao ugovor o zakupu poslovnih prostorija ne utječe na pravo zakupodavca da traži ispražnjenje poslovne prostorije.” (VS, Rev-105/94 od 23. svibnja 1995., objavljena u “Izboru odluka” 1/1996, sent. 40)

⁴⁷ Ranije članak 50. Zakona o poslovnim zgradama i poslovnim prostorijama.

“Odustanak zakupca od ugovora o zakupu poslovnog prostora sklopljenog na određeno vrijeme suprotno zakonskim odredbama, nema učinak prema zakupodavcu, pa on ima pravo na isplatu zakupnine za vrijeme trajanja ugovora o zakupu.” (VS, Rev-2886/99 od 14. siječnja 2003., objavljena u “Izboru odluka” 1/2003, sent. 41)

“Zastara potraživanja s naslova neplaćene zakupnine nije od utjecaja na postojanje razloga za prestanak ugovora o zakupu zbog neplaćanja zakupnine.” (VS, Rev-3384/94 od 17. prosinca 1997., objavljena u “Izboru odluka” 1/1998, sent. 35).

V.3. Raskid

Raskid ugovora o zakupu poslovnog prostora, kao način prestanka zakupa, Zakonom o zakupu poslovnog prostora izričito je predviđen u odredbama čl. 8., čl. 11. st. 1., čl. 12. st. 2., čl. 14. st. 3. i čl. 16. st. 3.

Zakupnik ima pravo raskinuti ugovor:

- ako mu zakupodavac ne preda poslovni prostor u ugovorenom roku (čl. 8. st. 2., ZZPP)
- ako mu zakupodavac ne preda poslovni prostor u stanju utvrđenom ugovorom ili Zakonom (čl. 11. st. 1., ZZPP)
- ako zakupodavac u primjerenom roku ne izvrši popravak koji je dužan izvršiti
- u slučaju radova koje obavlja zakupodavac radi uređenja prostora ili sniženja troškova (čl. 14. st. 3., ZZPP).

Zakupodavac ima pravo raskinuti ugovor:

- ako zakupnik bez njegove suglasnosti ili unatoč protivljenju izvrši preinake ili nastavlja s radovima (čl. 16. st. 3., ZZPP).

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-1485/96 od 18. travnja 2000. (objavljena u “Izboru odluka” 2/2000, sent. 29) “ugovor o zakupu poslovnog prostora ne može se raskinuti prostom izjavom.”

U obrazloženju se navodi:

“Sudovi nalaze da vraćanjem jednog primjerka ključeva od poslovnih prostorija sporni ugovorni odnos nije raskinut niti do takovog stanja dovodi prosta izjava na koju se tuženik poziva u smislu čl. 124. ZOO.

Sudovi su pravilno ocijenili da se ugovor o zakupu poslovnog prostora ne može raskinuti prostom izjavom u smislu čl. 124. ZOO kako to pogrešno revident nalazi, jer se na sporni ugovorni odnos te odredbe i ne primjenjuju (čl. 568. ZOO - “Narodne novine”, br. 53/91), već posebne odredbe Zakona o poslovnim zgradama i prostorijama (čl. 41. i 49.), pa ni sama predaja jednog primjerka ključeva od poslovnog prostora tužitelju nema i ne može imati značenje raskida spornog ugovornog odnosa.”

V.4. Prodaja, smrt, statusna promjena

Zakup ne prestaje prodajom, smrću ili statusnim promjenama.

O slučaju kad treća osoba prodajom ili po drugoj osnovi stekne poslovni prostor i o zakonom predviđenom ustupanju ugovora koji regulira čl. 31. ZZPP-a, govorili

smo opširnije u Točki III.4.

Prema odredbama čl. 32. ZZPP-a zakup ne prestaje smrću, odnosno promjenom pravnoga položaja zakupnika, ako ugovorom nije drukčije određeno. U slučaju iz stavka 1. ovoga članka nasljednici, odnosno pravni sljednici stupaju u prava i obveze zakupnika.

Citirane zakonske odredbe govore samo o zakupniku pa se u svezi s time ističe⁴⁸ da se vjerojatno radi o propustu zakonodavca. Upućuje se pri tome na odredbe čl. 599. ZOO-a koje obuhvaćaju i zakupodavca.

I prema ranijoj sudskoj praksi "smrću jedne ugovorne strane ugovor o zakupu poslovnog prostora ne prestaje". (VS, Rev-2222/82 od 24. veljače 1983.)

VI. Nadležnost

a) Prema odredbama čl. 33. ZZPP⁴⁹ sud je nadležan za rješavanje spora između zakupodavca i zakupnika:

- o međusobnim pravima i obvezama iz ugovora o zakupu
- za ispražnjenje poslovnog prostora.

Prema odredbama čl. 34. st. 1. toč. 7. Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., dalje: ZPP, ranije je to regulirao čl. 16. toč. 2.g/ Zakona o sudovima - "Narodne novine", broj 3/94., 100/96., 131/97., 129/00.) općinski sudovi u parničnom postupku sude, pored ostalog, u sporovima iz najamnih, zakupnih i stambenih odnosa, osim sporova iz čl. 34. st. 1. (ranije iz čl. 19. toč. 1.a/) Zakona o sudovima.

Prema odredbi čl. 34.b/ toč. 1. ZPP (ranije čl. 19. toč. 1.a/ Zakona o sudovima) trgovački sudovi u parničnom postupku u prvom stupnju sude u sporovima što proizlaze iz trgovačkih ugovora i u sporovima za naknadu štete koja proizlazi iz tih ugovora, između osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost.

To znači da su za suđenje u sporovima iz zakupnih odnosa nadležni trgovački sudovi kad ti sporovi proizlaze iz trgovačkih ugovora sklopljenih po osnovu zakupa između navedenih osoba.

Odlučujući povodom sukoba nadležnosti između općinskih i trgovačkih sudova Vrhovni sud RH izjašnjavao se i o nadležnosti za suđenje u sporovima koji su proizlazili iz zakupnih odnosa.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Gr-1014/01 od 11. prosinca 2001. (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002, sent. 146) "za suđenje u sporovima iz najamnih, zakupnih i stambenih odnosa koji proizlaze iz trgovačkih ugovora sklopljenih između osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost, nadležni su trgovački sudovi."

U obrazloženju je navedeno:

⁴⁸ M. Pavlović, op. cit., str. 78.

⁴⁹ Članak 33. Zakona o zakupu poslovnog prostora u cijelosti glasi:
"Za rješavanje spora između zakupodavca i zakupnika o međusobnim pravima i obvezama iz ugovora o zakupu te za ispražnjenje poslovnoga prostora nadležan je sud."

“Prema odredbi čl. 16. st. 1. toč. 2.g) ZS-a općinski sudovi u građanskim predmetima sude pored ostalog u sporovima iz najamnih, zakupnih i stambenih odnosa, osim sporova iz čl. 19. toč. 1. a) ovog Zakona.

Odredbom čl. 19. toč. 1. a) ZS-a je propisano da trgovački sudovi u prvom stupnju sude u sporovima što proizlaze iz trgovačkih ugovora i u sporovima za naknadu štete koja proizlazi iz tog ugovora između osoba koje obavljaju gospodarsku djelatnost.

To znači da su trgovački sudovi nadležni za suđenje u sporovima iz najamnih, zakupnih i stambenih odnosa, ako takvi sporovi proizlaze iz trgovačkih ugovora sklopljenih na osnovi najma.

Za ocjenu da li navedeni spor u konkretnom slučaju iz najamnog odnosa proizlazi iz trgovačkog ugovora, mjerodavna je odredba iz čl. 25. st. 2. Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine” br. 53/91, 73/91, 3/94, 1/96 i 112/99 – u daljnjem tekstu: ZOO) koja, određujući pojam ugovora u privredi navodi, da su to ugovori što ih poduzeće i druge pravne osobe koje obavljaju privrednu (gospodarsku) djelatnost, te imao ci radnji i drugi pojedinci koji u obliku registriranog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost, sklapaju među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmete njihova poslovanja ili su u vezi s tim djelatnostima.

U konkretnom slučaju, prema ocjeni ovog Vrhovnog suda RH, takav Ugovor o najmu poslovnog prostora i opreme (u naravi salon automobila, servisne hale, prodavaonice i dr.) koji su zaključile parnične stranke, kao trgovački subjekti (obje stranke su pravne osobe – dionička društva), a u svrhu korištenja predmeta najamnog odnosa za obavljanje gospodarske djelatnosti, predstavlja trgovački ugovor, pa je stoga za suđenje u konkretnom sporu za naknadu štete, koji spor proizlazi iz takvog trgovačkog ugovora, primjenom odredbe čl. 16. toč. 2 g), u svezi s čl. 19. toč. 1. a) ZS-a stvarno nadležan Trgovački sud u V.”

Isto stajalište zauzima se i u odluci Vrhovnog suda RH, Gr-671/01 od 24. listopada 2001.

U odluci Vrhovnog suda RH, Gr-976/02 od 29. studenog 2001. (objavljena u “Izboru odluka” 2/2002, sent. 144), zauzeto je sljedeće stajalište: “Ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen između dva trgovačka društva trgovački je ugovor.”

S obzirom na odredbe čl. 26. st. 1. ZZPP prema kojima se ugovor o zakupu sklopljen na neodređeno vrijeme otkazuje pisanim otkazom koji se dostavlja poštom ili otkazom putem javnog bilježnika, sud više nije nadležan za otkazivanje ugovora o zakupu.

Stoga se smatra (takvo je stajalište izloženo i na Zajedničkom sastanku Vrhovnoga suda RH i županijskih sudova od 16. i 17. prosinca 1999.) da je tužba s tužbenim zahtjevom kojim se traži otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora nedopuštena i da je treba odbaciti.

Prema odluci Županijskog suda u Koprivnici, Gž-322/98 od 17. svibnja 1998. (objavljena u “Izboru odluka” 1/1998, sent. 182), “nakon stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnih prostorija (“Narodne novine”, broj 91/96) sud više nije nadležan za provođenje postupka za otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija, pa takav otkazni nalog valja odbaciti temeljem odredbe čl. 16. st. 3. Zakona o parničnom

postupku.”

U obrazloženju se ističe:

“Otkaz ugovora o zakupu poslovnih prostorija zaprimljen je u formi otkaznog naloga kod prvostupanskog suda 3. ožujka 1997.g. U to vrijeme već je bio na snazi Zakon o zakupu poslovnih prostorija (“Narodne novine”, broj 91/96). Prema čl. 24. st. 1. istog zakona, ugovor o zakupu poslovnog prostora sklopljen na neodređeno vrijeme prestaje otkazom, a prema čl. 26. st. 1. istog zakona, ugovor o zakupu se otkazuje pisanim otkazom koji se dostavlja zakupniku putem pošte preporučeno ili otkazom preko javnog bilježnika. Prema tome, od 5. studenog 1996.g. kada je taj zakon stupio na snagu, ugovori o zakupu poslovnih prostorija sklopljeni na neodređeno vrijeme ne otkazuju se putem suda kao što je to pogrešno učinjeno u ovom predmetu. Otkaz takvog ugovora o zakupu poslovnih prostorija ne spada više u sudsku nadležnost, pa je sud prvog stupnja bio dužan primjenom odredbe čl. 16. st. 1. i 3. Zakona o parničnom postupku odbaciti otkazni nalog i oglasiti se nenadležnim. Tek onda kada zakupnik ne prihvati otkaz i ne preda zakupljene poslovne prostorije zakupodavcu, dolazi do spora između ugovornih stranaka, a o zahtjevu da se predaju ispražnjene poslovne prostorije odlučuje sud u parničnom postupku.”

Isto tako i odluka Vrhovnog suda RH, Rev-2558/98 od 10. srpnja 2002. (objavljena u “Izboru odluka” 1/2003, sent. 40), “sud nije nadležan za odlučivanje o tužbenom zahtjevu za otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora.”

U obrazloženju se ističe:

“Prvostupanskim rješenjem odbačena je tužba, te je tužitelj obavezan tuženiku naknaditi parnične troškove u iznosu od 400,00 kn.

Predmet spora je tužbeni zahtjev za otkaz ugovora o zakupu poslovnog prostora što su ga stranke i to tužitelj kao zakupodavac a tuženik kao zakupac sklopile 22. studenog 1995. godine u pogledu poslovnog prostora u K.

Tužba u ovom sporu podnesena je 27. siječnja 1998. godine, dakle nakon stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora (“Narodne novine”, broj 91/96), koji je u odredbi čl. 37. propisao da će se parnični i ovršni postupci koji nisu dovršeni do njegovog stupanja na snagu dovršiti po odredbama zakona koji je važio do stupanja na snagu navedenog zakona. Kako je tužba u ovom sporu podnesena nakon stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora, na predmetni slučaj se primjenjuje taj zakon, koji u svojim odredbama međutim ne predviđa nadležnost suda za otkazivanje ugovora o zakupu poslovnog prostora. Naime, u smislu propisa toga zakona stranke same otkazuju ugovor o zakupu poslovnih prostorija iz predviđenih razloga na propisani način, ili putem javnog bilježnika (čl. 26.-29.)”

Kad se tužbenim zahtjevom traži otkaz ugovora o zakupu i ispražnjenje odnosno predaja poslovnog prostora, tužbu bi trebalo odbaciti u dijelu u kojem se odnosi na otkaz.

U praksi se događa u primjeni odredaba Zakona o zakupu poslovnog prostora, da zakupodavac podnese tužbu za ispražnjenje, a da prethodno nije pisanim otkazom otkazao ugovor o zakupu sklopljen na neodređeno vrijeme, odnosno nije postupio po odredbi čl. 26. st. 1. cit. Zakona.

Prema jednom mišljenju u takvom slučaju dostava tužbe zakupniku znači

davanje otkaza te u tom slučaju ako otkazni rok protekne do zaključenja glavne rasprave, smatra se da se presudom može prihvatiti tužbeni zahtjev i zakupniku naložiti da isprazni poslovni prostor.

b) Povodom ostvarivanja zaštite u svezi s ugovorom o zakupu poslovnog prostora postavilo se pitanje da li se ta zaštita može ostvarivati u upravnom sporu. O tome se u više predmeta izjašnjavao Upravni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Upravni sud RH).

Tako odluka Upravnog suda RH, Us-7374/2001 od 21. studenog 2001. zauzima sljedeća stajališta:

“Obavijest ravnatelja Doma zdravlja o otkazu ugovora o zakupu nije upravni akt.”

“Ugovor o zakupu zaključen s Domom zdravlja nije upravni akt.”

U razlozima te odluke, između ostalog, je navedeno:

“Sukladno odredbi čl. 33. st. 3. Zakona o zdravstvenoj zaštiti (“Narodne novine”, broj 1/97 – pročišćeni tekst) domovi zdravlja su u vlasništvu županija odnosno Grada Z. Ugovor o zakupu sa Domom zdravlja sklopljenog 14. listopada 1998. između tužitelja kao zakupca i Doma zdravlja “D.” u Z. kao zakupodavca, ne predstavlja upravni akt u smislu čl. 6. Zakona o upravnim sporovima, već se radi o aktu raspolaganja vlasnika konkretne zdravstvene ustanove kao nositelja vlasničkih prava na poslovnom prostoru.

U smislu članka 55. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, ravnatelj organizira i vodi poslovanje, predstavlja i zastupa zdravstvenu ustanovu i odgovoran je za zakonitost rada. Međutim, ravnatelj zdravstvene ustanove nije tijelo iz članka 5. Zakona o upravnim sporovima niti je konkretna obavijest (o otkazu zakupa) rješenje o pravu (tužitelja) u kakvoj upravnoj stvari.”

Prema odluci Upravnog suda RH, broj Us-1559/1996 od 6. studenog 1997. “odluka tijela jedinica lokalne samouprave za provedbu natječaja za davanje u zakup javnih površina radi postave kioska nije upravni akt, nego akt raspolaganja”.

Isto tako “rješenje Ministarstva zdravstva o zakupu ljekarne nije upravni akt” (Us-7268/96 od 18. veljače 1998.).

Nadalje, prema odluci Upravnog suda RH, Us-11395/97 od 25. veljače 1998. “o davanju u zakup poslovnog prostora ne odlučuje se u upravnom postupku, pa se odluka o izboru najpovoljnije ponude ne smatra upravnim aktom”.

Prema odluci Upravnog suda RH, Us-7319/1995 od 17. rujna 1997. “zakupac koji koristi poslovni prostor u skladu s ugovorom o zakupu odnosno koji ima suglasnost zakupodavca za adaptaciju tog prostora, ima pravni interes tražiti izdavanje lokacijske dozvole za tu adaptaciju.”

VII. Prijelazne odredbe

O prijelaznim odredbama čl. 34. i 35. ZZPP-a već smo govorili u Točki II.

Ovdje bismo se osvrnuli na odredbu čl. 37. ZZPP prema kojoj “parnični i ovršni postupci koji nisu pravomoćno dovršeni do stupanja na snagu ovoga Zakona dovršiti

će se po odredbama zakona koji je važio do stupanja na snagu ovoga Zakona”.

Iz toga slijedi da će se prava i obveze stranaka iz ugovora o zakupu poslovnog prostora u postupcima koji nisu pravomoćno dovršeni do 6. studenog 1996. godine (kao dana stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora) prosuđivati primjenom ranije važećih propisa.

U vezi s primjenom čl. 37. ZZPP-a izjašnjavala se i sudska praksa.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev-432/02 od 27. ožujka 2002. (objavljena u “Izboru odluka” 1/2003, sent. 36), “kad je tužba za predaju poslovnog prostora nakon prestanka ugovora o zakupu poslovnog prostora zaključenog na određeno vrijeme podnesena nakon stupanja na snagu Zakona o zakupu poslovnog prostora primjenjuje se taj zakon.”

Prema odluci Županijskog suda u Rijeci, Gž-252/98 od 4. ožujka 1998. (objavljena u “Izboru odluka” 1/1998, sent. 32), “za prosudbu primjene odredbi ranijih zakona, a prema odredbi iz članka 37. ZZPP, nije odlučan trenutak nastanka spornog odnosa pa niti zaključenja ugovora o zakupu, već razdoblje nakon pokretanja sudske postupka.”

U obrazloženju se ističe:

“Odredbom iz čl. 37. Zakona o zakupu poslovnog prostora (“Narodne novine”, broj 91/96 ZZPP) propisano je da će se parnični i ovršni postupci koji nisu pravomoćno dovršeni do stupanja na snagu toga zakona, dovršiti po odredbama zakona koji je važio do stupanja na snagu toga zakona. U konkretnom slučaju ne radi se o takvom postupku jer je tužba podnesena sudu s danom 9. svibnja 1997. g., dakle, nakon stupanja na snagu prije spomenutog zakona. Za prosudbu primjene materijalnog prava, dakle, a prema odredbi iz čl. 37. ZZPP, nije odlučan trenutak zaključenja ugovora o zakupu, već razdoblje vođenja postupka.”

Summary

LAW ON LEASE AND SALE OF BUSINESS PREMISES - Application in Practice -

The article deals with legal regulation of lease of business premises established by the Law on Lease of Business Premises, now – Law on Lease and Sale of Business Premises.

Emphasis is placed on particular issues related to application of the Law, especially: application of general rules of the Law on Obligations on lease; conclusion of lease with a special overview of the form of contract; procedure for conclusion of a lease; subjects and objects of lease; rights and obligations of parties, primarily fundamental obligation of a leaser to deliver business premises and provide for its maintenance, and of a lessee to pay rent and to return business premises after termination of the lease; termination of a lease; jurisdiction for disputes related to lease.

Special emphasis is placed on significant changes in the legal regulation of lease

of business premises owned by the Republic of Croatia or other public legal persons, according to the latest revision and amendments of the said Law in 2004.

The author analyzes available case-law, including case-law under previous rules on lease of business premises that remained relevant for the same or similar issues that appear in application of the present rules.

Key words: lease, business premises.

Zusammenfassung

GESETZ ÜBER PACT UND VERKAUF VON GESCHÄFTSRÄUMEN - Anwendung in der Praxis -

In dem Aufsatz ist die Rede von der Rechtsregulative der Pacht von Geschäftsräumen, die durch die Verabschiedung des Gesetzes über die Pacht von Geschäftsräumen, jetzt Gesetz über Pacht und Verkauf von Geschäftsräumen wieder aufgenommen wurde.

Die Betonung liegt auf einzelnen Fragen bezüglich der Anwendung dieses Gesetzes, und besonders werden jene betrachtet, die sich auf Folgendes beziehen: auf die Anwendung allgemeiner Vorschriften des Schuldrechts auf die Pacht, auf die Gründung der Pacht unter Berücksichtigung der Vertragsform, das Verfahren der Gründung der Pacht, Subjekte der Pacht und Gegenstand der Pacht; auf Rechte und Pflichten der Parteien und dies vor allem Grundpflichten des Pächters zu Übergabe und Instandhaltung der Geschäftsräume sowie die Pflichten des Käufers zur Bezahlung der Pacht und die Rückgabe der Geschäftsräume nach Ablauf der Pacht; auf das Ende der Pacht; auf die Befugnis zur Entscheidung über die Streitigkeiten, die sich aus dem Pachtverhältnis ergeben.

Besonders werden wesentliche Änderungen erwähnt, die sich auf die Verpachtung von Geschäftsräumen beziehen, die Eigentum der Republik Kroatien oder Personen des öffentlichen Rechts sind, und dies nach den letzten Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Pacht und Verkauf von Geschäftsräumen (ZZPP) von 2004.

Es wurden zugängliche Gerichtsurteile benutzt einschließlich derer auf Grund früher geltender Vorschriften über die Pacht von Geschäftsräumen, und zwar in dem Teil, der hinsichtlich ähnlicher Fragen, die in den aktuellen Vorschriften auftauchen, nichts an Aktualität verloren hat.

Schlüsselwörter: Pacht, Geschäftsräume.

Sommario

LEGGE SULL’AFFITTO E LA VENDITA DI SPAZI COMMERCIALI – applicazione nella prassi –

Nell’articolo si parla della regolamentazione giuridica dell’affitto di spazi commerciali stabilita dalla Legge sull’affitto di spazi commerciali, ora Legge sull’affitto e la vendita di spazi commerciali.

È posto accento sulle particolari questioni relative all’applicazione di questa Legge, e particolarmente: l’applicazione delle regole generali della Legge sulle obbligazioni all’affitto; la conclusione dell’affitto con particolare sguardo alla forma del contratto, alla procedura di conclusione dell’affitto, a soggetti e oggetti dell’affitto, a diritti e obbligazioni delle parti; l’obbligazione fondamentale dell’affittante di consegnare gli spazi commerciali e provvedere alla loro manutenzione, e dell’affittuario di pagare il canone e rendere gli spazi commerciali dopo la cessazione dell’affitto; la cessazione dell’affitto; la giurisdizione per le cause relative all’affitto.

È posto particolare accento sui cambiamenti significativi nella regolamentazione giuridica dell’affitto degli spazi commerciali di proprietà della Repubblica di Croazia o di altre persone giuridiche pubbliche, secondo le successive modificazioni e integrazioni della Legge sull’affitto di spazi commerciali nell’anno 2004.

È utilizzata la prassi giudiziale disponibile, inclusa quella formata sotto le precedenti regole sull’affitto di spazi commerciali che rimane rilevante per le questioni identiche o simili che emergono nell’applicazione delle regole attuali.

Parole chiave: affitto, spazi commerciali.

ZAŠTITA TVRTKE U HRVATSKOM PRAVU s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Ravnatelj Šibenskog kazališta, Šibenik

UDK: 347.774(497.5)
Ur.: 3. studenog 2004.
Pr.: 14. prosinca 2004.
Stručni članak

U ovom radu autor je uvodno iznio problematiku pojma, pravne prirode i temeljnih sastojaka tvrtke. Tvrtka je ime pod kojim društvo posluje i sudjeluje u pravnom prometu. Tvrtka trgovačkoga društva mora se jasno razlikovati od tvrtke drugoga trgovca upisane u trgovački registar kod istoga registarskoga suda. Problematiku tvrtke reguliraju brojni domaći i međunarodni propisi. S obzirom na pravnu narav, tvrtka uživa višestruku pravnu zaštitu. Zaštita tvrtke pruža se na temelju Zakona o trgovačkim društvima i drugih propisa. Te se zaštite međusobno ne isključuju, pa se ovlaštenik, ako su za više njih ispunjene pretpostavke, može koristiti najpogodnijom, najčešće onom koja predstavlja manji teret dokazivanja.

Zaštita prema propisima o trgovačkim društvima podrazumijeva kako sudsku kontrolu osujećivanja situacije da se kod istog suda uz već upisanu tvrtku upiše naknadno ista ili slična tvrtka, tako i daleko širu zaštitu koja nije ograničena postupanjem ex offo i sudskim registrom u kojem je tvrtka upisana. Osim općih propisa o trgovačkim društvima, tvrtka se može štititi i u sklopu propisa koji reguliraju zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja. Zaštita tvrtke ostvaruje se i prema propisima o intelektualnom odnosno industrijskom vlasništvu. Među pravima intelektualnog vlasništva tvrtka se tako štiti žigovnim pravom. Kod toga je autor elaborirao ključnu razliku između tvrtke i žiga, jer tvrtka predstavlja znak koji ukazuje na određeni gospodarski subjekt, a ne na određenu robu ili uslugu za razliku od žiga. Za razliku od navedenih modaliteta pravne zaštite tvrtke, kaznenopravna zaštita ograničena je samo na teže povrede tvrtke koje su eksplicitno opisane u kaznenom zakonu.

Ključne riječi: tvrtka, žig, trgovačko ime, poslovno ime.

I. Uvod

1.1. *Temeljne odrednice pojma tvrtke*

Tvrtka je ime pod kojim društvo posluje i sudjeluje u pravnom prometu.¹

Kako se upravo po tvrtki njen nositelj razlikuje od ostalih pravnih subjekata, temeljna funkcija tvrtke se ogleda u individualiziranju društva.²

Tvrtka trgovačkoga društva mora se jasno razlikovati od tvrtke drugoga trgovca upisane u trgovački registar kod istoga registarskoga suda.³ Na temelju načela isključivosti tvrtke u sudski se registar istog suda ne mogu upisati: a) tvrtka koja je jednaka već upisanoj tvrtki ni b) tvrtka koja se jasno ne razlikuje od već upisane tvrtke. Sud na to pazi po službenoj dužnosti.

Isključivošću se štiti opravdani interes nositelja poduzeća da štiti svoj položaj u tržišnom natjecanju tako što će se druge sudionike u tom natjecanju spriječiti da upotrebljavaju istu ili sličnu tvrtku.⁴

Nositelju poduzeća pripadaju i poduzeće i tvrtka, te se tvrtka ne može prenositi na drugoga odvojeno od poduzeća, jer bi u suprotnom moglo doći do štetnih zabuna u pravnom prometu oko identiteta sudionika u pravnom prometu. U poslovnim odnosima stoga se u gospodarskom smislu pod tvrtkom iskazuje poduzeće, a u pravnom smislu javlja se njegov nositelj.⁵

Uvriježeno je pravilo da svako poduzeće može imati samo jednu tvrtku i da svaka tvrtka pripada samo jednom poduzeću.

Svaki dio trgovačkoga društva mora poslovati pod istom tvrtkom, s time da joj se može dodati oznaka koja upućuje na to da se radi o dijelu društva (načelo jedinstvenosti).⁶ Podružnica može poslovati pod svojom tvrtkom.⁷ Ako je u trgovačkom registru u koji treba upisati tvrtku podružnice takva tvrtka već upisana, tvrtka podružnice mora sadržavati dodatak kojim se osigurava da se ona jasno razlikuje od već upisane tvrtke.⁸

¹ Tako i Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga prva, Opći dio, Organizator, Zagreb, 1999., str. 254.; Gorenc, V., *Trgovačko pravo*, Društva, Školska knjiga, Zagreb, 1996., str. 44.; Guhl, T., Koller, A., Druey, J.N., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, achte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zuerich, 1995., str. 778.

² Ovakvo zakonsko određenje pojma tvrtke poznaju i druga zakonodavstva, primjerice u njemačkom pravu par. 17. st. 1. *Handelsgesetzbuch-a* odnosno čl. 12. slovenskog Zakona o gospodarskih družbah (ZGD). Za detaljnije vidi kod Schmidt, K., *Handelsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1994., str. 344., odnosno Ivanjko, Š., Kocbek, M., *Pravo družb – statusno gospodarsko pravo*, drugo izdanje, ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1996., str. 102.

³ Vidi čl. 11. st. 2. Zakona o trgovačkim društvima (ZTD).

⁴ Barbić, J., *op.cit.*, str. 284.

⁵ Barbić, J., *op.cit.*, str. 255.

⁶ Gorenc, V., *op.cit.*, str. 45.

⁷ Vidi čl. 26. st. 1. ZTD-a.

⁸ Vidi čl. 29. st. 2. ZTD-a.

Tvrtka trgovačkoga društva određuje se izjavom o osnivanju društva ili društvenim ugovorom, odnosno statutom društva. Ona se mijenja na način određen izjavom o osnivanju društva ili društvenim ugovorom, odnosno statutom društva. Tvrtka trgovačkoga društva i sve njene promjene upisuju se u trgovački registar. Podaci sadržani u tvrtki moraju biti istiniti (načelo istinitosti tvrtke).

Dakle, tvrtka nastaje upisom u sudski registar i to u postupku upisa društva u registar pravnih osoba, jer je ona jedan od podataka koji se upisuju u registar. Radi se o neizostavnom elementu upisa, jer ukoliko nema podataka o tvrtki, registarski sud neće provesti upis.

1.2. Izvori prava

Problematiku tvrtke reguliraju brojni domaći i međunarodni propisi.

Ključni su propisi hrvatskog prava koji se odnose na tvrtku sljedeći:

1. Zakon o trgovačkim društvima ("Narodne novine", 111/93., 34/99. i 118/03., dalje: ZTD)
2. Zakon o zadrugama ("Narodne novine", br. 36/95., 67/01. i 12/02.)
3. Zakon o obrtu ("Narodne novine", br. 49/03.)
4. Zakon o trgovini ("Narodne novine", br. 101/98., 75/99., 76/99., 61/01., 109/01., 49/03. – pročišćeni tekst, 103/03 i 170/03.)
5. Zakon o ustanovama ("Narodne novine", br. 76/93., 29/97. i 47/99.)
6. Zakon o udrugama ("Narodne novine", br. 88/01. i 11/02.)
7. Zakon o sudskom registru ("Narodne novine", br. 1/95., 57/96. i 45/99.).

Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva predviđa norme koje se odnose na zaštitu trgovačkih imena u svim zemljama članicama Konvencije.⁹

Tako čl. 8. Pariške konvencije predviđa sljedeće:

„Trgovačko ime bit će zaštićeno u svim zemljama Unije, bez obveze prijavljivanja ili registracije, sačinjava li ono ili ne dio nekog tvorničkog ili trgovačkog žiga.“

Inače, odredba čl. 8. Pariške konvencije inkorporirana je i u Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – the TRIPS Agreement).¹⁰

Ova odredba je široko formulirano pravilo, koja ostavlja dovoljno prostora za nacionalnu implementaciju u zakonodavstvima zemalja članica. Ona sadržava tri elementa koja određuju nacionalnu implementaciju, ali ipak uz to se ostavlja dovoljno slobode u koncipiranju zaštite na nacionalnim razinama.

Ta tri elementa jesu:

1. zemlje članice Pariške konvencije moraju predvidjeti zaštitu trgovačkih imena;

⁹ Čizmić, J. – Zlatović, D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 495. -517.

¹⁰ Vidi čl. 2.1 TRIPS-a.

2. zaštita se mora pružati neovisno o uvjetima registracije;
3. zaštita mora biti posebna i neovisna od zaštite koja je predviđena za žigove, čak i kad je trgovačko ime također registrirano i kao žig.¹¹

Sloboda u implementaciji koja je prepuštena zemljama članicama Pariške konvencije na nacionalnoj razini uključuje dva važna područja. Prvenstveno se to odnosi na definiranje što sve tvori tvrtku, a zatim i na uvjete koji se moraju ispuniti u nazivu kao preduvjetu trgovačkog imena. Različiti uvjeti mogu biti primijenjeni, uključujući uvjet prirodene ili stečene razlikovnosti, uvjet uporabe i uvjet utemeljenja reputacije ili goodwilla u trgovačkom imenu.

Drugo područje ostavljeno nacionalnim zakonodavstvima jest opseg zaštite u odnosu na tvrtke. Zaštita nije apsolutna i obično se određuje u odnosu na jedan ili oba čimbenika, odnosno na područje poslovne aktivnosti na kojem se tvrtka koristi odnosno na zemljopisno područje na kojem tvrtka uživa reputaciju.

1.3. Pravna priroda tvrtke

Pravna narav tvrtke proizlazi iz njezine vezanosti za nositelja jer predstavlja ime koje određenu pravnu osobu povezuje s njenim poduzećem. Stoga možemo govoriti o osobnopravnom elementu pravne naravi tvrtke.

Nužno, takvo određenje dovodi do toga da se moraju osigurati adekvatni vidovi zaštite tvrtke. Nositelj tvrtke ima apsolutno pravo uporabe tvrtke u odnosu na sve treće osobe koristiti prema trećim osobama. Stoga možemo osobnopravnom elementu pridodati i imovinskopravnu komponentu pravne prirode tvrtke.¹² Kod ove druge komponente, a s obzirom na svoju razlikovnu funkciju, tvrtka ima obilježja prava industrijskog vlasništva s pravnim učincima koji iz toga proizlaze.¹³

Iako je, naime, riječ o osobnom pravu, ne može se zanemariti činjenica da je tvrtka značajna gospodarska vrijednost zbog toga što se uz nju vezuju "goodwill" poduzeća čije se poslovanje iskazuje tvrtkom i s kojom se ono određuje prema trećima. Zbog toga se i postavljaju ograničenja glede raspolaganja tvrtkom kako bi ona obavila spomenutu gospodarsku funkciju.¹⁴

1.4. Glavna obilježja, sastojci i načela tvrtke

Sastojci tvrtke određeni su ZTD-om u čl. 13., u kojem se između ostaloga navodi da tvrtka trgovačkog društva mora uz naznaku kojom se поблиže obilježava ime

¹¹ Čizmić, J., *Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva, "Pravo u gospodarstvu"*, br. 9-10/94.

¹² Schmidt, K., *op.cit.*, str. 352.-356.

¹³ Barbić, J., *op.cit.*, str. 259.

¹⁴ *Ibid.*

društva sadržavati naznaku predmeta poslovanja društva.¹⁵ S obzirom na sastojke, tvrtka može biti: a) osobna, b) stvarna, c) mješovita. Sastojci tvrtke mogu biti obvezni i fakultativni.

Sastojci tvrtke ne mogu biti takvi da stvaraju zabunu glede predmeta poslovanja trgovačkog društva, utiska o identitetu ili povezanosti s drugim društvom, da vrijeđaju prava intelektualnog i industrijskog vlasništva ni druga prava drugih osoba. Ovdje je utvrđeno načelo različitosti kao jedno od temeljnih načela tvrtke izuzetno bitnih za određivanje vidova i opsega njene zaštite, a sve u cilju zaštite trećih osoba u prometu te zaštite javnog interesa.¹⁶ Iznimka je učinjena glede povezanih društava koja mogu u svojim tvrtkama upotrebljavati zajedničke sastojke (čl. 14. st. 2. ZTD-a).

Zabrana stvaranja zabune, o kojoj se govori u čl. 14. st. 1. Zakona, primjenjuje se i u odnosu prema osobama koje nisu upisane u sudski registar nego su upisane u nekom drugom registru, primjerice slučaj s obrtom.¹⁷

Tvrtke se moraju jasno razlikovati jedna od druge. Razlike moraju biti takve da u uobičajenom prometu sprječavaju zamjenu tvrtki. Cilj je tvrtke da omogući identifikaciju osobe, ali tako da to ne dovede do mogućnosti zamjene u prometu. Pri tome je mjerodavan ukupan dojam koji tvrtka ostavlja na obične ljude, dakle i ovdje se primjenjuje kriterij sličan onome u žigovnom pravu.

Tvrtke se uspoređuju onako kako se koriste u poslovnom prometu pa je dovoljno i da se radi o skraćenim tvrtkama. Suglasnost imatelja tvrtke da netko drugi u svoju tvrtku unese sastojke njegove tvrtke samo je iznimka od pravila jer je, kako smo naznačili, ovdje primarno bitno zaštititi javni interes.

Ako je u tvrtki sadržano ime člana trgovačkoga društva koje je jednako ranije upisanoj tvrtki drugoga društva ili imenu druge osobe sadržanome u ranije upisanoj tvrtki drugoga društva, u tvrtku koja se kasnije upisuje moraju se unijeti dodaci kojima se osigurava da se te tvrtke jasno razlikuju.

Riječ "Hrvatska", te njene izvedenice, kao i zastava i grb Republike Hrvatske, uključivši i njihovo oponašanje, mogu se unijeti u tvrtku samo uz suglasnost Vlade

¹⁵ Uz ovu naznaku prema odredbi čl.13. ZTD-a navedeni su obvezni sastojci tvrtke: "(2) Uz sastojke navedene u stavku 1. ovoga članka,

1. tvrtka javnoga trgovačkoga društva mora sadržavati prezime, odnosno tvrtku ili skraćenu tvrtku najmanje jednog člana društva i naznaku "i dr.", ako u tvrtki nisu sadržana imena svih članova, te riječi "javno trgovačko društvo" ili naznaku "j.t.d.";

2. tvrtka komanditnoga društva mora sadržavati prezime, odnosno tvrtku ili skraćenu tvrtku najmanje jednoga komplementara, a ako ih je više i naznaku "i dr." koja na to upućuje, te riječi "komanditno društvo" ili oznaku "k.d.";

3. tvrtka dioničkoga društva mora sadržavati riječi "dioničko društvo" ili oznaku "d.d.";

4. tvrtka društva s ograničenom odgovornošću mora sadržavati riječi "društvo s ograničenom odgovornošću" ili oznaku "d.o.o.".

(3) U tvrtki javnoga trgovačkoga društva i komanditnoga društva ne mogu se navoditi imena osoba koje ne odgovaraju za obveze društva.«

¹⁶ Vidi čl. 14. st. 1. ZTD-a.

¹⁷ Barbić, J., op.cit., str. 280.

Republike Hrvatske ili državnog organa koga ona ovlasti. Tvrtka ne može sadržavati imena, grbove, zastave ni druge državne ambleme drugih država ili međunarodnih (međudržavnih) organizacija, ni službene znakove za kontrolu i garanciju kvalitete, a ne može ih se ni oponašati u heraldičkome smislu. Iznimno sastojci tvrtke koji se tamo navode mogu se unijeti u tvrtku uz dozvolu nadležnog tijela odgovarajuće države ili međunarodne (međudržavne) organizacije, te u slučaju da su ti sastojci sadržani u tvrtki ili u imenu osnivača koji se unose u tvrtku trgovačkoga društva.¹⁸

U tvrtku se može unijeti ime ili dio imena neke osobe samo uz njen pristanak, a ako je ta osoba umrla, uz pristanak njenih nasljednika. U tvrtku se može unijeti ime ili dio imena neke povijesne ili druge znamenite osobe samo uz njen pristanak, a ako je ta osoba umrla, samo ako ga se koristi na prikladan način uz pristanak nasljednika. Vrijeđa li trgovačko društvo svojim poslovanjem ili na koji drugi način čast i ugled osobe čije je ime uneseno u njegovu tvrtku, ta osoba, a ako je osoba umrla, njeni nasljednici, imaju pravo tražiti brisanje njenog imena iz tvrtke društva.

Prema čl. 20. ZTD-a tvrtka trgovačkoga društva mora biti na hrvatskom jeziku. Tvrtka trgovačkoga društva može sadržavati pojedine strane riječi ako one čine ime, odnosno tvrtku člana društva ili robni ili uslužni žig člana, odnosno njegova društva registriranog u Republici Hrvatskoj, ili ako su uobičajene u hrvatskom jeziku, ili ako za njih nema odgovarajuće riječi u hrvatskom jeziku ili ako se radi o riječima na mrtvom jeziku. Tvrtka se može upisati u trgovački registar i u prijevodu na jedan ili više stranih jezika.

II. Zaštita tvrtke

1.1. Zaštita tvrtke prema propisima o trgovačkim društvima

Načelo isključivosti osigurava da se nitko ne može koristiti tuđom tvrtkom ni oponašati ju ako mu nije prenesena uz uvjete koji su propisani Zakonom. Naime, odredbom čl. 29. st. 1. predviđeno je da se u isti trgovački registar ne može upisati tvrtka koja je jednaka ranije upisanoj tvrtki ili tvrtka koja se jasno ne razlikuje od ranije upisane tvrtke. Sud na to pazi po službenoj dužnosti.

Da bi se to ostvarilo, s obzirom na pravnu narav, tvrtka uživa višestruku pravnu zaštitu. Zaštita tvrtke pruža se na temelju Zakona o trgovačkim društvima i drugih propisa. Te se zaštite međusobno ne isključuju pa se, ako su za više njih ispunjene pretpostavke, može koristiti najpogodnijom, najčešće onom koja predstavlja manji teret dokazivanja za onoga tko zaštitu traži.¹⁹

Zaštita prema ZTD-u obuhvaća uz onaj modalitet predviđen čl. 29. st. 1., a koja podrazumijeva sudsku kontrolu da se ne može dogoditi situacija da se kod istog suda

¹⁸ Vidi čl. 15. ZTD-a.

¹⁹ Barbić, J., op.cit., str. 295.

uz već upisanu tvrtku upiše naknadno ista ili slična tvrtka, i daleko širu zaštitu koja nije ograničena postupanjem *ex offio* i sudskim registrom u kojem je tvrtka upisana.

Naime ovaj vid zaštite s obzirom da se radi o povredi nečijih prava, ovisi o dispoziciji samog nositelja prava, a zaštita se pruža protiv uporabe ili upisa tuđe tvrtke.

Tako je čl. 31. ZTD-a predviđeno da trgovac²⁰ može podnijeti tužbu pod uvjetima:

- a) da druga osoba upotrebom ili upisom iste ili slične tvrtke, koja je upisana u sudski registar istoga ili drugoga suda, vrijeđa njegova prava ili ugrožava njegov položaj u tržišnoj utakmici ili postoji opasnost da njegova prava i položaj u tržišnoj utakmici budu povrijeđeni odnosno ugroženi;
- b) odnosno da se druga osoba upotrebom tvrtke nepovlasno koristi njegovim poslovnim ugledom ili ga prisvaja.

Ovi uvjeti ne moraju biti kumulativno ispunjeni, pa je dovoljno za podizanje tužbe da je ostvaren jedan od ovih uvjeta.²¹ Kad se radi o upotrebi istog imena tvrtke, nije potrebno posebno dokazivati okolnosti u smislu čl. 31. ZTD-a, budući da i sama mogućnost povrede daje pravo na zaštitu.²²

Zaštita se ostvaruje tužbom koja se podnosi trgovačkom sudu koji vodi sudski registar u kojem je upisana tvrtka čijim upisom nastaje spomenuta opasnost, ugrožavanje ili povreda tvrtke.²³ Tužba se može podignuti u roku od tri godine od upisa druge tvrtke u sudski registar. ZTD ne daje izričit odgovor na pitanje koji zastarni rokovi vrijede u slučaju kad se radi o zaštititi tvrtke od njene neovlaštene uporabe. Imaju se stoga primjenjivati redoviti zastarni rokovi, primjerice kod tužbe radi naknade štete radi se o roku od tri godine otkad je oštećenik doznao za štetu i za osobu koja ju je učinila, a u svakom slučaju pet godina od dana kada je šteta nastala,²⁴ osim kad se naknada štete traži pozivom na zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja.

²⁰ Iako zakonodavac na aktivno legitimiranoj strani predviđa samo trgovca, ovakva stipulacija zakonske odredbe ne znači da se krug osoba ograničava samo na trgovce, jer se kao tužitelji mogu pojaviti i druge osobe nositelji tvrtke, dakle i netrogovci.

²¹ Sličnu zaštitu predviđa i njemački par. 37. HGB. Opširnije kod Schmidt, K., *op.cit.*, str. 382.

²² Vidi presudu Vrhovnog suda RH, br. Rev-121/95, od 12.2.1997., Informator, br. 4607-4608, od 2. i 6.5.1998. U presudi se između ostaloga navodi: "Sudovi nižeg ranga pravilno su zaključili da se radi o istom imenu tvrtke, da tužitelj kao ranije upisan ima prednost pred tuženikom i da tužitelj ima poslovni interes da se tuženik ne služi istim imenom kao tužitelj bez obzira na to je li njegov poslovni interes stvarno ugrožen, budući da je dovoljno da takva mogućnost postoji. Stoga se ne mogu prihvatiti prigovori iz revizije da tužitelj nema poslovni interes za zabranu imena tuženikove tvrtke s obzirom na to da tuženik ne ugrožava poslovanje tužitelja i ne ugrožava njegov položaj u tržišnoj utakmici kao i da ne vrijeđa njegova prava. Naime, ovaj revizijski sud prihvaća ocjene sudova nižeg stupnja da nije potrebno utvrđivati navedene okolnosti, već je dovoljno da se radi o istom nazivu tvrtke."

²³ Vidi čl. 31. st. 2. ZTD-a.

²⁴ Vidi čl. 376. st. 1. i 2. ZOO-a.

Ovom tužbom može se tražiti:

- a) da druga osoba prestane upotrebljavati predmetnu tvrtku,
- b) da se tvrtka druge osobe izbriše iz sudskog registra i
- c) da se druga osoba obveže nadoknaditi štetu pričinjenu upotrebom tvrtke.²⁵

Kod toga je potrebno naglasiti da tužitelj koji traži da se drugoj osobi zabrani uporaba tvrtke koja se jasno ne razlikuje od njegove tvrtke, nije dužan dokazati da je došlo do zabune kod potrošača, nego je dovoljno da postoji mogućnost zamjene.

Zahtjev za brisanje tvrtke iz sudskog registra ne znači zahvat u pravnu osobnost tuženika nego se traži u stvari da isti nastavi poslovati pod novom tvrtkom koja neće zadirati u ranija prava tužitelja. Kod zahtjeva za naknadu štete na tužitelju je teret dokaza da je nastala šteta, te o kakvoj se šteti radi i o njenoj visini, te da je do štete došlo zbog protupravnog ponašanja tuženika koji je neovlašteno rabio tvrtku tužitelja. Krivnja tuženoga se pretpostavlja.²⁶

1.2. Zaštita tvrtke prema propisima o tržišnom natjecanju

Osim općih propisa o trgovačkim društvima i drugim pravnim osobama koje imaju tvrtku, tvrtka se može štiti i u sklopu propisa koji reguliraju zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja.²⁷

Tu se prije svega misli na Zakon o trgovini (dalje: ZOT), koji čitav jedan zakonski dio posvećuje problematici nepoštenog tržišnog natjecanja (nelojalna utakmica, nelojalna konkurencija).

Tržišni karakter robne razmjene uspostavlja odnose konkurencije, slobodne tržišne gospodarske utakmice pravnih subjekata u gospodarskom prometu. Tržišna utakmica služi istodobno interesima šire zajednice u cilju potpunijeg i povoljnijeg zadovoljavanja tržišta u cjelini, i interesima subjekata koji korištenjem sredstava, odnosno oblika i metoda poslovanja u slobodnoj gospodarskoj utakmici osiguravaju položaj i druge pogodnosti koje odgovaraju stečenoj reputaciji, odnosno tržišnim konstantama (tvrtka, marka, žig, brand, kvalitet, dizajn, boja i sl.), uključujući i uvjete pod kojima se obavlja promet robe ili vrše usluge koje čine stalne atribute određenih subjekata. Zbog toga gospodarski subjekti pojavljujući se na tržištu moraju istupati u dopuštenim okvirima utakmice, sukladno zakonu i dobrim poslovnim običajima, odnosno moraju održati zdravu, konstruktivnu i lojalnu utakmicu. U protivnom, ukoliko subjekti zanemare opće interese, ili istupaju na način koji ugrožava druge subjekte koji obavljaju gospodarsku djelatnost, pa i kupce robe ili korisnike usluga, potrošače, odnosno širu zajednicu, slobodna gospodarska utakmica postaje nelojalna odnosno nepoštena. To nužno dovodi do intervencije države kako bi se primjenom propisanih mjera suzbila nelojalna utakmica.

²⁵ Slovenski ZGD osim navedenih tužbenih zahtjeva priznaje i mogućnost traženja objave presude na trošak tužene strane. Usp. Ivanjko, Š., Kocbek, M., op.cit., 109.

²⁶ Cit. Barbić, J., op.cit., str. 299.

²⁷ Na to eksplicitno upućuje odredba čl. 31. st. 3. ZTD-a.

Pojam neloyalne utakmice odnosno nepoštenog tržišnog natjecanja određuje ZOT, metodom generalne klauzule koja je sadržana u čl. 70. utvrđivanjem elemenata koji se tiču sadržaja radnje kojom je djelo izvršeno, njenim odnosom prema društvenim normama i njenog štetnog, odnosno moguće štetnog djelovanja. Naime, ZOT utvrđuje da se pod nepoštenim tržišnim natjecanjem ima smatrati svaka radnja trgovca kojom se radi tržišnog natjecanja povrjeđuju dobri poslovni običaji, te je kao takovo zabranjeno. U zakonskoj definiciji se eksplicitno ne određuje da takva radnja mora izazvati štetnu posljedicu za drugu osobu, ali se iz pravne prirode ovog instituta a i u svezi s čl. 72. ZOT-a, iščitava da se ipak radi o radnjama kojima se nanosi šteta ili se može nanijeti šteta drugoj osobi, potrošaču, trgovcu ili državi.

Nepošteno tržišno natjecanje u biti predstavlja povredu obveznog ponašanja koje pretpostavljaju pravila u prometu, odnosno povredu pravila ponašanja koja su obvezna za sve sudionike u obavljanju određene gospodarske djelatnosti. Svako istupanje protivno tim pravilima, u našim uvjetima dobrim poslovnim običajima, automatski je sankcionirano, pa odgovornost ne treba tražiti u krivnji ili njenoj odsutnosti, već u objektivnom ispoljavanju neloyalne utakmice. Zapravo, odgovornost se zasniva na protupravnom postupanju čiji je pravni identitet uvjetovan sadržajem očekivanog ponašanja trgovaca u obavljanju trgovinske djelatnosti, odnosno prekoračenjem ovlasti utvrđenih određenom pravnom normom.

Ocjenjujući značenje štetnih posljedica koje izaziva ili može izazvati nepošteno tržišno natjecanje zakonodavac je izdvojio neke od radnji koje se, uz ispunjenje uvjeta iz čl. 70. ZOT-a, osobito smatraju kao djela nepoštenog tržišnog natjecanja. Ovaj popis nije potpun iako je dosta široko određen, jer su inkriminirani samo najtipičniji osobiti oblici neloyalne utakmice.

Tako je, između ostalog, u čl. 71. st. 1. alineja 9. ZOT-a predviđeno da se nepoštenim tržišnim natjecanjem podrazumijeva osobito i neopravdana upotreba imena, firme, marke ili koje druge oznake drugog trgovca. Ovdje se zakonodavac koristio terminologijom koja nije usvojena u općim propisima koji reguliraju neka od nabrojanih prava, rabeći tako pojam „firma“ umjesto „tvrtka“ i pojam „marka“ umjesto „žig“, što bi se nužno moralo normativno harmonizirati, kako bi se izbjegle moguće dvojbe i lutanja u tržišnoj, ali i u sudskoj praksi.

Djelo neloyalne utakmice nedopuštenom upotrebom tuđeg imena (naziva) ili tvrtke (firme) sastoji se u označavanju svojeg subjektiviteta, trgovačkog društva, poduzeća i sl. tuđim nazivom ili tvrtkom ili unošenjem u naziv svog poduzeća tuđeg naziva ili tvrtke, kao i reklamiranjem²⁸ kojim se iskorištava ime odnosno naziv drugog trgovca, čime se stvara ili može stvoriti zabuna glede identiteta trgovca ili drugog

²⁸ Vidi presudu VTS RH, br. Pž-3073/97, od 11. studenog 1997. u kojoj se navodi da se pod nepoštenim tržišnim natjecanjem smatra i reklamiranje robe navođenjem podataka o drugom trgovcu (pa tako i njegove tvrtke) s kojima se može nanijeti šteta ugledu ili poslovanju drugog trgovca.

pravnog subjekta u gospodarskom prometu, a samim tim i pomutnja u pravnom prometu odnosno na tržištu.²⁹

Nedopuštena upotreba tuđe tvrtke postoji ne samo takvom upotrebom cijelog naziva ili tvrtke, već i samo bitnog dijela naziva ili tvrtke koji taj naziv ili tvrtku čini karakterističnim i posebnim.

U slučaju kada dva trgovca imaju istu tvrtku, što je u nas moguće s obzirom na načelo regionalnog registriranja tvrtki, dužni su poduzeti sve potrebne mjere da prigodom upotrebe tih tvrtki ne dođe do zabune i zbrke na tržištu, a posebno su dužni jasno označiti svoje sjedište.

Protivna je načelima poštene utakmice ne samo upotreba istog tuđeg naziva ili tvrtke, već i upotreba tuđeg sličnog naziva ili tvrtke ako je sličnost takva da može stvoriti zabunu u gospodarskom prometu. Kada dvije tvrtke nisu identične, ali postoji među njima tolika sličnost da to kod prosječnog potrošača može izazvati zabunu, tada sud zahtjev za zaštitu tvrtke neće rješavati pozivom na odredbe ZTD-a već po pravilima o nelojalnoj utakmici. Pri tom je bez utjecaja da li je zabunu kod potrošača zaista nastala.

Polazeći do toga da upotreba riječi koje su uobičajene u svakodnevnom govoru ili se radi o generičnim pojmovima, ne može individualizirati naziv ili tvrtku sudionika u pravnom prometu, upotreba tih riječi ili pojmova za označavanje naziva ili tvrtke drugog subjekta u prometu ne predstavlja djelo nepoštenog tržišnog natjecanja. Za postojanje djela nelojalne utakmice korištenjem tuđe tvrtke potrebno je da je ta tvrtka individualizirana.³⁰ Međutim, upotreba tuđeg naziva ili tvrtke za označavanje svog prodajnog mjesta - prodavaonice predstavlja radnju protivnu dobrim poslovnim običajima i djelo nepoštenog tržišnog natjecanja.³¹

Naknada štete nastala zabranjenim radnjama nepoštenog tržišnog natjecanja, pa tako vezano i za neovlaštenu upotrebu tuđe tvrtke, ostvaruje se u sudskom postupku. Ovu tužbu iz čl. 72. ZOT-a može podnijeti trgovac koji je oštećen te gospodarska

²⁹ «S pravom prvostupanjski sud daje zaštitu tužitelju, ističući da su tuženici počinili djelo nelojalne utakmice time što su se koristili nazivom tužiteljeve tiskovine i time počinili pomutnju na tržištu, a i reklamirali su se na način protivan dobrim poslovnim običajima. I prema ZOT-u nepošteno tržišno natjecanje je neopravdana upotreba imena, odnosno firme ili druge oznake drugog trgovca, kao i reklamiranje kojim se iskorištava ime, odnosno naziv drugog trgovca. Upravo radi korištenja istog imena «Oglasnik» u javnosti se oglašavanje provodilo kao plavi i zeleni oglasnik, jer su nestale za oglašavanje razlike koje su inače karakteristične za žig i zaštitu žiga. Samo oglašavanje na tržištu pod istim nazivom «Oglasnik» uistinu je kako se navodi u obrazloženju prvostupanjske presude stvaralo pomutnju, radi čega je trebalo koristiti u reklamiranju i rasparčavanju dodatne elemente kako bi se pokušala napraviti razlika između «oglasnika» koji je izdavao tužitelj i «oglasnika» koji su izdavali tuženici. Kako su uistinu tuženici izdavali i rasparčavali tiskovinu «Oglasnik», to je kako tužitelj i navodi u odgovoru na žalbu, nebitno da li to u ovom momentu čine i da li će i kada nastaviti sa tim izdavanjem.» Vidi presudu VTS RH, Pž-5123/99 od 7. studenog 2000.

³⁰ Vidi presudu Vrhovnog privrednog suda Sl 1559/71, od 3. veljače 1972., po kojoj se ne može pružiti sudska zaštita tvrtke sudioniku u prometu koji obavlja svoju djelatnost pod tvrtkom «Turistički biro».

³¹ Vidi presudu Vrhovnog privrednog suda Sl 961/67 od 30. lipnja 1967.

komora i drugi oblici udruživanja trgovaca.

Pravo na ovu tužbu zastarijeva protekom roka od jedne godine od dana kada tužitelj sazna za djelo i učinitelja (subjektivni rok), a najkasnije tri godine od dana izvršenja djela (objektivni rok). To su prekluzivni rokovi i ne mogu se produživati. Poslije isteka roka od tri godine, sud će po službenoj dužnosti odbaciti tužbu podnesenu poslije isteka tog roka. Ostala pitanja u svezi sa zastarjelošću, kao što su prekid i zastoj zastare, pitanje zastarjele obveze i sl. rješavaju se primjenom odredbi Zakona o obveznim odnosima.³²

Ipak, kako je razvidno iz citirane odredbe ZOT-a u slučaju ostvarivanja zaštite tvrtke s temelja nepoštene tržišne utakmice tužbeni zahtjev može sadržavati samo traženje naknade štete, što je nedovoljno i nužno traži revidiranje ove zakonske odredbe u smislu mogućnosti proširenja tužbenog zahtjeva i na druge zahtjeve sukladno odgovarajućim rješenjima iz ZTD-a i ZOŽ-a.

1.3. Zaštita tvrtke prema propisima o intelektualnom vlasništvu

1.3.1. Razlikovanje tvrtke i žiga

Zaštita tvrtke ostvaruje se i prema propisima o intelektualnom odnosno industrijskom vlasništvu. Među pravima intelektualnog vlasništva tvrtka se tako štiti žigovnim pravom.³³

Žig se bitno razlikuje od drugih oznaka koje imaju distinktivnu funkciju i koje se rabe u poslovnom prometu za označavanje roba i usluga. Određena kolizijska pravila vezana za odnos žiga i primjerice oznaka zemljopisnog podrijetla uređena su u Zakonu o žigu («Narodne novine», br. 173/03., u daljnjem tekstu: ZOŽ), međutim nužno je ukazati i na razlike između žiga i simbola koji imaju sasvim drugačiju funkciju. Posebice se to odnosi upravo na tvrtku, jer ove oznake mogu često koincidirati i stvoriti određene probleme u pravnom prometu.³⁴

Stoga je nužno pojmovno odrediti žig kako bi se istaknule njegove razlike od tvrtke. Žig se prema zakonskoj definiciji određuje kao zaštićeni znak koji se može grafički prikazati, osobito riječi, uključujući osobna imena, crteže, slova, brojke, oblike proizvoda ili njihova pakiranja, trodimenzionalne oblike, boje, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova, pod uvjetom da su prikladni za razlikovanje proizvoda i usluga jednog poduzetnika od proizvoda ili usluga drugog poduzetnika.³⁵

Dakle, uspoređujući definicije ovih instituta proizlazi ključna razlika između tvrtke i žiga, jer tvrtka predstavlja znak koji ukazuje na određeni gospodarski subjekt, a ne na određenu robu ili uslugu za razliku od žiga.³⁶

³² Todorović, B., Zakon o trgovini s komentarom, Informator, br. 3819, 13.10.1990., str. 14.

³³ Zlatović D., Žigovno pravo i ustavnopravna zaštita žiga, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, 2003., vol. 42., br. 1., str. 83.-101.

³⁴ Verona A., Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str. 188.

³⁵ Čizmić J. – Zlatović D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 57.

³⁶ Usp. Guhl, Koller, Druey, op.cit., str. 779.

1.3.2. Proturječja između žigova i tvrtki i poslovnih imena – komparativni prikaz

AIPPI (Association for the Protection of Intellectual Property) - međunarodna nevladina organizacija za zaštitu intelektualnog vlasništva u prošlosti je priznala kako su trgovačka imena predmet isključivoga prava, čime stječu pravo na zaštitu.³⁷ Navedeno pravo stječe se uporabom, registriranjem ili činjenicom da je samo trgovačko ime postalo dovoljno poznato.

Pod trgovačkim imenom podrazumijeva se znak po kojemu se razlikuje svako poduzeće koje se bavi proizvodnjom ili prodajom roba ili pružanjem usluga te može sadržavati i prezimena, imaginarne nazive, naznake predmeta poslovanja, karakteristični sastavni dio, skraćenicu trgovačkog imena, simbol ili bilo kakav drugi prepoznatljivi i karakteristični znak poduzeća.³⁸ Ovo ujedno znači da se specifičnost trgovačkog imena temelji na prirodi njegove konačne destinacije ili namjene.

Trgovačka imena zaštićena su od svake uporabe ili registriranja naziva ili sličnoga znaka od strane druge osobe, a kojima bi se povećao rizik od stvaranja zabune ili je vjerojatno da bi se javnost dovela u zabludu.

Ova vrsta zaštite vrlo je slična onoj kojoj podliježu žigovi i u praksi se često javljaju proturječnosti između žigova i trgovačkih imena, s obzirom da oba pripadaju isključivim pravima.

Dva tipična slučaja trgovačkih imena jesu tvrtke (imena pravnih osoba kao što su trgovačka društva, korporacije itd.) i poslovna imena (imena koja su prihvatili poduzetnici, ali koja ne odgovaraju imenu pravnoga entiteta).

Činjenica da se tvrtke i poslovna imena, kao i žigovi, koriste za označavanje vrste poslovanja i na njima postoje isključiva prava, rezultirala je sve češćim sukobima koji se mogu podijeliti u dvije kategorije:

1. Uvođenje tvrtke ili poslovnoga imena koje je istovjetno ili slično ranije prijavljenom žigu u mjeri da dovodi do zabune.
2. Registracija i/ili uporaba žiga koji je istovjetan ili sličan ranije prijavljenoj tvrtci ili poslovnome imenu u mjeri da dovodi do zabune.

Ipak, za razliku od žigova, pravo koje uređuje tvrtke i poslovna imena još nije postalo predmetom usuglašavanja na međunarodnoj razini.

S druge strane, žigovno pravo temelji se na načelu specijalnosti koje dopušta registriranje jednakog ili sličnog žiga, i to, kada roba ili usluge nisu identični ili zbunjujuće slični, osim u slučaju žigova čiji se ugled proteže i izvan područja istih ili sličnih roba ili usluga. Ipak, prilikom uvođenja tvrtke ili poslovnoga imena, a kada je to uvođenje podložno ovlaštenju ili odobrenju, poslovne djelatnosti se, u pravilu, ne uzimaju u obzir.

Konačno, suprotno onomu što se događa u sferi žigovnog prava, čiji su efekti ograničeni na područje države ili skupine država u kojima postoji zaštita temeljem

³⁷ AIPPI Resolution on Q 41, Madrid 1970., www.aippi.org

³⁸ AIPPI Congress in Melbourne 2001., Summary Report Q 155, str.1., www.aippi.org/reports/q155/q155-Summary-e.htm

odgovarajućeg pravnog sustava, tvrtke i poslovna imena mogu dobiti zaštitu na međunarodnoj razini temeljem članka 8. Pariške konvencije.

Iskustva u pojedinim zemljama pokazuju da, suprotno onome što se događa u zaštiti žigova, postoje značajne oprečnosti unutar mehanizama uvođenja i zaštite tvrtki i poslovnih imena u različitim zemljama svijeta.

1.3.3. Usporedna nacionalna zakonodavstva

a) Zaštita tvrtki i poslovnih imena

i) Tvrtke

Gotovo se može kazati kako je općeprihvaćeno da se zaštita tvrtki eksplicitno uređuje u nacionalnim zakonodavstvima.

Ipak, dok neke zemlje priznaju automatsku zaštitu tvrtke kroz registriranje tvrtke (zakonsko konstituiranje), druge prave razliku između zakonskog konstituiranja i uporabe tvrtke u trgovinskim transakcijama.

U Velikoj Britaniji je zastupljeno stajalište da «registriranje tvrtke, samo po sebi, ne daje bilo kakvo pravo na upotrebu imena niti isključuje druge od iste uporabe. Pravo na zaštitu, za tvrtke koje su u upotrebi, može proizaći iz običajnog prava, pod prijetnjom prekršaja za lažno predstavljanje. Tvrtke mogu biti zaštićene i kao registrirani žigovi u skladu sa Trade Marks Act-om (Poveljom o pravu žigova) iz 1994., pod pretpostavkom da udovoljavaju uvjetima za registraciju.»³⁹

Španjolsko iskustvo također pokazuje kako su neke odluke, koje potječu iz španjolskog registra tvrtki, ustvrdile da tvrtka nema funkciju razlikovanja poslovne aktivnosti na tržištu odnosno trgovačkog društva, nego zapravo funkciju identificiranja subjekta odgovornog za predmetne pravne odnose.

Treba ukazati i da Zajednička preporuka koja sadrži mjere zaštite glasovitih žigova (Joint Recommendation concerning provision on the Protection of well-known trade marks), a koje su usvojene na 34-om sastanku Skupština država članica WIPO (World Intellectual Property Organization) - Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (20.-29. rujna 1999.), u članku 5. koristi termin «poslovni identifikatori» te navodi kako bi bilo korisno ujednačiti terminologiju.

ii) Poslovna imena

Analizirajući situacije u komparabilnim sustavima može se utvrditi da poslovna imena postoje iako terminologija koja se primjenjuje varira od zemlje do zemlje. Tako primjerice Finska upotrebljava pojam “trgovačko ime (trade name)” za tvrtku, dok razlikuje dva modaliteta poslovnih imena odnosno pomoćno trgovačko ime i sporedno trgovačko ime. U Nizozemskoj se rabi izraz “trgovačko ime” kako bi se označilo i tvrtku i poslovno ime. Također u nekim zemljama, kao što su Španjolska

³⁹ AIPPI – Reports, Report Q 155 in the name of the United Kingdom Group, www.aippi.org/reports/q155/gr-q155-United%20Kingdom-e.htm

i Venecuela, koje poznaju posebnu kategoriju poslovnih imena koja se nazivaju "trgovačka imena" koja se registriraju kod nadležnog ureda za žigove.

Ova vrsta registracije dostupna je, bilo pravnim osobama (trgovačka društva itd.) bilo fizičkim osobama kako bi zaštitile svoje tvrtke ili poslovna imena te tako istakle svoje poslovne aktivnosti.

Neka komparativna stajališta pozivaju se na zaštitu stranih trgovačkih imena prema članku 8. Pariške konvencije. Primjerice, u Finskoj da bi trgovačko ime bilo zaštićeno prema članku 8., potrebno je da je to strano trgovačko ime u određenoj mjeri poznato u Finskoj. U Grčkoj trgovačko ime mora biti upotrebljavano u zemlji ili mora postojati ozbiljna namjera da bude upotrijebljeno. U Nizozemskoj je dovoljno da je trgovačko ime poznato u zemlji da bi bilo zaštićeno prema članku 8. Pariške konvencije.

b) Postupci na nacionalnoj razini radi stjecanja prava na korištenje tvrtki i poslovnih imena

Pregledom nacionalnih zakonodavstava može se zaključiti da je uobičajen slučaj da postoje registri tvrtki u kojima se dokumentiraju osnovana poduzeća. Ipak velika je razlika između pravnih sustava. Neke zemlje poput Australije, Češke Republike, Finske, Francuske, Velike Britanije, Irske, Norveške, Paragvaja i Rumunjske imaju nacionalni registar za upis tvrtki. Druge zemlje, kao što su Brazil, Bugarska, Egipat, Njemačka, Grčka, Mađarska, Nizozemska, Italija, Japan, Poljska, Španjolska i SAD imaju mjesne ili regionalne registre u kojima tvrtke moraju biti upisane.⁴⁰

Što se tiče poslovnih imena, postoje zemlje gdje nema odgovarajućeg registra, poput Brazila, Francuske, Njemačke, Mađarske, Norveške, Meksika i Japana, dok u drugim zemljama, kao što su Australija, Grčka i Bugarska, postoje državni registri. U nekim slučajevima, primjerice u Nizozemskoj, poslovna imena mogu biti upisana u isti registar kao i tvrtke, ali na dobrovoljnoj osnovi. Druge zemlje, poput Bugarske, ne poznaju razliku između tvrtki i poslovnih imena.

Sve zemlje, osim Nizozemske, prihvaćaju uvođenje tvrtke pod uvjetom da ne postoji ranije osnovana tvrtka s istim ili sličnim nazivom. U državama gdje postoje lokalni registri, ovaj uvjet se provjerava samo u odnosu na ranije osnovane tvrtke registrirane u istom registru (grad, država itd.), dok u drugim slučajevima provjera obuhvaća sve tvrtke u državi.

Pravo na uporabu iste ili slične tvrtke u nekim je slučajevima povezano s činjenicom da se poduzeće bavi istom vrstom djelatnosti, dok je u drugim slučajevima potpuno neovisno o djelatnosti.

⁴⁰ AIPPI Reports, AIPPI Congress in Melbourne 2001, Summary Report, Question 155, www.aippi.org/reports/q155/q155-Summary-e.htm

c) Mogućnost proglašenja žiga nevažećim i zabrane njegovog korištenja na temelju ranijih tvrtki i/ili poslovnih imena

Sva izvješća Skupine objašnjavaju kako je moguće proglasiti nevaljalim i/ili zabraniti upotrebu žiga na temelju postojanja ranije tvrtke i/ili poslovnoga imena. Ipak, neka izvješća ukazuju da je zabrane temeljem tvrtki moguće ishoditi samo ako se te tvrtke koriste u trgovini.

U Njemačkom izvješću stoji kako uvjet da bi tvrtka ili poslovno ime postali zapreka uporabi ili registriranju žiga, zavisi od specifičnog karaktera i teritorijalnog dosega zaštite tvrtke ili poslovnoga imena.

Izvješće Sjedinjenih Američkih Država indicira kako, u toj zemlji, uz federalne propise o žigu postoje i državni propisi o žigu. U skladu s time, tvrtka ili poslovno ime koje je zaštićeno u određenoj državi može postojati paralelno s istovjetnim ili zbunjujuće sličnim žigom zaštićenim u drugoj državi.⁴¹

U Nizozemskoj, kako bi bilo moguće djelovati protiv žiga na temelju ranije tvrtke ili poslovnoga imena, mora biti dokazano da je osoba koja je željela registrirati žig svjesna (ili se ne može ispričati neznanjem) postojanja ranije tvrtke ili poslovnoga imena. Rok za poništenje (proglašenje nevažećim) žiga jest 5 godina od dana podnošenja prijave žiga.

Mogućnost podnošenja tužbe protiv žiga na temelju ranije (registrirane) tvrtke ili poslovnoga imena proizlazi iz Prve europske smjernice za ujednačavanje žigovnog prava.⁴²

d) Mogućnost podnošenja prigovora zbog uporabe tvrtke ili poslovnoga imena na temelju ranijeg žiga

U okviru svih modaliteta i sustava pravne zaštite, moguće je podnijeti prigovor zbog uporabe tvrtke ili trgovačkog imena na temelju ranijeg žiga, uz uvjet da postoji opasnost od zabune zbog sličnosti znakova i poslovne djelatnosti.

Ipak, kada tvrtke moraju biti upisane u poseban registar tvrtki, tada nije moguće prigovoriti uvođenju određene tvrtke na temelju prava po ranijem žigu. Iznimka je Finska, gdje se ranija registracija žiga, po službenoj dužnosti, smatra zaprekom za registriranje trgovačkog imena u registru tvrtki.

Prema poznatim komparativnim rješenjima, nije moguće podnijeti prigovor upotrebi tvrtke ili trgovačkog imena na temelju ranije primjene žiga. Da bi to bilo moguće, raniji žig mora biti registriran. Ova mogućnost proizlazi iz Prve europske smjernice za ujednačavanje i iz članka 16.1 TRIPS-a (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva).

⁴¹ AIPPI Reports, Report Q 155 in the name of the United States Group, www.aippi.org/reports/q155/GR-Q155-usa-E.HTM

⁴² Pagenberg – Munzinger, Manual on the European Community Trade Mark, Carl Heymans Verlag, Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1996., str. 2.-53.

U Velikoj Britaniji postoji statutarna zaštita koja, u osnovi, omogućava uporabu vlastitog imena tvrtke i imena fizičke osobe/ trgovca u dobroj vjeri (bona fide), iako precizan djelokrug ovakvog rješenja nije dovoljno jasan.

Neke države postavile su krajnje rokove za podnošenje prigovora (tužbi). Primjerice, u Norveškoj se prigovor na registraciju tvrtke, temeljem ranije registriranog žiga podnosi Ministarstvu trgovine te mora biti podnesen u roku od tri tjedna od kada je tužitelj saznao za upis (registraciju) ili od kada je tužitelj morao saznati za upis, a najkasnije u roku od tri mjeseca od upisa.

e) Utjecaj žigova ili tvrtki ili poslovnih imena koja su u tolikoj mjeri poznata da imaju snažan ugled na čitavom tržištu

Gotovo sva poznata komparabilna rješenja pokazuju da kada su žig ili tvrtka ili poslovno ime toliko poznati da imaju značajan ugled, raste i doseg zaštite tih prava u slučajevima kada su suočena s upotrebom istovjetnog ili zbunjujuće sličnog imena od strane trećih osoba. U mnogim slučajevima, kao u državama članicama Europske unije, renome prava omogućuje širenje zaštite, čak i na robe ili usluge i djelatnosti koje nisu istovrsne, a gdje uporaba istoga znaka bez valjanog povoda omogućava stjecanje nepravedne prednosti ili štetno djeluje na specifičan karakter ili reputaciju znaka, a sve to u skladu s načelima propisanim u Prvoj Europskoj smjernici za ujednačavanje žigovnog prava.

Slična rješenja postoje i u izvaneuropskim državama, primjerice u Australiji, Brazilu,⁴³ Japanu i SAD-u.

f) Posebna pravila u slučaju kada tvrtka, poslovno ime ili žig odgovaraju obiteljskom imenu

Čest je slučaj u pravnoj legislativi da obiteljska imena (prezimana) mogu biti pripojena kao dio tvrtke/poslovnoga imena ili žiga.⁴⁴

Ipak, u nekim drugim državama, poput Velike Britanije, predviđeno je da se obiteljsko ime registrira kao žig, ali u potpunosti ovisno od mogućnosti njegova razlikovanja kao znaka. U pravilu, uobičajenim prezimenima nedostaje dostatna razlikovnost da bi mogla biti registrirana, u nedostatku dokaza o uporabi.

U Venezueli osoba je ovlaštena koristiti svoje obiteljsko ime (prezime) kao tvrtku ukoliko mu pridoda daljnje elemente kako bi ga se moglo razlikovati od ranijih prava (tvrtki, poslovnih imena ili znakova). Sličan pristup susrećemo u Tajlandu, gdje osoba može koristiti svoje ime, prezime ili sjedište poduzeća ili ono svoga poslovnog prethodnika, u dobroj vjeri, čak i ako postoji istovjetan, ranije registriran žig. Drugim riječima, žigovno pravo na Tajlandu omogućava vlasniku poslovnog imena ili upisniku da dokaže stvarnu istodobnu primjenu kako bi imao pravo upotrebljavati

⁴³ AIPPI Reports, Report Q 155 in the name of the Brazilian Group, www.aippi.org/reports/q155/gr-q155-Brazil-e.htm

⁴⁴ AIPPI Reports, Resolution, Congress Melbourne 2001, Final Resolution, March 2001, Question Q 155, www.aippi.org/reports/resolutions/res-q155-e-Congress-2001.htm.

poslovno ime ili tvrtku zajedno s ranijim istovjetnim ili sličnim registriranim žigom.

U Paragvaju građanski zakonik omogućava pojedincima sa sličnim ili identičnim imenima da dodaju ili odbace nazive u trgovačkim imenima kako bi predmetnome imenu dali karakteristiku razlikovnosti. U Norveškoj je uvijek moguće upotrebljavati vlastito ime kao tvrtku ili poslovno ime, u skladu s dobrim poslovnim običajima, bez obzira na druga žigovna prava.

g) Veza ili odnos između uprave za žigove i registra tvrtki ili poslovnih imena

Većina postojećih rješenja pokazuje kako ne postoji veza ili odnos između uprave za žigove i registra tvrtki ili poslovnih imena. Tako, kada uprava za žigove po službenoj dužnosti razmatra ranija prava, prije nego prihvati prijavu novog žiga, ona ne uzima u obzir postojanje tvrtki ili trgovačkih imena koja se od njega jasno ne razlikuju, a jednako je i u obrnutom slučaju.

Finska je iznimka od ove općenite situacije. U toj zemlji postoji registar koji sjedinjuje sve podatke koji se tiču žigova, trgovačkih imena i pomoćnih trgovačkih imena (ali ne i sporednih/dodatnih trgovačkih imena). Ovaj registar vodi nacionalni Odbor za patente i registracije kojega po službenoj dužnosti treba konzultirati prije registriranja novog žiga i, obratno, prije registriranja bilo kakvog novog trgovačkog imena ili pomoćnog trgovačkog imena.

h) Tijelo nadležno za rješavanje sukoba (proturječja) između žigova i tvrtki i poslovnih imena

U državama gdje nova tvrtka ili poslovno ime trebaju biti odobreni, postoji registar tvrtki i/ili poslovnih imena gdje se upisuju nova imena, a tijelo nadležno za rješavanje sukoba jest sam registar u vrijeme registriranja (upisa), kada je to moguće, i sudovi nakon registriranja.

U pravilu ne postoji mogućnost opozicijskih postupaka protiv registriranja tvrtki/poslovnih imena. Rješenje koje stoji na raspolaganju jest civilni postupak pred sudom kako bi se zaustavila upotreba tvrtke/poslovnoga imena i, u nekim slučajevima, poništila tvrtka/poslovno ime.

Zakonski postupak, zbog konflikata između žigova i tvrtki i poslovnih imena, u svim se državama provodi kroz redoviti civilni sudski postupak.

i) Zaštita poslovnih imena u određenom dijelu države

U nekim državama moguće je da se zaštita poslovnih imena ostvaruje u određenom dijelu države. Takva je situacija poznata u Australiji, Brazilu, Egiptu,⁴⁵ Finskoj, Francuskoj, Njemačkoj, Velikoj Britaniji, Mađarskoj, Italiji, Japanu, Nizozemskoj, Španjolskoj, Švedskoj i SAD-u.

⁴⁵ AIPPI Reports, Report Q 155 in the name of the Egyptian Group, www.aippi.org/reports/q155/gr-q155-Egypt-e.htm

1.3.4. Potreba usvajanja općih pravila radi sprečavanja sukoba između žigova i tvrtki/poslovnih imena

a) Mogućnost sprečavanja uvođenja ili uporabe istovjetnih ili u zbunjujućoj mjeri sličnih tvrtki ili poslovnih imena na temelju ranijeg žiga

Postoji općeniti konsenzus kako bi raniji žig trebao biti iskorišten da bi se podnio prigovor na uporabu istovjetne ili zbunjujuće slične tvrtke ili poslovnoga imena. Ovo vrijedi u slučaju kada postoji istovjetnost ili sličnost između roba/usluga koje se vezuju za raniji žig i djelatnosti koje se obavljaju pod tvrtkom ili poslovnim imenom. Nadalje, ostale kriterije poput slabljenja ili opasnosti od poistovjećivanja s ranijim žigom, kao i reputaciju ili zao glas ranijeg žiga, treba također uzeti u obzir.

Međutim, tamo gdje takva suglasnost ne postoji, na vlasniku je ranijeg žiga da spriječi usvajanje slične tvrtke ili poslovnoga imena.

Tvrtka u načelu ima dvije različite funkcije. S jedne strane to je funkcija osobne identifikacije pravne osobe (trgovačkog društva) u užem smislu. Ova funkcija predstavlja osobno pravo i ne bi trebala biti zabranjena na temelju ranijeg žiga. Ipak, kada se tvrtka koristi u ekonomskom poslovanju kao razlikovni znak, tada dolazi do zadiranja u tuđe pravo i tada bi vlasnik žiga trebao biti u mogućnosti prigovoriti takvoj primjeni.

Postoje i određena mišljenja, prije svega u Francuskoj, da se raniji žig može koristiti da bi se, od samoga početka, spriječilo uvođenje tvrtke ili poslovnoga imena koje je proturječno ranijem žigu. Razmišljanje koje se krije iza ovoga stajališta temelji se na činjenici kako je nužno, što je više moguće, ubrzati postupak osnivanja (registriranja) društva te kako je preporučljivo ne odgađati njen upis u registar društava, a zbog provođenja preliminarnog ispitivanja u vezi s postojanjem ranijih prava. U francuskoj teoriji se također navodi kako članak 8. Pariške konvencije ne zahtijeva bilo kakav prethodni (raniji) upis trgovačkog imena.

Nadalje, postoji dodatna poteškoća prilikom sprečavanja uvođenja tvrtke (imena trgovačkog društva) i to zbog činjenice da su djelatnosti trgovačkih društava obično postavljene dovoljno široko kako bi obuhvatile sve oblike trgovine i poslovanja te do pravih sukoba dolazi tek kada pojedino društvo započne koristiti tvrtku u određenoj vrsti djelatnosti.

b) Mogućnost sprečavanja uporabe i/ili registriranja istovjetnog ili zbunjujuće sličnog žiga na temelju ranije tvrtke ili poslovnoga imena

Podupiremo načelo da se ranija tvrtka ili poslovno ime iskoriste da bi se spriječila upotreba i/ili registriranje (upis) istovjetnog ili zbunjujuće sličnog žiga, a uzimajući u obzir istovjetnost ili sličnost djelatnosti koje se obavljaju pod ranijom tvrtkom ili poslovnim imenom s robama i uslugama žiga. Nadalje, kriterije poput slabljenja ili opasnosti od poistovjećivanja s tvrtkom ili poslovnim imenom, kao i reputaciju ili zao glas tvrtke ili poslovnoga imena, treba uzeti u obzir.

Ipak, u Velikoj Britaniji i Španjolskoj prevladava stav da je samo upotreba ranije tvrtke ili poslovnoga imena, više od samoga postojanja, temelj za sprečavanje upotrebe i registriranja žiga. Prema tim stavovima tvrtka koja se ne koristi u privre-

dnom poslovanju, nego samo kao element pravne identifikacije trgovačkog društva, ne bi trebala biti osnova za isključivo pravo koje se koristi u pravnom prometu s trećima. Nadalje prema istim stajalištima, kada se tvrtka ili poslovno ime koriste kao žig, tada je potrebno ispuniti uvjete utvrđene člankom 6. Pariške konvencije, što znači da bi se od neregistriranog žiga trebalo zahtijevati da je poznat kako bi bio zaštićen. U slučaju da se taj isti žig koristi kao trgovačko ime, prema načelima članka 8. Pariške konvencije, nije neophodno da je notoran.

U Australiji i Japanu podupiru se mišljenja da isključivo poznate ili slavne tvrtke i poslovna imena mogu biti korištena u postupku protiv novijeg žiga.

Čak i kada je moguće pobijati valjanost i uporabu žiga Zajednice (EU) na temelju ranije tvrtke ili poslovnoga imena (čl. 8. paragraf 4. Pravila o žigu Zajednice), ne podržava se korištenje ranije upisane tvrtke ili poslovnoga imena kako bi se spriječilo registriranje novijega žiga zbog razloga što bi ovo usporilo i zakompliciralo postupak upisa nacionalnih žigova, a za koji bi željeli da bude brz. Tijekom vođenja postupka protiv nacionalnog žiga svaka treća strana može tvrditi da postoje ranija prava utemeljena na ranijoj tvrtki ili poslovnome imenu, podnoseći sažetak primjedaba, a da to nema ikakvog utjecaja na odlučivanje o žigu, nego to služi kao informacija podnositelju prijave žiga. Ipak, trebalo bi predvidjeti sredstva koja bi, nakon registracije, omogućila pokretanje pravnoga postupka protiv registriranja takvoga žiga, a koja bi mogla dovesti do proglašenja žiga nevaljalim, uz sredstva koja bi omogućila dobivanje naloga za obustavljanje i uzdržavanje od uporabe žiga.

Usvajanje sustava prigovora uporabi i registriranju žiga na temelju ranije upisane tvrtke ili poslovnoga imena otvara put različitim poteškoćama. Jedna od njih je i problematika utvrđivanja datuma kada je nastalo pravo koje potječe iz tvrtke ili poslovnoga imena, a druga bi bila potreba za ujednačavanjem zakonske regulative koja uređuje pitanje trgovačkih imena na multinacionalnoj ili čak na europskoj razini, kao što je to bio slučaj sa žigovnim pravom.

Potrebno je postići i konsenzus u svezi s prijepornim stajalištima:

- (i) koji podržavaju ideju da tvrtke/poslovna imena od dana svoga uvođenja (adoptiranja), pružaju osnovu za ulaganje prigovora protiv registriranja novijih žigova.
- (ii) koji smatraju da ovo pravo postoji samo od dana kada je započela stvarna upotreba tvrtke ili poslovnoga imena i odnosi se samo na djelatnosti koje se obavljaju.

c) Uvođenje nacionalnog registra svih tvrtki i poslovnih imena

Različiti su stavovi glede stvaranje nacionalnog registra ili baze podataka svih tvrtki i poslovnih imena. Sedam skupina protivi se ovome rješenju, i to Argentina, Njemačka, Japan, Nizozemska, Švedska,⁴⁶ SAD i Venecuela, dok je četrnaest država

⁴⁶ AIPPI Reports, Report Q 155 in the name of the Swedish Group, www.aippi.org/reports/q155/gr-q155-Sweden-e.htm

za ovo rješenje, i to Australija, Brazil, Češka Republika, Egipat, Finska, Grčka, Italija, Meksiko, Paragvaj, Poljska,⁴⁷ Rumunjska, Španjolska i Tajland. Konačno, Velika Britanija i Norveška su za uvođenje središnjeg registra tvrtki, ali ne i poslovnih imena.

Najvažniji argument onih koji su za uvođenje nacionalnog registra svih tvrtki i poslovnih imena jest pravna sigurnost. Stoga se predlaže i ispravak članka 8. Pariške konvencije koji bi utvrdio da trgovačko ime može biti primijenjeno u odnosima s trećima tek nakon upisivanja u nacionalni registar.

Oni koji se protive uvođenju takvoga registra tvrde kako prava koja proizlaze iz tvrtke ili poslovnoga imena moraju teći od dana kada započne uporaba toga imena u gospodarskom prometu.

Finska je za nacionalni registar koji bi ujedinjavao tvrtke, kao i tzv. pomoćna trgovačka imena, ali ne i tzv. dodatna imena, koja bi pravo na zaštitu trebala stjecati samo kroz upotrebu.

Njemačko stajalište temeljeno je na navodu da takva vrsta registra nije nužna zbog činjenice da danas nove tehnologije omogućavaju istraživanje stanja tvrtki registriranih u Njemačkoj, kao i neupisanih poslovnih imena, u vrlo kratkom vremenu.

Ipak, neke države koje su protiv nacionalnoga registra, za stvaranje su neke vrste baze podataka koja bi sjedinjavala podatke svih nezavisnih registara koji postoje u zemlji. Primjerice, u SAD-u bi usvajanje federalnog ili jedinstvenog sustava registracije moglo pokrenuti neka ustavna pitanja, ali se stoga predlaže utemeljenje federalnog registra koji bi samo odražavao stanje državnih registara i postojao isključivo zbog razjašnjavanja stanja, a da ne ustanovi novo federalno pravo. I u Japanu prevladavaju slična mišljenja, odnosno kako je neophodno, sa stajališta javnosti informacija, barem načiniti bazu podataka koja bi sadržavala sve tvrtke i poslovna imena u državi.

d) Odobrenje registra tvrtki/poslovnih imena prije uvođenja nove tvrtke ili poslovnoga imena

Glede pitanja da li registar tvrtki i/ili poslovnih imena treba dati odobrenje prije usvajanja takvoga imena, očito je da su oni koji su protiv postojanja takve vrste registra, također i protiv uvođenja takvoga uvjeta.

Ipak, odgovor na to pitanje ovisi i o prirodi imena. Dvanaest država je za uvođenje toga uvjeta, i to Brazil, Češka Republika, Egipat, Grčka, Meksiko, Paragvaj, Poljska, Rumunjska, Španjolska, Tajland, SAD i Venecuela. Šest država je protiv, i to Argentina, Francuska, Njemačka, Italija,⁴⁸ Nizozemska i Norveška. Tri države su

⁴⁷ AIPPI Reports, Report Q 155 by the Polish Group, www.aippi.org/reports/q155/gr-q155-Poland-e.htm

⁴⁸ AIPPI Reports, Report Q 155 in the name of the Italian Group, www.aippi.org/reports/q155/gr-q155-Italy-e.htm

za uvođenje ovoga uvjeta samo za tvrtke, ali ne i za poslovna imena, i to Australija, Finska i Japan.

Još jednom, razlozi onih koji su za uvođenje prethodnoga odobrenja za nove tvrtke/poslovna imena govore o pravnoj sigurnosti i o potrebi da se izbjegnu dugi i skupi postupci vlasnika ranijih prava kako bi zaustavili uporabu prava koja posežu u njihova kao i da ishode promjenu tvrtke ili poslovnoga imena koje vrijeda njihova prava.

S druge strane, oni koji su protiv uvođenja takvoga odobrenja uvjeravaju kako je potrebno ubrzati postupak osnivanja trgovačkog društva, a uvođenje obveze upisivanja i odobravanja nakon ispitivanja dovelo bi do odugovlačenja ovoga postupka. Nadalje, također uvjeravaju kako do vrijeđanja tuđeg prava dolazi kada se tvrtka ili poslovno ime koriste u trgovini, a ne samim osnivanjem ili usvajanjem određenoga imena.

Oni koji prihvaćaju uvođenje odobrenja, prihvaćaju i to da odobrenje zavisi od postojanja istovjetnih ili zbunjujuće sličnih tvrtki/poslovnih imena ili žigova te da treba uzeti u obzir djelatnosti trgovačkog društva kako bi se ocijenile sličnosti.

Oni koji su za prethodno odobravanje i ispitivanje, podržavaju ideju kako bi registar koji sjedinjuje tvrtke/poslovna imena i uprava za žigove trebali biti povezani, čak se ide i korak dalje, predlažući da imena domena budu obuhvaćena postupkom ispitivanja.

e) Pravila i postupci za rješavanje sukoba između ranijih žigova sličnih novousvojenim tvrtkama/poslovnim imenima u mjeri da to stvara zabunu

Na sukobe između tvrtki ili poslovnih imena i žigova, treba primijeniti ista pravila koja se primjenjuju na sukobe između žigova. Ipak, neke države, glede postupaka, specificiraju kako bi tijelo koje će primjenjivati ova pravila, trebao biti sud, primjerice Njemačka, Španjolska i SAD.

f) Istodobni sukobi između tvrtki i poslovnih imena i žigova sa nazivima internetskih domena

Danas je razvidna paralela između sukoba između žigova i naziva internetskih domena. Nadalje navodi se kako sjedinjavanje problema proizlazi iz promatranja žigova kao jedinog učinkovitog načina za zaštitu imena, uz istovremeno zabranjivanje da se isto ime upotrebljava za dva trgovačka društva ili za naziv dvaju domena.

Mogući su prijedlozi za ujednačavanje rješenja problema:

i) Trebao bi biti uspostavljen mehanizam kroz koji bi, u vrijeme registracije, nova tvrtka ili poslovno ime, kao i novi naziv internetske domene bili ispitani u svezi s postojanjem ranijih tvrtki, poslovnih imena, registracija žigova i poznatih ili slavni žigova. Svaki problem treba riješiti kroz pismene pristanke vlasnika ranijeg prava.

Novi nazivi internetskih domena bili bi također provjeravani u svezi s postojanjem ranijih poznatih ili slavni žigova, tvrtki, poslovnih imena i naziva domena, a probleme bi se rješavalo putem pismenih pristanaka.

ii) Poništenje ili ukidanje nakon registracije. Potrebno je osigurati mehanizam kroz koji će temeljem ranijeg prava biti moguće poništiti ili ukinuti žig, tvrtku, poslovno ime ili naziv domene nakon registracije.

iii) Zabrana proturječne uporabe. Trebao bi biti uveden sustav arbitraže i posredovanja, poput UDRP (Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy) – Jedinствена pravila za rješavanje sporova glede naziva domena.

1.3.5. Odnos žiga i tvrtke u hrvatskom pravu intelektualnog vlasništva

Kako je već navedeno, u praksi može doći do brojnih konflikata između uporabe tvrtke i žiga, posebice stoga što tvrtka određenog nositelja često predstavlja i njegov žig, odnosno nečiji žig često može biti uporabljen kao tvrtka drugog poslovnog subjekta.

Navedena komparativna analiza pokazala je da se na međunarodnoj razini posvećuje ovoj problematici velika pozornost te da se traže pomirljiva rješenja koja bi omogućila otklanjanje sporova u praksi te harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava na ovom području u najvećoj mogućoj mjeri, iako je za sada teško očekivati da se prihvate u svim zemljama ista rješenja.

Međutim upravo nacionalni propisi predstavljaju onaj izvor u kojem nalazimo brojna kolizijska pravila koja omogućavaju kako preventivno tako i naknadno rješavanje sporova između nositelja ovih znakova razlikovanja.

Tako i naši propisi na području prava industrijskog vlasništva u određenoj mjeri daju zakonske okvire za rješavanje mogućih konflikata između tvrtki i žigova različitih imatelja, a posebice se to odnosi na ZOŽ i Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga („Narodne novine“, br. 173/03. i 186/03., dalje: ZOZPOI).

Odredbom čl. 13. ZOŽ-a izričito je utvrđeno da samo nositelj žiga ima pravo rabiti žig u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran. Pod uporabom žiga smatra se i uporaba žiga u obliku koji se razlikuje u elementima koji ne mijenjaju razlikovni karakter žiga u odnosu na oblik u kojem je registriran, te obilježavanje žigom proizvoda ili njihovih pakiranja u Republici Hrvatskoj samo u svrhu izvoza.

Kao žig ipak se ne može registrirati svaki znak. U zakonu su predviđene određene zabrane koje taksativno predviđaju slučajeve kada se apsolutno otklanja mogućnost registriranja određenog znaka kao žiga te relativni slučajevi kada se tek u posebnom postupku raspravlja mogućnost registracije određenog znaka kao žiga.

Tako naš ZOŽ u čl. 6. uređuje relativne razloge za odbijanje registracije, koji se razmatraju u opozicijskom postupku kojeg zainteresirane osobe mogu pokrenuti na temelju prigovora sukladno odredbama 27.- 29. ZOŽ-a.

Na temelju podnesenoga prigovora neće se registrirati ni znak ako je istovjetan s ranijim žigom registriranim za istovjetne proizvode ili usluge, odnosno ako zbog njegove istovjetnosti ili sličnosti s ranijim žigom i istovjetnosti ili sličnosti proizvoda ili usluga postoji vjerojatnost dovođenja javnosti u zabludu, što uključuje vjerojatnost dovođenja u svezu s ranijim žigom.

Na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi njegova

uporaba vrijeđala neko od sljedećih ranijih prava:

1. pravo na osobno ime
2. pravo na osobnu sliku
3. autorsko pravo
4. prava industrijskoga vlasništva.

Za potrebe ovoga ZOŽ-a pod pojmom »ranije pravo« razumijevaju se prava stečena na datum koji je raniji od datuma prijave za registraciju žiga ili, ako je zatraženo pravo prvenstva, od datuma prava prvenstva zatraženog u prijavi.

Odredbom čl. 6. st. 6. ZOŽ-a relativni razlozi odbijanja uređeni su u odnosu na tvrtku i njenu moguću razlikovnost sa žigom drugog imatelja. Tako je predviđeno da na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi njegova uporaba vrijeđala pravo osobe koja je u vrijeme podnošenja prijave za registraciju žiga imala tvrtku, pod uvjetom da je ta tvrtka ili bitni dio tvrtke istovjetan s prijavljenim znakom ili sličan prijavljenom znaku i pod uvjetom da su istovjetni ili slični proizvodi ili usluge predmet djelatnosti te tvrtke, osim ako je podnositelj prijave u trenutku prijave imao istovjetnu ili sličnu tvrtku.

Člankom 27. ZOŽ-a regulirana su temeljna pitanja u svezi s podnošenjem prigovora, pa prigovor na registraciju žiga, koji se može temeljiti samo na razlozima za odbijanje iz članka 6. ZOŽ-a, ima Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo (dalje: Zavodu) pravo podnijeti u roku od tri mjeseca od datuma objave prijave za registraciju žiga, između ostaloga, i osoba koja je imala tvrtku u smislu članka 6. stavka 6. ZOŽ-a.

Pravilnikom o žigu («Narodne novine», br. 72/04.) predviđeni su uvjeti za podnošenje prigovora iz čl. 27. ZOŽ-a, pa je odredbom čl. 10. st. 3. ovog podzakonskog akta predviđeno da ako se prigovor temelji na članku 6. stavku 6. Zakona, podnositelj prigovora mora:

1. dokazati da je tvrtka upisana u sudski registar prije dana podnošenja prijave za registraciju žiga u odnosu na koju se podnosi prigovor ili, ako je zatraženo pravo prvenstva, prije datuma prava prvenstva zatraženog u prijavi;
2. na zahtjev podnositelja prijave za registraciju žiga, podnositelj prigovora mora dokazati da je tijekom razdoblja od pet godina, koje prethodi datumu objave prijave, proizvodio proizvode ili pružao usluge u odnosu na koje se podnosi prigovor.

Uz prigovor se za rješavanje mogućih konflikata između tvrtke i žiga različitih imatelja može koristiti i institut proglašenja žiga ništavim. Tako je odredbom čl. 49. st. 3. toč. 3. ZOŽ-a predviđeno da na temelju razloga iz članka 6. ZOŽ-a, koji se primjenjuje i na postupak proglašavanja žiga ništavim, postupak za proglašavanje žiga ništavim može se pokrenuti na zahtjev osobe koja je imala tvrtku u smislu članka 6. stavka 6. ZOŽ-a.

Odredbom čl. 22. st. 2. Pravilnika o žigu regulirani su uvjeti za podnošenje zahtjeva za proglašenje žiga ništavim te se predviđa da ako se zahtjev za proglašavanje žiga ništavim temelji na članku 6. stavku 6. ZOŽ-a, podnositelj zahtjeva mora:

1. dokazati da je tvrtka upisana u sudski registar prije dana podnošenja prijave za registraciju žiga u odnosu na koju se podnosi zahtjev ili, ako je zatraženo

- pravo prvenstva, prije datuma prava prvenstva zatraženog u zahtjevu;
2. dokazati da proizvodi proizvode ili pruža usluge u odnosu na koje se podnosi zahtjev.

Kako se često podudara nečija tvrtka i žig, nositelju žiga stoje na raspolaganju i modaliteti građanskopravne zaštite žiga iz čl. 75.-79. ZOŽ-a.

Prema čl. 75. ZOŽ-a nositelj žiga i tvrtke koja je identična sa tim žigom, ako su mu povrijeđena ili ugrožena prava iz članka 7. ZOŽ-a, može tužbom zahtijevati od nadležnoga suda:

1. utvrđivanje postojanja povrede žiga (a samim tim i tvrtke);
2. zabranu izvršene ili namjeravane povrede žiga;
3. uklanjanje stanja nastalog izvršenom povredom žiga;
4. nalaganje tuženiku davanja obavijesti o identitetu trećih osoba uključenih u proizvodnju i distribuciju robe ili usluga koje povređuju žig te o njihovim distribucijskim kanalima;
5. naknadu štete;
6. objavljivanje presude na trošak tuženika.

Povredom žiga u smislu stavka 1. čl. 75. ZOŽ-a smatra se i njegovo oponašanje, kao i uporaba zajedničkoga žiga i jamstvenoga žiga protivno ugovoru o zajedničkome žigu ili jamstvenome žigu. Postupak povodom ove tužbe hitan je, za razliku od postupka iz ZTD-a za kojeg nije eksplicite previđena hitnost.

Tužba zbog povrede žiga može se podnijeti u roku od tri godine od saznanja za povredu i počinitelja, a najkasnije pet godina od izvršene povrede.⁴⁹

Poduzeće može svoju robu, odnosno usluge stavljati u promet pod natpisom ili uz riječi svoje tvrtke, odnosno naziva, bez obzira što drugo poduzeće ima žig s istim natpisom ili riječima. Ne bi bilo u skladu sa zakonom ni s dobrim poslovnim običajima u gospodarskom prometu da neko poduzeće uzme za svoju tvrtku natpis koji je sadržan u renomiranom žigu drugog poduzeća kako bi pod tim nazivom plasiralo svoju robu.⁵⁰

Određena kolizijska pravila sadrži i ZOZPOI, koji u čl. 16. u kojem se navode slučajevi u kojima se registrirane oznake zemljopisnog podrijetla ili oznake izvornosti štite, s tim da se zabrana iz stavka 1. tog članka ne odnosi na korištenje naziva koji je dio naziva tvrtke tijekom njezina djelovanja, osim ako je takav naziv korišten u svrhu obmanjivanja javnosti.

1.4. Posebnosti sudskog postupka radi zaštite tvrtke prema propisima o trgovačkim društvima

1.4.1. Hitnost postupka

Hitnost postupka u ovim pravnim stvarima nije posebno predviđena ni Zakonom o trgovačkim društvima ni Zakonom o parničnom postupku („Narodne novine“, br.

⁴⁹ Vidi čl. 77. ZOŽ-a.

⁵⁰ Verona, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 122.-125.

53/91., 91/92., 111/99., 88/01. i 117/03., dalje: ZPP). Radi se o jednom od procesnih pravila kojemu je cilj ostvarivanje načela ekonomičnosti, a po kojem je dužnost suda provođenje postupka bez odugovlačenja i sa što manje troškova, kako to određuje odredba članka 10. ZPP-a.

Iako povreda tvrtke može dovesti do brojnih negativnih pojava u gospodarskom prometu, koje se brzo reflektiraju i dovode do teško otklonjivih štetnih situacija, razumljivo bi bilo stajalište da se hitnošću postupka sudske zaštite ojača poziciju titulara ranije prijavljene tvrtke. Međutim kako zakonodavac nije ovo izričito predvidio, a hitnost postupka mora biti eksplicitno predviđena u zakonu, sudovi u ovim predmetima nisu dužni hitno postupati.

1.4.2. Nadležnost sudova

Ovi sporovi u Republici Hrvatskoj spadaju u stvarnu nadležnost trgovačkih sudova. Naime, prema članku 19. st. 1. toč. 1. Zakona o sudovima ("Narodne novine", broj 3/94., 100/96., 131/97., 129/00., 101/03. i 17/04.) trgovački sudovi vode sudske registre.

Prema čl. 34b. st.1. toč. 8. ZPP-a trgovački sudovi u parničnom postupku po kauzalnom kriteriju u prvom stupnju sude i u sporovima koji se odnose na zaštitu i uporabu znakova razlikovanja, ako posebnim znakom nije drugačije određeno. Naime, jasno se kaže da se ova nadležnost odnosi i na sporove koji se odnose na zaštitu i uporabu tvrtke. Kako druge zakonske odredbe o tome nema, u sporovima radi zaštite intelektualnog vlasništva stvarna nadležnost trgovačkih sudova isključiva je i neprijeporna, bez obzira na svojstvo stranaka (v. Rješenje VSJ, R-16/67 od 27. veljače 1967., ZSO, Knj. XII, Sv. I, 1967.).⁵¹

Ovdje treba ukazati da poseban vid određivanja stvarne nadležnosti predstavljaju pravila o tzv. generalnoj delegaciji mjesne nadležnosti, koja omogućava da se suđenje u specifičnim sporovima povjerava samo određenim sudovima određene vrste i ranga.

Tako je člankom 8. Zakona o područjima i sjedištima sudova ("Narodne novine", broj 3/94., 104/97. i 59/01.) propisano da za rješavanje sporova koji se odnose na zaštitu i uporabu izuma, uzoraka, modela i žigova, prava na uporabu tvrtke i sporova iz autorskog prava, budu nadležni sljedeći sudovi:

- Trgovački sud u Osijeku za područje Trgovačkog suda u Slavanskom Brodu,
- Trgovački sud u Rijeci za područje trgovačkih sudova u Karlovcu i Pazinu,
- Trgovački sud u Splitu za područja trgovačkih sudova u Dubrovniku, Šibeniku i Zadru, te
- Trgovački sud u Zagrebu za područje trgovačkih sudova u Bjelovaru, Sisku i Varaždinu.

⁵¹ Detaljnije o nadležnosti trgovačkih sudova kod Dika: Stvarna nadležnost trgovačkih sudova u parničnom i izvršnom postupku, "Pravo u gospodarstvu", broj 7-8/94; Eraković: Stvarna nadležnost trgovačkih sudova, "Informator", broj 4170/94.

Prema tome, za rješavanje sporova koji se tiču zaštite tvrtke stvarno i mjesno su nadležni trgovački sudovi u Osijeku, Rijeci, Splitu i Zagrebu, što je u potpunosti razumljivo i opravdano s obzirom na gospodarski predznak ovih sporova i pretežitu koncentraciju pravnog prometa u ovim gradovima. To više što suđenje u ovim predmetima traži dopunsku specijalističku edukaciju sudaca odnosno specifično izraženije poznavanje grane prava industrijske zaštite, kao i postojanje razgranate gospodarske prakse korištenja tvrtki, što je ipak vezano za veće administrativne, sudske i gospodarske centre u državi.

Kada se izvrši uvid u trgovačke registre uočljivo je da pretežiti broj nositelja tvrtki dolazi upravo iz spomenutih gradova, te im se i na ovaj način ojačava procesni status omogućivši im zaštitu prava radi povreda njihovih tvrtki najčešće pred sudovima njihova sjedišta, jer i štetnici u najvećem broju slučajeva dolaze iz istih sredina.

Tužba radi zaštite tvrtke u smislu odredbe čl. 31. ZTD-a podnosi se sudu koji vodi sudski registar u koji je upisana tvrtka druge osobe koja vrijeđa pravo imatelja ranije prijavljene tvrtke.⁵² Uz zahtjev za zabranu upotrebe tvrtke druge osobe, odnosno da se izvrši brisanje tvrtke druge osobe iz sudskog registra, tužitelj čije je pravo povrijeđeno može tražiti i naknadu štete pričinjenu upotrebom tvrtke po općim pravilima o naknadi štete. Ukoliko se radi o tužbi s dva tužbena zahtjeva, od kojih je jedan zahtjev za naknadu štete, primarni zahtjev u toj pravnoj stvari jest zahtjev za zaštitu tvrtke, dok se zahtjev za naknadu štete pojavljuje kao sekundarni zahtjev, u ovisnosti od rješavanja primarnog zahtjeva. Prema tome, zbog navedenih razloga mjesna nadležnost suda procjenjuje se u smislu članka 46. i 48. ZPP-a.

Međutim, ako bi tužitelj samostalno pokrenuo spor radi naknade štete zbog povrede prava na žig, na što ga ovlašćuje članak 31. ZTD-a, tada bi se mjesna nadležnost suda procjenjivala ne samo po pravilima opće mjesne nadležnosti, već bi bio nadležan i sud na čijem je području šteta učinjena (izberiva ili elektivna mjesna nadležnost - forum delicti commissi iz čl. 52. ZPP). To stoga što je dostupna sudska praksa zauzeta stajalište da je šteta učinjena na onom području u kojem je određena radnja izvršena, odnosno gdje je došlo do propuštanja izvjesne radnje kojom je prouzročena sama šteta.

1.4.3. *Ostala procesna pitanja*

Ranija pravna situacija utvrđivala je da u sporovima u kojima se radi o zaštiti industrijskog vlasništva, pa tako i tvrtke, u prvom stupnju uvijek sudi vijeće, bez obzira na vrijednost predmeta spora (ranija odredba čl. 43. st. 5. u svezi s čl. 493. ZPP-a). Ukoliko bi umjesto vijeća sudio sudac pojedinac, sud bi tada bio sastavljen nepropisno, čime bi se počinila bitna povreda odredaba parničnog postupka iz članka 354. stavak 2. točka 1. ZPP-a (v. presudu PSH, Pž-1129/93, od 11. svibnja 1993., Informator broj 4103/93.).

⁵² Vidi čl. 31. st.2. ZTD-a.

Starija sudska praksa držala je da se u sporovima koji se odnose na zaštitu ili uporabu izuma i tehničkih unapređenja, uzoraka, modela, žigova ili na pravo na uporabu tvrtke, odnosno imena, u kojima se u smislu članka 43. stavak 2. ZPP uvijek sudi u vijeću, primjenjuju procesne odredbe u sporovima male vrijednosti iz glave 30. ZPP-a (v. st. XVIII sjednice PSJ, 5-7. lipnja 1985., II/1.8.).

Međutim, posljednjom novelom ZPP-a iz 2003. godine, odredba čl. 43. ZPP-a je brisana, tako da prema čl. 41. st. 1. ZPP-a i u ovim sporovima u prvom stupnju sudi sudac pojedinac, jer posebnim zakonom nije određeno da sudi vijeće.

Čest je slučaj da stranke u tijeku sudskog postupka sklope sudsku nagodbu u razvidnim situacijama povreda tvrtke, kada se istom nagodbom utvrđuje određena povreda tvrtke, obvezuje tuženika na zabranu daljnjeg vršenja povrede, precizira obja-va nagodbe u dnevnim i drugim glasilima, a nije rijedak slučaj da se tada tužitelj odriče zahtjeva za naknadom štete, kako one materijalne tako i nematerijalne, što podcrtava temeljne razloge zbog kojih tužitelj i pokreće sudski spor. Naime, prvenstveni razlog sporenja je u eliminaciji mogućnosti da tuženik obavlja radnje kojima povređuje prava imatelja ranije prijavljene tvrtke, dok je potraživanje naknade štete ipak u drugom planu.

1.5. Kaznenopravna zaštita tvrtke

1.5.1. Općenito o ovom modalitetu zaštite

Za razliku od navedenih modaliteta pravne zaštite tvrtke, kaznenopravna zaštita ograničena je samo na teže povrede tvrtke koje su kao takve opisane u zakonu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Uz odredbe posebnoga kaznenog zakonodavstva primjenjuju se i opće odredbe u odnosu na sva pitanja koja nisu uređena odredbama posebnog kaznenog zakonodavstva.

U inkriminacijama na ovom području zaštitni objekt je tvrtka kao jedan od znakova razlikovanja.⁵³ Sukladno sistematici Kaznenog zakona ("Narodne novine", br. 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01. i 105/04., dalje: KZ), kaznena djela protiv tvrtke ubrajaju se u kaznena djela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja поблиže utvrđena i opisana u Glavi XXI. KZ-a.

Radi se o novoj glavi kaznenog djela u KZ-u u kojoj su uglavnom preuzeta kaznena djela protiv gospodarstva i jedinstva hrvatskog tržišta iz glave VII. OKZRH i kaznena djela protiv gospodarstva iz glave XI. KZRH, propisa koji su bili na snazi do KZ-a.

Neki autori citiranu inkriminaciju drže kao novu u katalogu inkriminacija hrvatskog kaznenog prava kojom je popunjena svojevrsna pravna praznina.⁵⁴ Međutim kada se ova odredba usporedi s ranijom odredbom članka 165. KZJ

⁵³ U Sloveniji je upotreba tuđe tvrtke na tržištu predviđena kao gospodarski prijestup, za koji je predviđena novčana kazna. Cit. Ivanjko, Š., Kocbek, M., op.cit., str. 110.

⁵⁴ Tako Horvatić: Novo hrvatsko kazneno pravo, Organizator, Zagreb, 1997., str. 526.

preuzetog u Osnovni krivični zakon Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 31/93., 35/93., 108/95., 19/96. i 28/96.), razvidno je da se ne radi o potpunoj novini u našem kaznenom zakonodavstvu. Ipak, kako je domaća praksa ukazivala na učestalost ponašanja koja su sukladna zakonskom opisu ovog kaznenog djela, utvrđenje nove inkriminacije označava zakonodavčev osjet glede potpunije zaštite poduzetnika kao nositelja prava, proizvođača odnosno nositelja licencije, jer je nova odredba u odnosu na raniju stipulirana cjelovitije u odnosu na moguće situacije i pruža potpuniju zaštitu.

Konačno, interes i države u cjelini je da kaznenopravnom zaštitom tvrtke utječe na otkrivanje, prevenciju i suzbijanje gospodarskog kriminaliteta, čime se stvaraju redoviti preduvjeti za pravilno funkcioniranje tržišnog gospodarstva.

Odredba članka 285. st. 3. KZ-a glasi: "*Tko neovlašteno uporabi tuđu tvrtku ili u nju unese obilježja pojedinih posebnih oznaka ili obilježja prava iz stavka 1. ovog članka, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.*"

1.5.2. Zakonski opis

Motiv inkriminacije ovog kaznenog djela nije samo u zaštiti prava titulara tvrtke, nego i zaštiti potrošača i trgovine. Radnja kaznenog djela može biti neovlaštena uporaba tuđe tvrtke ili unos u tvrtku obilježja tuđeg žiga.^{55,56}

Takvim se očitim protupravnim korištenjem tuđih prava prijevarno postupa, te treće osobe, prije svega kupce ili korisnike usluga, dovodi u zabludu. Ipak, osnovna djela iz čl. 285. st. 1.-3. su tzv. formalna kaznena djela za čije se dovršenje ne traži nastupanje posljedice, te je poduzimanjem radnje neovlaštenog korištenja tuđeg žiga ili tvrtke djelo dovršeno neovisno je li imovinska korist pribavljena ili drugome počinjena šteta.

U stavku 4. unijeta je odredba o kvalificiranom obliku djela iz koristoljbljivih pobuda, odnosno kada počinjenjem osnovnog djela (ali samo vezanog za povredu žiga a ne i tvrtke – op.aut.) počinitelj pribavi znatnu imovinsku korist⁵⁷ ili prouzroči znatnu štetu, a postupa upravo s ciljem pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete.

U načelu radi se o djelima koja se počinjaju višekratno i sukcesivno u duljem vremenskom razdoblju, te čine jedinstvenu cjelinu, obično se radi o produljenom kaznenom djelu iz članka 61. KZ-a.

⁵⁵ O starijoj inkriminaciji iz čl.225 a Krivičnog zakonika iz 1951. godine, po kojoj je neovlaštena uporaba žiga i unošenje njegovih bitnih obilježja u drugi žig ili tvrtku kvalificirana kao krivično djelo koje se goni po prijedlogu odnosno po službenoj dužnosti ako je učinjeno u namjeri obmane kupaca (dolus coloratus), kod Verona: *Zaštita robnih i uslužnih žigova*, Naša zakonitost, br. 9-12/62, str. 484. i Zlatarić: *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*, Zagreb, 1956, II.

⁵⁶ O ranijoj inkriminaciji iz čl. 165. KZJ kod Bačić: *Krivično pravo - Posebni dio (I)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1979., str. 185.

⁵⁷ Zakonsko obilježje znatne imovinske koristi postoji prema pravnom stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Su 726 - Iv/1997. kada iznos imovinske koristi stečene kaznenim djelom prelazi 30.000,00 kuna.

1.5.3. Počinitelj kaznenog djela

Počinitelj može biti svaka osoba (*delicta communia*) te nije potrebno posebno svojstvo subjekta. S obzirom na prirodu kaznenog djela to će u pravilu biti odgovorna osoba u pravnoj osobi ili trgovac pojedinac odnosno obrtnik.

1.5.4. Radnja počinjenja

Radi se o komisivnom deliktu, dakle djelo se može počinuti samo činjenjem (*delicta commissiva*). Kod ovog djela počinitelj čini nešto što ne bi smio činiti te, stoga, krši zabrambenu (prohibitivnu) odredbu. U pravilu se radi o neovlaštenoj upotrebi tuđe tvrtke u gospodarskom prometu ili o unosu u tvrtku obilježja tuđeg žiga.

1.5.5. Oblici krivnje

Djelo se može počinuti kada se postupa s namjerom (*dolus*). U ovoj materiji eventualni umišljaj bit će češći slučaj nego u ostaloj kazuistici kaznenog prava. U sustavima u kojima je registracija tvrtke konstitutivni čin priznanja tvrtke, prevladava pretpostavka da uvijek kada se netko okoristi tuđom registriranom tvrtkom, to radi umišljajno, makar to bio i eventualni umišljaj, jer se polazi od činjenice da počinitelj mora znati da vrijeđa tuđe pravo, pa da tako takvu povredu i hoće. Kako se registrirane tvrtke javno objavljuju u službenim glasnicima, počinitelj se ne bi mogao uspješno braniti da mu postojanje tvrtke nije bilo poznato, ali mu se mora omogućiti obaranje takove pretpostavke.

1.5.6. Pokušaj kaznenog djela

S obzirom na odredbu članka 33. KZ-a i na propisane kazne za osnovno kazneno djelo iz članka 285. stavak 3. KZ-a pokušaj nije kažnjiv (s obzirom na predviđenu novčanu kaznu alternativnu kazni zatvora od tri godine).

1.5.7. Propisane kazne

Za djelo iz st. 1. i 2. čl. 285. KZ-a propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a u slučaju kvalificiranog oblika ovog djela iz st. 4. zapriječena je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Kriminalnopolitički i kaznenopravni razlozi govore u prilog rješenja o ovakovom rasponu kazne, slično kao i kod nekih drugih kaznenih djela iz koristoljublja (čl. 224. st. 4. i čl. 230. st. 5. KZ).

1.5.8. Pokretanje postupka

Kazneni postupak za ovo kazneno djelo po službenoj dužnosti pokreće i vodi nadležni državni odvjetnik jer za to postoje opravdani kaznenopravni i kriminalnopolitički razlozi budući da je namjera počinitelja da obmani korisnika ili potrošača (*dolus coloratus*).

1.5.9. Zastara

Duljina roka potrebna za nastupanje zastare pokretanja kaznenog postupka određena je u KZ-u i ovisi o težini kazne propisane za kazneno djelo.⁵⁸ Za kaznena djela iz članka 285. stavci 1.-3. KZ-a kazneni postupak ne može se pokrenuti kad proteknu tri godine od počinjenja tih kaznenih djela, dok za kazneno djelo iz članka 285. stavak 4. KZ-a taj rok iznosi pet godina.

Isti rokovi određeni su i kod zastare izvršenja kazne, s tim da se računaju od izrečene kazne.⁵⁹

1.5.10. Objava presude

Prema članku 83. stavak 1. KZ-a sud može odrediti da se javno objavi o trošku počinitelja presuda kojom se proglašava krivim počinitelj kaznenog djela počinjenog u sredstvima javnog priopćavanja. Iako to u zakonu nije izričito spomenuto, nema sumnje da se ova mjera može izreći i u kaznenom postupku u svezi s člankom 285. KZ-a, i to s obzirom na prirodu i modalitete izvršenja kaznenog djela povrede prava na žig. Naime, možemo naići i na slučajeve da se krivotvorine žiga reklamiraju i nude putem sredstava javnog priopćenja, pa bi radi neutraliziranja tržišnog efekta tog djela i moguće zabune kod potrošača bilo moguće na odgovarajući način primijeniti objavu presude i u ovim slučajevima, uzimajući u obzir posebnosti objavljivanja sadržaja kojim je počinjeno kazneno djelo.

III. Zaključak

Dok tvrtka i znak utemeljen na tvrtki uživa zaštitu na području registracijskog suda, a na ostalim područjima samo u slučaju stalne i intenzivne uporabe, znak zaštićen žigom *ipso facto* uživa zaštitu na području cijele zemlje, neovisno o intenzitetu i razini uporabe. Tvrtka se kao znak razlikovanja može rabiti samo za registriranu djelatnost i obilježavanje proizvoda i usluga u okviru registrirane djelatnosti, dok se žigom može zaštititi i rezervni znak kao i defanzivni ili ofenzivni znak, a posebno mjesto u sustavu žigovne zaštite pripada čuvenim žigovima.⁶⁰

Radi pravne zaštite tvrtke ovlašteniku stoje brojni modaliteti i sredstva zaštite, i to prema nizu zakonskih naslova, koji samostalno ili čak u kombinaciji mogu ostvariti visoku razinu zaštite i osujetiti sve učestalija zadiranja u tuđa prava koja imaju izuzetnu refleksiju na položaj određenog subjekta u gospodarskom prometu odnosno na tržištu, te na njegovu profitabilnost i razvojno-marketinšku poziciju poslovanja.

⁵⁸ Vidi čl. 19. KZ-a.

⁵⁹ Vidi članak 21. KZ-a.

⁶⁰ Čizmić, J. – Zlatović, D., op.cit., str. 59.

Summary

PROTECTION OF COMPANY NAME IN CROATIAN LAW with Special Emphasis on Collision Rules in Case of Conflict between Company Name and Trademark

The author has in introductory part of this article explained issues related to notion, legal nature and fundamental elements of a company name. The company name is a name used by a commercial company in its business and legal transactions. The company name of a single commercial company must be clearly distinguished from all the other company names registered in a company register at the same commercial court. Issues related to company name are regulated by numerous domestic and international rules. Given its legal nature, the company name enjoys several levels of legal protection. Protection is granted on the basis of the Law on Commercial Companies and other laws. These remedies do not exclude each other making it possible for the empowered, when preconditions for more than one remedy exist, to use the most convenient remedy, usually the one imposing lesser burden of proof. Provisions related to commercial companies include legal protection by the courts (preventing registration of the same or similar company name) but also wider protection which is not limited by *ex offio* proceedings and by proceedings of a registering body. Apart from general rules on commercial companies, the company name can be protected within rules related to protection from unfair competition. Furthermore, protection of the company name is offered through the regulation of intellectual or industrial property. Within intellectual property rights, the company name is protected by right to trademark. Discussing this issue, the author has elaborated the key difference between a company name and a trademark, since the former represents a symbol of a particular commercial subject, while the latter relates to a particular good or service. Unlike the mentioned modalities of company name protection, criminal protection is limited to the most serious violations of a company name that are explicitly described in the Criminal Code.

Key words: *company name, trademark, trading name, business name.*

Zusammenfassung

FIRMENSCHUTZ IM KROATISCHEN RECHT mit besonderer Berücksichtigung des Kollisionsrechts im Fall des Konflikts zwischen Firma und Warenzeichen

In dieser Arbeit legt der Autor einfürend die Problematik des Begriffs Firma, sowie ihre Rechtsnatur und Hauptbestandteile dar. Unter dem Namen Firma ist eine Gesellschaft tätig und wirkt im Rechtsverkehr mit. Die Firma einer Handelsgesellschaft muss klar von der Firma eines anderen Händlers, die im Handelsregister bei demselben Gericht eingetragen ist, unterschieden werden. Die Problematik der Firma regulieren zahlreiche nationale und internationale Vorschriften. Hinsichtlich ihrer Rechtsnatur genießt die Firma mehrfachen Rechtsschutz. Schutz wird der Firma auf Grund des Gesetzes über Handelsgesellschaften und anderer Vorschriften geboten. Dieser Schutz schließt sich gegenseitig nicht aus, so dass der Bevollmächtigte, wenn mehrere Bedingungen erfüllt werden, die beste nutzen kann, meistens die, für die die wenigsten Beweise notwendig sind. Der Schutz nach den Vorschriften über Handelsgesellschaften versteht sich sowohl als gerichtliche Kontrolle durch die Beurteilung der Situation, ob bei dem selben Gericht neben der schon eingetragenen Firma nachträglich dieselbe oder eine ähnliche Firma eingetragen wird, als auch als weitaus breiteren Schutz, der nicht durch einen Beitritt ex offio und das Gerichtsregister, in dem die Firma eingetragen ist, beschränkt ist. Außer durch allgemeine Vorschriften über Handelsgesellschaften kann die Firma auch im Rahmen der Vorschriften, die den Schutz vor unehrlichem Marktwettbewerb regulieren, geschützt werden. Der Schutz der Firma wird auch durch die Vorschriften über intellektuelles bzw. industrielles Eigentum verwirklicht. Mit den Rechten intellektuellen Eigentums schützt man die Firma durch das Warenzeichenrecht. Dabei elaboriert der Autor den grundlegenden Unterschied zwischen Firma und Warenzeichen, denn die Firma stellt ein Zeichen dar, das auf ein bestimmtes Wirtschaftsobjekt und nicht wie das Warenzeichen, auf eine bestimmte Ware oder Dienstleistung weist. Im Unterschied zu den angeführten Modalitäten des Rechtsschutzes ist der strafrechtliche Schutz nur auf schwerere Verletzungen der Firma beschränkt, die explizit im Strafgesetz beschrieben werden.

Schlüsselwörter: *Firma, Warenzeichen, Handelsname, Geschäftsname.*

Sommario

TUTELA DELLA DITTA NEL DIRITTO CROATO con particolare sguardo alle regole collidenti in caso di contrasto di ditta e marchio

Nella parte introduttiva di questo articolo l'Autore spiega le questioni correlate alla nozione, la natura giuridica e gli elementi fondamentali della ditta. La ditta è il nome utilizzato da una società commerciale nei suoi affari e nelle sue transazioni. La ditta di una singola società commerciale deve essere chiaramente distinta da qualsiasi altro nome registrato nel registro delle società dello stesso tribunale commerciale. Le questioni correlate alla ditta sono regolate da numerose regole domestiche e internazionali. Considerata la sua natura giuridica, la ditta gode di diversi livelli di tutela legale. La tutela è attribuita sulla base della Legge sulle società commerciali e altre leggi. Questi provvedimenti non si escludono a vicenda, rendendo possibile per gli autorizzati, quando esistono le precondizioni per più di un rimedio, di utilizzare lo strumento più conveniente, usualmente quello che impone un onere probatorio minore.

Le disposizioni correlate con le società commerciali includono la tutela legale da parte dei tribunali, evitando la registrazione della stessa o di analoga ditta, ma anche una più estesa tutela che non è limitata dal procedimento di ufficio e dal procedimento di un soggetto registrato. A parte le regole generali sulle società commerciali, la ditta può essere tutelata all'interno delle regole correlate alla tutela della competizione sleale. Inoltre, la tutela della ditta è offerta attraverso la regolazione della proprietà intellettuale o industriale. All'interno dei diritti di proprietà intellettuale la ditta è tutelata dal diritto al marchio. Discutendo questa questione, l'Autore elabora le differenze chiave tra la ditta e il marchio, poiché il primo rappresenta il simbolo di un particolare soggetto commerciale, mentre il secondo si riferisce a un particolare bene o servizio. Diversamente dalle menzionate modalità di tutela della ditta, la tutela penale è limitata alle più gravi violazioni della ditta che sono esplicitamente descritte nella legislazione penale.

Parole chiave: ditta, marchio, nome commerciale, nome professionale.

UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- * izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- * prethodno priopćenje - preliminary communication
- * pregledni znanstveni članak - review article
- * izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- * stručni članak - professional paper

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja, koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni znanstveni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autora izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugom mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni znanstveni članci i stručni članci moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi i ključnim riječima (2-3 riječi). Sažetkom se na skraćeni način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem licu ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku;
8. Opseg rukopisa koji podliježe kategorizaciji, ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova);
9. Radovi se dostavljaju u tri primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- * original scientific paper
- * preliminary communication
- * review article
- * conference paper
- * professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion, summary and key words (2-3 words). A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in three copies, one of which must be the original. The written manuscript must be accompanied by a floppy disk with the indication of the word processor used.
10. Manuscripts which do not comply with the above conditions shall be returned to their authors.

HINWEISE FÜR DIE AUTOREN

Die Zeitschrift veröffentlicht Arbeiten, die rezensiert werden und solche, die keine Rezension erfordern. Die rezensierten Arbeiten werden folgendermaßen kategorisiert:

- * wissenschaftlicher Originalbeitrag
- * vorläufige Mitteilung
- * Übersichtsartikel
- * Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- * fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole beigelegt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigelegt.
7. Wissenschaftliche Originalbeiträge, vorläufige Mitteilungen, Übersichtsartikel und fachliche Beiträge müssen eine Schlußbetrachtung, eine Zusammenfassung die 250 Wörter nicht übersteigen darf, und Schlüsselwörter (2-3 Schlüsselwörter) haben. In der Zusammenfassung wird kurz der Inhalt des Artikels dargelegt bzw. werden kurz die Ergebnisse der Untersuchung, die in der Arbeit präsentiert werden, aufgezeigt.
8. Der Umfang der Manuskripte, die der Kategorisierung unterliegen, ist begrenzt und zwar bis zu 24 Seiten (30 000 Zeichen).
9. Arbeiten werden in dreifache Ausführung eingereicht, von denen eine das Original sein muß. Der Arbeit ist die Diskette mit der Bezeichnung des Textprozessors beizulegen.
10. Eine Arbeit, die den Hinweisen nicht entspricht, wird dem Autor zurückgegeben.

INFORMAZIONI PER GLI AUTORI

Questa rivista pubblica saggi soggetti a recensione così come quelli che non sono soggetti a recensione. I saggi soggetti a recensione sono classificati nelle seguenti categorie:

- * articolo scientifico originale
- * comunicazione preliminare
- * articolo di rassegna
- * relazione seminariale
- * articolo specialistico

L'articolo scientifico originale contiene i risultati di una ricerca originale non ancora pubblicati. La comunicazione preliminare contiene i risultati di una ricerca nuova che richiede una sollecita pubblicazione. L'articolo di rassegna dovrebbe essere un'originale, concisa e critica rassegna di una determinata materia o settore al quale l'autore partecipa attivamente; dovrebbe essere enfatizzato il contributo originale dell'autore alla materia in relazione alla quale sono già stati pubblicati lavori; dovrebbe altresì essere fornita una lista di tali lavori. La relazione seminariale, cioè lo scritto relativo ad una presentazione ad un incontro scientifico, deve essere pubblicato come saggio completo, purché non sia stato pubblicato come parte della pubblicazione degli atti dell'incontro scientifico. L'articolo specialistico contiene utili proposte relative ad una determinata materia e non bisogna contenga una ricerca originale.

La categoria da assegnare ad un determinato saggio è ad esclusiva discrezione del Comitato di redazione, che fonderà la propria decisione sulle proposte di due recensori.

All'accettazione del suo saggio per la pubblicazione nella presente rivista l'autore si impegna a far sì che il saggio non sia pubblicato in altro luogo senza il permesso del Comitato di redazione. Se il Comitato di redazione dovesse accordare il permesso, la nuova pubblicazione deve contenere l'informazione di dove il saggio è stato originariamente pubblicato.

La categoria di un saggio deve essere indicata nell'intestazione del saggio e nell'indice sommario della rivista.

Gli altri contributi pubblicati dalla rivista non sono soggetti a classificazione.

Ciascun lavoro scritto presentato per la pubblicazione nella presente rivista deve soddisfare le seguenti condizioni:

1. Il manoscritto non deve essere stato precedentemente pubblicato o essere presentato per l'accettazione da parte di un'altra rivista;
2. Il titolo deve essere conciso e informativo insieme;
3. Il nome e il cognome dell'autore, così come la sua posizione professionale, devono essere indicati nel lato sinistro della pagina di intitolazione;
4. Il manoscritto deve essere accompagnato da una spiegazione del significato delle abbreviazioni e dei simboli utilizzati;
5. Le tabelle devono essere elaborate chiaramente e correttamente, e devono essere accompagnate da appropriate spiegazioni;
6. Le note devono essere numerate in ordine sequenziale, come citate nel testo, e devono essere incluse in un foglio separato;
7. Gli articoli scientifici originali, le comunicazioni preliminari, gli articoli di rassegna e gli articoli specialistici dovrebbero essere accompagnati dalla conclusione, il sommario (massimo 250 parole) e le parole chiave (2-3 parole). Il sommario deve prevedere una breve descrizione dei contenuti del saggio. Esso deve essere scritto in terza persona e indicare i risultati presentati nel saggio;
8. Il manoscritto deve essere con doppia interlinea e non deve superare le 8.000 parole per circa 24 pagine;
9. Il contributo deve essere presentato in tre copie, una delle quali deve essere originale. Il manoscritto deve essere accompagnato da un floppy disk con l'indicazione del programma di scrittura utilizzato;
10. I manoscritti che non si attengono alle suddette condizioni sono restituiti ai loro autori.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Iz sadržaja *Zbornika Vol. 25 br. 2 (2004)*

I. Članci: *Lujo Margetić*, Iločka pravna knjiga – važan dokument naše pravne povijesti; *Antun Jurman*, Rizik likvidnosti u poslovnoj banci; *Ivan Padjen*, Diskrecija, sudovanje i granice prava: Pouke Fullerovog “Problema kivnog doušnika”; *Ljiljana Mikšaj-Todorović*, *Mladen Singer*, Ponašajna obilježja mladih delinkvenata u Republici Hrvatskoj u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju; *Aleksandar Štulhofer*, *Teo Matković*, *James Elias*, Pornografija i seksualno zadovoljstvo: postoje li veze?; *Vesna Crnić-Grotić*, Zajednička ribarska politika EU i treće zemlje: primjer Norveške; *Edita Čulinović-Herc*, Zlouporebe na tržištu vrijednosnih papira – nova europska smjernica i Zakon o tržištu vrijednosnih papira; *Mirela Šarac*, *Actio exercitoria*; *Nataša Žunić Kovačević*, Europski sud pravde i njegova uloga u reformama sustava neposrednog oporezivanja; *Željko Potočnjak*, Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku; *Boris Banovac*, Kolektivni identiteti i “nove” periferije; *Željko Boneta*, Konfesionalna i religijska identifikacija u Gorskom kotaru, Istri i Lici; *Leo Cvitanović*, Sustav propisivanja kazne zatvora u Kaznenom zakonu i Kaznenom zakoniku (*de lege lata* i *de lege ferenda*); *Davorin Rudolf, ml.*, Slobodno i zatvoreno more: Grotius i Selden; *Sanja Barić*, Pravna pomoć i neprofitna organizacije u RH – s posebnim osvrtom na iskustva RI-Centra i Klinike Pravnog fakulteta u Rijeci; *Sandra Laleta*, Odgovornost posloprimca za štetu uzrokovanu poslodavcu na radu i u vezi s radom prema njemačkom pravu; *Katarina Zajc*, Main Features of Recent Corporate Governance Theories and Tendencies in Transition Economies; *Ivana Radačić*, United States Opposition to the International Criminal Court; **II. Prikazi; III. Fakultetska kronika.**

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

• po jedinstvenoj cijeni od **25,00 kn**:

- Vol. 20 br. 2 (1999.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 1 (2000.): _____ primjeraka
- Vol. 21 br. 2 (2000.): _____ primjeraka
- Vol. 22 br. 1 (2001.): _____ primjeraka
- Vol. 22 br. 2 (2001.): _____ primjeraka
- Supplement br. 1 (2001.): _____ primjeraka
- Vol. 23 br. 1 (2002.): **rasprodan**
- Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka
- Vol. 24 br. 1 (2003.): _____ primjeraka
- Vol. 24 br. 2 (2003.): _____ primjeraka
- Supplement br. 3 (2003.): _____ primjeraka

• po cijeni od **50,00 kn**:

- Vol. 25 br. 1 (2004.): _____ primjeraka
- Vol. 25 br. 2 (2004.): _____ primjeraka

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

MB / JMBG

U _____, _____ godine MP Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka

Tel.: 051/359-500, fax 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr; mirjanap@pravri.hr

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Urednik: Prof. dr. sc. Miomir Matulović

Biblioteka je Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose.

Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika. (Uvod, Kompendij silogističke kriminalistike, Bibliografija), 1995. (rasprodano)*
- Berislav Pavišić, *Kriminalistika. 1. Uvod, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Opća povijest prava i države, 1998. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, Mile Boras, *Rimsko pravo, 1998. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 175,00 kn)*
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo, 2000. (unutarnja cijena: 250,00; vanjska cijena: 450,00 kn)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko prometno pravo i međunarodne konvencije, 2000. (rasprodano)*
- Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo. Izabrani radovi, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn)*
- Dragutin Ledić, *Pravo društava i trgovačko pravo, 2002. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 220,00 kn)*
- V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 170,00 kn)*

MONOGRAFIJE:

- Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo. Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij, 1998. (rasprodano)*
- Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (unutarnja cijena: 20,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*
- Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*
- Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava, 2001. (rasprodano)*
- Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 120,00 kn)*
- Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)*
- Petar Simonetti, *Denacionalizacija, 2004. (unutarnja cijena: 200,00 kn; vanjska cijena: 250,00 kn)*
- Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law, 2004. (unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn)*

GODIŠNJA PREDAVANJA:

- Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest, 1997. (rasprodano)*

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro i koncesije, 1995. (rasprodano)*
- Vinko Hlača (priredio), *Pomorsko dobro. Društveni aspekti upotrebe i korištenja, 1996. (rasprodano)*
- Velinka Grozdanić, *Alenka Šelih, Žene i kazna zatvora, 2001. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska*

cijena: 128,00 kn)

- Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union, 2001.* (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)

KOMENTARI:

- Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić, *Komentar Zakona o prekršajima, 1996.* (rasprodano)
- Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić, *Komentar Osnovnoga krivičnog zakona Republike Hrvatske, 1996.* (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o sigurnosti prometa na cestama, 1995.* (rasprodano)
- Vinko Hlača i Gordana Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa, 1997.* (rasprodano)

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi, 1998.* (besplatno izdanje)
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje, 1999.* (besplatno izdanje)
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice, 1999.* (besplatno izdanje - nema na zalih)
- T.C. Hartley: *Temelji prava Europske zajednice, 2004.* (unutarnja cijena 250,00; vanjska cijena 300,00 kn - meki uvez)

PRIRUČNICI:

- Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe, 2001.* (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/359-500

Dekanat tel.: 051/359-600 fax: 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr; mirjanap@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

MB/JMBG _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem _____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe
dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNE NE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

- Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)
- Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika*, 2. izd., Rijeka, 1999. (rasprodano)
- Berislav Pavišić, Petar Veić, *Komentar Kaznenoga zakona*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 1999. (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, Rijeka, 2000. (rasprodano)
- Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 2. izd., Knj. 1, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo, priredio: Berislav Pavišić*, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo, priredio: Berislav Pavišić*, Rijeka, 2. izd., 2001. (rasprodano)
- *Ley penal croata, coordinacion de Davide Bertaccini, Berislav Pavišić, Máximo Sozzo*, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Kazneni zakoni, priredio: Berislav Pavišić*, Rijeka, 2001. (rasprodano)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 1. izd., 2002. (rasprodano)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 2. izd., 2002. (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 3. izd., 2002. (rasprodano)
- Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 1. izdanje, Rijeka, 2002. (rasprodano)
- Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra, Rijeka, 2002. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)
- Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 2. izdanje, Rijeka, 2002. (rasprodano)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski i pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 3. izdanje, 2003. (rasprodano)
- Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II.*, 2004. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 225,00 kn)
- Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, 2005. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/359-500

Dekanat tel.: 051/359-600 fax: 051/675-113

e-mail: skriptarnica@pravri.hr; mirjanap@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

MB/JMBG _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ___ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006 -1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

Vol. 26 br. 1 (2005)

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo - obveze - postupak”

(Poreč, 7. - 9. travnja 2005.)

Mihajlo Dika,

“Prethodno pitanje” u parničnom postupku

Petar Simonetti,

Stvarnopravni učinci pretvorbe društvenih poduzeća

Silvija Petrić,

Građanskopravna odgovornost zdravstvenih djelatnika

Jozo Čizmić,

Povrat u prijašnje stanje u hrvatskom parničnom postupku

Edita Čulinović-Herc,

Zaštita potrošača kod pojedinih bankovnih ugovora - usklađenost s europskim pravom

Meliha Powlakić,

Zemljišni dug u usporednom pravu

Jasnica Garašić,

Europska Uredba o insolventijskim postupcima

Marko Bevanda,

Ugovor između liječnika i pacijenta

Vlado Belaj,

Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici

Olga Jelčić,

Ostvarenje prava na namirenje tražbine osigurane hipotekom i fiducijarnim vlasništvom na nekretnini

Dragutin Ledić,

O nekima praktičnim i teorijskim dvojabama i problemima prilagodbe hrvatskoga prava europskomu pravu društava

Zvonimir Slakoper,

Promijenjene okolnosti danas i u Nacrtu Zakona o obveznim odnosima

Nada Bodiroga-Vukobrat,

Osiguranje potraživanja radnika za slučaj insolventnosti poslodavca u europskome pravu u svjetlu Smjernice 80/987/EEZ i Smjernice 2002/74/EZ, s osvrtom na rješenja u hrvatskom pravu

Dario Đerđa,

Određivanje naknade za izvlaštenu nekretninu

Marinko Đ. Učur,

Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire*

Jasna Brežanski,

Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora - primjena u praksi

Dragan Zlatović,

Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu - s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga